

ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน
โดยมิชอบ



นายพีรพงศ์ จงไพศาลสกุล

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

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

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Legal Issues on Collective Dominance and Anti-Competitive Conducts



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2017

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

และพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

โดย

นายพีรพงศ์ จงไพศาลสกุล

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(อาจารย์ สันติชัย สารถวัลย์แพศย์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

..... กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์)

..... กรรมการ

(อาจารย์ ดร. กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

พิรพงศ์ จงไพศาลสกุล : ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ (Legal Issues on Collective Dominance and Anti-Competitive Conducts) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร. ศักดา ธนิตกุล, 234 หน้า.

การกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการ ซึ่งมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในประเทศไทยในปัจจุบัน เป็นไปโดยอาศัยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 ซึ่งมีองค์ประกอบที่ต้องพิจารณาแบ่งออกเป็น 2 ประการ ได้แก่ ประการแรกคือ ผู้ประกอบการจะต้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และอีกประการหนึ่งคือ ผู้ประกอบการนั้นมีพฤติกรรมตามมาตรา 50 (1) - (4)

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวนั้น ไม่สามารถปรับใช้แก่พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการหลายราย เนื่องจากการพิจารณาสถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เป็นการพิจารณาสถานะดังกล่าวของผู้ประกอบการแต่ละรายแยกต่างหากจากกัน ในการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวจึงปรับใช้แก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการรายหนึ่งๆ ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการหลายราย

ดังนั้น จึงควรปรับปรุงหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและบทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการหลายราย โดยนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียซึ่งมีความชัดเจน และกำกับดูแลพฤติกรรมดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมมาเป็นต้นแบบ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5886005534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: COLLECTIVE DOMINANCE / ABUSE OF DOMINANT POSITION / OLIGOPOLY GAP / UNPROVED CARTEL GAP

PEERAPONG JONGPAISALSAKUL: Legal Issues on Collective Dominance and Anti-Competitive Conducts. ADVISOR: PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D., 234 pp.

Currently, the anti-competitive conducts of the business operator with market domination has been controlled by section 50 of the Trade Competition Act B.E.2560. There are two elements, first, the business operator must have the status of the dominant position, and second, that business operator must have the conduct under section 50 (1) - (4).

However, this study has shown that this provision cannot be applied to the abuse of collective dominant position of more than two business operators since the determination of dominant position by the guideline that was issued by the Thai Competition Commission determines the status of each business operator. So, this provision can only be applied to the conduct of each business operator that causes the problem in controlling the abusive conduct by the business operators which have a collective dominant position.

Therefore, in controlling the conduct of the business operators, there should be an improvement of the criteria of determining the dominant position of the business operator, both in the guideline and section 50 of the Trade Competition Act B.E.2560. This should be carried out by using the competition law of the European Union, Singapore and Malaysia to be the models which are clear and appropriate.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2017

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่อาจเกิดขึ้นได้หากปราศจากนายพิสิษฐ์ จงไพศาลสกุล และนาง อรวรรณ ผลสมบูรณ์ ผู้ซึ่งเป็นบิดามารดา และเป็นบุคคลผู้มีความสำคัญที่สุดในชีวิตของข้าพเจ้า ซึ่งได้อบรม สั่งสอน สนับสนุนข้าพเจ้า และเป็นตัวอย่างแห่งความพากเพียรพยายาม และความตั้งใจให้แก่ข้าพเจ้าตลอดช่วงระยะเวลาแห่งการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และตลอดช่วงชีวิตที่ผ่านมาของข้าพเจ้า และช่วยเหลือข้าพเจ้าให้ข้าพเจ้าสามารถผ่านพ้นอุปสรรคและความยากลำบากต่างๆ ได้อย่างง่ายดายเสมอมา

ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล เป็นอย่างสูง ที่นอกจากจะได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และให้คำปรึกษา อันทรงคุณค่าแก่ข้าพเจ้าเสมอแล้ว ยังได้กรุณามอบทุนการศึกษาแก่ข้าพเจ้า และอบรม ดูแล ข้าพเจ้าเป็นอย่างดีตลอดช่วงระยะเวลาที่ได้ศึกษาอยู่ในคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สันติชัย สารถวัลย์แพศย์ ที่กรุณารับเป็น ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ขอขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทีนพงศ์ พันธุ์ และท่านอาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ ซึ่งกรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของ ข้าพเจ้า และเสียสละเวลามอบคำปรึกษา คำแนะนำ และข้อเสนอแนะอันทรงคุณค่าให้แก่ข้าพเจ้า มาตลอดระยะเวลาแห่งการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณคณาจารย์แห่งสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่าน ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ ด้านกฎหมาย ให้คำปรึกษา และเป็นกำลังใจให้แก่ข้าพเจ้าตลอดระยะเวลาที่ข้าพเจ้าศึกษาอยู่ ณ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และขอขอบคุณเพื่อนๆ รุ่นพี่ และรุ่นน้องของข้าพเจ้าทุกท่าน ที่ได้มอบกำลังใจให้แก่ข้าพเจ้าอยู่อย่างสม่ำเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ขอขอบคุณเพื่อนๆ หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่ได้เป็นกำลังใจซึ่งกันและกันตลอดห้วงระยะเวลาแห่งการศึกษาอยู่ ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยแห่งนี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอขอบคุณดีทั้งหมดแก่ บิดา มารดา คณาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฑ
สารบัญรูป.....	ฒ
บทที่ 1 บทนำ.....	16
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	16
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	18
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	18
1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	18
1.5 ขอบเขตการศึกษาวิจัย.....	18
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	18
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	19
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	22
2.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์.....	22
2.1.1 ระบบเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ในระบบเศรษฐกิจ.....	25
2.1.1.1 ระบบเศรษฐกิจ.....	25
2.1.1.2 ความสัมพันธ์ของหน่วยเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจ.....	27
2.1.2 การใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ.....	30
2.1.3 อุปสงค์ อุปทาน และดุลยภาพตลาด.....	33
2.1.3.1 อุปสงค์.....	33

2.1.3.2	อุปทาน.....	34
2.1.3.3	คุณภาพตลาด	36
2.1.4	การเปลี่ยนปริมาณอุปสงค์และอุปทาน กับการเปลี่ยนระดับอุปสงค์และอุปทาน	39
2.1.5	ความยืดหยุ่น.....	40
2.1.5.1	ความยืดหยุ่นของอุปสงค์	40
2.1.5.2	ความยืดหยุ่นของอุปทาน.....	42
2.1.6	โครงสร้างตลาดในระบบเศรษฐกิจ.....	43
2.1.6.1	ตลาดแข่งขันสมบูรณ์	44
2.1.6.2	ตลาดผูกขาด.....	45
2.1.6.3	ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด	47
2.1.6.4	ตลาดผู้ขายน้อยราย	48
2.1.6.5	การบ่งชี้ประเภทตลาด	50
2.2	แนวคิดเกี่ยวกับสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด.....	52
2.2.1	ความหมายของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด	53
2.2.2	ประเภทของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด	54
2.2.2.1	สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว.....	55
2.2.2.2	สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย	56
2.2.3	ข้อเสียของการมีผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด	57
2.2.3.1	ข้อเสียต่อผู้บริโภค.....	57
2.2.3.2	ข้อเสียต่อผู้ผลิต.....	57
2.2.3.3	ข้อเสียต่อสังคม	58
2.2.4	วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด	58

2.2.5	แนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด	59
2.2.5.1	แนวทางการควบคุมโครงสร้างตลาด	59
2.2.5.2	แนวทางการควบคุมพฤติกรรม	59
2.2.5.3	แนวทางผสม	60
2.3	แนวคิดเกี่ยวกับสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	60
2.3.1	ความหมายของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	61
2.3.1.1	ความหมายอย่างแคบของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	62
2.3.1.2	ความหมายอย่างกว้างของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	62
2.3.2	ความเป็นมาของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	63
2.3.3	วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	66
2.3.4	ลักษณะของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	68
2.4	แนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	68
2.4.1	การกำกับดูแลโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน	69
2.4.2	การกำกับดูแลโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องใช้สถานะของการผูกขาด หรือสถานะอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ	70
2.4.3	การกำกับดูแลโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม	73
บพที่ 3	การกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในประเทศไทยและในต่างประเทศ	75
3.1	การกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายรายในประเทศไทย	75
3.1.1	หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย	77
3.1.1.1	ส่วนแบ่งตลาด	78
3.1.1.2	ยอดขาย	82

3.1.2	องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย ในทางมิชอบ	82
3.1.2.1	เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายราย	83
3.1.2.2	มีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด	84
3.1.3	ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายรายและการใช้อำนาจเหนือ ตลาดโดยมิชอบ.....	85
3.2	กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป	87
3.2.1	หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	89
3.2.1.1	ผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะของการร่วมกัน.....	90
3.2.1.2	สถานะของการร่วมกันนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด.....	97
3.2.2	องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	102
3.2.2.1	เป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	102
3.2.2.2	มีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.	103
3.2.3	ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและการใช้อำนาจเหนือตลาด ร่วมกันโดยมิชอบ	106
3.2.4	คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	108
3.2.4.1	คำพิพากษาคดี <i>Società Italiana Vetro SpA and others v Com mission (Italian Flat Glass)</i>	108
3.2.4.2	คำพิพากษาคดี <i>Municipality of Almelo and others v NV Energie bedrijf Ijsselmij (Almelo)</i>	111
3.2.4.3	คำพิพากษาคดี <i>Irish Sugar plc v Commission (Irish Sugar)</i>	114
3.2.4.4	คำพิพากษาคดี <i>Compagnie Maritime Belge Transports v Com mission (Compagnie Maritime Belge)</i>	118
3.2.4.5	คำพิพากษาคดี <i>Airtours plc v Commission (Airtours)</i>	122

3.3 ประเทศเกาหลีใต้.....	124
3.3.1 หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	129
3.3.1.1 ส่วนแบ่งตลาด.....	129
3.3.1.2 ยอดขาย.....	133
3.3.1.3 ปัจจัยอื่นๆ	133
3.3.2 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย ในทางมิชอบ	137
3.3.2.1 เป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือ ตลาดหลายราย.....	137
3.3.2.2 มีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด	138
3.3.3 ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายรายและการใช้อำนาจเหนือ ตลาดโดยมิชอบ.....	139
3.3.4 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	141
3.3.4.1 คำพิพากษาคดี <i>BC Card</i>	141
3.3.4.2 คำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าคดี <i>Maeil Dairies</i>	146
3.4 ประเทศสิงคโปร์.....	148
3.4.1 หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	150
3.4.1.1 ผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะของการร่วมกัน.....	153
3.4.1.2 สถานะของการร่วมกันนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด.....	155
3.4.2 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	157
3.4.2.1 เป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	158
3.4.2.2 มีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.	158
3.4.3 ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	159
3.4.4 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	160

3.5 ประเทศมาเลเซีย	160
3.5.1 หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	164
3.5.1.1 พิจารณาจากการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง	165
3.5.1.2 พิจารณาจากศักยภาพของการแข่งขัน.....	167
3.5.1.3 พิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ.....	168
3.5.2 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	171
3.5.2.1 เป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	171
3.5.2.2 มีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.	172
3.5.3 ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	175
3.5.4 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	176
บทที่ 4 วิเคราะห์และเปรียบเทียบการกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	178
4.1 ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ...	179
4.1.1 ลักษณะของการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	179
4.1.1.1 กลุ่มประเทศที่ถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน.....	182
4.1.1.2 กลุ่มประเทศที่ถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายต่างมีสถานะอำนาจเหนือตลาด.....	187
4.1.2 ผลจากการปรับใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย	193
4.1.2.1 แก้ไขปัญหาช่องว่างของตลาดผู้ขายน้อยราย.....	193
4.1.2.2 แก้ไขปัญหาช่องว่างของการพิสูจน์ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ .	196

4.1.3 อุปสรรคในการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายมาใช้บังคับในประเทศไทย	202
4.2 ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	207
4.2.1 หลักเกณฑ์ของพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ	207
4.2.1.1 ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมร่วมกัน.....	207
4.2.1.2 พฤติกรรมร่วมกันนั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ	210
4.2.2 ลักษณะของพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ.....	211
4.2.2.1 การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง	211
4.2.2.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันเพื่อจัดการแข่งขัน.....	212
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	215
5.1 บทสรุป.....	215
5.2 ข้อเสนอแนะ	221
รายการอ้างอิง	226
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	234

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1	ตารางเปรียบเทียบลักษณะและแบ่งแยกประเภทของตลาด.....	52
ตารางที่ 2	ตารางแสดงอัตราส่วนแบ่งตลาดของตลาดสินค้าและบริการบัตรเครดิตใน ประเทศเกาหลีใต้ในปี ค.ศ. 1998.....	142
ตารางที่ 3	ตารางแสดงอัตราส่วนแบ่งตลาดของตลาดผู้ผลิตนมผงในประเทศเกาหลีใต้ ในปี ค.ศ. 1997.....	146
ตารางที่ 4	ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ของผู้ประกอบการหลายราย.....	179
ตารางที่ 5	ตารางสรุปหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ร่วมกันของกลุ่มประเทศที่ถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือ ตลาดร่วมกัน.....	187
ตารางที่ 6	ตารางสรุปหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ร่วมกันของกลุ่มประเทศที่ถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายต่างมีสถานะอำนาจ เหนือตลาด.....	192
ตารางที่ 7	ตารางเปรียบเทียบบทกำหนดโทษสำหรับการมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือ ตลาดโดยมิชอบในประเทศต่างๆ.....	204

สารบัญรูป

หน้า

รูปที่ 1	ภาพแสดงกระแสไหลเวียนในระบบเศรษฐกิจ.....	28
รูปที่ 2	ภาพแสดงการใช้ทรัพยากรอย่างเต็มที่และไม่เต็มที่.....	32
รูปที่ 3	ภาพแสดงราคาดุลยภาพและปริมาณดุลยภาพ	37
รูปที่ 4	ภาพแสดงการปรับตัวเข้าสู่ดุลยภาพ.....	38
รูปที่ 5	แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า ของประเทศไทย.....	76
รูปที่ 6	แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า ของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป.....	88
รูปที่ 7	ภาพแสดงการจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าในประเทศเนเธอร์แลนด์.....	112
รูปที่ 8	ภาพแสดงโครงสร้างความสัมพันธ์ของบริษัท Irish Sugar และบริษัท Sugar Distributor Ltd	114
รูปที่ 9	ภาพแสดงตัวอย่างพฤติกรรมของบริษัท Irish Sugar.....	116
รูปที่ 10	แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ของประเทศเกาหลีใต้.....	124
รูปที่ 11	แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ของประเทศสิงคโปร์.....	149
รูปที่ 12	แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ของประเทศมาเลเซีย	162

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การกำกับดูแลมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น มีองค์ประกอบความผิด 2 ประการ¹ ประการแรก คือ ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะต้องมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และประการที่สอง คือ ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบ

สำหรับองค์ประกอบแรก เกี่ยวกับสถานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ ได้มีประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด กำหนดเกณฑ์ไว้โดยชัดเจนถึงลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจที่ถือว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ

1. กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป
2. กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรกในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

แต่ปรากฏว่าในองค์ประกอบที่สอง เกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบนั้น ในมาตรา 50 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มิได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่าสามารถปรับใช้แก่เฉพาะกรณีของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแต่ละรายต่างใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งเท่านั้น หรือสามารถปรับใช้แก่กรณีของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายรายใช้อำนาจโดยมิชอบร่วมกัน ส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งได้อีกด้วย

¹ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 85.

กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีปัญหาว่าการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายรายร่วมกันตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ครอบคลุมถึงกรณี que ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายรายร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาดนั้น จนส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งหรือไม่

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายราย แต่ละรายต่างมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันโดยมิได้มีการตกลงระหว่างกัน ซึ่งหากแยกพิจารณาผลของพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแต่ละรายนั้น อาจพบว่ายังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ แต่หากพิจารณาผลของพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดทุกรายรวมกัน จะพบว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้ หากพิจารณาถึงบทบัญญัติมาตรา 50 รวมถึงบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้าต้องห้าม ที่ถูกบัญญัติไว้ในหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดเลยที่สามารถปรับใช้กับพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นได้อย่างเหมาะสม

ขณะที่การกำกับดูแลมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมในหลายประเทศ มีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่าการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้น รวมไปถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหลายราย ต่างมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งด้วย ทำให้สามารถกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้อย่างสมบูรณ์

ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี และป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมอันก่อให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ² จึงควรศึกษาเพื่อนำข้อดีของบทบัญญัติและหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวของประเทศต่างๆ มาเป็นตัวอย่างประกอบการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น อันจะส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในอนาคตเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย

² หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดหลักเกณฑ์การมีสถานะ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน” ของประเทศไทยและต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน” ของประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาและเสนอแนะแนวทางในการนำกฎหมายและแนวทางการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของต่างประเทศ มาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในเรื่องดังกล่าว ให้มีความชัดเจนและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

บทบัญญัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในปัจจุบัน ยังมีความไม่ชัดเจนในประเด็นอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย ทั้งในแง่ของสถานะและพฤติกรรม

1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย

ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร โดยค้นคว้าจากหนังสือ บทบัญญัติทางกฎหมาย ประกาศ แนวปฏิบัติ บทความ วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

1.5 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่องนี้ มีขอบเขตครอบคลุมการศึกษาเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน” (collective dominance) โดยศึกษาจากบทบัญญัติ และแนวทางในการกำกับดูแลพฤติกรรมดังกล่าวของต่างประเทศ กล่าวคือ กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศมาเลเซีย และของประเทศไทย เพื่อทราบถึงแนวคิด ความแตกต่าง ข้อดี ข้อเสีย จากนั้นจึงวิเคราะห์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดหลักเกณฑ์การมีสถานะ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน” ของประเทศไทยและต่างประเทศ

2. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน” ของประเทศไทยและต่างประเทศ

3. ทำให้สามารถเสนอแนะแนวทางในการนำกฎหมายและแนวทางการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของต่างประเทศ มาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในเรื่องดังกล่าว ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

1. ศักดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

หนังสือเล่มนี้ เป็นคำอธิบายกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างละเอียด และครบถ้วน ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความ เป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และความจำเป็นในการมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และโดยเฉพาะอย่างยิ่งรายละเอียดของพฤติกรรมต่างๆ ที่ต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

2. ศักดา ธนิตกุล. กฎหมายกับธุรกิจระหว่างประเทศ : กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ ประเทศสมาชิกอาเซียน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

หนังสือเล่มนี้ เป็นคำอธิบายกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในกลุ่มสมาชิกอาเซียน ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ซึ่งเป็นประเทศสมาชิกอาเซียน ไว้อย่างครบถ้วน ทั้งในส่วนที่เป็นรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมาย องค์การบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ

3. สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

หนังสือเล่มนี้ เป็นคำอธิบายกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ซึ่งเป็นหนังสือที่ แต่งขึ้นโดยหนึ่งในคณะกรรมการร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย มีเนื้อหา เกี่ยวกับความเป็นมา และพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าต่างๆ ที่ต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

4. ศิริศักดิ์ จีงถาวรณ. หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตามพระราชบัญญัติการ
แข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชา
นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ ศึกษาหลักเกณฑ์เรื่องผู้มีอำนาจเหนือตลาด ตามมาตรา 25 แห่ง
พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยมุ่งศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวของ
ประเทศอื่นๆ เพื่อนำมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ของประเทศไทย ซึ่งพบว่าแต่ละประเทศนั้นมีหลักเกณฑ์
ในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับแนวความคิด ความเชื่อในระบบเศรษฐกิจ ระบบการควบคุมผู้มี
อำนาจตลาด สภาพเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ

5. Jones, A., and Sufirin, B. Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials. 4th
edition. New York: Oxford University Press, 2011.

หนังสือเล่มนี้ เป็นคำอธิบายกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเน้นอธิบายกฎหมาย
การแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปโดยเฉพาะ มีเนื้อหาอธิบายหลักการ และ
พฤติกรรมต่างๆ ที่ต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป และ
อธิบายความเป็นมา รายละเอียด และแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับแนวคิดหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะ
อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

6. Wish, R., and Bailey, D. Competition Law. 7th edition. New York: Oxford
University Press, 2012.

หนังสือเล่มนี้ เป็นคำอธิบายกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะกฎหมายการแข่งขัน
ทางการค้าในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป มีเนื้อหาอธิบายหลักการ และพฤติกรรมต่างๆ ที่ต้องห้ามตาม
กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปโดยละเอียด รวมถึงอธิบายแนวคิด ความ
เป็นมาในการควบคุมพฤติกรรมต่างๆ ตามกฎหมาย

7. Filippelli, M. Collective Dominance and Collusion. Cheltenham: Edward Elgar
Publishing Limited, 2013.

หนังสือเล่มนี้ มีเนื้อหาเกี่ยวกับประเด็นทางวิชาการที่น่าสนใจเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขัน
ทางการค้า กล่าวคือประเด็นการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการ โดยทำการ
เปรียบเทียบให้เห็นถึงตั้งแต่ความเป็นมา แนวคิดเบื้องหลังของหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจ
เหนือตลาดร่วมกัน รวมถึงแนวทางการควบคุมผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันใน
สหรัฐอเมริกา และในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

8. Groshinski, K., and Davies, C. Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide. Hague: Kluwer Law International, 2015.

หนังสือเล่มนี้ เป็นหนังสือที่รวบรวมเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศในแถบเอเชียแปซิฟิกไว้อย่างละเอียด โดยมีเนื้อหาครบถ้วนถึงหลักเกณฑ์ พฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมาย รวมถึงประสบการณ์การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งมีความสำคัญในแต่ละประเทศ



บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น เป็นประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีรากฐานมาจากแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ โดยการกระทำต่างๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ล้วนแล้วแต่เป็นการกระทำหรือกิจกรรมในทางเศรษฐกิจทั้งสิ้น¹ ดังนั้น ในการศึกษาทำความเข้าใจกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจแนวคิดเบื้องต้นในทางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายนี้เสียก่อน ในลำดับแรกนี้จึงจะศึกษาถึงแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แล้วจึงจะทำการศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด แนวคิดเกี่ยวกับสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเป็นลำดับถัดมา และลำดับสุดท้ายจะศึกษาแนวทางการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันตามลำดับ

2.1 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์

เศรษฐศาสตร์ เป็นวิชาทางสังคมศาสตร์ที่ศึกษาถึงการจัดสรรทรัพยากรการผลิตอันมีอยู่จำกัด ซึ่งอาจใช้เพื่อการต่างๆ ได้หลายทางเลือก เพื่อตอบสนองความต้องการที่มีอยู่อย่างไม่จำกัดของบุคคล และกลุ่มบุคคลในสังคมให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยที่ทรัพยากรการผลิตในที่นี้ หมายถึงทรัพยากรที่ใช้ผลิตสินค้าและบริการ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าปัจจัยการผลิต แบ่งเป็น 4 ประเภท ได้แก่ ที่ดิน (land) แรงงาน (labour) ทุน (capital) และความสามารถในการประกอบการ (entrepreneur)² ซึ่งทรัพยากรเหล่านี้ล้วนมีอยู่อย่างจำกัด (scarcity) เมื่อนำทรัพยากรเหล่านี้ไปใช้ในการผลิตสินค้าและบริการ จึงได้สินค้าและบริการในปริมาณที่จำกัด แต่ทรัพยากรต่างๆ นั้นสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้หลากหลายทาง จึงทำให้เกิดพฤติกรรมเชิงเศรษฐกิจขั้นพื้นฐาน คือ การเลือก (choosing) ใช้ทรัพยากรอันมีอยู่จำกัดนั้นในทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดหรือให้ความพอใจมากที่สุด³

หากมองในระดับประเทศ ไม่มีประเทศใดที่สามารถได้ทรัพยากรมาโดยไม่จำกัด หรือหากพิจารณาในระดับบุคคล การที่บุคคลหนึ่งหรือกลุ่มหนึ่งครอบครองและบริโภคทรัพยากรจนเหลือล้น ก็

¹ สรวิต ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 3.

² วันรัชย์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 2.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3 - 4.

จะมีทรัพยากรเหลือน้อยลงสำหรับคนกลุ่มอื่นภายในสังคมเดียวกัน ดังนั้นการลดความเหลื่อมล้ำของ รายได้ย่อมทำให้การกระจายสวัสดิการของสังคมดีขึ้น ซึ่งความจำกัดนี้เป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นทั่ว โลกในทุกระดับสังคมและเกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา และในอนาคตการมีจำกัดอาจจะยิ่งปรากฏชัดเจนมาก ขึ้นเมื่อทรัพยากรส่วนหนึ่งถูกใช้หมดไป ส่วนที่เหลืออยู่น้อยลง⁴

ดังนั้น แม่วิชาเศรษฐศาสตร์จะเป็นวิชาหนึ่งในหมวดสังคมศาสตร์ที่มุ่งศึกษาพฤติกรรมของ มนุษย์และสังคม รวมทั้งมีเป้าหมายเพื่อสร้างประโยชน์หรือความสุขขึ้นในสังคมก็ตาม แต่ เศรษฐศาสตร์เน้นการศึกษาพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมการผลิตและการแบ่งปันส่วนสินค้า และบริการเป็นสำคัญ คือ จะทำอะไรจึงจะสามารถจัดสรรหรือใช้ทรัพยากรอันเป็นสิ่งหาได้ยาก สำหรับกิจกรรมต่างๆ ของมนุษย์ นับตั้งแต่ระดับปัจเจกบุคคล ครอบครัว ชุมชน ประเทศ ไปจนถึง ระดับสากลโลกได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵

ในระยะแรกนั้นการศึกษาเศรษฐศาสตร์มีเพียงแขนงเดียว ไม่ได้มีการแบ่งแยกออกเป็น เศรษฐศาสตร์จุลภาค หรือเศรษฐศาสตร์มหภาคดังที่เราได้รู้จักกันในปัจจุบัน โดยให้ความสนใจเฉพาะ พฤติกรรมของผู้ผลิตและผู้บริโภค เพื่อชี้ให้เห็นว่ากลไกราคาสามารถทำให้การใช้ทรัพยากรเป็นไป อย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถทำให้การกระจายรายได้มีความเสมอภาคภายใต้ตลาดที่มีการ แข่งขันอย่างสมบูรณ์ และเชื่อว่าหากการจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ระบบ เศรษฐกิจก็จะขยายตัวอย่างต่อเนื่องและมีเสถียรภาพ จนกระทั่งในช่วงทศวรรษ 1930 ซึ่งเกิดภาวะ เศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก ชี้ให้เห็นว่ากลไกตลาดไม่สามารถรับประกันความมีเสถียรภาพและความ ต่อเนื่องของการขยายตัวของเศรษฐกิจได้ การศึกษาเศรษฐศาสตร์ในระดับมวลรวมจึงได้มีบทบาทแยก เด่นชัดออกมา เป็นจุดเริ่มต้นของการแยกวิชาเศรษฐศาสตร์ออกเป็น 2 แขนง ตามขอบเขตของ ประเด็นที่มุ่งศึกษา กล่าวคือ เศรษฐศาสตร์จุลภาค (microeconomics) และเศรษฐศาสตร์มหภาค (macroeconomics)⁶

เศรษฐศาสตร์จุลภาค เป็นการศึกษาพฤติกรรมของหน่วยเศรษฐกิจต่างๆ ในระบบเศรษฐกิจ อันได้แก่ ผู้บริโภค ผู้ผลิต เจ้าของปัจจัยการผลิต หรือหน่วยเศรษฐกิจอื่นใด ที่ประกอบกิจกรรมทาง เศรษฐกิจอยู่ในระบบเศรษฐกิจทั้งในฐานะของบุคคลหรือกลุ่มของบุคคล การศึกษาเศรษฐศาสตร์ จุลภาคจะชี้ให้เห็นพฤติกรรมการตัดสินใจของหน่วยเศรษฐกิจดังกล่าวว่าเป็นเช่นใด เพราะเหตุใด ทั้ง

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

⁵ สถาบันพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, เศรษฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: ตลาด หลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2548), หน้า 4.

⁶ นราทิพย์ ชูดวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 1 - 3.

ในสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะนี้ และในสถานการณ์ที่เปลี่ยนไป อาทิ การตัดสินใจซื้อสินค้าของผู้บริโภค หรือการตัดสินใจผลิตสินค้าของผู้ผลิต⁷

เศรษฐศาสตร์มหภาค เป็นการศึกษาพฤติกรรมมวลรวมของระบบเศรษฐกิจทั้งระบบ อาทิ การกำหนดรายได้ การจ้างงาน ระดับราคาทั่วไป ภาวะการเงินของประเทศ ตลอดจนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ในขณะที่เศรษฐศาสตร์จุลภาคได้ให้ความสำคัญกับราคาของสินค้าแต่ละชนิดและราคาโดยเปรียบเทียบกับสินค้าชนิดอื่น แต่เศรษฐศาสตร์มหภาคจะให้ความสนใจกับระดับราคาสินค้าทั่วไปและระดับของเงินเพื่อ⁸

เมื่อวิเคราะห์ถึงลักษณะของเศรษฐศาสตร์ทั้ง 2 แขนงดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่าแขนงของวิชาเศรษฐศาสตร์ที่ถือได้ว่าเป็นแนวคิดอันเป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้น คือเศรษฐศาสตร์จุลภาค กล่าวคือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เป็นกฎหมายที่มีเป้าหมายที่สำคัญคือ ต้องการส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการในระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยมีการจัดวางบทบัญญัติแห่งกฎหมายในลักษณะที่ห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการ ประพฤติปฏิบัติไปในทางที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของหน่วยเศรษฐกิจต่างๆ ในการตัดสินใจใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ให้บรรลุเป้าหมายของตน โดยให้พฤติกรรมนั้นเป็นไปตามกลไกตลาดซึ่งเป็นตัวขับเคลื่อนให้ระบบเศรษฐกิจดำเนินไปโดยมีการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ อันก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (economic efficiency) สูงสุด ซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตการศึกษาของเศรษฐศาสตร์จุลภาค¹⁰ ดังนั้น ในการศึกษาแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นกฎหมายที่ต้องการทำการศึกษาซึ่งเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ผู้เขียนจึงจะมุ่งศึกษาแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ในขอบเขตของแขนงเศรษฐศาสตร์จุลภาคเป็นสำคัญ โดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน เพื่อให้การศึกษาประเด็นกฎหมายดังกล่าวไม่กว้างจนเกินไป แต่เพียงพอที่จะทำให้เข้าใจวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของการกำกับดูแลพฤติกรรมดังกล่าวของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันตามกฎหมายได้

ในการศึกษานี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ในระบบเศรษฐกิจเป็นเรื่องแรก เพื่อให้เข้าใจถึงระบบเศรษฐกิจรวมถึงความสัมพันธ์

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1 - 2.

⁹ สุธีร์ ศุภินิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 19.

¹⁰ สถาบันพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, เศรษฐศาสตร์, หน้า 66.

ระหว่างหน่วยเศรษฐกิจต่างๆ ถัดมาจึงจะศึกษาเรื่องการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงลักษณะของการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพอันเป็นเป้าหมายสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และจะศึกษาเรื่องอุปสงค์ อุปทาน และดุลยภาพตลาด อันเป็นส่วนประกอบสำคัญในระบบเศรษฐกิจ จากนั้นจะทำการศึกษาเรื่องการเปลี่ยนแปลงปริมาณอุปสงค์อุปทานกับการเปลี่ยนระดับอุปสงค์อุปทาน รวมถึงศึกษาเรื่องความยืดหยุ่น ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นถึงโครงสร้างตลาดในระบบเศรษฐกิจซึ่งเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ผู้เขียนจะทำการศึกษา โดยที่เรื่องต่างๆ เหล่านี้จะทำให้เข้าใจแนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากยิ่งขึ้น และจะทำให้เห็นถึงความจำเป็นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า รวมถึงจะทำให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ผู้เขียนจะทำการศึกษามากยิ่งขึ้น

2.1.1 ระบบเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ในระบบเศรษฐกิจ

เพื่อให้เข้าใจถึงระบบเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ของบุคคลกลุ่มต่างๆ ในระบบเศรษฐกิจ จึงต้องอธิบายลักษณะของระบบเศรษฐกิจเสียก่อน ต่อจากนั้นจึงจะพิจารณาว่าหน่วยเศรษฐกิจต่างๆ ในระบบเศรษฐกิจนั้นๆ มีความสัมพันธ์ระหว่างกันอย่างไร¹¹

2.1.1.1 ระบบเศรษฐกิจ

ระบบเศรษฐกิจ (economic system) หมายถึง กลุ่มของหน่วยเศรษฐกิจกลุ่มหนึ่งๆ ที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ภายใต้ระเบียบกฎเกณฑ์อันเดียวกัน ซึ่งกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (economic activities) ในที่นี้ ก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการผลิต การบริโภค และการกระจายสินค้าหรือบริการต่างๆ และหน่วยเศรษฐกิจ (economic units) หมายถึง ผู้ทำหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยที่หน่วยเศรษฐกิจหนึ่งๆ อาจจะเป็นปัจเจกบุคคล กลุ่มบุคคล องค์กร สถาบัน หรือผู้พำนักอาศัยของประเทศหนึ่งๆ¹²

โดยทั่วไปแล้ว หน่วยเศรษฐกิจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ คือ หน่วยครัวเรือน (households) หน่วยธุรกิจ (business firms) และหน่วยรัฐบาล (government) หน่วยครัวเรือนทำหน้าที่เป็นผู้บริโภค ในขณะที่เดียวกันก็ทำหน้าที่เป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต ส่วนหน่วยธุรกิจทำหน้าที่หลักในการผลิตสินค้าและบริการต่างๆ และหน่วยรัฐบาลทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและแผน วางระเบียบกฎเกณฑ์ และควบคุมดูแลการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของหน่วย

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

¹² เรื่องเดียวกัน

เศรษฐกิจต่างๆ ให้เป็นไปตามระเบียบกฎเกณฑ์ที่วางไว้ ในขณะเดียวกัน รัฐบาลอาจจะเป็นผู้ผลิตสินค้าและบริการด้วยก็ได้¹³

เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของหน่วยเศรษฐกิจต่างๆ เป็นไป ด้วยความเรียบร้อย และบรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนาของส่วนรวม และเพื่อแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ 3 ประการ คือ ปัญหาผลิตอะไร (what to produce) ว่าควรจะมีผลิตสินค้าหรือบริการอะไร จำนวนเท่าไร เนื่องจากทรัพยากรมีจำนวนจำกัด ปัญหาผลิตอย่างไร (how to produce) ว่าจะมีผลิตสินค้าและบริการด้วยเทคนิคแบบใด ใช้ปัจจัยใดบ้าง และปัญหาผลิตเพื่อใคร (produce for whom) จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดระเบียบ กฎเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติขึ้นบังคับใช้ ช่วยให้การทำหน้าที่ และการสัมพันธ์ต่อกันของหน่วยเศรษฐกิจทั้งหลายเป็นไปอย่างมีระบบ เรียกว่า “ระบบเศรษฐกิจ” ซึ่งการตัดสินใจพื้นฐานทางเศรษฐกิจมีหลายวิธี สังคมใดจะเลือกวิธีใดขึ้นอยู่กับระบบเศรษฐกิจของสังคมนั้น โดยทั่วไปอาจจำแนกระบบเศรษฐกิจต่างๆ ออกได้เป็น 3 แบบ¹⁴ คือ

ก. ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรี (free-market economy) หรือเรียกว่า ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (capitalism) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าระบบตลาด (market system)¹⁵ มีลักษณะที่สำคัญ คือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนใหญ่ตกเป็นของเอกชน และเอกชนมีเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ภายใต้กฎหมาย โดยใช้กลไกราคาในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจทั้ง 3 ประการ¹⁶

ข. ระบบเศรษฐกิจแบบบังคับ (command economy) หรือระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม (socialism) มีลักษณะที่เกือบจะถือได้ว่าตรงกันข้ามกับระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรี คือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนใหญ่รวมทั้งปัจจัยการผลิตเกือบทุกอย่างตกเป็นของรัฐหรือของส่วนรวมแม้กระทั่งแรงงาน กล่าวคือ บุคคลไม่มีสิทธิแม้แต่การใช้แรงงานของตน ไม่มีสิทธิเลือกประกอบอาชีพและถิ่นที่อยู่ตามความพอใจ โดยเอกชนขาดเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจทั้ง 3 ประการนั้น จะใช้การวางแผนจากส่วนกลางหรือรัฐบาลในการแก้ไขปัญหา กลไกราคาไม่มีบทบาทแต่อย่างใด¹⁷

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

¹⁴ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 11.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

ค. ระบบเศรษฐกิจแบบผสม (mixed economy) เป็นระบบเศรษฐกิจที่มีลักษณะผสมผสานกันระหว่างระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรีและแบบบังคับ ทั้งรัฐและเอกชนมีส่วนร่วมกันแก้ไขปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ กระมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีทั้งส่วนที่เป็นของรัฐและเอกชน กลไกราคามีบทบาทในการจัดสรรทรัพยากรและการแจกแจงผลผลิต แต่จะมีบทบาทน้อยกว่าในระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรี เนื่องจากในระบบเศรษฐกิจแบบผสมมีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของหลายฝ่าย เช่น สหภาพแรงงาน สมาคมการค้าและธุรกิจ กลุ่มเหล่านี้สามารถสร้างอิทธิพลและอำนาจการผูกขาดบางส่วน ซึ่งมีผลต่อการกำหนดสินค้าที่ผลิต การลงทุน การจัดสรรทรัพยากร ค่าตอบแทนหรือรายได้ เป็นต้น¹⁸

ระบบเศรษฐกิจแบบผสมนั้นเป็นระบบที่มีความยืดหยุ่น และเปิดโอกาสให้มีการเลือกเครื่องมือเพื่อแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่เหมาะสมกับกิจกรรมแต่ละกรณี เพราะเป็นระบบที่ใช้ทั้งกลไกราคาและการวางแผนควบคู่กัน ซึ่งกล่าวได้ว่า ในปัจจุบันไม่มีประเทศใดในโลกจัดสรรทรัพยากรโดยใช้กลไกราคาเพียงอย่างเดียว หรือใช้การวางแผนจากส่วนกลางเป็นหลักเพียงอย่างเดียว¹⁹ ทุกประเทศในโลกต่างใช้ลักษณะระบบเศรษฐกิจแบบผสมทั้งสิ้น เพียงแต่จะเข้มงวดกับการใช้กลไกราคาหรือการวางแผนของรัฐมากกว่ากัน²⁰

2.1.1.2 ความสัมพันธ์ของหน่วยเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจ

นอกจากสมาชิกในหน่วยเศรษฐกิจประเภทต่างๆ คือ หน่วยครัวเรือน หน่วยธุรกิจ และหน่วยรัฐบาลจะมีความสัมพันธ์กันเองภายในกลุ่มแล้ว ยังมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องหรือเชื่อมโยงกันกับหน่วยเศรษฐกิจประเภทอื่นๆ การติดต่อสัมพันธ์กันในแบบหลังนี้เรียกว่า กระแสไหลเวียนในระบบเศรษฐกิจ (circular flow) แสดงเป็นรูปภาพได้ดังรูปที่ 1 โดยที่กรอบสี่เหลี่ยมแฉกกลางทั้งสาม เป็นตัวแทนของหน่วยเศรษฐกิจทั้ง 3 ประเภท คือ หน่วยธุรกิจ หน่วยรัฐบาล หน่วยครัวเรือนตามลำดับ ส่วนรูปวงรีด้านล่างและด้านบนแทนตลาดปัจจัยการผลิต และตลาดสินค้าและบริการตามลำดับ ผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงซื้อขายปัจจัยการผลิต หรือสินค้าและบริการโดยผ่านตลาดทั้งสองนี้²¹

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

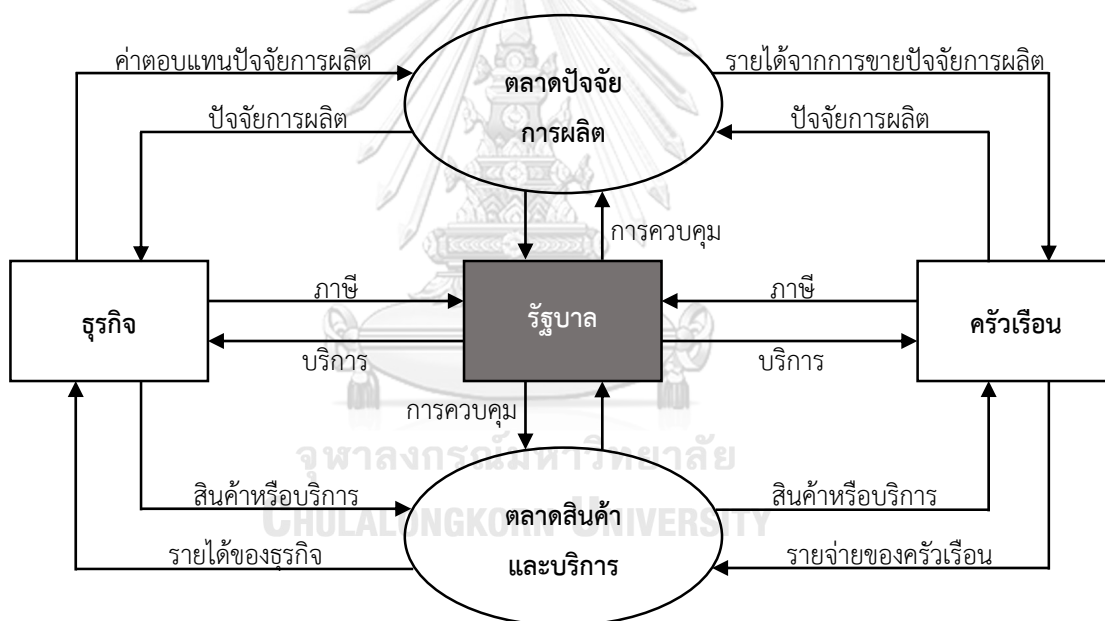
¹⁹ ประพันธ์ เศวตนันท์ และไพศาล เล็กอุทัย, หลักเศรษฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 8.

²⁰ สมลักษณ์ สันติโรจนกุล, หลักเศรษฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์, 2555), หน้า 10.

²¹ ภราดร ปริดาศักดิ์, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 20 - 21.

หน่วยครัวเรือน เป็นหน่วยเศรษฐกิจที่เป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตประเภทต่างๆ ได้แก่ ที่ดิน แรงงาน ทุน และความสามารถในการประกอบการ ในขณะที่เดียวกันหน่วยครัวเรือนนี้ก็เป็นผู้บริโภคที่มีความต้องการสินค้าและบริการมาตอบสนองด้วย หน่วยครัวเรือนจะขายปัจจัยการผลิตต่างๆ ผ่านตลาดปัจจัยการผลิตให้แก่หน่วยธุรกิจ (ผู้ผลิต) เมื่อหน่วยธุรกิจรวบรวมปัจจัยการผลิตต่างๆ มาได้ ก็จะนำไปผลิตออกมาเป็นผลผลิตคือสินค้าหรือบริการ แล้วนำสินค้าหรือบริการนั้นไปขายให้แก่หน่วยครัวเรือน (ผู้บริโภค) โดยผ่านตลาดสินค้าและบริการ การไหลเวียนที่เริ่มจากปัจจัยการผลิตที่ออกจากหน่วยครัวเรือนจนกลายมาเป็นสินค้าหรือบริการกลับเข้ามาสู่หน่วยครัวเรือนในท้ายที่สุดนี้ เรียกว่ากระแสของสินค้าและปัจจัย (goods and factors flow) ซึ่งแสดงโดยลูกศรทางด้านใน²²

รูปที่ 1 ภาพแสดงกระแสไหลเวียนในระบบเศรษฐกิจ²³



อย่างไรก็ตาม ในระบบเศรษฐกิจที่มีการใช้เงินเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน เมื่อมีการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการและปัจจัยการผลิต ก็จะต้องมีการจ่ายเงินเป็นค่าตอบแทนซึ่งกันและกัน จึงเกิดกระแสของเงิน (money flow) ขึ้นในระบบเศรษฐกิจนี้ด้วย ในที่นี้ กระแสการไหลเวียนของเงินจะแสดงโดยลูกศรทางด้านนอก โดยที่ลูกศรด้านบนจะแสดงถึง

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 21 - 22.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

กระแสของเงินที่เป็นค่าตอบแทนจากการซื้อขายปัจจัยการผลิต หน่วยครัวเรือนจะได้รับค่าตอบแทนในรูปของค่าเช่า ค่าจ้าง ดอกเบี้ย และกำไร ซึ่งเกิดจากการขายปัจจัยการผลิตอันได้แก่ ที่ดิน แรงงาน ทุน และความสามารถในการประกอบการตามลำดับ ค่าตอบแทนนี้เป็นรายได้ในรูปตัวเงิน (money income) ของหน่วยครัวเรือน หากมองในแง่ของหน่วยธุรกิจ ค่าตอบแทนสำหรับปัจจัยการผลิตนี้ก็คือค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนการผลิตของหน่วยธุรกิจ²⁴

ส่วนลูกศรวนอกด้านล่างเป็นกระแสของเงินที่เป็นค่าตอบแทนจากการซื้อขายสินค้าหรือบริการระหว่างหน่วยธุรกิจกับหน่วยครัวเรือน ในแง่ของหน่วยครัวเรือน เงินที่มาจากรายได้จากการขายปัจจัยการผลิต ถูกจ่ายออกไปเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับการซื้อสินค้าและบริการ และค่าใช้จ่ายของหน่วยครัวเรือนนี้ ก็จะกลายเป็นรายรับของหน่วยธุรกิจ ซึ่งหน่วยธุรกิจจะนำเอารายรับนี้ไปซื้อปัจจัยการผลิตมาผลิตสินค้าหรือบริการในต่อไป จึงเกิดกระแสการไหลเวียนเช่นนี้ต่อเนื่องกันไปเรื่อยๆ²⁵

ในกรณีที่รัฐบาลเป็นผู้ผลิตสินค้าหรือบริการ รัฐบาลก็จะซื้อปัจจัยการผลิตจากตลาดปัจจัยการผลิตมาผลิตเป็นสินค้าหรือบริการให้แก่หน่วยครัวเรือนและหน่วยธุรกิจ ค่าตอบแทนที่ได้ก็จะเป็นรายได้ของรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่อยู่ในรูปของภาษี รายได้นี้ก็เป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายสำหรับการซื้อปัจจัยการผลิตในตลาดปัจจัยการผลิตและค่าใช้จ่ายสำหรับการซื้อสินค้าและบริการจากตลาดสินค้าและบริการ นอกจากนี้ ในระบบเศรษฐกิจแบบผสม รัฐบาลมักมีบทบาทในการออกกฎระเบียบหรือกฎหมายเพื่อควบคุมดูแลให้การดำเนินกิจกรรมต่างๆ เป็นไปตามทิศทางที่รัฐบาลต้องการ ในกรณีนี้รัฐบาลจะเข้าควบคุมหรือแทรกแซงในตลาดทั้งสองด้วย²⁶

กล่าวโดยสรุป ในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ซึ่งเป็นระบบเศรษฐกิจแบบผสมที่เข้มงวดกับการใช้กลไกราคานั้น เชื่อว่าตลาดจะทำให้มีการนำทรัพยากรหรือปัจจัยการผลิตที่มีอยู่อย่างจำกัด (ที่ดิน แรงงาน ทุน ความเป็นผู้ประกอบการ เทคโนโลยี) มาจัดสรรเพื่อตอบสนองความต้องการที่มีอยู่อย่างไม่จำกัดได้อย่างมีประสิทธิภาพ²⁷ โดยที่กลไกราคา หรือราคาตลาด (market price) จะเป็นเสมือนมือที่คอยปรับให้การจัดสรรทรัพยากรของสังคมเกิดประสิทธิภาพสูงสุด เพราะราคาตลาดเป็นสัญญาณในการสื่อสารข้อมูลให้แก่หน่วยเศรษฐกิจใช้ประกอบการตัดสินใจกำหนด

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

²⁵ เรื่องเดียวกัน

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22 - 23.

²⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 37.

ปริมาณการผลิต รวมถึงชนิดของสินค้าที่จะผลิต ตามหลักมือที่มองไม่เห็น (invisible hand principle) ของอดัม สมิท (Adam Smith)²⁸

ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐจึงไม่ควรเข้าแทรกแซงตลาด แต่ควรปล่อยให้หน่วยเศรษฐกิจมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการที่จะใช้ทรัพย์สินที่หน่วยเศรษฐกิจเป็นเจ้าของอยู่ และในทางทฤษฎีแล้วกลไกราคาควรจะต้องปรับปรุงแก้ไขตลาดได้โดยตัวเอง แต่ในโลกแห่งความเป็นจริงแล้วหาได้เป็นเช่นนั้น เนื่องจากเกิดตลาดผูกขาดขึ้น โดยบริษัทผูกขาดขนาดใหญ่ทำให้ประชาชนผู้บริโภคและผู้ประกอบการขนาดเล็กได้รับความเดือดร้อนจากพฤติกรรมของบริษัทผู้ผูกขาด อันเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นว่ากลไกราคาไม่ทำงานหรือตลาดล้มเหลว (market failure) กล่าวคือ กลไกราคาไม่สามารถจะทำหน้าที่ในการจัดสรรทรัพยากรให้มีประสิทธิภาพสูงสุดได้ จึงต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายในการป้องกันการผูกขาด เข้ามาควบคุมพฤติกรรมของบริษัทที่ผูกขาด และควบคุมโครงสร้างตลาดโดยทำให้โครงสร้างตลาดกลับมาเป็นตลาดที่มีการแข่งขัน²⁹

2.1.2 การใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ

ในทางเศรษฐศาสตร์นั้น ประสิทธิภาพ (efficiency) เกิดขึ้นเมื่อเราผลิตสินค้าและบริการที่ผู้บริโภคให้คุณค่ามากที่สุด นั่นคือการใช้ทรัพยากรจะมีประสิทธิภาพเมื่อเราได้ทำการผลิตสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้นจนมาถึงจุดๆ หนึ่งที่เราไม่สามารถทำการผลิตได้ต่อไป ถ้าเราไม่ลดจำนวนการผลิตสินค้าและบริการอื่นลงไป³⁰ ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า ทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจมีจำนวนจำกัด ดังนั้น หากมีการใช้ทรัพยากรทั้งหมดอย่างเต็มที่แล้ว การเพิ่มผลผลิตของสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อต้องลดการผลิตสินค้าชนิดอื่นลง³¹ อย่างไรก็ตาม คำถามที่ว่า การใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพเป็นอย่างไร เป็นปัญหาที่ยากต่อการตอบ แต่ก็ก็เป็นคำถามที่จำเป็นที่จะต้องตอบให้ได้

โดยที่ประสิทธิภาพนั้น จะเกิดขึ้นเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไข 2 ประการ³² คือ

ก. ประสิทธิภาพในการผลิต (production efficiency) จะเกิดขึ้นเมื่อเราไม่สามารถผลิตสินค้าหรือบริการได้มากขึ้น หากไม่ผลิตสินค้าและบริการอื่นให้น้อยลง หากเราสามารถผลิตสินค้า

²⁸ สถาบันพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, เศรษฐศาสตร์, หน้า 68.

²⁹ คักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 38.

³⁰ เบด โรบิน, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน) แปลโดย จุฑามาศ ทวีไพบูลย์วงษ์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2550), หน้า 34.

³¹ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 24.

³² เบด โรบิน, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน), หน้า 35.

ได้เพิ่มขึ้นโดยที่ไม่มีต้นทุนเพิ่มขึ้น หรือไม่จำเป็นต้องลดปริมาณการผลิตสินค้าและบริการอื่นให้น้อยลง หมายความว่า การผลิตยังไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งเมื่อเราได้ใช้ทรัพยากรทั้งหมดในการผลิตอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว จะเป็นไปได้เลยที่จะผลิตสินค้าหรือบริการชนิดอื่นเพิ่มขึ้น โดยไม่ผลิตสินค้าหรือบริการเดิมลดลง³³

ข. ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (allocative efficiency) กล่าวคือ ในการผลิตสินค้าอย่างมีประสิทธิภาพนั้น อาจมีจำนวนในการผลิตที่เรียกได้ว่าเป็นจำนวนที่มีประสิทธิภาพในการผลิตได้หลายจำนวน หากแต่ในบรรดาจำนวนเหล่านี้ จะมีเพียงจำนวนเดียวที่ถือว่าเป็นจุดที่มีประสิทธิภาพในการจัดสรร กล่าวคือ เป็นจำนวนที่ทำให้เกิดผลประโยชน์ที่ผู้บริโภคได้รับจากการบริโภคสินค้าอย่างเหมาะสม หรือเรียกว่า ประโยชน์หน่วยสุดท้าย (marginal benefit)³⁴

รูปที่ 2 นั้น แสดงให้เห็นการใช้ทรัพยากรอย่างไม่เต็มที่ กล่าวคือ การใช้ทรัพยากรอย่างไม่เต็มที่ในภาพนี้ ทำให้เศรษฐกิจอาจผลิตอยู่ที่จุด H ซึ่งที่จุด H มีการผลิตน้ำขวด 3 ล้านขวด และแผ่นซีดี 6 ล้านแผ่น แต่หากทรัพยากรถูกใช้อย่างเต็มที่ ก็เป็นไปได้ที่จะเลื่อนจุดไปยังจุด D หรือจุด E โดยที่ ณ จุด D นั้น จะสามารถผลิตซีดีเพิ่มขึ้น ในขณะที่ผลิตจำนวนน้ำขวดได้เท่ากับที่จุด H โดยไม่ต้องลดจำนวนน้ำขวดที่ผลิตลงเลยแม้แต่น้อย ในทางกลับกัน ที่จุด E ก็จะทำให้สามารถผลิตน้ำขวดได้เพิ่มมากขึ้น ในขณะที่ผลิตจำนวนซีดีได้เท่ากับที่จุด H

จากรูปที่ 2 นี้ แสดงให้เห็นว่าการใช้ทรัพยากรให้เกิดประสิทธิภาพในการผลิตนั้นเป็นอย่างไร ซึ่งจะเห็นว่าประสิทธิภาพในการผลิตนั้นอาจเกิดได้ตั้งแต่ ณ จุด A ถึงจุด F หากแต่จะมีเพียงจุดเดียวเท่านั้นที่จะเรียกได้ว่าเป็นจุดที่มีประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร ซึ่งต้องอาศัยข้อมูลเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ปรากฏในรูปที่ 2 ที่เรียกว่า ผลประโยชน์หน่วยสุดท้ายที่ผู้บริโภคได้รับ

โดยที่ผลประโยชน์หน่วยสุดท้าย (marginal benefit) คือ สิ่งที่ผู้คนได้รับหรือความพึงพอใจที่เกิดขึ้นจากการบริโภคสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้นอีก 1 หน่วย ซึ่งวัดจากสิ่ง que ผู้บริโภคยินดีที่จะเสียไปเพื่อให้ได้สินค้าหรือบริการนั้นเพิ่มขึ้น 1 หน่วย และโดยหลักทั่วไป ยิ่งผู้บริโภคได้รับสินค้าหรือบริการอย่างหนึ่งมากขึ้นเท่าไร ผลประโยชน์หน่วยสุดท้ายที่ผู้บริโภคได้รับจะยิ่งน้อยลง เช่น หากน้ำขวดหาได้ยาก สามารถซื้อได้เพียงปีละ 1 - 2 ขวดเท่านั้น ผู้บริโภคจะได้รับความพึงพอใจมากในการได้รับน้ำขวดเพิ่ม 1 ขวด ดังนี้ ผลประโยชน์หน่วยสุดท้ายของน้ำขวดนี้จะสูงมาก และผู้บริโภคยินดีจะเสียละสินค้าและบริการอื่นเป็นจำนวนมากเพื่อให้ได้น้ำขวดเพิ่มขึ้น 1 ขวด แต่ถ้ามีน้ำขวดเป็น

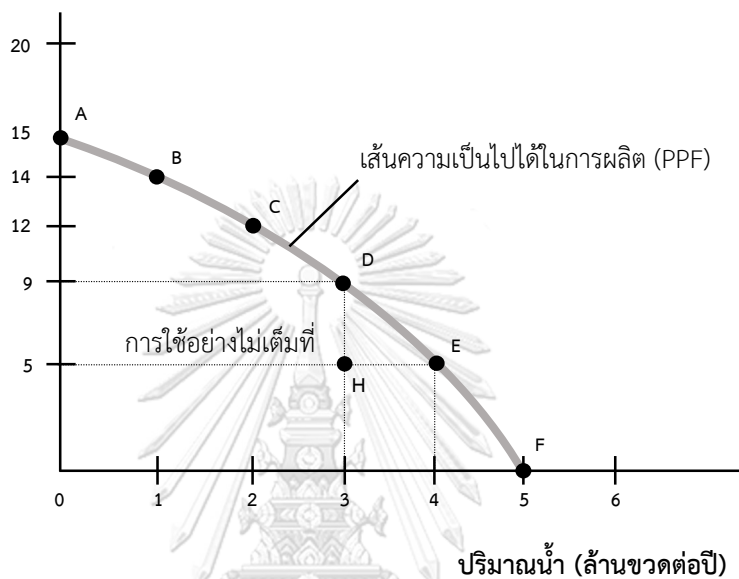
³³ เรื่องเดียวกัน

³⁴ เรื่องเดียวกัน

จำนวนมากเพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภค เช่นนี้ผู้บริโภคเกือบจะไม่ได้ผลประโยชน์หน่วยสุดท้ายจากน้ำขวดที่เพิ่มขึ้น และแทบจะไม่ยอมเสียอะไรเลยเพื่อให้ได้น้ำดื่มขวดนั้นมา³⁵

รูปที่ 2 ภาพแสดงการใช้ทรัพยากรอย่างเต็มที่และไม่เต็มที่³⁶

ปริมาณซีดี (ล้านผ่านต่อปี)



ในการให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร จะต้องเปรียบเทียบผลประโยชน์หน่วยสุดท้ายกับต้นทุนหน่วยสุดท้าย (marginal cost) ซึ่งหมายถึง ต้นทุนที่เพิ่มขึ้นจากการผลิตสินค้าหรือบริการเพิ่มอีก 1 หน่วย เช่น ต้นทุนหน่วยสุดท้ายของน้ำขวด คือต้นทุนค่าเสียโอกาสที่จะต้องยอมเสียจำนวนของแผ่นซีดีที่สามารถผลิตได้เพื่อให้ได้น้ำขวดเพิ่มอีก 1 ขวดตามแนวเส้นความเป็นไปได้ในการผลิต (PPF)³⁷ และประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรจะเกิดขึ้นเมื่อผลประโยชน์หน่วยสุดท้ายเท่ากับต้นทุนหน่วยสุดท้าย จะส่งผลให้สินค้าในตลาดมีเพียงพอสำหรับความต้องการของผู้บริโภค ไม่มากและไม่น้อยเกินไป³⁸ ซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญอย่างหนึ่งของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35 - 36.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39 - 40.

2.1.3 อุปสงค์ อุปทาน และดุลยภาพตลาด

2.1.3.1 อุปสงค์

อุปสงค์ (demand) หมายถึง ความต้องการซื้อสินค้าหรือบริการชนิดใดชนิดหนึ่งของผู้บริโภค ร่วมกับความสามารถในการสนองความต้องการดังกล่าว กล่าวสั้นๆ คือ ความต้องการ (want) บวกด้วยอำนาจซื้อ (purchasing power) ซึ่งผู้บริโภคมีความเต็มใจ (ability and willingness) ที่จะซื้อ และมีเงินเพียงพอที่จะจ่ายซื้อสินค้าหรือบริการนั้นๆ ได้ด้วย³⁹ โดยที่ปริมาณของอุปสงค์ (quantity demanded) จะถูกวัดเป็นจำนวนต่อหน่วยของเวลา (per unit of time) ตัวอย่างเช่น อุปสงค์ของน้ำเป็น 2 ขวดต่อวัน เป็นต้น ซึ่งหากไม่มีหน่วยของเวลากำหนด ตัวเลขที่แสดงปริมาณอุปสงค์ของสินค้านั้นจะไม่มีความหมายอะไร⁴⁰

ปริมาณของอุปสงค์นั้นอาจถูกกระทบจากหลายสิ่งหลายอย่าง และหนึ่งในนั้นคือราคา เราจึงจะเริ่มพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างปริมาณอุปสงค์และราคา โดยกำหนดให้ปัจจัยอื่นๆ ทั้งหมดที่ผลต่อปริมาณของอุปสงค์นั้นไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งจะแสดงให้เห็นว่าเมื่อปัจจัยอื่นคงที่ ปริมาณอุปสงค์ของสินค้าชนิดหนึ่งจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรเมื่อราคาสินค้าชนิดนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป⁴¹

ทั้งนี้ สิ่งที่จะช่วยในการตอบคำถามดังกล่าวข้างต้นได้ คือ กฎของอุปสงค์ (law of demand) กล่าวคือ “เมื่อปัจจัยอื่นๆ คงที่ หากราคาของสินค้าชนิดหนึ่งเพิ่มขึ้น ปริมาณอุปสงค์ของสินค้าชนิดนั้นจะลดลง และหากราคาของสินค้าชนิดหนึ่งลดลง ปริมาณอุปสงค์ของสินค้าชนิดนั้นจะเพิ่มขึ้น”⁴² เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะว่าคนมีงบประมาณที่จำกัด ดังนั้นคนเราจะตัดสินใจเลือกสิ่งที่ดีที่สุดที่เขาเลือกได้ หากราคาสินค้าชนิดหนึ่งลดลง โดยที่ราคาของสินค้าชนิดอื่นไม่เปลี่ยนแปลง สินค้าที่มีราคาต่ำกว่าจะน่าสนใจมากขึ้น และคนจะซื้อสินค้าชนิดนี้มากขึ้น⁴³

ปัจจัยที่จะมีผลต่อปริมาณของอุปสงค์นั้น ได้แก่

ก. ราคาสินค้าที่เกี่ยวข้อง (price of related goods) กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงในราคาของสินค้าชนิดหนึ่ง ย่อมทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระดับอุปสงค์ของสินค้าอื่นที่มี

³⁹ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทัศนศึกษาเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 25.

⁴⁰ เบด โรบิน, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน), หน้า 50.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน

⁴² เรื่องเดียวกัน

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

ความเกี่ยวข้องกัน โดยที่สินค้านั้นเป็นสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ (substitute) หมายถึง เราสามารถบริโภคสินค้าชนิดหนึ่งแทนสินค้าอีกชนิดหนึ่งได้⁴⁴

ข. รายได้ (income) กล่าวคือ สำหรับสินค้าปกติ (normal goods) นั้น การเพิ่มขึ้นของรายได้ จะทำให้อุปสงค์ของสินค้านั้นเพิ่มขึ้น และการลดลงของรายได้ จะทำให้อุปสงค์ของสินค้านั้นลดลงเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม มีสินค้าอีกชนิดหนึ่งเรียกว่า สินค้าด้อย (inferior goods) สำหรับสินค้าด้อยนั้น การเพิ่มขึ้นของรายได้ จะทำให้อุปสงค์ของสินค้าลดลง และการลดลงของรายได้ จะทำให้อุปสงค์ของสินค้าเพิ่มขึ้น⁴⁵

ค. การคาดการณ์ (expectation) กล่าวคือ หากคาดการณ์ว่าราคาของสินค้าชนิดหนึ่งจะเพิ่มขึ้นในสัปดาห์หน้า เราย่อมซื้อสินค้าชนิดนี้จำนวนมากเพื่อเก็บไว้ ดังนั้น อุปสงค์ของสินค้าชนิดนั้นในเวลานี้จะเพิ่มขึ้น⁴⁶

ง. จำนวนผู้ซื้อ (number of buyers) กล่าวคือ หากในตลาดมีผู้ซื้อจำนวนมาก อุปสงค์ย่อมมีมาก เช่น ในเขตเมืองใหญ่ๆ ที่มีผู้คนจำนวนมาก ย่อมมีอุปสงค์มากกว่าในเมืองเล็กๆ⁴⁷

จ. ความชอบ (preferences) ซึ่งโดยทั่วไปเรียกว่า รสนิยม (tastes) เป็นสิ่งที่มีอิทธิพลต่ออุปสงค์ของสินค้า กล่าวคือ เมื่อความชอบในสินค้าชนิดหนึ่งเพิ่มขึ้น อุปสงค์ของสินค้านั้นจะเพิ่มขึ้นและอุปสงค์ของสินค้าอื่นที่ใช้แทนกันได้จะลดลง นอกจากนี้ ความชอบในสินค้าหนึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ เมื่อมีสินค้าใหม่เกิดขึ้น เช่น การพัฒนาเทคโนโลยีอุปกรณ์จัดเก็บข้อมูลแบบพกพา (USB flash drive) ทำให้อุปสงค์ของซีดีลดลง เป็นต้น⁴⁸

2.1.3.2 อุปทาน

อุปทาน (supply) หมายถึง ปริมาณสินค้าหนึ่งๆ ที่ผู้ขายยินดีนำออกเสนอขายในขณะหนึ่งๆ ระดับราคาต่างๆ กันของสินค้า⁴⁹ ซึ่งมีปัจจัยหลายประการที่ส่งผลกระทบต่อปริมาณอุปทาน (quantity supplied) และปัจจัยหนึ่งคือราคา ดังนั้น เช่นเดียวกับการศึกษาในเรื่องอุปสงค์ เราจะเริ่มพิจารณาเรื่องอุปทาน จากความสัมพันธ์ระหว่างปริมาณอุปทานและราคา โดย

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

⁴⁹ นราทิพย์ ชุตินวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 32.

กำหนดให้ปัจจัยอื่นที่มีผลต่อปริมาณอุปทานไม่เปลี่ยนแปลง ก็จะแสดงให้เห็นว่าหากราคาสินค้าชนิดหนึ่งเปลี่ยนแปลง ปริมาณอุปทานของสินค้าหรือบริการชนิดนั้นจะเปลี่ยนแปลงอย่างไร ซึ่งกฎของอุปทานจะให้คำตอบได้⁵⁰

กฎของอุปทาน (law of supply) คือ “เมื่อปัจจัยอื่นคงที่ หากราคาสินค้าชนิดหนึ่งเพิ่มขึ้น ปริมาณอุปทานของสินค้านั้นจะเพิ่มขึ้น และหากราคาของสินค้าชนิดนั้นลดลง ปริมาณอุปทานของสินค้าชนิดนั้นจะลดลง” ดังนั้น หากราคาของน้ำขวดสูงขึ้น ผู้ผลิตจะเสนอขายน้ำขวดมากขึ้น เช่นนี้เป็นต้น⁵¹

ปัจจัยที่จะมีผลต่อปริมาณของอุปทานนั้น ได้แก่

ก. ราคาของสินค้าที่เกี่ยวข้อง (price of related goods) ซึ่งประกอบไปด้วยสินค้าที่ทดแทนกันได้ในการผลิต (substitute in production) หมายถึง มีสินค้าอีกชนิดหนึ่งซึ่งสามารถผลิตทดแทนกันได้ เช่นนี้ เมื่อราคาของสินค้าชนิดอื่นที่ทดแทนกันได้ในการผลิตเพิ่มขึ้น อุปทานของสินค้าชนิดเดิมย่อมลดลง เป็นการเปลี่ยนแปลงในทิศทางตรงกันข้าม (opposite directions) เช่น โรงงานผลิตเสื้อผ้าแห่งหนึ่ง สามารถผลิตได้ทั้งกางเกงผ้า และกางเกงยีนส์ เช่นนี้ เมื่อราคาของกางเกงยีนส์เพิ่มขึ้น อุปทานของกางเกงผ้าย่อมลดลง เป็นต้น⁵²

นอกจากนี้ สินค้าที่เกี่ยวข้องยังมีอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า สินค้าที่ประกอบกันในการผลิต (complement in production) หมายถึง สินค้าอีกชนิดหนึ่งที่สามารถผลิตได้พร้อมๆ กัน เช่นนี้ เมื่อราคาของสินค้าชนิดอื่นที่ประกอบกันในการผลิตเพิ่มขึ้น อุปทานของสินค้าชนิดเดิมจะเพิ่มขึ้นไปในทิศทางเดียวกัน (same direction) เช่น โรงฆ่าสัตว์ที่ผลิตเนื้อวัว ย่อมผลิตหนังฟอกด้วย ดังนั้นสินค้า 2 ชนิดนี้จึงเป็นสินค้าประกอบกันในการผลิต เมื่อราคาของหนังฟอกเพิ่มขึ้น อุปทานของเนื้อวัวก็จะเพิ่มขึ้นด้วย เป็นต้น⁵³

ข. ราคาของปัจจัยการผลิตและวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต (prices of resources and other inputs) กล่าวคือ อุปทานจะเปลี่ยนแปลงเมื่อราคาของปัจจัยการผลิตหรือวัตถุดิบที่ใช้ผลิตสินค้าชนิดนั้นเปลี่ยนแปลง เหตุผลเนื่องจากราคาของปัจจัยและวัตถุดิบในการผลิต

⁵⁰ เบต โรบิน, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน), หน้า 57.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61 - 62.

นั้นล้วนเป็นต้นทุนในการผลิต ดังนั้น หากต้นทุนในการผลิตสินค้ายิ่งสูงเท่าใด ปริมาณอุปทานของสินค้า ณ แต่ละระดับราคาจะยิ่งน้อยลง⁵⁴

ค. การคาดการณ์ (expectation) กล่าวคือ การคาดการณ์เกี่ยวกับราคาสินค้าในอนาคต ย่อมมีผลต่ออุปทานอย่างมากเช่นเดียวกันกับที่มีผลต่ออุปสงค์ หากเพียงแต่ต่างกันตรงที่ในกรณีของอุปทานนั้น หากคาดการณ์ว่าราคาของสินค้าชนิดหนึ่งจะเพิ่มขึ้นในอนาคต อุปทานในปัจจุบันย่อมลดลง เพื่อรอให้ราคาของสินค้าเพิ่มขึ้นเสียก่อน และภายหลังจากราคาสินค้าเพิ่มขึ้น อุปทานของสินค้านั้นก็จะเพิ่มขึ้นเช่นเดียวกัน⁵⁵

ง. จำนวนผู้ขาย (number of sellers) กล่าวคือ หากผู้ขายในตลาดมีจำนวนมาก ย่อมทำให้มีอุปทานมากด้วย⁵⁶

จ. ผลผลิตภาพ (productivity) กล่าวคือ การเพิ่มขึ้นของผลผลิตภาพในการผลิตส่งผลให้ต้นทุนในการผลิตลดลง ดังนั้นอุปทานจึงมากขึ้น เช่น ความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ทำให้ต้นทุนของคอมพิวเตอร์ลดลง ดังนั้นอุปทานของคอมพิวเตอร์จึงเพิ่มขึ้น เป็นต้น⁵⁷

2.1.3.3 ดุลยภาพตลาด

โดยทั่วไป “ดุลยภาพ” (market equilibrium) หมายถึง ภาวะที่แรงซึ่งกระทำในทิศทางตรงกันข้ามอยู่ในภาวะสมดุล (opposite force are in balance) ซึ่งสำหรับตลาดนั้น แรงที่กระทำในทิศทางตรงกันข้ามได้แก่อุปสงค์และอุปทาน โดยผู้ซื้อต้องการซื้อสินค้าหรือบริการด้วยราคาต่ำที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ หากราคายังต่ำผู้ซื้อต้องการซื้อในปริมาณมาก ตรงกันข้ามกับผู้ขายซึ่งต้องการขายสินค้าหรือบริการด้วยราคาสูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และหากราคายังสูง ปริมาณสินค้าที่ผู้ขายวางแผนที่จะขายยิ่งมากขึ้น⁵⁸

ดุลยภาพตลาด เกิดขึ้นเมื่อปริมาณอุปสงค์เท่ากับปริมาณอุปทาน หรือกล่าวคือปริมาณสินค้าตามแผนการซื้อเท่ากับแผนการขายเท่ากัน ราคาดุลยภาพ (equilibrium price) คือระดับราคาที่มีปริมาณอุปสงค์เท่ากับปริมาณอุปทาน ส่วนปริมาณดุลยภาพ (equilibrium quantity) คือปริมาณที่ซื้อขาย ณ ระดับราคาดุลยภาพ⁵⁹

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน

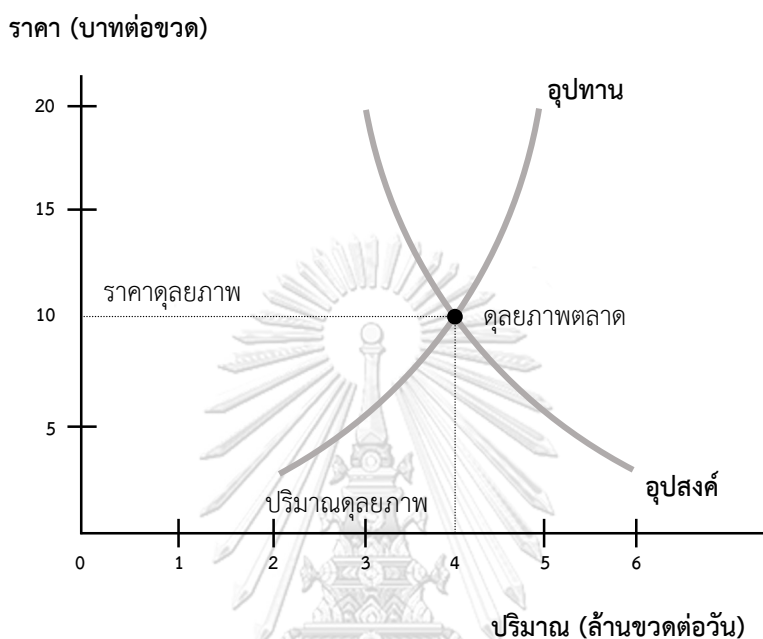
⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 63.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 64.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

กล่าวโดยสรุป ดุลยภาพตลาดจะเกิดขึ้นเมื่อ ระดับราคาของผู้ซื้อและผู้ขายตกลงซื้อขายกัน และปริมาณเสนอซื้อและปริมาณเสนอขายเท่ากันพอดี⁶⁰

รูปที่ 3 ภาพแสดงราคาดุลยภาพและปริมาณดุลยภาพ⁶¹



ในรูปที่ 3 นี้ แสดงให้เห็นว่าดุลยภาพตลาดนั้นจะเกิดขึ้นที่จุดตัดของเส้นอุปสงค์และเส้นอุปทาน โดยที่ราคาดุลยภาพของสินค้าชนิดนี้อยู่ที่ขวดละ 10 บาท และ ณ ระดับราคาดุลยภาพนี้ ปริมาณอุปสงค์และปริมาณอุปทานมีจำนวนวันละ 4 ล้านขวด ซึ่งเป็นปริมาณดุลยภาพ

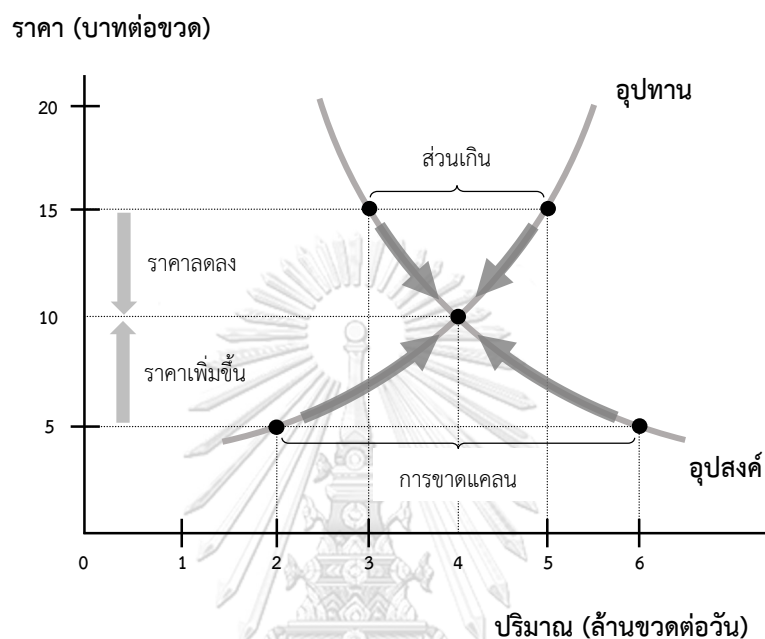
หากดุลยภาพถูกรบกวน พลังตลาดจะเป็นตัวนำตลาดกลับสู่ดุลยภาพอีกครั้ง อันเป็นไปตามกฎของพลังตลาด (law of market force) กล่าวคือ “เมื่อมีการขาดแคลน ราคาจะเพิ่มขึ้น และเมื่อมีส่วนเกินเกิดขึ้น ราคาจะลดลง” หมายความว่า ราคานั้นเป็นกลไกซึ่งนำตลาดเข้าสู่ดุลยภาพอีกครั้ง หากราคาสูงกว่าราคาดุลยภาพจะเกิดส่วนเกิน (surplus) หรืออุปทานส่วนเกิน (excess supply) หมายความว่าปริมาณอุปทานของสินค้ามากกว่าปริมาณอุปสงค์ของสินค้า ซึ่งทำให้ราคาสินค้าลดลง และหากราคาสินค้าต่ำกว่าราคาดุลยภาพจะเกิดการขาดแคลน (shortage) หรืออุป

⁶⁰ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทัศนศึกษาศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 36.

⁶¹ เบท โรบิน, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน), หน้า 64.

สงค์ส่วนเกิน (excess demand) ซึ่งหมายถึงมีปริมาณอุปสงค์ของสินค้ามากกว่าปริมาณอุปทานของสินค้า ส่งผลให้ราคาสินค้าปรับเพิ่มขึ้น⁶²

รูปที่ 4 ภาพแสดงการปรับตัวเข้าสู่ดุลยภาพ⁶³



จากรูปที่ 4 เมื่อน้ำมีราคาขวดละ 15 บาท ผู้ขายต้องการขายน้ำปริมาณ 5 ล้านขวด แต่ผู้ซื้อต้องการซื้อเพียง 3 ล้านขวด มีส่วนเกินเกิดขึ้น 2 ล้านขวด ผู้ขายจึงตัดราคาลง เมื่อราคาสินค้าลดลง ปริมาณอุปสงค์จะเพิ่มขึ้น ขณะที่ปริมาณอุปทานลดลง ทำให้ส่วนเกินลดลง จนกระทั่งไม่มีส่วนเกินและมีระดับราคาเป็นขวดละ 10 บาท

และจากรูปที่ 4 เช่นเดียวกัน ในกรณีที่น้ำมีราคาขวดละ 5 บาท ผู้ซื้อต้องการซื้อน้ำ 6 ล้านขวด แต่ผู้ขายต้องการขาย 2 ล้านขวด มีการขาดแคลนสินค้า 4 ล้านขวด ผู้ขายจึงเพิ่มราคา เมื่อราคาสินค้าเพิ่มขึ้น ปริมาณอุปทานจะเพิ่มขึ้น ขณะที่ปริมาณอุปสงค์ลดลง ทำให้การขาดแคลนสินค้าลดลง ราคาสินค้าจะเพิ่มจนกระทั่งไม่เกิดการขาดแคลนและมีระดับราคาเป็นขวดละ 10 บาท

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66 - 67.

2.1.4 การเปลี่ยนแปลงปริมาณอุปสงค์และอุปทาน กับการเปลี่ยนระดับอุปสงค์และอุปทาน

การเปลี่ยนแปลงปริมาณอุปสงค์ (change in quantity demanded) เป็นการเปลี่ยนแปลงของปริมาณเสนอซื้ออันสืบเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้า ทำให้ปริมาณอุปสงค์เปลี่ยนแปลงไปตามเส้นอุปสงค์เส้นเดิม⁶⁴

การเปลี่ยนแปลงระดับอุปสงค์ (change in demand) เป็นการเปลี่ยนแปลงของปริมาณเสนอซื้อที่เกิดจากปัจจัยอื่นๆ โดยที่ราคาสินค้าไม่เปลี่ยนแปลง เช่น รสนิยมของผู้บริโภคเปลี่ยนไป ราคาสินค้าที่เกี่ยวข้องเปลี่ยนแปลงไป ผลที่เกิดขึ้นคือเส้นอุปสงค์จะขยับไปทั้งสิ้น⁶⁵

ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงปริมาณอุปสงค์และการเปลี่ยนแปลงระดับอุปสงค์จึงมีความแตกต่างกันมาก ปริมาณอุปสงค์เปลี่ยนแปลงเพราะปัจจัยด้านราคาเปลี่ยนแปลง ส่งผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบนเส้นอุปสงค์เส้นเดิม แต่ระดับอุปสงค์เปลี่ยนแปลงเพราะปัจจัยอื่นๆ ที่ไม่ใช่ราคา ส่งผลให้เส้นอุปสงค์ทั้งเส้นเคลื่อนไปจากจุดเดิม⁶⁶

การเปลี่ยนแปลงปริมาณอุปทาน (change in quantity supplied) เป็นการเปลี่ยนแปลงของปริมาณเสนอขายอันสืบเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้า ทำให้ปริมาณอุปทานเปลี่ยนแปลงไปตามเส้นอุปทานเส้นเดิม⁶⁷

การเปลี่ยนแปลงระดับอุปทาน (change in supply) เป็นการเปลี่ยนแปลงของปริมาณเสนอขายที่เกิดจากปัจจัยอื่นๆ โดยที่ราคาสินค้าไม่เปลี่ยนแปลง เช่น ราคาปัจจัยการผลิตเปลี่ยนแปลง ราคาสินค้าชนิดอื่นเปลี่ยนแปลง จำนวนผู้ขายเปลี่ยนแปลง เป็นต้น ซึ่งผลที่เกิดขึ้นคือเส้นอุปทานจะขยับไปทั้งสิ้น⁶⁸

เช่นเดียวกับการเปลี่ยนแปลงปริมาณอุปสงค์และการเปลี่ยนแปลงระดับอุปสงค์ การเปลี่ยนแปลงปริมาณอุปทานก็เกิดขึ้นเพราะปัจจัยด้านราคาเปลี่ยนแปลง ส่งผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบนเส้นอุปทานเส้นเดิม และการเปลี่ยนแปลงระดับอุปสงค์ก็เกิดขึ้นเพราะปัจจัยอื่นๆ ที่ไม่ใช่ราคา ส่งผลให้เส้นอุปทานทั้งเส้นเคลื่อนไปจากจุดเดิมเช่นเดียวกัน⁶⁹

⁶⁴ ประพันธ์ เศรษฐนันท์ และไพศาล เล็กอุทัย, หลักเศรษฐศาสตร์, หน้า 28.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

⁶⁷ นราทิพย์ ชุตินวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 35.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35 - 36.

2.1.5 ความยืดหยุ่น

ความยืดหยุ่น เป็นค่าที่ใช้วัดความมากน้อยของการเปลี่ยนแปลงของตัวแปรตามต่อการเปลี่ยนแปลงของตัวแปรนำ เพื่อดูว่าเมื่อได้เกิดการเปลี่ยนแปลงในตัวแปรนำแล้ว จะทำให้ตัวแปรตามที่กำลังพิจารณาอยู่เปลี่ยนแปลงไปมากน้อยเพียงไร ถ้าเปลี่ยนแปลงมากก็เรียกว่ามีความยืดหยุ่นค่อนข้างสูง ถ้าเปลี่ยนแปลงน้อยก็เรียกว่าความยืดหยุ่นค่อนข้างต่ำ และถ้าไม่เปลี่ยนแปลงไปเลยก็ถือว่าไม่มีความยืดหยุ่นเลย⁷⁰

ความยืดหยุ่นนี้ มีความจำเป็นต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมาก เนื่องจากความยืดหยุ่นจะถูกนำมาเป็นส่วนหนึ่งในการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่

2.1.5.1 ความยืดหยุ่นของอุปสงค์

ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (elasticity of demand) คือ ค่าที่ใช้วัดความเปลี่ยนแปลงของปริมาณสินค้าที่จะมีผู้ต้องการซื้อ ณ ขณะใดขณะหนึ่ง ต่อการเปลี่ยนแปลงของตัวแปรอื่นๆ ที่เป็นตัวกำหนดปริมาณเสนอซื้ออื่นๆ โดยจะพิจารณาความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อปัจจัยที่ส่งผลต่อปริมาณอุปสงค์⁷¹ กล่าวคือ

ก. ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคา (price elasticity of demand) ซึ่งตามกฎของอุปสงค์ ทำให้ทราบว่าผู้บริโภคจะซื้อสินค้าชนิดใดๆ มากขึ้น ถ้าสินค้าชนิดนั้นมีราคาลดลงหรือในทางตรงกันข้าม ผู้บริโภคจะซื้อสินค้านั้นน้อยลง ถ้าสินค้านั้นมีราคาสูงขึ้น โดยที่อิทธิพลของราคาต่อสินค้าแต่ละชนิดนั้นไม่เท่ากัน สินค้าบางอย่างมีราคาสูงขึ้น แต่ปริมาณอุปสงค์ของสินค้านั้นลดลงไม่มากนัก เช่น สินค้าอุปโภคบริโภคที่มีความจำเป็นในชีวิตประจำวัน ในทางกลับกัน สินค้าบางชนิดมีราคาสูงขึ้นเพียงเล็กน้อย กลับปรากฏว่าปริมาณอุปสงค์ของสินค้านั้นได้ลดลงอย่างมากมาย เช่น สินค้าฟุ่มเฟือยต่างๆ ซึ่งแนวคิดที่นักเศรษฐศาสตร์ใช้เป็นเครื่องมือในการวัดการตอบสนองต่อราคาดังกล่าวนี้เรียกว่า ความยืดหยุ่นต่อราคา (price elasticity)⁷²

ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคา บอกให้ทราบถึงจำนวนการเปลี่ยนแปลงของปริมาณการเสนอซื้อเมื่อราคาสินค้าเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น ปัจจัยใดที่มีผลทำให้ปริมาณเสนอซื้อ

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

⁷² ประพันธ์ เศวตนันท์ และไพศาล เล็กอุทัย, หลักเศรษฐศาสตร์, หน้า 37.

เปลี่ยนแปลงไปเมื่อราคาสินค้าเปลี่ยนแปลง ก็จะมีส่วนในการกำหนดค่าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาได้ทั้งสิ้น เช่น ความมากน้อยของสินค้าที่สามารถใช้แทนสินค้าที่กำลังพิจารณา ความจำเป็นของสินค้าที่กำลังพิจารณา ลักษณะของสินค้าเป็นสินค้าที่ต้องใช้ประกอบกับสินค้าอื่นหรือไม่ จำนวนทางที่สินค้าสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ ราคาของสินค้าเมื่อเทียบกับรายได้ของผู้บริโภค และระยะเวลาในการพิจารณา⁷³

ข. ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อรายได้ (income elasticity of demand) คือ ค่าที่ใช้วัดการเปลี่ยนแปลงของปริมาณสินค้าที่จะมีผู้ต้องการเสนอซื้อ ณ ขณะใดขณะหนึ่ง ต่อการเปลี่ยนแปลงของรายได้ โดยกำหนดให้สิ่งอื่นๆ คงที่⁷⁴

ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อรายได้ จะสามารถบอกให้รู้ได้ว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าประเภทใดระหว่างสินค้าปกติ และสินค้าด้อยในสายตาของผู้บริโภค ถ้าเป็นสินค้าปกติ เมื่อรายได้เพิ่มขึ้น ผู้บริโภคก็จะบริโภคสินค้านั้นๆ มากขึ้น การเปลี่ยนแปลงของปริมาณเสนอซื้อกับรายได้จะเป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่ถ้าเป็นสินค้าด้อย เมื่อผู้บริโภครายได้เพิ่มขึ้น ผู้บริโภคจะบริโภคสินค้านั้นน้อยลงและหันไปบริโภคสินค้าอื่นแทน การเปลี่ยนแปลงของปริมาณเสนอซื้อกับรายได้ก็จะ เป็นไปในทิศทางตรงกันข้าม⁷⁵

ค. ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่น (cross elasticity of demand) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า ความยืดหยุ่นไขว้ คือค่าที่ใช้วัดการเปลี่ยนแปลงของปริมาณสินค้าชนิดหนึ่งที่มีผู้ต้องการซื้อ ณ ขณะใดขณะหนึ่ง ต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าอีกชนิดหนึ่ง โดยกำหนดให้สิ่งอื่นๆ คงที่⁷⁶

การทราบความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่น มีประโยชน์ต่อการวิเคราะห์ความเกี่ยวข้องระหว่างสินค้าต่างๆ ที่กำลังพิจารณา⁷⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทราบความยืดหยุ่นในลักษณะนี้ จะมีผลต่อการกำหนดว่าสินค้าชนิดใดเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง อันจะส่งผลกระทบต่อสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย

⁷³ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทัศนศึกษาเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 74 - 75.

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 76.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 76 - 77.

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

หากสินค้า A และสินค้า B เป็นสินค้าที่ใช้แทนกันได้ เมื่อราคาสินค้า B เปลี่ยนแปลงไป จะทำให้ปริมาณซื้อสินค้า A เปลี่ยนไปในทิศทางเดียวกันกับการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้า B เช่น เมื่อราคาสินค้า B ลดลง ผู้บริโภคจะซื้อสินค้า B มากขึ้น และปริมาณซื้อสินค้า B ที่เพิ่มขึ้นส่วนหนึ่งจะนำมาใช้แทนสินค้า A จึงส่งผลให้ปริมาณซื้อสินค้า A ลดลง ดังนั้น เมื่อราคาสินค้า B ลดลงจึงทำให้จำนวนซื้อสินค้า A ลดลงด้วย

ในทางตรงกันข้าม หากสินค้า A และสินค้า B เป็นสินค้าที่ใช้ประกอบกัน เมื่อราคาสินค้า B เปลี่ยนแปลงไป จะทำให้ปริมาณซื้อสินค้า A เปลี่ยนไปในทิศทางตรงข้ามกับการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้า B เช่น เมื่อราคาสินค้า B ลดลง ผู้บริโภคจะซื้อสินค้า B เพิ่มขึ้น และจำเป็นต้องซื้อสินค้า A เพิ่มขึ้นด้วยเพื่อใช้ประกอบกับสินค้า B ดังนั้น เมื่อราคาสินค้า B ลดลง จึงทำให้ปริมาณซื้อสินค้า A เพิ่มขึ้น

ในการแบ่งแยกขอบเขตตลาดนั้น จะใช้ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่น ว่าสินค้าชนิดนั้นๆ อยู่ในขอบเขตตลาดเดียวกันหรือไม่ โดยใช้หลักว่า สินค้าที่มีค่าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่นสูงจะจัดอยู่ในขอบเขตตลาดเดียวกัน⁷⁸ และจะถูกนำมาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ตั้งได้กล่าวแล้วข้างต้นอีกด้วย

2.1.5.2 ความยืดหยุ่นของอุปทาน

แนวคิดเกี่ยวกับความยืดหยุ่นของปริมาณอุปสงค์ อันได้แก่ปฏิกริยาตอบสนองของผู้บริโภคเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงราคาสินค้า ได้ถูกนำมาประยุกต์กับแนวคิดในด้านอุปทานด้วยเช่นกัน ถ้าผู้ผลิตมีปฏิกริยาตอบสนองต่อราคามาก แสดงว่าเส้นอุปทานมีความยืดหยุ่นมากตามไปด้วย (elastic) ตรงกันข้าม ถ้าผู้ผลิตมีปฏิกริยาตอบสนองต่อราคาน้อย เส้นอุปทานก็มีความยืดหยุ่นน้อย (inelastic) เช่นกัน⁷⁹

กล่าวโดยสรุป ความยืดหยุ่นของอุปทาน คือ ค่าที่ใช้วัดการเปลี่ยนแปลงของปริมาณสินค้าที่จะมีผู้นำออกเสนอขาย ณ ขณะใดขณะหนึ่ง ต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้านั้นๆ โดยกำหนดให้สิ่งอื่นๆ คงที่ โดยความยืดหยุ่นของอุปทานจะมีค่าสูงหรือต่ำขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ⁸⁰ เช่น

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

⁷⁹ ประพันธ์ เศวตนันท์ และไพศาล เล็กอุทัย, หลักเศรษฐศาสตร์, หน้า 43.

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 80 - 83.

ก. ประเภทของสินค้า ถ้าเป็นสินค้าอุตสาหกรรมมักจะมีค่าความยืดหยุ่นสูงกว่าสินค้าเกษตรกรรม เพราะเมื่อราคาสินค้าเปลี่ยนแปลงไปแล้ว ผู้ผลิตจะสามารถเพิ่มหรือลดปริมาณการผลิตได้มากกว่าสินค้าเกษตรกรรมซึ่งเป็นไปตามฤดูกาลไม่อาจเพิ่มหรือลดปริมาณการผลิตได้ในระยะเวลาอันสั้น นอกจากนั้นแล้ว สินค้าอุตสาหกรรมมักเป็นสินค้าที่สามารถเก็บได้เป็นเวลานาน เมื่อราคาสินค้าลดลง ผู้ขายก็สามารถที่จะเก็บสินค้านั้นไว้ก่อนไม่นำออกขายได้ ในขณะที่สินค้าเกษตรกรรมมักเป็นสินค้าที่เสีง่ายเก็บไว้ไม่ได้นาน จึงกล่าวได้ว่า โดยทั่วไปแล้ว อุปทานของสินค้าอุตสาหกรรมจะมีค่าความยืดหยุ่นมากกว่าสินค้าเกษตรกรรม⁸¹

ข. ค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่ใช้ในการผลิต หากเป็นสินค้าอุตสาหกรรมที่ต้องใช้ทุนมาก ใช้ระยะเวลาในการผลิตที่นานกว่า ความยืดหยุ่นของอุปทานมักน้อยกว่าสินค้าที่ใช้ต้นทุนน้อย และระยะเวลาการผลิตที่สั้นกว่า⁸²

ค. ระยะเวลาในการพิจารณาอุปทาน การพิจารณาอุปทานในระยะยาวของสินค้าชนิดหนึ่งๆ จะมีค่าความยืดหยุ่นที่มากกว่าในระยะสั้น ทั้งนี้ เพราะในระยะยาวผู้ผลิตสามารถปรับปริมาณการใช้ปัจจัยการผลิตทุกชนิดได้ จึงสามารถเพิ่มหรือลดปริมาณการผลิตได้มากกว่าในระยะสั้น⁸³

2.1.6 โครงสร้างตลาดในระบบเศรษฐกิจ

โครงสร้างตลาดในความหมายของเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม หมายถึง ลักษณะการกระจายของหน่วยผลิตในตลาด (size distribution of firms within the market)⁸⁴ โดยปกติผู้ผูกขาดจะมีอำนาจควบคุมปริมาณสินค้าหรือบริการ และสามารถควบคุมราคาได้โดยอิสระ ซึ่งอำนาจดังกล่าวก็คืออำนาจเหนือตลาด ซึ่งอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายจะมากน้อยเพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง⁸⁵ เช่น โครงสร้างของตลาด ตัวผู้ประกอบการในตลาด ส่วนแบ่งตลาดของแต่ละหน่วยผลิต ลักษณะสินค้าที่ซื้อขายกัน ตลอดจนอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด กฎหมายและข้อกำหนดต่างๆ ซึ่งเรื่องโครงสร้างตลาดนี้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากโครงสร้างตลาดจะทำให้เห็นว่ามีแนวโน้มที่จะเกิดการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการใดหรือไม่ หากมีแนวโน้ม

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

⁸² เรื่องเดียวกัน

⁸³ เรื่องเดียวกัน

⁸⁴ วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, "โครงสร้างตลาด," ใน เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม และทฤษฎีต้นทุน เล่ม 1 (หน่วยที่ 1 - 8), (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2532), หน้า 380.

⁸⁵ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 4th ed. (New York: Oxford University Press, 2011), p.61.

จะเกิดการผูกขาดได้ ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่าผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายต่อไป⁸⁶

เพื่อการศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดราคาและผลผลิตในตลาด นักเศรษฐศาสตร์แบ่งตลาดออกเป็น 4 ประเภท โดยพิจารณาจากเงื่อนไขต่างๆ ที่สำคัญคือ จำนวนผู้ผลิตหรือผู้ขาย ความยากง่ายในการหาสินค้าอื่นทดแทน และความยากง่ายในการเข้าหรือออกจากตลาด⁸⁷ ได้แก่ ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (perfect competition) ตลาดผูกขาด (monopoly) ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด หรือตลาดผู้ขายมากมาย (monopolistic competition) และตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly)⁸⁸

2.1.6.1 ตลาดแข่งขันสมบูรณ์

ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (perfect competition) เป็นตลาดที่มีหน่วยธุรกิจจำนวนมาก ขายสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันให้กับผู้ซื้อที่มีจำนวนมาก โดยไม่มีข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดหรือในการออกจากตลาด อีกทั้งหน่วยธุรกิจที่มีอยู่เดิมในตลาด ไม่มีข้อได้เปรียบในธุรกิจรายใหม่ นอกจากนี้ ผู้ขายและผู้ซื้อทราบข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับราคาสินค้าเป็นอย่างดี ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้จะแสดงถึงการแข่งขันสมบูรณ์ กล่าวคือ การแข่งขันสมบูรณ์จะเกิดขึ้นเมื่ออุปสงค์ของตลาดสินค้านั้นมีมากเมื่อเทียบกับปริมาณผลผลิตของผู้ผลิตเพียงรายเดียว โดยที่สินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายนั้นมิได้มีคุณลักษณะพิเศษ ทำให้ผู้บริโภคไม่สนใจว่าจะซื้อสินค้าหรือบริการนั้นจากผู้ผลิตรายใด⁸⁹

วัตถุประสงค์ของหน่วยธุรกิจคือการได้กำไรทางเศรษฐศาสตร์ (economic profit) ซึ่งหมายถึงรายรับทั้งหมด หักต้นทุนทั้งหมดในการผลิต โดยที่ในระยะสั้น หน่วยธุรกิจบรรลุวัตถุประสงค์ของตนได้โดยการตัดสินใจกำหนดปริมาณการผลิต ปริมาณการผลิตนี้จะมีผลต่อรายรับทั้งหมด ต้นทุนทั้งหมด และกำไรทางเศรษฐศาสตร์ของหน่วยธุรกิจ ส่วนในระยะยาวหน่วยธุรกิจจะบรรลุวัตถุประสงค์ของตนโดยการตัดสินใจเข้าหรือออกจากตลาดนั้น ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่หน่วยธุรกิจในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ต้องทำ เพราะหน่วยธุรกิจไม่สามารถกำหนดราคาที่จะขายผลผลิตของตนได้ หน่วยธุรกิจในตลาดแข่งขันสมบูรณ์มีลักษณะเป็นผู้ยอมรับราคา (price taker) หมายถึง หน่วยธุรกิจไม่สามารถมีอิทธิพลต่อราคาสินค้าได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ อุปสงค์ตลาดและ

⁸⁶ ศิริศักดิ์ จึงถาวรธรรม, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 20 - 21.

⁸⁷ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 161.

⁸⁸ เบต โรบิน, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน), หน้า 201.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน

อุปทานตลาดจะเป็นตัวกำหนดราคาของสินค้านั้นๆ โดยปราศจากอิทธิพลของหน่วยธุรกิจแต่ละหน่วย⁹⁰

2.1.6.2 ตลาดผูกขาด

ตลาดผูกขาด (monopoly) คือ ตลาดที่มีผู้ขายสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งเพียงรายเดียว โดยสินค้าหรือบริการชนิดนั้นไม่มีสินค้าอื่นที่ทดแทนกันได้ดี และมีอุปสรรคโดยธรรมชาติหรือกฎหมายในการเข้าสู่ตลาดเป็นการป้องกันการเกิดการแข่งขัน เช่น ตลาดการให้บริการสัญญาณโทรศัพท์ เชื้อเพลิง ไฟฟ้า และน้ำประปา⁹¹

การผูกขาดนั้นเกิดจากสภาพดังต่อไปนี้

ก. ไม่มีสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้ดี (no close substitutes) กล่าวคือ หากสินค้าชนิดหนึ่งมีสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้เป็นอย่างดี แม้มีเพียงหน่วยธุรกิจเดียวที่ทำการผลิตสินค้าหรือบริการชนิดนั้น หน่วยธุรกิจนั้นก็จะต้องเผชิญกับการแข่งขันจากผู้ผลิตสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้⁹²

หากแต่บางที สินค้าที่เกิดขึ้นใหม่ก็ทำให้สภาพการผูกขาดลดลง เช่น การใช้เครื่องโทรสารและอีเมล ทำให้สภาพการผูกขาดการให้บริการไปรษณีย์ของรัฐลดลง หรือการเกิดขึ้นของบริการสัญญาณโทรศัพท์ผ่านจานดาวเทียมก็ทำให้การผูกขาดของบริษัทเคเบิลทีวีลดลง⁹³

ข. มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (barrier to entry) หมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างที่ป้องกันหน่วยธุรกิจจากการเข้ามาของคู่แข่งรายใหม่ เรียกว่า เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ซึ่งมี 2 ประเภท⁹⁴ คือ

1) อุปสรรคโดยธรรมชาติในการเข้าสู่ตลาด (natural barriers to entry) เรียกว่า เป็นการผูกขาดโดยธรรมชาติ (natural monopoly) เกิดขึ้นเมื่อเทคโนโลยีในการผลิตสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่ง ทำให้หน่วยธุรกิจรายเดียวสามารถผลิตสินค้าหรือบริการนั้นสำหรับอุปสงค์ทั้งตลาดได้โดยที่มีราคาต่ำกว่าการมีหน่วยธุรกิจ 2 รายหรือมากกว่าในตลาดจะทำการผลิต ตัวอย่างเช่น ผู้จัดการจำหน่ายกระแสไฟฟ้ารายเดียวสามารถจำหน่ายกระแสไฟฟ้าได้ทั้งตลาดด้วยราคา

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 202.

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 227.

⁹² เรื่องเดียวกัน

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 228.

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน

ต่ำกว่าการมีผู้จัดจำหน่าย 2 รายหรือมากกว่า อันเกิดจากการประหยัดต่อขนาด (economies of scale)⁹⁵

2) อุปสรรคทางด้านกฎหมายในการเข้าสู่ตลาด (legal barriers to entry) ทำให้เกิดการผูกขาดโดยกฎหมาย (legal monopoly) คือ ตลาดซึ่งจำกัดการแข่งขันและการเข้าสู่ตลาดโดยการเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่ง หรือโดยการให้สัมปทาน ใบอนุญาต สิทธิบัตร หรือลิขสิทธิ์จากรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หน่วยธุรกิจหนึ่งสามารถสร้างอุปสรรคในการเข้ามาแข่งขันได้โดยการซื้อทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่งในปริมาณมากพอ⁹⁶

นอกจากนี้ สัมปทาน (public franchise) คือการให้สิทธิกับหน่วยธุรกิจรายหนึ่งในการเสนอขายสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่ง ใบอนุญาตจากรัฐ (government license) คือ การควบคุมการเข้ามาประกอบอาชีพและเข้าสู่อุตสาหกรรมบางประเภท สิทธิบัตร (patent) คือสิทธิที่ให้สำหรับผู้คิดค้นสินค้าและบริการ ลิขสิทธิ์ (copyright) คือสิทธิสำหรับผู้สร้างสรรค์งาน เหล่านี้ล้วนเป็นอุปสรรคทางด้านกฎหมายในการเข้าสู่ตลาด ซึ่งผู้ผูกขาดส่วนมากมักจะถูกลงโทษโดยหน่วยงานของภาครัฐโดยเฉพาะ⁹⁷

เนื่องจากลักษณะ และสภาพของตลาดผูกขาดดังกล่าวข้างต้น ทำให้ผู้ผูกขาดมีอำนาจในการกำหนดราคา (price searcher) หรือกำหนดปริมาณขายอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ผู้ผูกขาดสามารถขึ้นราคาสินค้า หรือเพิ่มปริมาณการขายโดยลดราคาสินค้าได้ตามต้องการ⁹⁸

ในทางเศรษฐศาสตร์นั้น หากเปรียบเทียบกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์แล้ว การปล่อยให้มีการผูกขาดในกิจการต่างๆ มิได้ก่อให้เกิดผลดีแก่ระบบเศรษฐกิจและสังคมเท่ากับกรณีของการแข่งขัน เพราะผู้ผูกขาดในตลาดผูกขาดจะผลิตสินค้าหรือบริการในปริมาณน้อยกว่าที่สังคมต้องการ และกำหนดราคาสูงกว่า โดยกอบโกยกำไรส่วนเกินไปจากผู้บริโภคค่อนข้างมาก⁹⁹ กล่าวคือ การผูกขาดนั้นไม่มีประสิทธิภาพ เพราะมีการผลิตที่น้อยเกินไปและทำให้เกิดความสูญเสียของสังคม (deadweight loss) ผู้บริโภคต้องจ่ายค่าสินค้าในราคาสูงขึ้น อันเป็นการเปลี่ยนส่วนเกินของผู้บริโภคไปเป็นกำไรทางเศรษฐศาสตร์ของผู้ผลิต จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายควบคุมการผูกขาดเกิดขึ้น

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 229.

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน

⁹⁸ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค*, หน้า 169.

⁹⁹ ภาวทร ปรีดาศักดิ์, *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค*, หน้า 234.

2.1.6.3 ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด

ในโลกนี้มีตลาดมากมายที่มีการแข่งขัน แต่ไม่ถึงกับเป็นการแข่งขันสมบูรณ์ที่ได้ศึกษามาในหัวข้อที่ 2.1.6.1 ส่วนมากแล้วหน่วยธุรกิจมีอำนาจในการกำหนดราคาอยู่บ้างเหมือนผู้ผูกขาด และเผชิญกับการแข่งขันจากคู่แข่งที่เข้าสู่ตลาดเหมือนในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ เราเรียกลักษณะนี้ว่าเป็นตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (monopolistic competition) หรือตลาดผู้ขายมากมาย เป็นตลาดหนึ่งซึ่งอยู่ระหว่างตลาดแข่งขันสมบูรณ์และตลาดผูกขาด¹⁰⁰ โดยสรุปแล้วตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดเป็นโครงสร้างตลาดที่มีลักษณะดังนี้

ก. มีหน่วยธุรกิจจำนวนมากแข่งขันกันในตลาด โดยแต่ละหน่วยธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดน้อย ดังนั้น แม้หน่วยธุรกิจแต่ละรายจะสามารถกำหนดราคาสินค้าของตนได้ แต่มีอำนาจเพียงเล็กน้อยในการมีอิทธิพลต่อราคาเฉลี่ยของตลาด เมื่อหน่วยธุรกิจแต่ละรายเป็นรายเล็กมีส่วนแบ่งตลาดน้อย จึงไม่มีหน่วยธุรกิจรายใดที่สามารถขึ้นราคาตลาดได้ กล่าวคือ ไม่มีผู้นำตลาด ส่งผลให้การกระทำของหน่วยธุรกิจรายหนึ่งไม่อาจส่งผลกระทบต่อหน่วยธุรกิจรายอื่นๆ โดยตรง¹⁰¹

ในบางครั้ง หน่วยธุรกิจอาจพยายามทำกำไรโดยการรวมตัวกันอย่างผิดกฎหมาย (illegal collusion) กับหน่วยธุรกิจอื่น เพื่อกำหนดระดับราคาร่วมกันและไม่ตัดราคากัน แต่เมื่อมีหน่วยธุรกิจจำนวนมากในตลาด ดังนั้นจึงไม่สามารถรวมตัวกันได้ในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดนี้¹⁰²

ข. หน่วยธุรกิจแต่ละราย ผลิตสินค้าที่มีลักษณะแตกต่างกัน (product differentiation) คือ สินค้าของหน่วยธุรกิจแต่ละรายมีความแตกต่างกับสินค้าของคู่แข่งบ้างเล็กน้อย แม้จะมีความแตกต่างกันก็ยังเป็นสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้ แต่ไม่สามารถทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์ เช่น ในตลาดรองเท้าวิ่งซึ่งมีหน่วยธุรกิจหลายราย อาทิ Adidas Fila Nike Puma หน่วยธุรกิจแต่ละรายจะผลิตรองเท้าวิ่งที่มีความแตกต่างกันออกมาขาย เมื่อปัจจัยอื่นคงที่ หาก Adidas เพิ่มราคารองเท้าวิ่งของตน ผู้ซื้อบางคนจะเปลี่ยนจากซื้อ Adidas ไปซื้อยี่ห้ออื่น และ Adidas จะขายได้น้อยลง¹⁰³

ค. หน่วยธุรกิจทำการแข่งขันในด้านคุณภาพของผลิตภัณฑ์ ราคา และการตลาด ดังที่ได้กล่าวว่าสินค้าของแต่ละหน่วยธุรกิจในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดนี้เป็นสินค้าที่ใช้

¹⁰⁰ เบต โรบิน, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน), หน้า 251.

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 252.

¹⁰² เรื่องเดียวกัน

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน

ทดแทนกันได้ ดังนั้น การสร้างความแตกต่างให้กับผลิตภัณฑ์ที่จะทำให้หน่วยธุรกิจสามารถแข่งขันกับหน่วยธุรกิจอื่นๆ ได้ สามารถทำได้ 3 ด้าน¹⁰⁴ ได้แก่

1) ด้านคุณภาพ คือลักษณะทางกายภาพ ซึ่งรวมถึงการออกแบบ ความน่าเชื่อถือ บริการที่ให้กับผู้ซื้อ และการเข้าถึงผลิตภัณฑ์ได้ง่าย¹⁰⁵

2) ราคา เนื่องจากหน่วยธุรกิจในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดสร้างความแตกต่างให้กับผลิตภัณฑ์ หน่วยธุรกิจจึงสามารถกำหนดราคาและปริมาณของตนได้ โดยหน่วยธุรกิจที่ผลิตสินค้าที่มีคุณภาพสูงออกจำหน่าย สามารถกำหนดราคาได้สูงกว่าหน่วยธุรกิจที่ผลิตสินค้าที่มีคุณภาพต่ำ¹⁰⁶

3) การตลาด เพื่อสร้างความแตกต่างให้กับผลิตภัณฑ์ หน่วยธุรกิจในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดจะต้องทำการตลาด ทั้งในรูปแบบการโฆษณา (advertising) และบรรจุภัณฑ์ (packaging) เพื่อให้หน่วยธุรกิจจะสามารถขายสินค้าของตนในราคาที่สูงสมกับคุณภาพได้ หน่วยธุรกิจจะต้องทำการโฆษณาและต้องบรรจุหีบห่อสินค้าในรูปแบบที่สร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ซื้อว่าจะได้รับสินค้าคุณภาพสูงเมื่อจ่ายเงินซื้อ¹⁰⁷

ง. หน่วยธุรกิจสามารถเข้าหรือออกจากตลาดได้อย่างเสรี คือ ไม่มีอุปสรรคในการเข้าออกตลาด เมื่อหน่วยธุรกิจในอุตสาหกรรมใดได้รับกำไรในทางเศรษฐกิจ หน่วยธุรกิจใหม่ๆ จะเข้าสู่อุตสาหกรรมนั้น การเข้าสู่ตลาดทำให้ราคาลดลงและกำไรทางเศรษฐกิจที่เคยมีอยู่หมดไป เมื่อเกิดผลขาดทุนทางเศรษฐกิจ หน่วยธุรกิจบางรายออกจากอุตสาหกรรมไป การออกจากตลาดทำให้ระดับราคาสูงขึ้นและกำไรเพิ่มขึ้น และสุดท้ายผลขาดทุนทางเศรษฐกิจจะหมดไป¹⁰⁸

2.1.6.4 ตลาดผู้ขายน้อยราย

ตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly) มีลักษณะคล้ายกับตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด คือ เป็นตลาดประเภทหนึ่งซึ่งอยู่ระหว่างตลาดแข่งขันสมบูรณ์และตลาดผูกขาด แต่จะค่อนข้างไปทางตลาดผูกขาดมากกว่า เนื่องจากมีจำนวนหน่วยธุรกิจไม่กี่ราย¹⁰⁹ โดยที่หน่วยธุรกิจในตลาดผู้ขายน้อยรายอาจผลิตสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกัน (identical product) และแข่งขันกันทางด้านราคา

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 252 - 253.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 253

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน

¹⁰⁹ ภาวธร ปรีดาศักดิ์, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 251.

หรืออาจผลิตสินค้าที่มีลักษณะแตกต่างกัน (differentiated product) และแข่งขันกันทางด้านราคา คุณภาพผลิตภัณฑ์ และการตลาด โดยลักษณะของตลาดผู้ขายน้อยรายเป็นดังนี้¹¹⁰

ก. มีหน่วยธุรกิจไม่กี่รายแข่งขันกันในตลาด แต่ละรายมีส่วนแบ่งตลาดมาก โดยที่หน่วยธุรกิจต่างๆ มีความขึ้นอยู่กับกันและกัน (interdependence) และเผชิญกับสิ่งจูงใจให้เกิดการรวมตัวกัน¹¹¹

เมื่อในตลาดมีจำนวนหน่วยธุรกิจอยู่ไม่กี่ราย การกระทำของหน่วยธุรกิจหนึ่งจึงส่งผลต่อกำไรของหน่วยธุรกิจรายอื่นๆ ได้ เช่น หากในเมืองหนึ่งมีปั้มน้ำมันทั้งหมด 3 แห่ง หากแห่งหนึ่งลดราคา ย่อมมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นและกำไรอาจเพิ่มขึ้นด้วย ในขณะที่ส่วนแบ่งตลาดและกำไรของหน่วยธุรกิจอื่นอีก 2 แห่งย่อมลดลง ในสถานการณ์นี้ หน่วยธุรกิจรายอื่นจะลดราคาเช่นกัน ดังนั้น ก่อนที่หน่วยธุรกิจรายหนึ่งจะตัดสินใจลดราคา จะต้องศึกษาก่อนว่าธุรกิจรายอื่นจะตอบโต้อย่างไร และคำนึงถึงผลที่จะเกิดขึ้นกับกำไรของหน่วยธุรกิจรายนั้น กล่าวโดยสรุปคือ กำไรของหน่วยธุรกิจหนึ่งขึ้นอยู่กับกำไรของหน่วยธุรกิจอื่น และในขณะเดียวกันกำไรของหน่วยธุรกิจอื่นก็ขึ้นอยู่กับกำไรของหน่วยธุรกิจนั้นเช่นเดียวกัน จึงกล่าวได้ว่าหน่วยธุรกิจแต่ละรายจึงมีความขึ้นอยู่กับกันและกัน¹¹²

พฤติกรรมของหน่วยธุรกิจในตลาดผู้ขายน้อยราย จึงจะมีการแข่งขันทั้งการแข่งทางด้านราคา และการแข่งขันในรูปแบบอื่นๆ ที่ไม่ใช่ราคา (non-price competition) เช่น การแข่งขันกันสร้างความแตกต่าง (differentiation) ในตัวสินค้าหรือบริการของตนด้วยการปรับปรุงคุณภาพสินค้าหรือบริการ การโฆษณาประชาสัมพันธ์ รวมทั้งการใช้กลยุทธ์อื่นๆ เพื่อดึงดูดและเพิ่มจำนวนลูกค้า แต่หน่วยธุรกิจซึ่งมีจำนวนไม่กี่รายอาจทำกำไรเพิ่มขึ้นได้โดยการรวมตัวกันเป็นคาร์เทล และกระทำเหมือนเป็นผู้ผูกขาด¹¹³ ซึ่งคาร์เทล (cartel) คือกลุ่มของหน่วยธุรกิจที่ดำเนินงานร่วมกัน โดยร่วมกันจำกัดปริมาณการผลิต เพิ่มราคา และเพิ่มกำไรทางเศรษฐศาสตร์ เพราะเห็นว่าถ้าแข่งขันกัน ต่างฝ่ายต่างก็จะเสียผลประโยชน์ การร่วมมือกันจะทำให้ได้ประโยชน์ด้วยกันทุกฝ่าย¹¹⁴ จึงเป็นสิ่งจูงใจให้เกิดการรวมตัวกันระหว่างหน่วยธุรกิจ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายมาควบคุมมิให้มีการกระทำดังกล่าวขึ้น

¹¹⁰ เบต โรบิน, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน), หน้า 275.

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน

¹¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 275 - 276.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 276.

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 252.

ข. มีอุปสรรคโดยธรรมชาติหรือโดยกฎหมายในการป้องกันการเข้าสู่ตลาดของหน่วยธุรกิจรายใหม่ เช่นเดียวกันกับที่ได้ศึกษามาในหัวข้อที่ 2.1.3.2 เรื่องตลาดผูกขาด โดยการประหยัดต่อขนาดและอุปสงค์ทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดโดยธรรมชาติ ซึ่งทำให้เกิดผู้ผูกขาดโดยธรรมชาติ ปัจจัยเหล่านี้ทำให้เกิดผู้ขายน้อยรายโดยธรรมชาติ (natural oligopoly) ได้เช่นกัน¹¹⁵ กล่าวคือ ปริมาณความต้องการสินค้านั้นมีอยู่จำกัด ซึ่งในปริมาณดังกล่าวนี้สามารถจัดหาได้โดยหน่วยธุรกิจ 2 ราย ไม่มีที่ว่างสำหรับหน่วยธุรกิจรายที่สามในตลาดนี้ เพราะหากมีหน่วยธุรกิจที่ 3 เข้ามาในตลาด จะทำให้ราคาลดลงจนธุรกิจประสบผลขาดทุนทางเศรษฐศาสตร์ และหน่วยธุรกิจรายหนึ่งในตลาดต้องออกจากตลาดไป

เช่นเดียวกันกับอุปสรรคโดยกฎหมาย กล่าวคือ มีกฎหมายเป็นอุปสรรคในการเข้ามาแข่งขันในตลาด ทำให้มีธุรกิจในตลาดจำนวนน้อยราย ซึ่งแม้ไม่มีอุปสงค์และไม่เกิดการประหยัดต่อขนาด แต่โดยผลของกฎหมาย เช่น การให้สัมปทาน ก็ทำให้จำนวนธุรกิจในตลาดมีจำนวนน้อย เป็นต้น

เมื่ออุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดทำให้เกิดผู้ขายน้อยราย หน่วยธุรกิจจึงสามารถทำกำไรทางเศรษฐศาสตร์ได้ในระยะยาวโดยไม่ต้องกังวลว่าจะมีหน่วยธุรกิจรายอื่นเข้ามาแข่งขันในตลาดเพิ่มขึ้นอีก

2.1.6.5 การบ่งชี้ประเภทตลาด

ในการพิจารณาว่าตลาดหนึ่งเป็นตลาดชนิดใดระหว่างตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ตลาดผูกขาด ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด หรือตลาดผู้ขายน้อยราย มีปัจจัยหลายประการที่ต้องพิจารณา ปัจจัยหนึ่งคือพิจารณาว่าตลาดถูกควบคุมโดยหน่วยธุรกิจเพียงไม่กี่รายหรือไม่ ในการวัดลักษณะของตลาดในประเด็นนี้ นักเศรษฐศาสตร์ใช้ดัชนี 2 ตัว วัดอัตราการกระจุกตัวในตลาด¹¹⁶ ได้แก่

ก. อัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ 4 ราย (four-firm concentration ratio หรือ CR) เป็นค่าร้อยละของมูลค่าการขายของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ที่สุด 4 ราย ในอุตสาหกรรมหนึ่ง อัตราการกระจุกตัวมีช่วงจากเกือบเป็น 0% สำหรับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ จนถึง 100% สำหรับตลาดผูกขาด ซึ่งเป็นขอบเขตระหว่างตลาดผู้ขายน้อยรายกับตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 276.

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 253.

อัตราส่วนนี้เป็นตัวหลักในการประเมินโครงสร้างตลาด โดยที่ในการหาอัตราการกระจุกตัว สามารถเขียนออกมาเป็นสมการได้ดังนี้¹¹⁷

$$\text{อัตราการกระจุกตัว (CR)} = \frac{\text{ยอดขายของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ 4 ราย}}{\text{ยอดขายของอุตสาหกรรม}} \times 100$$

อัตราการกระจุกตัวที่ต่ำแสดงว่าตลาดมีการแข่งขันสูง และอัตราการกระจุกตัวที่สูงแสดงว่ามีการแข่งขันน้อย ตลาดผูกขาดจะมีอัตราการกระจุกตัวเป็น 100% เพราะหน่วยธุรกิจใหญ่ที่สุดซึ่งมีเพียงรายเดียว มียอดขาย 100% ส่วนกรณีอัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ 4 รายที่เกินกว่า 60% แสดงว่าตลาดมีการกระจุกตัวสูงและมีหน่วยธุรกิจไม่กี่รายมีอิทธิพลต่อตลาด อัตราการกระจุกตัวที่น้อยกว่า 40% แสดงว่าเป็นตลาดที่มีการแข่งขันหรือเป็นตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด¹¹⁸

ข. ดัชนีเฮอร์ฟินดัล-เฮิร์ชแมน (Herfindahl-Herschman index หรือ HHI) คือค่ากำลังสองของร้อยละของส่วนแบ่งตลาดของหน่วยธุรกิจแต่ละรายในตลาด 50 รายรวมกัน (หากมีหน่วยธุรกิจในตลาดน้อยกว่า 50 ราย ให้ใช้ทุกราย) ตัวอย่างเช่น หากมีหน่วยธุรกิจ 4 รายในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดเป็น 50% 25% 15% และ 10% ดัชนีเฮอร์ฟินดัลจะมีวิธีการหาดังนี้¹¹⁹

$$HHI = 50^2 + 25^2 + 15^2 + 10^2 = 3,450$$

ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ HHI จะมีค่าน้อย ตัวอย่างเช่น หากหน่วยธุรกิจรายใหญ่ที่สุดในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดเป็นร้อยละ 0.1% HHI จะมีค่าเป็น $0.1^2 \times 50 = 0.5$ ขณะที่ในตลาดผูกขาด HHI จะมีค่าเป็น 10,000 เพราะผู้ผูกขาดมีส่วนแบ่งตลาด 100% ดังนั้น $HHI = 100^2 = 10,000$ ¹²⁰

HHI ได้รับความนิยมนอย่างมากในการวัดระดับการแข่งขันในช่วงทศวรรษที่ 1980 เมื่อกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาได้ใช้ดัชนีนี้ในการจำแนกตลาด ตลาดซึ่งมีค่า HHI น้อยกว่า 1,000 แสดงว่ามีการแข่งขันสูง ตลาดที่มีค่า HHI ระหว่าง 1,000 ถึง 1,800 แสดงว่ามีการแข่งขัน

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 254.

¹¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 255.

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน

ปานกลาง แต่ตลาดซึ่งมีค่า HHI มากกว่า 1,800 แสดงว่าไม่มีการแข่งขัน กระทรวงยุติธรรมจะจับตามองการรวมกิจการของหน่วยธุรกิจต่างๆ ในตลาดที่มีค่า HHI มากกว่า 1,000 และคัดค้านการรวมกิจการหากค่า HHI เกินกว่า 1,800¹²¹

จากข้อมูลทั้งหมดจึงสามารถสรุปออกมาเป็นตารางเปรียบเทียบลักษณะและแบ่งแยกประเภทของตลาดได้ดังนี้¹²²

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบลักษณะและแบ่งแยกประเภทของตลาด¹²³

ลักษณะ	ตลาดแข่งขันสมบูรณ์	ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด	ตลาดผู้ขายน้อยราย	ตลาดผูกขาด
จำนวนหน่วยธุรกิจในอุตสาหกรรม	มาก	มาก	น้อย	หนึ่ง
ผลิตภัณฑ์	เหมือนกัน	แตกต่าง	เหมือนกันหรือแตกต่างกัน	ไม่มีสินค้าใดทดแทนได้หรือถูกควบคุม
อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด	ไม่มี	ไม่มี	ปานกลาง	สูง
การควบคุมราคาของหน่วยธุรกิจ	ไม่มี	มีบ้าง	ทำได้	ทำได้
อัตราการกระจุกตัว (CR)	ใกล้ 0	ต่ำ	สูง	100
ดัชนี HHI	ใกล้ 0	น้อยกว่า 1,800	มากกว่า 1,800	10,000

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด

สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) นั้นเป็นแนวคิดทางกฎหมายซึ่งมีความสำคัญต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม แม้จะกล่าวไว้ว่าสถานะดังกล่าวนี้เป็นแนวคิดทางกฎหมาย แต่ในกระบวนการประเมินสถานะอำนาจเหนือตลาดนั้น ได้รับอิทธิพลอย่าง

¹²¹ เรื่องเดียวกัน

¹²² เรื่องเดียวกัน

¹²³ เรื่องเดียวกัน

มาจากทฤษฎีต่างๆ ในทางเศรษฐศาสตร์ ดังนั้น ในการพิจารณาถึงสถานะดังกล่าว จึงจำเป็นต้องอาศัยการร่วมกันระหว่างแนวคิดทางกฎหมายและแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์¹²⁴

2.2.1 ความหมายของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด

สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) เป็นสถานะของผู้ประกอบการซึ่งเกิดจากการมีอำนาจตลาด (market power) เนื่องจากในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นไม่มีการแข่งขัน ไม่ว่าจะเพราะมีผู้ประกอบการรายเดียวอยู่ในตลาด หรือมีผู้ประกอบการหลายราย แต่ปรากฏว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นต่างยุติการแข่งขันระหว่างกัน¹²⁵ โดยใน Black's Law Dictionary Eighth Edition ได้ให้ความหมายไว้ว่า อำนาจตลาด คือ “ความสามารถที่จะลดปริมาณสินค้า และขึ้นราคาให้สูงกว่าระดับราคาแข่งขัน (ต้นทุนส่วนเพิ่ม) ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และมีผลทำให้ได้รับกำไรจากการกระทำนั้น ซึ่งถ้ามีอำนาจตลาดมากๆ ก็อาจจะเกิดเป็นอำนาจผูกขาด (monopoly power)”¹²⁶

ส่วนในเชิงเศรษฐศาสตร์นั้น อำนาจตลาด (market power) หมายถึง ความสามารถในการกำหนดราคาสูงกว่าต้นทุนหน่วยสุดท้าย (marginal cost) เนื่องจากภายใต้การแข่งขันอย่างสมบูรณ์ ราคาสินค้าหรือบริการจะเท่ากับต้นทุนส่วนเพิ่ม ดังนั้น ถ้าราคาของผู้ประกอบการรายใดสูงเกินกว่าต้นทุนหน่วยสุดท้าย หมายความว่า ผู้ประกอบการรายนั้นไม่ได้เผชิญกับการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ หรือก็คือ ผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจตลาดอยู่บ้าง¹²⁷

กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจตลาด คือ ความสามารถของผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายที่จะควบคุมราคาสินค้าให้สูงกว่าระดับราคาแข่งขันเพื่อหากำไร โดยจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการ (reducing output) และรักษาระดับราคาที่สูงขึ้นนั้นโดยไม่ทำให้ยอดขายสินค้าหรือบริการลดลงอย่างมาก จนทำให้ไม่ได้รับกำไรจากการขึ้นราคาและต้องยุติการขึ้นราคานั้น¹²⁸ ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่ได้ศึกษาในเบื้องต้นว่า เมื่อสินค้ามีปริมาณน้อยกว่าความต้องการ ย่อม

¹²⁴ Damien Geradin *et al.*, "The Concept of Dominance in EC Competition Law," [Online] Accessed: 19 June 2017. Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144

¹²⁵ สุธีร์ ศุภนิธย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 25.

¹²⁶ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed. (Minnesota: West Publishing, 2004), p.991.

¹²⁷ ศิริศักดิ์ จีงถาวรธรรม, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก," หน้า 53.

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน

ส่งผลให้สินค้านั้นมีราคาสูงขึ้น ผู้ประกอบการที่สามารถควบคุมปริมาณสินค้าให้น้อยกว่าความต้องการ และขายสินค้านั้นสูงกว่าราคาแข่งขันย่อมถือได้ว่ามีอำนาจตลาดอย่างแน่นอน¹²⁹

ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (European Court of Justice) ให้ความหมายสำหรับสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ในคดี *United Brands* เอาไว้ว่า อำนาจเหนือตลาด ถือว่าเป็นสถานะของความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการซึ่งทำให้ผู้ประกอบการสามารถป้องกันไม่ให้มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อรักษาสถานะดังกล่าวของผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง ส่งผลให้ผู้ประกอบการสามารถกระทำการได้โดยอิสระไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่ง ลูกค้า หรือแม้แต่ผู้บริโภค¹³⁰

อย่างไรก็ดี สถานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) มีความหมายที่แตกต่างและกว้างกว่าผู้ผูกขาด (monopolist) กล่าวคือ สำหรับ “ผู้ผูกขาด” โดยความหมายที่เคร่งครัดในทางเศรษฐศาสตร์แล้วย่อมหมายถึง ผู้ประกอบการรายเดียวที่มีอยู่ในตลาดผูกขาดซึ่งไม่มีสินค้าอื่นทดแทนได้ ทำให้มีอำนาจตลาดโดยสมบูรณ์ สามารถที่จะกำหนดราคาและปริมาณสินค้าได้ในขณะที่ “ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด” คือ ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการที่มีความสามารถที่จะกำหนดราคาของสินค้าและค่าบริการโดยอิสระ ปราศจากความกดดันจากการแข่งขันในตลาด¹³¹ รวมถึงการมีอิทธิพลต่อการแข่งขันที่มีใช้เรื่องราคาด้วย¹³² ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว สถานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด คือ สถานะของผู้ประกอบการที่มีความสามารถที่จะขึ้นราคาและรักษาราคาดังกล่าวไว้ให้อยู่เหนือระดับราคาที่มีการแข่งขัน (competitive price) ไว้ได้¹³³

2.2.2 ประเภทของสถานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่างๆ นั้น อาจแบ่งประเภทของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

¹²⁹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 2nd ed. (United States: West Publishing, 2001), p.78.

¹³⁰ Case 27/76 *United Brands v. Commission* [1978] E.C.R. 207; [1978] 1 CMLR 429 cited in Sinisa Varga, "The Economics of E.C. Competition Law: Concepts, application and measurement," *Review of EU Law* 5(2006): 6.

¹³¹ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 41.

¹³² ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 - 29, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 85.

¹³³ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 - 29, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 86.

2.2.2.1 สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว

สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว (single dominance) คือ กรณีที่ผู้ประกอบการรายเดียวถือว่ามีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด เช่น ในประเทศไทย สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดประเภทนี้เป็นไปตามข้อ 1 (1) ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป” กล่าวคือ จะพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดจากส่วนแบ่งตลาดและยอดขายในปีที่ผ่านมาของผู้ประกอบการรายหนึ่ง หากผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ย่อมมีสถานะเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ตามมาตรา 50 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้¹³⁴

ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ หรือประเทศมาเลเซีย นั้น ก็มีบทบัญญัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนที่ใช้พิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเช่นเดียวกัน โดยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและปัจจัยอื่นๆ ประกอบกัน ได้แก่ หากผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 40 ขึ้นไปในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป หรือร้อยละ 60 ขึ้นไปในประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย ประกอบกับการพิจารณาถึงปัจจัยอื่นๆ แล้ว เช่น จำนวนผู้ประกอบการในตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด เป็นต้น อาจส่งผลให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งมีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในลักษณะข้างต้นนี้จัดเป็นประเภทแรกของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด

¹³⁴ Article 4 (Presumption of Market-Dominating Enterpriser)

“An enterpriser (excluding an enterpriser whose annual amount of sales or purchase in a particular business is less than 4 billion won) whose market share in a particular business area falls under any of the following subparagraphs shall be presumed a market-dominating enterpriser referred to in subparagraph 7 of Article 2:

1. Market share of one enterpriser is 50/100 or more;

...”

2.2.2.2 สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย

สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย คือ กรณีที่ผู้ประกอบการเพียงรายเดียว ยังไม่อาจถือว่ามีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด เช่น ในประเทศไทยนั้น ผู้ประกอบการที่มีได้มีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละห้าสิบ จะไม่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดแบบประเภทที่ 1 หากแต่เมื่อคำนวณรวมส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาด 3 ลำดับแรกของตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งแล้ว พบว่ามีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมา รวมกันตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป เช่นนี้จะถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายต่างมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นของประเทศไทยก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้¹³⁵ จึงเป็นกรณีของสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย

ส่วนในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย นั้น สถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายจะเกิดขึ้นในกรณีที่เมื่อพิจารณาผู้ประกอบการแต่ละรายแยกต่างหากจากกัน พบว่าผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นไม่มีสถานะอำนาจเหนือตลาด แต่โดยผลของความสัมพันธ์บางประการระหว่างผู้ประกอบการนั้นกับผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะถูกพิจารณารวมกันเป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน (collective dominance)¹³⁶

ทั้งนี้ การพิจารณาส่วนแบ่งตลาดเพื่อกำหนดว่าผู้ประกอบการรายใดจะมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น จะต้องคำนึงถึงขอบเขตตลาดซึ่งเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปด้วย

¹³⁵ Article 4 (Presumption of Market-Dominating Enterpriser)

“An enterpriser (excluding an enterpriser whose annual amount of sales or purchase in a particular business is less than 4 billion won) whose market share in a particular business area falls under any of the following subparagraphs shall be presumed a market-dominating enterpriser referred to in subparagraph 7 of Article 2:

...

2. The combined market share of three or less enterprisiers is 75/100 or more: *Provided*, that those whose market share is less than 10/100 shall be excluded therefrom.”

¹³⁶ Karolina Rydman, "Collective Dominance: How is it interpreted and how does it correlate with tacit coordination" (Master's Thesis, Legal Department, Stockholms Universitet, 2012), p.15.

2.2.3 ข้อเสียของการมีผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

การมีผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในระบบเศรษฐกิจนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น เริ่มมีการผูกขาดอันจะมีผลกระทบต่อกลไกตลาดอย่างรุนแรง กล่าวคือ กลไกตลาดจะไม่ทำงานหรือตลาดล้มเหลว (market failure) ซึ่งทำให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อระบบเศรษฐกิจดังนี้

2.2.3.1 ข้อเสียต่อผู้บริโภค

การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการจะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์โดยตรงจากข้อเสนอของหน่วยธุรกิจ เช่น ทางด้านราคา ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าและบริการได้ในราคาที่ เป็นธรรม ในราคาที่ผู้ประกอบการแข่งขันกันเพื่อช่วงชิงตลาดเป็นของตน ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อ สินค้าที่ดีและบริการที่หลากหลายตามระดับรายได้และรสนิยมของตน การแข่งขันทำให้ ผู้ประกอบการต้องหันมาสนใจปรับปรุงพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการ เพื่อให้ผลผลิตของตนเป็นที่ ต้องการของผู้บริโภคอยู่เสมอหรือพยายามที่จะเสนอสินค้าและบริการใหม่ๆ เข้าสู่ตลาด ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้มักจะไม่มีหรือมีอยู่ไม่มากนักในตลาดที่มีการผูกขาดหรือตลาดที่มีการแข่งขันน้อยมาก ในทาง ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ให้ข้อสรุปว่า การผูกขาดเป็นตัวการทำให้ประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรได้รับ ขาดหายไป¹³⁷

2.2.3.2 ข้อเสียต่อผู้ผลิต

การผูกขาดทำให้เกิดข้อได้เปรียบข้อเสียเปรียบขึ้นในทางธุรกิจ ผู้ประกอบการที่ได้รับสิทธิการผูกขาดในตลาดย่อมเป็นผู้ได้เปรียบจากการแข่งขัน ทั้งๆ ที่ตนเองมิได้ เป็นผู้ประกอบการที่มีความสามารถโดยแท้จริงอันเกิดจากการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพเหนือ ผู้อื่น ซึ่งทางเศรษฐศาสตร์ถือว่าการแข่งขันจะทำให้ผู้ประกอบการที่มีประสิทธิภาพเท่านั้นที่จะ สามารถดำรงอยู่ได้ในระยะยาว หน่วยธุรกิจใดที่มีต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยสูงกว่าคู่แข่งจะถู กกระบวนการทำงานของกลไกราคาบีบบังคับให้ออกจากการแข่งขันไปในที่สุด โดยสรุปแล้วสามารถ กล่าวได้ว่าตลาดที่มีการแข่งขันนั้น สามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ประกอบการด้วยกันเอง หรือ เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการหน้าใหม่ (new entrants) สามารถเข้ามาแข่งขันได้ ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้จะไม่มีหรือมีน้อยมากในตลาดที่มีการผูกขาดหรือการแข่งขันน้อยราย¹³⁸

¹³⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 50.

¹³⁸ เรื่องเดียวกัน

2.2.3.3 ข้อเสียต่อสังคม

สิ่งที่สังคมต้องสูญเสียไปจากการผูกขาดที่ชัดเจน คือ การใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ดังที่ได้แสดงให้เห็นในตอนต้น นอกจากนี้กำไรส่วนเกิน (excessive profit) ยังตกไปเป็นกำไรของผู้ผูกขาด และประสิทธิภาพการผลิตที่เกิดจากการแข่งขันนั้นได้สูญหายไป (deadweight welfare loss)¹³⁹

2.2.4 วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

การกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และมาตรา 50 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น เป็นบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 82 ของสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) ในขณะนั้น ซึ่งมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีการบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) ในปัจจุบัน โดยผ่านทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศเกาหลี¹⁴⁰

เป็นที่กล่าวกันในทางวิชาการว่า การกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้น เป็นการประนีประนอมทางการเมืองของรัฐสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เนื่องจากขนาดตลาดของรัฐสมาชิกหลายประเทศไม่ใหญ่พอที่จะให้มีผู้ประกอบการจำนวนมากเหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องยอมรับการที่ตลาดสินค้าและบริการจะมีลักษณะเป็นตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย (oligopoly) เพื่อให้ผู้ประกอบการได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาด (economy of scale) ได้ และเมื่อเป็นเช่นนั้นย่อมทำให้เกิดผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ขึ้นในตลาดสินค้าและบริการ¹⁴¹

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติที่ทำหน้าที่กำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด เพื่อควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมิให้ใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ในลักษณะมิชอบ ซึ่งมี 2 ลักษณะใหญ่ๆ¹⁴² ได้แก่

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

¹⁴¹ เรื่องเดียวกัน

¹⁴² เรื่องเดียวกัน

ก. การใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuse) เช่น การกำหนดราคาสินค้าที่สูงเกินไป หรือลดราคาซื้อให้ต่ำเกินไป เป็นต้น¹⁴³

ข. การใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อจัดการแข่งขัน (exclusionary abuse) เช่น การกำหนดราคาสินค้าให้ต่ำกว่าทุนเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing) เป็นต้น¹⁴⁴

2.2.5 แนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

โดยทั่วไปแล้ว การกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น อาจมีได้หลายแนวทาง¹⁴⁵ ได้แก่

2.2.5.1 แนวทางการควบคุมโครงสร้างตลาด

แนวทางแรก เป็นแนวทางที่ไม่ต้องการให้เกิดการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ ถ้ามีการผูกขาดเกิดขึ้นโดยไม่สมเหตุสมผล หรือปราศจากเหตุอันสมควร ไม่ว่าจะเกิดจากการควบรวมกิจการหรือประการอื่นใด ย่อมถือว่าเป็นการไม่ชอบ และจะต้องทำลายอำนาจผูกขาดที่เกิดขึ้นให้หมดไป เพื่อป้องกันผลร้ายแรงอันจะเกิดจากการผูกขาดนั้น โดยเหตุผลของการใช้วิธีการเช่นนี้เพราะเหตุว่า หากปรากฏว่าอำนาจการผูกขาดยังคงมีอยู่ในตลาด ย่อมจะไม่อาจป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายจากการผูกขาดได้เลย

แนวทางนี้จึงเรียกได้ว่าเป็นการควบคุมทางโครงสร้าง (structure control) เพื่อป้องกันการกระจุกตัวในตลาด (market concentration) โดยมาตรการสำคัญที่ใช้ในการแก้ปัญหาการมีอำนาจผูกขาดของหน่วยธุรกิจ คือ การยุบ (dissolution) หรือการแตกองค์กรธุรกิจนั้นเป็นองค์กรธุรกิจย่อย (divestiture) เพื่อทำให้เกิดการแข่งขันกัน¹⁴⁶

2.2.5.2 แนวทางการควบคุมพฤติกรรม

แนวทางที่ 2 นี้ เป็นแนวทางที่มีได้ห้ามมิให้มีการผูกขาด กล่าวคือ การผูกขาดที่เกิดขึ้นและคงอยู่ในตลาดนั้น ไม่ถือเป็นสิ่งที่ไม่ชอบแต่อย่างใด แต่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ผูกขาด ไม่ให้ใช้ความมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดไปในทางที่ไม่ชอบ ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นที่อยู่ในตลาดหรือที่จะเข้ามาในตลาดเพื่อเป็นคู่แข่งของตน หรือต่อลูกค้าของตน

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน

¹⁴⁴ เรื่องเดียวกัน

¹⁴⁵ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 36.

¹⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36 - 37.

หรือต่อผู้บริโภค ดังที่ได้อธิบายแล้วถึงผลกระทบของการมีผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในระบบเศรษฐกิจ

แนวทางนี้เป็นการควบคุมความประพฤติ หรือพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือ ถ้ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่ไปในทางที่ไม่ชอบแล้ว จะถือว่าเป็นความผิดได้ ซึ่งการใช้วิธีการนี้จะไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการปรับโครงสร้างของตลาด คือ เป็นการทำให้ตลาดเปิดให้มีผู้เข้ามาแข่งขันได้ตลอดเวลา มิได้ทำให้เกิดผลกระทบต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด¹⁴⁷

2.2.5.3 แนวทางผสม

แนวทางสุดท้าย เป็นแนวทางผสม (combination) กล่าวคือ เป็นการเอาทั้งสองแนวทางที่ได้กล่าวไปข้างต้นมาใช้ร่วมกันในการควบคุมการผูกขาด ทั้งนี้เพราะการที่จะใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว ไม่เพียงพอต่อการปกป้องการแข่งขันในตลาด¹⁴⁸

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับสถานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ในทางเศรษฐศาสตร์นั้น อำนาจตลาดนั้นอาจถูกถือครองโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวหรืออาจถูกถือครองร่วมกันโดยผู้ประกอบการหลายรายก็ได้ ซึ่งแรกเริ่มเดิมทีนั้น การที่ผู้ประกอบการจะร่วมกันถือครองอำนาจตลาดก็มักจะกระทำในรูปแบบของการตกลงร่วมกันเป็นคาร์เทล อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้จะไม่ปรากฏว่ามีการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการนั้น แต่โดยเงื่อนไขบางประการของตลาดก็อาจชักนำให้ผู้ประกอบการหลายรายมีการใช้อำนาจตลาดร่วมกันได้ ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวมักจะเกิดขึ้นในตลาดที่มีโครงสร้างเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายและส่งผลเช่นเดียวกับกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นตกลงร่วมกันเป็นคาร์เทล กล่าวคือ จะทำให้เกิดการจัดการทรัพยากรที่ไม่มีประสิทธิภาพ¹⁴⁹

ด้วยปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงเกิดแนวคิดเกี่ยวกับสถานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน (collective dominance) ขึ้น โดยเป็นแนวความคิดที่ริเริ่มโดยประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เพื่อใช้ในการกำกับดูแลกลุ่มผู้ประกอบการ เพื่อมิให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ ซึ่งแนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดที่มีพื้นฐานมาจากการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะ

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

¹⁴⁸ เรื่องเดียวกัน

¹⁴⁹ Damien Geradin *et al.*, "The Concept of Dominance in EC Competition Law." [Online] Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144

เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ประกอบกับการกำกับดูแลมิให้ผู้ประกอบการรวมตัวกันเป็นคาร์เทล ตามมาตรา 101 และมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป¹⁵⁰

2.3.1 ความหมายของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ดังที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้วว่า ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (European Court of Justice) ให้ความหมายของสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ในคดี *United Brands* เอาไว้ว่า อำนาจเหนือตลาด ถือว่าเป็นสถานะของความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการซึ่งทำให้ผู้ประกอบการสามารถป้องกันไม่ให้เกิดการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อรักษาสถานะดังกล่าวของผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง ส่งผลให้ผู้ประกอบการสามารถกระทำการได้อย่างอิสระ โดยไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่ง ลูกค้า หรือแม้แต่ผู้บริโภค¹⁵¹

กล่าวอีกนัยหนึ่ง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” คือ ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการ ที่มีความสามารถที่จะกำหนดราคาของสินค้าและค่าบริการได้โดยอิสระปราศจากความกดดันจากการแข่งขันในตลาด¹⁵² รวมถึงการมีอิทธิพลต่อการแข่งขันที่มีใช้เรื่องราคาด้วย¹⁵³ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด คือ สถานะของผู้ประกอบการที่มีความสามารถที่จะขึ้นราคาและรักษาราคาดังกล่าวไว้ให้อยู่เหนือระดับราคาที่มีการแข่งขัน (competitive price) ไว้ได้¹⁵⁴

ในทำนองเดียวกัน สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ก็เป็นรูปแบบวิธีการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดอีกรูปแบบหนึ่ง โดยนำกลุ่มผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในรูปแบบของการร่วมมือกันมาคิดเป็นหน่วยเดียวกัน และผลจากการคำนวณพบว่าหน่วยดังกล่าวนี้มีอำนาจเหนือตลาด ก็สามารถถือได้ว่าผู้ประกอบการหน่วยดังกล่าวมีอำนาจเหนือตลาดเช่นกัน¹⁵⁵ โดยเรียกว่า

¹⁵⁰ Office for Competition and Consumer's Protection, *Abuse of a dominant position in the light of legal provision and case law of the European Communities* (Warsaw: Office for Competition and Consumer's Protection, 2003), p.24.

¹⁵¹ Case 27/76 *United Brands v. Commission* [1978] E.C.R. 207; [1978] 1 CMLR 429 cited in Sinisa Varga, "The Economics of E.C. Competition Law: Concepts, application and measurement," *Review of EU Law*: 6.

¹⁵² สุธีร์ ศุภนิตย์, *หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 41.

¹⁵³ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, *หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 - 29*, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 85.

¹⁵⁴ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, *หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 - 29*, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 86.

¹⁵⁵ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, "อำนาจการผูกขาด," *วารสารกฎหมาย* 22, 1 (กรกฎาคม 2546): 205 - 206.

อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน อันส่งผลให้ผู้ประกอบการหน่วยเดียวกันในตลาดสินค้าและบริการนั้น มีความสามารถที่จะกำหนดราคาของสินค้าและบริการโดยอิสระ ปราศจากความกดดันจากการแข่งขันในตลาด เช่นเดียวกันกับกรณีผู้ประกอบการที่มีสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด หากเพียงแต่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งแต่เพียงรายเดียว ไม่อาจมีความสามารถเช่นนั้นได้ แต่จำเป็นจะต้องมีการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทางกฎหมายแยกออกจากกันหากจากกันเพื่อทำให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดดังกล่าว จึงเรียกว่า “อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน”

กล่าวโดยสรุป สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการ คือ กรณีที่ผู้ประกอบการเพียงรายเดียว ยังไม่อาจถือว่ามีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่เมื่อมีการรวมตัวกันกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากกันแล้ว จะก่อให้เกิดกลุ่มผู้ประกอบการเหล่านั้นเกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้น

อย่างไรก็ดี ความหมายของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น ยังอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่

2.3.1.1 ความหมายอย่างแคบของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในมุมมองอย่างแคบนั้น หมายถึง การมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทางกฎหมายแยกออกต่างหากจากกัน แต่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นจำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นผู้ประกอบการที่อยู่ในกลุ่มธุรกิจเดียวกัน ซึ่งมีได้มีอิสระในการตัดสินใจที่จะกระทำการใดๆ ในตลาดสินค้าหรือบริการ ดังนั้นในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาด จึงต้องพิจารณารวมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในกลุ่มธุรกิจเสมือนหนึ่งเป็นผู้ประกอบการรายเดียวกัน แม้จะมีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากกันก็ตาม¹⁵⁶ ซึ่งความหมายอย่างแคบดังกล่าวนี้ เป็นที่ยอมรับและบังคับใช้กันมาอย่างยาวนานในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป¹⁵⁷

2.3.1.2 ความหมายอย่างกว้างของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในมุมมองอย่างกว้างนั้น เป็นทางเลือกในการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างหนึ่ง โดยนำมาบังคับใช้แก่การมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย โดยจะพิจารณาบังคับใช้

¹⁵⁶ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 7th ed. (New York: Oxford University Press, 2012), p.573.

¹⁵⁷ Ibid.

บทบัญญัติดังกล่าวกับผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทั้งทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกออกต่างหากจากกัน แต่พิจารณาแล้วพบว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีการถือครองสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ซึ่งอาจทำให้เกิดพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบ¹⁵⁸

ในที่สุดศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปก็ได้ให้ความหมายอย่างกว้างของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนี้มาปรับใช้แก่คดีที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจำนวนหลายคดี จนกล่าวได้ว่าความหมายอย่างกว้างนี้เป็นที่ยอมรับในปัจจุบัน

2.3.2 ความเป็นมาของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ในปัจจุบันนั้น สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันถือเป็นหลักเกณฑ์ประเภทหนึ่งที่น่ามาปรับใช้กันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะถูกนำมาปรับใช้เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมใดๆ ก็ตามของผู้ประกอบการหลายราย แม้ว่าผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นจะมีลักษณะเป็นอิสระแยกต่างหากจากกันทั้งในทางกฎหมายและในทางเศรษฐกิจ แต่หากผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นต่างมีพฤติกรรมเป็นไปในทำนองเดียวกัน อาจส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน และทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นสามารถร่วมกันครอบครองอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งได้ตามอำเภอใจ¹⁵⁹

แต่กว่าที่แนวคิดเรื่องสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันจะสามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายดังเช่นในปัจจุบันได้นั้น กล่าวได้ว่าแนวคิดเรื่องสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนี้มีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องจากในอดีต โดยเป็นผลมาจากการพัฒนาการปรับใช้แนวคิดดังกล่าวอย่างโดดเด่นของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรป (European Commission) และศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป¹⁶⁰

จุดเริ่มต้นของพัฒนาการของแนวคิดเรื่องสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น เริ่มต้นจากความคลุมเครือในบทบัญญัติของสนธิสัญญากรุงโรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งความคลุมเครือของบทบัญญัติมาตรา 86 ในขณะนั้น อันได้แก่มาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยเรื่องที่มีความคลุมเครือจนเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในขณะนั้น ได้แก่แนวคิดเรื่องสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน อันเกิดมาจากปัญหาการตีความคำว่า “ผู้ประกอบการหลายราย” (“more

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013), p.75.

¹⁶⁰ Ibid.

undertakings”) ในบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งเป็นบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์ไว้เพื่อกำกับดูแลทั้งสถานะผู้
มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว และผู้ประกอบการหลายราย (dominant position
of one or more undertakings) โดยเป็นที่ถกเถียงกันว่า จะปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้กว้างหรือ
แคบเพียงไร

แนวคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายตาม
บทบัญญัติดังกล่าว นั้น มีความตั้งใจที่จะใช้กำกับดูแลเฉพาะกรณีสถานะอำนาจเหนือตลาดของกลุ่ม
ธุรกิจเท่านั้น กล่าวคือในกรณีที่แท้จริงแล้วกลุ่มธุรกิจนั้นมีสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด
แต่ได้มีการแบ่งสถานะทางกฎหมายออกเป็นหลายหน่วยธุรกิจ ทำให้หน่วยธุรกิจแต่ละหน่วยนั้นไม่มี
อำนาจเหนือตลาด¹⁶¹ บทบัญญัติดังกล่าวจึงส่งผลให้แม้จะมีสถานะหรือตัวตนทางกฎหมายแยกออก
ต่างหากจากกัน แต่หากเป็นบริษัทในอยู่ในกลุ่มธุรกิจเดียวกันแล้ว ในการประเมินว่าผู้ประกอบการ
รายใดมีอำนาจตลาดหรือไม่ ก็จะต้องประเมินจากบริษัทในเครือทั้งกลุ่มธุรกิจ มิใช่พิจารณาแต่เพียง
เฉพาะธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งของกลุ่มธุรกิจนั้น¹⁶² ซึ่งนับตั้งแต่มีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทาง
การค้าในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปมาเป็นเวลาหลายทศวรรษ ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป
จำกัดการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวแก่เฉพาะกรณีของกลุ่มธุรกิจเท่านั้น และแม้ว่าจะเริ่มมีปัญหาการ
กระทำร่วมกันของผู้ประกอบการโดยไม่มีการตกลงระหว่างกันเกิดขึ้น ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพ
ยุโรปก็ไม่ยอมรับแนวคิดที่จะปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวแก่กรณีของผู้ประกอบการที่มีสถานะทาง
กฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกันโดยอิสระ¹⁶³

แต่เมื่อเวลาผ่านไป มีปัจจัยมากมายที่ส่งเสริมให้เกิดพัฒนาการของแนวคิดเรื่องสถานะ
ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันจากในอดีตมาจนถึงการปรับใช้แนวคิดเรื่องสถานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด
ร่วมกันในปัจจุบัน โดยที่ปัจจัยอย่างหนึ่งที่ทำให้เกิดพัฒนาการเช่นว่านั้นก็คือ การศึกษาของ
นักวิชาการในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป
โดยเฉพาะการศึกษาเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกรณีที่ยังมีความ
คลุมเครือไม่ชัดเจน เช่น กรณีที่ผู้ประกอบการมีการกระทำร่วมกัน เป็นต้น

นอกจากนี้ ปัจจัยอีกอย่างหนึ่งซึ่งแม้จะมีได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับกฎหมายการแข่งขัน
ทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป แต่ก็มีความสำคัญต่อพัฒนาการของแนวความคิดเรื่อง
สถานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปเป็นอย่างมาก คือ การศึกษาของ

¹⁶¹ Ibid., p.77.

¹⁶² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.571.

¹⁶³ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.91.

สำนัก Harvard School และสำนัก Chicago School อันเป็นสำนักความคิดสำคัญที่อยู่เบื้องหลังการใช้การตีความกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา¹⁶⁴ โดยมีการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการผูกขาดอันเกิดจากสภาวะตลาดผู้ขายน้อยรายที่เกิดขึ้นจำนวนมากในสหรัฐอเมริกา เพื่อร่วมกันหาแนวทางแก้ไขปัญหาการร่วมมือกันโดยปริยาย (tacit collusion) ของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น เนื่องจากผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายสามารถมีพฤติกรรมเป็นไปในทิศทางเดียวกันได้โดยปราศจากการตกลงกันไม่ว่าในรูปแบบใดๆ อันเป็นผลจากโครงสร้างตลาดที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายซึ่งผู้ประกอบการในตลาดนั้นมีความขึ้นอยู่กับกันและกัน¹⁶⁵ แต่การปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันเพื่อกำกับดูแลกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมร่วมกันนั้น มีองค์ประกอบที่สำคัญคือจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการตกลงกันไม่ว่าในรูปแบบใดๆ ของผู้ประกอบการ จึงเป็นการยากยิ่งที่จะปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันแก้ปัญหาเช่นนี้ได้ เนื่องจากขาดหลักฐานที่จะพิสูจน์ให้เห็นถึงการสมรู้ร่วมคิดกัน¹⁶⁶ บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่อาจนำมาใช้แก้ไขปัญหาการตกลงร่วมกันโดยปริยายได้ จึงทำให้เกิดการหารื้อกันเพื่อนำบทบัญญัติอื่นๆ เพื่อมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว

ปัจจัยต่างๆ ข้างต้น ล้วนส่งผลให้เกิดการพัฒนาแนวคิดเรื่องสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด เพื่อที่จะนำมาแก้ไขปัญหาการมีพฤติกรรมเป็นไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการ อันส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน โดยในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้น คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรป (European Commission) ได้เริ่มมีแนวคิดที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยนำบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป ว่าด้วยการกำกับดูแลผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมาปรับใช้กับปัญหาดังกล่าว กล่าวคือ คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปได้นำบทบัญญัติมาตราดังกล่าวปรับใช้แก่กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายซึ่งมีสถานะหรือตัวตนทั้งทางกฎหมาย และทางเศรษฐกิจแยกออกต่างหากจากกัน แต่มีพฤติกรรมเป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือเป็นอย่างเดียวกัน คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปจึงได้ปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวโดยถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นถือครองอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน และมีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบ อันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตราดังกล่าว แต่ในช่วงแรกๆ นั้น ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปมิได้เห็นด้วยกับแนวความคิดเช่นนี้ของคณะกรรมาธิการสหภาพยุโรป เพราะเห็นว่าพฤติกรรมที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการนั้น เกิดจากลักษณะของตลาดผู้ขายน้อยราย ดังนั้นศาลจึงเห็น

¹⁶⁴ Richard A. Posner, "The Chicago School of Antitrust Analysis," *University of Pennsylvania Law Review* 127(1979): 925.

¹⁶⁵ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.75.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.85.

ว่าไม่ควรลงโทษการกระทำดังกล่าวของผู้ประกอบการ เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวนี้เป็นพฤติกรรมที่มีเหตุผลและเป็นพฤติกรรมที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้¹⁶⁷

แต่ในท้ายที่สุด ด้วยปัญหาที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายเริ่มมีความรุนแรง และส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดมากยิ่งขึ้น ทำให้ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปเริ่มยอมรับแนวคิดดังกล่าว และมีได้จำกัดการใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดในมาตรา 102 เฉพาะแก่กรณีของกลุ่มธุรกิจอีกต่อไป โดยเริ่มมีการปรับใช้แนวคิดเรื่องดังกล่าวเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายราย แม้ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะมีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกันโดยอิสระก็ตาม¹⁶⁸

2.3.3 วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

จากความเป็นมาของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น แสดงให้เห็นว่า การพัฒนาแนวคิดเรื่องสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันจนมีลักษณะแนวคิดดังเช่นในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปในปัจจุบันนั้น เกิดขึ้นจากวัตถุประสงค์อันสำคัญคือเพื่อให้บทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน เป็นเครื่องมือสำคัญในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากสถานะตลาดผู้ขายน้อยรายที่ทวีความสำคัญมากขึ้นในปัจจุบัน กล่าวคือ โดยลักษณะของตลาดผู้ขายน้อยรายดังที่ได้กล่าวแล้วในหัวข้อที่ 2.1.6.4 นั้น การกระทำของผู้ประกอบการรายหนึ่งในตลาดผู้ขายน้อยรายจะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นๆ เช่น การเปลี่ยนแปลงราคาและปริมาณผลผลิตของผู้ประกอบการรายหนึ่ง ย่อมจะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบกรรายอื่นๆ¹⁶⁹ ดังนั้น เมื่อผู้ประกอบการแต่ละรายต่างทราบดี ว่าตนมีความสัมพันธ์ระหว่างกันกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาดอย่างมาก จึงทำให้ผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้นมีแรงจูงใจที่จะรวมตัวกันในลักษณะต่างๆ¹⁷⁰ เพื่อที่จะทำให้เกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายได้โดยง่าย และเพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาด¹⁷¹

¹⁶⁷ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.574.

¹⁶⁸ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.83.

¹⁶⁹ วรณี จิเจริญ, *เศรษฐศาสตร์จุลภาค 3*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2558), หน้า 411.

¹⁷⁰ Barry E. Hawk and Giorgio A. Motta, "Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem," in *Antitrust Between EC Law and National Law : VI Conference*, ed. Enrico Adriano Raffaelli (Bruxelles: Bruylant, 2009), p.62.

¹⁷¹ วรณี จิเจริญ, *เศรษฐศาสตร์จุลภาค 3*, หน้า 438.

โดยที่ปัญหาอันเกิดขึ้นจากสถานะตลาดผู้ขายน้อยรายซึ่งมีความสำคัญต่อการพัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น สามารถสรุปแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ

ก. ปัญหาช่องว่างของตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly gap) กล่าวคือ ปัญหาความไม่เหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในเรื่องพฤติกรรมการใช้สถานะของการผูกขาดหรือสถานะอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย เนื่องจากผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดที่มีโครงสร้างเช่นนี้ อาจมิได้มีสถานะของการเป็นผู้ผูกขาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ดังนั้นพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย เช่น การลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือลดคุณภาพสินค้าและเพิ่มราคาให้สูงขึ้นของผู้ประกอบการแต่ละรายนั้น จึงอาจหลุดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้¹⁷²

ข. ปัญหาช่องว่างของการพิสูจน์ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ (unproved cartel gap) กล่าวคือ ลักษณะของตลาดที่มีโครงสร้างแบบตลาดผู้ขายน้อยรายนั้นส่งผลให้ผู้ประกอบการสามารถตกลงระหว่างกัน (cartel) ได้สำเร็จ โดยปราศจากหลักฐานของการตกลงที่จะสามารถพิสูจน์ถึงความตกลงนั้นได้ในภายหลัง ทำให้ไม่สามารถใช้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันแก่ความตกลงที่มีลักษณะดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีเงื่อนไขที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความตกลงนั้น จึงจะสามารถบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวแก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายได้¹⁷³

จึงสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า การพัฒนาแนวคิดเรื่องสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นให้สามารถใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่กรณีของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแตกต่างกันโดยอิสระ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บทบัญญัตินี้เป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการกับสถานะที่ตลาดสินค้าหรือบริการจำนวนมากมีโครงสร้างแบบตลาดผู้ขายน้อยราย

¹⁷² Barry E. Hawk and Giorgio A. Motta, "Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem," in *Antitrust Between EC Law and National Law : VI Conference*, pp.62 - 63.

¹⁷³ *ibid.*, p.63.

2.3.4 ลักษณะของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

เมื่อพิจารณาจากความหมายของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันแล้ว พบว่าการมีสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น คือ ผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดแต่ละรายร่วมกันถือครองอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง แตกต่างจากสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว กล่าวคือ การมีสถานะเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการนั้น จำเป็นจะต้องมีผู้ประกอบการหลายราย โดยลำพังแต่ละรายไม่อาจก่อให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งได้¹⁷⁴

แต่หากผู้ประกอบการเหล่านั้นมีการรวมตัวกัน มีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้าบางอย่าง จะส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง และจะส่งผลกระทบต่อต่างๆ ตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 2.2.3 แล้ว

จึงกล่าวได้ว่า ลักษณะสำคัญของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น คือการที่ผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทั้งทางกฎหมาย และทางเศรษฐกิจแยกออกจากกัน แต่ด้วยการที่ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีพฤติกรรมการแสดงออกราวกับเป็นบุคคลเดียวกัน ทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีความสามารถที่จะถือครองอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเอาไว้ได้¹⁷⁵ และสามารถมีพฤติกรรมที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้นได้¹⁷⁶ ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งได้¹⁷⁷

2.4 แนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าปัญหาของการมีผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในตลาดนั้น คือ การที่ผู้ประกอบการในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย มีพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังนั้น ในการศึกษาถึงแนวทางการกำกับดูแลปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนจึงได้ศึกษาแนวทางในการกำกับดูแลปัญหาเช่นว่านั้น

¹⁷⁴ Liza Lovdahl Gormsen, "Collective dominance: An overview of national case law," [Online] Accessed: 19 June 2017. Available from: http://www.biicl.org/documents/554_collective_dominance.pdf?showdocument=1

¹⁷⁵ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.177.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp.194 - 195.

¹⁷⁷ Liza Lovdahl Gormsen, "Collective dominance: An overview of national case law." [Online] Available from: http://www.biicl.org/documents/554_collective_dominance.pdf?showdocument=1

ในประเทศที่ประสบกับปัญหาการมีตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายจำนวนมาก ได้แก่ สหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป โดยที่นักวิชาการในแต่ละประเทศต่างนำเสนอแนวทางการกำกับดูแลปัญหาดังกล่าว โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตน จนศาลของสหรัฐอเมริกาและศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปต่างนำกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาปรับใช้เพื่อกำกับดูแลปัญหาดังกล่าว โดยเมื่อพิจารณาจากแนวคิดของนักวิชาการในสหรัฐอเมริกาและในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป รวมถึงการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายโดยศาลของทั้งสองกลุ่มประเทศแล้ว อาจแบ่งแนวทางในการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยอาศัยบทบัญญัติในกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกได้เป็น 3 แนวทาง ดังต่อไปนี้

2.4.1 การกำกับดูแลโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน

เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันนั้น เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการสมรู้ร่วมคิดกันของผู้ประกอบการโดยเฉพาะ ดังนั้น ในการกำกับดูแลพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการ อันทำให้ผู้ประกอบการนั้นมีสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ทั้งนักวิชาการและศาลของสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่เผชิญกับปัญหานี้อย่างมาก จึงได้พิจารณาถึงการนำบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 1 แห่ง Sherman Act และมาตรา 101 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปมาปรับใช้แก่ปัญหาดังกล่าวก่อน

อย่างไรก็ดี การพยายามปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันซึ่งเริ่มต้นขึ้นในสหรัฐอเมริกาโดยการปรับใช้มาตรา 1 แห่ง Sherman Act นั้น พบว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะต้องมีองค์ประกอบความผิดที่สำคัญ 2 ประการ คือ จะต้องมีการคั่นพบหลักฐานแห่งการสมรู้ร่วมคิดเช่นว่านั้น และองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ องค์ประกอบภายในอันได้แก่เจตนาของผู้ประกอบการนั้น หรืออย่างน้อยผู้ประกอบการนั้นจะต้องมีความตระหนักรู้ถึงการกระทำอันเป็นการสมรู้ร่วมคิดของตนนั้น¹⁷⁸ ซึ่งในเวลาต่อมา ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปก็นำแนวความคิดเรื่ององค์ประกอบความผิดทั้ง 2 ประการของบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในสหรัฐอเมริกานั้นมาปรับใช้ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้นเพียงการมีพฤติกรรม

¹⁷⁸ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, pp.31 - 32.

เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ไม่อาจถือว่าเป็นพฤติกรรมร่วมกันตามบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันได้ หากแต่จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบข้างต้นทั้ง 2 ประการด้วย¹⁷⁹

แต่ในความเป็นจริง พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น สามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการติดต่อสื่อสารกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาด ทำให้ศาลในสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปไม่สามารถปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันแก่พฤติกรรมดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหรัฐอเมริกาซึ่งโดยผลของบทลงโทษของบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันนั้น ทำให้ศาลจำเป็นต้องพิจารณาพยานหลักฐานจนปราศจากที่สงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิด ดังนั้น ศาลในสหรัฐอเมริกาก็จำเป็นต้องระงับการลงโทษผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมอันเป็นปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันไว้เสียก่อน เนื่องจากยังขาดความชัดเจนว่าผู้ประกอบการนั้นได้มีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันนั้นจริงหรือไม่¹⁸⁰

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน นักวิชาการของสหรัฐอเมริกามีการพยายามปรับใช้ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เชิงพฤติกรรมเพื่อใช้ในการพิสูจน์ถึงการกระทำของผู้ประกอบการ รวมถึงเจตนาของผู้ประกอบการด้วย ซึ่งอาจทำให้การปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันแก่พฤติกรรมในลักษณะเดียวกันของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้นเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น¹⁸¹ ในขณะที่กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้นมีแนวโน้มการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้นี้โดยการปรับใช้บทบัญญัติในมาตราอื่นแก่พฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายดังกล่าวนั้นแทน

2.4.2 การกำกับดูแลโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องใช้สถานะของการผูกขาด หรือสถานะอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

เนื่องจากการประสบปัญหาในการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันเพื่อแก้ไขปัญหามิชอบอำนาจเหนือตลาดร่วมกันดังกล่าวข้างต้น การพยายามแก้ไขปัญหามิชอบอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในสหรัฐอเมริกาและในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปจึงยังคงดำเนินต่อไป โดยต่อมาในสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการพิจารณาถึงการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการให้สถานะของการผูกขาดโดยมิชอบที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 2 แห่ง Sherman Act แต่ก็พบว่า การปรับใช้

¹⁷⁹ Ibid., pp.81 - 82.

¹⁸⁰ Ibid., pp.32 - 33.

¹⁸¹ Ibid., pp.33 - 34.

บทบัญญัติเรื่องการให้สถานะของการผูกขาดโดยมิชอบแก่ปัญหาดังกล่าวนั้นเป็นเรื่องยาก เนื่องจาก การฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวในสหรัฐอเมริกาจะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจการผูกขาด คือ อำนาจในการควบคุมราคาตลาด และมีพฤติกรรม บางอย่างที่มีเจตนาจะผูกขาดในตลาด ซึ่งจะต้องมีหลักฐานเพื่อแสดงถึงการมีอยู่ของอำนาจการ ผูกขาดของผู้ประกอบการรายดังกล่าว รวมถึงพฤติกรรมที่เกี่ยวข้อง ความเป็นไปได้ที่การกระทำนั้น จะประสบความสำเร็จ และต้องมีหลักฐานแสดงถึงเจตนาของผู้ประกอบการดังกล่าวที่ต้องการผูกขาด ซึ่งการแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่การพยายามผูกขาดนั้นจะประสบความสำเร็จไม่ใช่เรื่องง่าย และการแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่ต้องการจะผูกขาดของผู้ประกอบการก็เป็นเรื่องที่ซับซ้อนอีกเช่นกัน โดยเฉพาะในกรณีของพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย ซึ่งการอนุมานถึงสิ่งต่างๆ เหล่านี้มีเพียงพฤติกรรมที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการ¹⁸²

หากเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายพยายามจะผูกขาด ซึ่งเป็นหลักการที่สามารถ นำมาปรับใช้กับพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายได้ หากแต่ในการปรับใช้นั้น จำเป็น จะต้องแสดงให้เห็นถึงหลักฐานของการสมรู้ร่วมคิดเช่นเดียวกัน จึงทำให้เกิดความยากลำบาก เช่นเดียวกับกรณีการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันแก่ปัญหาดังกล่าว และถึงแม้ว่าในเวลาต่อมา นักวิชาการจะเสนอทฤษฎีการผูกขาดร่วม (shared monopoly) อันเป็น ทฤษฎีที่เสนอให้มีการขยายบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดของผู้ประกอบการ ซึ่งเดิมทีในสหรัฐอเมริกา มักจะพิจารณาถึงการผูกขาดของผู้ประกอบการที่ละรายเท่านั้น แต่ทฤษฎีนี้นักวิชาการเห็นว่าการ พิจารณาถึงการผูกขาดของผู้ประกอบการนั้นควรจะนำมาปรับใช้ได้กับกรณีของผู้ประกอบการหลาย รายในตลาดผู้ขายน้อยรายได้ด้วย ทั้งนี้เพื่อให้บทบัญญัติดังกล่าวสามารถปรับใช้กับลักษณะและ พฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายได้¹⁸³

แต่แนวทางการเยียวยาการผูกขาดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา นั้นยังไม่เหมาะสมกับทฤษฎีดังกล่าว เนื่องจากการทำให้เกิดจำนวนผู้ประกอบการที่มากขึ้นในตลาด ผู้ขายน้อยรายนั้นอาจมิใช่แนวทางการแก้ไขที่เหมาะสมเท่ากับการทำให้ผู้ประกอบการในตลาด ดังกล่าวแข่งขันกันอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะว่าผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้นไม่ได้มีส่วน แบ่งตลาดมากเท่ากับผู้ประกอบการที่ผูกขาดเพียงรายเดียว หากบังคับให้ผู้ประกอบการในตลาดผู้ขาย น้อยรายต้องกระจายออกเป็นรายย่อยๆ อีก จะทำให้ผู้ประกอบการมีขนาดเล็กจนไม่เกิดประสิทธิภาพ

¹⁸² Ibid., pp.34 - 35.

¹⁸³ Donald F. Turner, "The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies," *Harvard Law Review* 82(1969): 1225 - 1227.

ในการผลิต¹⁸⁴ หรืออาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีดังกล่าวนั้นอาจเป็นทฤษฎีที่มีเหตุผลที่จะถือว่าผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายสามารถมีพฤติกรรมผูกขาด หรือพยายามผูกขาดได้ หากเพียงแต่ว่ายังไม่มีกรเี่ยวยาที่เหมาสมแก่กรณีนี้เพียงเท่านั้น¹⁸⁵

กล่าวโดยสรุป บทบัญญัติเรื่องการไ้สถานะของการผูกขาดโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา จึงยังไม่อาจนำมาปรับใช้แก่สถานการณ์ดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ศาลในสหรัฐอเมริกาปฏิเสธไม่นำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้น โดยที่ศาลเองก็ยอมรับว่า บทบัญญัติมาตรา 2 แห่ง Sherman Act ยังมีช่องว่างอยู่ในกรณีนี้ ทำให้ไม่สามารถปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวเพื่อกำกับดูแลปัญหาการมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายได้ แต่อำนาจหน้าที่ในการอุดช่องว่างดังกล่าวนี้เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ มิใช่เป็นของฝ่ายตุลาการ ศาลจึงไม่อาจตีความบทบัญญัติให้ขยายความไปครอบคลุมถึงกรณีตามปัญหาดังกล่าวได้¹⁸⁶

แตกต่างจากในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปซึ่งยอมรับแนวคิดในทำนองเดียวกัน มาขยายการปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป¹⁸⁷ ทำให้มีการใช้การตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าว เกี่ยวกับสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการหลายราย ให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมเป็นไปในแนวทางเดียวกัน อันส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน แม้ว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นจะมีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกันโดยอิสระก็ตาม

โดยที่การพิจารณาว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่ ไม่จำเป็นต้องแสดงหลักฐานให้เห็นถึงการสมรู้ร่วมคิดระหว่างกัน หากแต่ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้น พิจารณาโดยนำความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบการ อันเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นสามารถปรับพฤติกรรมของตนให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันแต่อย่างใดมาเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณา

¹⁸⁴ Lee Goldman, "Oligopoly Policy and the *Ethyl Corp.* Case," *Oregon Law Review* 65(1986): 97.

¹⁸⁵ Donald F. Turner, "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal," *Harvard Law Review* 75(1962): 683.

¹⁸⁶ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.35.

¹⁸⁷ Reza Dibadj, "Conscious Parallelism Revisited," *San Diego Law Review* 47(2010): 604.

2.4.3 การกำกับดูแลโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

ขณะที่ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปยอมรับการใช้การตีความบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปให้กว้างขึ้นเพื่อปรับใช้แก่การกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน แต่สหรัฐอเมริกายังคงมีปัญหาเรื่องการแสวงหาแนวทางในการกำกับดูแลปัญหาดังกล่าวอยู่ โดยที่บทบัญญัติประการสุดท้ายที่น่าพิจารณาว่าจะสามารถปรับใช้แก้ปัญหายุติธรรมที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายในสหรัฐอเมริกาได้หรือไม่ นั่นคือ บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม บทบัญญัติเรื่องดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาจะปรากฏอยู่ในมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act¹⁸⁸ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นการกำกับดูแลการใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และเพื่อสนับสนุนบทบัญญัติใน Sherman Act และ Clayton Act โดยจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลที่มีอำนาจอิสระแยกต่างหากจากกระทรวงยุติธรรมซึ่งกำกับดูแลการดำเนินการตาม Sherman Act และ Clayton Act¹⁸⁹

บทบัญญัติมาตราดังกล่าวนี้นี้ ถูกบัญญัติขึ้นให้มีลักษณะที่สามารถบังคับใช้ได้กว้าง เพื่อให้มีขอบเขตการใช้การตีความที่กว้างกว่า มาตรา 1 และมาตรา 2 ของ Sherman Act อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน และการผูกขาดในสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การกระทำต่างๆ ที่เป็นความผิดต่อมาตรา 1 และมาตรา 2 ของ Sherman Act หรือบทบัญญัติอื่นๆ นั้น อาจถือเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act ได้เช่นกัน และบทบัญญัติดังกล่าวยังครอบคลุมไปถึงการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายอื่น แต่ก็อาจถือว่าเป็นพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act ได้เช่นกัน¹⁹⁰

และเนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act นั้น มิได้เป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญา ดังนั้นการใช้การตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงสามารถกระทำได้โดยยืดหยุ่นมากกว่า กล่าวคือ เพียงแต่มีหลักฐานเพียงพอว่าพฤติกรรมนั้นส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดก็สามารถปรับใช้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวแก่การกระทำนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้อง

¹⁸⁸ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, pp.45 - 46.

¹⁸⁹ Rudolph J.R. Peritz, "Unfair Methods of Competition under FTC § 5: Beyond the Sherman Act and an ex post Model of Enforcement," *The Antitrust Bulletin* 56(2011): 830 - 832.

¹⁹⁰ Barbara A. Reeves, "Toward a Coherent Antitrust Policy: The Role of Section 5 of the Federal Trade Commission Act in Price Discrimination Regulation," *Boston College Industrial and Commercial Law Review* 16, 2 (1975): 157.

พิสูจน์ให้เห็นว่ามีการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการ และศาลของสหรัฐอเมริกาได้มีการปรับใช้มาตราดังกล่าวเพื่อต่อต้านพฤติกรรมต่างๆ ที่ส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน จึงทำให้บทบัญญัติดังกล่าวมีขอบเขตการใช้การตีความที่กว้างขวาง¹⁹¹ และอาจครอบคลุมถึงปัญหาพฤติกรรมที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการนี้ได้¹⁹²



¹⁹¹ Rudolph J.R. Peritz, "Unfair Methods of Competition under FTC § 5: Beyond the Sherman Act and an ex post Model of Enforcement," *The Antitrust Bulletin*: 845.

¹⁹² Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, pp.49 - 50.

บทที่ 3

การกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในประเทศไทยและในต่างประเทศ

เมื่อทราบถึงแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์อันเป็นที่มาและแสดงให้เห็นถึงความสำคัญในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว ในลำดับต่อไปจึงจะศึกษาถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ ซึ่งมีความแตกต่างกันออกไป เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ ผล องค์ประกอบความผิด รวมถึง คำพิพากษา เกี่ยวกับการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในกฎหมายของประเทศต่างๆ โดยในบทนี้จะทำการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย ซึ่งต่างมีต้นแบบและที่มาของกฎหมายมาจากที่เดียวกันกับประเทศไทย ทำให้สามารถนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เพื่อหาข้อบกพร่องเกี่ยวกับการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในประเทศไทยในบทต่อไปได้อย่างชัดเจน

3.1 การกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายรายในประเทศไทย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้กำหนดลักษณะพฤติกรรมที่ห้ามผู้ประกอบการกระทำหรือสามารถกระทำได้เมื่อได้รับอนุญาต มี 6 ลักษณะดังนี้ คือ¹

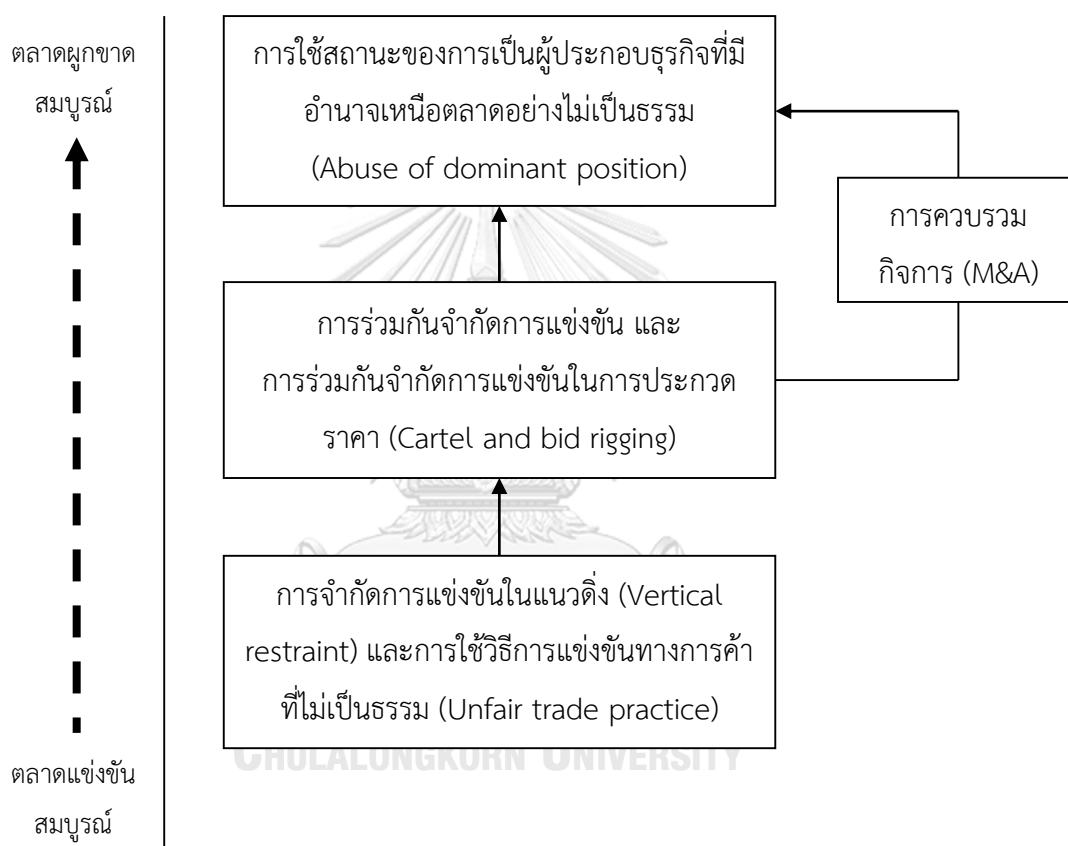
- (1) การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 50)
- (2) การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรืออาจส่งผลการแข่งขัน (มาตรา 51)
- (3) การตกลงร่วมกันอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน ที่ส่งผลกระทบต่อร้ายแรง (มาตรา 54)
- (4) การตกลงร่วมกันอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน ที่ส่งผลกระทบต่อไม่ร้ายแรง (มาตรา 55)
- (5) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (มาตรา 57)

¹ Ian McEwin and Sakda Thanitcul, "Thailand," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, eds. Katrina Groshinski and Caitlin Davies (Hague: Kluwer Law International, 2015), pp.694 - 697.

(6) การตกลงร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศที่ไม่มีเหตุผล และส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและผู้บริโภค (มาตรา 58)

โดยที่พฤติกรรมการแข่งขันที่กฎหมายห้ามกระทำ หรือสามารถกระทำได้เมื่อได้รับอนุญาตตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยสามารถแสดงเป็นแผนผังรูปภาพได้ดังนี้

รูปที่ 5 แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย²



โดยในส่วนของ การกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายรายนั้น จะอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งในอดีตมีการกำกับดูแลพฤติกรรมข้างต้นโดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 และมีการกำกับดูแลพฤติกรรมดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 ในปัจจุบันเป็นหลัก กล่าวคือ หากผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจ

² ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยสมาชิกอาเซียน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า

เหนือตลาดแล้ว จะถูกควบคุมพฤติกรรมเพื่อมิให้เกิดการยุติการแข่งขันระหว่างกันในตลาด และได้ใช้อำนาจเหนือตลาดในลักษณะที่เห็นได้ชัดว่าสามารถที่จะควบคุมตลาดนั้นได้ คือ เพื่อควบคุมมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันแต่ละรายมาร่วมกันกำหนดราคาหรือปริมาณสินค้าได้โดยอิสระ³

3.1.1 หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย

สำหรับหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้พิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้น มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ โดยทั่วไปแล้วมีอยู่สองแนวทาง แนวทางแรกเรียกว่า formal criteria ซึ่งถือเอาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ มีการระบุไว้โดยชัดเจนถึงจำนวนร้อยละของการมีส่วนแบ่งตลาด หากผู้ประกอบการรายใดในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดตรงตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมต้องถือว่ามีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดทันที ส่วนอีกแนวทางหนึ่งเรียกว่า substantive criteria โดยแนวทางนี้จะแตกต่างจากแนวทางแรกตรงที่ไม่ได้ถือเอาการมีส่วนแบ่งตลาดแต่เพียงอย่างเดียวเป็นเครื่องบ่งชี้การเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด หากแต่ส่วนแบ่งตลาดจะเป็นเพียงองค์ประกอบประการหนึ่งในการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด ในขณะที่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่นๆ ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายด้วย เช่น สถานะทางการเงิน ยอดขาย เป็นต้น⁴

สำหรับการพิจารณาว่าผู้ประกอบการนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ในประเทศไทยนั้นใช้หลัก substantive criteria กล่าวคือ ไม่ได้ยึดถือเอาส่วนแบ่งตลาดมาเป็นเกณฑ์แต่เพียงอย่างเดียว แต่จะพิจารณาถึงยอดเงินขายและปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดมาเป็นองค์ประกอบในการกำหนดตัวผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดด้วย⁵ ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 ในปัจจุบัน⁶

³ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 41.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

⁶ มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้

...

“ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดใดตลาดหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาประกอบการพิจารณา ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายอย่างน้อยหนึ่งครั้งภายในระยะเวลาสามปีนับแต่วันออกประกาศ”

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นี้มีผลใช้บังคับแล้ว ก็ยังมิได้มีการตรากฎหมายลำดับรองฉบับใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ได้แก่ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง ปัจจัยสภาพการแข่งขัน ดังนั้น ในการพิจารณาถึงสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการยังคงเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ที่ประกาศใช้บังคับในวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2550 ข้อ 1 ซึ่งบัญญัติว่า

“ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย ดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

(1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

(2) ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

ความในวรรคหนึ่ง (2) มิให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ หรือยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท”

เมื่อพิจารณาจากประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับดังกล่าวแล้ว สามารถแยกพิจารณาหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันออกเป็น 2 องค์ประกอบ กล่าวคือ

3.1.1.1 ส่วนแบ่งตลาด

สำหรับกรณีของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายรายนั้น เป็นไปตามข้อ 1 (2) ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับดังกล่าว โดยผู้ประกอบการหลายรายจะถือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ต่อเมื่อมีส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรกในตลาดรวมกันเกินร้อยละ 75 ของส่วนแบ่งตลาดที่เกี่ยวข้อง เช่น ในตลาดสินค้าชนิดหนึ่ง ผู้ประกอบการ A มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 45 ผู้ประกอบการ B มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 45 ผู้ประกอบการ C มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 5 ทั้งสามรายมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเกินหนึ่งพันล้านบาททุกราย ส่วนผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่เหลือในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันร้อยละ

ดังนี้ ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าดังกล่าว ผู้ประกอบการ A และ B ย่อมมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายราย ส่วนผู้ประกอบการ C นั้นได้รับยกเว้นไม่ถือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ตามข้อ 1 วรรคสอง ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับดังกล่าว

เนื่องจากการกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น ถือเอาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดเป็นเกณฑ์สำคัญประการหนึ่ง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องหาขอบเขตตลาดของผู้ประกอบการซึ่งมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือ จะต้องกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) เพื่อที่จะได้ทราบว่าผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งตลาดมากน้อยเพียงใด ซึ่งคำว่า “ตลาดที่เกี่ยวข้อง” คือ ตลาดที่ประกอบด้วยสินค้าหรือบริการซึ่งใช้ทดแทนกันได้ (substitutable) โดยลักษณะของสินค้า ราคาสินค้า และเป้าหมายของการใช้ในสายตาของผู้บริโภค⁷ ซึ่งวิธีการหาขอบเขตของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก ใช้ 2 วิธีการ ได้แก่⁸

ก. การตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้า โดยการใช้การทดสอบการขึ้นราคา ที่เรียกว่า SSNIP Test (A Small but Non-Transitory Increase in Price Test) โดยการเพิ่มราคาสินค้าชนิดหนึ่งเพียงเล็กน้อยเป็นระยะเวลาพอสมควร และผู้ซื้อหันไปซื้อสินค้าอื่นเพื่อใช้ทดแทน หากจำนวนผู้ซื้อที่เปลี่ยนใจหันไปซื้อสินค้าชนิดอื่นทดแทนมีจำนวนมากพอที่จะทำให้การขึ้นราคา 5 - 10% ของผู้ขายไม่เกิดประโยชน์ และผู้ขายไม่สามารถรักษาระดับราคาที่ขึ้นต่อไปได้ แสดงว่า สินค้าทั้งสองชนิดเป็นสินค้าในตลาดเดียวกัน หากจำนวนผู้ซื้อที่เปลี่ยนใจไปซื้อสินค้าอื่นมีจำนวนไม่มากพอทำให้ผู้ขายสามารถรักษาระดับราคาที่ขึ้นต่อไปได้ แสดงว่า สินค้าทั้งสองชนิดนั้นเป็นสินค้าคนละตลาดกัน

ข. ปัจจัยเชิงคุณภาพอื่นๆ ได้แก่ ความสามารถในการตั้งราคาขายที่แตกต่างกัน ซึ่งแสดงว่าเป็นสินค้าคนละตลาด รวมถึงพฤติกรรมของผู้ซื้อ ทักษะของบุคคลที่สาม ลักษณะการใช้ (end use) ว่าผู้ซื้อซื้อไปใช้ทำอะไร ลักษณะทางกายภาพและคุณสมบัติ ต้นทุนของผู้ซื้อในการเปลี่ยนสินค้า และความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ (cross elasticity of demand)

⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, pp.64 - 65.

⁸ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 - 29, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 87.

ในทางปฏิบัติแล้ว วิธีการชี้วัดว่าตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องมีขอบเขตเพียงใดสามารถใช้วิธีการทดสอบการขึ้นราคาที่เรียกว่า SSNIP Test นั้น ได้แก่ การวิเคราะห์ข้อมูลเชิงปริมาณ โดยข้อมูลเชิงปริมาณดังกล่าวจะได้มาจากการสัมภาษณ์ผู้ซื้อโดยตรง การวิเคราะห์อุปสงค์ การวิเคราะห์เอกสารภายในของบริษัท ซึ่งอาจมีการวิเคราะห์การตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้าของผู้ซื้อในอดีต หรือเอกสารที่บอกถึงผลกระทบในเชิงแข่งขันจากการขายสินค้าของคู่แข่ง เป็นต้น การสัมภาษณ์ผู้ซื้อถึงขอบเขตตลาดเป็นข้อมูลที่มีน้ำหนักในการพิจารณาของศาลยุติธรรมเกี่ยวกับการประเด็นการกำหนดขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง โดยที่ในคดี *United Brands* มีการวิเคราะห์ว่ากล้วยกับตลาดผลไม้สดทั้งหมด เช่น แอปเปิล ส้ม พีช องุ่น เป็นตลาดเดียวกันหรือไม่ โดยไม่ใช้ข้อมูลการวิเคราะห์เชิงเศรษฐศาสตร์ เรื่องความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ ดังนั้น คณะกรรมการของสหภาพยุโรปมักให้น้ำหนักข้อมูลเกี่ยวกับมุมมองของผู้บริโภค และต้องดำเนินการสัมภาษณ์ผู้บริโภคเพื่อใช้เป็นหลักฐานประกอบการดำเนินคดีเสมอ⁹

นอกจากนี้ยังมีวิธีการหาขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ โดยผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลกได้แนะนำให้ใช้ 2 วิธีการ¹⁰ ได้แก่

ก. การตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้า โดยการใช้ SSNIP Test เช่นกัน แต่ใช้เพื่อหาขอบเขตของตลาดทางภูมิศาสตร์ที่แคบที่สุดที่ผู้ซื้อยังไม่เปลี่ยนใจหันไปซื้อสินค้าอื่นทดแทนสินค้าที่ขึ้นราคาเหนือระดับราคาแข่งขันประมาณ 5 - 10%¹¹

ข. ปัจจัยคุณภาพอื่นๆ ได้แก่ ความสามารถในการตั้งราคาขายที่แตกต่างกัน พฤติกรรมของผู้ซื้อ ทักษะของบุคคลที่สาม ต้นทุนของผู้ซื้อในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่น ค่าขนส่ง (ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ ยิ่งค่าขนส่งสูงในเชิงสัมพันธ์กับมูลค่าสินค้าเท่าใด ขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ของสินค้านั้นยิ่งแคบลงเท่านั้น) รูปแบบของการขนส่งสินค้า การแข่งขันของผู้ประกอบการในต่างประเทศ เป็นต้น¹²

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาขอบเขตตลาดเพื่อใช้ในการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของของผู้ประกอบการในประเทศไทยนั้น สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

⁹ Patrick Massey, "Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues," *The Economic and Social Review* 31, 4 (October 2000): 312.

¹⁰ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 - 29, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 88.

¹¹ เรื่องเดียวกัน

¹² เรื่องเดียวกัน

กรมการค้าภายใน ได้ออกแนวปฏิบัติการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยมีแนวทางการพิจารณาขอบเขตตลาดโดยกำหนดให้ขอบเขตตลาดสินค้าหรือบริการ หมายถึง ตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน (relevant market) โดยรวมเอาสินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนกันได้ไว้ในตลาดเดียวกัน ซึ่งจะมีการพิจารณาทั้งด้านตลาดตามสภาพภูมิศาสตร์ (geographical market) และตลาดสินค้า (product market) โดยที่

ก. การแบ่งตลาดตามสภาพภูมิศาสตร์ จะพิจารณาพื้นที่ที่สินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนกันได้ ซึ่งขอบเขตตลาดตามสภาพภูมิศาสตร์อาจเป็นตลาดท้องถิ่น เช่น อำเภอ จังหวัด ภูมิภาค หรือประเทศ แต่ส่วนใหญ่จะหมายถึง ตลาดทั้งประเทศ โดยวิเคราะห์จากปัจจัยต่างๆ เช่น ต้นทุนของการขนส่ง โดยเปรียบเทียบกับมูลค่าของสินค้า และความคงทนของสินค้า คือสินค้านี้มีความเสียหายหรือเน่าเสียง่าย หรืออายุของสินค้านี้จำกัดหรือไม่

ข. การแบ่งตลาดด้านสินค้า จะพิจารณาว่าเป็นสินค้าหรือบริการในตลาดเดียวกันหรือทดแทนกัน จะวิเคราะห์จากปัจจัยต่างๆ จำนวน 7 ปัจจัย ตามลำดับความสำคัญ คือ ความสามารถในการทดแทนด้านอุปสงค์ โดยจะพิจารณาจากความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าหรือบริการ ความสามารถในการทดแทนด้านอุปทาน โดยพิจารณาจากความยืดหยุ่นของอุปทาน ใช้งานขั้นสุดท้าย การรับรู้และการตอบสนองของผู้บริโภค ช่องทางการจำหน่าย ราคาหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการ และลักษณะทางกายภาพของสินค้าหรือบริการ

โดยในการคำนวณส่วนแบ่งตลาดของสินค้าหรือบริการนั้น จะพิจารณาเฉพาะการผลิตหรือการจำหน่ายภายในประเทศ และการนำเข้าเพื่อจำหน่ายภายในประเทศ ไม่รวมถึงการส่งออก โดยหากเป็นกรณีสินค้าหรือบริการที่มีหน่วยการจำหน่ายมาตรฐานเดียวกัน เช่น ลิตร และราคาจำหน่ายต่อหน่วยใกล้เคียงกัน จะคำนวณส่วนแบ่งตลาดจากปริมาณการจำหน่ายของสินค้าหรือบริการ หากเป็นกรณีสินค้าหรือบริการที่หน่วยการจำหน่ายมาตรฐานแตกต่างกัน หรือชนิดและขนาดของสินค้าหรือการให้บริการแตกต่างกัน จะคำนวณส่วนแบ่งตลาดจากรายได้ในการจำหน่ายหรือการให้บริการ โดยจะคำนึงถึงระยะเวลาที่เหมาะสม โดยทั่วไปจะใช้รอบระยะเวลา 1 ปี¹³

¹³ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "แนวปฏิบัติการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542," มกราคม 2552.

3.1.1.2 ยอดขาย

จากประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า นอกจากผู้ประกอบการสามรายแรกในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง จะต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 แล้ว ยังจะต้องประกอบไปด้วยอีกองค์ประกอบหนึ่ง คือ ผู้ประกอบการทั้ง 3 รายจะต้องมียอดขายไม่ต่ำกว่า 1,000 ล้านบาทในปีที่ผ่านมา จึงจะถือเป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50

อย่างไรก็ดี แม้จะมียอดขายเกิน 1,000 ล้านบาทในปีที่ผ่านมา แต่หากมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นไม่ถึงร้อยละ 10 เช่นนี้ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ผู้ประกอบการรายนั้นย่อมหลุดพ้นจากการถูกกำกับดูแลในเหตุเพราะมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

โดยการพิจารณายอดขาย จะพิจารณาจากรายได้จากการจำหน่ายสินค้าหรือการให้บริการสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในช่วงระยะเวลา 1 ปีที่ผ่านมา และหากผู้ประกอบการมีการผลิต จำหน่าย หรือมีการให้บริการมากกว่า 1 ชนิดสินค้าหรือบริการ ในการพิจารณายอดขายนั้น จะพิจารณาเฉพาะยอดขายของสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่ต้องการเท่านั้น¹⁴

3.1.2 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายในทางมิชอบ

การกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายรายในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น เป็นการกำกับดูแลโดยใช้แนวทางควบคุมพฤติกรรม ส่งผลให้แม้ผู้ประกอบการหลายรายจะมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมาย แต่การมีสถานะดังกล่าวก็มิได้ทำให้ผู้ประกอบการนั้นมีความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใด หากแต่ผู้ประกอบการจะต้องมีความรับผิดตามกฎหมายต่อเมื่อครบองค์ประกอบความผิดกล่าวคือ มีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นในทางมิชอบ อันเป็นส่วนหนึ่งของความผิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ตามที่ถูกระบุไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 ซึ่งบัญญัติว่า

¹⁴ เรื่องเดียวกัน

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น
- (3) ระวัง อด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้า ทั้งนี้ เพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- (4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบความผิดออกมาได้เป็น 2 องค์ประกอบคล้ายกับมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป ดังนี้¹⁵

3.1.2.1 เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายราย

ดังที่ได้อธิบายแล้วถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งปัจจุบันได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะถือว่าผู้ประกอบการนั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ที่ได้อธิบายไว้โดยละเอียดแล้วในตอนต้น

โดยที่ประกาศคณะกรรมการดังกล่าวได้มีการกำหนดทั้งหลักเกณฑ์ที่จะถือว่าเป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดกรณีเป็นผู้ประกอบการรายเดียว และกรณีที่ต้องมีผู้ประกอบการหลายราย

สำหรับกรณีผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายราย กล่าวโดยสรุปคือจะต้องพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการสามรายแรก หากมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเกินกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้า และผู้ประกอบการแต่ละรายมียอดขายในปีที่ผ่านมาเกิน 1,000 ล้านบาท จะถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เว้นแต่ผู้ประกอบการรายที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละสิบ

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

3.1.2.2 มีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

เมื่อเข้าองค์ประกอบข้อที่หนึ่ง คือมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายรายแล้ว จะยังไม่ถือว่ามีความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการควบคุมพฤติกรรมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้ประกอบการที่มีสถานะดังกล่าวจะมีความผิดต่อเมื่อมีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบ

โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าได้ควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดโดยการห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจดังกล่าวในลักษณะดังนี้

ก. กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม อันเป็นกรณีที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีเพื่อที่จะกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการอื่นเข้ามาในตลาด เช่น พยายามรักษาระดับราคาสินค้าให้ต่ำเอาไว้ ทั้งๆ ที่ไม่ควรจะมีราคาต่ำขนาดนั้น การกระทำเช่นนี้ย่อมไม่เป็นธรรม เพราะทำให้ผู้ประกอบการอื่นไม่กล้าตัดสินใจเข้ามาผลิตแข่งขันเพราะไม่คุ้มกับการลงทุน ทั้งนี้ เพราะโดยปกติหากปรากฏว่าการผลิตสินค้าของผู้ประกอบการรายใดในตลาดได้กำไรอย่างมาก ย่อมจะดึงดูดให้มีผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นเข้ามาผลิตแข่ง ดังนั้นการที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเพื่อจะทำให้เห็นว่าการประกอบธุรกิจในตลาดไม่ได้กำไรมาก โดยการรักษาระดับราคาสินค้าให้ต่ำไว้ ทั้งๆ ที่ราคาสินค้าหรือค่าบริการไม่ควรอยู่ในระดับนั้นแต่อย่างใด พฤติกรรมเช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นการรักษาระดับราคาที่ไม่เป็นธรรม เป็นการสร้างอุปสรรคการเข้ามาในตลาดของผู้ประกอบการอื่น¹⁶

ข. กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น คือ การวางข้อกำหนดหรือเงื่อนไขบังคับไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมแก่คู่ค้าของตนในลักษณะที่ต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้านั้น เช่น การกำหนดให้ผู้จำหน่ายต้องขายสินค้าให้ผู้บริโภคในราคาที่กำหนด (resale price maintenance) หรือกำหนดปริมาณการรับซื้อสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ หรือกำหนดราคาขายสินค้าให้แก่คู่ค้าอย่างเลือกปฏิบัติ (price discrimination) หรือการให้ส่วนลดที่ไม่เท่าเทียมกัน เป็นต้น¹⁷

¹⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 47 - 49.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

ค. ระวัง ผลิต หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้าในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้า ทั้งนี้เพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด คือ การควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ไม่ให้กระทำการใดๆ อันมีผลทำให้ปริมาณของสินค้าในตลาดต่ำกว่าความต้องการของตลาด ซึ่งจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการนั้น ทั้งจะนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงด้านราคาของสินค้าและค่าบริการได้ โดยจะถือว่าเป็นความผิดต่อเมื่อได้กระทำไปโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร คือ เจตนาต้องการให้ปริมาณสินค้าลดลงต่ำกว่าความต้องการโดยมีวัตถุประสงค์มิชอบ¹⁸

ง. แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เป็นเรื่องที่ไม่ต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยหมายถึง คู่แข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น ซึ่งอาจเป็นการขัดหรือกีดกันไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาในตลาด ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สมควร ทั้งนี้ เพราะกฎหมายต้องการรักษาสภาพการแข่งขันให้คงอยู่ในตลาดสินค้านั้น และต้องการให้ตลาดมีสภาพที่เปิดกว้างเอาไว้ หากผู้ประกอบการรายใดที่อยู่นอกตลาดพร้อมที่จะเข้ามาในตลาด ก็สามารถเข้ามาในตลาดได้ทันทีโดยไม่มีอุปสรรค¹⁹

3.1.3 ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายรายและการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

ด้วยคณะผู้ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้นำบทบัญญัติมาตรา 82 ของสนธิสัญญากรุงโรม และมาตรา 3-2 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ในขณะนั้น มาเป็นต้นแบบในการร่างมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 รวมถึงมาตรา 50 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันเป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญในการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยที่ไม่ว่าจะเป็นแนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบการของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปหรือของประเทศเกาหลีใต้ก็ดี ต่างก็คำนึงถึงระบบเศรษฐกิจของตนเองซึ่งมีขนาดไม่ใหญ่มากจนถึงมีขนาดเล็ก ดังนั้นอุตสาหกรรมสำคัญๆ หลายอุตสาหกรรมจำเป็นต้องมีการประหยัดจากขนาด (economy of scale) จึงจะสามารถประกอบธุรกิจได้ กฎหมายจึงมิได้มุ่งเป้าหมายในการควบคุมโครงสร้างของอุตสาหกรรมเพื่อให้มีผู้ประกอบการแข่งขันกันในตลาดจำนวน

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51 - 52.

มากคล้ายกับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีตลาดที่ใหญ่มาก แต่มุ่งควบคุมไม่ให้ผู้ประกอบการซึ่งมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่มีชอบ ในลักษณะของพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อผู้บริโภคและพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขัน (anti-competitive conduct)²⁰

จากแนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปหรือของประเทศเกาหลีได้นั้น เนื่องจากระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมีขนาดเล็ก²¹ โดยเฉพาะมีลักษณะค่อนข้างคล้ายกับระบบเศรษฐกิจของประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งผู้นำตลาดในอุตสาหกรรมสำคัญจำนวนหนึ่งเป็นบริษัทในเครือของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ ดังนั้นประเทศไทยจึงนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและโดยเฉพาะอย่างยิ่งของประเทศเกาหลีใต้ซึ่งมีลักษณะเศรษฐกิจคล้ายประเทศไทยมาเป็นต้นแบบ ส่งผลให้การกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยมีลักษณะเช่นเดียวกันกับกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศเกาหลีใต้

ด้วยสาเหตุดังกล่าว ทำให้การกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น เปลี่ยนแปลงจากแนวทางการควบคุมโครงสร้างตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 เป็นการใช้แนวทางการควบคุมพฤติกรรมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยกำหนดลักษณะพฤติกรรมที่ห้ามกระทำหรือให้กระทำได้อย่างชัดเจนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หรือมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน

ดังนั้น ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายรายในประเทศไทยนั้น จึงมิได้ถือเป็นสิ่งที่ไม่ชอบแต่อย่างใด ตามที่ได้อธิบายแล้วในเรื่องแนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาด หากแต่เมื่อผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันแล้ว ผู้ประกอบการรายนั้นจะถูกกำกับดูแลให้มีพฤติกรรมใดๆ อันมีลักษณะเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด กล่าวคือ แม้จะมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว ก็ยังไม่อาจถือเป็นความผิดในทันที ผู้ประกอบการนั้นจะมีความผิดก็ต่อเมื่อได้มีการกระทำในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังที่กำหนดเอาไว้เสียก่อน จึงจะถือว่าเป็นการครบ

²⁰ ศักดา ธานีกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 84 - 85.

²¹ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 38.

องค์ประกอบความผิดตามบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น²²

หากผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดรายใดมีพฤติกรรมครอบงำองค์ประกอบความผิดตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว อาจต้องรับโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทงการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 72 ซึ่งมีระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยให้คณะกรรมการการแข่งขันทงการค้ามีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ตามมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมครอบงำองค์ประกอบความผิดยังมีความรับผิดทางแพ่งด้วยตามมาตรา 69 ซึ่งบัญญัติให้บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการฝ่าฝืนมาตรา 50 มีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมฝ่าฝืนมาตราดังกล่าวได้²³

3.2 กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

บทบัญญัติหลักในการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทงของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (European Union: EU) นั้น เกิดจากการตกลงร่วมกันของรัฐสมาชิกตั้งแต่เมื่อครั้งก่อตั้งประชาคมยุโรปตามสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) โดยที่มาตรา 3 (1)(g) ของสนธิสัญญาดังกล่าวกำหนดว่า ในประชาคมยุโรปนั้นจะต้องมีระบบที่รับรองว่าการแข่งขันทงการค้าภายในจะไม่ถูกบิดเบือน²⁴ ทำให้กฎหมายการแข่งขันทงการค้าอันเป็นระบบเช่นว่านั้นจึงถูกนำมากำหนดไว้ในส่วนที่ว่าด้วยนโยบายการแข่งขันทงในระบบเศรษฐกิจอันจะนำไปสู่การเกิดประสิทธิภาพในการผลิต การจำหน่ายสินค้า และการบริการในประชาคมยุโรป²⁵ ซึ่งอาจสรุปพฤติกรรมทางการค้าที่ถูกกำกับดูแลด้วยสนธิสัญญาดังกล่าวได้เป็นแผนภาพ ดังนี้

²² ศิริศักดิ์ จิ่งถาวรณ, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทงการค้า พ.ศ. 2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก," หน้า 309.

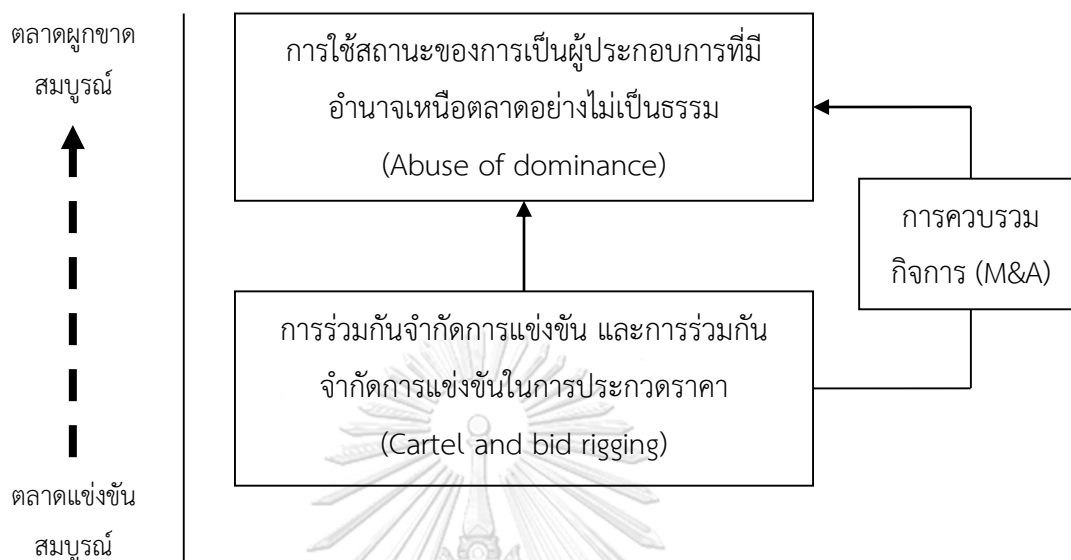
²³ มาตรา 69 "ให้บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการฝ่าฝืนมาตรา 50 มาตรา 51 วรรคสอง มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 57 หรือมาตรา 58 มีสิทธิฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนนั้นได้

ในการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สมาคมหรือมูลนิธิที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค มีสิทธิฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภคหรือสมาชิกของสมาคมหรือมูลนิธิได้ แล้วแต่กรณี"

²⁴ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.106.

²⁵ สุธีร์ ศุภนิธย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทงการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 60.

รูปที่ 6 แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายแข่งขัน
ทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป



ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 82 ของสนธิสัญญาดังกล่าว อันได้แก่บทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union : TFEU) ในปัจจุบันว่า

“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

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

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

จากถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าลักษณะการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้น เป็นการกำกับดูแลตามแนวทางควบคุมพฤติกรรม กล่าวคือ เป็นการควบคุมผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด มิให้ใช้อำนาจจากสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่ว่าเพียงรายเดียว หรือร่วมกับผู้อื่นในทางมิชอบ²⁶

บทบัญญัติข้างต้นนี้ ถือเป็นต้นแบบของการกำกับดูแลพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศอื่นๆ ทั้งประเทศที่อยู่ในกลุ่มสหภาพยุโรป และประเทศที่อยู่นอกกลุ่มสหภาพยุโรปอีกจำนวนมากซึ่งมีลักษณะเศรษฐกิจของประเทศคล้ายคลึงกับประเทศที่อยู่ในกลุ่มสหภาพยุโรป

3.2.1 หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) รวมถึงการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน (collective dominance) ในกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้น มิได้มีการวางบทนิยามหรือกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด หากแต่ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น จำเป็นต้องอาศัยการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์มาเป็นเกณฑ์²⁷ โดยที่มาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปนั้น มิได้จำกัดควบคุมเฉพาะผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ผูกขาด (monopolists) ในตลาดที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่ยังมีมุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาด (market power) อีกด้วย²⁸

อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวถึงความเป็นมาของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแรกเริ่มเดิมทีนั้น ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปมิได้ยอมรับแนวคิดที่จะปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปแก่กรณีที่ผู้ประกอบการมีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจเป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน มีพฤติกรรมเป็นไปในแนวทางเดียวกัน เนื่องจากผลของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย

แต่ในที่สุด ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปก็เริ่มยอมรับแนวคิดดังกล่าว และเริ่มมีการวางบรรทัดฐานในการปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 60 - 61.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

²⁸ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, pp.283 - 284.

สหภาพยุโรปแก่กรณีดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆ เรื่อยมา เป็นการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการปรับใช้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเรื่อยๆ จนถึงปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปในคดีต่างๆ ที่พิพาทกันเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบแล้ว พบว่าศาลในแต่ละคดีต่างได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่ จนนำมาสู่การรวบรวมหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ศาลกำหนดขึ้นเอาไว้ในเอกสารข้อหาหรือเกี่ยวกับแนวทางการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเพื่อการจัดการแข่งขันในปี ค.ศ. 2005²⁹ โดยสามารถสรุปแบ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลได้กำหนดไว้เป็นบรรทัดฐานออกได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีสถานะของการร่วมกัน (collective position) หรือปรากฏเป็นตัวตนเดียวกัน (collective entity) และประการที่สองคือการมีสถานะของการร่วมกันหรือการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันนั้น ทำให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้น³⁰ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.1.1 ผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะของการร่วมกัน

หลักเกณฑ์ประการแรก คือ ผู้ประกอบการหลายรายจะต้องมีสถานะของการร่วมกันหรือปรากฏเป็นตัวตนเดียวกัน หมายความว่า จะต้องมียุติการณที่ผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทั้งทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกัน ถูกผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่ค้า คู่แข่งขันหรือผู้บริโภคมองว่าเป็นตัวตนเดียวกัน³¹

ในการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกันหรือมีการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันนั้น ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปโดยที่คำพิพากษาของศาลยุโรปชั้นต้น (Court of First Instance) ในคดี *Italian flat glass* ซึ่งถือเป็นคำพิพากษาคดีแรกที่ยอมรับแนวคิดในความหมายอย่างกว้างของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันอันเป็นแนวคิดแบบสมัยใหม่³² ภายหลังจากที่ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปปฏิเสธแนวคิดดังกล่าวมาเป็นเวลานาน

²⁹ European Commission, "DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses," December 2005.

³⁰ Damien Geradin *et al.*, "The Concept of Dominance in EC Competition Law." [Online] Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144

³¹ Frederic Depoortere and Giorgio Motta, "The Doctrine of Collective Dominance: All Together Forever?" [Online] Accessed: 18 July 2017. Available from: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-doctrine-of-collective-dominance-all-together-forever/>

³² Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.92.

นับสิบปี ได้วางหลักเกณฑ์ในเบื้องต้นถึงการพิจารณาสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเอาไว้ว่า หากหน่วยเศรษฐกิจที่มีอิสระจากกัน 2 หน่วย มีพฤติกรรมเป็นหนึ่งเดียวกันอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ (economic links) เช่นนี้ อาจส่งผลให้ทั้ง 2 หน่วย เศรษฐกิจนั้นถือครองสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้³³ ทำให้เห็นว่าศาลในคดีนี้ นำความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกันหรือมีการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันหรือไม่

แต่อย่างไรก็ดี คำพิพากษาในคดีดังกล่าวนี้ก็มิได้กล่าวไว้โดยละเอียดว่า สถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน หรือการใช้สถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบนั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ หรือหลักเกณฑ์อย่างไรบ้าง อีกทั้งมิได้ให้รายละเอียดว่าความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจที่ศาลนำมาพิจารณานั้นมีความหมายอย่างไร แต่ก็ถือได้ว่าคำพิพากษานี้เป็นคำพิพากษาที่สำคัญ และถือเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญของการตีความบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป ว่าด้วยการกำกับดูแลผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด³⁴

ส่วนรายละเอียดขององค์ประกอบ และหลักเกณฑ์ โดยเฉพาะความหมายของความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้น ได้เริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นเรื่อยๆ จากคำพิพากษาในคดีที่เกิดขึ้นภายหลังจากคดีดังกล่าว

โดยที่ ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจอันจะทำให้ผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะของการร่วมกันหรือมีการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันนั้น มีความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับการตีความเอาไว้ แบ่งออกเป็น 2 แนวความเห็น³⁵ กล่าวคือ

ก. ความเห็นอย่างแคบ ซึ่งเห็นว่าความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจนั้น จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีความเชื่อมโยงระหว่างหน่วยเศรษฐกิจ และความเชื่อมโยงนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นรูปแบบที่สามารถจับต้องได้ ตัวอย่างเช่น มีการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการหลายราย เป็นต้น

³³ Joined Cases T-68/89, T-77/89, and T-78/89, Società Italiana Vetro SpA and others v Commission, General Court, [1992] ECR II-1403, [1992] 5 CMLR 302, para.358.

³⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.575.

³⁵ Liza Lovdahl Gormsen, "Collective dominance: An overview of national case law." [Online] Available from: http://www.biicl.org/documents/554_collective_dominance.pdf?showdocument=1

ตามความเห็นอย่างแคบนี้อาจถูกโต้แย้งได้ว่า หากมีการตีความถึงความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจในลักษณะนี้ จะทำให้ไม่มีการนำแนวคิดเกี่ยวกับสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาปรับใช้ในความเป็นจริง เนื่องจากหากความสัมพันธ์ดังกล่าวมีลักษณะสามารถจับต้องได้ ดังเช่นมีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง การตกลงดังกล่าวย่อมขัดต่อบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ซึ่งเป็นบทบัญญัติอันเป็นหัวใจของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอยู่ในตัว และสามารถปรับใช้แก่การตกลงที่สามารถจับต้องได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า นอกเสียจากการตกลงดังกล่าวจะไม่เข้าเงื่อนไขของความตกลงในเรื่องคาร์เทล หรือเข้าช้อยกเว้น ซึ่งทำให้เห็นว่ามีโอกาสน้อยมากที่จะนำเรื่องสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาพิจารณา

ข. ความเห็นอย่างกว้าง เห็นว่าความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจนั้น เป็นการอนุมานเอาจากโครงสร้างของตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง โดยเฉพาะ โดยไม่จำเป็นต้องมีความตกลงที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมระหว่างผู้ประกอบการแต่ละราย

ความเห็นอย่างกว้างนี้ ได้ถูกยอมรับโดยมีการใช้ความเห็นที่ 2 นี้ในการตีความความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลยุโรปชั้นต้นหลายคดี เริ่มต้นจากคดี *Almelo* โดยคำพิพากษาคดีนี้ได้วางหลักเอาไว้ว่า สถานะของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายนั้น อาจเกิดขึ้นจากความเชื่อมโยงใดๆ ก็ได้ ที่ส่งผลให้พฤติกรรมของกลุ่มผู้ประกอบการในตลาดมีลักษณะเหมือนกัน³⁶ และถึงแม้ว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะมีการตกลงบางอย่างระหว่างกัน แต่อาศัยเพียงความตกลงดังกล่าวนั้นก็อาจทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้เสมอไป นอกเสียจากว่าเมื่อมีการปฏิบัติตามความตกลงดังกล่าวแล้ว จะส่งผลให้ผู้ประกอบการหลายรายนั้นแสดงตัวตนในตลาดร่วมกัน ราวกับเป็นตัวตนเดียวกันต่อคู่แข่งทางธุรกิจ คู่ค้าทางธุรกิจ และผู้บริโภค³⁷

ทั้งนี้ในคดี *Compagnie Maritime Belge* ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปยังให้ข้อสังเกตไว้อีกว่า สถานะของการร่วมกันหรือการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันนั้น อาจเกิดขึ้นจากปัจจัยเชื่อมโยงอื่นๆ ซึ่งไม่ใช่การตกลงหรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายก็ได้ กล่าวคือ สถานะของการ

³⁶ Case C-393/92, *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij*, Court of Justice, [1994] ECR I-1477, para.42.

³⁷ Joined Cases C-395/96P and C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission*, Court of Justice, [2000] ECR I-1365, [2000] 4 CMLR 1076, para.44; Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.578.

ร่วมกันนั้นอาจเกิดขึ้นจากการประเมินทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประเมินโครงสร้างของตลาดที่ผู้ประกอบการประกอบธุรกิจอยู่ เป็นต้น³⁸

นอกจากนี้ คำพิพากษาของศาลยุโรปชั้นต้น ในคดี *French Republic and others v Commission*³⁹ และคดี *Gencor v Commission*⁴⁰ ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ ซึ่งอาจก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาดร่วมกันขึ้น ได้รับรองความเห็นดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาของคดีดังกล่าวทั้ง 2 คดีเช่นเดียวกัน โดยยืนยันว่าความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจอันอาจก่อให้เกิดผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะของการร่วมกันได้นั้น อาจเกิดขึ้นจากปัจจัยอื่นๆ ที่ทำให้เกิดความเชื่อมโยงระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้น เช่น ความสัมพันธ์อย่างอื่นในลักษณะพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันที่ปรากฏขึ้นระหว่างผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายก็ได้

และในท้ายที่สุด ในปี ค.ศ.2002 ศาลกลางแห่งสหภาพยุโรป (General Court) ก็ได้มีคำพิพากษาในคดี *Airtours* ซึ่งนับได้ว่าเป็นก้าวสำคัญของการพัฒนาการเกี่ยวกับแนวความคิดเรื่องสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยที่คำพิพากษาดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นในการพิจารณาความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการหลายราย ที่จะให้ผู้ประกอบการสามารถรักษาพฤติกรรมร่วมกันได้อย่างมั่นคง จนปรากฏตัวต่อผู้ประกอบการรายอื่นๆ คู่แข่ง หรือผู้บริโภคราวกับเป็นตัวตนเดียวกัน ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านั้นกลายเป็นบรรทัดฐานของศาลในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการในเวลาต่อมา โดยศาลในคดีดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับปัจจัยที่จะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ในทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการหลายรายเอาไว้ 3 ประการ ซึ่งได้ถูกนำมากำหนดเอาไว้ในเอกสารข้อหารือเกี่ยวกับแนวทางการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเพื่อการจัดการแข่งขันในปี ค.ศ. 2005 กล่าวคือ⁴¹

ก. ประการแรก พิจารณาว่าผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดมีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่สามารถรับรู้พฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ เพื่อที่จะติดตามได้ว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้มีพฤติกรรมทางการค้าที่เหมือนกันกับตนหรือไม่ หรือแม้กระทั่งสามารถ

³⁸ Joined Cases C- 395/96P and C- 396/96P, *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission*, Court of Justice, [2000] ECR I-1365, [2000] 4 CMLR 1076, para.45; Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 5th ed. (Oregon: Hart Publishing, 2016), p.320.

³⁹ Joined Cases C-68/94 and C-30/95, *French Republic and others v Commission*, [1998] ECR I-1375 [178]

⁴⁰ Case T-102/96, *Gencor Ltd v Commission* [1999] ECR II-753

⁴¹ Case T-342/99, *Airtours plc v Commission*, General Court, [2002] ECR II-2585, [2002] 5 CMLR 7, para.62; Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.579.

ติดตามได้ว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ดำรงไว้ซึ่งพฤติกรรมที่เหมือนกันนั้นหรือไม่ ซึ่งปัจจัยข้อแรกนี้ จะก่อให้เกิดความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้โดยปราศจากการตกลงโดยชัดแจ้ง

โดยที่ความโปร่งใสในตลาดสินค้าหรือบริการ (market transparency) นั้น จะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถรับรู้และสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ ซึ่งความโปร่งใสในตลาดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการมีการเปิดเผยข้อมูลสำคัญในการประกอบธุรกิจ อันได้แก่ การเปิดเผยข้อมูลนโยบายการจัดการสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะเป็นในด้านปริมาณหรือในด้านการกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการ รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการบริหารจัดการและแผนการดำเนินงานในอนาคต เป็นต้น ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแม้จะส่งผลดีต่อผู้บริโภคอันทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงข้อมูลการจัดการสินค้าหรือบริการที่ตนบริโภคได้เป็นอย่างดี⁴² แต่การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวที่มากเกินไปก็ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของตนให้เหมือนกับผู้ประกอบการอื่นๆ ได้ และความโปร่งใสในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ไม่เพียงแต่จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ แต่ยังส่งผลทำให้ผู้ประกอบการสามารถรับรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาดได้อีกด้วย⁴³

นอกจากปัจจัยด้านความโปร่งใสของตลาดสินค้าหรือบริการแล้ว การที่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีความมั่นคง ไม่เปลี่ยนแปลง เช่น ไม่มีผู้ประกอบการรายใหม่ๆ เข้ามาในตลาด ไม่มีนวัตกรรมใหม่ๆ เกิดขึ้น หรือสินค้าหรือบริการในตลาดนั้นไม่ได้มีความแตกต่างกันมาก ก็ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถมีพฤติกรรมที่เหมือนกันกันได้ง่ายเช่นกัน⁴⁴

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ปัจจัยประการแรกคือการพิจารณาแนวโน้มการรวมตัวกันในตลาด (market prone to collusion) กล่าวคือ พิจารณาว่าผู้ประกอบการในตลาดนั้นมีโอกาสที่จะสามารถร่วมมือกันหรือมีพฤติกรรมเหมือนกันได้ยากหรือง่ายเพียงใด⁴⁵

⁴² Blake Morgan, "Why Transparency In Marketing Is Key For the Customer Experience," [Online] Accessed: 11 September 2017. Available from: <https://www.forbes.com/sites/blakemorgan/2015/09/08/why-transparency-in-marketing-is-key-for-the-customer-experience/#2c41fc061b9f>

⁴³ Karolina Rydman, "Collective Dominance: How is it interpreted and how does it correlate with tacit coordination," p.28.

⁴⁴ ibid.

⁴⁵ Marilena Filippelli, Collective Dominance and Collusion, pp.157 - 164.

ข. ประการที่สอง พิจารณาจากความถาวรของพฤติกรรมที่เหมือนกันดังกล่าว กล่าวคือ สถานการณ์การร่วมมือกันโดยปริยายอันได้แก่การมีพฤติกรรมที่เหมือนกันดังที่เกิดขึ้นในข้อแรกนั้นจะต้องดำรงอยู่อย่างถาวรเป็นระยะเวลาานาน⁴⁶

การพิจารณาว่าการร่วมมือกันมีพฤติกรรมที่เหมือนกันระหว่างผู้ประกอบการจะมีความถาวรหรือไม่นั้น คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปจะพิจารณาจากกลไกการตอบโต้ผู้ประกอบการที่มีการเบี่ยงเบนพฤติกรรมให้แตกต่างไปจากที่ได้ปฏิบัติเหมือนกันนั้น เนื่องจากการร่วมมือกันมีพฤติกรรมการตั้งราคาเหนือระดับราคาแข่งขันและลดปริมาณการผลิตสินค้าลงนั้น ทำให้ผู้ประกอบการมีแรงจูงใจทั้งในด้านที่จะคงพฤติกรรมกำหนดราคานี้ต่อไปเรื่อยๆ และมีทั้งแรงจูงใจที่จะแยกตัวออกจากการร่วมมือกันนั้น การที่ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมตั้งราคาเหนือระดับราคาแข่งขันให้เท่าๆ กัน โดยที่สินค้าของผู้ประกอบการนั้นมีความเหมือนกันนั้น ผู้ประกอบการรายหนึ่งอาจใช้กลยุทธ์การตัดราคาของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ซึ่งจะดึงดูดความสนใจจากผู้บริโภคได้เป็นอย่างมาก ทำให้ผู้ประกอบการรายดังกล่าวได้ประโยชน์เป็นกำไรจากการขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งมีจำนวนที่มากกว่ารายได้ที่เสียไปจากการลดราคาสินค้าหรือบริการนั้น⁴⁷

ดังนั้น การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายที่มีพฤติกรรมเหมือนกันจะมีความมั่นคงถาวรได้ จำเป็นต้องมีกลไกป้องกันซึ่งสามารถลดแรงจูงใจของผู้ประกอบการที่จะแยกตัวออกจากการร่วมมือกันได้ ซึ่งกลไกดังกล่าวจะต้องทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการที่จะเบี่ยงเบนพฤติกรรมนั้นได้พอสมควร เช่น ในกรณีการร่วมมือกันกำหนดราคาเท่ากันนั้น การก่อให้เกิดสงครามราคาระหว่างผู้ประกอบการก็เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งความกังวลว่าจะถูกโต้ตอบด้วยการก่อให้เกิดสงครามราคาจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ นั้นจะทำให้การร่วมมือกันนั้นมีความมั่นคง ดังนั้น คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปจึงมีความจำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่า ในระหว่างความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการหลายรายนั้น ผู้ประกอบการสามารถมีกลไกการตอบโต้ผู้ประกอบการที่เบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนอื่นทำให้ผู้ประกอบการหลายรายนั้นรักษาการร่วมมือกันไว้ได้⁴⁸

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปมีหน้าที่เพียงแต่พิสูจน์ว่าหากมีผู้ประกอบการรายหนึ่งแยกตัวออกจากการร่วมมือกัน ผู้ประกอบการรายอื่นๆ สามารถมีกระบวนการ

⁴⁶ *ibid.*, 165.

⁴⁷ *ibid.*

⁴⁸ *ibid.*, 166.

อย่างไรอย่างหนึ่งที่มีประสิทธิภาพในการตอบโต้การกระทำของผู้ประกอบการรายนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าได้มีการใช้กระบวนการเช่นนั้นโดยผู้ประกอบการรายอื่นๆ จริง

การพิจารณาถึงกลไกการตอบโต้ระหว่างผู้ประกอบการนั้นอาจพิจารณาได้จากความสัมพันธ์ของขนาดผู้ประกอบการที่ร่วมมือกันนั้น กล่าวคือ หากมีผู้ประกอบการรายหนึ่งในบรรดาผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมเหมือนกันนั้น มีขนาดธุรกิจที่ใหญ่กว่าและมีความสามารถในการประกอบธุรกิจมากกว่า ย่อมทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นมีแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมการตัดราคาสินค้าของคู่แข่งมากกว่าผู้ประกอบการที่มีขนาดเล็กซึ่งจะได้รับประโยชน์จากการเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนเพียงเล็กน้อย อีกทั้งการใช้มาตรการตอบโต้โดยผู้ประกอบการรายที่มีขนาดเล็กกว่านั้นอาจไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือก่อความเสียหายเพียงเล็กน้อยต่อผู้ประกอบการรายใหญ่เท่านั้น เนื่องจากผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่นั้นมีทรัพยากรที่เพียงพอทำให้สามารถรับมือกับสงครามราคาได้เป็นอย่างดี ในทางตรงกันข้าม ผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่สามารถมีมาตรการตอบโต้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อผู้ประกอบการที่มีขนาดเล็กกว่าได้ ดังนั้น จึงต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างขนาดของผู้ประกอบการหลายรายที่ร่วมกันมีพฤติกรรมเหมือนกันนั้น หากผู้ประกอบการที่ร่วมกันนั้นมีขนาดธุรกิจที่ใกล้เคียงกัน ย่อมทำให้การร่วมมือกันนั้นมีความมั่นคงถาวรมากยิ่งขึ้น⁴⁹

นอกจากนี้ ในกรณีที่ใช้การร่วมมือกันกำหนดราคาเหมือนกันนั้น ความมั่นคงของพฤติกรรมที่เหมือนกันของผู้ประกอบการหลายรายอาจเกิดขึ้นได้ จากการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนให้แตกต่างจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ อาจมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ หรือกำไรแก่ตนเอง แต่อาจส่งผลทำให้เกิดความเสียหายขึ้นทันทีหรืออาจเกิดความเสียหายในระยะยาวได้ เช่นนี้ก็เป็นเหตุผลในตัวเองที่ทำให้ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมเหมือนกันอย่างถาวร และไม่มีแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการรายใดเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนเองอีกด้วย⁵⁰

ปัจจัยประการที่สองจึงอาจเรียกได้ว่าเป็นการพิจารณาถึงเสถียรภาพภายในของการรวมตัวกัน (internal stability of collusion) กล่าวคือ การพิจารณาว่าการรวมตัวกันนั้นมีความมั่นคงเพียงใด โดยพิจารณาจากแรงจูงใจของผู้ประกอบการที่มารวมตัวกันที่จะมีพฤติกรรมเหมือนกัน และแรงจูงใจของผู้ประกอบการที่จะมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนออกไป

ค. ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันในปัจจุบันหรือในอนาคต รวมถึงผู้บริโภค ไม่อาจตอบโต้เพื่อขัดขวางการร่วมมือกันมีพฤติกรรมที่เหมือนกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้

⁴⁹ ibid., 166 - 167.

⁵⁰ ibid., 167.

เพราะหากผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งชั้นนั้นสามารถตอบโต้ผู้ประกอบการหลายรายที่ร่วมมือกันได้ เช่นนี้อาจส่งผลให้การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมเหมือนกันนั้นเกิดความไม่แน่นอนขึ้น อันจะทำให้การร่วมมือกันมีพฤติกรรมเหมือนกันนั้นอาจคงอยู่ได้ในระยะเวลาอันสั้นเพียงช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น⁵¹ โดยที่คณะกรรมการพิจารณาถึงขนาดธุรกิจของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งชั้น และมีได้มีพฤติกรรมเหมือนกันกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ รวมถึงพิจารณาความสามารถ อำนาจซื้อของผู้บริโภค⁵² ความเข้มแข็งของผู้ซื้อ ซึ่งในบางตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีผู้ซื้อจำนวนน้อย ทำให้ผู้ขายนั้นมีอำนาจในการกำหนดราคาหรือเงื่อนไขในการซื้อขายสินค้าหรือบริการนั้นลดลง อันเป็นการขัดขวางการร่วมมือกันมีพฤติกรรมแสวงหากำไรของผู้ประกอบการหลายรายในตลาดได้

ปัจจัยประการสุดท้ายจึงเป็นการพิจารณาเสถียรภาพภายนอกของการรวมตัวกัน (external stability of collusion) กล่าวคือการพิจารณาถึงความมั่นคงในการรวมตัวกันนั้น โดยพิจารณาจากการตอบโต้ของผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่ค้า คู่แข่งขัน รวมถึงผู้บริโภคซึ่งเป็นปัจจัยภายนอก⁵³

3.2.1.2 สถานะของการร่วมกันนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด

เมื่อผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกันหรือปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันแล้ว หลักเกณฑ์สำคัญอีกประการหนึ่งที่จะใช้ในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการก็คือ ตัวตนเดียวกันหรือการร่วมกันนั้นก่อให้เกิดผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดนั้นก็มักจะให้ความสำคัญแก่ส่วนแบ่งตลาดและปัจจัยอื่นๆ คล้ายกับกรณีการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว⁵⁴

ก. ส่วนแบ่งตลาด

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่ามิได้มีหลักเกณฑ์จำเพาะเจาะจงว่าอย่างไรจึงจะถือว่าผู้ประกอบการนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด แต่อย่างไรก็ดี หนึ่งในองค์ประกอบสำคัญที่จะถูก

⁵¹ Karolina Rydman, "Collective Dominance: How is it interpreted and how does it correlate with tacit coordination," p.29.

⁵² Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p.210.

⁵³ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.168.

⁵⁴ Damien Geradin *et al.*, "The Concept of Dominance in EC Competition Law." [Online] Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144

นำมาใช้พิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ คือเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด กล่าวได้ว่า หากผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 40 ก็จะมีความเสี่ยงที่จะถูกพิจารณาว่ามีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด⁵⁵ ซึ่งในทางปฏิบัติในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป หากผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 50 ภาระการพิสูจน์จะตกเป็นของฝ่ายผู้ประกอบการที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนเองนั้นไม่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด⁵⁶

สำหรับในกรณีของสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น แนวคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปก็ให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับกรณีการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว⁵⁷ กล่าวคือ ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าผู้ประกอบการหลายรายที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเกินกว่าร้อยละ 50 นั้น ก็จะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายด้วย⁵⁸ ซึ่งในคดีที่เกิดขึ้นจริงปรากฏว่าส่วนใหญ่แล้วผู้ประกอบการหลายรายนั้นมักจะถือครองส่วนแบ่งตลาดเกือบทั้งหมดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งอยู่แล้ว⁵⁹

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้น มิได้ให้ความสำคัญทั้งหมดไปกับการพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดแต่เพียงเท่านั้น ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของคดี *French Republic and others v Commission* ว่าแม้ผู้ประกอบการทั้งสองรายจะถือครองส่วนแบ่งตลาดรวมกันกว่าร้อยละ 60 ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง แต่ลำพังเพียงส่วนแบ่งตลาดนั้นไม่อาจให้ข้อสรุปได้ว่าผู้ประกอบการทั้งสองรายมีสถานะของการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่⁶⁰

ข. ปัจจัยอื่นๆ

ดังที่กล่าวแล้วว่า คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรป รวมทั้งศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปมิได้พิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันจากเฉพาะส่วนแบ่งตลาดแต่เพียง

⁵⁵ Paul M. Taylor, *E.C. & U.K. Competition Law & Compliance* (London: Sweet & Maxwell Limited, 1999), p.44.

⁵⁶ *ibid.*, pp.44 - 45.

⁵⁷ Cases T-191/98, 212/98 and 214/98, *Atlantic Container Line v Commission* [2003] ECR II-3275, paras.931 - 935.

⁵⁸ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.333.

⁵⁹ Silja Snall, "Legal Test for Finding of a Collective Dominant Position under Article 102 TFEU" (Master's Thesis, Faculty of Law, Lund University, 2012), p.10.

⁶⁰ *ibid.*

เท่านั้น โดยในการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปและศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปจะพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาด ประกอบกับปัจจัยอื่นๆ ด้วย เช่น จำนวนผู้ประกอบการในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่เกี่ยวข้อง ทั้งตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้า เชิงภูมิศาสตร์ และเชิงของระยะเวลา เป็นต้น⁶¹

เป็นต้นว่า แม้ผู้ประกอบการ 2 รายจะมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดสินค้าใด สินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งรวมกันถึงร้อยละ 60 แต่ก็ยังมีผู้ประกอบการรายอื่นสองหรือสาม รายซึ่งเป็นคู่แข่งที่มีศักยภาพถือครองส่วนแบ่งตลาดที่เหลืออีกร้อยละ 40 เอาไว้ เช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่าในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวนี้ ยังคงมีการแข่งขันในด้านราคาที่มีประสิทธิภาพอยู่ มิได้มีการผูกขาดเกิดขึ้นแม้จะมีผู้ประกอบการรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดจำนวนมากในตลาดดังกล่าวก็ตาม⁶²

ในทางตรงกันข้าม หากในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง มีผู้ประกอบการ 2 รายที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 60 ส่วนผู้ประกอบการอีกจำนวนมากในตลาดดังกล่าวนี้ มีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 1 ถึง 5 ต่อราย เช่นนี้ผู้ประกอบการกลุ่มที่มีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 60 นั้น ย่อมถือได้ว่ามีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน⁶³

นอกจากจำนวนผู้ประกอบการในตลาดแล้ว อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดก็เป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งในการพิจารณากำหนดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย ในกรณีที่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดจำนวนมาก ไม่ว่าจะอุปสรรคโดยธรรมชาติ หรือโดยกฎหมาย เช่นนี้ย่อมมีแนวโน้มว่าจะมีการถือครองอำนาจตลาดโดยผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวอยู่ก่อนแล้ว⁶⁴

การพิจารณาตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อการปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปนั้น แยกออกได้เป็น ตลาดสินค้า และตลาดทางภูมิศาสตร์⁶⁵ และบางกรณีอาจจำเป็นต้องพิจารณาตลาดโดยคำนึงถึงมิติด้านเวลาด้วย

⁶¹ Case 6/72, Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v Commission [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199.

⁶² Paul M. Taylor, *E.C. & U.K. Competition Law & Compliance*, p.44.

⁶³ *ibid.*, p.45.

⁶⁴ *ibid.*

⁶⁵ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, *โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย* (กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, 2542), หน้า 3 - 11.

ก. ตลาดสินค้า

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องประกอบด้วยสินค้าหรือบริการที่สามารถสลับสับเปลี่ยนหรือสามารถใช้ทดแทนกับสินค้าหรือบริการหนึ่งได้⁶⁶ ซึ่งการพิจารณาว่าสินค้าใดใช้ทดแทนกันได้หรือไม่ ตามแนวทางของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปและศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปจะพิจารณาจากด้านอุปสงค์และอุปทาน⁶⁷

สำหรับการพิจารณาด้านอุปสงค์ เป็นการพิจารณาว่า เมื่อสินค้าอย่างหนึ่งเปลี่ยนแปลงแล้วจะส่งผลโดยตรงทำให้ผู้บริโภคหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทนหรือไม่⁶⁸ โดยใช้หลักความยืดหยุ่นข้ามผลิตภัณฑ์ หากการที่สินค้าหรือบริการหนึ่งมีการปรับราคาสูงขึ้นส่งผลให้ผู้บริโภคหันไปใช้สินค้าหรือบริการอื่นแทนก็จะถือว่ามีความยืดหยุ่นข้ามผลิตภัณฑ์สูง และแสดงว่ามีความเป็นไปได้สูงที่สินค้าหรือบริการทั้งสองชนิดนั้นจะอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน

สำหรับการพิจารณาด้านอุปทาน คือ การพิจารณาโดยใช้หลักความยืดหยุ่นข้ามผลิตภัณฑ์ โดยมองในมุมมองของความสามารถของผู้ประกอบการในฐานะผู้ผลิตที่จะปรับเปลี่ยนผลผลิตเป็นสินค้าชนิดอื่นและแข่งขันกับผู้ผลิตเดิมได้โดยง่าย แม้สินค้าที่ผู้ประกอบการได้ผลิตอยู่กับสินค้าซึ่งสามารถจะเปลี่ยนไปผลิตได้จะเป็นสินค้าคนละประเภทก็ตาม ในกรณีดังกล่าวสินค้าทั้งสองประเภทอาจถือได้ว่าอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกันเช่นกัน⁶⁹

ข. ตลาดทางภูมิศาสตร์

เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปนั้น เป็นกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปโดยรวม การกระทำที่จะอยู่ในขอบข่ายแห่งบทบัญญัติดังกล่าวจึงต้องเป็นการกระทำที่มีผลต่อสหภาพยุโรปเป็นสำคัญ ดังนั้นนอกจากจะต้องพิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องแล้ว ยังต้องพิจารณาว่ากิจการของผู้ประกอบการเกี่ยวข้องกับตลาดของสหภาพยุโรปโดยรวมหรือไม่ การพิจารณาด้านทางภูมิศาสตร์จึงมีความสำคัญ⁷⁰

⁶⁶ สรวิศ ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา ฉบับรวมบทความ (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543), หน้า 58 - 60.

⁶⁷ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, หน้า 3 - 12.

⁶⁸ William M. Landes and Richard A. Posner, "Market Power in Antitrust Cases," Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics 27, 2 (1997): 947 - 948.

⁶⁹ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, หน้า 3 - 12.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3 - 14.

การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งครอบคลุมการขายสินค้าประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นส่วนใหญ่ในตลาดของรัฐสมาชิกหนึ่ง มิได้หมายความว่ากิจการของผู้ประกอบการรายนั้นจะครอบคลุมส่วนใหญ่หรือถือได้ว่าเป็นส่วนสำคัญของการขายสินค้านั้นสำหรับสหภาพยุโรป แต่การกำหนดตลาดทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องให้แคบลงจากตลาดของสหภาพยุโรปทั้งหมดก็สามารถกระทำได้ แต่ต้องมีเหตุผลประกอบ เช่น ต้นทุนค่าขนส่งสินค้าไปสู่บริเวณอื่น เป็นต้น แต่อย่างน้อยจะต้องครอบคลุมส่วนที่สำคัญของตลาดร่วมของสหภาพยุโรป⁷¹

ค. ตลาดในเชิงของระยะเวลา

ในบางกรณีจะต้องพิจารณาดตลาดที่เกี่ยวข้องโดยคำนึงถึงมิติด้านระยะเวลาด้วย ซึ่งมักจะถูกละเลยและไม่มีการกล่าวถึงสภาพการแข่งขันที่อาจแตกต่างกันไปตามช่วงเวลาหรือฤดูกาล ตลาดส่วนใหญ่ไม่มีมิติด้านเวลา อย่างไรก็ตาม สินค้าบางประเภทจำเป็นต้องพิจารณาช่วงเวลาหรือฤดูกาลด้วย ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงของระยะเวลาหรือฤดูกาลอาจเป็นส่วนหนึ่งในการกำหนดตลาดสินค้า⁷² สภาพการแข่งขันอาจแตกต่างกันไปตามแต่ละช่วงเวลา เช่น ความแตกต่างของสภาพอากาศหรือนิสัยของผู้บริโภค⁷³ เช่น ในคดี *United Brands* ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้ให้ความหมายตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงระยะเวลาหรือฤดูกาล โดยยืนยันว่าตลาดของกล้วยนั้นแยกจากตลาดของผลไม้ชนิดอื่นๆ เนื่องจากพบหลักฐานว่าอุปสงค์ของกล้วยเปลี่ยนแปลงไปตามฤดูกาล โดยอาจมีผลไม่อื่นทดแทนได้ ขอบเขตตลาดจึงแตกต่างกันไปตามฤดูกาล หากเป็นฤดูร้อนกล้วยจะเป็นส่วนหนึ่งของตลาดผลไม้อย่างกว้าง เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้น มีดังต่อไปนี้

ก. ผู้ประกอบการที่มีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกันโดยอิสระหลายรายนั้น ต้องมีการแสดงตัวตนร่วมกันเพื่อที่จะได้มีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้ โดยที่ความสัมพันธ์ที่ทำให้ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีการแสดงตัวตนร่วมกัน อาจเกิดได้จากความสัมพันธ์เนื่องจากการตกลงกัน หรือโครงสร้างของธุรกิจ (เช่น การถือหุ้นไขว้กัน หรือมีกรรมการผู้จัดการร่วมกัน) หรืออาจเกิดจากโครงสร้างของตลาดซึ่งทำให้เกิดพฤติกรรมในแนวทางเดียวกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในตลาดนั้นก็ได้⁷⁴

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3 - 15.

⁷² Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, pp.319 - 320.

⁷³ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.42.

⁷⁴ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.845.

ข. ตัวตนร่วมกันที่เกิดขึ้นนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดซึ่งมิได้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว หากแต่ต้องอาศัยการพิจารณาในแต่ละกรณีซึ่งแตกต่างกันออกไป โดยขึ้นอยู่กับปัจจัยที่ศาลใช้ประกอบการพิจารณาดังที่ได้กล่าวมาแล้วอันได้แก่ ส่วนแบ่งตลาด และปัจจัยทางเศรษฐกิจอื่นๆ

3.2.2 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

จากบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปดังกล่าวนี้ จึงอาจแยกพิจารณาองค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบได้ออกเป็น 2 องค์ประกอบ ได้แก่

3.2.2.1 เป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วถึงหลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ซึ่งกล่าวโดยสรุป หลักเกณฑ์สำคัญของการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ประการ⁷⁵ ได้แก่

ก. ผู้ประกอบการหลายรายจะต้องมีสถานะของการร่วมกัน (collective position) หรือมีการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกัน (collective entity) กล่าวคือ ผู้ประกอบการจำนวนหลายรายจะต้องมีพฤติกรรมแสดงตัวตนในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งราวกับว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน⁷⁶

สถานะของการร่วมกันหรือการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบการหลายราย โดยศาลชั้นต้นแห่งสหภาพยุโรป (Court of First Instance: CFI) ได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ในคดี *Airtours* ว่าผู้ประกอบการหลายรายจะมีสถานะของการร่วมกัน หรือปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากปริมาณความโปร่งใสของตลาดสินค้าหรือบริการ กลไกการตอบโต้ของผู้ประกอบการ

⁷⁵ Damien Geradin *et al.*, "The Concept of Dominance in EC Competition Law." [Online] Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144

⁷⁶ Lia Vitzilaiou and Constantinos Lambadarios, "The Slippery Slope of Addressing Collective Dominance Under Article 82 EC," [Online] Accessed: 6 July 2017. Available from: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-slippery-slope-of-addressing-collective-dominance-under-article-82-ec/>

ทั้งหลายในตลาดสินค้าหรือบริการ และการปราศจากการตอบโต้จากคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพหรือลูกค้าของผู้ประกอบการเหล่านั้น⁷⁷

ข. ตัวตนเดียวกันที่ปรากฏขึ้นนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด ดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าตัวตนเดียวกันที่ปรากฏขึ้น จะมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป จำเป็นต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์เป็นสำคัญ มิได้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอัตราส่วนแบ่งตลาด หรือยอดเงินขายที่กำหนดเอาไว้โดยเฉพาะ โดยที่จะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ นอกเหนือไปจากส่วนแบ่งตลาดด้วย กล่าวคือตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ทั้งในเชิงสินค้า เชิงภูมิศาสตร์ เชิงระยะเวลา ปัจจัยทางเศรษฐกิจอื่นๆ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

กล่าวโดยสรุปแล้ว ศาลในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปจะพิจารณาว่าตัวตนที่ปรากฏขึ้นนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดจากปัจจัยสำคัญ เช่น ส่วนแบ่งตลาด ซึ่งแม้จะไม่มีกำหนดไว้แน่นอนว่าผู้ประกอบการต้องมีส่วนแบ่งตลาดเท่าไร จึงจะถือว่ามีสถานะอำนาจเหนือตลาด แต่ในการพิจารณาของศาลนั้น หากผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเกินกว่าร้อยละ 50 แล้ว ก็จะถูกสันนิษฐานในเบื้องต้นว่าตัวตนเดียวกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด⁷⁸ โดยจะพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ เช่น จำนวนผู้ประกอบการในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นๆ และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด เป็นต้น

หลักเกณฑ์ต่างๆ นั้น ศาลจะพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดเอาไว้ตายตัวดังรายละเอียดที่ได้กล่าวเอาไว้แล้วข้างต้น

3.2.2.2 มีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ดังที่ได้กล่าวถึงผลของการมีสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันแล้วว่า การมีสถานะดังกล่าวมิได้ถือเป็นความผิดต่อกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป หากแต่ผู้ประกอบการซึ่งมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น จะต้องมิพฤติกรรมอันถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบด้วย จึงจะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเป็นความผิดตามบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป⁷⁹

⁷⁷ Damien Geradin *et al.*, "The Concept of Dominance in EC Competition Law." [Online] Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144

⁷⁸ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.333.

⁷⁹ *ibid.*, p.358.

ดังนั้น สิ่งที่จะต้องพิจารณาเป็นการต่อมาก็คือ การที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบโดยทันทีหรือไม่ หากการที่ผู้ประกอบการหลายรายเพียงแค่มิชอบเป็นไปในแนวทางเดียวกันนั้น ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบในทันที เช่นนี้ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า พฤติกรรมอย่างไรบ้าง ที่จะทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบแล้ว⁸⁰ ซึ่งจากบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป พฤติกรรมที่ถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแบ่งออกเป็น 4 ลักษณะ ดังนี้

ก. การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายสินค้า หรือการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม ทั้งโดยทางตรงและทางอ้อม

ข. การจำกัดการผลิต การจำหน่าย หรือการพัฒนาทางเทคโนโลยี ที่ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย

ค. การใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกันในธุรกรรมที่เหมือนกันต่อผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบการรายนั้นต้องอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ

ง. การทำสัญญาในลักษณะที่กำหนดเงื่อนไขโดยให้คู่สัญญายอมรับการกระทำที่เป็นส่วนที่เสริมและมิได้มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาทั้งในทางลักษณะของตัวสัญญาหรือทางประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา

พฤติกรรมดังกล่าวทั้ง 4 ลักษณะนั้น อาจนำมาพิจารณาประกอบกับลักษณะของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ และแบ่งการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบออกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ กล่าวคือ

ก. การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuse) ได้แก่ พฤติกรรมที่ผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน กำหนดราคาสินค้าหรือบริการร่วมกันโดยไม่เป็นธรรม เช่น การกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของตนเองให้เท่ากับกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ โดยกำหนดราคาสินค้าหรือบริการนั้นให้สูงกว่าราคาที่เหมาะสมจะเป็นในตลาดที่มีการแข่งขันกัน ซึ่งด้วยลักษณะโครงสร้างของตลาดส่งผลให้การกำหนดราคาให้เท่ากันนั้น ผู้ประกอบการแต่ละรายไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด

แต่หากพิจารณาถึงเฉพาะพฤติกรรมการตั้งราคาอย่างเท่ากันของผู้ประกอบการหลายรายแล้ว จะเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวนี้เป็นพฤติกรรมที่มีเหตุผลเนื่องมาจาก

⁸⁰ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.580.

ลักษณะโครงสร้างของตลาดที่เป็นตลาดผู้ขายน้อยราย ดังนั้น การจะลงโทษผู้ประกอบการหลายราย เนื่องจากการที่ผู้ประกอบการเหล่านั้นตั้งราคาสินค้าหรือบริการเท่าๆ กันแต่เพียงเท่านี้ ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่สมเหตุสมผล เพราะพฤติกรรมที่เหมือนกันของผู้ประกอบการนั้น มิได้เกิดจากเจตนาที่จะร่วมกันจำกัดการแข่งขันแต่อย่างใด

เพราะฉะนั้น นอกจากผู้ประกอบการจะต้องมีพฤติกรรมการตั้งราคาสินค้าหรือบริการอย่างเท่าๆ กันแล้ว เงื่อนไขสำคัญอีกประการหนึ่งคือราคาสินค้าหรือบริการเช่นว่านั้นจะต้องมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม เช่น เป็นราคาที่สูงกว่าที่ควรจะเป็นในตลาดที่มีการแข่งขัน เป็นต้น ซึ่งในการพิจารณาว่าราคาสินค้าหรือบริการนั้นมีความเป็นธรรมหรือไม่อย่างไรนั้น คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปเองก็ได้ต้องการก้าวล่วงอำนาจที่จะไปเป็นผู้กำหนดราคาของสินค้าหรือบริการด้วยตัวเอง⁸¹ ดังนั้นในการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการได้กำหนดราคาขึ้นสูงเกินสมควรหรือไม่ จึงจำเป็นต้องมีกระบวนการสืบสวนสอบสวนเป็นรายกรณีไป โดยจะพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ เช่น การพิจารณาว่าการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการดังกล่าวนั้น เป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าสู่สินค้าหรือบริการชนิดเดียวกันนั้นจากต่างประเทศเพื่อมาจำหน่ายในประเทศหรือไม่ เป็นต้น⁸²

ข. การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบเพื่อขจัดการแข่งขันในตลาด (exclusionary abuse) ได้แก่ กรณีที่ผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน อาศัยสถานะดังกล่าวในการมีพฤติกรรมกีดกันคู่แข่งคนอื่นๆ ให้ออกไปจากตลาดหรือมิให้เข้าสู่ตลาด เพื่อเป็นการลดการแข่งขันในตลาด ซึ่งพฤติกรรมนี้มีความเชื่อมโยงกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง กล่าวคือ การปล่อยให้มิให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งรายใหม่เข้ามาสู่ตลาดได้ จะทำให้การกำหนดราคาสินค้าหรือบริการระหว่างผู้ประกอบการหลายรายให้เท่ากัน และอยู่เหนือระดับราคาแข่งขันปกติโดยไม่ต้องมีการตกลงโดยชัดแจ้งนั้นประสบผลสำเร็จยากขึ้น

ดังนั้น ผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันจึงมักจะมีพฤติกรรมอย่างเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกีดกันมิให้คู่แข่งรายอื่นๆ สามารถเข้ามาสู่ตลาดได้ เช่น พฤติกรรมการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการตัดราคาคู่แข่ง หรือกำหนดสิทธิประโยชน์บางประการให้แก่คู่แข่ง โดยที่ผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นมีพฤติกรรมดังกล่าวเช่นเดียวกัน โดยอาจไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง⁸³

⁸¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.846.

⁸² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.580.

⁸³ *ibid.*, p.581.

ค. การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการเพียงรายเดียว กล่าวคือ แม้การจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน จำเป็นต้องมีผู้ประกอบการหลายราย แต่การมีพฤติกรรมการใช้สถานะดังกล่าวโดยมิชอบนั้น เคยถูกตั้งเป็นคำถามว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะสามารถเกิดขึ้นจากผู้ประกอบการรายหนึ่งเพียงรายเดียวจากกลุ่มผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้หรือไม่ เช่น กรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ แต่มีการใช้สถานะดังกล่าวในการกำหนดมาตรการที่มีลักษณะเป็นการกีดกันคู่ค้ารายอื่นๆ อยู่เพียงรายเดียว จะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบได้หรือไม่

คำถามดังกล่าว ได้มีคำพิพากษาในคดี *Irish Sugar* เป็นบรรทัดฐานของลักษณะการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบประเภทนี้ โดยคำพิพากษาดังกล่าวได้มีการวินิจฉัยเอาไว้ว่า แม้สถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันจะถูกถือครองโดยผู้ประกอบการหลายราย แต่การใช้สถานะดังกล่าวโดยมิชอบ อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเพียงรายเดียวก็ได้⁸⁴

แต่ทั้งนี้ ลักษณะของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการรายเดียวนี้ ยังคงเป็นที่สงสัยว่าไม่น่าจะสอดคล้องกับแนวคิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักเกณฑ์การมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันที่ว่า ผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีสถานะของการร่วมกันหรือปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันในตลาด ซึ่งหมายความว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีความผูกพันที่จะต้องมีพฤติกรรมร่วมกันด้วย จึงจะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบในแนวคิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน⁸⁵

3.2.3 ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้น เป็นการกำกับดูแลตามแนวทางการควบคุมพฤติกรรม กล่าวคือ เป็นการควบคุมผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด มิให้ใช้อำนาจจากสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่ว่าเพียงรายเดียว หรือร่วมกับผู้อื่นในทางมิชอบ

⁸⁴ ibid.

⁸⁵ ibid., p.581 - 582.

ตามที่กำหนดไว้ตั้งแต่มาตรา 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม⁸⁶ ซึ่งได้แก่มาตรา 102 (a), (b), (c), (d) แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน

ดังนั้น เช่นเดียวกันกับกรณีสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว การที่ผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ก็มีได้เป็นความผิดต่อกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปแต่อย่างใด⁸⁷ แต่จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้นด้วย ว่าการกระทำนั้นถือเป็นการใช้สถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบหรือไม่⁸⁸ กล่าวคือผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน จะต้องมีการกระทำความรับผิดชอบเป็นพิเศษ ในการระมัดระวังมิให้ตนมีพฤติกรรมใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนการแข่งขันในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป และหากผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะดังกล่าวฝ่าฝืน ก็จะต้องรับผิดตามกฎหมาย⁸⁹

พฤติกรรมที่จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบนั้น ก็ได้มีพัฒนาการต่อมาตามแนวคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป เพราะลำพังการมีพฤติกรรมเป็นไปในแนวทางเดียวกันอันเกิดจากรูปแบบโครงสร้างของตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น ไม่ควรถือเป็นความผิดตามกฎหมายอันจะต้องถูกลงโทษ⁹⁰

หากปรากฏว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมเหมือนกันอันเกิดจากความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างกัน และพฤติกรรมนั้นมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ อันถือได้ว่าครอบงำหรือประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบแล้ว แม้พฤติกรรมดังกล่าวจะได้รับยกเว้นมิให้ถือเป็นความผิดตามบทบัญญัติมาตรา 101 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป ว่าด้วยการร่วมกันจำกัดการแข่งขันก็ตาม (block exemption) ก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มีได้ตัดสิทธิคณะกรรมการสหภาพยุโรป ที่จะดำเนินคดีตามบทบัญญัติมาตรา 102 นี้แก่ผู้ประกอบการเหล่านั้น⁹¹ ซึ่งคณะกรรมการสหภาพยุโรปมีอำนาจ

⁸⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 60 - 61.

⁸⁷ Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC (Portland: Hart Publishing, 2006), p.161.

⁸⁸ Richard Whish and David Bailey, Competition Law, p.579.

⁸⁹ Thomas Graf and Alexander Waksman, "European Union," [Online] Accessed: 20 October 2016. Available from: <http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct>

⁹⁰ Richard Whish and David Bailey, Competition Law, pp.579 - 580.

⁹¹ Communication from the Commission, "Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty," 27 April 2004; D. G. Goyder, EC Competition Law, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp.333 - 334.

ปรับเป็นเงินจำนวนไม่เกิน 10% ของรายได้ในปีที่กระทำความผิด ตามระเบียบสำหรับการปฏิบัติตาม มาตรา 81 และ 82 ของสนธิสัญญา ข้อที่ 23⁹²

3.2.4 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบนั้น มีพัฒนาการมาเรื่อยๆ ตามแนวคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปในคดีต่างๆ ดังนั้น การศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปจึงเป็นสิ่งสำคัญ โดยเริ่มต้นจากคดีแรกอันเป็นคดีสำคัญที่เปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบไปอย่างมาก

3.2.4.1 คำพิพากษาคดี *Società Italiana Vetro SpA and others v Commission (Italian Flat Glass)*⁹³

คดีนี้ถือได้ว่าเป็นคดีแรกที่ศาลพิพากษาโดยยึดถือแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในแบบปัจจุบัน กล่าวได้ว่าในที่สุดศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปก็ได้ยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับการปรับใช้บทบัญญัติของสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป มาตรา 102 เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทางกฎหมาย และทางเศรษฐกิจแยกออกจากกัน แต่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเป็นครั้งแรก

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ เป็นกรณีเกี่ยวกับการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจผลิตกระจกในตลาดธุรกิจผลิตกระจก ซึ่งเป็นตลาดที่มีลักษณะโครงสร้างตลาดเป็นแบบตลาดผู้ขายน้อยราย⁹⁴ เนื่องจากเป็นธุรกิจที่มีการใช้เทคโนโลยีต่ำ และมีค่าใช้จ่ายในการลงทุนเพื่อเริ่มต้นธุรกิจสูง ในขณะที่มีอุปสงค์ค่อนข้างน้อย จึงทำให้ในตลาดดังกล่าวมีผู้ประกอบการหลักๆ อยู่เพียง 3 ราย ได้แก่ Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA และ PPG Vernante Pennitalia SpA ซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้ควบคุมตลาดธุรกิจดังกล่าวทั้งหมด

โดยที่ในอุตสาหกรรมการผลิตกระจกดังกล่าว อาจแบ่งแยกตลาดออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ตลาดกระจกที่มีใช้สำหรับยานยนต์ เช่น กระจกสำหรับ อาคาร เฟอร์นิเจอร์ หรือผลิตภัณฑ์เครื่องใช้ไฟฟ้าในบ้าน ซึ่งผู้ประกอบการทั้งสามรายจะผลิตและจำหน่ายผ่านผู้ขายส่ง

⁹² European Commission, "Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases)," [Online] Accessed: 18 September 2017. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html

⁹³ Joined Cases T-68, 77, and 78/89, *Società Italiana Vetro SpA and others v Commission* [1992] ECR II-1403, [1992] 5 CMLR 302.

⁹⁴ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, p.318.

โดยที่ผู้ประกอบการทั้งสามรายมีส่วนแบ่งตลาดในประเทศอิตาลีรวมกันประมาณ 79% และตลาดกระจกสำหรับยานยนต์ ซึ่งผู้ประกอบการทั้งสามรายจะเป็นผู้จำหน่ายให้แก่ผู้ผลิตรายอื่นเองโดยตรง โดยที่ผู้ประกอบการทั้งสามรายมีส่วนแบ่งตลาดในประเทศอิตาลีรวมกันประมาณ 95%⁹⁵

คณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปกล่าวหาว่าผู้ประกอบการทั้งสามรายมีพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง และเพื่อขจัดการแข่งขันในตลาดดังต่อไปนี้

ในตลาดกระจกที่มีใช้สำหรับยานยนต์นั้น ผู้ประกอบการทั้งสามรายมีพฤติกรรมการตั้งราคาสินค้าของตนเองให้มีราคาเท่ากันเสมอ โดยที่ผู้ประกอบการทั้งสามรายจะใช้วิธีการประกาศรายการราคาสินค้าของตนให้ลูกค้าทราบเป็นการทั่วไปว่าจะมีการปรับราคาขึ้นจำนวนเท่าใด พร้อมรายละเอียดว่ารายการราคาสินค้าที่ถูกปรับขึ้นนี้จะมีผลบังคับใช้เมื่อใด ซึ่งปรากฏว่าหลังจากผู้ประกอบการรายหนึ่งประกาศรายการราคาให้ทราบแล้วเป็นเวลานานนัก ผู้ประกอบการอีกสองรายก็จะประกาศรายการราคาสินค้าของตนให้เท่ากับที่ผู้ประกอบการรายแรกประกาศเอาไว้ในระยะเวลาที่ใกล้เคียงกัน

นอกจากนั้นผู้ประกอบการทั้งสามรายยังมีพฤติกรรมการกำหนดอัตราส่วนลดในอัตราเดียวกันแก่ลูกค้า โดยแบ่งอัตราส่วนลดตามระดับของลูกค้าซึ่งผู้ประกอบการทั้งสามรายได้มีการแบ่งเอาไว้เหมือนกัน ซึ่งอัตราส่วนลดหรือระดับของลูกค้านั้นมิได้ถูกคำนวณมาจากปริมาณการซื้อหรือวิธีการชำระเงินของลูกค้าต่อผู้ประกอบการรายหนึ่งแต่อย่างใด แต่ถูกคำนวณหรือแบ่งจากปริมาณการซื้อของลูกค้าที่ซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการทั้งสามรายรวมกัน ส่งผลให้ไม่ว่าลูกค้านั้นจะซื้อสินค้าปริมาณมากจากผู้ประกอบการเพียงรายเดียว หรือจะกระจายการซื้อสินค้าในปริมาณน้อยจากผู้ประกอบการทั้งสามราย ลูกค้าก็จะได้รับส่วนลดในอัตราเดิม ซึ่งนับได้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวนี้มีใช่การปฏิบัติทางการค้าตามปกติ โดยเฉพาะเมื่อสินค้าของผู้ประกอบการในตลาดทั้งสามรายนั้นเป็นสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกัน อีกทั้งยังไม่มีมีความแตกต่างกันในด้านคุณภาพของสินค้า ซึ่งโดยปกติควรจะมีการแข่งขันกันในด้านราคาหรือเงื่อนไขในการซื้อขาย เช่น การให้ส่วนลด เป็นต้น

และในตลาดกระจกสำหรับยานยนต์ ผู้ประกอบการทั้งสามรายมีพฤติกรรมการกำหนดราคาสินค้าโดยมีการเพิ่มราคาสินค้าในอัตราเดียวกัน การตกลงกำหนดสัดส่วนการจำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบการแต่ละรายให้แก่ผู้ผลิตรายอื่น⁹⁶ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปใช้วิธีการตีความเอกสารต่างๆ ระหว่างผู้ประกอบการทั้งสามราย เพื่อให้เห็นว่าผู้ประกอบการทั้งสาม

⁹⁵ Ioannis Kokkoris, *Competition Cases from the European Union* (London: Sweet & Maxwell, 2008), p.116.

⁹⁶ *ibid.*, p.117.

รายนั้มีพฤติกรรมดังกล่าวข้างต้นจริง และเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป มาตรา 101 ว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน และมาตรา 102 ในเวลาเดียวกัน

แต่ในคดีนี้ ศาลยุโรปชั้นต้นได้วินิจฉัยเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปที่กล่าวหาว่าผู้ประกอบการทั้งสามรายมีพฤติกรรมการตกลง และร่วมกันกระทำการต่อต้านการแข่งขันในตลาดสินค้าดังกล่าว โดยศาลยุโรปชั้นต้นเห็นว่าคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปมิได้นำสืบให้ได้มาตรฐานเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงความตกลงระหว่างผู้ประกอบการทั้งสามรายที่มีการตกลงกำหนดราคาสินค้าของตนให้เท่ากัน หรือมีการตกลงในการกำหนดอัตราส่วนลดแก่ลูกค้า โดยให้ลงโทษเฉพาะพฤติกรรมการตกลงกำหนดสัดส่วนการจำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบการ 2 รายให้แก่บริษัท Fiat ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตรถยนต์ในประเทศอิตาลีเท่านั้น เนื่องจากคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปได้แสดงให้เห็นถึงความตกลงที่ชัดเจนระหว่างผู้ประกอบการทั้งสองราย โดยถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 101 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป⁹⁷

และสำหรับข้อกล่าวหาว่าพฤติกรรมดังกล่าวข้างต้น ถือเป็นการที่ผู้ประกอบการทั้งสามรายใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ อันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปนั้น ศาลยุโรปชั้นต้นยืนยันว่าการก้าวกัดดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตราดังกล่าว บัญญัติครอบคลุมทั้งกรณีที่มีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียว และโดยผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทั้งทางกฎหมาย และทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกัน แต่มีความสัมพันธ์ในรูปแบบที่ผูกพันซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจด้วย ซึ่งนับเป็นการตีความบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวที่บัญญัติว่า “one or more undertakings may abuse dominant position” ให้กว้างขึ้นกว่าเดิมซึ่งจำกัดการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวเฉพาะกับผู้ประกอบการหลายรายที่อยู่ในกลุ่มธุรกิจเดียวกันเท่านั้น แต่ทั้งนี้ ศาลยุโรปชั้นต้นในคดีดังกล่าวได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า การพิสูจน์ถึงการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันนั้น ไม่อาจนำมารับรู้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบได้โดยทันที⁹⁸

ดังนั้น ในท้ายที่สุดศาลยุโรปชั้นต้นจึงได้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปในส่วนที่กล่าวหาว่าผู้ประกอบการทั้งสามรายมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจ

⁹⁷ *ibid.*, p.119.

⁹⁸ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, pp.92 - 95.

เหนือตลาดร่วมกัน และมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ เนื่องจาก คณะกรรมการสหภาพยุโรปมิได้พิสูจน์ให้เห็นถึงข้อมูลส่วนที่เป็นสาระสำคัญอันเกี่ยวกับการใช้อำนาจร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการทั้งสามราย กล่าวคือ มิได้พิสูจน์ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการอันจะทำให้ผู้ประกอบการทั้งสามรายมีการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันต่อคู่แข่งหรือลูกค้า โดยที่คณะกรรมการสหภาพยุโรปเพียงแต่ใช้ข้อเท็จจริงที่กล่าวหาว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการทั้งสามรายฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน มากกล่าวหาว่าพฤติกรรมเช่นนั้นฝ่าฝืนบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยเช่นเดียวกันแต่เพียงเท่านั้น⁹⁹

อย่างไรก็ดี แม้สุดท้ายศาลยุโรปชั้นต้นจะมีคำวินิจฉัยให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าว แต่ในวงนักรวิชาการนั้น ถือได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าว โดยเฉพาะส่วนที่กล่าวถึงสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทั้งทางกฎหมาย และทางเศรษฐกิจแยกออกจากกัน เป็นการเริ่มต้นยอมรับแนวคิดใหม่เกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายโดยศาลเป็นครั้งแรก แต่ทั้งนี้ คำพิพากษาดังกล่าวก็ยังมีได้มีความชัดเจนถึงหลักเกณฑ์ องค์ประกอบของการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน¹⁰⁰ ซึ่งภายหลังจากคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ ก็มีการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในลักษณะดังกล่าวจากคำพิพากษาในคดีที่เกิดขึ้นหลังจากคดีนี้เรื่อยมา¹⁰¹

3.2.4.2 คำพิพากษาคดี *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij (Almelo)*¹⁰²

ในคดีนี้ถือได้ว่าฝ่ายบริหารต่างๆ ของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ได้ยอมรับแนวคิดเดียวกันเกี่ยวกับการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายที่อาจเกิดขึ้นได้ แม้ผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นจะมีสถานะทั้งทางกฎหมาย และทางเศรษฐกิจแยกออกจากกันเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้เกี่ยวกับตลาดการจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าในประเทศเนเธอร์แลนด์ซึ่งมีลักษณะโครงข่ายทางธุรกิจเริ่มต้นจากผู้ผลิตทำสัญญาผลิตกระแสไฟฟ้าให้แก่ผู้จัด

⁹⁹ Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p.147.

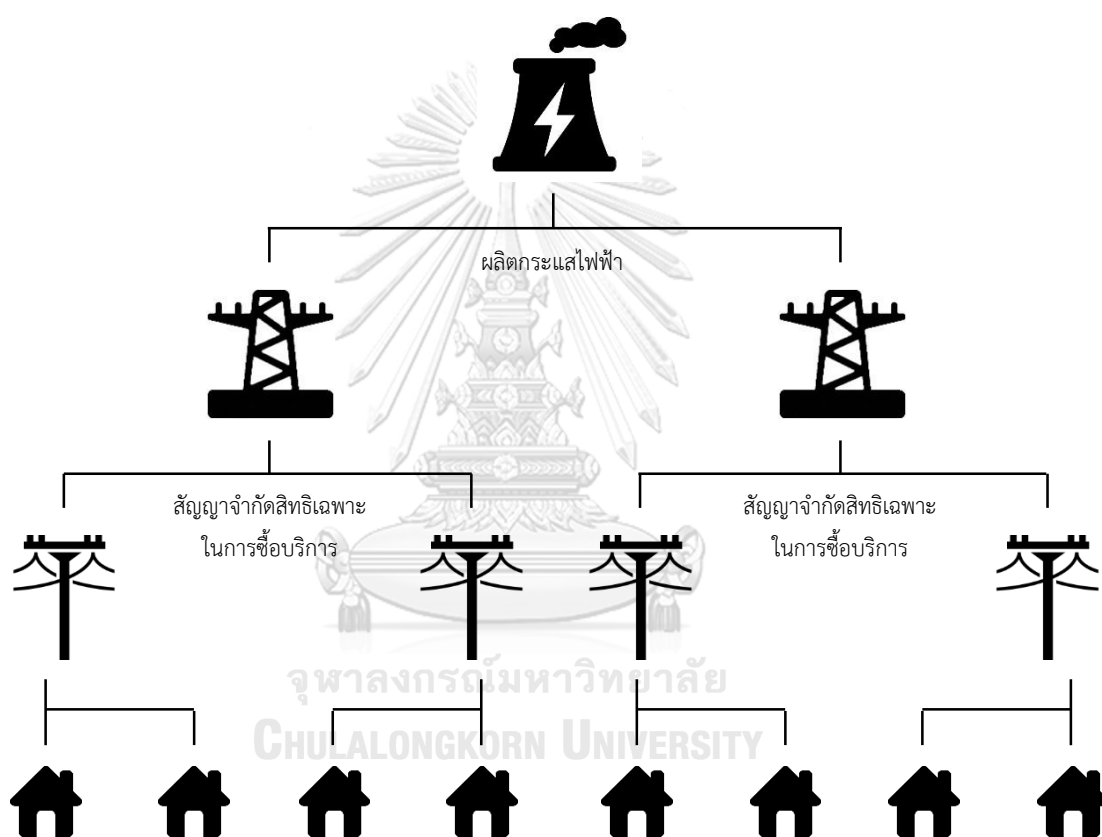
¹⁰⁰ *ibid.*

¹⁰¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.579.

¹⁰² Case C-393/92, *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1477.

จำหน่ายระดับภูมิภาค หลังจากนั้นผู้จัดจำหน่ายระดับภูมิภาคจึงจะเข้าทำสัญญาจำหน่ายกระแสไฟฟ้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายระดับท้องถิ่น ซึ่งอาจเป็นหน่วยงานระดับจังหวัดหรือเทศบาล และหลังจากนั้นผู้จัดจำหน่ายระดับท้องถิ่นจะเป็นผู้ทำสัญญาจำหน่ายกระแสไฟฟ้าให้แก่ผู้บริโภคตามลำดับ ยกเว้นแต่ในกรณีของพื้นที่ชนบทซึ่งผู้จัดจำหน่ายระดับภูมิภาคจะเป็นผู้จำหน่ายกระแสไฟฟ้าให้แก่ผู้บริโภคโดยตรง

รูปที่ 7 ภาพแสดงการจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าในประเทศเนเธอร์แลนด์



การดำเนินการหาผู้จัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าระดับภูมิภาคนั้น เป็นระบบการให้สัมปทานการจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าที่มีได้ให้สิทธิจำกัดเฉพาะแก่ผู้จัดจำหน่ายระดับภูมิภาครายใดรายหนึ่ง กล่าวคือ ผู้ประกอบการรายอื่นๆ อาจเข้าเป็นตัวแทนจัดจำหน่ายเพิ่มเติมได้อีกด้วย ดังนั้นเพื่อที่จะเอาชนะระบบการให้สัมปทานที่ไม่จำกัดสิทธิเฉพาะดังกล่าวนี้ ผู้จัดจำหน่ายระดับภูมิภาคแต่ละรายจึงรวมตัวกัน จัดตั้งเป็นสมาคมผู้ให้บริการกระแสไฟฟ้าแห่งเนเธอร์แลนด์ขึ้นซึ่งมีการร่วมกันจัดทำข้อสัญญาจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าของตนให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยในสัญญาจำหน่ายกระแสไฟฟ้าที่ผู้จัดจำหน่ายระดับภูมิภาคทำกับผู้จัดจำหน่ายระดับท้องถิ่น ล้วนมีข้อสัญญาจำกัดสิทธิ

เฉพาะในการซื้อบริการ ทำให้ผู้จัดจำหน่ายระดับท้องถิ่นที่ต้องการนำเข้ากระแสไฟฟ้าจากรัฐสมาชิกอื่นไม่สามารถกระทำได้โดยผลของข้อสัญญาดังกล่าว

ศาลแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice) เห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวนั้นส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดดังกล่าว โดยเฉพาะข้อสัญญาที่ห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายระดับท้องถิ่นจัดหากระแสไฟฟ้าจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดการจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าดังกล่าวได้ ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่เกิดขึ้นจากการตกลงรูปแบบของสัญญามาตรฐานของสมาชิกสมาคมผู้ให้บริการกระแสไฟฟ้าแห่งเนเธอร์แลนด์ โดยให้สมาชิกทุกรายจัดทำข้อสัญญาเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จึงเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 101 ว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน

ส่วนข้อสัญญาดังกล่าวจะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบหรือไม่นั้น ศาลแห่งสหภาพยุโรปให้ศาลของรัฐสมาชิกพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าระดับภูมิภาคดังกล่าว ว่ามีความแข็งแกร่งเพียงพอที่จะทำให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันขึ้นระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้นหรือไม่¹⁰³ หากพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความสัมพันธ์ที่แข็งแกร่งเพียงพอ ศาลแห่งสหภาพยุโรปก็เห็นว่าการใช้อำนาจดังกล่าวผูกมัดผู้จัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าระดับท้องถิ่นซึ่งให้ซื้อกระแสไฟฟ้าจากตนแต่เพียงเท่านั้น ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปแล้ว

แม้ศาลจะมีได้ให้รายละเอียดที่จะใช้พิจารณาว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดจำหน่ายที่แข็งแกร่งเพียงพอจะก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นมีลักษณะอย่างไร แต่ก็กล่าวได้ว่า คำพิพากษาของศาลแห่งสหภาพยุโรปดังกล่าว ได้ยืนยันข้อสรุปที่ว่าหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้น ล้วนยอมรับการปรับใช้แนวคิดเกี่ยวกับการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันแก่ผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแตกต่างกัน¹⁰⁴

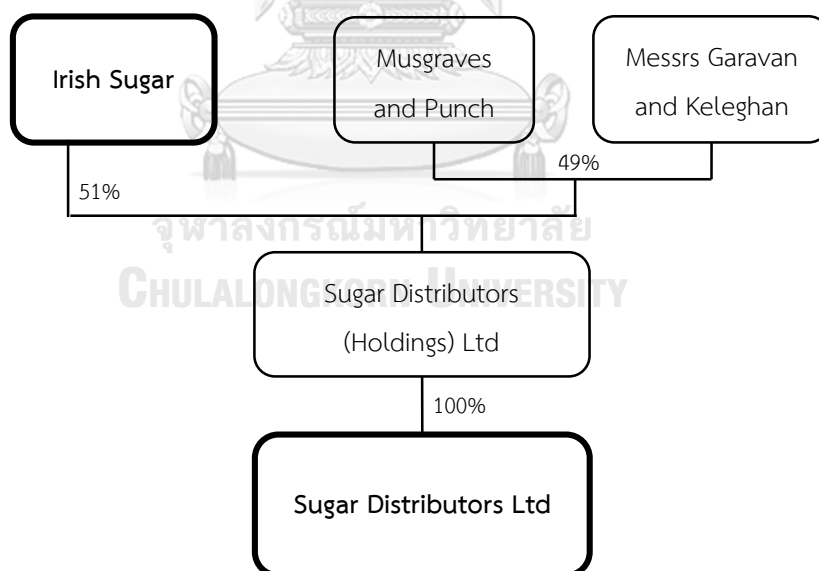
¹⁰³ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, p.319.

¹⁰⁴ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, pp.96 - 98.

3.2.4.3 คำพิพากษาคดี *Irish Sugar plc v Commission (Irish Sugar)*¹⁰⁵

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ เกี่ยวกับพฤติกรรมของบริษัท Irish Sugar ซึ่งเป็นผู้ผลิตน้ำตาลเพียงรายเดียวในประเทศไอร์แลนด์ โดยมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดน้ำตาลสำหรับอุตสาหกรรม 90% และมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดน้ำตาลสำหรับขายปลีก 85% โดยที่บริษัท Irish Sugar จะดำเนินการจัดจำหน่ายสินค้าโดยบริษัท Sugar Distributors Ltd (SDL) ซึ่งเป็นบริษัทลูกที่ถือหุ้นทั้งหมดโดยบริษัท Sugar Distributors (Holdings) Ltd (SDH) และบริษัท Irish Sugar ถือหุ้น 51% ในบริษัท Sugar Distributors (Holdings) Ltd ทำให้กล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองบริษัทนั้นมีความใกล้ชิดกันมาก แต่ยังไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานเศรษฐกิจเดียวกัน (single economic entity)¹⁰⁶ เนื่องจากการที่บริษัท Irish Sugar ถือหุ้นเพียง 51% ของบริษัทในเครือของบริษัท Sugar Distributors Ltd นั้น ตามทฤษฎีหน่วยงานเศรษฐกิจเดียวกันนั้น ผู้ประกอบการหลายรายจะถือว่าเป็นหน่วยงานเศรษฐกิจเดียวกัน ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบการรายหนึ่งถือหุ้นทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมดของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง¹⁰⁷

รูปที่ 8 ภาพแสดงโครงสร้างความสัมพันธ์ของบริษัท Irish Sugar และบริษัท Sugar Distributor Ltd



¹⁰⁵ Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II-2969, [1999] 5 CMLR 1300

¹⁰⁶ Damian Chalmers, Gareth Davies, and Giorgio Monti, *European Union Law: Text and Materials*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), p.999.

¹⁰⁷ Okeoghene Odudu and David Bailey, "The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law," *Common Market Law Review* 51(2014): 1749.

บริษัท Sugar Distributors Ltd นั้นมีความผูกพันตามสัญญาที่จะต้องซื้อน้ำตาลที่จำหน่ายทั้งหมดมาจากเฉพาะบริษัท Irish Sugar เท่านั้น และในการจัดการส่งเสริมการขาย บริษัท Irish Sugar จะเป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมด และจะเป็นผู้ชดเชยค่าใช้จ่ายที่บริษัท Sugar Distributors Ltd ได้ให้ส่วนลดแก่ลูกค้าทั้งหมดด้วยเช่นกัน โดยที่ทั้งสองบริษัทจะมีการประชุมร่วมกันในแต่ละเดือนเพื่อเป็นการปรึกษาหารือเกี่ยวกับราคาสินค้าและนโยบายส่งเสริมการขาย

ในคดีนี้ศาลแห่งสหภาพยุโรปจึงเห็นว่าบริษัท Irish Sugar นั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยมีสถานะอำนาจเหนือตลาดรายเดียวในตลาดผู้ผลิตน้ำตาลซึ่งเป็นตลาดต้นน้ำ และจากความสัมพันธ์ดังกล่าวระหว่างบริษัท Irish Sugar และบริษัท Sugar Distributors Ltd คณะกรรมาธิการยุโรปจึงยังเห็นว่า ทั้งสองบริษัทมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในตลาดน้ำตาลทั้งหมดคือตลาดน้ำตาลสำหรับอุตสาหกรรมและตลาดน้ำตาลสำหรับขายปลีกอีกด้วย แม้ว่าความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการทั้งสองรายจะมีลักษณะความสัมพันธ์แบบแนวดิ่งก็ตาม แต่ผู้ประกอบการทั้งสองรายมีความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจเพียงพอที่ทำให้เกิดสถานะของการร่วมกันขึ้นในตลาดสินค้านี้¹⁰⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์นั้นส่งผลให้ผู้ประกอบการทั้งสองรายสามารถมีพฤติกรรมเป็นอิสระจากคู่แข่งหรือลูกค้าของตน อันก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน¹⁰⁹

บริษัท Irish Sugar มีพฤติกรรมการให้ส่วนลดเฉพาะราย โดยเลือกให้ส่วนลดแก่เฉพาะลูกค้าที่ได้ซื้อน้ำตาลที่ต้องการทั้งหมดจากบริษัท Sugar Distributors Ltd แต่มีการซื้อน้ำตาลส่วนหนึ่งมาจากบริษัท ASI International Foods ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งที่นำเข้าน้ำตาลจากประเทศฝรั่งเศสมาขายในประเทศไอร์แลนด์ เพื่อที่จะทำให้ลูกค้ารายดังกล่าวนั้นซื้อน้ำตาลตามความต้องการทั้งหมดจากบริษัท Sugar Distributors Ltd แต่เพียงผู้เดียว

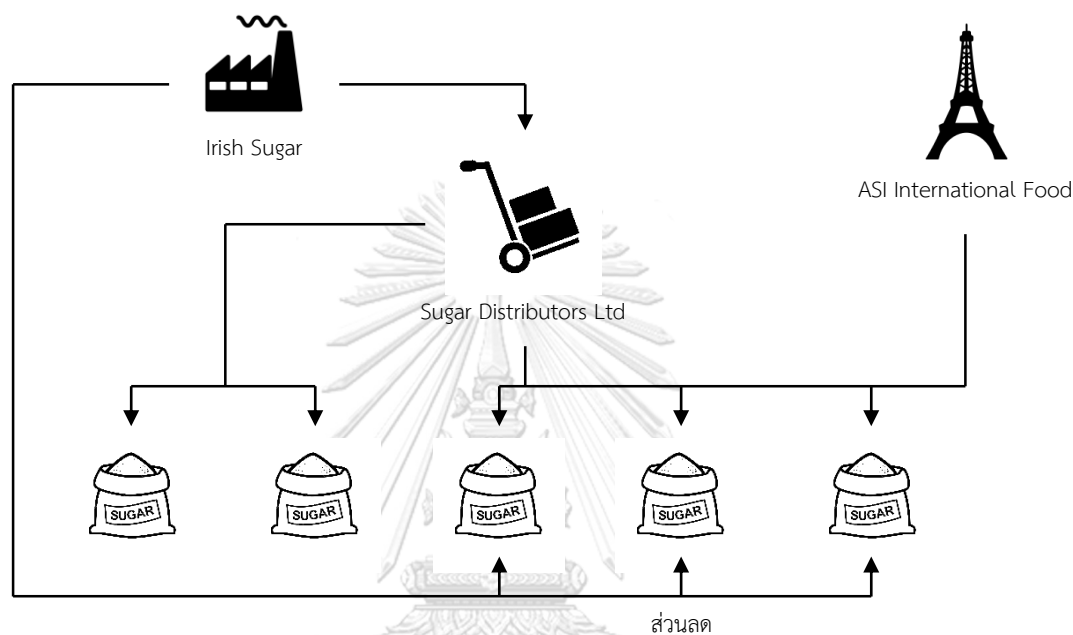
นอกจากนี้บริษัท Irish Sugar ยังมีพฤติกรรมการให้ส่วนลดแก่ผู้ประกอบการที่จำหน่ายน้ำตาลของตนอยู่ในบริเวณชายแดนของประเทศไอร์แลนด์ที่ติดกับประเทศไอร์แลนด์เหนือ เพื่อมิให้ผู้ประกอบการในบริเวณดังกล่าวรับน้ำตาลที่นำเข้ามาจากประเทศไอร์แลนด์เหนือมาจำหน่าย และยังมีพฤติกรรมการให้ส่วนลดค่าความจงรักภักดี โดยให้ส่วนลดดังกล่าวแก่ผู้ประกอบการธุรกิจขายส่งสินค้าในประเทศไอร์แลนด์ ซึ่งเดิมได้มีการจำหน่ายทั้งสินค้าของบริษัท Sugar Distributors Ltd และบริษัท ASI International Foods โดยบริษัท Irish Sugar ตกลงจะจำหน่ายน้ำตาลให้ในราคาพิเศษ หากผู้ประกอบการธุรกิจขายส่งรายดังกล่าวจำหน่ายเฉพาะน้ำตาลจากบริษัท

¹⁰⁸ Ioannis Kokkoris, *Competition Cases from the European Union*, p.93.

¹⁰⁹ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, p.322.

Sugar Distributors Ltd เท่านั้น ส่วนสินค้าของบริษัท ASI International Foods ที่ผู้ประกอบการธุรกิจขายส่งรับมาจำหน่ายแล้วนั้น บริษัท Irish Sugar ยินดีให้นำมาแลกเปลี่ยนเป็นสินค้าของตนเพื่อไปจำหน่ายแทน

รูปที่ 9 ภาพแสดงตัวอย่างพฤติกรรมของบริษัท Irish Sugar



ศาลแห่งสหภาพยุโรปจึงเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวทั้งหมด เป็นการที่บริษัท Irish Sugar ใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ ซึ่งการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบนั้น ไม่จำเป็นที่ผู้ประกอบการทุกรายที่ร่วมกันถือครองสถานะดังกล่าวจะต้องร่วมกันมีพฤติกรรมเช่นนั้น หากเพียงแต่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเพียงรายเดียวจากบรรดาผู้ประกอบการหลายรายที่ร่วมกันถือครองสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบ ก็ถือเป็นความผิดตามบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปได้เช่นเดียวกัน¹¹⁰

คำพิพากษาในคดีนี้ จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งสองประการด้วยกัน กล่าวคือ เป็นการยืนยันแนวคิดของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปว่า แม้ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะอยู่ในลักษณะแนวตั้ง ก็อาจก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้ นอกจากนี้ยังเป็นการแสดงให้เห็นอีกว่า พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบนั้น อาจเกิดขึ้นได้จาก

¹¹⁰ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, pp.107 - 110.

พฤติกรรมของหนึ่งในผู้ประกอบการหลายราย ที่ร่วมกันถือครองสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันก็ได้ โดยไม่จำเป็นที่พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบจะต้องเป็นพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการทุกรายที่ถือครองสถานะดังกล่าว¹¹¹ ส่งผลให้เกิดข้อดีในการป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดในการจำกัดการแข่งขันได้อย่างสะดวกมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ แม้ว่าสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นจะถูกถือครองโดยผู้ประกอบการหลายราย แต่หากมีเพียงรายเดียวที่มีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน โดยใช้กลยุทธ์ทางการขายต่างๆ ทำให้คู่แข่งรายอื่นๆ ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปก็สามารถลงโทษปรับแก่ผู้ประกอบการรายดังกล่าวเพียงรายเดียวได้ และนอกจากนี้ยังเป็นการเพิ่มภาระหน้าที่แก่ผู้จำหน่ายสินค้าที่มีได้มีสถานะอำนาจเหนือตลาดในตัวเอง แต่มีความสัมพันธ์อย่างเหนียวแน่นกับผู้ผลิตที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาด ทำให้ผู้จำหน่ายสินค้าดังกล่าวมีความรับผิดชอบที่จะไม่ขัดขวางการแข่งขันในตลาด และหากมีความพยายามที่จะปกป้องสถานะดังกล่าวในตลาดของผู้ผลิตเอาไว้ เช่น มีการทำลายผู้ขายปลีกที่ขายสินค้าของคู่แข่งเช่นนี้ก็จะทำให้คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปสามารถลงโทษผู้จำหน่ายสินค้านั้นได้ด้วย¹¹²

อย่างไรก็ดี มีนักวิชาการในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปส่วนหนึ่งเห็นว่าคำพิพากษาในคดีนี้เป็นตัวอย่างของคำพิพากษาที่มีชื่อเสียงในทางที่ไม่ดีที่สุดตัวอย่างหนึ่ง โดยเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวมีความไม่ถูกต้องเหมาะสม เนื่องจากคณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปมีการตีความอำนาจในการควบคุมการประกอบธุรกิจจากเอกสารต่างๆ ระหว่างบริษัท Irish Sugar และบริษัท Sugar Distributors Ltd ที่เกินเลยไป ทำให้สรุปว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการทั้งสองรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน มิใช่มีเพียงบริษัท Irish Sugar ที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดแต่เพียงรายเดียว จนทำให้ศาลแห่งสหภาพยุโรปเลือกที่จะจัดการกับกรณีดังกล่าวด้วยแนวคิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันด้วยเช่นกัน¹¹³

อีกทั้งยังมีเหตุผลดังที่ได้กล่าวแล้วว่า ในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้น ผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีสถานะของการร่วมกันหรือปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันในตลาด ซึ่งหมายความว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีความผูกพัน

¹¹¹ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, p.322.

¹¹² Giorgio Monti, "The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC," *Common Market Law Review* 38, 1 (2001): 143.

¹¹³ Barry E. Hawk and Giorgio A. Motta, "Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem," in *Antitrust Between EC Law and National Law : VI Conference*, pp.85 - 86.

ที่จะต้องมีพฤติกรรมร่วมกันด้วย จึงจะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบในแนวคิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน¹¹⁴

ดังนั้น คำพิพากษาในคดีดังกล่าวจึงถูกคัดค้านว่าเป็นคำพิพากษาที่ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ควรมีการตีความในลักษณะดังกล่าวที่จำกัดเฉพาะข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวนี้เท่านั้น ส่งผลให้คำพิพากษาดังกล่าวคงเป็นเพียงคำพิพากษาเดียวที่พิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันในแนวตั้ง¹¹⁵

3.2.4.4 คำพิพากษาคดี *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission (Compagnie Maritime Belge)*¹¹⁶

คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับกลุ่มผู้ประกอบการสายการบินเรือในเส้นทางจากสาธารณรัฐซาอีร์ (ปัจจุบันคือสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก) สาธารณรัฐแองโกลา ไปยังกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (ยกเว้นสหราชอาณาจักร) โดยที่ผู้ประกอบการสายการบินเรือในเส้นทางเดินเรือดังกล่าว ได้มีการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นสมาคมสายการบินเรือ เรียกว่า Associated Central West Africa Lines (CEWAL) ซึ่งการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นสมาคมดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าเป็นความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจที่แข็งแกร่งเพียงพอจะทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิกของสมาคมปรากฏออกเป็นตัวตนเดียวกัน หรือมีสถานะของการร่วมกัน และนอกจากนั้น ธุรกิจสายการบินเรือในเส้นทางจากสาธารณรัฐซาอีร์ ไปยังกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปทั้งหมด ให้บริการโดยกลุ่มสมาชิกของสมาคม CEWAL นี้เท่านั้น จึงถือได้ว่ามีสถานะอำนาจเหนือตลาดในตลาดธุรกิจสายการบินเรือในเส้นทางดังกล่าว ทำให้กลุ่มผู้ประกอบการสายการบินเรือที่เป็นสมาชิกสมาคมมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ในการประชุมสมาคมสายการบินเรือขึ้น สมาชิกของสมาคม CEWAL ได้มีการตกลงร่วมกันมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อกำจัดผู้ประกอบการสายการบินเรือซึ่งเป็นคู่แข่งหลักของสมาคม CEWAL ได้แก่บริษัท Grimaldi และบริษัท Cobelfret ซึ่ง

¹¹⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.581 - 582.

¹¹⁵ Frederic Depoortere and Giorgio Motta, "The Doctrine of Collective Dominance: All Together Forever?" [Online] Available from: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-doctrine-of-collective-dominance-all-together-forever/>

¹¹⁶ Joined cases C-395/96P and 396/96P, *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission* [2000] ECR I-1365, [2000] 4 CMLR 1076

เป็นผู้ประกอบการสายการบินเรือสัญชาติอิตาลีและเบลเยียม ให้ออกไปจากตลาดสายการบินเรือในเส้นทางจากสาธารณรัฐซาอีร์ ไปยังกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

พฤติกรรมของสมาคม CEWAL ดังกล่าวได้แก่ การที่สมาคม CEWAL ทำสัญญากับหน่วยงานการขนส่งทางเรือของสาธารณรัฐซาอีร์ (Ogefrem) ซึ่งเป็นหน่วยงานเดียวที่มีอำนาจออกใบรับรองการบรรทุกสินค้า เรียกว่า ข้อตกลง CEWAL - Ogefrem โดยมีการตกลงจำกัดสิทธิการรับขนส่งสินค้าจากสาธารณรัฐซาอีร์ ให้สิทธิเฉพาะสมาชิกของสมาคม CEWAL เท่านั้นที่มีสิทธิในการรับสินค้าจากสาธารณรัฐซาอีร์ได้ และสมาชิกของสมาคม CEWAL จะให้ส่วนลดค่าระวางสินค้าแก่ผู้ส่งสินค้าจากสาธารณรัฐซาอีร์

และเมื่อปรากฏภายหลังว่าหน่วยงานการขนส่งทางเรือของสาธารณรัฐซาอีร์ได้อนุญาตให้บริษัท Grimaldi และบริษัท Cobelfret เข้ามารับขนส่งสินค้าจากสาธารณรัฐซาอีร์ด้วย ทำให้ CEWAL เสียส่วนแบ่งตลาดในเส้นทางเดินเรือดังกล่าวไป 2% สมาชิกของสมาคม CEWAL ก็ได้เรียกร้องให้หน่วยงานดังกล่าวปฏิบัติตามข้อสัญญา โดยให้หน่วยงานนั้นปฏิเสธการรับขนส่งสินค้าของทั้งบริษัท Grimaldi และบริษัท Cobelfret เพื่อให้ผู้ประกอบการทั้งสองออกไปจากตลาดดังกล่าว อันเป็นการกระทำเพื่อรักษาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของตนเองไว้

นอกจากนี้พฤติกรรมที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งของสมาชิกสมาคม CEWAL ได้แก่การเลือกขายตัดราคาอันส่งผลเป็นการกำจัดคู่แข่งออกจากตลาด ซึ่งในทางธุรกิจเรียกพฤติกรรมนี้เรียกว่า Fighting Ship คือ การที่สมาชิกของสมาคม CEWAL นั้น ประชุมกันเพื่อกำหนดค่าระวางสินค้าอัตราพิเศษในการให้บริการขนส่งสินค้า ในรอบการเดินเรือที่มีกำหนดการเดินเรือใกล้เคียงกับกำหนดการเดินเรือของบริษัท Grimaldi และบริษัท Cobelfret มากที่สุด ซึ่งอัตราค่าระวางสินค้าในรอบการเดินเรือดังกล่าวจะแตกต่างไปจากค่าระวางที่สมาคม CEWAL กำหนดเป็นปกติ และมีได้อยู่บนเงื่อนไขทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ มิได้นำต้นทุนมาเป็นปัจจัยกำหนดอัตราค่าระวางในรอบการเดินเรือดังกล่าว เพียงแต่กำหนดอัตราค่าระวางให้มีอัตราต่ำกว่าอัตราค่าระวางของบริษัท Grimaldi และบริษัท Cobelfret ซึ่งได้ประกาศโฆษณาเอาไว้เท่านั้น ซึ่งทำให้สมาชิกสมาคม CEWAL ได้รับประโยชน์โดยที่สามารถกำจัดคู่แข่งหลักออกไปจากตลาดดังกล่าว และยังสามารถกำหนดราคาค่าระวางให้สูงขึ้นในรอบการเดินเรือที่ไม่ได้มีการแข่งขันในลักษณะดังกล่าวอีกด้วย

สมาชิกของสมาคม CEWAL ยังมีพฤติกรรมตกลงกันให้ส่วนลดค่าระวางแก่ผู้ส่งสินค้า ที่ดำเนินการส่งสินค้าทั้งหมดผ่านสายการบินเรือที่เป็นสมาชิกของสมาคม CEWAL เท่านั้น และยังกำหนดบัญชีสำหรับผู้ส่งสินค้าที่มิได้ส่งสินค้าทั้งหมดผ่านสายการบินเรือที่เป็นสมาชิกของสมาคม CEWAL อีกด้วย

ถึงแม้ว่าพฤติกรรมการดังกล่าวทั้งหมดจะได้รับยกเว้นตามกฎหมายให้กระทำได้ (block exemption) จึงไม่ถือเป็นความผิดต่อบทบัญญัติในมาตรา 101 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน แต่ศาลในคดีนี้ก็ได้อธิบายต่อไปว่าการกระทำเดียวกันนั้นอาจเป็นการฝ่าฝืนต่อทั้งบทบัญญัติในมาตรา 101 และมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปได้ในเวลาเดียวกัน ดังนั้น แม้จะได้รับยกเว้นมิให้ถือเป็นความผิดตามมาตรา 101 แต่ก็อาจเป็นความผิดตามมาตรา 102 ได้ เนื่องจากผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมการดังกล่าวไม่อาจนำข้อยกเว้นเช่นนั้นมาใช้กับบทบัญญัติมาตรา 102 ได้

ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคม CEWAL จะมีความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบเอาไว้ 3 ประการ¹¹⁷ กล่าวคือ

ก. จะต้องพิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีการแสดงออกร่วมกันเป็นตัวตนเดียวต่อผู้ประกอบการอื่นๆ และผู้บริโภค

ข. เมื่อมีตัวตนร่วมกันดังกล่าวเกิดขึ้นแล้ว จะต้องพิสูจน์ได้ว่าตัวตนดังกล่าวมีสถานะอำนาจเหนือตลาด อันทำให้ผู้ประกอบการหลายรายที่รวมกันเป็นตัวตนนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน และ

ค. ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป การมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันทำได้เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายไม่ ดังนั้น ผู้ประกอบการที่มีสถานะดังกล่าวจะต้องมีพฤติกรรมอันเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบด้วย

ลำดับแรก ในการจะปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 102 ในกรณีนี้ซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการหลายราย จะต้องมีการประเมินทางเศรษฐกิจก่อนว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการนั้น สามารถเกิดขึ้นได้แม้ระหว่างผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทั้งทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกัน

โดยศาลจะต้องพิจารณาให้ได้ความก่อน ว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะของการร่วมกัน อันได้แก่การพิจารณาว่าผู้ประกอบการดังกล่าวมีการปรากฏออกเป็นตัวตนเดียวกันต่อผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งเป็นคู่ค้า คู่แข่งขัน หรือผู้บริโภคหรือไม่ ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้อง

¹¹⁷ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, p.320.

พิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบการ ว่ามีอยู่หรือไม่ในกรณีนี้ โดยที่แม้ว่าผู้ประกอบการหลายรายซึ่งเป็นสมาชิกในสมาคมดังกล่าว จะมีความสัมพันธ์กันเนื่องจากการตกลงของสมาคมสายการบินเรือ หรือมีการกระทำร่วมกันในลักษณะของมาตรา 101 แต่เพียงความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้ ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน หากเพียงแต่เมื่อมีการปรับใช้ หรือดำเนินการตามข้อตกลงดังกล่าวแล้ว ประกอบกับลักษณะของโครงสร้างของตลาดนั้น จะส่งผลให้ผู้ประกอบการหลายรายนั้นเชื่อมโยงกันด้วยพฤติกรรมในตลาด และมีการแสดงตนออกต่อผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งเป็นคู่แข่ง คู่ค้า หรือผู้บริโภคนั้น ในลักษณะที่เป็นตัวตนเดียวกัน

ลำดับถัดมา เมื่อพบว่าผู้ประกอบการดังกล่าวมีสถานะของการร่วมกันแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาต่อไปว่าตัวตนร่วมกันเช่นนั้น มีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งศาลจะพิจารณาโดยอาศัยการประเมินทางเศรษฐศาสตร์ กล่าวคือ พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง รวมถึงปัจจัยอื่นๆ ซึ่งในกรณีนี้ พบว่าตลาดดังกล่าว ได้แก่ เส้นทางการบินเรือขนส่งสินค้าจากสาธารณรัฐชวาฮ์ ไปยังกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ได้มีการให้บริการขนส่งสินค้าโดยสมาชิกของสมาคม CEWAL ทั้งหมด ถือได้ว่าผู้ประกอบการซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคม CEWAL นั้น มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

และในลำดับสุดท้าย เมื่อคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปได้พิสูจน์ให้เห็นถึงพฤติกรรมต่างๆ ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นของผู้ประกอบการต่อศาลแห่งสหภาพยุโรปแล้ว ศาลจึงเห็นว่าพฤติกรรมต่างๆ เหล่านี้ของผู้ประกอบการ มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป

จึงกล่าวได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวนี้ ได้สร้างความชัดเจนขึ้นอย่างมาก เกี่ยวกับการพิสูจน์ความผิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการหลายราย โดยที่ศาลได้ยืนยันอีกครั้งหนึ่งว่าบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปนั้น สามารถปรับใช้ได้ทั้งในกรณีที่เป็นผู้ประกอบการรายเดียว และผู้ประกอบการหลายรายซึ่งแม้จะมีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกัน แต่มองจากมุมมองทางเศรษฐกิจแล้วพบว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกัน¹¹⁸

คำพิพากษาดังกล่าวยังให้ข้อพิจารณาอีกว่า สถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันอาจเกิดขึ้นได้ทั้งจากแนวทางการปรับใช้ข้อตกลงในสัญญา และความสัมพันธ์หรือปัจจัยอื่นๆ

¹¹⁸ Ioannis Kokkoris, *Competition Cases from the European Union*, p.90.

ที่เป็นผลให้เกิดความเชื่อมโยงระหว่างผู้ประกอบการหลายรายขึ้น อย่างไรก็ตาม นอกจากความสัมพันธ์ตามสัญญาหรือตามกฎหมายแล้ว การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันยังอาจขึ้นอยู่กับปัจจัยเชื่อมโยงอื่นๆ อีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประเมินลักษณะของโครงสร้างตลาดก็ เป็นสิ่งสำคัญเช่นกัน¹¹⁹

3.2.4.5 คำพิพากษาคดี *Airtours plc v Commission (Airtours)*¹²⁰

คดีนี้ นักวิชาการด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในยุโรปถือว่าเป็นคำพิพากษาที่เป็นการพัฒนาแนวทางการบังคับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่ผู้ประกอบการหลายรายเป็นอย่างมาก¹²¹ โดยที่คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการควบรวมกิจการในตลาดผู้ให้บริการด้านการท่องเที่ยว เที่ยวบินเช่าเหมาลำ และโรงแรม ซึ่งมีผู้ให้บริการหลักในตลาดดังกล่าวเพียง 4 ราย และปรากฏว่ามีผู้ประกอบการในตลาดดังกล่าว 2 รายจะทำการควบรวมกิจการกัน ซึ่งภายหลังจากการควบรวมกิจการ จะทำให้ผู้ประกอบการ 3 รายแรกในตลาดการบริการแก่นักท่องเที่ยวในสหราชอาณาจักร มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 79% ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปเชื่อว่าหากยินยอมให้มีการดำเนินการดังกล่าว จะทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในตลาด และผู้ประกอบการอาจมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้าได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกัน แต่สามารถมีวิธีการในการบริหารจัดการ เพื่อให้ผู้ประกอบการแต่ละรายมีพฤติกรรมการประกอบธุรกิจในทำนองเดียวกัน จนส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในตลาดดังกล่าวได้ จึงมีคำวินิจฉัยมิให้ผู้ประกอบการทั้งสองรายทำการควบรวมกิจการกัน¹²²

ในคดีนี้ ศาลยุโรปชั้นต้นเห็นว่าคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปเพียงแต่แสดงให้เห็นว่าภายหลังจากการควบรวมกิจการจะทำให้เกิดการกระจุกตัวในตลาด แต่มิได้แสดงให้เห็นถึงการพิจารณาอย่างเพียงพอถึงองค์ประกอบที่จะก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันขึ้นระหว่างผู้ประกอบการทั้งสามรายที่จะคงเหลืออยู่ภายหลังการควบรวมกิจการอย่างเพียงพอ โดยที่ศาลยุโรปชั้นต้นได้กำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนยิ่งขึ้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ อันเป็นองค์ประกอบสำคัญของการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการ

¹¹⁹ ibid.

¹²⁰ Case T-342/9, *Airtours plc v Commission* [2002] ECR II-2585, [2002] 5 CMLR 7

¹²¹ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.115.

¹²² Ioannis Kokkoris, *Competition Cases from the European Union*, pp.146 - 147.

หลายราย ในฐานะที่เป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดสถานะของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ โดยศาลยุโรป
 ชี้แจงกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นในการพิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าวไว้ 3 ประการ ได้แก่¹²³

ก. ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการ
 แต่ละรายสามารถรับรู้และติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ ซึ่งก่อให้เกิดความเป็นไป
 ได้ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้โดยปราศจากการตกลงโดยชัดแจ้ง โดย
 ที่ปริมาณความโปร่งใสในตลาดจะเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นได้

ข. ผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีการร่วมมือกันโดยปริยายในลักษณะ
 ถาวรอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเป็นระยะเวลานาน

ค. พฤติกรรมตอบโต้ที่คาดหมายได้ของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันใน
 ปัจจุบัน หรือในอนาคต รวมถึงผู้บริโภค ไม่อาจขัดขวางเป้าหมายของการมีพฤติกรรมที่เป็นไปใน
 แนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้

กล่าวโดยสรุป ผู้ประกอบการแต่ละรายจะต้องสามารถรับรู้กิจกรรมของ
 ผู้ประกอบการรายอื่นๆ และสามารถนำมาประยุกต์เป็นกลยุทธ์ทางการขายของตน ให้มีลักษณะ
 เช่นเดียวกับกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ นั้นได้ และจะต้องมีการกระทำในลักษณะนี้เป็นระยะเวลานาน
 โดยที่หากผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมดังกล่าวแล้ว จะทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาด
 ไม่อาจแข่งขันกับผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันกลุ่มนี้ได้

ในภายหลังก่อมา ปรากฏว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวทั้งสามประการนั้น
 กลายเป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการ
 หลายรายในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป¹²⁴ คดีที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีคำพิพากษานี้ ก็จะนำ
 หลักเกณฑ์ดังกล่าวทั้งสามข้อมาเป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาสถานะของการร่วมกัน อันเป็น
 องค์ประกอบสำคัญของสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน¹²⁵ โดยที่คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรป
 จะต้องแสดงให้เห็นถึงหลักฐานที่เพียงพอตามหลักเกณฑ์ทั้งสามข้อ อันถือเป็นมาตรฐานทางกฎหมาย
 จึงเห็นได้ว่าคดีดังกล่าวเป็นการพัฒนาการปรับใช้แนวคิดเรื่องสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของ
 ผู้ประกอบการให้มีความชัดเจนขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ

¹²³ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, p.326.

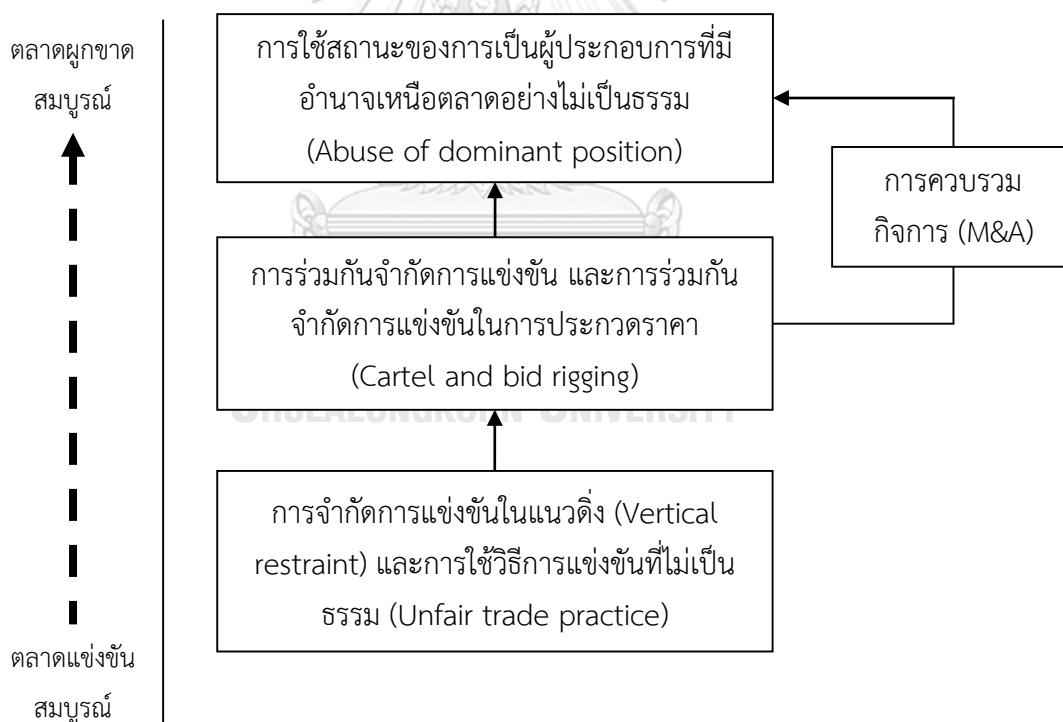
¹²⁴ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.120.

¹²⁵ Case T-193/02, *Laurent Piau v Commission*, [2005] ECR II-2585, [2002] 5 CMLR 317

3.3 ประเทศเกาหลีใต้

บทบัญญัติหลักในการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศเกาหลีใต้ อยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งเรียกว่า The Monopoly Regulation and Fair Trade Act (the MRFTA) โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นมีการถูกแก้ไขมาแล้วจนถึงปัจจุบันเป็นจำนวนทั้งสิ้น 48 ครั้ง ในปัจจุบันกฎหมายฉบับดังกล่าวแบ่งออกเป็น 14 หมวด รวมทั้งสิ้น 71 มาตรา ซึ่งครอบคลุมถึงประเด็นการกำกับดูแลพฤติกรรมที่เป็นมาตรฐานของนโยบายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าอันได้แก่ การใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม การร่วมกันจำกัดการแข่งขันหรือการร่วมกันจำกัดการแข่งขันในการประกวดราคา การควบรวมกิจการ และการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งหรือการใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม¹²⁶ ซึ่งสามารถสรุปเป็นแผนภาพได้ดังนี้

รูปที่ 10 แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้¹²⁷



¹²⁶ Cecil Saehoon Chung and Kyoung Yeon Kim, "South Korea," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, eds. Katrina Groshinski and Caitlin Davies (Hague: Kluwer Law International, 2015), p.635.

¹²⁷ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย, หน้า 30.

การกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายในประเทศเกาหลีใต้ ก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ในวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 2007 นั้น ได้กำกับดูแลพฤติกรรมดังกล่าว โดยการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 19 ของ MRFTA เป็นหลัก¹²⁸ โดยที่บทบัญญัติดังกล่าวนี้สามารถปรับ

¹²⁸ Article 19 (Prohibition of Unfair Collaborative Acts)

“(1) No enterpriser shall agree with other enterprisers by contract, agreement, resolution, or any other means, to jointly engage in any of the act falling under any of the following subparagraphs, which unfairly restrict competition (hereafter referred to as the “unfair collaborative act”) or allow any other enterpriser to perform such unfair collaborative act:

1. The act of fixing, maintaining or changing the price;
2. The act of determining terms and conditions for the transaction of goods or services, or for payment of price thereof;
3. The act of restricting production, delivery, transportation, or transaction of goods or of restricting transaction of services;
4. The act of limiting the territory of trade or counterparty thereof;
5. The act of preventing or restricting the establishment or extension of facilities or the installation of equipment necessary for the production of goods or the rendering of services;
6. The act of restricting kinds and standards of goods or services when they are produced or traded;
7. The act of jointly carrying out, managing the main parts of business or establishing a company, etc. to jointly carry out and manage it;
8. The act of collusion of successful bidder, bidding price, other items which are determined by the Presidential Decree when it comes to bidding or auction; or

(2) The provision of paragraph (1) shall not apply, where unfair collaborative practices are authorized by the Fair Trade Commission as meeting the requirements specified in Presidential Decree, where they are conducted for the purposes listed in any of the following subparagraphs:

1. Industry rationalization;
2. Research and technology development;
3. Overcoming economic depression;
4. Industrial restructuring;
5. Rationalization of trade terms and conditions; or
6. Enhancement of competitiveness of small and medium enterprises.

(3) Any relevant policies with respect to the standards, methods, and procedures of authorization under paragraph (2) and modification of authorized matters shall be determined by Presidential Decree.

(4) Any contract, etc. stipulating to improper concerted acts listed in paragraph (1) shall be null and void between enterprisers.

(5) Where two or more enterprisers are committing any acts listed in the subparagraphs of paragraph (1) that practically restrict competition in a particular business area, they shall be presumed to have committed an

ใช้แก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่มีการตกลงร่วมกัน ทั้งในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง และในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมิได้มีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง แต่มีพฤติกรรมเหมือนกันอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย

เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวในอดีตนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (Korea Fair Trade Commission: KFTC) มีภาระการพิสูจน์ถึงการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นความผิดเพียง 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก KFTC มีภาระการพิสูจน์ว่ามีผู้ประกอบการอย่างน้อย 2 รายมีพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติมาตรา 19 วรรคหนึ่งของ MRFTA ในพื้นที่ธุรกิจเดียวกัน และประการที่สองคือ KFTC มีภาระการพิสูจน์ว่าพฤติกรรมดังกล่าว นั้นส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน หากพิสูจน์ได้ทั้ง 2 ประการแล้ว จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้มีการตกลงร่วมกันมีพฤติกรรมอันส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ โดยที่ KFTC ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีการตกลงเช่นนั้นระหว่างผู้ประกอบการ¹²⁹ ทำให้สามารถกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายได้โดยง่าย

แต่ต่อมาภายหลังจากมีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 19 ของ MRFTA ในวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 2007 การแก้ไขครั้งดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อภารกิจกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ การแก้ไขบทบัญญัติครั้งดังกล่าวทำให้ KFTC มีภาระการพิสูจน์ถึงการร่วมกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการหลายรายที่เพิ่มมากขึ้น โดยที่บทบัญญัติมาตรา 19 ของ MRFTA ในปัจจุบัน¹³⁰ กำหนดให้ KFTC ต้องพิสูจน์ว่ามีการตกลงระหว่าง

unfair collaborative act despite the absence of an explicit agreement to engage in such act. (ก่อนการแก้ไขในวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 2007)”

¹²⁹ Hwang Chou Oh, "The Critical Analysis on the Recent Supreme Court of Korea's Case with regard to the Collective Dominant Position by Compared with the Positions of the U.S. and E.U.," [Online] Accessed: 14 August 2017. Available from: <http://m.blog.daum.net/syberlawyer/11159032?categoryId=782865>

¹³⁰ Article 19 (Prohibition of Unfair Collaborative Acts)

(1) No enterpriser shall agree with other enterprisiers by contract, agreement, resolution, or any other means, to jointly engage in an act falling under any of the following subparagraphs, which unfairly restrict competition (hereafter referred to "unfair collaborative act") or allow any other enterpriser to perform such unfair collaborative act:

1. Fixing, maintaining or changing the price;
2. Determining terms and conditions for the transaction of goods or services, or for payment of prices thereof;

ผู้ประกอบการเพิ่มขึ้นจากเดิมอีกด้วย ทำให้การกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขาย
น้อยรายเป็นไปได้ง่ายมากยิ่งขึ้น¹³¹

3. Restricting production, delivery, transportation, or transaction of goods or restricting transaction of services;

4. Limiting the area in which a transaction takes place or the transaction counterpart;

5. Preventing or restricting the establishment or extension of facilities or the installation of equipment necessary for the production of goods or the rendering of services;

6. Restricting kinds and standards of goods or services when they are produced or traded;

7. Jointly carrying out, managing the main parts of business or establishing a company, etc. to jointly carry out and manage it;

8. Deciding successful bidder, successful auctioneer, bidding price, highest price or contract price, and other matters prescribed by Presidential Decree;

9. Practically restricting competition in a particular business area by means of interfering or restricting the activities or contents of business by other enterprisers (including the enterpriser who has conducted the activity), which is other than the act referred to in subparagraphs 1 through 8.

(2) The provision of paragraph (1) shall not apply, where unfair collaborative acts are authorized by the Fair Trade Commission as satisfying the requirements prescribed by Presidential Decree, and they are conducted for any of the following purposes:

1. Industry rationalization;

2. Research and technology development;

3. Overcoming economic depression;

4. Industrial restructuring;

5. Rationalization of trade terms and conditions;

6. Improvement of competitiveness of small and medium enterprises.

(3) Necessary matters with respect to the standards, methods, and procedures of authorization under paragraph (2) and modification of authorized matters shall be determined by Presidential Decree.

(4) Any contract, etc. stipulating unfair collaborative acts referred to in paragraph (1) shall be null and void between enterprisers.

(5) Where two or more enterprisers conduct an act falling under any subparagraph of paragraph (1), it shall be presumed that the enterprisers have made an agreement to conduct an act falling under any subparagraph of paragraph (1) when it is highly probable to reckon that they collectively did the act, taking into accounts the characteristic of the relevant transaction, goods or services, economic reasons and ripple effects of the relevant activity, frequency, mode, etc. of contact among the enterpriser.

(6) The Fair Trade Commission may prescribe and announce the standards for examination of unfair collaborative acts.

¹³¹ Hwang Chou Oh, "The Critical Analysis on the Recent Supreme Court of Korea's Case with regard to the Collective Dominant Position by Compared with the Positions of the U.S. and E.U." [Online] Available from: <http://m.blog.daum.net/syberlawyer/11159032?categoryId=782865>

จึงนำมาสู่การพิจารณาปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายแทนบทบัญญัติมาตรา 19 ดังกล่าว ซึ่งบทบัญญัตินี้ถูกบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 3-2 ของ MRFTA ดังนี้

“Article 3-2 (Prohibition of Abuse of Market-Dominating Position)

(1) No market-dominating enterpriser shall commit any act falling under any of the following subparagraphs:

1. Unreasonably determining, maintaining or changing the price of products or services;
2. Unreasonably controlling the sale of commodities or provision of services;
3. Unreasonably obstructing the business activities of other enterprisers;
4. Unreasonably impeding the participation of new competitors;
5. Unfairly excluding competitors, or doing considerable harm to the interests of consumers.

(2) Categories or standards for abusive acts may be determined by Presidential Decree.”

บทบัญญัตินี้ดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงลักษณะของการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในประเทศเกาหลีใต้ ว่าเป็นการกำกับดูแลตามแนวทางควบคุมพฤติกรรม กล่าวคือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ ไม่ได้ห้ามการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ เพราะฉะนั้นการที่ผู้ประกอบการไม่ว่าเพียงรายเดียวหรือหลายรายมีสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่ได้เป็นความผิดในตัวเอง แต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้มุ่งกำกับดูแลมิให้ผู้ประกอบการที่มีสถานะดังกล่าว ใช้สถานะเช่นว่านั้นอย่างไม่เป็นธรรม¹³² ซึ่งการใช้สถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม อาจเกิดขึ้นโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียว หรือโดยผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะดังกล่าวในตลาดที่เกี่ยวข้องก็ได้¹³³

¹³² Shin Kwangshik, "The Treatment of Market Power in Korea," *Review of Industrial Organization* 21(2002): 120.

¹³³ Mark Furse, *Antitrust Law in China, Korea and Vietnam* (New York: Oxford University Press, 2009), p.248.

3.3.1 หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ได้ให้นิยามของการมีสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยเรียกผู้ประกอบการที่มีสถานะดังกล่าวว่า “ผู้ประกอบการวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ซึ่งบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 2 วรรค 7 ของ MRFTA ว่า

“Article 2 (Definitions)

...

7. The term “market-dominating enterpriser” means any enterpriser who can determine, maintain, or change the prices, quantity, quality or other terms and conditions of business of products or services as a supplier or customer in a particular business area unilaterally or collectively with other enterpriser, his/her market share, whether and to what extent barriers to market entry exist, and the relative size of competitive enterprisiers shall be comprehensively taken into account;”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าว อาจสรุปได้ว่าการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการวิสาหกิจนั้น สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีที่มีผู้ประกอบการเพียงรายเดียวมีสถานะอำนาจเหนือตลาด และกรณีที่ต้องมีผู้ประกอบการหลายรายจึงจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาด โดยมีหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ในการพิจารณาดังต่อไปนี้

3.3.1.1 ส่วนแบ่งตลาด

หลักเกณฑ์ประการแรกที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้จะนำมาใช้ในการพิจารณา ว่าผู้ประกอบการรายใดจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบการวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด คือเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด¹³⁴

ก่อนมีการแก้ไขกฎหมายในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 KFTC จะใช้วิธีการประกาศรายชื่อของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบการวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเป็นประจำทุกปี โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคือ เป็นผู้ประกอบการรายเดียวที่มีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 50% หรือเป็นผู้ประกอบการ 2 ถึง 3 รายที่มีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 75% แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 10% หากผู้ประกอบการมีลักษณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว KFTC จะถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบการวิสาหกิจซึ่ง

¹³⁴ Danny Abir, "Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13, 2 (1996): 156.

มีอำนาจเหนือตลาดและจะเป็นผู้จัดทำรายชื่อผู้ประกอบการที่มีสถานะดังกล่าวออกมาในลำดับถัดไป¹³⁵

เมื่อผู้ประกอบการรายใดมีสถานะดังกล่าวเนื่องจากมีส่วนแบ่งตลาดเข้าหลักเกณฑ์ประการใดประการหนึ่งแล้ว ผู้ประกอบการนั้นไม่อาจพิสูจน์หักล้างได้ว่าตนไม่มีอำนาจเหนือตลาด อีกทั้งยังไม่อาจพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าเกณฑ์ดังกล่าวมีอำนาจเหนือตลาดได้¹³⁶

แต่ภายหลังจากการแก้ไขกฎหมายในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 เพื่อเป็นการสนับสนุนให้มีการแข่งขันทางการค้ามากขึ้น KFTC จึงยกเลิกการประกาศรายชื่อผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งผู้ประกอบการไม่อาจพิสูจน์หักล้างสถานะดังกล่าวได้¹³⁷ และบัญญัติข้อสันนิษฐานลักษณะของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้แทนในมาตรา 4 ของ MRFTA ว่า

“Article 4 (Presumption of Market-Dominating Enterpriser)

An enterpriser (excluding an enterpriser whose annual amount of sales or purchase in a particular business is less than 4 billion won) whose market share in a particular business area falls under any of the following subparagraphs shall be presumed a market-dominating enterpriser referred to in subparagraph 7 of Article 2:

1. Market share of one enterpriser is 50/100 or more;
2. The combined market share of three or less enterprisiers is 75/100 or more: *Provided*, that those whose market share is less than 10/100 shall be excluded therefrom.”

ดังนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าผู้ประกอบการในประเทศเกาหลีใต้จะถูกสันนิษฐานว่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หากมีส่วนแบ่งตลาดตามที่บัญญัติไว้ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

¹³⁵ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, หน้า 4 - 6.

¹³⁶ Shin Kwangshik, "The Treatment of Market Power in Korea," Review of Industrial Organization: 120.

¹³⁷ ศิริศักดิ์ จึงถาวรธรรม, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก," หน้า 283.

ก. กรณีที่ผู้ประกอบการเพียงรายเดียว มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป

ข. กรณีที่ผู้ประกอบการจำนวน 3 ราย หรือน้อยกว่านั้น มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป แต่ไม่รวมถึงผู้ประกอบการรายที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่าร้อยละ 10

ในทางปฏิบัติ การพิจารณาถึงการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดในประเทศเกาหลีใต้ นั้น KFTC จะให้ความสำคัญกับปัจจัยเกี่ยวกับอัตราส่วนแบ่งตลาดเป็นอย่างมาก¹³⁸ หากผู้ประกอบการรายหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 50 หรือผู้ประกอบการจำนวน 2 ถึง 3 รายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 75 แล้ว ผู้ประกอบการแต่ละรายอาจถูกสันนิษฐานได้ว่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

อย่างไรก็ดี แม้จะมีจำนวนผู้ประกอบการหลายราย แต่ถ้าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน ดังนี้ จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายที่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะดังกล่าวเป็นผู้ประกอบการเพียงรายเดียวเท่านั้น มิได้มีการแยกพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการในบริษัทในเครือออกจากกัน ซึ่งเป็นไปตามอนุบัญญัติเพื่อการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดและการค้าที่เป็นธรรม (Enforcement Decree of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act) มาตรา 4 (3)¹³⁹ ดังนั้นหากผู้ประกอบการหลายรายในบริษัทในเครือเดียวกันมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 50 ขึ้นไปแล้ว ย่อมถือว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

จะเห็นได้ว่าข้อสันนิษฐานว่าด้วยส่วนแบ่งตลาดในลักษณะดังกล่าว คล้ายกับหลักเกณฑ์การมีสถานะอำนาจเหนือตลาดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในอดีตเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ทั้งสถานะการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว และของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย ล้วนต้องมีเงื่อนไขเกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาด คือ ผู้ประกอบการรายหนึ่งจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป หรือกรณีผู้ประกอบการหลายรายนั้น ก็จะต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไปเช่นเดียวกัน หากแต่เพียงว่าในประเทศเกาหลีใต้ นั้น แม้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะมีความสำคัญอย่างมาก แต่ก็

¹³⁸ Cecil Saehoon Chung, Sung Bom Park, and In Seon Choi, "Dominance: Korea," [Online] Accessed: 1 August 2017. Available from: <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/35/dominance-korea/>

¹³⁹ Article 4 (Methods of Calculating Sales or Purchase)

...

(3) The relevant enterpriser and his/her affiliated companies shall be deemed one enterpriser in the application of subparagraph 7 of Article 2 and Article 4 of the Act.

เพียงข้อสันนิษฐานซึ่งจะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ อีกหลายประการ มิได้พิจารณาการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการจากส่วนแบ่งตลาดแต่เพียงเท่านั้น¹⁴⁰

โดยที่ในการพิจารณาหาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการนั้น KFTC ได้กำหนดวิธีการหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง มีหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้¹⁴¹

ก. ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (goods or services market) คือ ตลาดที่ประกอบด้วยสินค้าหรือบริการซึ่งใช้ทดแทนกันได้ โดยใช้การทดสอบการตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ (SSNIP Test) และพิจารณาถึงความคล้ายคลึงของลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการ ทักษะของผู้ซื้อหรือผู้ขายสินค้าหรือบริการ รวมถึงพิจารณาตามมาตรฐานการแบ่งแยกประเภทของอุตสาหกรรมในประเทศเกาหลี

ข. ตลาดภูมิศาสตร์ (geographical market) คือ การใช้การทดสอบการตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ (SSNIP Test) เพื่อค้นหาขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ที่แคบที่สุดที่ผู้ซื้อยังไม่เปลี่ยนใจหันไปซื้อสินค้าอื่นทดแทนสินค้าที่ขึ้นราคา และพิจารณาถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการ ค่าใช้จ่ายในการขนส่ง ทักษะของผู้ซื้อหรือผู้ขาย รวมถึงความยากง่ายในการเปลี่ยนแปลงการใช้สินค้าหรือบริการของผู้บริโภคทั้งในแง่ของเวลา ความประหยัด และในแง่ของกฎระเบียบข้อบังคับต่างๆ

ค. ระดับขึ้นการค่า เช่น ระดับการผลิต การขายส่ง และการขายปลีก เป็นต้น

ง. คู่ค้าขาย กล่าวคือ พิจารณาจากลักษณะของผู้ซื้อหรือผู้ขายสินค้าซึ่งตอบสนองต่อสินค้าและบริการ ซึ่งจะแบ่งเป็นกลุ่มๆ ตามประเภทของสินค้า พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ หรือระดับขึ้นการค่า

จึงสรุปได้ว่า ปัจจัยเกี่ยวกับอัตราส่วนแบ่งตลาดของสถานะการเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในกรณีของผู้ประกอบการหลายรายนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก ผู้ประกอบการหลายรายที่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน กรณีเช่นว่านี้เพียงผู้ประกอบการหลายรายนั้นเป็นผู้ประกอบการเพียงรายเดียว ดังนั้นหากผู้ประกอบการหลายรายดังกล่าวมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 50 ในตลาดที่เกี่ยวข้องแล้วก็จะถือว่ามิใช่สถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และในกรณีที่สอง ผู้ประกอบการจำนวน 2

¹⁴⁰ Korea Fair Trade Commission, "Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position," (13 August 2013).

¹⁴¹ ibid.

ถึง 3 รายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 75 ในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น ก็จะถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดได้เช่นกัน

3.3.1.2 ยอดขาย

จากบทบัญญัติมาตรา 4 ของ MRFTA นั้นแสดงให้เห็นว่า นอกจากผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องถึงร้อยละ 50 หรือร้อยละ 75 แล้วแต่กรณีแล้ว ยังจะต้องประกอบไปด้วยอีกองค์ประกอบหนึ่ง คือ ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องมียอดขายรายปีไม่ต่ำกว่า 4,000 ล้านบาทในปีที่ผ่านมา จึงจะถือว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

อย่างไรก็ดี แม้ผู้ประกอบการรายใดจะมียอดขายเกิน 4,000 ล้านบาทในปีที่ผ่านมา แต่หากผู้ประกอบการรายนั้นมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องไม่ถึงร้อยละ 10 เช่นนี้ตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ผู้ประกอบการรายนั้นย่อมหลุดพ้นจากข้อสันนิษฐานว่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

3.3.1.3 ปัจจัยอื่นๆ

แนวปฏิบัติการใช้สถานะอำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ ซึ่งออกโดย KFTC อันมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรฐานในการพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 3-2 หรือไม่ มีการกำหนดปัจจัยต่างๆ ที่ใช้ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ร่วมกับส่วนแบ่งตลาดและยอดขายด้วยด้วย¹⁴² กล่าวคือ

ก. อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด กล่าวคือ หากปรากฏว่าผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้ง่าย แม้ผู้ประกอบการจะมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด แต่ก็มีโอกาสสูงที่จะถือได้ว่าผู้ประกอบการรายนั้นมิได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด¹⁴³

ข. ขนาดของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกัน กล่าวคือ หากผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันมีขนาดของธุรกิจใหญ่กว่าธุรกิจของผู้ประกอบการที่กำลังถูกพิจารณานั้น ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบการที่กำลังถูกพิจารณานั้นมิได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่ง

¹⁴² ibid.

¹⁴³ ibid.

ขนาดธุรกิจของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันนั้น อาจพิจารณาได้จากส่วนแบ่งตลาดของคู่แข่ง ปริมาณการผลิตสินค้าของคู่แข่ง ปริมาณการซื้อและขายวัตถุดิบของคู่แข่ง และสภาพคล่องทางการเงินของคู่แข่ง¹⁴⁴

ค. ความเป็นไปได้ในการมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ กล่าวคือ หากผู้ประกอบการหลายรายนั้นสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้โดยง่ายไม่จำเป็นการร่วมกันโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายเกี่ยวกับราคาหรือปริมาณ ผู้ประกอบการเหล่านั้นก็อาจถูกพิจารณาได้ว่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งความเป็นไปได้นี้ดังกล่าวนี้ อาจพิจารณาได้จากเงื่อนไขทั้ง 6 ประการ¹⁴⁵ ดังต่อไปนี้

1) มีการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าหรือบริการระหว่างผู้ประกอบการนั้น จนผิดปกติเมื่อเปรียบเทียบกับราคาเฉลี่ยของสินค้าหรือบริการนั้นในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน

2) มีการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าหรือบริการระหว่างผู้ประกอบการนั้น จนสูงกว่าราคานำเข้าหรือส่งออกสินค้าหรือบริการดังกล่าวเมื่อรวมอัตราศุลกากรและค่าขนส่งแล้ว

3) ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันนั้น มีส่วนแบ่งตลาดคงที่เป็นระยะเวลาหลายปี และมีการเปลี่ยนแปลงปริมาณอุปสงค์ของสินค้าหรือบริการน้อยมาก

4) ปริมาณอุปทานสินค้า และปริมาณการผลิต การจำหน่าย เงื่อนไขในการซื้อสินค้าระหว่างผู้ประกอบการนั้นมีปริมาณที่เหมือนกัน

5) การเก็บข้อมูลการประกอบธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการหลายรายนั้น สามารถทำได้โดยง่าย

6) ในอดีตผู้ประกอบการหลายรายนั้นเคยมีพฤติกรรมร่วมกันโดยมิชอบมาก่อน

ง. การคงอยู่ของสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะคล้ายกัน ในตลาดที่ใกล้ชิดกัน กล่าวคือ หากตลาดสินค้าหรือบริการที่กำลังพิจารณาอยู่นั้น อาจได้รับผลกระทบจากสินค้าหรือบริการที่คล้ายคลึงกัน ในตลาดที่ใกล้เคียงกันโดยง่าย เช่นนี้ อาจถือได้ว่าผู้ประกอบการที่กำลังถูกพิจารณาอยู่นั้นมิได้มีสถานะอำนาจเหนือตลาด¹⁴⁶

¹⁴⁴ ibid.

¹⁴⁵ ibid.

¹⁴⁶ ibid.

จ. อำนาจในการแบ่งแยกตลาดออกจากกัน กล่าวคือ หากปริมาณการซื้อหรือขายวัตถุดิบของผู้ประกอบการที่กำลังถูกพิจารณานั้น มีปริมาณเท่ากับส่วนแบ่งตลาดที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 4 แห่ง MRFTA เช่นนี้ อาจถือว่าผู้ประกอบการรายนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด¹⁴⁷

ฉ. สภาพคล่องทางการเงิน กล่าวคือ หากผู้ประกอบการที่กำลังถูกพิจารณานั้น มีสภาพคล่องทางการเงินสูงกว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆ เช่นนี้ มีโอกาสสูงที่ผู้ประกอบการนั้นจะถือว่ามีสถานะอำนาจเหนือตลาด ซึ่งสภาพคล่องทางการเงินนั้นอาจพิจารณาได้จากปริมาณการเคลื่อนย้ายของทุน ยอดขาย กำไร กำไรสุทธิ กระแสเงินสด ความเป็นไปได้ในการเข้าถึงตลาดทุน เป็นต้น¹⁴⁸

ช. ปัจจัยต่างๆ ที่อาจส่งผลต่อการพิจารณาได้ เช่น การติดต่อทางธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการในตลาด การพัฒนาทางเทคโนโลยี การถือครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งล้วนส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้¹⁴⁹

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งปรากฏอยู่ใน MRFTA และแนวปฏิบัติสำหรับการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว พบว่าในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายจะถูกพิจารณาว่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในประเทศเกาหลีใต้นั้น ยังคงมีความชัดเจนเพียง 2 กรณีคือ กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายซึ่งมีความสัมพันธ์กันในลักษณะของบริษัทในเครือเดียวกัน ในกรณีนี้จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นเป็นผู้ประกอบการรายเดียวกัน และพิจารณาหลักเกณฑ์ต่างๆ ตามเงื่อนไขของการมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว

ส่วนอีกกรณีหนึ่ง คือ กรณีที่ผู้ประกอบการจำนวน 2 หรือ 3 รายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งนอกจากจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 75 ขึ้นไปแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่นๆ เช่น ความเป็นไปได้ในการมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่งจะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับอัตราส่วนแบ่งตลาดอีกด้วย ทั้งนี้ ตามแนวปฏิบัติสำหรับการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมดังกล่าว นั้น ความเป็นไปได้ในการมีพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นครอบคลุมถึงทั้งการมีพฤติกรรมร่วมกัน

¹⁴⁷ *ibid.*

¹⁴⁸ *ibid.*

¹⁴⁹ *ibid.*

โดยชัดแจ้งและการร่วมกันโดยปริยายด้วย แต่ความเป็นไปได้ในการมีพฤติกรรมร่วมกันนั้นยังอาจเกิดจากการพิจารณาจากเงื่อนไขต่างๆ ในตลาด โดยมีได้พิจารณาว่าผู้ประกอบการได้มีพฤติกรรมร่วมกันนั้นจริงหรือไม่ กล่าวคือ การพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดที่คงที่ หรือการที่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีความโปร่งใสมาก ทำให้ผู้ประกอบการสามารถเก็บข้อมูลการประกอบธุรกิจระหว่างกันได้โดยง่ายเพียงเท่านี้ก็เพียงพอที่จะถือว่ามีความเป็นไปได้ในการมีพฤติกรรมร่วมกันแล้ว โดยไม่จำเป็นที่ผู้ประกอบการหลายรายจะต้องมีพฤติกรรมร่วมกันแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี กลุ่มผู้ปฏิบัติงานด้านกฎหมายในประเทศเกาหลีใต้ยังคงมีความเห็นว่าการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้นั้น มิได้มีการนำแนวคิดของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป เรื่องการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยผลของความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในตลาด ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกเป็นอิสระจากกัน ทำให้ถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกันมาใช้ในการพิจารณา ว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ กล่าวคือ นอกจากกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีความสัมพันธ์กันในลักษณะเป็นบริษัทในเครือเดียวกันซึ่งจะถือเป็นผู้ประกอบการรายเดียวแล้ว หากผู้ประกอบการหลายรายมีลักษณะเป็นไปตาม MRFTA และแนวปฏิบัติการใช้สถานะอำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ จะถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นต่างมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด¹⁵⁰ ซึ่งทำให้การกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดหลายรายในประเทศเกาหลีใต้นั้น เป็นไปอย่างกว้างขวางมากกว่าในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปในบางกรณี ถึงแม้ว่าในประเทศเกาหลีใต้จะมีได้นำแนวคิดเรื่องสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันอย่างในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปมาปรับใช้ก็ตาม¹⁵¹ ทั้งนี้ เพราะผู้ประกอบการแต่ละรายไม่จำเป็นต้องร่วมกันมีพฤติกรรม อันเป็นการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ก็ถือเป็นความผิดต่อกฎหมายได้

¹⁵⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, Regulatory Reform in Korea (Paris: OECD Publications, 2000), p.181.

¹⁵¹ Cecil Saehoon Chung, Sung Bom Park, and In Seon Choi, "Dominance: Korea." [Online] Available from: <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/35/dominance-korea/>; Gene Oh Kim, Young Joon Kim, and Marai Hajiyerou, "Antimonopoly & Unilateral Conduct: Korea," [Online] Accessed: 30 July 2017. Available from: <http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/jurisdictions/35/korea/>

3.3.2 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย ในทางมิชอบ

บทบัญญัติมาตรา 3-2 แห่ง MRFTA อาจแยกพิจารณาองค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายในทางมิชอบได้ออกเป็น 2 องค์ประกอบ ได้แก่

3.3.2.1 เป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายราย

องค์ประกอบแรกของความผิดในการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายโดยมิชอบ คือ ผู้ประกอบการนั้นจะต้องเป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยที่ KFTC จะพิจารณาถึงความสำคัญกับส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการมากที่สุด กล่าวคือ หากผู้ประกอบการหลายรายที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นบริษัทในเครือเดียวกันมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 50 หรือผู้ประกอบการจำนวน 2 หรือ 3 รายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 75 หรือมากกว่านั้น ผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นจะถูก KFTC สันนิษฐานทันทีว่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และเป็นภาระของผู้ประกอบการนั้นที่จะต้องพิสูจน์ถึงเงื่อนไขหรือปัจจัยอื่นๆ ที่แสดงให้เห็นว่าตนมิได้มีสถานะดังกล่าว¹⁵²

ถึงแม้ว่านักวิชาการจำนวนมากจะเห็นว่าสถานะของการเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น น่าจะสามารถหมายความรวมถึงการมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกันแบบกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้ก็ตาม กล่าวคือ กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายในประเทศเกาหลีใต้ที่มีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกัน แต่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจทำให้สามารถมีพฤติกรรมเหมือนกันราวกับมีการตกลงร่วมกัน ก็อาจถือว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดรายหนึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 4 ของ MRFTA ได้

แต่โดยผลของคำพิพากษาของศาลในประเทศเกาหลีใต้ ทำให้แม้ในบทบัญญัติมาตรา 4 จะมีกรณีการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดระหว่างผู้ประกอบการหลายรายก็ตาม แต่การตีความบทบัญญัติดังกล่าวนั้นก็จะถูกจำกัดว่า ผลของการพิจารณาสถานะผู้ประกอบการ

¹⁵² Gene Oh Kim, Young Joon Kim, and Marai Hajiyerou, "Antimonopoly & Unilateral Conduct: Korea." [Online] Available from: <http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/jurisdictions/35/korea/>

วิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในตลาดผู้ขายน้อยราย มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น ไม่รวมถึงการร่วมกันถือครองอำนาจเหนือตลาด หรือการร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายแต่อย่างใด¹⁵³ เว้นแต่กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีความสัมพันธ์กันในลักษณะของบริษัทในเครือเดียวกัน ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น

กล่าวโดยสรุป สถานะของการเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวนี้ จึงเป็นสถานะตามกฎหมายที่มีผลผูกพันต่อผู้ประกอบการแต่ละรายแยกต่างหากจากกัน ถึงแม้ว่าในการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและปัจจัยบางประการอาจจะต้องมีการพิจารณา ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายก็ตาม ดังนั้นผู้ประกอบการแต่ละรายจึงมีภาระเป็นของตนเอง ในการระมัดระวังมิให้มีพฤติกรรมอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศ เกาหลีใต้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆ จะมีพฤติกรรมร่วมกันกับตนด้วยหรือไม่

3.3.2.2 มีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

องค์ประกอบประการถัดมาของความผิดในการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายโดยมิชอบ คือ ผู้ประกอบการจะต้องมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดนั้น โดยมิชอบ และดังที่กล่าวแล้วว่า ในปัจจุบันยังเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้มิได้นำแนวคิดเรื่องพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในแบบของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปมาใช้¹⁵⁴ ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงมิได้มีการจำกัดว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีพฤติกรรมร่วมกันจึงจะเป็นความผิด¹⁵⁵ กล่าวคือ แม้เพียงผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเพียงรายเดียวมีพฤติกรรมการใช้ อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้นก็ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว

¹⁵³ Sai Ree Yun, Seuk Joon Lee, and Sangwook Daniel Han, "Korea," in *Dominance 2010*, eds. Thomas Janssens and Thomas Wessely (London: Law Business Research, 2009), p. 151; Young Jin Jung, In Sang Kim, and Ju Hyun Park, "Korea," in *The Dominance and Monopolies Review*, eds. Maurits Dolmans and Henry Mostyn (London: Law Business Review, 2017), p.237.

¹⁵⁴ Gene Oh Kim, Young Joon Kim, and Marai Hajjyerou, "Antimonopoly & Unilateral Conduct: Korea." [Online] Available from: <http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/jurisdictions/35/korea/>

¹⁵⁵ Cecil Saehoon Chung, Sung Bom Park, and In Seon Choi, "Dominance: Korea." [Online] Available from: <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/35/dominance-korea/>

โดยที่พฤติกรรมอันถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบได้ถูกบัญญัติไว้ใน MRFTA มาตรา 3-2 ข้อ 1. 2. 3. 4. หรือ 5. ได้แก่

ก. การกระทำอันเป็นการกำหนด รักษา หรือเปลี่ยนแปลงราคาสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ข. การกระทำอันเป็นการควบคุมการขายโภคภัณฑ์หรือการจัดบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ค. การกระทำอันเป็นการขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบวิสาหกิจอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ง. การกระทำอันเป็นการกีดกันการมีส่วนร่วมของผู้แข่งขันรายใหม่โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และ

จ. การกระทำอันเป็นการกำจัดผู้แข่งขันรายอื่นๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างมาก

โดยที่พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้น ศาลฎีกาของประเทศเกาหลีใต้ได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่า ผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นจะต้องมีเจตนาที่จะจำกัดการแข่งขันด้วย และให้ KFTC มีภาระการพิสูจน์ในประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวนี้ KFTC จึงมีหน้าที่แสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการนั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ โดยที่ผู้ประกอบการนั้นมีเจตนาต้องการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งจริง¹⁵⁶ แต่ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นตลาดสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการรายนั้นมีอำนาจเหนือตลาดอยู่เสมอไป¹⁵⁷

3.3.3 ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายรายและการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า การกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในประเทศเกาหลีใต้นั้น เป็นการกำกับดูแลตามแนวทางควบคุมพฤติกรรมตามแบบของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป กล่าวคือ การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือ

¹⁵⁶ Cecil Saehoon Chung and Kyoung Yeon Kim, "South Korea," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.667.

¹⁵⁷ Hyun Ah Kim and Genny S Kim, "Korea," in *Dominance 2012*, eds. Thomas Janssens and Thomas Wessely (London: Law Business Research, 2011), p.165.

ตลาดของผู้ประกอบการหลายรายนั้นยังไม่ถือเป็นความผิด จนกว่าผู้ประกอบการดังกล่าวจะมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบ¹⁵⁸ โดยพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้น ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 3-2 ข้อ 1. 2. 3. 4. หรือ 5. ของ MRFTA ซึ่งได้กล่าวแล้วข้างต้น และยังถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งกฎกระทรวงการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เรียกว่า Enforcement Decree of The Monopoly Regulation and Fair Trade Act ซึ่งกำหนดถึงพฤติกรรมที่อาจถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเช่นเดียวกัน ตามที่บทบัญญัติมาตรา 3-2 (2) แห่ง MRFTA ได้ให้อำนาจในการกำหนดเอาไว้

ดังนั้น เช่นเดียวกับกับกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป การที่ผู้ประกอบการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหลายราย มิได้เป็นความผิดต่อกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้แต่อย่างใด แต่ผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันตามมาตรา 4 ข้อ 2. จะต้องมีภาระความรับผิดชอบเป็นพิเศษในการระมัดระวังมิให้ตนมีพฤติกรรมใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนการแข่งขันภายในประเทศ ตามมาตรา 3-2 แห่ง MRFTA และมาตรา 5 แห่ง Enforcement Decree of The Monopoly Regulation and Fair Trade Act หากผู้ประกอบการที่มีสถานะดังกล่าวฝ่าฝืนครบองค์ประกอบความผิดตามบทบัญญัติว่าด้วยการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว ก็จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่ง KFTC มีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ประกอบการกระทำการแก้ไขพฤติกรรม เช่น ลดราคาสินค้าลง ตามมาตรา 5 และมีอำนาจปรับผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายเป็นเงินจำนวนไม่เกิน 3% ของยอดขายในปีที่กระทำความผิดตามมาตรา 6 แห่ง MRFTA¹⁵⁹ และมีอำนาจดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ประกอบการดังกล่าว ซึ่งมีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 200 ล้านวอน หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 66 แห่ง MRFTA¹⁶⁰

¹⁵⁸ Young Jin Jung and Seung Wha Chang, "Korea's Competition Law and Policies in Perspective," *Northwestern Journal of International Law and Business* 26, 3 (2006): 712.

¹⁵⁹ Article 6 (Surcharges)

"In cases of abusive acts by a market-dominating enterpriser, the Fair Trade Commission may impose upon such enterpriser a surcharge not exceeding the amount equivalent to 3/100 of the turnover determined by Presidential Decree (referring to profits of business particularly for an enterpriser designated by Presidential Decree; hereinafter the same shall apply): *Provided*, That in cases prescribed by Presidential Decree, where no turnover exists, or where it is difficult to compute the turnover (hereinafter referred to as "in the absence of turnover, etc."), up to one billion won may be imposed as surcharges."

¹⁶⁰ Article 66 (Penalty Provisions)

"(1) Any of the following persons shall be punished by imprisonment for up to three years, or by a fine not exceeding 200 million won:

1. Any person who does an abusive act in violation of Article 3-2; ..."

ทั้งนี้ แม้การพิจารณาว่าผู้ประกอบการมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในประเทศเกาหลีใต้ในกรณีผู้ประกอบการหลายรายมีส่วนแบ่งตลาดร่วมกันถึงร้อยละ 75 จะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการด้วย แต่ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีลักษณะเข้าตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน MRFTA และแนวปฏิบัติสำหรับการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว ผู้ประกอบการแต่ละรายจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด¹⁶¹ ดังนั้นผู้ประกอบการแต่ละรายจึงจะต้องระมัดระวังมิให้มีพฤติกรรมฝ่าฝืนกฎหมายที่กล่าวไว้ข้างต้น ไม่ว่าจะพฤติกรรมเช่นว่านั้นผู้ประกอบการดังกล่าวจะร่วมกันทำกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย หรือผู้ประกอบการดังกล่าวจะกระทำไปเพียงรายเดียวก็ตาม หากหนึ่งในผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน มีพฤติกรรมฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแม้เพียงรายเดียว ผู้ประกอบการรายดังกล่าวก็อาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องร่วมกันมีพฤติกรรมนั้นกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ

3.3.4 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

3.3.4.1 คำพิพากษาคดี BC Card¹⁶²

คดีสำคัญเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายโดยมิชอบในประเทศเกาหลีใต้คดีแรก คือ คดี BC Card ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนั้นเป็นกรณีที่ธนาคาร 12 แห่ง ได้ร่วมลงทุนและดำเนินกิจการบริษัท BC Card โดยที่บริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่งนั้นได้ใช้ BC Card เป็นตราสินค้าร่วมกันในการพัฒนาตลาดและโฆษณาผลิตภัณฑ์บัตรเครดิตและตลาดบัตรเครดิต และสมาชิกทั้งหมดยังใช้ระบบเครือข่ายบัตรเครดิตทางคอมพิวเตอร์ของบริษัท BC Card ร่วมกัน โดยที่ธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่งมีการแบ่งปันข้อมูลการดำเนินการระหว่างกัน อีกทั้งยังมีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมอันเนื่องมาจากการผิदनัด ค่าธรรมเนียมการผ่อนชำระ และดอกเบี้ยบัตรเครดิตแก่ลูกค้าเป็นอัตราเดียวกัน

อัตราส่วนแบ่งตลาดของตลาดสินค้าและบริการบัตรเครดิตในประเทศเกาหลีใต้ในขณะนั้นเป็นไปดังตารางต่อไปนี้

¹⁶¹ Gene Oh Kim, Young Joon Kim, and Marai Hajiyerou, "Antimonopoly & Unilateral Conduct: Korea." [Online] Available from: <http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/jurisdictions/35/korea/>

¹⁶² Korea Supreme Court Decision No. 2003Du6283, 9 December 2005

ตารางที่ 2 ตารางแสดงอัตราส่วนแบ่งตลาดของตลาดสินค้าและบริการบัตรเครดิตในประเทศ
เกาหลีใต้ในปี ค.ศ. 1998

รายชื่อบริษัทผู้ให้บริการบัตรเครดิตในประเทศเกาหลีใต้	อัตราส่วนแบ่งตลาด
บริษัท BC Card และธนาคารสมาชิก	35%
บริษัท LG Card	18.8%
บริษัท Samsung Card	17%
บริษัท Kookmin Card	16%
บริษัท KEB Visa Card	5%
บริษัทอื่นๆ	8.2%

ในปี ค.ศ. 1998 บริษัท BC Card และบริษัทผู้ให้บริการบัตรเครดิตอื่นๆ มีพฤติกรรมเพิ่มค่าธรรมเนียมการผิติด ค่าธรรมเนียมการผ่อนชำระ และดอกเบี้ยบัตรเครดิตเป็นอย่างมาก อัตราค่าธรรมเนียมและดอกเบี้ยดังกล่าวที่สูงขึ้นเป็นผลมาจากอัตราดอกเบี้ยตลาดที่สูงขึ้นจนผิดปกติเป็นอย่างมากในเวลานั้น แต่อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่อัตราดอกเบี้ยตลาดมีอัตราลดลงในปี ค.ศ. 2000 ปรากฏว่าบริษัทผู้ให้บริการบัตรเครดิตทั้งหลายนั้นยังคงอัตราค่าธรรมเนียมและดอกเบี้ยเอาไว้ในอัตราเท่าเดิมหรือใกล้เคียงหรือค่อยๆ เพิ่มขึ้น

ในปี ค.ศ. 2001 KFTC มีคำสั่งให้บริษัท BC Card และธนาคารสมาชิก กับบริษัท Samsung Card และ LG Card ชำระค่าธรรมเนียมพิเศษอันเป็นค่าปรับอย่างหนึ่ง และให้แต่ละบริษัทระงับและแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมที่ตั้งอัตราค่าธรรมเนียมและดอกเบี้ยเป็นอัตราเดียวกันนั้นให้สอดคล้องกับกฎหมาย ในเวลาต่อมาทั้งสามบริษัทจึงฟ้องคดีต่อศาลสูงกรุงโซลเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของ KFTC

KFTC ให้การเกี่ยวข้องแก่กรณีของบริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกว่า แม้บริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกจะมีสถานะทางกฎหมายแตกต่างกัน แต่หากพิจารณาจากมุมมองในทางเศรษฐกิจแล้ว เห็นว่าบริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่งนั้นมีลักษณะของการเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกันเสมือนหนึ่งเป็นหน่วยทางกฎหมายเดียวกัน ซึ่งจากนิยามของสถานะของการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามบทบัญญัติมาตรา 2 วรรค 7 นั้น ได้รวมถึงทั้งกรณีของผู้ประกอบการถือครองอำนาจเหนือตลาดไม่ว่าเพียงรายเดียวหรือร่วมกันถือครองกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ดังนั้น ในกรณีนี้จึงควรถือว่าบริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่งมีการร่วมกันถือครองอำนาจเหนือตลาด เสมือนเป็นผู้ประกอบการเดียวกันตาม

กฎหมาย เพราะฉะนั้นผู้ประกอบการ 3 รายแรกในตลาดจึงมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 70.8% ประกอบกับปัจจัยอื่นๆ โดยเฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่า ในการจะเข้ามาประกอบธุรกิจให้บริการบัตรเครดิตนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลซึ่งถือได้ว่าเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่สำคัญ เมื่อพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมทั้งหมดแล้ว KFTC จึงเห็นว่าบริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุอันสมควร

อย่างไรก็ดี ศาลสูงกรุงโซลและศาลฎีกาของประเทศเกาหลีใต้ไม่เห็นด้วยกับคำให้การของ KFTC โดยเห็นว่าการที่ KFTC พิจารณาว่าบริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่ง มีสถานะเสมือนเป็นผู้ประกอบการรายเดียวกันตามกฎหมายนั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากบริษัท BC Card และธนาคารทั้ง 12 แห่งต่างมีสินค้าและบริการเป็นของตนเอง อีกทั้งยังมีการตัดสินใจในการดำเนินการต่างๆ ที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน¹⁶³ และโดยที่วัตถุประสงค์ของ MRFTA ซึ่งบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 1 นั้น มีความชัดเจนว่ามุ่งที่จะทำให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบจากผู้ประกอบการ มิใช่จากองค์กรของผู้ประกอบการหลายราย ดังนั้น หากบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปไม่ได้มีความสัมพันธ์อย่างบริษัทในเครือซึ่งกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ย่อมไม่ควรได้รับการปฏิบัติอย่างผู้ประกอบการรายเดียว ซึ่งศาลพบว่าระหว่างบริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่งนั้น มิได้มีความสัมพันธ์ในลักษณะของบริษัทในเครือแต่อย่างใด เนื่องจากบริษัทดังกล่าวทั้งหมดมิได้มีการแบ่งส่วนกำไรขาดทุนซึ่งกันและกัน และบริษัท BC Card และธนาคารแต่ละแห่งต่างมีการดำเนินธุรกิจเป็นของตนเอง แม้จะมีการมอบหมายให้บริษัท BC Card ดำเนินการในธุรกิจบัตรเครดิตแทนก็ตาม ดังนั้น บริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่ง จึงไม่สมควรที่จะถูกถือได้ว่าเป็นผู้ประกอบการรายเดียวกัน

ด้วยเหตุดังกล่าว ในการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของตลาดสินค้าและบริการบัตรเครดิต จะต้องแยกพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของบริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่ง ออกจากกัน เนื่องจากมิใช่ผู้ประกอบการเดียวกัน ดังนั้น ผู้ประกอบการสามรายแรกในตลาดสินค้าและบริการบัตรเครดิตจึงได้แก่ บริษัท LG Card บริษัท Samsung Card และบริษัท Kookmin Card ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเพียงราว 50% และเมื่อพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ จะเห็นว่า แม้จะแยกพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของบริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่งออกจากกันแล้วก็ตาม บริษัท BC Card และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 แห่ง ก็ยังคงมีส่วนแบ่งตลาดของตนมิได้น้อยไปกว่าทั้งสามบริษัทอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใด ดังนั้นบริษัททั้งสามจึงไม่มีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

¹⁶³ Sai Ree Yun, Seuk Joon Lee, and Sangwook Daniel Han, "Korea," in *Dominance 2010*, p.151.

ศาลสูงกรุงโซลและศาลฎีกาของประเทศเกาหลีใต้จึงมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของ KFTC ในที่สุด

เห็นได้ชัดว่าศาลสูงกรุงโซลและศาลฎีกาของประเทศเกาหลีใต้ปฏิเสธไม่ยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการหลายราย ที่มีสถานะทางกฎหมายและสถานะทางเศรษฐกิจแตกต่างกันแบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ส่งผลให้ยังมีความไม่ชัดเจนว่า MRFTA นั้นครอบคลุมแนวคิดเรื่องพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่¹⁶⁴

นอกจากนี้คำพิพากษาดังกล่าวยังส่งผลให้การจัดการกับภาวะตลาดผู้ขายน้อยรายในประเทศเกาหลีใต้เป็นไปได้ได้อย่างยากลำบากมากยิ่งขึ้น ซึ่งปัจจุบัน ในประเทศเกาหลีใต้ได้นำบทบัญญัติว่าด้วยการร่วมกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการมาใช้ในการกำกับดูแลปัญหาดังกล่าวในเบื้องต้น โดยที่ใช้วิธีการตีความถึงการตกลงให้กว้างขึ้น เนื่องจากตระหนักถึงความยากลำบากในการพิสูจน์ให้เห็นถึงความมีอยู่ของการตกลงเช่นนั้น โดยใช้การพิสูจน์ถึงสถานการณ์แวดล้อมอื่นๆ แทน ตามแนวปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของ KFTC กล่าวคือ การพิสูจน์ว่ามีการติดต่อสื่อสารแลกเปลี่ยนข้อมูลกันระหว่างผู้ประกอบการ หรือพิสูจน์ว่าการที่ผู้ประกอบการจะสามารถมีกำไรได้ในขณะนั้นจะต้องเกิดจากการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเท่านั้น หรือพิสูจน์ว่า แม้สถานการณ์ในตลาดสินค้าหรือบริการจะเป็นอย่างไร ผู้ประกอบการนั้นก็ยังคงมีพฤติกรรมที่เหมือนกัน ซึ่งหากสถานการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ ก็จะสันนิษฐานว่าผู้ประกอบการได้มีการตกลงระหว่างกัน¹⁶⁵

แต่การกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในประเทศเกาหลีใต้ โดยอาศัยเพียงบทบัญญัติว่าด้วยการร่วมกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการนั้นก็ยังไม่เพียงพอ¹⁶⁶ เพราะการแสวงหากำไรที่เกินสมควรในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น อาจเกิดจากวิธีการอื่นนอกจากการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการตาม MRFTA โดยเฉพาะอาจเกิดจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการจำนวนน้อยราย ที่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้นก็ได้ ซึ่งการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการจะเป็นความผิดตาม

¹⁶⁴ Hyun Ah Kim and Genny S Kim, "Korea," in *Dominance 2012*, pp.164 - 165.

¹⁶⁵ Korea Fair Trade Commission, "Guidelines for Concerted Practice Review,"(20 August 2012).

¹⁶⁶ Hwang Chi Ou, "The Critical Analysis on the Korean Supreme Court 2003 du 6232 Csaе with regard to Collective Market Dominan Position," *Korean Bar Journal* 382(2008): 180.

MRFTA ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบการนั้นได้มีการตกลงร่วมกันมีพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการ แข่งขันเท่านั้น โดยที่แม้จะใช้การพิสูจน์ถึงสถานการณ์แวดล้อมอื่นๆ แทนเพื่อสันนิษฐานว่ามีการตกลงระหว่างกันของผู้ประกอบการ แต่ KFTC ก็ยังคงมีภาระการพิสูจน์ถึงความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการ หลายรายนั้นจะมีการตกลงร่วมกัน โดยจะต้องแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์แวดล้อมทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นเรื่องของตลาดที่เกี่ยวข้อง ลักษณะของสินค้าและบริการ เหตุผลทางธุรกิจหรือผลกระทบของ พฤติกรรมการตกลงร่วมกัน จำนวนและลักษณะของการตกลงร่วมกัน รวมถึงพฤติกรรมที่เกี่ยวข้อง อื่นๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าว ซึ่งล้วนเป็นอุปสรรคต่อ KFTC ในการควบคุมปัญหาตลาดผู้ขายน้อยรายในประเทศเกาหลีได้อย่างมาก¹⁶⁷

สรุปได้ว่าในปัจจุบันนั้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลี ได้ยังมีได้ยอมรับแนวคิดเรื่องสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันตามแนวทางของกลุ่มประเทศสหภาพ ยุโรปมาใช้ หากแต่นักวิชาการในประเทศเกาหลีได้เองก็เริ่มเล็งเห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้น¹⁶⁸ ซึ่งจาก การที่บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ในประเทศเกาหลีได้นั้น ยังสามารถปรับใช้ครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีความสัมพันธ์ในลักษณะของบริษัทในเครือเดียวกันได้ โดยบทบัญญัติของอนุบัญญัติเพื่อการบังคับใช้ กฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดและการค้าที่เป็นธรรมซึ่งได้บัญญัติยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะเนื่องจาก ผู้ประกอบการหลายรายที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าว ไม่อาจถูกตัดสินให้มีความผิดตาม บทบัญญัติว่าด้วยการร่วมกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการได้ จึงต้องควบคุมการตกลงร่วมกัน นั้นผ่านบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ โดยถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมี สถานะเป็นผู้ประกอบการเดียวกัน

เช่นนี้ เมื่อปัญหาเกี่ยวกับตลาดผู้ขายน้อยรายทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้น ใน อนาคตบทบัญญัติดังกล่าวจึงอาจถูกตีความให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมิได้มี ความสัมพันธ์กันในลักษณะของบริษัทในเครือ แต่มีลักษณะเป็นผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะ

¹⁶⁷ Hwang Chou Oh, "The Critical Analysis on the Recent Supreme Court of Korea's Case with regard to the Collective Dominant Position by Compared with the Positions of the U.S. and E.U." [Online] Available from: <http://m.blog.daum.net/syberlawyer/11159032?categoryId=782865>

¹⁶⁸ Hwang Chi Ou, "The Critical Analysis on the Korean Supreme Court 2003 du 6232 Csa with regard to Collective Market Dominant Position," *Korean Bar Journal*: 180.

ทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกัน แต่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจได้เช่นกัน¹⁶⁹

3.3.4.2 คำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าคดี *Maeil Dairies*¹⁷⁰

คำวินิจฉัยอีกคดีหนึ่งซึ่งทำให้เห็นถึงการปรับใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายของ KFTC ได้อย่างค่อนข้างชัดเจน คือ ในคดี *Maeil Dairies* ซึ่งข้อเท็จจริงเป็นกรณีเกี่ยวกับผู้ผลิตนมผงในประเทศเกาหลีใต้ในปี ค.ศ. 1997 ซึ่งในตลาดสินค้านมผงของประเทศเกาหลีใต้ ณ ขณะนั้นมีผู้ประกอบการเพียง 3 ราย ได้แก่ บริษัท Namyang Dairy Products Co., Ltd. บริษัท Maeil Dairies Co., Ltd. และบริษัท Pasteur Milk โดยมีรายได้รวมกันในปีดังกล่าวเป็นเงินจำนวน 232,274 ล้านบาท แสดงสัดส่วนของแต่ละบริษัทออกเป็นตารางได้ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3 ตารางแสดงอัตราส่วนแบ่งตลาดของตลาดผู้ผลิตนมผงในประเทศเกาหลีใต้
ในปี ค.ศ. 1997

Namyang Dairy	Maeil Dairies	Pasteur Milk	Total
116,097 ล้านบาท (50.0%)	92,050 ล้านบาท (39.6%)	24,127 ล้านบาท (10.4%)	232,274 ล้านบาท (100%)

บริษัท Maeil Dairies มีวิธีการจัดจำหน่ายสินค้าของตนโดย 2 ลักษณะ ได้แก่ วิธีแรกคือ การจำหน่ายผ่านตัวแทนจำหน่าย ซึ่งจะนำสินค้าไปจำหน่ายในซูเปอร์มาร์เก็ตหรือร้านขายปลีกรายอื่นๆ ส่วนอีกวิธีหนึ่งคือ การผลิตสินค้าเพื่อจัดส่งให้แก่ห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ นำไปจำหน่ายโดยตรง

โดยที่บริษัท Maeil Dairies มีพฤติกรรมการกำหนดราคาสินค้านมผงของตนไว้ล่วงหน้า เพื่อให้ผู้จัดจำหน่ายรายต่างๆ ของตนใช้ราคาที่ได้กำหนดไว้ในการจำหน่ายสินค้าดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1997 บริษัท Maeil Dairies ได้มีการขึ้นราคา

¹⁶⁹ Hwang Chou Oh, "The Critical Analysis on the Recent Supreme Court of Korea's Case with regard to the Collective Dominant Position by Compared with the Positions of the U.S. and E.U." [Online] Available from: <http://m.blog.daum.net/syberlawyer/11159032?categoryId=782865>

¹⁷⁰ KFTC Decision No. 98-111

สินค้านมผงของตน โดยทำการกำหนดราคาขายปลีกให้แก่ผู้จัดจำหน่ายและผู้ค้ารายอื่นๆ ที่ต้องการนำสินค้าของตนไปจำหน่าย จะต้องจำหน่ายในราคาตามแผนที่บริษัท Maeil Dairies กำหนดไว้ และได้มีการกำหนดให้พนักงานในสาขาต่างๆ ของบริษัทตนเองไปทำการตรวจสอบราคาของผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกจำหน่ายสินค้านมผงของตนเองอย่างสม่ำเสมอ หากพบว่าผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกขายใดไม่ปฏิบัติตามแผนราคาของตนเองได้กำหนดไว้ บริษัท Maeil Dairies ก็จะหยุดทำการจัดจำหน่ายสินค้านมผงของตนแก่ผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกรายนั้นทันที

ในวันที่ 15 ตุลาคม ค.ศ. 1997 บริษัท Maeil Dairies ได้มีการแจ้งเตือนให้ร้านค้า E-Mart ในจังหวัดปูซานเพิ่มราคาสินค้าตามที่ตนกำหนด มิฉะนั้นจะหยุดทำการส่งสินค้าของตนให้แก่ผู้ค้าปลีกรายดังกล่าว ต่อมาในวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 1997 บริษัท Maeil Dairies ได้ทำการแจ้งเตือนให้บริษัท Dong-A Logistics ผู้จัดจำหน่ายสินค้าของตนให้จัดจำหน่ายสินค้าในราคาตามที่ตนกำหนดเท่านั้น และในวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1998 บริษัท Maeil Dairies ก็ได้หยุดทำการจัดส่งสินค้านมผงของตนให้แก่กลุ่มผู้จัดจำหน่ายสินค้าของตนในจังหวัดควังจู ที่ไม่จำหน่ายสินค้าของตนในราคาที่กำหนด

KFTC วินิจฉัยว่าผู้ผลิตสินค้านมผงทั้ง 3 บริษัทในตลาดสินค้านี้มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตาม MRFTA เนื่องจากมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเกินกว่า 75% และมียอดขายเกินกว่า 4,000 ล้านบาทตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งในอดีตบริษัท Maeil Dairies และบริษัท Namyang Dairy ยังเคยมีพฤติกรรมขึ้นราคาสินค้าของตนพร้อมๆ กัน อันเป็นปัจจัยที่นำมาประกอบการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการทั้งสามรายด้วย เมื่อต่อมาบริษัท Maeil Dairies ซึ่งมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดรายหนึ่ง มีพฤติกรรมกำหนดราคาขายต่อตามมาตรา 2 (6) แห่ง MRFTA¹⁷¹ อันเป็นพฤติกรรมต้องห้ามตาม MRFTA การกระทำดังกล่าวของบริษัท Maeil Dairies จึงเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายและถูก KFTC สั่งให้มีมาตรการแก้ไขโดยหยุดพฤติกรรมดังกล่าว และกำหนดเบี้ยปรับแก่บริษัท Maeil Dairies

¹⁷¹ Article 2 (Definitions)

“The term used in this Act shall be defined as follows:

...

6. The term “resale price maintenance” means an act by which an enterpriser compels, in trading the goods or services, a counterpart enterpriser or an enterpriser by next stage of transaction to sell them only at the price fixed in advance, or transacts under any agreement or binding conditions thereon for such purpose;”

คำวินิจฉัยในคดีนี้ แสดงให้เห็นว่าการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น เป็นการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการแต่ละราย ถึงแม้ว่าในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในกรณีนี้ จะต้องนำส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการหลายรายมารวมกันก็ตาม แต่ลำพังการมีพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายของผู้ประกอบการรายหนึ่ง ก็ถือเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายเช่นกัน

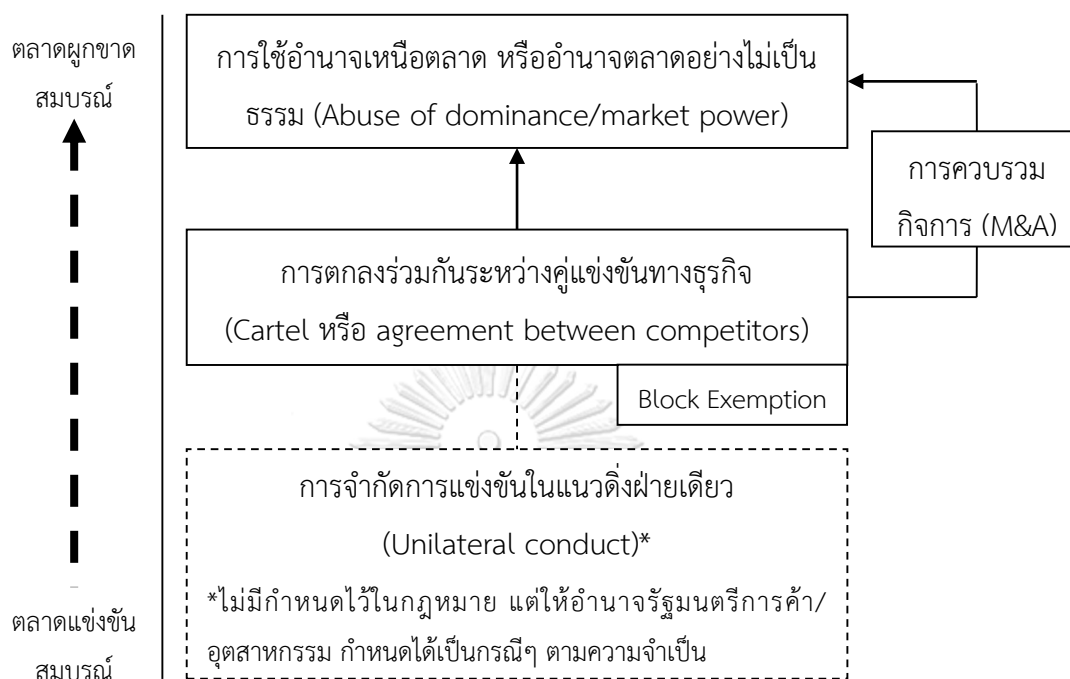
3.4 ประเทศสิงคโปร์

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอังกฤษ (the UK Competition Act 1998) เป็นต้นแบบในการยกร่าง และสภานิติบัญญัติผ่านออกมาเป็นกฎหมายในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2004 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมชื่อเสียงของประเทศสิงคโปร์ในฐานะประเทศที่มีสภาพแวดล้อมของการประกอบธุรกิจที่เน้นการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม และรักษาประสิทธิภาพของกลไกตลาดในประเทศสิงคโปร์¹⁷²

ในการยกร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม (Ministry of Trade and Industry) ได้ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอังกฤษ ออสเตรเลีย ไอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา และแคนาดา เนื่องจากความผูกพันทางประวัติศาสตร์และระบบกฎหมายที่สิงคโปร์มีอยู่กับประเทศอังกฤษ รวมถึงการรับเอากฎหมายพาณิชย์จำนวนมากมาเป็นกฎหมายพาณิชย์ของสิงคโปร์ ทำให้กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมยกร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์โดยอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอังกฤษ (the UK Competition Act 1998) เป็นต้นแบบ โดยนำประเด็นการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวในปี ค.ศ. 2004 (the UK Competition Act 2004) มาประกอบการยกร่างด้วย ทั้งนี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอังกฤษก็ได้ยกร่างโดยอาศัยกรอบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของยุโรปซึ่งกำหนดไว้ในสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) และกฎ (Regulation) ซึ่งออกมาบังคับใช้โดยผู้ว่าการใหญ่ของคณะกรรมการสหภาพยุโรป ดังนั้น สาระสำคัญในการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ จะมีลักษณะคล้ายกันกับในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรป ซึ่งสามารถสรุปเป็นแผนภาพได้ดังนี้

¹⁷² Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, eds. Katrina Groshinski and Caitlin Davies (Hague: Kluwer Law International, 2015), p.573.

รูปที่ 11 แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขัน
ทางการค้าของประเทศสิงคโปร์¹⁷³



โดยการกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในประเทศสิงคโปร์นั้น จะกำกับดูแลโดยผ่านบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจตลาดอย่างไม่เป็นธรรมซึ่งถูกบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 47 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ว่า

“Abuse of dominant position

(1) Subject to section 48, any conduct on the part of one or more undertakings which amounts to the abuse of a dominant position in any market in Singapore is prohibited.

(2) For the purposes of subsection (1), conduct may, in particular, constitute such an abuse if it consists in

(a) predatory behaviour towards competitors;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

¹⁷³ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน, หน้า 132 - 133.

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

(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 the contracts.

(3) In this section, “dominant position” means a dominant position within Singapore or elsewhere.”

3.4.1 หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ มิได้มีการกำหนดนิยามหรือหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้โดยเฉพาะ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ (Competition Commission of Singapore: CCS) ซึ่งมีอำนาจในการออกแนวปฏิบัติ (guidelines) จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ในแนวปฏิบัติว่าด้วยการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 47¹⁷⁴ เพื่อสร้างความชัดเจนให้กับผู้ประกอบการ ทำให้ผู้ประกอบการสามารถปฏิบัติและบริหารจัดการธุรกิจให้สอดคล้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการจะถูกพิจารณาว่ามีสถานะอำนาจเหนือตลาด ต่อเมื่อผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญ¹⁷⁵

โดยอำนาจตลาดเช่นว่านั้นจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการไม่ตกอยู่ภายใต้แรงกดดันจากการแข่งขันภายในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง ส่งผลให้ผู้ประกอบการนั้นสามารถสร้างกำไรได้จากการรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการของตนเองให้อยู่เหนือระดับราคาแข่งขัน นอกจากนี้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดยังอาจมีพฤติกรรมอื่นใดที่อาจส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดได้¹⁷⁶

ในคดี CCS 600/008/07 Abuse of Dominant Position by SISTIC (*Sistic Case*) มีการแสดงให้เห็นถึงปัจจัยที่ CCS นำมาพิจารณาว่า SISTIC เป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด

¹⁷⁴ Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition 2016," December 2016.

¹⁷⁵ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Singapore," [Online] Accessed: 24 August 2017. Available from: <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/58/dominance-singapore/>

¹⁷⁶ *ibid.*

หรือไม่ ได้แก่ การที่สามารถขึ้นราคาสูงกว่าระดับราคาแข่งขันได้ และสามารถรักษาระดับราคาสูงเช่น
 วนั้นได้ (แสดงว่าผู้ประกอบการนั้นมีความสามารถจริง) ความสามารถของ SISTIC ที่จะกำจัดหรือทำ
 ให้การแข่งขันหมดไปหรือลดลง ส่วนแบ่งตลาดของ SISTIC กับคู่แข่งทางธุรกิจ อุปสรรคในการเข้าสู่
 ตลาด อำนาจของลูกค้าในการต่อรองราคากับ SISTIC สรุปได้ว่าการพิจารณาว่าผู้ประกอบการใดมี
 อำนาจเหนือตลาดหรือไม่ในคดีดังกล่าว CCS จะพิจารณาจากองค์ประกอบ 3 องค์ประกอบ ได้แก่¹⁷⁷

- ก. ผู้ประกอบการจะต้องมีสถานะความเข้มแข็งในตลาดนั้น
- ข. สถานะของผู้ประกอบการนั้นทำให้ผู้ประกอบการไม่ตกอยู่ภายใต้การแข่งขัน
- ค. สถานะนั้นทำให้ผู้ประกอบการนั้นมีอิสระในระดับมากพอสมควร

อย่างไรก็ดี ตามแนวปฏิบัติว่าด้วยการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 47 ของ CCS ได้มีการ
 กำหนดหลักเกณฑ์อย่างเป็นรูปธรรมเพื่อการพิสูจน์ถึงองค์ประกอบดังกล่าว โดยกำหนดหลักเกณฑ์
 การพิจารณาว่าผู้ประกอบการใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่เอาไว้ในแนวปฏิบัติ
 ดังกล่าว โดยให้พิจารณาภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ดังต่อไปนี้¹⁷⁸

ก. พิจารณาจากการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหมายถึง
 การแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องนั้นอยู่แล้ว โดยจะ
 คำนึงถึงความสามารถในการเปลี่ยนแปลงการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคในตลาดสินค้า
 หรือบริการนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งมีพฤติกรรมรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการให้
 อยู่เหนือระดับราคาแข่งขัน ซึ่งการพิจารณาเช่นนี้จะกระทำโดยการพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดของ
 ผู้ประกอบการในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง

ข. พิจารณาจากศักยภาพของการแข่งขัน ซึ่งหมายถึงความเป็นไปได้ในการที่
 ผู้ประกอบการจะเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องและแย่งส่วนแบ่งตลาดไปจาก
 ผู้ประกอบการเดิมในตลาด โดยที่ศักยภาพของการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นจะได้รับผลกระทบ
 จากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ดังนั้น ในข้อนี้ CCS จึงจะพิจารณาจากอุปสรรคต่างๆ ในการเข้าสู่
 ตลาดของผู้ประกอบการ

ค. พิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ เช่น ความเข้มแข็งของผู้ซื้อหรือนโยบายทางเศรษฐกิจของ
 รัฐบาล เป็นต้น

¹⁷⁷ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.605.

¹⁷⁸ Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition 2016," December 2016.

โดยที่แนวปฏิบัติดังกล่าวนั้นได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าอำนาจเหนือตลาดนั้นอาจถูกถือครองร่วมกันโดยผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปก็ได้ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรกคือกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะทางกฎหมายแตกต่างกัน แต่มีสถานะเดียวกันในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากผู้ประกอบการรายหนึ่งมิได้มีอิสระในการตัดสินใจในการกระทำการทางธุรกิจใดๆ ในตลาด จึงถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน โดยพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นบริษัทในเครือเดียวกันจากการถือหุ้นในบริษัท การควบคุมคณะกรรมการของบริษัท และการกำหนดทิศทางในการประกอบธุรกิจของบริษัท ซึ่งในการพิจารณาเงื่อนไขทั้ง 3 ประการนั้น จะทำการพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์เป็นรายกรณีไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัว หากพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน ในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดก็จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงบริษัทในเครือทุกรายโดยถือว่าเป็นผู้ประกอบการรายเดียวกัน¹⁷⁹

นอกจากนี้ ในกรณีที่สองคือ กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปนั้น มีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแตกต่างกันเป็นอิสระ แต่เมื่อมองจากมุมมองในทางเศรษฐกิจแล้วพบว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นได้มีการแสดงออกหรือมีการร่วมกันกระทำการจนเป็นตัวตนเดียวกันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง จนส่งผลให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นสามารถกำหนดนโยบายร่วมกันได้โดยอิสระจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ ซึ่งเป็นคู่แข่งหรือคู่ค้า รวมถึงเป็นอิสระจากผู้บริโภค

ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปนั้นอาจมีการแสดงออกร่วมกันได้เนื่องจากความสัมพันธ์กันบางประการ ในลักษณะที่ทำให้สามารถมีการกำหนดนโยบายร่วมกันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง¹⁸⁰ เช่น โดยธรรมชาติโครงสร้างของตลาดทำให้ผู้ประกอบการหลายรายสามารถกำหนดนโยบายด้านราคาของสินค้าหรือบริการให้เหมือนกันได้ โดยที่ผู้ประกอบการเหล่านั้นไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง หรือกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นสามารถร่วมมือกันโดยปริยายได้¹⁸¹ ดังนั้น ตามแนวปฏิบัติของ CCS จึงกำหนดว่า บทบัญญัติมาตรา 47 หมายความว่ารวมถึงพฤติกรรมของ

¹⁷⁹ Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on the Section 34 Prohibition 2016," December 2016.

¹⁸⁰ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.610.

¹⁸¹ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Singapore." [Online] Available from: <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/58/dominance-singapore/>

ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป ที่มีสถานะทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกันเป็นอิสระ แต่ร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันอย่างไม่เป็นธรรมด้วย¹⁸² ซึ่งผู้ประกอบการหลายรายเช่นว่านี้จะมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

3.4.1.1 ผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะของการร่วมกัน

การพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่นั้น องค์ประกอบข้อแรกที่ต้องพิจารณาถึงตามแนวปฏิบัติของ CCS ได้แก่ ระหว่างผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีสถานะของการร่วมกันเกิด จากมุมมองของผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งหรือคู่ค้า และผู้บริโภคในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งแรกเริ่มเดิมที CCS ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นจะมีสถานะของการร่วมกันเมื่อผู้ประกอบการเหล่านั้นมีความสัมพันธ์ระหว่างกันซึ่งมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติเดิมดังต่อไปนี้¹⁸³

ก. ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถตรวจสอบความร่วมมือของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในการปรับใช้นโยบายที่เหมือนกันได้ กล่าวคือ ตลาดที่เกี่ยวข้องของผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีความโปร่งใสในตลาดสูง เนื่องจากผู้ประกอบการในตลาดมีการเปิดเผยข้อมูลในการประกอบธุรกิจ ซึ่งส่งผลให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาดนั้นสามารถรับรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้โดยง่าย

ข. ผู้ประกอบการแต่ละรายมีแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมร่วมกันนั้นเป็นระยะเวลานาน อันทำให้การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการนั้นมีความมั่นคงถาวร ซึ่งแรงจูงใจดังกล่าวอาจเกิดจากการที่ผู้ประกอบการรายอื่นๆ พิจารณาจากขนาดของผู้ประกอบการที่มีการร่วมมือกันแล้วเห็นได้ว่า หากตนมีการเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนออกไป จะถูกตอบโต้จากผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ หรือเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า การเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนออกไปจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ แก่ตนเอง แต่อาจเกิดความเสียหายขึ้นได้ในทันทีหรือในระยะยาว

ค. ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันในปัจจุบันหรือในอนาคตรวมถึงพฤติกรรมผู้บริโภค ไม่อาจส่งผลกระทบต่อผลลัพธ์ที่ผู้ประกอบการคาดหวังว่าจะได้รับจากนโยบายร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้ กล่าวคือ การมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาในตลาดหรือพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาดที่มีได้มีนโยบายร่วมกันกับผู้ประกอบการหลายรายนั้น หรืออำนาจ

¹⁸² Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition 2016," December 2016.

¹⁸³ Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition," June 2007.

ชื่อของผู้บริโภค ล้วนไม่อาจส่งผลกระทบต่อการณ์นโยบายร่วมกันของผู้ประกอบการเหล่านั้นได้ เนื่องจากการมีนโยบายร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้น ก่อให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีอำนาจตลาดมากกว่าผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งหรือผู้บริโภคเป็นอย่างมาก

เห็นได้ว่าแนวปฏิบัติข้างต้นนี้ได้รับอิทธิพลมาจากคำพิพากษาในคดี *Airtours* ของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป และจากเอกสารข้อหารือเกี่ยวกับแนวทางการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเพื่อการจัดการแข่งขันในปี ค.ศ. 2005 อย่างชัดเจน โดยที่แต่เดิมนั้น CCS มีรายละเอียดของแนวทางในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในตลาดเช่นเดียวกับที่ศาลในคดี *Airtours* ได้กำหนดขึ้น

แต่ตามแนวปฏิบัติในปัจจุบันนั้น การพิจารณาว่ามีสถานะของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ CCS จะพิจารณาจากความสัมพันธ์หรือปัจจัยต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์กันระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้นมีความมั่นคง โดยมิได้กำหนดปัจจัยดังกล่าวไว้โดยละเอียดเหมือนกับแนวปฏิบัติเดิม กล่าวคือ ในปัจจุบัน CCS จะพิจารณาความมั่นคงของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการจากการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการ หรือแนวทางการบังคับใช้ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการนั้นเป็นลำดับแรก โดยจะพิจารณาว่าการตกลงเช่นว่านั้นส่งผลทำให้ผู้ประกอบการหลายรายมีความสัมพันธ์กันอย่างมั่นคง จนถือได้ว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นปรากฏตัวหรือมีการกระทำร่วมกันราวกับผู้ประกอบการเหล่านั้นมีฐานะเป็นตัวตนร่วมกันหรือไม่ เช่นระหว่างผู้ประกอบการหลายรายนั้นอาจมีความตกลงร่วมมือกันซึ่งนำไปสู่การปรับใช้นโยบายร่วมกันในตลาด เป็นต้น

นอกจากการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการแล้ว ความมั่นคงของการกระทำร่วมกันนั้นยังอาจเกิดจากผลของปัจจัยเชื่อมโยงใดๆ เช่น ความสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรือโครงสร้างธุรกิจของผู้ประกอบการ ซึ่งการคำนึงถึงผลประโยชน์จากการเป็นเจ้าของธุรกิจหรือเกิดจากความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างผู้ประกอบการ อาจนำไปสู่การประสานพฤติกรรมของผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดให้เหมือนกันอย่างยั่งยืน อย่างไรก็ตาม สถานะของการร่วมกันอาจมิได้เกิดจากการตกลงกันหรือความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างผู้ประกอบการนั้นเสมอไป

สถานะของการร่วมกันดังกล่าวยังอาจเกิดขึ้นจากโครงสร้างของตลาด และแนวทางการปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในตลาดได้โดยเช่นกัน เช่น ในตลาดที่มีโครงสร้างตลาดเป็นลักษณะตลาดผู้ขายน้อยราย ผู้ประกอบการในตลาดดังกล่าวนี้ อาจมีความสัมพันธ์ในลักษณะพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ซึ่งในที่สุดผู้ประกอบการเหล่านั้นจะตระหนักถึงผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ และผู้ประกอบการเหล่านั้นจะพิจารณาความคิดทาง

เศรษฐกิจที่ทำให้เห็นว่าการมีนโยบายร่วมกันระหว่างกลุ่มผู้ประกอบการนั้นจะทำให้สถานะของการร่วมกันนั้นมีความแข็งแกร่งและคงอยู่ได้อย่างถาวรในตลาด

3.4.1.2 สถานะของการร่วมกันนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด

เมื่อผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปนั้นมีความสัมพันธ์กันในลักษณะดังกล่าวข้างต้นจนถือได้ว่ามีสถานะของการร่วมกันขึ้นระหว่างผู้ประกอบการแล้ว หลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาเป็นประการถัดมาคือ สถานะหรือตัวตนที่เกิดขึ้นร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการจะต้องมีสถานะอำนาจเหนือตลาดด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่นั้น เป็นไปตามแนวปฏิบัติว่าด้วยการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 47 ของ CCS ซึ่งได้กำหนดให้พิจารณาว่าผู้ประกอบการใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่โดยถือว่าตัวตนร่วมกันที่เกิดขึ้นนั้นเสมือนเป็นผู้ประกอบการรายหนึ่ง จึงใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการในกรณีปกติ ซึ่งจะพิจารณาภายในขอบเขตที่ได้กล่าวเอาไว้ในเบื้องต้นแล้วดังต่อไปนี้¹⁸⁴

ก. พิจารณาจากการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้กล่าวแล้วว่า การพิจารณาเช่นว่านี้ CCS จะกระทำโดยการพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง

อัตราส่วนแบ่งตลาดที่เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการนั้นมิได้ถูกบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 47 อย่างชัดเจน ดังนั้น CCS จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาดที่ใช้ในการพิจารณาสถานะดังกล่าว เอาไว้ในแนวปฏิบัติว่าด้วยการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 47 นี้ โดยที่ส่วนแบ่งตลาดนั้นถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ

ตามแนวปฏิบัติดังกล่าวนี้ CCS ได้กำหนดว่าหากผู้ประกอบการใดมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 60% ขึ้นไป อาจถือได้ว่าเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ตาม แม้ส่วนแบ่งตลาดเป็นเกณฑ์วัดในตอนเริ่มต้นได้ดี แต่จำเป็นต้องมีปัจจัยอื่นๆ ของตลาดประกอบการพิจารณา เพื่อให้ได้ภาพรวมด้วยว่าผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจเหนือตลาดจริงหรือไม่¹⁸⁵

¹⁸⁴ Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition 2016," December 2016.

¹⁸⁵ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.605.

ดังนั้น สถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายก็ย่อมเป็นไปในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ หากผู้ประกอบการหลายรายที่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะข้างต้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 60% ขึ้นไปในตลาดที่เกี่ยวข้อง ผู้ประกอบการเหล่านั้นอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดโดยมีการถือครองอำนาจเหนือตลาดนั้นร่วมกันตามแนวทางการพิจารณาของ CCS

ข. พิจารณาจากศักยภาพของการแข่งขัน ซึ่งได้กล่าวแล้วว่า CCS จะพิจารณาจากอุปสรรคต่างๆ ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการ โดยที่อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดนั้นนับเป็นสิ่งสำคัญในการประเมินศักยภาพของการแข่งขันในตลาด หากตลาดสินค้าหรือบริการใดมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่ำ ย่อมมีแนวโน้มเป็นไปได้ว่าในตลาดที่เกี่ยวข้องดังกล่าวนั้นจะมีการแข่งขันที่มีศักยภาพสูงระหว่างผู้ประกอบการในตลาด

นอกจากนี้ อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่ต่ำนั้นยังเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดอยู่แล้วนั้น แสวงหากำไรจากการรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการให้อยู่เหนือระดับราคาแข่งขันได้ ดังนั้นแม้แต่ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดจำนวนมาก ก็อาจไม่มีอำนาจตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่ำ

ในทางตรงกันข้าม ตลาดสินค้าหรือบริการที่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่สูง จะเป็นการปกป้องผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดจำนวนมากในตลาดดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบการดังกล่าวมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น

อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดเช่นว่านี้อาจได้แก่ การเข้าสู่ตลาดนั้นมีต้นทุนจมที่สูง การเข้าสู่ตลาดมีกฎข้อระเบียบเป็นข้อจำกัด การที่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีระบบการกระจายสินค้าอย่างไม่เพียงพอ เป็นตลาดที่จะเกิดการได้เปรียบจากการประหยัดจากขนาด ผลกระทบจากระบบเครือข่าย ซึ่งทำให้เป็นไปได้ยากที่ผู้บริโภคมักจะเปลี่ยนแปลงไปใช้บริการของผู้เข้าสู่ตลาดรายใหม่ เป็นต้น

ค. พิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ เช่น ความเข้มแข็งของผู้ซื้อ โครงสร้างของตลาดด้านผู้ซื้อ ซึ่งอาจส่งผลเป็นการจำกัดอำนาจตลาดของผู้ขาย โดยที่อำนาจของผู้ซื้อจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ซื้อมีตัวเลือกในการซื้อสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนกันได้จากผู้ขายรายอื่น นอกจากนี้ในบางกรณียังต้องพิจารณาถึงปัจจัยเกี่ยวกับนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐบาลที่มีการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในธุรกิจบางอย่างเป็นการเฉพาะ ซึ่งแม้ผู้ประกอบการในตลาดธุรกิจเฉพาะนี้จะไม่เผชิญกับข้อจำกัดจากคู่แข่งที่มีศักยภาพหรืออำนาจซื้อจากผู้ซื้อ แต่ก็ยังอาจถูกจำกัดในการแสวงหากำไรโดยการรักษา

ระดับราคาสินค้าหรือบริการให้อยู่เหนือระดับราคาแข่งขัน เนื่องจากถูกควบคุมโดยองค์กรของรัฐบาล ที่กำกับดูแลธุรกิจเป็นการเฉพาะ

โดยตลาดที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาถึงสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการนั้น จะถูกพิจารณาใน 2 มิติตามแนวปฏิบัติของ CCS ได้แก่¹⁸⁶

ก. ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง

CCS จะพิจารณาถึงการทดแทนของสินค้าทั้งในด้านอุปสงค์และในด้านอุปทาน ในด้านอุปสงค์นั้น CCS จะพิจารณาว่าสินค้าใดเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดเดียวกันหรือไม่ โดยใช้การทดสอบการตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ และพิจารณาถึงต้นทุนในการปรับเปลี่ยนสินค้าหรือบริการ ลักษณะของสินค้าหรือบริการควบคู่กันไปกับการทดสอบการตอบสนองต่อการขึ้นราคานั้น ส่วนในด้านอุปทานนั้น คือการพิจารณาถึงความสามารถของผู้ประกอบการที่จะหันไปผลิตสินค้าอื่นเพื่อตอบสนองต่อการขึ้นราคาที่สูงกว่าระดับแข่งขัน โดยพิจารณาจากความยากง่ายในการผลิตสินค้าอื่นทดแทน ช่องว่างในตลาดที่สามารถให้สินค้าที่ผลิตทดแทนนั้นเข้าไปจำหน่ายได้ รวมไปถึงการพิจารณาความพึงพอใจของผู้บริโภคต่อสินค้าที่ผลิตขึ้นทดแทนนั้นอีกด้วย

ข. ตลาดภูมิศาสตร์

ตลาดภูมิศาสตร์ตามแนวปฏิบัติของ CCS คือ อาณาเขตพื้นที่ที่ผู้บริโภคพอใจที่จะเดินทางไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นทดแทน เมื่อราคาของสินค้าหรือบริการในท้องถิ่นของตนนั้นมีราคาสูงขึ้น ซึ่งจะพิจารณาจากองค์ประกอบทั้งด้านอุปสงค์ คือ จำนวนผู้บริโภคที่เปลี่ยนแปลงไปซื้อสินค้าหรือบริการในท้องถิ่นอื่น ๆ และในด้านอุปทาน คือ ศักยภาพของผู้ประกอบการในท้องถิ่นอื่น ๆ ที่จะจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภคที่เดินทางมาซื้อสินค้าหรือบริการในท้องถิ่นของตน และยังพิจารณาถึงการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศมาจัดจำหน่ายในประเทศ โดยผู้ประกอบการที่มีใช่ผู้ประกอบการในท้องถิ่น ซึ่งจะทำให้เห็นว่าสินค้าหรือบริการบางชนิดนั้นมีขนาดของตลาดทางภูมิศาสตร์ที่ใหญ่กว่าอาณาเขตของประเทศสิงคโปร์

3.4.2 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

บทบัญญัติมาตรา 47 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ แยกองค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบออกเป็น 2 ประการ ได้แก่

¹⁸⁶ Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on Market Definition," June 2007.

3.4.2.1 เป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ดังที่ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันไว้โดยละเอียดแล้ว อาจสรุปได้ว่าหากผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะของการร่วมกัน ซึ่ง CCS จะพิจารณาว่าสถานะของการร่วมกันนั้น เกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่อาจทำให้ผู้ประกอบการหลายรายสามารถมีนโยบายในการประกอบธุรกิจร่วมกันได้โดยอิสระจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ ซึ่งเป็นคู่แข่งหรือคู่ค้า รวมถึงเป็นอิสระจากผู้บริโภค โดยที่ CCS จะพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ดังกล่าว โดยอาศัยการค้นหาค่าการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการ ความสัมพันธ์ทางด้านกฎหมายระหว่างผู้ประกอบการ หรือโครงสร้างของตลาดที่ผู้ประกอบการนั้นประกอบธุรกิจอยู่เป็นสำคัญ

และหากผู้ประกอบการเหล่านั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 60% ขึ้นไป แล้ว ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน แต่ทั้งนี้ ยังคงต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่นๆ ของตลาดประกอบการพิจารณาเพื่อให้ได้ภาพรวมด้วยว่าตัวตนร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีอำนาจตลาด อันส่งผลให้มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จริงหรือไม่ กล่าวคือ พิจารณาจากจำนวนและความเข้มแข็งของคู่แข่งทางธุรกิจที่มีอยู่ในขณะนั้นและในอนาคต อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (เช่น ต้นทุนจมและผลดีของเครือข่าย) ความเข้มแข็งของผู้ซื้อ โครงสร้างของตลาดด้านผู้ซื้อ ประกอบกับส่วนแบ่งตลาด เป็นต้น

3.4.2.2 มีพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

มาตรา 47 (2) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์นั้น ได้บัญญัติตัวอย่างของพฤติกรรมซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมของการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม เช่น

- ก. พฤติกรรมซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกำจัดคู่แข่งทางธุรกิจ
- ข. การจำกัดการผลิต การจำกัดตลาด การจำกัดการพัฒนาเทคโนโลยี ซึ่งทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์
- ค. กำหนดเงื่อนไขในการทำธุรกรรมกับคู่ค้าที่แตกต่างกัน ทำให้คู่ค้าบางรายอยู่ในฐานะเสียเปรียบ
- ง. กำหนดให้คู่ค้าต้องยอมรับข้อตกลงในสัญญา ซึ่งเป็นข้อตกลงซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของสัญญา

มาตรา 47 ไม่ได้มีเงื่อนไขว่าผลเสียของการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ต้องเกิดขึ้นในตลาดที่ผู้ประกอบการมีสถานะดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการรายหนึ่งมีสถานะของผู้มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้า ก. แล้วใช้สถานะดังกล่าวอย่างไม่เป็นธรรมทำให้เกิดผลเสียในตลาดสินค้า ข. เช่นนี้แล้ว ถือว่าผู้ประกอบการรายนั้นได้มีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดซึ่งขัดกับมาตรา 47 แล้ว¹⁸⁷

และตามแนวปฏิบัติของ CCS พฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น ไม่จำเป็นจะต้องเกิดจากการตกลงระหว่างกันอย่างเป็นรูปธรรมแต่เพียงเท่านั้น เพียงแต่มีการกระทำที่เหมือนกันระหว่างผู้ประกอบการจนมีลักษณะเป็นการร่วมกัน ซึ่งการกระทำนั้นเกิดจากความสัมพันธ์ในทางใดทางหนึ่งระหว่างผู้ประกอบการหลายรายดังที่ได้กล่าวแล้ว และการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบ ดังตัวอย่างที่กำหนดไว้ในมาตรา 47 (2) เท่านั้นก็คือได้ว่าผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น มีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบแล้ว¹⁸⁸

3.4.3 ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

จากบทบัญญัติมาตรา 47 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ เห็นได้ว่าการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดในประเทศสิงคโปร์นั้น เป็นการกำกับดูแลตามแนวทางควบคุมพฤติกรรม กล่าวคือ เป็นการควบคุมผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด มิให้ใช้อำนาจจากสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่ว่าเพียงรายเดียวหรือร่วมกับผู้อื่นในทางมิชอบ

ดังนั้น โดยหลักการแล้ว การที่ผู้ประกอบการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันย่อมไม่ถือว่าเป็นความผิด แต่เมื่อเป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันแล้วมีพฤติกรรมไม่ชอบธรรม (to abuse) จึงจะเป็นปัญหาว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรานี้หรือไม่ ซึ่งได้กล่าวถึงองค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแล้วข้างต้น โดยที่มาตรา 47 นั้นใช้บังคับกับทั้งผู้ประกอบการที่อยู่ในประเทศสิงคโปร์และอยู่นอกประเทศสิงคโปร์ トラบใดที่พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดเกิดขึ้นในสิงคโปร์¹⁸⁹

¹⁸⁷ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.p.606.

¹⁸⁸ Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition 2016," December 2016.

¹⁸⁹ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.604.

ทั้งนี้ หากผู้ประกอบการมีพฤติกรรมครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 47 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์แล้ว ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นจะได้รับยกเว้นให้สามารถมีการตกลงกันได้ โดยไม่ถือเป็นความผิดต่อบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันระหว่างคู่แข่งชั้นทางธุรกิจตามมาตรา 34 ก็ตาม (block exemption) แต่ก็อาจต้องรับผิดตามบทบัญญัติมาตรา 47 นี้ อันเป็นไปตามแนวปฏิบัติของ CCS ซึ่งกำหนดไว้ว่า “The provision for block exemptions does not apply to the section 47 prohibition.” ซึ่ง CCS มีอำนาจตามมาตรา 69 ที่จะกำหนดค่าปรับเป็นเงินจำนวนไม่เกิน 10% ของรายได้ในปีที่มีการกระทำความผิด¹⁹⁰

3.4.4 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

ในประเทศสิงคโปร์นั้นยังไม่มีคำวินิจฉัยของ CCS หรือศาล ที่ปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 47 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ แก่กรณีที่มีผู้ประกอบการหลายรายใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ คงมีแต่เพียงแนวปฏิบัติของ CCS ที่เป็นแนวทางที่ CCS ใช้ในการพิจารณาและกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน¹⁹¹ ซึ่งมีแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันคล้ายคลึงกับแนวคิดของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

3.5 ประเทศมาเลเซีย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยถูกตราขึ้นในเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 2010 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2012¹⁹² ประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่ตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าขึ้นมาบังคับใช้โดยเป็นความประสงค์ของรัฐบาลมาเลเซียเอง มิได้เกิดจากพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือความกดดันจากประเทศใดๆ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของมาเลเซียแล้ว จะเห็นว่าได้รับอิทธิพลจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปเป็นหลัก และมีบางส่วนที่คล้ายคลึงกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์¹⁹³

¹⁹⁰ Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition 2016," December 2016.

¹⁹¹ Interview with Wong Chun Han, Legal & Enforcement Divisions, Competition Commission of Singapore, 22 August 2017.

¹⁹² Lim Koon Huan and Jason Teoh Choon Hui, "Malaysia," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, eds. Katrina Groshinski and Caitlin Davies (Hague: Kluwer Law International, 2015).

¹⁹³ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยอาเซียน, หน้า 202.

ในเวลาเดียวกันกับที่มีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้า ก็ได้มีการออกอนุบัญญัติเพื่อจัดตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของมาเลเซีย (the Malaysia Competition Commission: MyCC) พร้อมทั้งกำหนดอำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อเป็นองค์การบังคับใช้กฎหมายไว้ในอนุบัญญัติซึ่งเรียกว่า Competition Commission Act 2010¹⁹⁴

โดยที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซียจะกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการใน 2 ลักษณะเป็นหลัก กล่าวคือ

- ก. การตกลงร่วมกันต่อต้านการแข่งขันทางการค้า
- ข. การมีพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

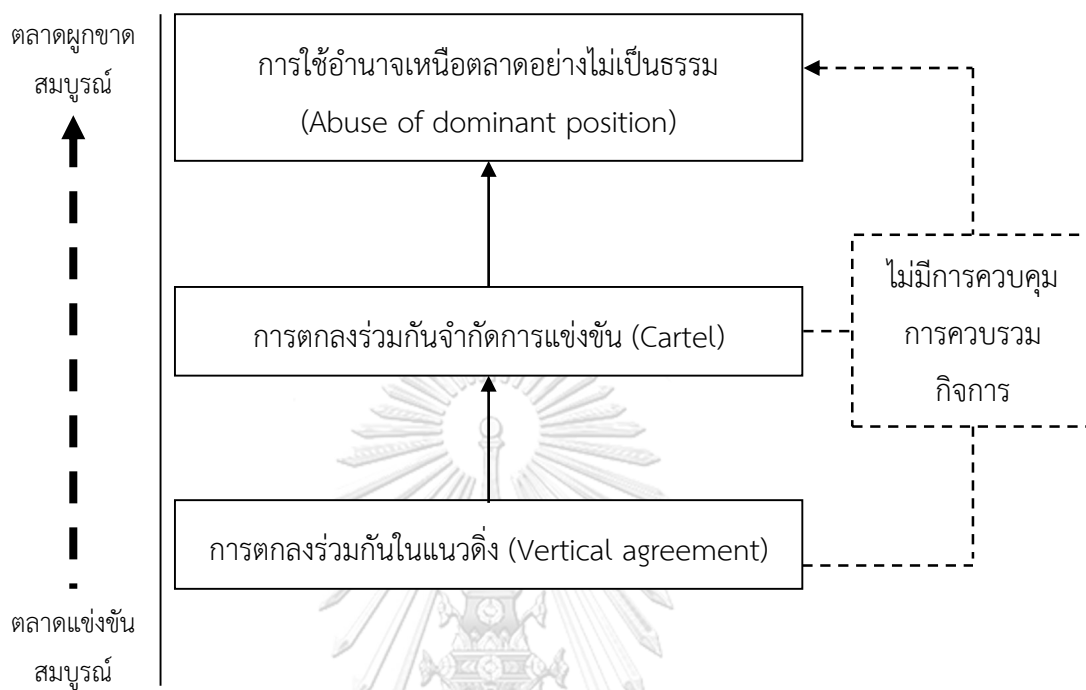
เห็นได้ว่าพฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจที่ถูกห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซีย มีน้อยกว่าพฤติกรรมที่ถูกห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป กล่าวคือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซียไม่ห้ามการควบรวมกิจการที่จะนำไปสู่การผูกขาดหรือทำให้การแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นลดลงอย่างมีนัยสำคัญ และไม่ห้ามพฤติกรรมวิธีการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งกระทำโดยผู้ประกอบการที่ไม่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด¹⁹⁵

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซียได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ดังนั้นภาพรวมของพฤติกรรมที่ถูกห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของมาเลเซีย จึงคล้ายกับพฤติกรรมที่ถูกห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ซึ่งอาจแสดงเป็นแผนผังรูปภาพได้ดังนี้

¹⁹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 203.

¹⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 210.

รูปที่ 12 แผนภาพแสดงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมาย
การแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซีย¹⁹⁶



การกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในประเทศมาเลเซีย นั้น จะกำกับดูแลโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบซึ่งถูกบัญญัติไว้ในส่วนที่ 2 บทที่ 2 มาตรา 10 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซีย ซึ่งมักจะเรียกว่าบทที่ 2 (Chapter 2) บัญญัติว่า

“(1) An enterprise is prohibited from engaging, whether independently or collectively, in any conduct which amounts to an abuse of a dominant position in any market for goods or services.

(2) Without prejudice to the generality of subsection (1), an abuse of a dominant position may include

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling price or other unfair trading condition on any supplier or customer;

(b) limiting or controlling

(i) production;

¹⁹⁶ เรื่องเดียวกัน

- (ii) market outlets or market access;
 - (iii) technical or technological development; or
 - (iv) investment,
to the prejudice of consumers;
- (c) refusing to supply to a particular enterprise or group or category of enterprises;
- (d) applying different conditions to equivalent transactions with other trading parties to an extent that may
- (i) discourage new market entry or expansion or investment by an existing competitor;
 - (ii) force from the market or otherwise seriously damage an existing competitor which is no less efficient than the enterprise in a dominant position; or
 - (iii) harm competition in any market in which the dominant enterprise is participating or in any upstream or downstream market;
- (e) making the conclusion of contract subject to acceptance by other parties of supplementary conditions which by their nature or according to commercial usage have no connection with the subject matter of the contract;
- (f) any predatory behaviour towards competitors; or
- (g) buying up a scarce supply of intermediate goods or resources required by a competitor, in circumstances where the enterprise in a dominant position does not have a reasonable commercial justification for buying up the intermediate goods or resources to meet its own needs.

(3) This section does not prohibit an enterprise in a dominant position from taking any step which has reasonable commercial justification or represents a reasonable commercial response to the market entry or market conduct of a competitor.

(4) The fact that the market share of any enterprise is above or below any particular level shall not in itself be regarded as conclusive as to whether that enterprise occupies, or does not occupy, a dominant position in that market.”

MyCC ได้ออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับพฤติกรรมต้องห้ามตามบทที่ 2 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม โดยได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าบทบัญญัติในบทที่ 2 นี้ ใช้บังคับแก่ผู้ประกอบการไม่ว่าเพียงรายเดียวหรือร่วมกันหลายราย ที่มีพฤติกรรมเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการในบริการหนึ่งในประเทศมาเลเซีย ดังนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจึงมิได้ใช้บังคับเฉพาะแก่กรณีที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมเพียงเท่านั้น แต่ยังใช้บังคับแก่กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายซึ่งมีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแตกต่างกัน และพฤติกรรมร่วมกันใช้อำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญของตนในตลาดสินค้าหรือบริการได้อีกด้วย¹⁹⁷

3.5.1 หลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ในบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซีย นั้น มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยละเอียดว่าผู้ประกอบการจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้อย่างไร คงมีเพียงการกำหนดนิยามลักษณะของสถานะอำนาจเหนือตลาดไว้ในมาตรา 2 เท่านั้น ซึ่งบัญญัติว่า

“In this Act, unless the context otherwise requires

...

“dominant position” means a situation in which one or more enterprises possess such significant power in a market to adjust prices or outputs or trading terms, without effective constraint from competitors or potential competitors;”

บทบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นเพียงการบ่งบอกถึงลักษณะของสถานะอำนาจเหนือตลาด ว่าจะหมายถึงสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายราย ถือครองอำนาจในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ ทำให้ผู้ประกอบการนั้นสามารถกำหนดราคาหรือปริมาณผลผลิต หรือเงื่อนไขในทางการค้าได้โดยปราศจากการถูกขัดขวางจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่เป็นคู่แข่ง หรือแม้กระทั่งจากคู่แข่งที่มีศักยภาพก็ตาม แต่ก็มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันไว้ในตัวบทกฎหมายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับพฤติกรรมต้องห้ามตามบทที่ 2 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ได้นิยามถึงลักษณะของอำนาจตลาดไว้เพิ่มเติมว่า อำนาจตลาดนั้นคือสิ่งที่ทำให้ผู้ประกอบการมีความสามารถที่จะกำหนดราคาไว้เหนือระดับราคาแข่งขันได้อย่าง

¹⁹⁷ Malaysia Competition Commission, "Guidelines on Chapter 2 Prohibition: Abuse of Dominant Position," July 2012.

ถาวร หรือทำให้ผู้ประกอบการมีความสามารถที่จะขับผู้ประกอบการที่แม้จะมีศักยภาพเท่าๆ กันกับตนเองออกไปจากตลาดได้ และยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาถึงสถานะดังกล่าวไว้อย่างกว้างๆ กล่าวคือ ผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเมื่อผู้ประกอบการเหล่านั้นมีการร่วมกันถือครองอำนาจตลาดในลักษณะข้างต้นอย่างมีนัยสำคัญ โดยแนวปฏิบัตินี้กำหนดให้ MyCC พิจารณาการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการเป็นรายกรณีไป¹⁹⁸

แนวปฏิบัติข้างต้นนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ MyCC จะใช้ในการพิจารณาถึงอำนาจตลาดในลักษณะดังกล่าวเอาไว้ โดยมีได้มีการแยกหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้ประกอบการมีการถือครองอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญระหว่างกรณีของผู้ประกอบการรายเดียว และกรณีของผู้ประกอบการหลายรายแต่อย่างใด ดังนั้นในการพิจารณาถึงการถือครองอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญนั้นจึงมีเพียงหลักเกณฑ์เดียวตามแนวปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

3.5.1.1 พิจารณาจากการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง

ในลำดับแรก MyCC จะเริ่มต้นพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายนั้นมีการครอบครองอำนาจตลาด โดยพิจารณาจากการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาด โดยที่ MyCC จะใช้ส่วนแบ่งตลาดเป็นเครื่องมือในการพิสูจน์ถึงการแข่งขันในตลาดดังกล่าว เพราะส่วนแบ่งตลาดนั้นเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการแข่งขันในตลาดหรือไม่ อย่างไร

หากในตลาดนั้นมีผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดจำนวนมากนั้น ย่อมมีโอกาสที่การแข่งขันในตลาดนั้นจะเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ และผู้ประกอบการรายนั้นอาจถือได้ว่ามีสถานะอำนาจเหนือตลาด แต่อย่างไรก็ดี ตามแนวทางของบทบัญญัติมาตรา 10 (4) ที่ได้กล่าวถึงข้างต้นนั้น บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่า การพิจารณาแต่ส่วนแบ่งตลาดเพียงประการเดียวนั้น ไม่อาจแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ประกอบการนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ หากแต่ส่วนแบ่งตลาดนั้นเป็นเพียงจุดเริ่มต้นของการพิจารณาเท่านั้น กล่าวคือ แม้ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดจำนวนมาก แต่ผู้ประกอบการเหล่านั้นก็อาจมิได้มีสถานะอำนาจเหนือตลาดหากมิได้อยู่ในสถานะที่จะสามารถกำหนดราคาสินค้าหรือบริการให้อยู่เหนือระดับราคาแข่งขันได้ ซึ่งสาเหตุอาจเกิดจากการมีความเป็นไปได้ที่จะมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาในตลาด หรืออาจมีการนำเข้าสู่สินค้าหรือบริการชนิดดังกล่าวนั้นเข้ามา

¹⁹⁸ ibid.

โดยในการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการนั้น MyCC จะพิจารณาจากตลาดที่เกี่ยวข้องตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจำกัดความของตลาด ซึ่งหากผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่า 60% จะเป็นสิ่งบ่งชี้ในเบื้องต้นว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นอาจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน แต่ทั้งนี้ ก็จะต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่นๆ ประกอบอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดระหว่าง 20% - 30% ก็มีโอกาที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ในบางกรณี ตัวอย่างเช่น สินค้าออกใหม่มีคุณสมบัติใหม่ ซึ่งทำให้ผู้บริโภคหันมาซื้อและใช้สินค้าใหม่แทนสินค้าที่กำลังใช้อยู่ หรือเป็นกรณีที่ส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว เนื่องจากเป็นตลาดสินค้าเทคโนโลยีที่ผู้บริโภคให้ความสนใจกับผลิตภัณฑ์เทคโนโลยีชนิดใหม่นั้นอย่างมาก เป็นต้น ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 10 (4) ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “การที่ผู้ประกอบการใดมีส่วนแบ่งตลาดสูงกว่าหรือต่ำกว่าระดับใดระดับหนึ่งจะต้องไม่ถือโดยเด็ดขาดว่าผู้ประกอบการใดมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่มีสถานะอำนาจเหนือตลาด”

ทั้งนี้ ในการพิจารณาถึงส่วนแบ่งตลาดนั้น จะต้องคำนึงถึงปัจจัยเกี่ยวกับการแข่งขันอย่างอื่นๆ อีกด้วย ซึ่งปัจจัยเหล่านั้นอาจทำให้ส่วนแบ่งตลาดเกิดความคลาดเคลื่อนได้ในบางกรณี เช่น

ก. ระดับความแตกต่างของสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ หากสินค้าหรือบริการนั้นมีระดับความแตกต่างกันอย่างมาก ส่วนแบ่งตลาดอาจมีได้นำไปสู่การหาอำนาจตลาดของผู้ประกอบการอย่างถูกต้อง เช่น ผู้จำหน่ายรถยนต์ยี่ห้อหนึ่งไม่ถูกนำมาพิจารณาว่าอยู่ในตลาดเดียวกันกับรถใช้งานทั่วไป เพราะผู้บริโภคในสินค้าทั้งสองนั้นย่อมมีความแตกต่างกัน ซึ่งปัจจัยนี้ก็ต้องถูกนำมาพิจารณาในการกำหนดสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการด้วย

ข. แนวโน้มการตอบรับของผู้บริโภคต่อการขึ้นราคาของสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ สินค้าหรือบริการบางชนิดเป็นสินค้าที่ผู้บริโภคบางกลุ่มจำเป็นต้องมี ดังนั้นผู้ประกอบการซึ่งเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการดังกล่าวย่อมมีความสามารถที่จะขึ้นราคาสินค้าหรือบริการชนิดนั้นได้โดยง่าย เนื่องจากผู้บริโภคจะไม่เปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าอื่นเพราะเหตุผลทางเทคนิคของตัวสินค้านั้นเอง ซึ่งแม้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายดังกล่าวนี้มีไม่มาก แต่ก็อาจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดได้เช่นกัน

ค. ระดับการแข่งขันของนวัตกรรม กล่าวคือ สินค้าหรือบริการบางชนิดนั้นมีการพัฒนาการหรือมีนวัตกรรมใหม่อยู่ตลอดเวลา ดังนั้น การแข่งขันของนวัตกรรมมากกว่าการแข่งขัน

ในด้านราคานั้นก็จะถูกนำมาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการด้วยกัน ผู้ประกอบการที่ได้ผลิตสินค้าหรือบริการที่มีนวัตกรรมใหม่ออกจำหน่ายในตลาดก็就会被พิจารณาว่ามีอำนาจตลาดหรือไม่ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการรายนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดในปัจจุบันไม่มากก็ตาม

3.5.1.2 พิจารณาจากศักยภาพของการแข่งขัน

หมายถึง ความเป็นไปได้ในการที่ผู้ประกอบการจะเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง และแย่งส่วนแบ่งตลาดไปจากผู้ประกอบการเดิมในตลาด โดยที่ศักยภาพของการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น จะได้รับผลกระทบจากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด กล่าวคือ หากผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาในตลาดสินค้าหรือบริการได้โดยง่ายแล้ว แม้ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวนี้จะมีส่วนแบ่งตลาดถึง 100% แต่ก็อาจมิได้มีสถานะอำนาจเหนือตลาด เนื่องจากการที่ผู้ประกอบการรายอื่นๆ สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่ายนั้น ย่อมเป็นอุปสรรคต่อผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาด ในการที่จะกำหนดราคาของตนเองไปตามอำเภอใจดังนั้น ในข้อนี้ MyCC จึงจะพิจารณาจากอุปสรรคต่างๆ ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการ ซึ่งอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดนั้นอาจเกิดขึ้นจากปัจจัยดังต่อไปนี้

ก. การประหยัดต่อขนาด (economies of scale) กล่าวคือ ผู้ประกอบการรายใหม่ที่เพิ่งเข้ามาสู่ตลาดสินค้าบางชนิด จะไม่สามารถแข่งขันกับคู่แข่งที่อยู่ในตลาดก่อนหน้านี้ เนื่องจากต้นทุนคงที่ในการผลิตสินค้าสูงมาก จึงจำเป็นต้องผลิตสินค้าจำนวนมากๆ เพื่อให้ต้นทุนโดยเฉลี่ยลดลง การที่ผู้ประกอบการรายใดต้นทุนต่ำเนื่องจากการประหยัดต่อขนาด อาจถือได้ว่าเป็นปัจจัยที่นำมาพิจารณาได้ว่าผู้ประกอบการนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ข. การประหยัดต่อขอบเขต (economies of scope) ผู้ประกอบการรายใหม่ที่ไม่สามารถผลิตสินค้าได้หลากหลายชนิด จะมีปัญหาในการกระจายต้นทุนไปยังสินค้าที่ผลิต ทำให้ต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยสูง ดังนั้นการที่คู่แข่งทางธุรกิจซึ่งอยู่ในตลาดนั้นมีต้นทุนต่ำกว่าเนื่องจากการประหยัดต่อขอบเขต ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดก่อนหน้านี้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ค. การเข้าสู่ตลาดต้องมีใบอนุญาต (regulated entry) ในบางกรณีการเข้าสู่ตลาดต้องมีการขอใบอนุญาตก่อน และการขอใบอนุญาตเป็นเรื่องยากเพราะผู้ขอต้องมีคุณสมบัติต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นจึงจะได้รับใบอนุญาต ผู้ได้รับใบอนุญาตแล้วจึงอาจถือได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้

3.5.1.3 พิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ

ปัจจัยอื่นๆ ที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบ เพื่อพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่อาจได้แก่ ความเข้มแข็งของผู้ซื้อ ซึ่งในบางตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีผู้ซื้อจำนวนน้อย ทำให้ผู้ขายนั้นมีอำนาจในการกำหนดราคาหรือเงื่อนไขในการซื้อขายสินค้าหรือบริการนั้นลดลง นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงกฎระเบียบต่างๆ ที่ออกโดยรัฐบาล เช่น กฎระเบียบเกี่ยวกับราคาของสินค้าหรือบริการ ซึ่ง MyCC ก็จะต้องพิจารณาว่า แม้จะมีการออกกฎระเบียบเพื่อควบคุมราคาของสินค้าหรือบริการแล้ว ผู้ประกอบการยังคงมีอำนาจตลาดในมิติของการแข่งขันอยู่หรือไม่ เช่น ผู้ประกอบการที่ยังคงมีอำนาจตลาดที่ถูกควบคุมราคาโดยกฎระเบียบนั้น อาจสามารถกำจัดคู่แข่งรายอื่นๆ ผ่านการควบคุมตัวแทนจัดจำหน่ายในแนวตั้งได้อยู่ เป็นต้น

ทั้งนี้ ในกรณีของบริษัทที่เป็นบริษัทแม่และบริษัทลูกนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซีย มาตรา 2 ให้ถือว่าเป็นผู้ประกอบการเดียวกัน (a single enterprise) ซึ่งแม้ว่าจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกกันก็ตาม แต่ทั้งสองนิติบุคคลรวมกันเป็นเพียงหนึ่งหน่วยทางเศรษฐกิจ (a single economic unit) ซึ่งภายในหน่วยเศรษฐกิจดังกล่าว บริษัทลูกไม่ได้มีอำนาจที่แท้จริงในการตัดสินใจดำเนินการใดๆ ในตลาดได้ ดังนั้นในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ จึงต้องพิจารณาทั้งบริษัทแม่และบริษัทลูกของผู้ประกอบการนั้นด้วย

โดยตลาดที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาถึงสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการนั้น จะถูกพิจารณาใน 2 มิติตามแนวปฏิบัติของ MyCC ได้แก่¹⁹⁹

ก. ตลาดสินค้า

ในการนิยามขอบเขตของตลาดสินค้า MyCC อาจใช้เกณฑ์ผู้ผูกขาดสมมติ (The Hypothetical Monopolist Test: HMT) ซึ่งตามแนวทางการพิจารณา (guidelines) ตลาดของ MyCC นั้น MyCC ได้ให้นิยามของ HMT ดังนี้

กลุ่มที่ประกอบด้วยจำนวนสินค้าที่น้อยที่สุดในตลาด (ตลาดภูมิศาสตร์) ที่ผู้ผูกขาดสมมติที่ควบคุมกลุ่มสินค้านั้นสามารถขึ้นราคาสินค้าเหนือระดับราคาแข่งขันได้ และรักษาระดับราคาแข่งขันได้โดยมีกำไร และการขึ้นราคาของผู้ผูกขาดสมมตินั้นต้องเป็นการขึ้นราคาที่เล็กน้อยแต่สำคัญเหนือระดับราคาแข่งขัน

¹⁹⁹ Lim Koon Huan and Jason Teoh Choon Hui, "Malaysia," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, pp.408 - 412.

สำหรับการขึ้นราคาทีเล็กน้อยแต่สำคัญ (SSNIP Test) นั้น MyCC จะใช้การขึ้นราคาในระดับ 5% - 10% กล่าวคือ หากผู้ประกอบการใดสามารถขึ้นราคาสินค้าประมาณ 5% - 10% ได้และสามารถรักษาระดับราคานั้นได้อย่างมีกำไร แสดงว่าสินค้าในกลุ่มเป็นสินค้าในตลาดที่เกี่ยวข้อง แต่หากผู้ประกอบการขึ้นราคาสินค้า 5% - 10% แล้วผู้บริโภคหันไปซื้อสินค้าทดแทนอย่างอื่นแทนสินค้าที่ขึ้นราคา แสดงว่าตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นกว้างกว่าตลาดสินค้าที่ผู้ประกอบการนั้นผลิต

อย่างไรก็ตาม HMT เป็นเพียงเกณฑ์การพิจารณาเพื่อประเมินว่าสินค้าชนิด ก. กับสินค้าชนิด ข. ใช้ทดแทนกันได้หรือไม่ มากน้อยเพียงใด หรือแข่งขันกันมากน้อยเพียงใด ในทางปฏิบัติแล้ว MyCC จะพิจารณาหลักฐานหรือปัจจัยอื่นๆ ประกอบด้วย ปัจจัยอื่นๆ ในการใช้พิจารณาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ปัจจัยทางเศรษฐกิจที่ใช้พิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง

(1) การวิจัยเพื่อสำรวจตลาด ซึ่งเป็นการวิจัยเพื่อดูว่าผู้บริโภคตั้งใจจะเปลี่ยนใจไปใช้สินค้าทดแทนอื่นหรือไม่ หากสินค้าที่ใช้อยู่ขึ้นราคา

(2) การสัมภาษณ์สมาคมการค้า

(3) การสัมภาษณ์ผู้ร้องเรียนรายแรก ซึ่งอาจเป็นคู่แข่งทางธุรกิจ ซึ่งหากเป็นคู่แข่งทางธุรกิจ MyCC จะขอข้อมูลที่เกี่ยวข้อง รวมถึงเอกสารด้านการตลาดของผู้ร้องเรียนนั้น

(4) การสัมภาษณ์คู่แข่งทางธุรกิจ หลักฐานจากผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งทางธุรกิจที่ขายสินค้าคล้ายกัน และกลยุทธ์เชิงธุรกิจอาจเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหน้าที่ของ MyCC ผู้ประกอบการส่วนใหญ่จะทราบดีว่าใครคือคู่แข่งทางธุรกิจ และสินค้าที่ตนกำลังแข่งขันอยู่ด้วย

(5) การสัมภาษณ์ผู้บริโภค ในกรณีที่ตลาดสินค้านั้นมีผู้บริโภคจำนวนน้อย การสัมภาษณ์ผู้บริโภคจะเป็นไปได้ แต่หากเป็นตลาดสินค้าที่มีผู้บริโภคนับเป็นจำนวนมาก ค่าใช้จ่ายในการสำรวจจะสูงมากเกินกว่าที่จะทำได้จริง นอกจากนั้นแล้ว ความคิดเห็นที่ได้มาจากการสำรวจอาจเป็นความคิดเห็นที่ไม่ตรงกับความเป็นจริงในกรณีที่สินค้านั้นขึ้นราคาจริงๆ

(6) หลักฐานเกี่ยวกับต้นทุนการสลับการซื้อสินค้า (switching cost) (ไม่ว่าจะแค่ประเมินหรือเป็นจริง) ปัญหาเรื่องต้นทุนในการสลับการซื้อสินค้าจากสินค้า ก. ไปยังสินค้า ข. เป็นเรื่องสำคัญ เพราะผู้ซื้อต้องพิจารณาอย่างมากในการที่จะสลับการซื้อสินค้าจากสินค้า ก. ไปซื้อสินค้า ข. เพราะมีต้นทุนที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่น การเปลี่ยนคอมพิวเตอร์ที่ใช้ระบบปฏิบัติการ (operating system) ระบบหนึ่งไปยังคอมพิวเตอร์ที่ใช้ระบบปฏิบัติการระบบอื่น เพราะผู้ใช้จะต้องมีต้นทุนในการเรียนรู้การใช้คอมพิวเตอร์ใหม่ในระดับที่ค่อนข้างสูง ดังนั้นโอกาสที่จะสลับคงเกิดได้ยาก

(7) ชนิดของสินค้า เช่น สินค้าที่แข่งขันกันในเรื่องลักษณะพิเศษ (features) ไม่ใช่สินค้าแข่งขันกันในเรื่องราคา ในกรณีเช่นนี้ MyCC ต้องปรับเปลี่ยนวิธีการในการนิยามขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสมกับชนิดของสินค้าที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะตัวด้วย

(8) จังหวะเวลา (timing) ในตลาดสินค้าหรือตลาดบริการบางชนิด จังหวะเวลาเป็นปัจจัยที่ MyCC นำมาใช้ในการประเมินขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องด้วย ตัวอย่างเช่น หากผู้บริโภคไม่สามารถสลับการใช้บริการอย่างหนึ่งจากช่วงเวลาผู้ใช้สูงมาก (peak) ไปยังช่วงเวลาที่มีผู้ใช้น้อย (off-peak) หรือผู้ให้บริการไม่สามารถสลับความสามารถในการผลิตบริการในช่วง peak กับช่วง off-peak ได้ แสดงว่าตลาด peak เป็นตลาดที่แตกต่างกับตลาด off-peak เป็นต้น

ปัจจัยด้านอุปทานที่ใช้พิจารณาให้นิยาม “ตลาด” (supply side factors indicating market definition)

โดยปกติแล้ว MyCC จะรวมผู้ประกอบการที่สามารถจะเริ่มผลิตสินค้าที่ถูกสืบสวนสอบสวนและจำหน่ายสินค้านั้นในตลาดได้ภายในระยะเวลา 12 เดือน เข้าไปในตลาดที่เกี่ยวข้องด้วย ด้วยเหตุผลที่ว่าผู้ประกอบการจะไม่สามารถขึ้นราคาสินค้าของตนได้ หากผู้ประกอบการอื่นสามารถที่จะผลิตสินค้าเข้ามาจำหน่ายแข่งขันในตลาดได้โดยใช้ระยะเวลาสั้นๆ

นอกจากนี้แล้ว MyCC ยังพิจารณาปัจจัยด้านอุปทานประกอบการนิยามตลาดที่เกี่ยวข้องดังนี้

(1) ถามผู้ขายรายอื่นว่า การผลิตสินค้าทดแทนในทางเทคนิคจะเป็นไปได้หรือไม่ (substitution is technically feasible) เพราะว่ามีต้นทุนการสลับการผลิตจากสินค้า ก. ไปผลิตสินค้า ข. และการทำเช่นนั้นไม่แน่ว่าจะมีกำไรเกิดขึ้นหรือไม่

(2) ประเมินระดับกำลังการผลิตที่มีอยู่ (level of existing capacity) ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการรายอื่นกำลังใช้กำลังการผลิตที่มีอยู่อย่างเต็มที่ และไม่ประสงค์ที่จะสลับการผลิตสินค้า A ที่กำลังผลิตอยู่ ไปผลิตสินค้า B ที่ขึ้นราคา

นอกจากนี้แล้ว วัตถุประสงค์หรือชิ้นส่วนที่จำเป็นมีอยู่หรือไม่ ช่องทางการจัดจำหน่ายมีหรือไม่ ล้วนเป็นปัจจัยที่สำคัญว่าผู้ผลิตสินค้า ก. จะสลับไปผลิตสินค้า ข. หรือไม่

สัมภาษณ์ผู้ซื้อว่ามีความจงรักภักดี (how loyal) ต่อสินค้าที่กำลังใช้อยู่มากน้อยเพียงใด และสนใจจะซื้อสินค้าใหม่ทดแทนสินค้าที่กำลังใช้อยู่มากน้อยเพียงใด

MyCC จะนำปัจจัยด้านอุปทานมาใช้ในการพิจารณาขอบเขตของตลาดสินค้า หากการทดแทนด้านอุปทานจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้เร็วและง่ายเพียงพอ นิยามของตลาดก็จะเป็นนิยามด้าน

การทดแทนอุปสงค์ (demand-side substitutability) อย่างเดียว การเข้าสู่ตลาดในระยะยาวในอนาคตจะถูกนำมาใช้ในกรณีวิเคราะห์การแข่งขันในระยะยาว

ข. ตลาดภูมิศาสตร์

คำว่า “ตลาด” ตามนิยามของมาตรา 2 ที่ได้กล่าวมาแล้ว หมายถึง “ตลาดในประเทศมาเลเซียหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศมาเลเซีย” เท่านั้น ดังนั้นตลาดที่อยู่ในประเทศอื่นไม่ถือว่าเป็นตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (relevant geographic market)

การนิยาม “ตลาดภูมิศาสตร์” จะใช้กรอบเหมือนกับการนิยาม “ตลาดสินค้า” กล่าวคือ จะเริ่มต้นโดยการพิจารณาขอบเขตที่ค่อนข้างแคบทางภูมิศาสตร์ของตลาดนั้นก่อน เรียกว่า “พื้นที่ศูนย์กลาง (focal area)” ซึ่งหมายความว่า เป็นตลาดภูมิศาสตร์ที่แคบที่สุดซึ่งมีสินค้าจำนวนน้อยที่อยู่ในตลาดสินค้าแข่งขันกัน

3.5.2 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

ความผิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซีย นั้น จำเป็นจะต้องประกอบไปด้วย 2 องค์ประกอบ กล่าวคือ

3.5.2.1 เป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

สถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการตามแนวปฏิบัติของ MyCC ดังที่ได้กล่าวไว้ อาจสรุปหลักเกณฑ์การพิจารณาได้เป็น 3 ประการ ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือ

ก. พิจารณาจากการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหมายถึง การแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องนั้นอยู่แล้ว การพิจารณาเช่นนี้จะกระทำโดยการพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง หากผู้ประกอบการนั้นมีส่วนแบ่งตลาดถึง 60% ก็จะเป็นสิ่งบ่งชี้เบื้องต้นว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นอาจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ข. พิจารณาจากศักยภาพของการแข่งขัน ซึ่งหมายถึงความเป็นไปได้ในการที่ผู้ประกอบการจะเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง และแย่งส่วนแบ่งตลาดไปจากผู้ประกอบการเดิมในตลาด โดยที่ MyCC จะพิจารณาจากอุปสรรคต่างๆ ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการ

ค. พิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ เช่น ความเข้มแข็งของผู้ซื้อหรือภรรยาเปรียบที่ออกโดยรัฐบาล เป็นต้น

หลักเกณฑ์ต่างๆ เหล่านี้จะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด รวมถึงสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันด้วย อันเป็นไปตามแนวปฏิบัติของ MyCC ที่ระบุไว้โดยชัดเจนว่า บทบัญญัติมาตรา 10 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามิได้จำกัดการปรับใช้แก่เฉพาะพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายเดียวเท่านั้น หากแต่ยังปรับใช้แก่ผู้ประกอบการหลายรายที่มีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันด้วย

3.5.2.2 มีพฤติกรรมใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

แนวทางปฏิบัติของ MyCC ได้แบ่งประเภทของพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบออกเป็น 2 ประเภทซึ่งจะถูกนำมาพิจารณาประกอบกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ ได้แก่²⁰⁰

ก. การใช้อำนาจเหนือตลาดในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuse) ได้แก่ พฤติกรรมที่ผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดนั้นกำหนดราคาสินค้าหรือบริการโดยไม่เป็นธรรม เช่น การกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของตนเองให้สูงกว่าราคาที่ควรจะเป็นในตลาดที่มีการแข่งขันกัน ซึ่งด้วยสภาพของตลาดสินค้าหรือบริการอาจอำนวยให้ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมดังกล่าวได้ เป็นต้นว่าผู้ประกอบการรายนั้นสังเกตเห็นแล้วว่า จะไม่มีคู่แข่งรายใหม่เข้ามาในตลาดได้โดยง่ายเนื่องจากตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูง

ข. การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเพื่อขจัดการแข่งขันในตลาด (exclusionary abuse) ได้แก่ กรณีที่ผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดอาศัยสถานะดังกล่าวในการมีพฤติกรรมกีดกันคู่แข่งคนอื่น ๆ ให้ออกไปจากตลาดหรือมิให้เข้าสู่ตลาด โดย MyCC จะพิจารณาว่าผู้ประกอบการมีการใช้อำนาจเหนือตลาดในลักษณะดังกล่าวนี้ จากผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดของพฤติกรรมของผู้ประกอบการเป็นหลัก กล่าวคือ พฤติกรรมของผู้ประกอบการนั้นจะต้องส่งผลถึงขนาดทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งที่มีศักยภาพใกล้เคียงกันกับตน ไม่สามารถแข่งขันในตลาดต่อไปได้ หากพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลกระทบได้เพียงเฉพาะกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งที่ไม่มีศักยภาพเพียงพอ และยังทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ ก็จะไม่ถือเป็นความผิดถึงแม้ว่าผู้ประกอบการรายนั้นอาจได้รับความเสียหายก็ตาม ดังนั้น ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมของ

²⁰⁰ Malaysia Competition Commission, "Guidelines on Chapter 2 Prohibition: Abuse of Dominant Position," July 2012.

ผู้ประกอบการเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเพื่อจัดการแข่งขันในตลาดหรือไม่ MyCC จะแข่งขันตอนการพิจารณาออกเป็น 2 ประการ ได้แก่

1) พฤติกรรมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคหรือไม่

2) พฤติกรรมดังกล่าวสามารถทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งซึ่งมีศักยภาพใกล้เคียงกับตนถูกกำจัดออกไปจากตลาดได้หรือไม่

โดยที่ MyCC ได้ระบุตัวอย่างของพฤติกรรมที่ถือเป็นพฤติกรรมการใช้ อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ดังต่อไปนี้²⁰¹

ก. การให้ส่วนลดที่ขึ้นอยู่กับความภักดี (loyalty rebates and discounts) ปกติแล้วการให้ส่วนลดจะเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน แต่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดอาจกีดกันไม่ให้คู่แข่งเข้าตลาดโดยการใช้ส่วนลดแบบเลือกปฏิบัติ หากส่วนลดเกี่ยวกับต้นทุนอาจมีเหตุผลอธิบายได้ หากส่วนลดไม่เกี่ยวกับต้นทุนแต่ถูกจัดทำเพื่อกีดกันไม่ให้ลูกค้าบางกลุ่มเข้าถึงคู่แข่งทางธุรกิจแล้ว ประเด็นที่ว่า ตลาดถูกปิดกั้นมากน้อยเพียงใด เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณา ถ้าหากผู้ผลิตสินค้าที่เสนอส่วนลดที่ขึ้นอยู่กับความภักดีของลูกค้าเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด

ข. ปฏิเสธที่จะขายหรือแบ่งปันสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (refusal to supply and/or share essential facilities) หากให้อิสรภาพแก่ผู้ประกอบการทุกรายอย่างเต็มที่ที่จะขายให้ใครก็ได้แล้ว ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดก็อาจจะใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมโดยการควบคุมหรือจำกัดอุปทาน นอกจากอุปทานแล้ว ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธที่จะให้คู่แข่งหรือผู้ประกอบการอื่นเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นได้

MyCC จะเยียวยากรณีข้างต้นโดยการบังคับให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ขายอุปทานให้ผู้ประกอบการในราคาที่สมเหตุสมผล MyCC ได้แสดงท่าทีให้ภาคธุรกิจเห็นแล้วว่า MyCC จะเล่นบทบาทแทรกแซงตลาดหากจำเป็น แต่การแทรกแซงตลาดจะเกิดขึ้นตามอำเภอใจของ MyCC MyCC จึงได้แสดงจุดยืนให้ภาคเอกชนเห็นว่าจะพิจารณาผลดี - ผลเสีย ของการแทรกแซงอย่างรอบคอบก่อนใช้มาตรการใดๆ แทรกแซงตลาด

ค. การห้ามทำธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่น (exclusive dealing) การจัดแจงระหว่างผู้ขายที่มีอำนาจเหนือตลาดกับผู้ซื้อบางรายอาจมีผลเป็นการปิดกั้นตลาดได้ ผลเสียของการปิดกั้นตลาด (to foreclose) มีสองประการ ประการแรก คู่แข่งขันทางธุรกิจของผู้ประกอบการที่มี

²⁰¹ Lim Koon Huan and Jason Teoh Choon Hui, "Malaysia," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, pp.430 - 432.

อำนาจเหนือตลาดจะไม่สามารถขายสินค้าหรือบริการให้กับผู้ขายรายนั้นได้ ประการที่สอง ผู้ซื้ออื่นจะไม่สามารถซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ขายที่มีอำนาจเหนือตลาดได้

ง. การตั้งราคาที่แตกต่างกัน (price discrimination) การตั้งราคาที่แตกต่างกัน หมายถึง การตั้งราคาสินค้าชนิดเดียวกันในราคาที่แตกต่างกัน ซึ่งความแตกต่างของราคาไม่เกี่ยวอะไรกับต้นทุนการนำส่งสินค้าให้กับผู้ซื้อเลย ซึ่งแม้ว่าการตั้งราคาที่แตกต่างกันจะมีประโยชน์เนื่องจากตั้งราคาสูงสำหรับลูกค้าที่มีกำลังซื้อสูง (ซึ่งมีประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์) แต่การตั้งราคาที่แตกต่างกันก็มีข้อเสียคือ ทำให้ผู้บริโภคได้รับผลเสีย

จ. การขายสินค้าหลายชนิดรวมกัน และการขายควบ (bundling and tying) ประการแรก พฤติกรรมดังกล่าวเป็นการบังคับให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าบางชนิดเพิ่มขึ้นทั้งที่ผู้บริโภคไม่ต้องการ ประการที่สอง การขายควบหรือการขายรวมกันจะทำให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในสินค้า ก. จะสามารถเข้าไปมีอำนาจเหนือตลาดในสินค้า ข. ได้ พฤติกรรมดังกล่าวยังอาจทำให้เกิดการปิดกั้นในตลาดสินค้า ข. ได้

ฉ. การตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง แม้ว่าการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งอาจจะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ในระยะสั้น แต่ในระยะยาว ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดก็จะข่มขู่คู่แข่งที่มีประสิทธิภาพออกจากตลาด จึงถูกมองว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการอาจมีเหตุผลทางธุรกิจที่จะตั้งราคาสินค้าหรือบริการต่ำมากๆ ได้ แต่เมื่อถูกสอบสวน ผู้ประกอบการรายนั้นต้องอธิบายให้ได้ว่ามีเหตุผลทางธุรกิจอย่างไรในการตั้งราคาต่ำเช่นนั้น

ช. การซื้อสินค้าชั้นกลางหรือทรัพยากรจนหมด (buying up scarce immediate goods or resources) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าปลายน้ำ อาจซื้อสินค้าชั้นกลางหรือวัตถุดิบที่คู่แข่งทางธุรกิจต้องการจนหมด ซึ่งอาจจะมีผลทำให้คู่แข่งไม่สามารถผลิตสินค้านั้นได้ หรือทำให้ต้นทุนของคู่แข่งสูงขึ้น

บทบัญญัติในบทที่ 2 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซียนี้ครอบคลุมไปถึงพฤติกรรมดังกล่าวข้างต้นทั้งหมด ที่อาจมีได้เกิดจากการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเพียงรายเดียว แต่เกิดจากการใช้อำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายด้วย

ตามแนวปฏิบัติของ MyCC นั้น MyCC จะพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายนั้นเป็นรายกรณีไปว่าจะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบหรือไม่ โดยที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้โดยทั่วไปว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายราย

นั้น จะเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติในบทที่ 2 นี้ เมื่อผู้ประกอบการหลายรายนั้นใช้อำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญ และผู้ประกอบการเหล่านั้นมีพฤติกรรมเหมือนกันในตลาด ซึ่งพฤติกรรมนั้นส่งผลเป็นการกำจัดผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่งขั้นออกไปจากตลาดได้ แม้คู่แข่งขั้นนั้นจะมีศักยภาพในการประกอบธุรกิจเท่ากันกับตน อันเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบเพื่อจัดการแข่งขันในตลาด²⁰²

3.5.3 ผลของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซียได้รับอิทธิพลจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปค่อนข้างมาก ดังนั้นการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาด จึงเป็นการกำกับดูแลตามแนวทางควบคุมพฤติกรรมเช่นเดียวกันกับกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป กล่าวคือ เป็นการควบคุมผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด มิให้ใช้อำนาจจากสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่ว่าเพียงรายเดียวหรือร่วมกับผู้อื่นในทางมิชอบ

ดังนั้น โดยหลักการแล้ว การที่ผู้ประกอบการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่ถือว่าเป็นความผิด แต่เมื่อเป็นผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาด แล้วมีพฤติกรรมไม่ชอบธรรม (to abuse) สถานะอำนาจเหนือตลาดจึงจะเป็นปัญหาว่าฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้หรือไม่ ซึ่งได้กล่าวถึงองค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแล้วข้างต้น โดยที่มาตรา 10 นี้สามารถใช้กำกับดูแลได้ทั้งพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดที่อยู่ในประเทศมาเลเซีย และผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมลักษณะดังกล่าวที่อยู่นอกประเทศมาเลเซีย แต่พฤติกรรมนั้นส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในประเทศมาเลเซีย ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 3 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซีย²⁰³

หากผู้ประกอบการมีพฤติกรรมครอบงำประกอบความผิดตามบทบัญญัติในบทที่ 2 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซียแล้ว MyCC มีอำนาจตามมาตรา 40 ที่จะปรับเป็นเงินจำนวนไม่เกิน 10% ของยอดขายทั่วโลกของผู้ประกอบการที่กระทำผิดต่อกฎหมายในช่วงระยะเวลาที่มีการกระทำความผิดนั้น²⁰⁴

²⁰² Malaysia Competition Commission, "Guidelines on Chapter 2 Prohibition: Abuse of Dominant Position," July 2012.

²⁰³ Lim Koon Huan and Jason Teoh Choon Hui, "Malaysia," in Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide, p.p.406.

²⁰⁴ Finding of an infringement

3.5.4 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

คดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบในประเทศมาเลเซียนั้น คือคดี *Giga Shipping and Nexus Mega Carrier* (Oct, 2014) โดยที่บริษัท Giga Shipping และบริษัท Nexus Mega Carrier ต่างเป็นบริษัทโลจิสติกส์และบริษัทขนส่งที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงสุดในการรับขนส่งรถยนต์ทางเรือจากท่าเรือในฝั่งตะวันตก (ซึ่งมีระดับการพัฒนาเศรษฐกิจที่สูงมากและเป็นที่ตั้งของโรงงานผลิตรถยนต์ของบริษัทประกอบรถยนต์ข้ามชาติของญี่ปุ่น เช่น Toyota Honda) ไปยังท่าเรือในฝั่งตะวันออกในรัฐซาบาห์ ซาราวัก และลาบวน

คู่แข่งทางธุรกิจจึงร้องเรียนต่อ MyCC ว่าบริษัท Giga Shipping และบริษัท Nexus Mega Carrier ได้ทำสัญญากับบริษัทประกอบรถยนต์ทั้งหลาย โดยมีข้อตกลงว่าบริษัทประกอบรถยนต์จะใช้บริการขนส่งรถยนต์ทางเรือของบริษัทเท่านั้น (exclusive agreement) ตลอดระยะเวลา 3 ปี โดยผู้ประกอบการทั้งสองรายยินยอมมอบส่วนลดให้แก่บริษัทประกอบรถยนต์ที่เข้าทำข้อตกลงดังกล่าว อันเป็นการที่ผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบ ส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดดังกล่าว

ภายหลังจากที่ MyCC ได้ดำเนินการสอบสวนดำเนินคดีแล้ว MyCC เห็นว่าบริษัททั้งสองได้มีพฤติกรรมใช้สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันอย่างไม่เป็นธรรมจริง ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของมาตรา 4 (1) และมาตรา 10 (1) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ค.ศ. 2010

บริษัททั้งสองได้ยินยอมและให้คำมั่นกับ MyCC ที่จะยกเลิกข้อตกลงที่ห้ามบริษัทประกอบรถยนต์ใช้บริการของบริษัทโลจิสติกส์อื่น ซึ่งเป็นข้อตกลงในสัญญาที่ทำให้คู่แข่งทางธุรกิจถูกจำกัด ถูกบิดเบือน หรือถูกป้องกันไม่ให้บริการขนส่งรถยนต์ทางเรือแก่ลูกค้าของบริษัท

-
40. (1) If the Commission determines that there is an infringement of a prohibition under Part II, it-
- (a) shall require that the infringement to be ceased immediately;
 - (b) may specify steps which are required to be taken by the infringing enterprise, which appear to the Commission to be appropriate for bringing the infringement to an end;
 - (c) may impose a financial penalty; or
 - (d) may give any other direction as it deems appropriate.
- (2) The Commission shall, within fourteen days of its making a decision under this Part, notify any person affected by the decision.
- (3) The Commission shall prepare and publish reasons for each decision it makes under this section.
- (4) A financial penalty shall not exceed ten percent of the worldwide turnover of an enterprise over the period during which an infringement occurred.

ทั้งสองได้ ทำให้ MyCC ยุติการสอบสวนโดยมิได้มีการวินิจฉัยว่าพฤติกรรมของบริษัททั้งสองเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

ซึ่งในกรณีดังกล่าว แม้ผู้ประกอบการทั้งสองรายจะมิได้มีการตกลงกันอย่างชัดเจน แต่เมื่อผู้ประกอบการทั้งสองซึ่งมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญในตลาดรับขนส่งรถยนต์ในประเทศมาเลเซีย และบริษัททั้งสองต่างมีพฤติกรรมทำสัญญาจำกัดสิทธิกับลูกค้าของตนเหมือนกัน ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นให้ออกไปจากตลาดหรือมิให้เข้าสู่ตลาด จึงมีลักษณะสอดคล้องกับแนวปฏิบัติเกี่ยวกับพฤติกรรมต้องห้ามตามบทที่ 2 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม อันถือว่าพฤติกรรมดังกล่าวนั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบซึ่งฝ่าฝืนต่อกฎหมาย



บทที่ 4

วิเคราะห์และเปรียบเทียบการกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและพฤติกรรม การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

ภายหลังจากที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศแล้ว พบว่า บทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมนั้น มีประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาว่าการอาศัยบทบัญญัติดังกล่าว รวมถึงประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย จะสามารถปรับใช้แก่กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้หรือไม่ เพียงไร เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติและแนวปฏิบัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศแล้ว พบว่าบทบัญญัติของกฎหมายในหลายประเทศนั้น มีความชัดเจนที่สามารถปรับใช้ได้ทั้งในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว และการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย พร้อมทั้งได้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายไว้โดยเฉพาะ

อีกทั้งยังมีประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งว่า การกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการหลายรายนั้น ควรจะครอบคลุมถึงพฤติกรรมในลักษณะใดบ้าง เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติและแนวปฏิบัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศแล้วพบว่า ในบางประเทศนั้นให้ความสำคัญกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบบางลักษณะเท่านั้น จึงเป็นประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบที่สมควรนำมาพิจารณาว่า หากจะมีการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาปรับใช้ในประเทศไทยแล้ว ควรจะปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวแก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายในลักษณะใดบ้าง

ในบทนี้จึงจะนำข้อมูลต่างๆ มาวิเคราะห์และเปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่การเสนอแนะเพื่อพัฒนาบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศไทย ที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน และพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ให้มีความชัดเจนและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

4.1 ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งของประเทศไทยและประเทศต่างๆ แล้ว จึงอาจแบ่งประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันที่ต้องพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

4.1.1 ลักษณะของการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

บทบัญญัติที่กำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันทั้งของประเทศไทยตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่างๆ ที่ได้ศึกษามานั้น ล้วนมีการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโดยอาศัยแนวทางการควบคุมพฤติกรรมเหมือนกัน ซึ่งการกำกับดูแลผู้ประกอบการโดยอาศัยแนวทางดังกล่าว นั้น คือการยอมรับให้ในตลาดสินค้าหรือบริการใดบริการหนึ่งนั้น สามารถมีผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดเกิดขึ้นได้ หากเพียงแต่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจดังกล่าวจะต้องไม่มีพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจตลาดเช่นนั้นอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งการปรับใช้แนวทางการกำกับดูแลในลักษณะนี้แก่ผู้ประกอบการหลายรายก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน คือ ผู้ประกอบการหลายรายอาจมีการครอบครองอำนาจตลาดร่วมกันได้ แต่เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีการครอบครองอำนาจตลาดร่วมกันแล้ว จะต้องไม่มีพฤติกรรมการใช้อำนาจดังกล่าวอย่างไม่เป็นธรรม

แต่อย่างไรก็ดี ปรากฏว่าแม้แต่ละประเทศจะมีแนวทางการควบคุมผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่เป็นแนวทางเดียวกัน แต่หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในแต่ละประเทศนั้นก็กลับมีความแตกต่างกันอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะดังกล่าวของประเทศต่างๆ ที่ได้ทำการศึกษามาแล้วนั้น อาจสรุปรายละเอียดออกได้เป็นตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย

ประเทศ	หลักเกณฑ์การพิจารณา	ผลทางกฎหมาย
<p>กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ประกอบการมีสถานะของการร่วมกัน (collective position) โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์กันในทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการ <ol style="list-style-type: none"> 1.1 พิจารณาว่ามีความตกลงหรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายใดๆ ระหว่างผู้ประกอบการซึ่งนำไปสู่พฤติกรรมเดียวกันหรือไม่ หรือ 1.2 พิจารณาจากโครงสร้างตลาดสินค้าหรือบริการที่นำไปสู่พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการ โดยจะต้องพิจารณาประกอบกับปัจจัยที่ทำให้พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นมีความมั่นคง ดังต่อไปนี้ <ol style="list-style-type: none"> ก. ผู้ประกอบการมีแนวโน้มการรวมตัวกันในตลาด (market prone to collusion) และ ข. มีเสถียรภาพภายในของการรวมตัวกันของผู้ประกอบการ (internal stability of collusion) และ ค. มีเสถียรภาพภายนอกของการรวมตัวกันของผู้ประกอบการ (external stability of collusion) 2. สถานะร่วมกันมีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) <ol style="list-style-type: none"> 2.1 สถานะร่วมกันนั้นจะเริ่มถูกพิจารณาเมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 40% ขึ้นไป และ 2.2 พิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ เช่น จำนวนผู้ประกอบการในตลาด หรืออุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด 	<p>เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีลักษณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์แล้ว จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน</p>
<p>ประเทศเกาหลีใต้</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. พิจารณาเฉพาะผู้ประกอบการ 2 - 3 รายแรกในตลาด 2. ผู้ประกอบการ 2 - 3 รายแรกมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 75% ขึ้นไป แต่ไม่รวมถึงผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 10% และ 3. ผู้ประกอบการแต่ละรายมียอดขายตั้งแต่ 4,000 ล้านบาทขึ้นไปในปีที่ผ่านมา และ 	<p>เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีลักษณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์แล้ว จะถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายต่างมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด</p>

ประเทศ	หลักเกณฑ์การพิจารณา	ผลทางกฎหมาย
	<p>4. พิจารณาปัจจัยอื่นๆ ประกอบ เช่น อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ขนาดของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกัน ความเป็นไปได้ในการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ สินค้าที่มีลักษณะคล้ายกัน และสภาพคล่องทางการเงิน เป็นต้น</p>	
<p>ประเทศ สิงคโปร์</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ประกอบการมีสถานะของการร่วมกัน <ol style="list-style-type: none"> 1.1 พิจารณาว่ามีความตกลงใดๆ ระหว่างผู้ประกอบการซึ่งนำไปสู่พฤติกรรมเดียวกันหรือไม่ หรือ 1.2 พิจารณาว่ามีความสัมพันธ์ทางกฎหมายใดๆ ระหว่างผู้ประกอบการหรือไม่ หรือ 1.3 พิจารณาจากโครงสร้างตลาดสินค้าหรือบริการ 2. สถานะร่วมกันมีอำนาจเหนือตลาด <ol style="list-style-type: none"> 2.1 ประเมินจากการแข่งขันในตลาด โดยจะเริ่มพิจารณาเมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 60% ขึ้นไป และ 2.2 ประเมินศักยภาพการแข่งขันในตลาด โดยพิจารณาจากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด และ 2.3 พิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ เช่น ความเข้มแข็งของผู้ซื้อ เป็นต้น 	<p>เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีลักษณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์แล้ว จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน</p>
<p>ประเทศ มาเลเซีย</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ประกอบการหลายรายร่วมกันมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญ <ol style="list-style-type: none"> 1.1 ประเมินจากการแข่งขันในตลาด โดยจะเริ่มพิจารณาเมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 60% ขึ้นไป และ 1.2 ประเมินศักยภาพการแข่งขันในตลาด โดยพิจารณาจากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด และ 1.3 พิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ เช่น ความเข้มแข็งของผู้ซื้อโครงสร้างตลาดด้านของผู้ซื้อ 2. ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมเหมือนกัน 	<p>เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีลักษณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์แล้ว จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน</p>

ประเทศ	หลักเกณฑ์การพิจารณา	ผลทางกฎหมาย
ประเทศไทย	<ol style="list-style-type: none"> พิจารณาเฉพาะผู้ประกอบการ 3 รายแรกในตลาด ผู้ประกอบการ 3 รายแรกมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 75% ขึ้นไป แต่ไม่รวมถึงผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 10% และ ผู้ประกอบการแต่ละรายมียอดขายตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไปในปีที่ผ่านมา 	เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีลักษณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์แล้ว จะถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายต่างมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

จากตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายข้างต้นนี้ อาจแบ่งกลุ่มของหลักเกณฑ์การพิจารณาออกได้เป็น 2 กลุ่ม โดยพิจารณาจากลักษณะของการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว ได้แก่

4.1.1.1 กลุ่มประเทศที่ถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

กลุ่มประเทศแรกนี้มีหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย ในกรณีที่ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกันไว้อย่างชัดเจน เป็นเอกเทศต่างหากจากกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน ซึ่งได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะ ที่ถือว่าผู้ประกอบการหลายรายที่เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน เป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกันหรือเป็นผู้ประกอบการรายเดียวกัน แม้จะมีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากกันก็ตาม

โดยในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน ประเทศในกลุ่มแรกนี้จะพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเหล่านั้น โดยถือเสมือนหนึ่งว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเป็นผู้ประกอบการรายหนึ่ง กล่าวคือ ในกลุ่มประเทศที่มีหลักเกณฑ์เช่นนี้จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีการรวมตัวกันเสมือนหนึ่งเป็นผู้ประกอบการเพียงรายเดียว และใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการซึ่งใช้กับผู้ประกอบการเพียงรายเดียว มาบังคับใช้แก่กรณีของผู้ประกอบการหลายรายด้วย เพียงแต่จะมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้น มีการรวมตัวกันจนเสมือนหนึ่งเป็นผู้ประกอบการเพียง

รายเดี่ยวแล้วหรือไม่ และหากพิจารณาจากตารางสรุปหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้ว เห็นได้ว่าประเทศที่มีหลักเกณฑ์อยู่ในกลุ่มแรกนี้ ได้แก่ กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย

ดังนั้น ผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในกลุ่มประเทศดังกล่าวที่มีหลักเกณฑ์ในลักษณะแรกนี้ จะต้องมีพฤติกรรมที่เหมือนกันหรือมีพฤติกรรมร่วมกันอันทำให้เกิดสถานะของการร่วมกันในเบื้องต้นก่อน จึงจะถูกพิจารณาในลำดับถัดไปว่าพฤติกรรมดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบหรือไม่

การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของกลุ่มประเทศนี้ มีที่มาจากปัญหาความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายที่เริ่มมีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ ผู้ประกอบการในตลาดที่มีลักษณะดังกล่าวสามารถมีพฤติกรรมที่เหมือนกันได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง หรือแม้จะมีการตกลงกัน แต่การพิสูจน์ถึงการตกลงระหว่างผู้ประกอบการนั้นก็เป็นไปได้ยาก ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดเป็นอย่างมาก เพราะฉะนั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของกลุ่มประเทศแรก จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมปัญหาดังกล่าว มิให้ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมที่เหมือนกันจนส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้

ลักษณะของหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของประเทศในกลุ่มนี้ จำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะของการร่วมกันเป็นลำดับแรก เมื่อพบว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกันแล้ว จึงจะพิจารณาต่อไปว่าการร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นทำให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นมาหรือไม่ โดยมีได้แยกหลักเกณฑ์พิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดในกรณีของผู้ประกอบการหลายรายร่วมกันนี้ ไว้ต่างหากจากการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเพียงรายเดียวแต่ประการใด ดังนั้น บทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของกลุ่มประเทศนี้ จึงครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันด้วย โดยเห็นได้จากบทบัญญัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้ง 3 ประเทศที่บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่า การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอาจเกิดขึ้นได้ทั้งโดยผู้ประกอบการรายเดียวหรือผู้ประกอบการหลายราย รวมถึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในแนวปฏิบัติ ซึ่งออกโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ ซึ่งมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนพบว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะของการร่วมกันในประเทศมาเลเซีย นั้น ยังคงมีความชัดเจนน้อยกว่าในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์

กล่าวคือ ในประเทศมาเลเซียนั้นมิได้มีการกำหนดปัจจัยที่จะนำมาใช้พิจารณาหาสถานะของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการแต่อย่างใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ในประเทศมาเลเซียนั้นยังไม่มีเงื่อนไขและรายละเอียดที่ชัดเจนว่า เมื่อไรจึงจะถือว่าผู้ประกอบการมีการถือครองอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยแนวปฏิบัตินั้นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซีย ที่จะพิจารณาไปเป็นรายกรณีว่ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบหรือไม่ และมีเพียงการกำหนดกรอบแนวทางการพิจารณาไว้โดยทั่วไปว่า การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะแตกต่างกัน แต่ร่วมกันมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญและมีพฤติกรรมที่เหมือนกัน จึงจะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ ซึ่งแม้จะขาดความชัดเจนในรายละเอียดของการพิจารณาการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายราย แต่ก็มีความชัดเจนว่าบทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของประเทศมาเลเซีย นั้น ได้ครอบคลุมไปถึงการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายด้วย

ขณะที่ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์นั้น มีความชัดเจนในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน กล่าวคือ ลำดับแรกจะต้องพิจารณาหาสถานะของการร่วมกันของผู้ประกอบการ โดยจะพิจารณาจากพยานหลักฐานทางอ้อม ซึ่งพยานหลักฐานทางอ้อมดังกล่าวนั้นเห็นได้จากคำวินิจฉัยในคดีต่างๆ ที่ได้มีการตัดสินโดยศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป โดยเฉพาะในคำพิพากษาคดี *Airtours* ซึ่งศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการควมรวมกิจการในตลาดผู้ให้บริการด้านการท่องเที่ยว เที่ยวบินเช่าเหมาลำ และโรงแรม ซึ่งมีผู้ให้บริการหลักในตลาดดังกล่าวเพียง 4 ราย และปรากฏว่ามีผู้ประกอบการในตลาดดังกล่าว 2 รายจะทำการควมรวมกิจการกัน โดยที่ภายหลังจากการควมรวมกิจการจะทำให้ผู้ประกอบการ 3 รายแรกในตลาดการบริการแก่นักท่องเที่ยวในสหราชอาณาจักร มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 79% ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปเชื่อว่า หากยินยอมให้มีการดำเนินการดังกล่าว จะทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในตลาด

คำพิพากษาในคดีนี้ได้มีการพัฒนาการบังคับใช้แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปในคดีดังกล่าว ได้กำหนดถึงลักษณะของพยานหลักฐานทางอ้อม ที่นำมาใช้พิจารณาสถานะดังกล่าวของผู้ประกอบการหลายรายไว้ ซึ่งถูกนำมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาจวบจนถึงปัจจุบัน พยานหลักฐานเช่นว่านั้นได้แก่ การพิจารณาจากโครงสร้างของตลาดที่มีลักษณะตลาดผู้ขายน้อยราย ประกอบกับพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ ที่อาจทำให้ผู้ประกอบการสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้อย่างมั่นคงภายหลังจากการควมรวมกิจการ ได้แก่ ความโปร่งใสของตลาด

ความสามารถในการตอบโต้พฤติกรรมของคู่แข่ง ซึ่งจะคำนึงถึงขนาดของผู้ประกอบการในตลาด และขนาดของผู้ประกอบการรายอื่นๆ รวมถึงความสามารถหรืออำนาจซื้อของผู้บริโภคในตลาดนั้น จนได้มีการนำปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ มาสรุปเป็นแนวทางการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ในเอกสารข้อหารือเกี่ยวกับแนวทางการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเพื่อจัดการแข่งขัน ปี ค.ศ. 2005

หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าข้อเท็จจริงในคดี *Almelo* ช่วยให้เห็นถึงการนำพยานหลักฐานทางอ้อมมาปรับใช้ได้อย่างดี กล่าวคือ ในคดีดังกล่าวนี้ผู้ประกอบการได้มีการรวมตัวกัน จัดตั้งเป็นสมาคมผู้ให้บริการกระแสไฟฟ้าแห่งเนเธอร์แลนด์ และร่วมกันจัดทำข้อสัญญาจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าของตนให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิเฉพาะในการซื้อบริการ ทำให้ผู้จัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าระดับท้องถิ่นต้องทำการซื้อกระแสไฟฟ้า จากผู้จัดจำหน่ายระดับภูมิภาคที่ตนเข้าทำสัญญาด้วยเท่านั้น ซึ่งโดยลักษณะของตลาดจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าดังกล่าวมีลักษณะที่มีความโปร่งใส ผู้ประกอบการในตลาดดังกล่าวจึงสามารถรวมตัวกันได้ง่าย และนอกจากนี้ผู้ประกอบการในตลาดดังกล่าวก็ล้วนมีแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมร่วมกัน เนื่องจากการที่ตนเข้าทำสัญญากับผู้จัดจำหน่ายระดับท้องถิ่นโดยไม่กำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิเฉพาะในการซื้อไว้ นั้น มิได้ทำให้ตนเองได้รับประโยชน์แต่ประการใด และในระยะยาวหากมีผู้จัดจำหน่ายรายอื่นเข้ามาแย่งชิงลูกค้าของตนไป ก็จะทำให้ตนเองได้รับความเสียหาย อันเป็นการก่อให้เกิดเสถียรภาพภายในของการรวมตัวกัน นอกจากนี้ ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ก็ไม่อาจเข้ามาสู่ตลาดดังกล่าวได้เนื่องจากข้อตกลงเช่นนั้น หรือผู้ซื้อในตลาดดังกล่าวก็ไม่มีอำนาจที่เพียงพอจะต่อต้านพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบการ ทำให้พฤติกรรมร่วมกันของกลุ่มผู้ประกอบการจัดจำหน่ายกระแสไฟฟ้าในระดับภูมิกาดังกล่าวนั้นมีความมั่นคง จนมีสถานะของการร่วมกันตามหลักเกณฑ์ที่ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปในคดี *Airtours* ได้กำหนดไว้เป็นแนวทาง

ส่วนในประเทศสิงคโปร์ซึ่งเคยนำปัจจัยข้างต้น ซึ่งถูกกำหนดโดยศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและเอกสารข้อหารือเกี่ยวกับแนวทางการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเพื่อจัดการแข่งขัน ปี ค.ศ. 2005 มากำหนดไว้ในแนวปฏิบัติของตนเช่นเดียวกัน แต่ในปัจจุบันได้มีการแก้ไขแนวปฏิบัติในการพิจารณาหาสถานะของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในสิงคโปร์ ให้สามารถบังคับใช้ได้ดียิ่งขึ้น โดยตัดเงื่อนไขเกี่ยวกับปัจจัยต่างๆ ที่ทำให้พฤติกรรมร่วมกันมีความถาวรซึ่งมีลักษณะค่อนข้างเป็นนามธรรมออกไปจากแนวปฏิบัติของตน และระบุพยานหลักฐานทางอ้อมที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ จะพิจารณาในปัจจุบัน อันได้แก่ การพิจารณาว่าผู้ประกอบการได้มีสัญญาหรือมีการตกลงกัน หรือมี

แนวทางการบังคับใช้ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการในการที่จะร่วมมือกันทำธุรกิจ ซึ่งการตกลงนั้นนำไปสู่การมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดหรือไม่ นอกจากนี้ยังพิจารณาจากโครงสร้างบริษัท หรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายของผู้ประกอบการหลายราย ว่ามีความเกี่ยวข้องกันประการใดหรือไม่ แต่ทั้งนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์อาจพิจารณาเฉพาะจากโครงสร้างของตลาด และแนวทางการปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในตลาด โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีการตกลงหรือมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายใดๆ ระหว่างผู้ประกอบการหรือไม่ก็ได้

เมื่อพิจารณาจากพยานหลักฐานข้างต้นแล้วพบว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกัน ก็จะพิจารณาในลำดับถัดไปว่าสถานะของการร่วมกันดังกล่าวนี้มีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดนี้ ทั้งในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย ล้วนมิได้มีการกำหนดเกณฑ์การมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเอาไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของการร่วมกัน ก็จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายหนึ่งในประเทศนั้น ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ในแนวปฏิบัติของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะของการร่วมกันแล้ว ประการถัดไปก็ต้องพิจารณาว่าการร่วมกันนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ โดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายหนึ่ง

จึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั้งของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย ล้วนปรับใช้แก่การกระทำของผู้ประกอบการหลายรายได้อย่างชัดเจน โดยที่เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะของการร่วมกัน หรือมีพฤติกรรมที่เหมือนกันแล้วจึงจะพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้น โดยอาจพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดรวมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะของการร่วมกันหรือมีพฤติกรรมเหมือนกัน ประกอบกับปัจจัยอื่นๆ โดยไม่จำกัดว่าผู้ประกอบการแต่ละรายจะต้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมาก่อนที่จะมีการร่วมมือกัน

ตารางที่ 5 ตารางสรุปหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน
ของกลุ่มประเทศที่ถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

	มีพฤติกรรม เหมือนกัน	ปัจจัยที่นำไปสู่การมี พฤติกรรมเหมือนกัน	พฤติกรรมเหมือนกัน นั้นมีความมั่นคง	มีสถานะอำนาจ เหนือตลาด
กลุ่มประเทศ สหภาพยุโรป	x	1. ความตกลง หรือ 2. ปัจจัยเชื่อมโยงอื่นๆ หรือ 3. โครงสร้างตลาด	1. ความโปร่งใสในตลาด 2. เสถียรภาพภายใน ของการรวมตัวกัน 3. เสถียรภาพภายนอก ของการรวมตัวกัน	1. มีส่วนแบ่งตลาด รวมกันตั้งแต่ 40% ขึ้นไป 2. พิจารณาประกอบกับ ปัจจัยอื่นๆ
ประเทศ สิงคโปร์	x	1. ความตกลง หรือ 2. ปัจจัยเชื่อมโยงอื่นๆ หรือ 3. โครงสร้างตลาด	x	1. มีส่วนแบ่งตลาด รวมกันตั้งแต่ 60% ขึ้นไป 2. พิจารณาประกอบกับ ปัจจัยอื่นๆ
ประเทศ มาเลเซีย	x	x	x	1. มีส่วนแบ่งตลาด รวมกันตั้งแต่ 60% ขึ้นไป 2. พิจารณาประกอบกับ ปัจจัยอื่นๆ

4.1.1.2 กลุ่มประเทศที่ถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายต่างมีสถานะอำนาจเหนือตลาด

กลุ่มประเทศที่สองนี้มีหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย โดยมีเพียงเฉพาะเงื่อนไขบางประการที่ต้องพิจารณารวมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายเพื่อประเมินสถานะอำนาจเหนือตลาด แต่ในท้ายที่สุดก็จะถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นมีอำนาจเหนือตลาดแยกต่างหากจากกัน กล่าวคือ ในกลุ่มประเทศที่มีหลักเกณฑ์เช่นนี้ จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้น ต่างคนต่างมีสถานะอำนาจเหนือตลาด เพียงแต่ในการพิจารณาว่าแต่ละรายจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น จำเป็นจะต้องนำปัจจัยเงื่อนไขบางประการของผู้ประกอบการหลายรายมารวมกัน เช่น จะต้องนำส่วนแบ่งตลาดของ

ผู้ประกอบการแต่ละรายมารวมกัน หากรวมกันแล้วถึงเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ แล้ว ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบการแต่ละรายต่างมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยมิได้ถือได้ว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ซึ่งหากพิจารณาจากตารางสรุปหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้ว พบว่าประเทศที่มีหลักเกณฑ์อยู่ในกลุ่มที่สองนี้ ได้แก่ ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศไทย

ดังนั้น หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดในลักษณะเช่นนี้ ย่อมส่งผลให้ผู้ประกอบการแต่ละรายในประเทศเกาหลีใต้และประเทศไทย ต้องมีความระมัดระวังพฤติกรรมของตนเอง เพราะลำพังการมีพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของตนเองเพียงรายเดียว ก็ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่ได้มีการนำส่วนแบ่งตลาดมารวมกันในตอนต้น จนทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายมีสถานะดังกล่าวด้วย

การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายของประเทศในกลุ่มที่สองนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามิวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกับประเทศในกลุ่มแรก กล่าวคือ สำหรับการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของประเทศในกลุ่มแรกนั้น ได้กล่าวแล้วว่ามิที่มาจากปัญหาที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายที่เริ่มมีความรุนแรง ซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมาก

แต่การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายของประเทศในกลุ่มที่สองนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย เนื่องจากตามหลักเกณฑ์การพิจารณาของประเทศในกลุ่มที่สองที่ผู้ประกอบการ 2 - 3 รายแรกจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 75% แล้ว ย่อมแสดงให้เห็นว่าตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีการกระจุกตัวสูง และมีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย ซึ่งการกระทำของผู้ประกอบการรายหนึ่งในตลาดผู้ขายน้อยราย อาจมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ เช่น การเปลี่ยนแปลงราคาและปริมาณผลผลิตของผู้ประกอบการรายหนึ่ง ย่อมจะมีผลกระทบต่อกระทั่งถึงผู้ประกอบการรายอื่นๆ¹

โดยที่หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายของประเทศไทย มีลักษณะคล้ายกับหลักเกณฑ์ของประเทศเกาหลีใต้เป็นอย่างมาก กล่าวคือ มีลักษณะของการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายโดยใช้ส่วน

¹ วรณี จิเจริญ, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 3, หน้า 438.

แบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบการ 2 - 3 รายแรก ที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาด และกำหนดอัตราส่วนแบ่งตลาดที่จะทำให้ผู้ประกอบการหลายรายนั้น ถูกสันนิษฐานว่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ต่างหากจากกรณีของผู้ประกอบการรายเดียว หากเพียงแต่ว่าในประเทศเกาหลีใต้ที่มีการกำหนดไว้ให้นำปัจจัยอื่นๆ เช่น อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ขนาดของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกัน ความเป็นไปได้ในการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ สินค้าที่มีลักษณะคล้ายกัน และสภาพคล่องทางการเงิน มาพิจารณาประกอบกับส่วนแบ่งตลาดและยอดขายด้วย ในขณะที่ประเทศไทยนั้นเดิมมิได้มีการนำปัจจัยอื่นๆ เช่นว่านั้นมาพิจารณาประกอบจนกระทั่งมีการแก้ไขในปัจจุบันให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขัน อันได้แก่ จำนวนผู้ประกอบการในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ กฎระเบียบของภาครัฐ มาประกอบการพิจารณาด้วย ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดรวมกันของประเทศในกลุ่มแรก เนื่องจากลักษณะของหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดรวมกันของประเทศในกลุ่มแรก จำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะของการร่วมกันเป็นลำดับแรก เมื่อพบว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกันแล้ว จึงจะพิจารณาต่อไปว่าการร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นทำให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นมาหรือไม่ โดยมิได้แยกหลักเกณฑ์พิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดในกรณีของผู้ประกอบการหลายรายร่วมกันไว้ต่างหาก จึงครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันด้วย

ในขณะที่บทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของประเทศเกาหลีใต้และประเทศไทยนั้น มีลักษณะที่ต้อการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการแต่ละราย เห็นได้จากหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของทั้ง 2 ประเทศ ที่พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุด 2 - 3 รายแรก ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าวิธีการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวเป็นลักษณะของการวัดการกระจุกตัวในตลาด โดยการที่ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการ 2 - 3 รายแรกที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดนั้นรวมกันได้ถึง 75% ย่อมหมายความว่าตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย ผู้เขียนจึงเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวจึงมีความมุ่งหมายที่จะกำกับดูแลผู้ประกอบการในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีโครงสร้างเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย ซึ่งหากพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ ตามกฎหมายแล้ว อาจพบว่าผู้ประกอบการแต่ละรายล้วนมีอิทธิพลต่อตลาด แม้จะมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 50% แต่ผู้ประกอบการเหล่านี้ก็มีอิทธิพลอย่างมากต่อราคาสินค้าหรือบริการในตลาด ดังนั้น

บทบัญญัติของกฎหมายในส่วนนี้ จึงต้องการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการแต่ละราย ซึ่งอาจใช้อำนาจตลาดที่ตนมีในตลาดผู้ขายน้อยรายโดยมิชอบได้ ซึ่งการกระทำนั้นอาจส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาด โดยบทบัญญัตินี้มิได้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้น มีพฤติกรรมการร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วย เนื่องจากมิได้หลักเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับการพิจารณาการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการแต่อย่างใด

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งศาลฎีกาของประเทศเกาหลีใต้ได้มีคำพิพากษาในคดี *BC Card* เกี่ยวกับการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้ได้ปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของบริษัท *BC Card* และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 ราย โดยนำส่วนแบ่งตลาดของทั้งบริษัท *BC Card* และธนาคารสมาชิกเหล่านั้นที่มีการแบ่งปันข้อมูลการค้าและการระหว่างกัน และมีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมต่างๆ และอัตราดอกเบี้ยเป็นอัตราเดียวกัน มารวมพิจารณาเข้าด้วยกัน โดยถือว่าบริษัท *BC Card* และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 รายนั้นมีสถานะของการร่วมกันเสมือนหนึ่งเป็นผู้ประกอบการเพียงรายเดียว และเมื่อพิจารณาส่วนแบ่งตลาดรวมกับผู้ประกอบการอื่นๆ ที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุด 2 ลำดับถัดมา ปรากฏว่ามีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 70% ประกอบกับพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้วินิจฉัยว่าบริษัท *BC Card* และธนาคารสมาชิกทั้ง 12 ราย มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน และพฤติกรรมการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมและอัตราดอกเบี้ยไว้เป็นอัตราเดียวกันนั้น เป็นพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

ในกรณีนี้ศาลฎีกาของประเทศเกาหลีใต้ได้วินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่า กรณีที่จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายได้มีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน เสมือนหนึ่งเป็นผู้ประกอบการรายเดียวนั้น คงจำกัดไว้เพียงเฉพาะกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้น มีความสัมพันธ์ในลักษณะของบริษัทในเครือเดียวกัน ซึ่งกฎหมายได้มีการบัญญัติยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ สำหรับกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายซึ่งมีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกัน แต่ได้มีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันแล้ว จึงไม่อาจปรับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดแก่ผู้ประกอบการหลายราย โดยถือว่าผู้ประกอบการหลายรายได้มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้ แต่จะต้องพิจารณาสถานะของผู้ประกอบการแต่ละรายแยกต่างหากจากกัน ว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายหรือไม่

นอกจากนี้ยังเห็นได้จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในคดี *Maeil Dairies* ซึ่งผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

แต่การที่บริษัท Maeil Dairies Co., Ltd. เพียงรายเดียว มีพฤติกรรมกำหนดราคาขายต่อ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ก็ถือว่าบริษัทดังกล่าวมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและมีพฤติกรรมฝ่าฝืนต่อกฎหมาย จึงสั่งให้หยุดพฤติกรรมดังกล่าวและกำหนดเบี้ยปรับแก่บริษัท Maeil Dairies Co., Ltd. แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้นั้น มุ่งกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบการซึ่งมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดรายใดรายหนึ่งเพียงรายเดียวโดยเฉพาะ

กล่าวโดยสรุป ศาลฎีกาของประเทศเกาหลีใต้ได้จำกัดการปรับใช้บทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ไว้ โดยให้ปรับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวแก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเป็นรายๆ ไปเท่านั้น แม้ผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะมีความสัมพันธ์ที่มีลักษณะของการร่วมมือกัน แต่ก็จะต้องแยกพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายไปโดยไม่นำมาพิจารณาร่วมกัน

ส่วนบทบัญญัติที่ได้นิยามความหมายหรือลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอันได้แก่ บทบัญญัติมาตรา 2 (7) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้² หรือบทบัญญัติในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560³ ซึ่งได้นิยามไว้ในทำนองเดียวกันว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นหมายความถึงผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายราย คงหมายความว่าถึงเฉพาะการพิจารณาว่าผู้ประกอบการนั้น มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี ได้แก่ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และในกรณีที่ผู้ประกอบหลายรายมี

² Article 2 (Definitions)

“... ”

7. The term “market-dominating enterpriser” means any enterpriser who can determine, maintain, or change the prices, quantity, quality or other terms and conditions of business of products or services as a supplier or customer in a particular business area unilaterally or collectively with other enterpriser. In deciding whether an enterpriser is a market-dominating enterpriser, his/her market share, whether and to what extent barriers to market entry exist, and the relative size of competitive enterpriser shall be comprehensively taken into account.”

³ มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้

... ”

“ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดใดตลาดหนึ่ง ซึ่งมี ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่าง หนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาประกอบการพิจารณา ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงิน ขายอย่างน้อยหนึ่งครั้งภายในระยะเวลาสามปีนับแต่วันออกประกาศ”

สถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น มิได้หมายความครอบคลุมไปถึงการกำกับดูแล มิให้ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดแล้ว ก็จะต้องพิจารณาเป็นรายผู้ประกอบการ ว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ หากผู้ประกอบการใดมีสถานะดังกล่าว จึงจะพิจารณาต่อไปว่าพฤติกรรมเช่นว่านั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือไม่ แต่หากผู้ประกอบการรายใดมิได้มีสถานะอำนาจเหนือตลาด ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่าพฤติกรรมนั้นจะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือไม่

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการกำหนดลักษณะของหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายของประเทศไทยในปัจจุบันแล้ว รวมถึงพิจารณาจากการปรับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในประเทศเกาหลีใต้ อันเป็นต้นแบบในการยกร่างบทบัญญัติดังกล่าวนี้ของประเทศไทยแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นี้ มิได้ครอบคลุมไปถึงการกระทำของผู้ประกอบการหลายรายที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะของการร่วมมือกันด้วย คงมีแต่เพียงหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายที่จะต้องนำส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการหลายรายมารวมกันเท่านั้น

ตารางที่ 6 ตารางสรุปหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของกลุ่มประเทศที่ถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายต่างมีสถานะอำนาจเหนือตลาด

	จำนวนผู้ประกอบการ	อัตราส่วนแบ่งตลาด	ยอดขาย	ปัจจัยอื่นๆ
ประเทศเกาหลีใต้	2 - 3 รายแรก	ตั้งแต่ 75% ขึ้นไป	ตั้งแต่ 4,000 ล้านวอนขึ้นไป	<ul style="list-style-type: none"> อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ขนาดของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกัน ความเป็นไปได้ในการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ สินค้าที่มีลักษณะคล้ายกัน สภาพคล่องทางการเงิน เป็นต้น

	จำนวน ผู้ประกอบการ	อัตราส่วน แบ่งตลาด	ยอดขาย	ปัจจัยอื่นๆ
ประเทศไทย	3 รายแรก	ตั้งแต่ 75% ขึ้นไป	ตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป	<ul style="list-style-type: none"> • จำนวนผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด • จำนวนเงินลงทุน • การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ • ช่องทางการจัดจำหน่าย • เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ • โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ • กฎระเบียบของภาครัฐ เป็นต้น

4.1.2 ผลจากการปรับใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย

การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย ซึ่งมีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของประเทศเกาหลีใต้และประเทศไทยนั้น อาจก่อให้เกิดประโยชน์ซึ่งสามารถพิจารณาเห็นได้จากวัตถุประสงค์แรกเริ่ม ที่ทำให้กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลผู้ประกอบการหลายรายซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในปัจจุบัน อันมีวัตถุประสงค์หลักสามารถสรุปแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ ที่ถือเป็นประโยชน์หากมีการนำหลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวมาปรับใช้ กล่าวคือ

4.1.2.1 แก้ไขปัญหาช่องว่างของตลาดผู้ขายน้อยราย

ผลประการแรกของการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาปรับใช้ คือ หลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวจะช่วยแก้ไขปัญหาช่องว่างของตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly gap) กล่าวคือ ในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีโครงสร้างตลาดเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น ดังที่ได้ศึกษามาแล้วว่า ผู้ประกอบการในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะดังกล่าวนี้ มีความขึ้นอยู่กันและกัน และยังเผชิญกับสิ่งจูงใจให้เกิดการรวมตัวกัน เนื่องจากการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายจะทำให้ผู้ประกอบการได้ประโยชน์ด้วยกันทุกฝ่าย โดยที่ผู้ประกอบการที่มารวมตัวกันนั้น ไม่จำเป็นจะต้องมีการแข่งขันทั้งในด้านราคาและในด้านการสร้าง

ความแตกต่างของสินค้าอีกต่อไป แต่ผู้ประกอบการเหล่านั้นสามารถเพิ่มกำไรของตนได้จากการร่วมกันจำกัดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการของตน และเพิ่มราคาของสินค้าหรือบริการนั้นให้สูงขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวนั้นมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูง ยังมีโอกาสที่ผู้ประกอบการหลายรายในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้นจะรวมตัวกัน เพื่อทำกำไรได้ในระยะยาว โดยไม่มีความจำเป็นต้องกังวลว่าจะมีหน่วยธุรกิจอื่นๆ เข้ามาแข่งขันในตลาด

อย่างไรก็ดี ด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย ที่มีความแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย ซึ่งในกลุ่มประเทศทั้งสาม ผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดที่มีโครงสร้างตลาดเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย อาจมิได้มีสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตน เนื่องจากหลักเกณฑ์การพิจารณาของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียล้วนมีเพียงหลักเกณฑ์เดียว โดยมิได้มีการกำหนดแยกหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะสำหรับกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ดังนั้น การปรับใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่ให้สามารถครอบคลุมถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายซึ่งมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้จึงเป็นประโยชน์อย่างมาก เพราะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถกำกับดูแลผู้ประกอบการหลายราย ที่มีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยโดยมิชอบได้ เช่น ผู้ประกอบการหลายรายต่างมีพฤติกรรมลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือลดคุณภาพสินค้าลง และเพิ่มราคาสินค้านั้นให้สูงขึ้น ซึ่งหากต้องแยกพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเป็นรายๆ แล้ว อาจพบว่าผู้ประกอบการแต่ละรายมิได้มีสถานะอำนาจเหนือตลาด จึงอาจหลุดพ้นจากการกำกับดูแลโดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ แต่เมื่อได้มีการนำผู้ประกอบการหลายรายที่มีพฤติกรรมร่วมกันมาพิจารณารวมกันแล้ว จะพบว่ามิสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการหลายรายนั้น เป็นการทำให้สามารถบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ แก่ผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะในทางกฎหมายและในทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกันได้ นอกเหนือไปจากกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีความสัมพันธ์กันในลักษณะบริษัทในเครือเดียวกัน ซึ่งถูกถือว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอยู่แล้ว

แต่หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยรวมถึงประเทศเกาหลีได้นั้น ได้มีการแยกพิจารณาไว้โดยเฉพาะสำหรับผู้ประกอบการหลายรายแล้ว หมายความว่า หากผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีลักษณะเข้าตามเงื่อนไขต่างๆ ที่ระบุไว้ในกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ประกอบการหลายรายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 75% ขึ้นไป โดย

พิจารณาประกอบกับยอดขายและปัจจัยอื่นๆ แล้วเข้าตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ก็จะถือว่าผู้ประกอบการแต่ละรายมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้น แม้ผู้ประกอบการแต่ละรายจะมีได้มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามเกณฑ์ของผู้มีอำนาจเหนือตลาดรายเดียว ซึ่งต้องมีส่วนแบ่งตลาดถึง 50% แต่ก็จะถูกพิจารณาร่วมกับผู้ประกอบการ 2 - 3 รายแรกที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน และหากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ปรากฏว่าผู้ประกอบการนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด ผู้ประกอบการเหล่านั้นก็จะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั้งในประเทศไทยและประเทศเกาหลีใต้

เมื่อพิจารณาแล้วจึงพบว่า หลักเกณฑ์ของประเทศไทยรวมถึงประเทศเกาหลีใต้ มีลักษณะที่ทำให้สามารถปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ แก่ผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายได้อยู่แล้ว อีกทั้งยังสามารถปรับใช้ได้กว้างกว่าหลักเกณฑ์ของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย ในกรณีที่ผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายมีพฤติกรรมกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เนื่องจากตามหลักเกณฑ์ของประเทศไทยและประเทศเกาหลีใต้นั้น แม้ผู้ประกอบการรายหนึ่งในตลาดผู้ขายน้อยรายจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 50% ก็อาจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดได้ หากมีส่วนแบ่งตลาดรวมกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ อีก 2 - 3 ราย ถึง 75% หรือแม้กระทั่งผู้ประกอบการ 2 ราย ในตลาดผู้ขายน้อยรายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่ถึง 50% ก็อาจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดได้เช่นกัน หากรวมส่วนแบ่งตลาดกับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งแล้วมีส่วนแบ่งตลาดถึง 75% ซึ่งหากแม้ผู้ประกอบการเพียงรายหนึ่งรายใดมีพฤติกรรมกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดนั้นโดยมิชอบ ก็จะถือเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและประเทศเกาหลีใต้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีพฤติกรรมร่วมกันกับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งหรือไม่

ในขณะที่การบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่ผู้ประกอบการหลายรายในตลาดผู้ขายน้อยรายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้น ต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด และพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นๆ แล้ว ยังต้องมีพฤติกรรมร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบอีกด้วย จึงจะตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าว

ดังนั้น ในแง่ของการช่วยป้องกันปัญหาช่องว่างของตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดสำหรับกรณีผู้ประกอบการหลายรายในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียมาปรับใช้ในประเทศ

ไทยนั้น อาจมีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในแง่มุมนี้มากเท่าไรนัก คงช่วยให้สามารถขยายการค้ากับดูแล โดยบทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าไปถึงกรณีที่ผู้ประกอบการ 2 ราย ที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 50% แต่เมื่อรวมกับรายที่สามแล้วกลับมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 75% ทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นมิได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จึงไม่อาจใช้บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาด โดยมีขอบแก่ผู้ประกอบการทั้งสองรายนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็อาจนำบทบัญญัติมาตรา 57 ว่าด้วยการใช้วิธีการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าวได้ เพราะฉะนั้น การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาในลักษณะของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียเข้ามาปรับใช้ในประเทศไทย ก็เพียงแต่จะเป็นการเพิ่มทางเลือกให้แก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการปรับใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวแก่ผู้ประกอบการทั้ง 2 ราย ซึ่งมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยมีขอบได้

อย่างไรก็ดี หากมองในอีกแง่มุมหนึ่งอาจพบว่า หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในประเทศไทยและเกาหลีใต้ที่มีลักษณะการปรับใช้ได้กว้าง นั้น แท้จริงอาจเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่กว้างขวางจนมีโอกาสที่จะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการได้ กล่าวคือ การกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะปัจจุบันนั้น มีความเสี่ยงที่จะทำให้ผู้ประกอบการที่แม้จะมีขนาดเล็กมากในตลาดและไม่มีอำนาจตลาด ก็อาจมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดและต้องถูกควบคุมพฤติกรรมตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ในบางกรณี ทำให้ผู้ประกอบการที่มีขนาดเล็กนั้นอาจถูกจำกัดพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจ และเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการรายเล็กในตลาดที่จะต้องถูกจำกัดพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจเช่นเดียวกันกับผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาด จนในที่สุดผู้ประกอบการรายเล็กๆ นั้นอาจไม่สามารถประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.1.2.2 แก้ไขปัญหาช่องว่างของการพิสูจน์ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ

ผลอีกประการหนึ่งของการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาปรับใช้ คือ เป็นการช่วยแก้ไขปัญหาค่าช่องว่างของการพิสูจน์ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ (unproved cartel gap) ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าลักษณะของตลาดที่มีโครงสร้างแบบตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น ผู้ประกอบการในตลาดจะเผชิญกับสิ่งจูงใจให้เกิดการรวมตัวกัน เนื่องจากการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย จะทำให้ผู้ประกอบการได้ประโยชน์ด้วยกันทุกฝ่าย และโดยลักษณะของตลาดผู้ขายน้อยรายซึ่งมีความโปร่งใสในตลาดสูงมาก

นั้น ส่งผลให้ผู้ประกอบการสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้ง่าย โดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยชัดแจ้งระหว่างบรรดาผู้ประกอบการในตลาดนั้น

นอกจากปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากการร่วมมือกันโดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยชัดแจ้งในตลาดผู้ขายน้อยรายแล้ว ในกรณีทั่วไปก็เป็นที่ยอมรับกันว่า ในการแสดงให้เห็นถึงพยานหลักฐานของการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ เพื่อพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิดเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน และนำบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันมาใช้บังคับแก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการนั้น ก็มีความยากลำบากในการที่จะแสดงให้เห็นถึงการตกลงดังกล่าวเป็นอย่างมาก จนทำให้ไม่สามารถบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีเงื่อนไขที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความตกลงนั้น จึงจะสามารถบังคับใช้บทบัญญัตินี้แก่พฤติกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการหลายรายได้

ดังนั้น ในการพิจารณาผลที่ได้รับจากการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย ในลักษณะเดียวกันกับในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย มาปรับใช้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในด้านของการอุดช่องว่างของการพิสูจน์ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ ตามบทบัญญัติซึ่งกำกับดูแลพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการนั้น อาจแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ การอุดช่องว่างในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมร่วมกันโดยมีความตกลงระหว่างกัน และกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมร่วมกันโดยมิได้มีความตกลงระหว่างกัน

ก. กรณีแรก คือ กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมร่วมกันโดยมีความตกลงระหว่างกันนั้น การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในลักษณะนี้มาปรับใช้ จะเป็นการช่วยลดปัญหาเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีภาระการพิสูจน์ที่จะต้องแสดงให้เห็นว่ามีการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการ

โดยที่สำหรับกรณีแรกนี้ การปรับใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ทำให้คณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปสามารถดำเนินการแก่ผู้ประกอบการหลายรายที่มีพฤติกรรมร่วมกันได้ง่ายยิ่งขึ้น เนื่องจากการปรับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลพฤติกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้นมีประเด็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในเรื่องของการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการมีการตกลงกัน ไม่ว่าจะเป็นการพิสูจน์ถึงการตกลงเช่นนั้นโดยพยานหลักฐานทางตรงหรือพยานหลักฐานแวดล้อม ซึ่งได้แก่ การที่ต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการหลายรายได้มีการประชุมร่วมกัน การติดต่อผ่านทางโทรศัพท์ การ

ติดต่อผ่านทางอีเมลล์ หรือการติดต่อสื่อสารกันโดยวิธีต่างๆ เพื่อตกลงกันเกี่ยวกับราคาหรือปริมาณการผลิตของสินค้านั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยาก

ถึงแม้ว่าจะมีการเปิดช่องให้สามารถพิสูจน์ถึงการตกลงดังกล่าวโดยการนำพยานหลักฐานแวดล้อมมาแสดงแทนได้ แต่พยานหลักฐานแวดล้อมเช่นว่านี้ก็จะต้องมีความน่าเชื่อถืออย่างมากจนกล่าวได้ว่า ด้วยพยานหลักฐานนี้ทำให้เห็นว่าผู้ประกอบการต้องมีการตกลงกันมาก่อนเป็นแน่แท้ จึงจะสามารถนำมาใช้แทนการพิสูจน์ให้เห็นถึงการติดต่อสื่อสารเพื่อตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายได้ เช่น ในการเข้าประกวดราคานั้น ผู้ประกอบการหลายรายมีการเสนอราคาที่มีความเหมือนกันจนถึงขนาดที่ตำแหน่งทศนิยม 6 - 7 หลักเป็นจำนวนเดียวกัน ซึ่งการมีพฤติกรรมการกำหนดราคาที่ประกวดเหมือนกันจนถึงตำแหน่งทศนิยม 6 - 7 หลักเป็นจำนวนเดียวกันนั้น น่าเชื่อว่าจะไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากผู้ประกอบการมิได้มีการตกลงกันมาก่อน ดังนั้น หากมีเหตุผลที่พออธิบายได้ว่าการมีพฤติกรรมที่เหมือนกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้น อาจเกิดขึ้นได้ด้วยสาเหตุอย่างอื่นที่ไม่ใช่เกิดจากการตกลง เช่นนี้ก็จะนำพยานหลักฐานเช่นว่านั้นมารับฟังไม่ได้ว่าผู้ประกอบการหลายรายได้มีการตกลงกัน⁴

เช่นเดียวกันกับในประเทศต่างๆ การพิสูจน์ถึงการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในประเทศไทยนั้นก็มีความยากลำบากเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิสูจน์ถึงการตกลงดังกล่าวในชั้นศาลยิ่งเป็นไปได้ยาก พยานหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการหลายรายได้มีการตกลงกันในประเทศไทยนั้นจะต้องมีความแน่นหนา เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยการร่วมกันจำกัดการแข่งขันในประเทศไทยนั้นเป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญา ดังนั้น ในการพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ประกอบการ จึงต้องใช้ระดับการพิสูจน์ความผิดเช่นเดียวกันกับการกระทำความผิดทางอาญาในกรณีอื่นๆ กล่าวคือ จะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงระดับปราศจากข้อสงสัย (beyond reasonable doubt)⁵ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงมีการพิจารณาพิสูจน์ และจะต้องนำหลักฐานมาแสดงให้เห็นศาลเห็นว่าได้มีการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการ จนเป็นที่ปราศจากข้อสงสัยว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นได้มีการตกลงกันดังกล่าวจริง เช่น มีการประชุมหารือ ติดต่อเจรจาระหว่างกันโดยมีเป้าหมายที่จะกำหนดราคาสินค้าหรือบริการร่วมกัน⁶

⁴ Barry E. Hawk and Giorgio A. Motta, "Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem," in *Antitrust Between EC Law and National Law : VI Conference*, p.69.

⁵ ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 175 - 176.

⁶ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กำหนดราคาตามกัน ผิดกฎหมายแข่งขันหรือไม่," *มองโลกแข่งขัน* 55(2017): 2.

เพราะฉะนั้น การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาปรับใช้ จึงช่วยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการตกลงกันของผู้ประกอบการจนถึงขนาดที่กล่าวมาอีกต่อไป โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายแทน กล่าวคือ

1) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป แนวปฏิบัติของประเทศสิงคโปร์ ที่ได้กำหนดเงื่อนไขของการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันไว้โดยชัดเจนที่สุดนั้น กำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกัน โดยพิจารณาจากพยานหลักฐานทางอ้อม ซึ่งพยานหลักฐานทางอ้อมดังกล่าวนี้ อาจได้แก่ ความตกลงต่างๆ ระหว่างผู้ประกอบการ ความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย และลักษณะโครงสร้างของตลาด ที่อาจนำไปสู่พฤติกรรมที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการหลายรายได้ ตามที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติของประเทศสิงคโปร์⁷ และนำมาพิจารณาประกอบกับปัจจัยต่างๆ ที่ทำให้สถานะของการร่วมกันนั้นมีความมั่นคง ซึ่งเป็นไปตามแนวทางที่ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้กำหนดไว้ในคำพิพากษา ซึ่งได้แก่ การพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ทำให้ตลาดมีความโปร่งใสมาก การพิจารณาถึงความสามารถในการตอบโต้พฤติกรรมของคู่แข่งซึ่งจะคำนึงถึงขนาดของผู้ประกอบการในตลาด และการพิจารณาถึงขนาดของผู้ประกอบการรายอื่นๆ รวมถึงความสามารถหรืออำนาจซื้อของผู้บริโภคในตลาดนั้น ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีการตกลงกันร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นไปได้ยาก แต่ต้องพิสูจน์เกี่ยวกับความตกลงอื่นๆ หรือพิสูจน์เกี่ยวกับลักษณะของโครงสร้างตลาดแทน อันเป็นการแก้ไขปัญหาการพิสูจน์ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ ในกรณีที่ผู้ประกอบการมีการตกลงได้

2) เมื่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิสูจน์ได้แล้วว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกัน ลำดับต่อไปจึงพิจารณาไปตามหลักเกณฑ์ว่าสถานะของการร่วมกันที่เกิดขึ้นนั้น มีสถานะอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในแต่ละประเทศ โดยมักจะพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดเป็นสำคัญและนำไปปัจจัยอื่นๆ มาประกอบการพิจารณา ซึ่งตามหลักเกณฑ์ของประเทศไทยในปัจจุบันนั้น ในการพิจารณาว่าสถานะของการร่วมกันมีสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ หากพิจารณาจากความพยายามในการปรับ

⁷ Competition Commission Singapore, "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition 2016," December 2016.

ใช้แนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้เป็นตัวอย่างแล้ว พบว่าจะต้องพิจารณาตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยหากผู้ประกอบการหลายรายที่มีพฤติกรรมร่วมกันนั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเกินกว่า 50% และมียอดขายในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ซึ่งเป็นกรณีของผู้ประกอบการรายหนึ่ง ก็จะต้องถือว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยไม่จำเป็นต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 75%

หลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการทำให้เห็นว่า ในการพิสูจน์สถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการ และพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการมีพฤติกรรมการใช้สถานะดังกล่าวโดยมิชอบนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่อาจนำข้อเท็จจริงที่ใช้พิสูจน์ถึงการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันมาปรับใช้ได้ทันที ดังที่ได้แสดงให้เห็นในคำพิพากษาคดี *Italian flat glass* แต่จะต้องพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์เฉพาะ ที่กำหนดไว้สำหรับบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วย เมื่อพิสูจน์ได้ทั้งสองประการแล้ว จึงถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน แล้วจึงจะพิจารณาต่อไปว่า พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่ามีการตกลงใดๆ ระหว่างผู้ประกอบการหรือไม่อีกต่อไป

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมร่วมกัน อันเกิดจากการตกลงระหว่างกัน แม้การตกลงดังกล่าวจะได้รับยกเว้นมิให้ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย (block exemption) แต่ก็ได้ตัดสิทธิองค์กรบังคับใช้กฎหมาย ในการที่จะบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่พฤติกรรมเช่นนั้น ดังนั้น การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการมาปรับใช้ จึงช่วยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถกำกับดูแลการตกลงที่ได้รับยกเว้นตามกฎหมายได้อีกด้วย ดังที่ปรากฏให้เห็นในแนวคำพิพากษาคดี *Compagnie Maritime Belge* ซึ่งแม้พฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาค่าระวางของกลุ่มผู้ประกอบการสายการเดินเรือ จะได้รับยกเว้นมิให้ถือเป็นความผิดตามบทบัญญัติ 101 ว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันก็ตาม แต่เมื่อพฤติกรรมนั้นมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ คณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปก็มีอำนาจที่จะปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 102 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่พฤติกรรมดังกล่าวได้

ข. กรณีที่สอง คือ กรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมร่วมกัน โดยมิได้มีความตกลงระหว่างกัน ซึ่งโดยลักษณะของตลาดผู้ขายน้อยรายที่ผู้ประกอบการนั้นมีความขึ้นอยู่กับกันและกัน อีกทั้งตลาดผู้ขายน้อยรายยังมีความโปร่งใสในตลาดสูง ส่งผลให้ผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น สามารถมีพฤติกรรมร่วมกันหรือมีพฤติกรรมเหมือนกันทั้งในด้าน

ที่เกี่ยวกับราคาและไม่เกี่ยวกับราคาได้ง่าย โดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยชัดแจ้งระหว่างบรรดาผู้ประกอบการในตลาดนั้น

ดังนั้น โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นส่งผลให้ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศใดก็ตาม ต่างก็ไม่สามารถนำบทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมทางการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ มาใช้บังคับแก่ผู้ประกอบการในตลาดที่มีโครงสร้างเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดลักษณะดังกล่าวนี้มีได้เกิดจากการตกลงกัน ไม่ว่าจะโดยลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา อันนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันในตลาดแต่อย่างใด จึงทำให้การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ แม้ผู้ประกอบการจะมีได้มีการตกลงระหว่างกันซึ่งนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันแต่อย่างใด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็สามารถพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้ หากปรากฏว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะของการร่วมกัน ซึ่งในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการมีสถานะดังกล่าว ก็มิได้มีความจำเป็นต้องพิจารณาจากการตกลงระหว่างผู้ประกอบการแต่เพียงเท่านั้น ประกอบกับสถานะของการร่วมกันนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังที่กล่าวถึงแล้วข้างต้น

การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาปรับใช้ จึงเป็นการช่วยแก้ไขปัญหาช่องว่างของการพิสูจน์ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ ในกรณีที่ผู้ประกอบการมิได้มีการตกลงกัน แต่กลับมีพฤติกรรมเหมือนกันได้เป็นอย่างดี เช่น ตามหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันดังกล่าวของประเทศสิงคโปร์นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีภาระการพิสูจน์ให้เห็นถึงความตกลงใดๆ โดยไม่จำกัดว่าความตกลงนั้นต้องเป็นการตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันเสมอไป อาจเป็นความตกลงใดๆ ที่นำไปสู่การมีพฤติกรรมร่วมกันก็ได้ เช่น การที่ผู้ประกอบการหลายรายมีการทำความตกลงกิจการร่วมค้า (joint venture) ระหว่างกัน เป็นต้น หรือมีฉะนั้นก็อาจพิสูจน์จากลักษณะโครงสร้างของตลาด โดยพิจารณาจากเงื่อนไขต่างๆ ดังที่ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปกำหนดไว้เป็นแนวทาง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นได้มีความตกลงใดๆ ระหว่างกันหรือไม่ก็ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่มีเงื่อนไขว่าผู้ประกอบการจะต้องมีความตกลงระหว่างกันแต่อย่างใด จึงเป็นการบรรเทาภาระการพิสูจน์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในทางปฏิบัติได้อย่างมาก

อีกทั้งการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ยังช่วยให้การกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายเป็นไปได้เหมาะสม เนื่องจากภายหลังจากที่ได้พิจารณาเงื่อนไขตามหลักเกณฑ์ของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ร่วมกันที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังต้องพิจารณาต่อไปอีกด้วยว่าพฤติกรรมที่เหมือนกันของผู้ประกอบการนั้น มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ ตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดเอาไว้ด้วยหรือไม่ จึงจะครบองค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ ทั้งในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทย ซึ่งล้วนมีแนวทางการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยใช้แนวทางการควบคุมพฤติกรรมเช่นเดียวกัน จึงไม่เป็นการขัดต่อลักษณะตามธรรมชาติของตลาดผู้ขายน้อยราย ที่ผู้ประกอบการมักจะมีพฤติกรรมที่เหมือนกัน

สำหรับประเทศไทยและรวมถึงประเทศเกาหลีใต้นั้น การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในลักษณะของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียมาปรับใช้ จะช่วยให้สามารถแก้ไขปัญหาช่องว่างของการพิสูจน์ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการได้เป็นอย่างดี ไม่ว่าจะเป็นในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีความตกลงกันหรือไม่มีความตกลงกันก็ตาม ซึ่งแม้แต่บทบัญญัติในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้งประเทศไทยและประเทศเกาหลีใต้ ต่างก็ไม่ได้มีบทบัญญัติใดที่จะสามารถจัดการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะโดยบทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของประเทศไทยและประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าไม่อาจปรับใช้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมร่วมกัน เนื่องจากในการปรับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะต้องพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเป็นรายๆ ไป หรือไม่ว่าจะโดยบทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการ ซึ่งได้กล่าวแล้วว่ามิชอบขัดข้องทำให้การปรับใช้ในทางปฏิบัตินั้นเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก

จึงสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาปรับใช้นั้น ทำให้สามารถกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกันโดยอิสระได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะเป็นการเสริมประสิทธิภาพในการบริหารจัดการกับสภาวะที่ตลาดสินค้าหรือบริการจำนวนมากมีโครงสร้างแบบตลาดผู้ขายน้อยราย

4.1.3 อุปสรรคในการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายมาใช้บังคับในประเทศไทย

จากการศึกษาทำให้พบว่า การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น มี

ลักษณะพิเศษที่เห็นได้อย่างชัดเจน คือ การปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้นเป็นการปรับลดภาระการพิสูจน์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศลง โดยที่การนำหลักเกณฑ์นี้มาปรับใช้ ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีทางเลือกในการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายราย คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะไม่ถูกบังคับให้ปรับใช้เฉพาะบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันแก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายแต่เพียงเท่านั้น ซึ่งโดยเงื่อนไขของบทบัญญัตินี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีภาระการพิสูจน์ที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีความตกลงระหว่างกัน

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจที่จะปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้ โดยถือว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ซึ่งแม้ว่าพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะเกิดจากความตกลงระหว่างกันหรือไม่ก็ตาม คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็สามารถปรับใช้บทบัญญัตินี้แก่พฤติกรรมนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความตกลงระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้น แต่สามารถพิสูจน์ความผิดของผู้ประกอบการโดยการใช้พยานหลักฐานโดยทางอ้อมต่างๆ ที่ได้กล่าวถึงแล้วนั้น ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขประการสำคัญที่ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายได้สะดวกมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม การนำหลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวมาปรับใช้ในประเทศไทย เพื่อที่จะได้ลดภาระในการพิสูจน์ความผิดของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยที่จะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความตกลงระหว่างผู้ประกอบการหลายราย ในกรณีที่ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีพฤติกรรมเหมือนกันหรือมีพฤติกรรมร่วมกันนั้น ก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อีกด้วย

ปรากฏว่าในการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบดังกล่าวนี้ หากผู้ประกอบการหลายรายได้มีพฤติกรรมฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ผู้ประกอบการเหล่านั้นก็จะถือว่ามีความผิดและต้องรับโทษตามบทบัญญัติมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า⁸ ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมดังกล่าวต้องระวาง

⁸ มาตรา 72 “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 50 หรือมาตรา 54 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด หรือทั้งจำทั้งปรับ

โทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิดหรือทั้งจำทั้งปรับ อันเป็นโทษในทางอาญา

ในขณะที่โทษของการมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในต่างประเทศ ซึ่งดั่งที่ศึกษามาแล้วนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับโทษดังกล่าวข้างต้นของประเทศไทยแล้ว อาจสรุป รายละเอียดได้ดังตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 7 ตารางเปรียบเทียบบทกำหนดโทษสำหรับการมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดย มิชอบในประเทศต่างๆ

	โทษทางปกครอง	โทษทางอาญา	บทบัญญัติ
กลุ่มประเทศ สหภาพยุโรป	ปรับเป็นเงินจำนวนไม่เกิน 10% ของรายได้ในปีที่กระทำความผิด	ไม่มี	Council Regulation (EC) No. 1/2003, Article 23
ประเทศ เกาหลีใต้	เรียกเก็บเงินค่าปรับเป็นจำนวนไม่เกิน 3% ของยอดขายในปีที่กระทำความผิด	จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน 200 ล้านวอน หรือทั้งจำทั้งปรับ	Monopoly Regulation and Fair Trade Act, Article 6 and Article 66
ประเทศ สิงคโปร์	ปรับเป็นเงินจำนวนไม่เกิน 10% ของรายได้ในปีที่มีการกระทำความผิด	ไม่มี	Competition Act (Chapter 50B), Article 69
ประเทศ มาเลเซีย	ปรับเป็นเงินจำนวนไม่เกิน 10% ของยอดขายทั่วโลกของผู้ประกอบการ ในช่วงระยะเวลาที่มีการกระทำความผิด	ไม่มี	Competition Act 2010, Article 40

ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

	โทษทางปกครอง	โทษทางอาญา	บทบัญญัติ
ประเทศไทย	ไม่มี	จำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด หรือทั้งจำทั้งปรับ	พระราชบัญญัติการแข่งขันท่างการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 72

จากตารางดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าทั้งในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และมาเลเซีย ล้วนมีบทกำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันคือ กำหนดค่าปรับทางปกครองเป็นเงินไม่เกินจำนวน 10% ของยอดขายในปีที่ได้มีการกระทำความผิด

ดังนั้นในประเทศต่างๆ เหล่านี้ การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน มาปรับใช้เข้ากับบทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตน เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในประเทศของตน สามารถปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่มีความสัมพันธ์กันทั้งในทางกฎหมายและในทางเศรษฐกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยลดภาระการพิสูจน์ลงจากเดิมที่การปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่ผู้ประกอบการหลายราย จะต้องปรับใช้ด้วยบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอันเป็นบทบัญญัติหลักที่ใช้กำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายราย ซึ่งจะต้องมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการพิสูจน์ถึงความตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความตกลงเช่นนั้นอีกต่อไปจึงสามารถกระทำได้

ถึงแม้ว่าการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาปรับใช้จะส่งผลเป็นการลดมาตรฐานการพิสูจน์ความผิดของผู้ประกอบการลงจากเดิมก็ตาม แต่ด้วยลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่างๆ เหล่านี้ มิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ดังนั้นในการพิสูจน์ความผิดของผู้ประกอบการนั้น จึงไม่จำเป็นต้องนำมาตราฐานการพิสูจน์ในทางอาญา ที่จะต้องพิสูจน์ให้ถึงระดับปราศจากข้อสงสัย มาเป็นมาตรฐานในการพิสูจน์ความผิดดังกล่าวของผู้ประกอบการหลายราย เมื่อประกอบลักษณะของบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งมีได้มีเงื่อนไขเกี่ยวกับความตกลงระหว่าง

ผู้ประกอบการ อันแตกต่างจากบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ การนำหลักเกณฑ์นี้เข้ามาปรับใช้ เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่จำเป็นต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ ว่าผู้ประกอบการหลายรายมีความตกลงระหว่างกันอีกต่อไป จึงสามารถกระทำได้โดยไม่มีข้อขัดข้องแต่ประการใด

แตกต่างจากบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในประเทศเกาหลีใต้ ที่นอกจากจะมีบทกำหนดโทษทางปกครองที่คล้ายคลึงกันกับกลุ่มประเทศดังกล่าวข้างต้นแล้ว กล่าวคือการใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในประเทศเกาหลีใต้ ผู้ประกอบการอาจต้องรับโทษเป็นการถูกเรียกเก็บเงินค่าปรับเป็นจำนวนไม่เกิน 3% ของยอดขายในปีที่กระทำความผิด ยังมีโทษทางอาญาโดยผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและมีพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ อาจถูกดำเนินคดีอาญาซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีและปรับไม่เกิน 200 ล้านบาท

และแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายไทย ตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามมาตรา 72 เช่นเดียวกัน ดังนั้นแม้จะนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายแบบในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียมาปรับใช้ในกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้หรือประเทศไทยแล้ว ในการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและมีพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ อันเป็นองค์ประกอบความผิดของบทบัญญัติมาตราดังกล่าว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงยังคงมีภาระการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีการร่วมมือกัน ซึ่งโดยมาตรฐานการพิสูจน์สำหรับบทบัญญัติในทางอาญา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงมีภาระการพิสูจน์ให้ได้ถึงระดับปราศจากข้อสงสัยอยู่เช่นเดิม ดังนั้นแม้จะปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่ผู้ประกอบการหลายราย คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ยังคงมีหน้าที่พิสูจน์ให้เห็นว่าการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ เพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้น มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน และมีพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบจริงอยู่เช่นเดิม

กล่าวโดยสรุป การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายในลักษณะเดียวกันกับกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียมาปรับใช้ในประเทศไทยนั้น ยังคงมีอุปสรรคในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยโทษของการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งมีลักษณะเป็นโทษทางอาญา ส่งผลให้แม้จะมีการนำแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาบัญญัติไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ แต่ก็ไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะเป็นการลด

ภาระการพิสูจน์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าลงจากเดิมได้ เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการ พิสูจน์ความผิดของผู้ประกอบการ จะต้องสอดคล้องกับลักษณะของบทบัญญัติซึ่งมีโทษทางอาญาอยู่ เช่นเดิม กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้จะนำแนวคิดดังกล่าวเข้ามาบัญญัติไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ก็มิได้ช่วยให้การกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายราย โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย จะเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นแต่อย่างใด ซึ่งนับเป็นอุปสรรคสำคัญ ของการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาปรับใช้ในประเทศไทย

4.2 ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

จากบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งของประเทศไทยและประเทศต่างๆ รวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ ที่ได้ทำการศึกษามาแล้วนั้น อาจแบ่งประเด็น กฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบที่ต้องพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

4.2.1 หลักเกณฑ์ของพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

เมื่อผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันแล้ว สิ่ง ต่อมาที่จำเป็นต้องพิจารณาคือ ผู้ประกอบการเหล่านั้นต้องมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาด ร่วมกันนั้นโดยมิชอบ จึงจะเป็นการครอบงำประกอบความผิดของบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

โดยที่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายราย จะเป็นการ ใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

4.2.1.1 ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมร่วมกัน

ในลำดับแรก จะต้องปรากฏว่าผู้ประกอบการหลายรายได้มีพฤติกรรม ร่วมกันหรือมีพฤติกรรมเหมือนกัน กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้ร่วมกันครอบครอง อำนาจเหนือตลาด ดังนั้นการกระทำที่จะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ จึงต้อง เป็นการกระทำของผู้ประกอบการหลายรายร่วมกัน หรือผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมี พฤติกรรมแบบเดียวกันต่อผู้ประกอบการรายอื่นๆ หรือต่อผู้บริโภค

โดยที่จากแนวคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปที่บังคับใช้ บทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปที่ได้ทำการศึกษามาแล้ว พบว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีพฤติกรรมร่วมกัน เช่น การที่ผู้ประกอบการหลายรายที่มิได้ มีความสัมพันธ์กันทั้งในทางกฎหมายและในทางเศรษฐกิจ ต่างกำหนดอัตราส่วนลดค่าสินค้าของตน แก่ลูกค้าให้เท่ากันในคดี *Italian Flat Glass* หรือการที่ผู้ประกอบการหลายรายต่างกำหนดข้อสัญญา

จำกัดสิทธิเฉพาะในการซื้อบริการไว้ในสัญญาที่ทำกับลูกค้าของผู้ประกอบการแต่ละรายให้เหมือนกัน ในคดี *Almelo* หรือการที่ผู้ประกอบการหลายรายร่วมกันทำข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการรับบริการโดยให้ส่วนลดค่าบริการแก่ลูกค้าแทน และยังมีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาค่าบริการในอัตราพิเศษในรอบการให้บริการที่ใกล้เคียงกับรอบการให้บริการของคู่แข่งเพื่อตัดราคาคู่แข่งในคดี *Compagnie Maritime Belge* เป็นต้น

แม้ในคำพิพากษาคดี *Irish Sugar* ซึ่งศาลแห่งสหภาพยุโรปพิจารณาแล้ว เห็นว่าบริษัท Irish Sugar และบริษัท Sugar Distributor Ltd มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในตลาดน้ำตาลของประเทศไอร์แลนด์ และพฤติกรรมของบริษัท Irish Sugar ที่มีการเลือกให้ส่วนลดเฉพาะราย ให้ส่วนลดค่าความจงรักภักดี เพื่อกำจัดคู่แข่งชั้นรายอื่นๆ ในตลาดนั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ ซึ่งจะเห็นว่าในคดีดังกล่าวนี้ ผู้ประกอบการที่ใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบนั้นเป็นผู้ประกอบการเพียงรายเดียว

แต่จากการศึกษาก็พบว่าคำพิพากษาดังกล่าวถือเป็นคำพิพากษาที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยนักวิชาการของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ว่าเป็นคำพิพากษาที่มีข้อเสียในทางที่ไม่ดีที่สุดตัวอย่างหนึ่ง โดยเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวมีความไม่ถูกต้องเหมาะสม เนื่องจากคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปมีการตีความอำนาจในการควบคุมการประกอบธุรกิจจากเอกสารต่างๆ ระหว่างบริษัท Irish Sugar และบริษัท Sugar Distributor Ltd ที่เกินเลยไป ทำให้สรุปว่าเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการทั้งสองรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน มิใช่มีเพียงบริษัท Irish Sugar ที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดแต่เพียงรายเดียว จนทำให้ศาลแห่งสหภาพยุโรปเลือกที่จะจัดการกับกรณีดังกล่าวด้วยแนวคิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันด้วยเช่นกัน และจนถึงปัจจุบันคำพิพากษาคดีดังกล่าวก็เป็นเพียงคำพิพากษาเดียว ที่ตัดสินไปในแนวทางที่ผู้ประกอบการเพียงรายเดียวก็อาจมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบได้⁹

นอกจากแนวคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปแล้ว แม้แต่ความพยายามในการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ ก็ยังแสดงให้เห็นถึงลักษณะการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ ว่าจะต้องเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมร่วมกัน ดังที่เห็นได้จากข้อเท็จจริงในแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ในคดี *BC Card* ที่

⁹ Barry E. Hawk and Giorgio A. Motta, "Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem," in *Antitrust Between EC Law and National Law : VI Conference*, p. 86; Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p.164.

ผู้ประกอบการทุกรายกำหนดค่าธรรมเนียมและดอกเบี้ยในบริการของตนเองเป็นอัตราเดียวกัน อันทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้วินิจฉัยว่าพฤติกรรมร่วมกันดังกล่าว แม้จะไม่ได้เกิดจากการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการ แต่ก็ถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย เพียงแต่ว่าในท้ายที่สุด ศาลของประเทศเกาหลีใต้นั้นไม่ยอมรับแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่จะนำแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาปรับใช้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตน ทำให้ศาลของประเทศเกาหลีใต้ยังคงพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดโดยแยกพิจารณาออกจากกันเป็นรายๆ ไปเช่นเดิม แม้ผู้ประกอบการหลายรายนั้น จะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดจากการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดรวมกันก็ตาม

และตามแนวปฏิบัติของประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย รวมถึงแนวคำวินิจฉัยในคดีที่เกิดขึ้นในประเทศมาเลเซีย ต่างมีความชัดเจนว่าพฤติกรรมที่จะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้น ต้องเริ่มต้นมาจากการมีพฤติกรรมที่เหมือนกัน เพียงแต่ว่าตามแนวปฏิบัติของประเทศสิงคโปร์นั้นจะมีการกำหนดลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นการร่วมกันไว้อย่างชัดเจน คล้ายกับแนวคำวินิจฉัยของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป กล่าวคือ ผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดสินค้าหรือบริการต่อผู้ประกอบการรายอื่นๆ หรือผู้บริโภคราวกับว่าเป็นผู้ประกอบการรายเดียวกัน กล่าวคือผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีพฤติกรรมที่เหมือนกันนั้น เป็นระยะเวลาอันยาวนานและมีลักษณะที่ถาวร

ในขณะที่แนวปฏิบัติของประเทศมาเลเซียนั้นให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซียพิจารณาเป็นกรณีไป โดยแนวปฏิบัติของประเทศมาเลเซียนั้นกำหนดแนวพิจารณาเป็นกรณีทั่วไป ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซีย เพียงแต่พิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายที่มีอำนาจตลาด มีพฤติกรรมเหมือนกันในตลาด เพียงเท่านี้ก็อาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ โดยไม่มีเงื่อนไขในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องมีพฤติกรรมที่เหมือนกันนั้นเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และมีความมั่นคงของพฤติกรรมจนกล่าวได้ว่าเป็นการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่งการกำหนดแนวปฏิบัติไว้ในลักษณะกว้างเช่นนี้ทำให้การบังคับใช้กฎหมายสามารถทำได้โดยง่าย โดยที่เพียงแต่ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมที่เหมือนกันในตลาดสินค้าหรือบริการ ก็อาจถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบได้โดยทันที แต่การกำหนดแนวปฏิบัติไว้ในลักษณะนี้ ก็อาจทำให้กฎหมายอาจถูกบังคับใช้ได้อย่างกว้างขวางเกินไป จนอาจกระทบต่อการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการได้

อย่างไรก็ดี ตามแนวคำคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซียในคดี *Giga Shipping and Nexus Mega Carrier* ซึ่งผู้ประกอบการทั้งสองราย

ต่างทำสัญญาจำกัดสิทธิในการรับบริการกับผู้ให้บริการของตน โดยปรากฏว่าผู้ให้บริการนั้นเป็นลูกค้าหลักของธุรกิจรับขนส่งรถยนต์ในเส้นทางเดินเรือดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถเข้าสู่ตลาดนั้นได้ ผู้เขียนพบว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการทั้งสองราย ที่กำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิในการรับบริการพร้อมมอบส่วนลดต่อผู้ให้บริการของตนเหมือนกันตลอดระยะเวลา 3 ปีนั้น เป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะที่คล้ายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป และเมื่อนำหลักเกณฑ์การพิจารณาของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์มาพิจารณาในคดีดังกล่าวนี้ ก็อาจถือได้ว่าการปรับใช้กฎหมายของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของมาเลเซียในคดีนี้ มิได้มีลักษณะเป็นการปรับใช้ที่กว้างเกินไปกว่าในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปหรือประเทศสิงคโปร์

เนื่องจากในตลาดการให้บริการขนส่งรถยนต์ทางเรือจากท่าเรือภายในประเทศมาเลเซีย นั้น มีผู้ให้บริการดังกล่าวอยู่เพียง 2 ราย ซึ่งต่างฝ่ายย่อมทราบพฤติกรรมการประกอบธุรกิจของอีกฝ่ายหนึ่งดี และการที่ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมที่กำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิเช่นว่านั้นย่อมมีลักษณะที่มั่นคงถาวร เนื่องจากการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งยุติข้อสัญญาดังกล่าวนั้นย่อมไม่ทำให้เกิดประโยชน์แก่ตนแต่อย่างใด และคู่แข่งรายอื่นก็ไม่อาจเข้ามาแย่งชิงลูกค้าไปจากผู้ประกอบการได้ จึงอาจถือได้ว่าผู้ประกอบการทั้ง 2 รายนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน และพฤติกรรมดังกล่าวนี้เป็นพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการ ดังนั้น แม้แนวปฏิบัติของประเทศมาเลเซียจะมีลักษณะที่กว้างทำให้สามารถปรับใช้ได้ง่าย แต่การปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าว ก็เป็นไปได้อย่างเหมาะสมตามแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

กล่าวโดยสรุป ประสบการณ์การปรับใช้แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันของประเทศต่างๆ แสดงให้เห็นว่า เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันแล้ว พฤติกรรมที่จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นโดยมิชอบ ย่อมจะต้องเป็นพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการเหล่านั้น โดยเป็นพฤติกรรมที่มีความมั่นคงถาวร เชื่อมโยงกับหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

4.2.1.2 พฤติกรรมร่วมกันนั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

ภายหลังจากปรากฏว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมร่วมกันหรือมีพฤติกรรมเหมือนกันแล้ว ลำพังการมีพฤติกรรมร่วมกันหรือมีพฤติกรรมเหมือนกันนั้นยังไม่อาจถือว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ เนื่องจากในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น ผู้ประกอบการในตลาดดังกล่าวมักจะมีพฤติกรรมเกี่ยวกับราคาสินค้าหรือบริการที่เหมือนกัน ดังที่ได้อธิบายแล้วว่าโดยลักษณะของตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น เมื่อในตลาดมีจำนวนผู้ประกอบการอยู่ไม่กี่ราย การกระทำของผู้ประกอบการรายหนึ่งจึงส่งผลต่อกำไร

ของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ เช่น หากในเมืองหนึ่งมีปั้มน้ำมันทั้งหมด 3 แห่ง หากแห่งหนึ่งลดราคา ย่อมมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นและกำไรอาจเพิ่มขึ้นด้วย ในขณะที่ส่วนแบ่งตลาดและกำไรของผู้ประกอบการรายอื่นอีก 2 แห่งย่อมลดลง ในสถานการณ์นี้ผู้ประกอบการรายอื่นย่อมจะลดราคา เช่นกัน มิฉะนั้นผู้ประกอบการรายอื่นๆ จะถูกขับออกไปจากตลาด

จึงเห็นได้ว่าในตลาดที่มีโครงสร้างเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น การมีพฤติกรรมเหมือนกันหรือตามกันนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้โดยผลของตลาด มิได้เกิดขึ้นจากเจตนา ร่วมกันหรือจากการตกลงกันของผู้ประกอบการแต่ละรายเสมอไป ดังนั้น การจะลงโทษผู้ประกอบการหลายรายเพียงเพราะว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีพฤติกรรมเหมือนกัน ย่อมเป็นการไม่เหมาะสม

หลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาเป็นประการถัดไปภายหลังจากที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีพฤติกรรมเหมือนกันแล้วจึงได้แก่ พฤติกรรมร่วมกันหรือเหมือนกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้น จะต้องเป็นพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วย ซึ่งพฤติกรรมใดจะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ย่อมเป็นไปตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ ซึ่งได้กำหนดลักษณะของพฤติกรรมที่ถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเอาไว้ในกฎหมายของตน

4.2.2 ลักษณะของพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ

ลักษณะของพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบดังที่ได้ศึกษามานี้ พบว่าสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทได้ เช่นเดียวกับกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบการรายหนึ่ง ได้แก่

4.2.2.1 การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง

การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuse) เช่น การกำหนดราคาสินค้าที่สูงเกินไป หรือลดราคาซื้อให้ต่ำเกินไป เหล่านี้เป็นพฤติกรรมที่ถูกคำนึงถึงเป็นอย่างมากในการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน เนื่องจากดังที่ได้ศึกษามาแล้วว่า ในตลาดที่มีโครงสร้างตลาดแบบผู้ขายน้อยรายนั้น ผู้ประกอบการแต่ละรายมีความขึ้นอยู่กับกันและกัน และต้องเผชิญกับสิ่งจูงใจให้เกิดการรวมตัวกันเป็นอย่างมาก เนื่องจากการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย เพื่อร่วมกันจำกัดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการของตนและเพิ่มราคาของสินค้าหรือบริการนั้นให้สูงขึ้น จะทำให้ผู้ประกอบการได้ประโยชน์ด้วยกันทุกฝ่าย และไม่ต้องแข่งขันกันทั้งในด้านราคาและในด้านการสร้างความแตกต่างของสินค้าอีกต่อไป

เมื่อผู้ประกอบการหลายรายในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น ทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประโยชน์ที่จะได้รับเป็นอย่างดี จึงมีโอกาสที่ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะมีพฤติกรรมร่วมกันในลักษณะดังกล่าว ไม่ว่าจะโดยการตั้งหน่วยงานกลางขึ้นมาระหว่างผู้ประกอบการหลายรายดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปหลายคดี เช่น การจัดตั้งสมาคมสายการบินเรือ (CEWAL) ในคดี *Compagnie Maritime Belge* หรือการจัดตั้งสมาคมผู้ให้บริการกระแสไฟฟ้าแห่งเนเธอร์แลนด์ ในคดี *Almelo* หรือแม้กระทั่งการจัดตั้งบริษัท BC Card ในคำพิพากษาคดี *BC Card* ของศาลฎีกาประเทศเกาหลีใต้ เพื่อที่จะเป็นหน่วยงานกลางในการตัดสินใจกำหนดปริมาณและราคาของสินค้าหรือบริการ ซึ่งในบางกรณีก็อาจเป็นการฝ่าฝืนทั้งบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันและบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบการแต่ละรายล้วนทราบดีว่าการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าหรือบริการนั้นเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ดังนั้น ด้วยโครงสร้างตลาดแบบตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น ผู้ประกอบการหลายรายอาจร่วมมือกันในลักษณะของการเป็นผู้นำด้านราคา (price leadership) โดยที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งจะเป็นผู้ตั้งราคา และผู้ประกอบการรายอื่นก็จะมีพฤติกรรมปรับราคาของตนให้เห็นไปตามผู้ประกอบการรายแรกนั้น¹⁰ ซึ่งการใช้วิธีการดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ประกอบการหลุดพ้นความรับผิดจากบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดความรับผิด บทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันจึงสามารถปรับใช้แก่พฤติกรรมในลักษณะนี้ได้ หากการมีพฤติกรรมกำหนดราคาตามกันนั้น มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ เช่น ราคาที่กำหนดตามกันนั้นเป็นราคาจำหน่ายที่สูงเกินสมควร เป็นต้น

4.2.2.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันเพื่อจัดการแข่งขัน

การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันเพื่อจัดการแข่งขัน (exclusionary abuses) นี้ ก็สามารถเกิดขึ้นได้จากพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายเช่นเดียวกัน ดังที่ปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาคดีต่างๆ ที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคาค่าบริการตัดราคาค่าบริการของผู้ให้บริการรายอื่นๆ ในคดี *Compagnie Maritime Belge* หรือการกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิเฉพาะในการรับบริการในคดี *Almelo* และในคดี *Giga Shipping and Nexus Mega Carrier* ที่เกิดขึ้นในประเทศมาเลเซีย

ทำให้เห็นว่าผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย อาจมีพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันเพื่อจัดการแข่งขันได้เช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะโดยพฤติกรรมในด้านราคาหรือ

¹⁰ วรณี จิเจริญ, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 3, หน้า 447.

พฤติกรรมทางธุรกิจอย่างอื่น อันส่งผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นต้องออกไปจากตลาด หรือไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ เนื่องจากการทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ออกไปจากตลาดหรือไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ จะทำให้ผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้น สามารถทำกำไรได้จากการผูกขาดในระยะยาว

จึงสรุปได้ว่าพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบนั้นอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง และในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันเพื่อจัดการแข่งขัน ในการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน จึงควรกำกับดูแลพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบทั้ง 2 ลักษณะ

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่าตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับพฤติกรรมต้องห้ามตามบทที่ 2 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมของประเทศมาเลเซียนั้น เป็นเพียงประเทศเดียวที่ให้ความสำคัญกับพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบเพื่อจัดการแข่งขัน โดยที่ได้มีการกำหนดเอาไว้ในแนวปฏิบัติเป็นการเฉพาะว่า การใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการหลายราย จะต้องเป็นพฤติกรรมที่สามารถส่งผลเป็นการกำจัดคู่แข่งซึ่งแม้จะมีศักยภาพเท่าๆ กันกับตนให้ออกไปจากตลาดได้ โดยมีได้กล่าวถึงกรณีที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันเพื่อแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองแต่อย่างใด

แต่ดังที่ได้ศึกษามาแล้วว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นอาจมีพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบได้ทั้งใน 2 ลักษณะ การจะกำกับดูแลพฤติกรรมดังกล่าวให้เป็นไปอย่างเหมาะสม จึงจำเป็นที่จะต้องกำกับดูแลพฤติกรรมทั้ง 2 ลักษณะของผู้ประกอบการ โดยไม่ควรจำกัดเฉพาะว่าผู้ประกอบการหลายรายจะต้องมีพฤติกรรมในลักษณะใดลักษณะหนึ่งเท่านั้น

ทั้งนี้ เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่างๆ รวมถึงบทบัญญัติมาตรา 50 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่าในส่วน of พฤติกรรมที่บทบัญญัติมาตราดังกล่าวกำกับดูแลอยู่นั้น มีลักษณะเป็นการกำกับดูแลพฤติกรรมทั้ง 2 ลักษณะแล้ว ดังนั้น หากผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในประเทศต่างๆ เหล่านี้ หรือหากประเทศไทยสามารถนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันเช่นนี้มาใช้ได้ ผู้ประกอบการเหล่านั้นก็จะต้องถูกกำกับดูแลพฤติกรรมให้มีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบทั้งใน 2 ลักษณะ

หากประเทศไทยสามารถนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการมาใช้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ คณะกรรมการ

การแข่งขันทางการค้าก็จะสามารถนำบทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมากำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายได้เป็นอย่างดี ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป เช่น การกำหนดร่วมกันราคาค่าบริการ ให้ต่ำกว่าราคาของคู่แข่งในรอบการให้บริการของตน ที่ใกล้เคียงกับรอบการให้บริการของคู่แข่ง จนทำให้คู่แข่งนั้นไม่สามารถประกอบธุรกิจในตลาดต่อไปได้ ก็ถือเป็นการกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม ตามบทบัญญัติมาตรา 50 (1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวแก่พฤติกรรมเช่นนี้ได้ เช่นเดียวกันกับที่ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป

หรือแม้แต่พฤติกรรมการร่วมกันกำหนดข้อสัญญาจำกัดสิทธิเฉพาะในคดี *Almelo* และในคดี *Giga Shipping and Nexus Mega Carrier* ที่เกิดขึ้นในประเทศมาเลเซีย อันทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ถูกขับออกไปจากตลาด หรือไม่สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ประกอบการในตลาดได้ ก็ถือเป็นการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้าหรือการได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบการอื่น ตามบทบัญญัติมาตรา 50 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวแก่พฤติกรรมนี้ได้เช่นเดียวกัน

จึงกล่าวได้ว่า ในบทบัญญัติส่วนที่เป็นพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ได้มีการบัญญัติไว้โดยครอบคลุมถึงพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการหลายรายได้อย่างครบถ้วน โดยไม่จำกัดเฉพาะพฤติกรรมในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดและการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้ อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายราย ที่มีสถานะทั้งทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยก ต่างหากจากกัน กล่าวคือ ผู้ประกอบการหลายรายที่มีอิสระต่อกัน มิได้มีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่ เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ก่อนข้างมี ความแตกต่างจากการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันและการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้ อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย ซึ่งประเทศไทยได้นำบทบัญญัติในส่วนดังกล่าวจากกฎหมายการแข่งขันทาง การค้าของประเทศเกาหลีใต้มาเป็นต้นแบบ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดจะมี สถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของกรณีสถานะอำนาจ เหนือตลาดระหว่างผู้ประกอบการหลายรายประเทศไทยนั้น จึงมีลักษณะคล้ายกับหลักเกณฑ์การ พิจารณาสถานะดังกล่าวของประเทศเกาหลีใต้เป็นอย่างมาก

โดยที่การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายในปัจจุบัน ของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์นั้น ได้นำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะดังกล่าว ตามคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปคดี *Airtours* มาเป็นบรรทัดฐาน ซึ่งคำ พิพากษาดังกล่าวได้แบ่งแยกหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยแบ่งออกได้ เป็น 2 ข้อ ได้แก่

1. ผู้ประกอบการหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งมีสถานะของ การร่วมกันหรือมีการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกัน โดยที่คณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปและ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จะพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมี สถานะของการร่วมกันจากความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่งอาจเป็นความตกลงใดๆ ระหว่าง ผู้ประกอบการหลายรายที่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดราคาหรือกำหนดพฤติกรรมร่วมกันก็ได้ หากแต่ในท้ายที่สุดความตกลงนั้นอาจนำไปให้ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมที่เหมือนกันได้

นอกจากการพิจารณาจากความตกลงใดๆ ระหว่างผู้ประกอบการแล้ว คณะกรรมการสิทธิการ สหภาพยุโรปและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ยังอาจพิจารณาว่า

ผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะดังกล่าวจากความสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรือจากโครงสร้างของตลาดสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการหลายรายนั้นประกอบธุรกิจอยู่ก็ได้ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีความตกลงใดๆ ต่อกันหรือไม่

ลักษณะของโครงสร้างตลาดที่จะทำให้ผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกันนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขที่ถูกกำหนดขึ้นโดยแนวคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและตามแนวปฏิบัติว่าด้วยการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 47 แห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ กล่าวคือ จะต้องนำปัจจัย 3 ประการมาพิจารณาประกอบ เพื่อให้ได้ความว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีความมั่นคง อันได้แก่ ประการแรก ตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวนั้นจะต้องมีความโปร่งใส ซึ่งความโปร่งใสในตลาดจะนำไปสู่การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาด โดยที่ผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องมีการตกลงใดๆ ต่อกัน ประการถัดมา เมื่อผู้ประกอบการหลายรายมีการร่วมมือกันแล้ว จะต้องปรากฏว่าความร่วมมือดังกล่าวนี้มีความเสถียรภาพหรือความมั่นคง โดยจะคำนึงถึงความสามารถในการตอบโต้พฤติกรรมของคู่แข่ง ขนาดของผู้ประกอบการแต่ละรายที่ร่วมมือกัน รวมถึงแรงจูงใจที่ทำให้ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมร่วมกันนั้นด้วย และประการสุดท้าย จะพิจารณาจากความสามารถในการตอบโต้พฤติกรรมร่วมกันดังกล่าวจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ ซึ่งเป็นคู่แข่ง คู่ค้า หรือผู้บริโภค โดยพิจารณาจากความสามารถของผู้ประกอบการรายอื่นๆ รวมถึงอำนาจซื้อของผู้บริโภค

2. สถานะของการร่วมกันนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแนวปฏิบัติ หรือตามแนวคำพิพากษาของศาล

หากผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีลักษณะตรงตามหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการแล้ว ย่อมถือได้ว่าผู้ประกอบการเหล่านั้น มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ซึ่งยังไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จนกว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นจะได้ร่วมกันมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันเช่นว่านั้นโดยมิชอบ ซึ่งพฤติกรรมใดจะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบย่อมเป็นไปตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์

ในส่วนของการพิจารณาสถานะของการร่วมกันของผู้ประกอบการในประเทศมาเลเซียนั้น แม้จะมีได้ระบุหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีการกำหนดแนวทางในการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ไว้ในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับพฤติกรรมต้องห้ามตามบทที่ 2 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม โดยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศมาเลเซียพิจารณาเป็นรายกรณีไป ว่ากรณีใดจะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน และมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือ

ตลาดร่วมกันโดยมิชอบ โดยเพียงแต่กำหนดแนวการพิจารณาไว้อย่างกว้างๆ ว่าการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ อาจได้แก่การที่ผู้ประกอบการหลายรายซึ่งมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญ มีพฤติกรรมเหมือนกัน ซึ่งสามารถส่งผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่แม้จะมีประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจเท่ากันให้ออกไปจากตลาดได้

ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์ เจื่อนใจ และแนวการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวนี้ กล่าวได้ว่าเป็นความพยายามที่จะแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย เนื่องจากลักษณะของโครงสร้างตลาดในรูปแบบดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบการในตลาดข้างต้นนี้อาจมีพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการร่วมมือกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง อันส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาด ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพและเกิดความสูญเสียของสังคม โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่อาจนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีอยู่เดิมมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ เนื่องจากการนำบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักที่ใช้บังคับแก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายมาปรับใช้ในกรณีนี้ มีเจื่อนใจสำคัญประการหนึ่ง คือ การที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้ประกอบการหลายรายได้มีการตกลงต่อกันอันเป็นการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขัน หรืออย่างน้อยจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายนั้นเกิดจากการตกลงกันโดยแน่แท้ ด้วยเจื่อนใจดังกล่าวจึงทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่อาจนำบทบัญญัติดังกล่าว มาปรับใช้แก่พฤติกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการหลายรายในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายได้ เนื่องจากไม่มีการตกลงเช่นว่านั้นเกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการ หรือแม้จะมีการตกลงเช่นว่านั้นจริง แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าการพิสูจน์ให้เห็นถึงความตกลงดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ

ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์ เจื่อนใจ และแนวการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน จึงทำให้สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความตกลงระหว่างผู้ประกอบการอีกต่อไป แต่พิสูจน์ถึงพยานหลักฐานแวดล้อมอื่นๆ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ อย่างไรก็ตาม ลำพังการมีพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการนั้น ย่อมไม่อาจเป็นความผิดตามบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบได้ เนื่องจากพฤติกรรมที่จะเป็นความผิดต่อบทบัญญัติดังกล่าวนี้ จะต้องมิลักษณะเป็นพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอีกด้วย ซึ่งด้วยเจื่อนใจประการนี้เองทำให้การกำกับดูแลพฤติกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสม เนื่องจากด้วยลักษณะของตลาดที่มีโครงสร้างเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย ทำให้ผู้ประกอบการในตลาดอาจมีพฤติกรรมที่เหมือนกันได้โดยธรรมชาติ โดยที่แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ก็

ได้แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า หากผู้ประกอบการรายใดในตลาดดังกล่าวมีพฤติกรรมแตกต่างไปจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ อาจส่งผลให้ผู้ประกอบการรายนั้นไม่อาจประกอบธุรกิจในตลาดนั้นต่อไปได้ และอาจต้องถูกขับออกจากตลาดไปในที่สุด ดังนั้น การมีพฤติกรรมร่วมกันหรือเหมือนกันในตลาดดังกล่าวจึงอาจเกิดขึ้นได้โดยปกติ แต่หากพฤติกรรมร่วมกันเช่นนั้น มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบในการแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง หรือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบเพื่อจัดการแข่งขันก็ตาม เช่นนี้ย่อมเป็นการถูกต้องและเหมาะสมที่จะนำบทบัญญัติข้างต้นเข้ามากำกับดูแลพฤติกรรมเช่นนั้นของผู้ประกอบการ

จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย มีความชัดเจนอย่างยิ่งที่จะสามารถปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ แก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่มีพฤติกรรมร่วมกันได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งต่างบัญญัติไว้ทั้งกรณีของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบการรายเดียวและของผู้ประกอบการหลายราย พร้อมทั้งยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไข และแนวการพิจารณาเพื่อรองรับบทบัญญัติดังกล่าวไว้ตามแนวคำพิพากษาของศาลหรือแนวปฏิบัติของแต่ละประเทศอย่างเหมาะสม

ขณะที่การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งมีลักษณะของหลักเกณฑ์การพิจารณาที่คล้ายคลึงกันนั้น ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายไว้ โดยให้นำเงื่อนไขบางประการระหว่างผู้ประกอบการหลายรายมารวมกัน อันได้แก่ การนำส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการ 2 - 3 รายแรกในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาสูงที่สุดหากรวมกันแล้วมีอัตราส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 75% ขึ้นไป ประกอบกับการพิจารณาถึงปัจจัยอื่นๆ ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 4 แห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย

ดังนั้น โดยหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของประเทศเกาหลีใต้และประเทศไทยตามบทบัญญัติและประกาศฉบับดังกล่าว ส่งผลให้ผู้ประกอบการแต่ละรายที่มีลักษณะเงื่อนไขเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบการรายหนึ่ง ย่อมเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทาง

การค้าโดยทันที โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบการได้มีพฤติกรรมร่วมกันกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ หรือไม่

การปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในประเทศเกาหลีใต้และประเทศไทย จึงมีลักษณะที่มุ่งเน้นไปยังการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการแต่ละรายเป็นการเฉพาะ เนื่องจากในการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าว จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายๆ ไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดว่าผู้ประกอบการรายใดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ หากผู้ประกอบการรายใดมีสถานะดังกล่าวแล้วจึงจะถูกพิจารณาว่าได้มีพฤติกรรมอันเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือไม่ มิใช่เป็นการนำผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมร่วมกันมาพิจารณาว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน และพฤติกรรมร่วมกันนั้นเป็นการใช้อำนาจเช่นว่านั้นโดยมิชอบหรือไม่

เพราะฉะนั้น เมื่อมิได้ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์หรือแนวการพิจารณาการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการหลายรายไว้ ณ แห่งใดในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ของทั้งประเทศเกาหลีใต้และประเทศไทย บทบัญญัติที่ได้นิยามความหมายหรือลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ และตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งได้นิยามไว้ในทำนองเดียวกันว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น หมายความว่าถึงผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายราย จึงหมายความว่าถึงเฉพาะการพิจารณาว่าผู้ประกอบการนั้น มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ อาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี ได้แก่ ในกรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น มิได้หมายความว่าครอบคลุมไปถึงการกำกับดูแลมิให้ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วย

การปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวในลักษณะเช่นว่านี้ ในแง่มุมหนึ่งอาจทำให้เห็นว่าทำให้สามารถปรับใช้ได้กว้าง กล่าวคือ ผู้ประกอบการหลายรายนั้นไม่จำเป็นต้องมีพฤติกรรมร่วมกัน แม้ผู้ประกอบการเพียงรายใดรายหนึ่งที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด มีพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบก็ถือเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายในทันที ทำให้มีความเคร่งครัดในการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย ซึ่งผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดดังกล่าวอาจมีอิทธิพลอย่างมากต่อราคาสินค้าหรือบริการในตลาด แม้มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 50% ก็ตาม และโดยพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบการแม้เพียงรายหนึ่งจาก 3 รายที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุด ก็อาจส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดได้ พฤติกรรมดังกล่าวของ

ผู้ประกอบการรายหนึ่งในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย จึงต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบทบัญญัตินี้เช่นกัน

ทั้งนี้ ในอีกแง่มุมหนึ่งก็อาจพบว่าการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะข้างต้นนั้น ส่งผลให้เป็นการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายอย่างเคร่งครัดเกินสมควร เนื่องจากโดยผลของหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้และประเทศไทย ทำให้ผู้ประกอบการที่แม้มีขนาดเล็กมากในตลาดและไม่มีอำนาจตลาดในความเป็นจริง ก็อาจมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายและต้องถูกควบคุมพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจได้ และผู้ประกอบการที่มีขนาดเล็กนั้นอาจถูกจำกัดพฤติกรรมในการแข่งขันกับผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาด จนอาจไม่สามารถประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพ และต้องออกจากตลาดไปในที่สุด

การนำหลักเกณฑ์ เจือปนไข และแนวการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันที่ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวปฏิบัติในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย มากำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยรายจึงมีความเหมาะสมมากกว่าบทบัญญัติในปัจจุบันของประเทศเกาหลีใต้และประเทศไทยด้วยเหตุผลข้างต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าในการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายในลักษณะเดียวกันกับกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียมาปรับใช้ในประเทศไทยนั้น ยังคงมีอุปสรรคในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยโทษของการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบซึ่งมีลักษณะเป็นโทษทางอาญา ส่งผลให้แม้จะมีการนำแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาบัญญัติไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ แต่ก็ไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ซึ่งจะเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าลงจากเดิมได้ เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ความผิดของผู้ประกอบการ จะต้องสอดคล้องกับลักษณะของบทบัญญัติซึ่งมีโทษทางอาญา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการมีพฤติกรรมร่วมกันให้ปรากฏชัดเจนในระดับที่ปราศจากข้อสงสัยอยู่เช่นเดิม กล่าวอีกนัยหนึ่ง การนำแนวคิดดังกล่าวเข้ามาบัญญัติไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในปัจจุบัน ก็ได้ช่วยให้การกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายราย โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย จะเป็นไปได้เหมาะสมมากขึ้นแต่อย่างไร ซึ่งนับเป็นอุปสรรคสำคัญของการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาปรับใช้ในประเทศไทย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาซึ่งแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในปัจจุบันนั้น ไม่เหมาะสมแก่การกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายราย โดยเฉพาะในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย อีกทั้งยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการหลายราย จึงทำให้การกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายต้องเป็นไปโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ซึ่งบทบัญญัตินี้มีเงื่อนไขที่ทำให้สามารถบังคับใช้ได้ยากในทางปฏิบัติ

แต่ทั้งนี้ การนำหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และแนวทางการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดที่ปรากฏตามบทบัญญัติและคำพิพากษาของศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป รวมถึงแนวปฏิบัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซียมาปรับใช้นั้น ก็ยังจะกระทำมิได้เนื่องจากลักษณะบทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญา จึงไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของกลุ่มประเทศดังกล่าวซึ่งเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าลงมา โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงระดับปราศจากข้อสงสัย ดังนั้น เพื่อให้บทบัญญัตินี้สามารถบังคับใช้ได้เหมาะสม มีประสิทธิภาพ และมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในปัจจุบัน ไม่ครอบคลุมถึงการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ดังนั้น เพื่อให้มีความชัดเจนว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวสามารถปรับใช้แก่กรณีดังกล่าวได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวออกเป็น 2 แนวทาง

(1) แนวทางแรก คือ การแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติมาตราดังกล่าวให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นจากถ้อยคำเดิมที่บัญญัติว่า

“มาตรา 50 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้...”

โดยเพิ่มเติมถ้อยคำในบทบัญญัตินี้ดังต่อไปนี้

“มาตรา 50 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดรายหนึ่งหรือหลายรายร่วมกันกระทำการในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้”

การแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำดังกล่าวนั้น จะส่งผลทำให้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าสามารถปรับใช้แก่พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายได้

(2) แนวทางที่สอง คือ การใช้การตีความบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 ประกอบมาตรา 5 โดยที่บทบัญญัติมาตรา 5 ซึ่งได้ให้นิยามของคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ไว้นั้น ได้มีการนิยามศัพท์ไว้ถึงทั้งกรณีผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดใดตลาดหนึ่งมีสถานะดังกล่าวแล้ว เช่นนี้ จึงอาจใช้การตีความถ้อยคำดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้

แต่ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าว แก่กรณีของผู้ประกอบการหลายรายซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน จึงควรปรับปรุงการกำหนดหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ในกรณีของการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยให้พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป ที่มีพฤติกรรมร่วมกัน และนำปัจจัยสภาพการแข่งขันมาประกอบการพิจารณา

ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 50 หรือใช้การตีความถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 50 ประกอบมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบกับการแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ล้วนส่งผลทำให้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ว่าสามารถปรับใช้แก่พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายได้ และทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถนำบทบัญญัติมาตรา 50 นี้บังคับแก่พฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายได้ โดยไม่ถูกจำกัดว่าจะต้องปรับใช้เฉพาะบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน แก่พฤติกรรมที่มีลักษณะดังกล่าวของผู้ประกอบการหลายรายอีกต่อไป

2. เมื่อได้มีการแก้ไขหรือมีการใช้การตีความถ้อยคำในบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ให้สามารถบังคับใช้แก่พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายได้แล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และแนวทางการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดไว้ในอนุบัญญัติว่าด้วย แนว

ทางการพิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด เพื่อให้การบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา 50 แก่ผู้ประกอบการหลายรายมีความชัดเจน โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติมาตรา 50 ให้หมายความรวมถึงผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่มีพฤติกรรมร่วมกันฝ่าฝืนบทบัญญัติตามมาตรา 50 (1) - (4) ด้วย ซึ่งสถานะของการเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันอาจเกิดขึ้น เมื่อผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่ได้มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ ปรากฏตัวหรือมีพฤติกรรมร่วมกันในฐานะตัวตนร่วมกันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ทั้งนี้ โดยให้นำความสามารถในการร่วมกันกำหนดนโยบายการดำเนินธุรกิจในตลาด และความสามารถในการมีพฤติกรรมเป็นอิสระจากคู่แข่ง คู่ค้าและผู้บริโภคได้อย่างมีนัยสำคัญมาพิจารณาประกอบ

เงื่อนไขประการแรกนี้ จะทำให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าบทบัญญัติมาตรา 50 นั้นสามารถบังคับใช้ได้แก่การมีพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายที่ได้มีความสัมพันธ์กันในทางกฎหมาย โดยมิได้จำกัดเฉพาะว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการแต่เพียงเท่านั้น และยังได้กำหนดให้นำพฤติการณ์ในตลาดระหว่างผู้ประกอบการมาพิจารณาประกอบ เพื่อประเมินว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่

(2) องค์ประกอบการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับ การใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันอย่างไม่เป็นธรรม

ก. เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปมีฐานะเป็นตัวตนร่วมกันต่อคู่แข่ง คู่ค้าและผู้บริโภคในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง

ข. ตัวตนร่วมกันของผู้ประกอบการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ค. ตัวตนร่วมกันนั้นมีการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติตามมาตรา 50 (1) - (4)

เงื่อนไขประการถัดมานี้ เป็นการกำหนดองค์ประกอบในการกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันโดยมิชอบของผู้ประกอบการหลายราย ซึ่งมีสถานะเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันให้มีความชัดเจน ทำให้เกิดความรัดกุมในการบังคับใช้กฎหมาย โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิจารณาให้ปรากฏตามองค์ประกอบต่างๆ อย่างครบถ้วน จึงจะถือได้ว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้มีการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ซึ่งองค์ประกอบในข้อ ข. และ ค. นั้น จะเป็นองค์ประกอบที่ใช้พิจารณาร่วมกันกับกรณีของการมีสถานะเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจ

เหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว ส่วนองค์ประกอบในข้อ ก. นั้น จำเป็นที่จะต้องกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาฐานะตัวตนร่วมกันของผู้ประกอบการหลายรายไว้อีกชั้นหนึ่ง

(3) ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปมีฐานะตัวตนร่วมกัน ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ประกอบกับปัจจัยใดๆ ที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรักษาความสัมพันธ์นั้นไว้ได้อย่างมั่นคง อันได้แก่

ก. พิจารณาจากความตกลงหรือแนวทางการปฏิบัติตามความตกลงใดๆ ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป ซึ่งนำไปสู่การปรากฏตัวร่วมกันหรือมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง อาจถือเป็นความสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปนั้นมีฐานะตัวตนร่วมกัน เช่น การที่ผู้ประกอบการธุรกิจเข้าทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือระหว่างกัน ซึ่งนำไปสู่การมีนโยบายร่วมกันในตลาดสินค้าหรือบริการ หรือ

ข. พิจารณาจากปัจจัยเชื่อมโยงใดๆ เช่น ความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือโครงสร้างทางธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป ซึ่งการถือหุ้นในผู้ประกอบการธุรกิจอีกรายหนึ่ง อาจนำไปสู่การมีพฤติกรรมเช่นเดียวกันในตลาดได้ หรือ

ค. พิจารณาจากลักษณะของโครงสร้างของตลาดซึ่งนำไปสู่การมีฐานะตัวตนร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป

ทั้งนี้ โดยนำปัจจัยที่จะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจมีความมั่นคงมาประกอบการพิจารณา ได้แก่

ก. ความโปร่งใสในตลาดสินค้าหรือบริการ อันอาจเกิดจากพฤติกรรมการเปิดเผยข้อมูลการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการในตลาด ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบการอื่นๆ ได้ และ

ข. ความมั่นคงถาวรของพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ โดยพิจารณาจากความสามารถในการตอบโต้พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่หยุดการมีพฤติกรรมร่วมกัน อันอาจพิจารณาได้จากขนาดของผู้ประกอบการแต่ละรายที่มีพฤติกรรมร่วมกัน หรือผลที่คาดว่าจะได้รับการมีพฤติกรรมร่วมกัน และผลกระทบต่อผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมร่วมกัน และ

ค. ความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการรายอื่นที่ได้มีพฤติกรรมร่วมกัน อำนาจซื้อ และจำนวนของผู้บริโภคในตลาด

เงื่อนไขประการสุดท้ายนี้ เป็นการกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะมีฐานะตัวตนร่วมกันเมื่อใด โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจอาศัยการพิจารณา

จากเพียงข้อใดข้อหนึ่งระหว่าง การมีความตกลงใดๆ ระหว่างผู้ประกอบการ หรือโครงสร้างธุรกิจและ ผู้ถือหุ้นของผู้ประกอบการ หรืออาจพิจารณาจากลักษณะโครงสร้างของตลาดโดยเฉพาะในตลาด ผู้ขายน้อยรายที่ส่งเสริมให้ผู้ประกอบการสามารถร่วมมือกันได้ ทั้งนี้ จะต้องนำมาพิจารณา ประกอบกับปัจจัยต่างๆ ที่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการหลายรายนั้นมีความมั่นคง ซึ่ง เงื่อนไขประการสุดท้ายนี้ เป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถ ปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของ ผู้ประกอบการหลายรายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เนื่องจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงแต่เฉพาะความตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่าง ผู้ประกอบการแต่เพียงเท่านั้น

3. การนำหลักเกณฑ์ต่างๆ ทั้งหมดที่กล่าวถึงข้างต้นมาปรับใช้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะเสียเปล่า หากบทบัญญัติมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ายังคงเป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญา อันทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีภาระ การพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมร่วมกัน ให้ได้ในระดับปราศจากข้อสงสัย ซึ่งขัดแย้ง กับการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้

ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าควรนำแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือ ตลาดร่วมกันของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียมาปรับใช้ใน ประเทศไทย เพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้หน่วยงานของรัฐ ทำการทบทวนเกี่ยวกับการกำหนดโทษ ของการมีพฤติกรรมฝ่าฝืนมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งปัจจุบันกำหนดโทษทางอาญาไว้ตามมาตรา 72 โดยมีระวางโทษ จำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด หรือทั้งจำทั้งปรับ อัน เป็นอุปสรรคแก่การนำแนวคิดดังกล่าวข้างต้นมาปรับใช้ในประเทศไทย เพื่อจะทำให้การนำหลักเกณฑ์ ดังกล่าวมาปรับใช้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

จากการศึกษาทำให้ผู้เขียนพบว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้นมีทั้งส่วน ที่มีความคล้ายคลึงกันและมีทั้งส่วนที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้นการกำหนดโทษแก่ผู้ประกอบการที่มี พฤติกรรมฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เหมาะสมนั้น แท้จริงแล้วควรจะเป็นอย่างไร หรือ พฤติกรรมฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างใดควรได้รับการลงโทษในรูปแบบใด จึงนับเป็น ประเด็นที่น่าศึกษาต่อไปในอนาคตเป็นอย่างมาก

รายการอ้างอิง

- Abir, D. Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis. International Tax and Business Lawyer 13, 2 (1996): 143 - 175.
- Cecil Saehoon Chung, and Kyoung Yeon Kim. South Korea. In Edited by Groshinski, K. and Davies, C., Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide. Hague: Kluwer Law International, 2015.
- Cecil Saehoon Chung, Sung Bom Park, and In Seon Choi. Dominance: Korea [Online]. 2017. Available from: <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/35/dominance-korea/> [1 August 2017.]
- Chalmers, D., Davies, G., and Monti, G. European Union Law: Text and Materials. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Competition Commission Singapore. "CCS Guidelines on Market Definition." June 2007.
- . "CCS Guidelines on the Section 34 Prohibition 2016." December 2016.
- . "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition." June 2007.
- . "CCS Guidelines on the Section 47 Prohibition 2016." December 2016.
- Depoortere, F., and Motta, G. The Doctrine of Collective Dominance: All Together Forever? [Online]. October 2009. Available from: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-doctrine-of-collective-dominance-all-together-forever/> [18 July 2017.]
- Dibadj, R. Conscious Parallelism Revisited. San Diego Law Review 47 (2010): 589 - 640.
- European Commission. Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases) [Online]. 2013. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html [18 September 2017.]
- . "DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses." Brussels, December 2005.
- Ezrachi, A. EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases. 5th ed. Oregon: Hart Publishing, 2016.

- Filippelli, M. Collective Dominance and Collusion. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.
- Furse, M. Antitrust Law in China, Korea and Vietnam. New York: Oxford University Press, 2009.
- Garner, B. A. Black's Law Dictionary. 8th ed. Minnesota: West Publishing, 2004.
- Gene Oh Kim, Young Joon Kim, and Hajiyerou, M. Antimonopoly & Unilateral Conduct: Korea [Online]. 2016. Available from: <http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/jurisdictions/35/korea/> [30 July 2017.]
- Geradin, D., Hofer, P., Louis, F., Petit, N., and Walker, M. The Concept of Dominance in EC Competition Law [Online]. Aug 2005. Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144 [19 June 2017.]
- Goldman, L. Oligopoly Policy and the *Ethyl Corp.* Case. Oregon Law Review 65 (1986): 73 - 122.
- Gormsen, L. L. Collective dominance: An overview of national case law [Online]. 2015. Available from: http://www.biicl.org/documents/554_collective_dominance.pdf?showdocument=1 [19 June 2017.]
- Goyder, D. G. EC Competition Law. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Graf, T., and Waksman, A. European Union [Online]. 2016. Available from: <http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct> [20 October 2016.]
- Hawk, B. E., and Motta, G. A. Oligopolies and Collective Dominance: A Solution in Search of a Problem. In Edited by Raffaelli, E. A., Antitrust Between EC Law and National Law : VI Conference. Bruxelles: Bruylant, 2009.
- Hovenkamp, H. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. 2nd ed. United States: West Publishing, 2001.
- Hwang Chi Ou. The Critical Analysis on the Korean Supreme Court 2003 du 6232 Csa with regard to Collective Market Dominant Position. Korean Bar Journal 382 (2008): 180 - 196.

- Hwang Chou Oh. The Critical Analysis on the Recent Supreme Court of Korea's Case with regard to the Collective Dominant Position by Compared with the Positions of the U.S. and E.U. [Online]. 2012. Available from: <http://m.blog.daum.net/syberlawyer/11159032?categoryId=782865> [14 August 2017.]
- Hyun Ah Kim, and Genny S Kim. Korea. In Edited by Janssens, T. and Wessely, T., Dominance 2012. London: Law Business Research, 2011.
- Jones, A., and Sufrin, B. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- Kokkoris, I. Competition Cases from the European Union. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Korea Fair Trade Commission. "Guidelines for Concerted Practice Review." 20 August 2012.
- . "Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position." 13 August 2013.
- Kwangshik, S. The Treatment of Market Power in Korea. Review of Industrial Organization 21 (2002): 113 - 128.
- Landes, W. M., and Posner, R. A. Market Power in Antitrust Cases. Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics 27, 2 (1997): 493 - 554.
- Lim Chong Kin, and Chew, C. Singapore [Online]. 2017. Available from: <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/58/dominance-singapore/> [24 August 2017.]
- Lim Koon Huan, and Jason Teoh Choon Hui. Malaysia. In Edited by Groshinski, K. and Davies, C., Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide. Hague: Kluwer Law International, 2015.
- Lorenz, M. An Introduction to EU Competition Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Malaysia Competition Commission. "Guidelines on Chapter 2 Prohibition: Abuse of Dominant Position." July 2012.
- Massey, P. Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues. The Economic and Social Review 31, 4 (October 2000): 309 - 328.

- McEwin, I., and Sakda Thanitcul. Thailand. In Edited by Groshinski, K. and Davies, C., Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide. Hague: Kluwer Law International, 2015.
- Monti, G. The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC. Common Market Law Review 38, 1 (2001): 131 - 157.
- Morgan, B. Why Transparency In Marketing Is Key For the Customer Experience [Online]. 2015. Available from: <https://www.forbes.com/sites/blakemorgan/2015/09/08/why-transparency-in-marketing-is-key-for-the-customer-experience/#2c41fc061b9f> [11 September 2017.]
- O'Donoghue, R., and Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC. Portland: Hart Publishing, 2006.
- Odudu, O., and Bailey, D. The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law. Common Market Law Review 51 (2014): 1721 - 1758.
- Office for Competition and Consumer's Protection. Abuse of a dominant position in the light of legal provision and case law of the European Communities. Warsaw: Office for Competition and Consumer's Protection, 2003.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. Regulatory Reform in Korea. Paris: OECD Publications, 2000.
- Peritz, R. J. R. Unfair Methods of Competition under FTC § 5: Beyond the Sherman Act and an ex post Model of Enforcement. The Antitrust Bulletin 56 (2011): 823 - 882.
- Posner, R. A. The Chicago School of Antitrust Analysis. University of Pennsylvania Law Review 127 (1979): 925 - 948.
- Reeves, B. A. Toward a Coherent Antitrust Policy: The Role of Section 5 of the Federal Trade Commission Act in Price Discrimination Regulation. Boston College Industrial and Commercial Law Review 16, 2 (1975): 151 - 199.
- Rydman, K. Collective Dominance: How is it interpreted and how does it correlate with tacit coordination. Master's Thesis, Legal Department Stockholms Universitet. 2012.

- Sai Ree Yun, Seuk Joon Lee, and Sangwook Daniel Han. Korea. In Edited by Thomas Janssens and Thomas Wessely, Dominance 2010. London: Law Business Research, 2009.
- Shiau, D. Singapore. In Edited by Groshinski, K. and Davies, C., Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide. Hague: Kluwer Law International, 2015.
- Snall, S. Legal Test for Finding of a Collective Dominant Position under Article 102 TFEU. Master's Thesis, Faculty of Law Lund University. 2012.
- Taylor, P. M. E.C. & U.K. Competition Law & Compliance. London: Sweet & Maxwell Limited, 1999.
- Turner, D. F. The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal. Harvard Law Review 75 (1962): 655 - 706.
- . The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies. Harvard Law Review 82 (1969): 1207 - 1244.
- Varga, S. The Economics of E.C. Competition Law: Concepts, application and measurement. Review of EU Law 5 (2006): 5 - 24.
- Vitzilaiou, L., and Lambadarios, C. The Slippery Slope of Addressing Collective Dominance Under Article 82 EC [Online]. 2009. Available from: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-slippery-slope-of-addressing-collective-dominance-under-article-82-ec/> [6 July 2017.]
- Whish, R., and Bailey, D. Competition Law. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2012.
- Wong Chun Han. Legal & Enforcement Divisions, Competition Commission of Singapore. Interview, 22 August 2017.
- Young Jin Jung, In Sang Kim, and Ju Hyun Park. Korea. In Edited by Dolmans, M. and Mostyn, H., The Dominance and Monopolies Review. London: Law Business Review, 2017.
- Young Jin Jung, and Seung Wha Chang. Korea's Competition Law and Policies in Perspective. Northwestern Journal of International Law and Business 26, 3 (2006): 687 - 728.
- นราทิพย์ ชุตินวงศ์. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.

- เบต โรบิน. เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน). แปลโดย จุฑามาศ ทวีไพบูลย์วงษ์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2550.
- ประพันธ์ เสวตนันท์ และไพศาล เล็กอุทัย. หลักเศรษฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.
- ภราดร ปรีดาศักดิ์. หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- วรณี จิเจริญ. เศรษฐศาสตร์จุลภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2558.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- . หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์. อำนาจการผูกขาด. วารสารกฎหมาย 22, 1 (กรกฎาคม 2546): 181 - 214.
- วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล. โครงสร้างตลาด. ใน เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม และ ทฤษฎีต้นทุน เล่ม 1 (หน่วยที่ 1 - 8). นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2532.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- . คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- ศิริศักดิ์ จิงถาวรณ. หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.
- สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย. กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, 2542.
- สถาบันพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. เศรษฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2548.
- สมลักษณ์ สันติโรจนกุล. หลักเศรษฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์, 2555.
- สรวิศ ลิ้มปริงซี. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

———. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา ฉบับรวมบทความ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543.

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า. กำหนดราคาตามกัน ผิดกฎหมายแข่งขันหรือไม่. มองโลกแข่งขัน 55(2017): 1 - 4.

———. "แนวปฏิบัติการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542." มกราคม 2552.

สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายพีรพงศ์ จงไพศาลสกุล เกิดเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 สำเร็จการศึกษา
ระดับปริญญานิติศาสตรบัณฑิต จากสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง (เกียรตินิยม
อันดับ 1) เมื่อปีการศึกษา 2556 สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ
บัณฑิตยสภา สมัยที่ 67 ปีการศึกษา 2557 ได้รับประกาศนียบัตรจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ
แห่งสภานายความ รุ่นที่ 43 และเข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ในปีการศึกษา 2558

