

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขาย*

Problems Relating to Commodity Bundling under the Trade Competition Act B.E. 2560 (2017) in Thailand

ณัฐนพัชร์ วิสุทธิแพทย**

Natnapath Wisuttiphaet

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน ผู้ประกอบธุรกิจได้มีการนำกลยุทธ์การขายสินค้าแบบรวมขาย (Bundling) มาใช้กันอย่างแพร่หลาย ซึ่งการขายสินค้าแบบรวมขายมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติด้านราคาอย่างหนึ่งที่น่าจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสวัสดิการของผู้บริโภคและการแข่งขันในตลาดได้ทั้งในแง่ดีและแง่ร้าย อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด อีกทั้งประเทศไทยก็ไม่เคยปรากฏคำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายมาก่อน บทความนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาถึงพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอันเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยศึกษาจากกฎหมาย คำพิพากษาและแนวปฏิบัติของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ซึ่งจากการศึกษาพบว่า แนว

* *วันที่รับบทความ (Received): 26 มิถุนายน 2562; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 31 กรกฎาคม 2562; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 2 สิงหาคม 2562*

บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขาย” โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กมลวรรณ จิรวิศิษฐ์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติกร บริษัท คิง เพาเวอร์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด

Master Student in Business Law, Faculty of Law, Thammasat University, Legal Officer, King Power International Co., Ltd.

E-mail: natnapath.w@gmail.com

ทางการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของทั้งสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างมองว่า พฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมายเช่นเดียวกับการขายพ่วงสินค้า (Tie-in) แต่การจะพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมดังกล่าวจะต้องอาศัย การพิจารณาจากต้นทุน ราคาสินค้า และผลกระทบจากการกระทำดังกล่าว บทความนี้จึงเสนอ ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของ พฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่ชัดเจนไว้ในประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทาง การค้าต่อไป

คำสำคัญ: การขายสินค้าแบบรวมขาย, หลักเกณฑ์การพิจารณาการรวมขาย, การแข่งขันทาง การค้า

Abstract

Business operators in Thailand currently favor the Sale of Commodity Bundling (Bundling), leading to mixed results in market competitiveness. Thailand's Trade Competition Act B.E. 2560 (2017; The Act) and its expanded powers for the Office of Trade Competition Commission (OTCC) do not specify guidelines for determining legal liability for Bundling. In addition, Thailand has never made a ruling regarding Bundling. This article aims to study Bundling that have a negative impact on competition in the market which is against the competition laws by studying law Judgments and practices of foreign countries such as the United States and the European Union.

The author concludes that Bundling was not illegal per se, but legal liability emerging from such actions requires consideration of cost, product price, and result as it affects market competition. These findings suggest that the Thai Office of Trade Competition Commission should set clear guidelines for evaluating legal liability.

Keywords: Commodity bundling, Tie-in, Trade competition

1. บทนำ

การขายสินค้าแบบรวมขายเป็นกลยุทธ์ทางธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการนำสินค้าหรือบริการตั้งแต่สองชนิดขึ้นไปมารวมขายเข้าด้วยกันเป็นชุด¹ ทั้งนี้ การขายสินค้าแบบรวมขายจะมีทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคที่จะซื้อสินค้าทั้งหมดแบบเป็นชุดหรือจะเลือกซื้อเฉพาะสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งตามที่ตนต้องการก็ได้ เช่น การขายชุดอาหารจานด่วนที่มีการรวมไก่ทอด แฮมเบอร์เกอร์ น้ำอัดลม เอาไว้ในชุดรายการอาหารนั้น โดยลูกค้าสามารถเลือกซื้ออาหารแบบที่มีการเสนอขายแบบเป็นชุดหรือจะเลือกซื้อเฉพาะรายการใดรายการหนึ่งแยกกันก็ได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากลูกค้ายอมซื้ออาหารทั้งหมดแบบเป็นชุด ลูกค้าก็จะได้รับส่วนลดจากการซื้ออาหารทั้งชุดนั้น ด้วยลักษณะของพฤติกรรมเช่นนี้จึงทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำกลยุทธ์การขายสินค้าแบบรวมขายมาใช้โดยมีแรงจูงใจที่แตกต่างกัน เช่น เพื่อการเลือกปฏิบัติด้านราคา² เพื่อจูงใจให้ลูกค้าซื้อสินค้าของตนมากยิ่งขึ้น เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและลดต้นทุนในการประกอบการ³ เพื่อควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้ประกอบการ หรือบางกรณีก็อาจกระทำไปเพื่อกีดกันคู่แข่งรายอื่นให้ออกไปจากตลาด ซึ่งจากการพิจารณาแรงจูงใจดังกล่าวจะพบว่า พฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้ในหลายประการไม่ว่าจะเป็นผลกระทบในแง่ดีหรือแง่ร้าย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่อาจนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น มาตรา 50 มาตรา 55 และมาตรา 57 แล้วจะพบว่าบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติถ้อยคำในกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ และยังขาดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่ชัดเจน ด้วยเหตุนี้จึงอาจทำให้ผู้ใช้กฎหมายเกิดความสับสนว่าพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายควรถือเป็นพฤติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายในทุกกรณีหรือไม่ และการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายควรใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา

บทความนี้จึงมีความมุ่งหมายที่จะอธิบายลักษณะพฤติกรรมของการขายสินค้าแบบรวมขายและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการใช้กลยุทธ์ดังกล่าว รวมทั้งแนวทางที่ใช้ในการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของต่างประเทศ เพื่อนำมาใช้เป็นข้อเสนอแนะในการกำหนดหลักเกณฑ์

¹ ชัยนัต ตันติวิศาการ, **เศรษฐศาสตร์จุลภาค: ทฤษฎีและการประยุกต์**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 230.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 230-234.

³ Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, **Modern Industrial Organization**, 4th, (Boston: Pearson/Addison Wesley, 2005), p. 319.

การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อไป

2. แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการขายสินค้าแบบรวมขาย

Paul Belleflamme and Martin Peitz กล่าวว่า การขายสินค้าแบบรวมขาย (Bundling) คือการนำสินค้าสองชนิดหรือมากกว่าสองชนิดขึ้นไปมารวมขายเข้าด้วยกันเป็นหนึ่งชุด โดยหากผู้ขายเสนอขายสินค้าเพียงแบบเป็นชุดเท่านั้นจะเรียกว่าการขายสินค้าแบบรวมขายโดยแท้ (Pure bundling) แต่หากผู้ขายเสนอขายสินค้าทั้งแบบรวมขายและแบบแยกขายเป็นรายชิ้นจะเรียกว่าการขายสินค้าแบบรวมขายลักษณะผสม (Mix bundling)⁴

การขายสินค้าแบบรวมขายโดยแท้ (Pure bundling) คือการนำสินค้าที่สามารถแยกขายเป็นรายชิ้นมารวมขายแบบเป็นชุด โดยสินค้าแต่ละชนิดจะถูกนำมาขายแบบเป็นชุดเท่านั้น ผู้ซื้อจะไม่สามารถซื้อสินค้าแต่ละรายการแยกกันได้และผู้ขายจะกำหนดสัดส่วนหรือปริมาณของสินค้าที่มีการขายพ่วงไว้อย่างชัดเจนแน่นอน เช่น การขายแพ็คเกจช่องเคเบิลทีวีที่มีลักษณะเป็นการนำเอาช่องรายการต่าง ๆ มารวมไว้เป็นแพ็คเกจเดียว โดยผู้ประกอบการเคเบิลทีวีจะกำหนดให้ลูกค้าต้องซื้อช่องรายการที่ถูกนำมารวมไว้เป็นแพ็คเกจแล้วเท่านั้น แต่จะไม่สามารถเลือกซื้อช่องรายการแต่ละช่องในแพ็คเกจแยกต่างหากกันได้

การขายสินค้าแบบรวมขายลักษณะผสม (Mix bundling หรือ Bundling discount) คือการนำสินค้าหรือบริการต่างชนิดกันที่สามารถแยกขายเป็นรายชิ้นมารวมขายแบบเป็นชุด โดยผู้ซื้อยังคงมีสิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการแบบเป็นชุดหรือแบบรายชิ้นก็ได้ เช่น การจัดโปรโมชั่นชุดอาหารที่มีการรวมอาหารหลักและของทานเล่นไว้ในชุดเดียวกัน โดยเมื่อคำนวณราคาอาหารแต่ละรายการที่นำมาขายรวมกันแล้วจะมีราคาถูกกว่าการที่ลูกค้าต้องซื้ออาหารแต่ละรายการแยกกัน ซึ่งการขายสินค้าแบบรวมขายในลักษณะนี้จะมีความแตกต่างจากการขายสินค้าแบบรวมขายโดยแท้ (Pure bundling) เนื่องจากลูกค้ายังคงมีอิสระที่จะเลือกซื้อสินค้าและบริการแบบเป็นชุดตามที่ผู้ประกอบการเสนอขายหรือจะแยกซื้อเป็นรายชิ้นตามความพึงพอใจของตนก็ได้

การขายสินค้าแบบรวมขายจะมีความแตกต่างไปจากการขายพ่วงสินค้า (Tie-in) เนื่องจากการขายสินค้าแบบรวมขายจะมีลักษณะเป็นการนำสินค้าต่าง ๆ มารวมขายเข้าด้วยกันเป็นชุดเดียวและคิดราคาเดียว แต่การขายพ่วงสินค้านั้นเป็นการขายสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งโดยมีการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ซื้อต้องยอมซื้อสินค้าหรือบริการอีกชนิดหนึ่งไปด้วย ดังนั้น การขายพ่วงสินค้าจึงมีสินค้าอยู่ 2 ชนิด คือสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง

⁴ Paul Belleflamme and Martin Peitz, *Industrial Organization Markets and Strategies*, 2nd, (The United Kingdom: University Printing House, 2015), p. 270.

อีกทั้งการขายพ่วงสินค้ายังมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจบังคับของผู้ประกอบธุรกิจให้ผู้ซื้อต้องยอมรับเอาสินค้าที่ถูกพ่วงไปด้วย แต่การขายสินค้าแบบรวมขาย (Mix bundling) จะใช้การให้ส่วนลดเป็นแรงจูงใจให้ลูกค้าหันมาซื้อสินค้าในลักษณะดังกล่าว

การใช้กลยุทธ์การขายสินค้าแบบรวมขายลักษณะผสม (Mix bundling) ของผู้ประกอบธุรกิจอาจเกิดจากแรงจูงใจหลายลักษณะ โดยจะขอยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

(1) เพื่อการเลือกปฏิบัติด้านราคา เนื่องจากโดยปกติแล้วสินค้าชนิดหนึ่ง ๆ มักจะมีการให้คุณค่าจากผู้บริโภคแต่ละรายในราคาที่แตกต่างกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือสินค้าแต่ละชนิดจะมีราคาสูงสุด (Reservation price) ที่ผู้บริโภคแต่ละรายเต็มใจที่จะจ่ายไม่เท่ากัน ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากผู้บริโภคแต่ละรายมีความชื่นชอบหรือมีค่านิยมในตัวสินค้าไม่เหมือนกันและเมื่อผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถตั้งราคาสินค้าให้กับผู้บริโภคแต่ละรายในราคาที่แตกต่างกันได้ ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากการที่กฎหมายได้ห้ามไว้ จึงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจจำนวนมากนำกลยุทธ์การขายสินค้าแบบรวมขายมาใช้ในการเลือกปฏิบัติด้านราคาและเพิ่มยอดขายให้กับสินค้าของตน

(2) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและลดต้นทุนในการประกอบธุรกิจ เนื่องจากการขายสินค้าให้ได้กำไรมากที่สุด ผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องควบคุมต้นทุนในการผลิตให้น้อยที่สุด ซึ่งต้นทุนในการผลิตอาจจะอยู่ในรูปของค่าเช่าสถานที่ ค่าจ้างแรงงาน หรือค่าใช้จ่ายด้านการบริหารหรือการขาย เป็นต้น หากผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำสินค้าหรือบริการต่าง ๆ มารวมขายไปพร้อมกันก็จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถลดต้นทุนจากการดำเนินการขายหรือการจ้างพนักงานได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ การขายแพ็คเกจท่องเที่ยวที่มีการรวมตัวเครื่องบินห้องพัก อาหาร บริการนำเที่ยว เข้าไว้ด้วยกัน ซึ่งการใช้กลยุทธ์การขายสินค้าในลักษณะนี้จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถประหยัดต้นทุนในการขายสินค้าและการจ้างพนักงานได้มากกว่าการขายสินค้าและบริการแต่ละชนิดแยกจากกัน ขณะเดียวกันผู้ประกอบธุรกิจก็สามารถเพิ่มรายรับรวมจากการขายสินค้าแบบรวมขายได้มากกว่าการแยกขายสินค้าและบริการต่าง ๆ ตามกรณีปกติ

(3) เพื่อโฆษณาสินค้าใหม่หรือเพิ่มยอดขายให้กับสินค้าที่มียอดขายต่ำ เช่น นาย ก เปิดร้านขายรถจักรยานและอุปกรณ์เสริมสำหรับการปั่นจักรยาน หากนาย ก พบว่าสินค้าที่ทำยอดขายให้กับร้านของตนได้มากที่สุดคือจักรยานเสือภูเขา ส่วนสินค้าที่มียอดขายน้อยที่สุดในร้านคือแว่นตาและถุงมือ ในกรณีดังกล่าวหากนาย ก นำจักรยานเสือภูเขามาขายรวมกับแว่นตาและถุงมือ โดยเสนอที่จะให้ส่วนลดแก่ลูกค้าที่ซื้อสินค้าทั้ง 3 ชนิดนี้ไปพร้อมกัน การใช้กลยุทธ์เช่นนี้ก็จะเป็นการจูงใจให้ลูกค้าหันมาซื้อแว่นตาและถุงมือมากยิ่งขึ้น หรือในกรณี

⁵ Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, (The United States of America: Cambridge University Press, 2004), p. 462.

ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้มีการผลิตสินค้าใหม่ขึ้นมาแต่ยังไม่เป็นที่รู้จักของผู้บริโภคมากนัก โดยทั่วไปผู้ประกอบการก็จะอาจใช้การโฆษณาสินค้าใหม่ผ่านทางสื่อต่าง ๆ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้ผู้ประกอบการต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก แต่หากผู้ประกอบการนำสินค้าใหม่ของตนมารวมขายเข้ากับสินค้าที่ตนมีอำนาจเหนือตลาดอยู่แล้ว กรณีดังกล่าวก็จะเป็นการแนะนำสินค้าใหม่ให้เป็นที่รู้จักโดยใช้เงินลงทุนน้อย และในขณะเดียวกันก็ทำให้สามารถขายสินค้าใหม่ได้ง่ายขึ้นอีกด้วย

(4) เพื่อกีดกันคู่แข่งรายอื่นที่มีประสิทธิภาพเท่ากันให้ออกจากตลาด เช่น บริษัท ก เป็นบริษัทที่ผลิตปูนซีเมนต์รายใหญ่ในประเทศไทย ประกอบธุรกิจผลิตปูนซีเมนต์ขายทั่วราชอาณาจักร บริษัท ก มีบริษัทในเครือต่าง ๆ เป็นบริษัทที่ผลิตกระเบื้องปูพื้น กระຈก ฝ้า เพดาน กระเบื้องมุงหลังคา สีทาบ้าน และอุปกรณ์เคมีภัณฑ์ต่าง ๆ อีกหลากหลายชนิด หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท ก ตั้งข้อเสนอต่อลูกค้า ซึ่งเป็นร้านขายอุปกรณ์ก่อสร้างต่าง ๆ ในประเทศไทยว่าตนเสนอจะให้ส่วนลดเป็นจำนวนมากแก่ลูกค้าที่ยอมซื้อปูนซีเมนต์และอุปกรณ์ก่อสร้างต่าง ๆ ที่ผลิตจากบริษัทในเครือของตน โดยหากลูกค้ารายใดยอมซื้อผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ ในเครือของตนมากเท่าใด ตนก็จะยอมให้ส่วนลดแก่ลูกค้ารายนั้นมากเท่านั้น จากกรณีดังกล่าวจะเห็นว่า การจูงใจลูกค้าในลักษณะนี้ย่อมทำให้บริษัทที่ผลิตอุปกรณ์ก่อสร้างอื่น ๆ ที่มีขนาดเล็กกว่าและขายสินค้าเพียงชนิดเดียวต้องทำการแข่งขันกับบริษัท ก ด้วยความยากลำบาก เนื่องจากไม่สามารถเสนอเงื่อนไขในลักษณะเดียวกับบริษัท ก ซึ่งเป็นบริษัทขนาดใหญ่ได้ พฤติการณ์ของบริษัท ก จึงอาจเข้าข่ายเป็นการก่อกำจัดผู้ประกอบการรายอื่นให้ต้องออกไปจากตลาดหรือส่งผลเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาแข่งขันในตลาด และผลจากการกระทำดังกล่าวย่อมทำให้สินค้าที่ถูกลำมาขายในตลาดมีเพียงสินค้าที่ผลิตจากบริษัท ก เท่านั้น

3. มาตรการควบคุมการขายสินค้าแบบรวมขายตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่สองในโลกที่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือการกีดกันการแข่งขันทางการค้าที่เรียกว่า The Sherman Act ขึ้นมาในปี ค.ศ. 1890⁶ โดยมาตรา 1 และมาตรา 2 เป็นบทบัญญัติที่ศาลนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ประกอบการ นอกจากนี้ Federal Trade Commission Act 1914 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมาเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมการ

⁶ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 25.

แข่งขันทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมยังมีส่วนช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดต่อพฤติกรรม การขายสินค้าแบบรวมขายที่ไม่เป็นธรรมมีประสิทธิภาพมากขึ้นอีกด้วย

3.1 การร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า

มาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 ได้บัญญัติว่า “บรรดาสัญญาหรือ การรวมตัวกันในรูปแบบของทรัสต์ หรือการสมคบกันไม่ว่าในรูปแบบใดโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วย กฎหมาย”⁷

การขายสินค้าแบบรวมขายที่จะถือเป็นความผิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด ตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 สามารถพิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้

(1) มีข้อตกลงว่าผู้ประกอบการจะขายสินค้าชนิดหนึ่งภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าชนิดอื่น ๆ ที่ถูกนำมาขายแบบรวมขายด้วย

ในคดีเกี่ยวกับการขายสินค้าแบบรวมขาย ประเด็นปัญหาแรกที่ศาลต้อง พิจารณา คือ การกระทำของผู้ประกอบการเข้าข่ายเป็นการขายสินค้าแบบรวมขายหรือไม่ โดย ศาลในคดี *Inline Packaging v. Graphic Packaging International, Inc.*⁸ ได้ให้นิยามของ การขายสินค้าแบบรวมขายไว้ว่า เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการได้นำสินค้าหรือบริการตั้งแต่ สองชนิดขึ้นไปที่สามารถแยกขายจากกันได้มารวมขายเข้าด้วยกันแล้วคิดราคาเดียว ทั้งนี้ การ ให้ส่วนลดแบบเป็นชุดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการได้นำสินค้าหรือบริการต่าง ๆ มารวมขาย เป็นชุดโดยคิดราคาถูกลงกว่าการแยกขายเป็นรายชิ้น

(2) ผู้ประกอบการมีอำนาจทางเศรษฐกิจเพียงพอที่จะรวมกลุ่มสินค้าต่าง ๆ เข้าด้วยกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

อำนาจทางเศรษฐกิจได้มีการให้นิยามเอาไว้ในคดี *United States of America v. E. I. du Pont de Nemours And Co.*⁹ ว่าเป็นอำนาจที่จะควบคุมราคาและกำจัดคู่แข่ง รายอื่นในตลาด โดยในการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขาย โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจทางเศรษฐกิจในสินค้าที่มีการขายแบบรวมขาย เพราะอำนาจทางเศรษฐกิจจะเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้บริโภคต้องยอมซื้อสินค้าที่มีการขายแบบเป็นชุด อย่างไรก็ตาม การพิจารณาถึงอำนาจทางเศรษฐกิจของจำเลยไม่ได้หมายความว่าจำเลยจะต้อง เป็นผู้ผูกขาดในตลาด เพียงแค่จำเลยมีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือสินค้าที่นำมาขายแบบ

⁷ 15 U.S.C.A. § 1.

⁸ *Inline Packaging, LLC v. Graphic Packaging Int'l, Inc.*, 164 F. Supp. 3d 1117 (D. Minn. 2016), <http://international.westlaw.com>, June 15, 2019.

⁹ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 76 S. Ct. 994, 100 L. Ed. 1264 (1956), <http://international.westlaw.com>, April 15, 2019.

รวมขายก็เพียงพอที่จะนำมาพิจารณาถึงความรับผิดทางกฎหมายของการกระทำของจำเลยแล้ว

(3) พฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐ

การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 นอกจากศาลจะพิจารณาลักษณะของสัญญาและการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบธุรกิจดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว ศาลยังต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศอีกด้วย หากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าระหว่างรัฐ ผู้ประกอบธุรกิจก็จะมีคามรับผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 แต่หากไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวก็ต้องรับผิดตามบทบัญญัติในกฎหมายอื่น

ในคดี UniStrip Techs., LLC v. LifeScan, Inc.¹⁰ โจทก์คือบริษัท Unistrip Technologies ได้ยื่นฟ้องจำเลย คือบริษัท LifeScan ว่าได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 เนื่องจากบริษัท LifeScan ได้เสนอโปรแกรมส่วนลดสำหรับลูกค้าที่ซื้อเครื่องตรวจวัดระดับน้ำตาลในเลือด (OneTouch Ultrameters) เพื่อบังคับลูกค้าให้ซื้ออุปกรณ์อีกชนิดของบริษัทไปในคราวเดียวกัน โดยบริษัท Unistrip Technologies ได้กล่าวอ้างว่าโปรแกรมการให้ส่วนลดของบริษัท LifeScan ส่งผลให้เกิดการกีดกันคู่แข่งรายอื่นที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาด อีกทั้งยังเป็นการสร้างอำนาจผูกขาดในตลาดเครื่องตรวจวัดระดับน้ำตาลในเลือดอีกด้วย ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าการรวมขายสินค้าโดยบริษัท LifeScan ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดส่งผลเป็นการกีดกันคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากบริษัท Unistrip Technologies ต้องเผชิญกับความเสียหายจากการผลิตสินค้าเพียงชนิดเดียวและไม่สามารถให้ข้อเสนอเช่นเดียวกับบริษัท LifeScan ได้ นอกจากนี้การรวมขายสินค้านี้ดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐอีกด้วย การกระทำดังกล่าวจึงเป็นความผิดต่อมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act 1890

3.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

มาตรา 2 ของ The Sherman Act 1890 ได้บัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำหรือพยายามกระทำการผูกขาด หรือร่วมกัน หรือสมคบกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเพื่อผูกขาดทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐหรือกับชาติอื่น ๆ ถือว่ามีความผิด”¹¹

¹⁰ UniStrip Techs., LLC v. LifeScan, Inc., 153 F. Supp. 3d 728 (E.D. Pa. 2015, <http://international.westlaw.com>, April 17, 2019.

¹¹ 15 U.S.C.A. § 2.

ในคดี *Le Page's Inc. v. 3M* บริษัท *Le Page's* ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตสก็อตเทปไฮไดรียนฟองบริษัท 3M ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตสก็อตเทปไฮและผลิตภัณฑ์หลากหลายชนิด (ผลิตภัณฑ์ด้านการดูแลสุขภาพ ผลิตภัณฑ์ตู้แลรยนต์ ผลิตภัณฑ์ซ่อมแซมบ้าน) ว่าได้กระทำการผูกขาดตลาดสก็อตเทปไฮจากการรวมขายผลิตภัณฑ์หลายชนิดเข้าด้วยกันแล้วให้ส่วนลดแบบเป็นชุด ซึ่งการให้ส่วนลดที่เพิ่มขึ้นแก่ลูกค้าจากการซื้อผลิตภัณฑ์หลายชนิดของบริษัท 3M ทำให้บริษัท *Le Page's* ไม่สามารถแข่งขันกับบริษัท 3M ได้ บริษัท 3M จึงต่อสู้ว่าโปรแกรมการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดของตนไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดเนื่องจากตนไม่ได้ตั้งราคาสินค้าในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุน อย่างไรก็ตามศาลในคดีนี้ปฏิเสธที่จะรับฟังข้อกล่าวอ้างของบริษัท 3M โดยให้เหตุผลว่าบริษัท 3M ในขณะนั้นได้กลายเป็นผู้ผูกขาดตลาดสก็อตเทปไฮแล้ว และการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดของบริษัท 3M ทำให้บริษัท *Le Page's* ซึ่งเป็นบริษัทที่ขายสินค้าเพียงชนิดเดียวไม่สามารถแข่งขันกับบริษัท 3M ได้ กรณีดังกล่าวจึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าการให้ส่วนลดของบริษัท 3M เป็นการตั้งราคาสินค้าที่ต่ำกว่าต้นทุนการผลิตหรือไม่¹²

ต่อมาในคดี *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*¹³ ข้อเท็จจริงคือ โรงพยาบาล *McKenzie* และ *PeaceHealth* เป็นโรงพยาบาลเพียง 2 แห่งที่ตั้งอยู่ในรัฐออริกอน โดยโรงพยาบาล *McKenzie* จะให้บริการทางการแพทย์ในระดับปฐมภูมิและทุติยภูมิ ซึ่งเป็นบริการทางการแพทย์ทั่วไป เช่น การรักษาโรคกระดูกหัก หรือการผ่าตัดต่อมทอนซิล ในขณะที่โรงพยาบาล *PeaceHealth* จะให้บริการทางการแพทย์ในระดับปฐมภูมิ ทุติยภูมิ และตติยภูมิ ซึ่งการให้บริการในระดับตติยภูมิจะเป็นการให้บริการทางการแพทย์ที่มีความซับซ้อนมากขึ้น เช่น การผ่าตัดหัวใจและหลอดเลือด หรือการดูแลทารกแรกเกิดอย่างเข้มข้น ทั้งนี้ ในการให้บริการเกี่ยวกับการดูแลทารกแรกเกิด โรงพยาบาล *PeaceHealth* มีส่วนแบ่งในตลาดถึง 90% และในการให้บริการรักษาโรคหัวใจและหลอดเลือดอุดตัน โรงพยาบาล *PeaceHealth* มีส่วนแบ่งในตลาดถึง 93% นอกจากนี้ในการให้บริการทางการแพทย์ในระดับปฐมภูมิและทุติยภูมิ โรงพยาบาล *PeaceHealth* ยังมีส่วนแบ่งในตลาดมากถึง 75% อีกด้วย

ด้วยเหตุดังกล่าวโรงพยาบาล *McKenzie* จึงได้ยื่นฟ้องโรงพยาบาล *PeaceHealth* ว่าได้กระทำการกีดกันการแข่งขันทางการค้าโดยการเสนอส่วนลดแบบเป็นชุดให้กับผู้รับประกันเป็นจำนวนมากถึง 35-40% หากผู้รับประกันทำให้โรงพยาบาล *PeaceHealth* กลายเป็นผู้ผูกขาดเพียงรายเดียวที่ให้บริการทางการแพทย์ทั้งแบบปฐมภูมิ ทุติยภูมิ และตติยภูมิ

¹² *LePage's Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003), <http://international.westlaw.com>, April 1, 2019.

¹³ *Cascade Health Sols. v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008), <http://international.westlaw.com>, April 6, 2019.

ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขาย ศาลอุทธรณ์ได้นำทฤษฎีความสามารถในการให้ส่วนลด (Discount attribution) มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินว่าการที่จำเลยให้ส่วนลดจากการขายสินค้าแบบเป็นชุดยังถือไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำการผูกขาดหรือพยายามผูกขาดภายใต้มาตรา 2 ของ The Sherman Act 1890 เว้นแต่โจทก์จะพิสูจน์ได้ว่า (1) เมื่อนำส่วนลดทั้งหมดมาเฉลี่ยกับสินค้าต่าง ๆ ที่นำมารวมขายแล้ว ปรากฏว่าราคาสินค้าต่าง ๆ เหล่านั้นต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มที่ใช้ในการผลิตสินค้าดังกล่าว และ (2) โจทก์เป็นผู้ผลิตสินค้าที่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากับจำเลย แต่การตั้งราคาสินค้าของจำเลยส่งผลให้การประกอบธุรกิจของโจทก์เป็นไปด้วยความยากลำบาก นอกจากนี้ศาลในคดีดังกล่าวยังพิจารณาด้วยว่าการขายสินค้าในราคาต่ำกว่าทุนของจำเลยก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่

3.3 พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

มาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act 1914¹⁴ ได้บัญญัติว่า

“(1) วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหรือที่มีผลกระทบต่อการค้า หรือเป็นการกระทำโดยทุจริต หรือวิธีปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อการค้า ถือว่ามีชอบด้วยกฎหมาย

(2) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งเพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน หรือนิติบุคคลใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหรือที่มีผลกระทบต่อการค้า หรือเป็นการกระทำโดยทุจริต หรือวิธีปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อการค้า”

บทบัญญัติในมาตรา 5 มีลักษณะของการบัญญัติกฎหมายไว้ค่อนข้างกว้าง โดยใช้ถ้อยคำว่า “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม” อีกทั้ง การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวสามารถบังคับใช้กับบุคคลที่แสวงหากำไรทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นบริษัท ห้างหุ้นส่วน บุคคลธรรมดา หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร ด้วยเหตุนี้ พฤติกรรมที่เป็นความผิดตามมาตรา 1 หรือมาตรา 2 ของ The Sherman Act 1890 จึงสามารถเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act 1914 ได้เช่นกัน¹⁵ ดังนั้น หากผู้ประกอบการรายใดได้กระทำการขายสินค้าแบบรวมขายอันเป็นการฝ่าฝืนต่อ The Sherman Act 1890 มาตรา 1 และมาตรา 2 การกระทำของผู้ประกอบการดังกล่าวก็ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act ด้วย

นอกจากนี้ การพิสูจน์ความผิดตามมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act จะมีมาตรฐานการพิสูจน์ที่ต่ำกว่าการพิจารณาความผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman

¹⁴ Federal Trade Commission Act 1914 Section

¹⁵ Times-Picayune Publishing Company v. United States, 345 U.S. 594, 73 S. Ct. 872, 97 L. Ed. 1277 (1953), <http://international.westlaw.com>, April 14, 2019.

Act 1890 โดยในคดี Atlantic Refining v. FTC¹⁶ ข้อเท็จจริงคือ บริษัท the Goodyear Tire & Rubber (Goodyear) ซึ่งเป็นผู้ผลิตยางรถยนต์รายใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริกาตกลงที่จะให้ค่าคอมมิชชั่นแก่ บริษัท Atlantic Refining (Atlantic) ซึ่งเป็นผู้ผลิตน้ำมันรายใหญ่ โดยมีข้อตกลงว่าบริษัท Atlantic จะต้องช่วยส่งเสริมการขายสินค้าของบริษัท Goodyear โดยให้ผู้ค้าปลีกน้ำมันเลือกซื้อยางรถยนต์ แบตเตอรี่ และอุปกรณ์เสริมในรถยนต์ที่บริษัท Goodyear เป็นผู้ผลิต คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีคำสั่งห้ามบริษัท Atlantic รับค่าคอมมิชชั่นจากบริษัท Goodyear โดยวินิจฉัยว่า การที่บริษัท Atlantic มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้ค้าปลีกของตน ย่อมทำให้เกิดการบังคับให้ผู้ค้าปลีกเหล่านั้นต้องยอมซื้อสินค้าดังกล่าวไป และการที่บริษัท Goodyear ให้ค่าคอมมิชชั่นแก่บริษัท Atlantic ถือเป็นความผิดในตัวเอง (Per Se) เช่นเดียวกับการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจในตลาดหนึ่งเพื่อทำลายการแข่งขันในตลาดอื่นแล้ว ซึ่งบริษัท Goodyear และบริษัท Atlantic ต่างก็ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ ในคดีนี้ถึงแม้คณะลูกขุนและศาลจะไม่พบเงื่อนไขเกี่ยวกับการบังคับให้ผู้ค้าปลีกต้องซื้อสินค้าที่บริษัท Goodyear เป็นผู้ผลิต อันเป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act 1890 ก็ตาม แต่ศาลอุทธรณ์ก็เห็นชอบกับคำสั่งของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและยืนตามคำสั่งดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่า Federal Trade Commission Act ให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่จะวินิจฉัยถึงสถานการณ์ที่เป็นการบังคับได้

4. มาตรการควบคุมการขายสินค้าแบบรวมขายตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหภาพยุโรป

ประชาคมยุโรป (EC) เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดภาษีศุลกากรและการกีดกันทางการค้าระหว่างรัฐสมาชิก ในช่วงปี ค.ศ. 1950 กลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกได้ร่วมกันกำหนดนโยบายการแข่งขันเพื่ออำนวยความสะดวกในการสร้างตลาดร่วม (Common market) และมุ่งกำจัดอุปสรรคทางการค้าที่กำหนดโดยรัฐและป้องกันการแบ่งแยกตลาด¹⁷ โดยนโยบายการแข่งขันของสหภาพยุโรป (EC Competition Policy) ได้สะท้อนออกมาทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (EC Competition Law) ซึ่งแต่เดิมมาตรา 81 และ มาตรา 82 ของ EC Competition Law เป็นมาตรการหลักที่นำมาใช้ในการพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้น แต่เมื่อสนธิสัญญาลิสบอนมีผลใช้บังคับก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติใหม่ทั้งหมดโดยมาตรา 81 และ 82 ได้ถูกปรับเปลี่ยนเป็นมาตรา 101 และมาตรา 102 ของ

¹⁶ Atlantic Refining v. FTC, 381 U.S. 357, 359, 85 S. Ct. 1498, 1501, 14 L. Ed. 2d 443 (1965), <http://international.westlaw.com>, April 14, 2019.

¹⁷ วิฑิต มั่นตราภรณ์, “นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 4, ปีที่ 13, (มีนาคม 2526) : 123-124.

สนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (The Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) แทนตามลำดับ แต่อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของบทบัญญัติก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม

4.1 การร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า

มาตรา 101 ของ TFEU¹⁸ บัญญัติว่า “การกระทำได้ต่อไปนี้เป็นสิ่งต้องห้ามเนื่องจากมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ข้อตกลงทุกชนิดระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ การตัดสินใจโดยสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจและแนวปฏิบัติร่วมกันซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อการค้าของรัฐสมาชิกและซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกีดกัน จำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขันภายในตลาดของสหภาพยุโรป และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีต่อไปนี้...

(จ) การจัดทำข้อผูกมัดหรือพันธะเพิ่มเติมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระของสัญญาตามปกติหรือแม้แต่ตามธรรมเนียมประเพณีทางการค้าก็ตาม

ข้อตกลงหรือการตัดสินใจใด ๆ ซึ่งต้องห้ามตามมาตรานี้ให้ถือว่าเป็นโมฆะ บทบัญญัติในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับแก่กรณีที่

- ข้อตกลงใด ๆ หรือประเภทของข้อตกลงใด ๆ ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ
- การตัดสินใจใด ๆ หรือประเภทของการตัดสินใจใด ๆ โดยสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจ

- การสมคบกันใด ๆ หรือประเภทของการสมคบกันใด ๆ ซึ่งมีผลเป็นการพัฒนาการผลิตสินค้าหรือการจัดจำหน่ายสินค้าหรือนำเสนอความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ และในขณะเดียวกันผู้บริโภคมustจะได้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรม และจะต้องไม่

(ก) เอาเปรียบผู้ประกอบการอื่นโดยการจำกัดการแข่งขัน

(ข) ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการรายอื่นในการถูกกำจัดออกไปจากตลาดเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าว”

การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 101 ของ TFEU จะไม่ถือเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามมาตรา 101 โดยทันที แต่การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมดังกล่าวจะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบในแง่ลบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันในตลาดและประสิทธิภาพจากพฤติกรรมดังกล่าวด้วยเสมอ ทั้งนี้ การขายสินค้าแบบรวมขายที่จะได้รับประโยชน์ตามมาตรา 101 (3) ของ TFEU จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบทั้ง 4 ประการ ดังต่อไปนี้¹⁹

¹⁸ Article 101 (ex Article 81)

¹⁹ Daniel G. Goyder, EC Competition Law, 4th ed., (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 121-126.

ประการแรก การขายสินค้าแบบรวมขายจะต้องมีส่วนในการปรับปรุงและเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตและการจำหน่ายสินค้า เช่น การเพิ่มปริมาณผลผลิตในตลาด การพัฒนาเทคนิคในการผลิตสินค้า การลดต้นทุนในการผลิตสินค้า เป็นต้น

ประการที่สอง ผู้บริโภคจะต้องได้รับประโยชน์หรือได้รับส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมจากการขายสินค้าแบบรวมขาย กล่าวคือ การขายสินค้าแบบรวมขายจะต้องไม่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ผลิตเท่านั้น แต่จะต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภค ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งผู้ค้าปลีก หรือผู้บริโภคขั้นสุดท้ายด้วย เช่น การได้ประโยชน์จากการลดราคา การเพิ่มคุณภาพหรือความหลากหลายของสินค้า การให้บริการที่ดีขึ้น เป็นต้น

ประการที่สาม การขายสินค้าแบบรวมขายต้องไม่ส่งผลให้เกิดการสร้างข้อจำกัดที่ไม่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว กล่าวคือ หากข้อจำกัดของผู้ประกอบธุรกิจสามารถที่จะบรรลุได้โดยวิธีการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่น้อยกว่าแล้ว การกระทำดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจก็จะได้ไม่ได้รับข้อยกเว้นตามกฎหมายฉบับนี้

ประการที่สี่ ข้อจำกัดที่เกิดจากการขายสินค้าแบบรวมขายจะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ

4.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

มาตรา 102 แห่ง TFEU²⁰ ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายกระทำการอันเป็นการใช้สภาพที่มีอยู่เหนือตลาดโดยมิชอบภายในตลาดร่วมหรือส่วนสำคัญของตลาดร่วม เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับการมีตลาดร่วม ทั้งนี้ トラบเท่าที่การกระทำดังกล่าวกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

การใช้อำนาจโดยมิชอบดังกล่าวประกอบด้วย...

(ง) การจัดทำข้อผูกมัดหรือพันธะเพิ่มเติมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระของสัญญาตามปกติหรือแม้แต่ตามธรรมเนียมประเพณีทางการค้าก็ตาม”

เพื่อเป็นการกำหนดแนวทางที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 102 ของ TFEU คณะกรรมาธิการได้มีการจัดทำแนวปฏิบัติที่ชื่อว่า Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings ขึ้นในปี ค.ศ. 2009 โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายไว้ดังต่อไปนี้²¹

²⁰ Article 102 (ex Article 82)

²¹ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, paragraph 50.

(1) สินค้าที่นำมาขายแบบรวมขายต้องเป็นสินค้าต่างชนิดกัน

การพิจารณาว่าสินค้าที่นำมารวมขายเป็นสินค้าต่างชนิดกันหรือไม่จะพิจารณาจากอุปสงค์ของผู้บริโภค หากในกรณีปกติที่ไม่มีการนำสินค้าต่าง ๆ มารวมขายเข้าด้วยกันแล้ว ผู้บริโภคส่วนใหญ่จะซื้อสินค้าแต่ละชนิดจากผู้ประกอบการต่างรายกัน กรณีเช่นนี้จะถือว่าสินค้าที่นำมาขายแบบรวมขายเป็นสินค้าต่างชนิดกัน หรือหากสินค้าเหล่านั้นสามารถแยกขายได้ด้วยตัวของมันเอง หรือปรากฏว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนำสินค้าแต่ละชนิดที่สามารถแยกขายจากกันได้มารวมขายเข้าด้วยกัน หรือมีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่มีอำนาจเหนือตลาดจะไม่นำสินค้าเหล่านั้นมารวมขายเข้าด้วยกันแล้ว ก็จะถือว่าสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันนั้นเป็นสินค้าต่างชนิดกัน²²

(2) การขายสินค้าแบบรวมขายนำไปสู่การทำลายการแข่งขันในตลาดของสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกัน

การขายสินค้าแบบรวมขายที่จะก่อให้เกิดการทำลายการแข่งขันในตลาดอาจกระทำโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งหรือหลายชนิดที่นำมารวมกันก็ได้ และยิ่งหากสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันมีความหลากหลายมากเท่าไร ความเป็นไปได้ที่จะส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดก็จะยิ่งมากขึ้นเท่านั้น กล่าวคือ หากการรวมขายสินค้าเข้าด้วยกันเป็นสิ่งที่คู่แข่งไม่สามารถกระทำได้หรือกระทำได้ยากแล้ว ก็ยิ่งแสดงให้เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด²³

ในการพิจารณาว่าการขายสินค้าแบบรวมขายจะนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันในตลาดของสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันหรือไม่ จะพิจารณาจากการให้ส่วนลดจากการเสนอขายสินค้าแบบเป็นชุดนั้น โดยหากการให้ส่วนลดดังกล่าวส่งผลให้คู่แข่งที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันที่ขายสินค้าเพียงชนิดเดียวไม่สามารถแข่งขันต่อไปได้ การให้ส่วนลดแบบเป็นชุดดังกล่าวก็จะถือเป็นการกระทำที่ส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด²⁴

ในทางทฤษฎี การประเมินผลกระทบจากการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดสามารถประเมินโดยดูว่ารายได้ส่วนเพิ่ม (Incremental revenue) จากการขายสินค้านั้นครอบคลุมต้นทุนส่วนเพิ่ม (Incremental costs) สำหรับการผลิตสินค้าแต่ละชนิดที่นำมารวมขายหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการประเมินรายได้ส่วนเพิ่มนั้นมีความซับซ้อนมาก ดังนั้นคณะกรรมการจึงใช้การประเมินโดยดูว่าราคาส่วนเพิ่มที่ลูกค้าจ่ายไปสำหรับสินค้าแต่ละรายการยังคงสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มเฉลี่ยในระยะยาว หรือ LRAIC ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจากการรวมขายสินค้าต่าง ๆ เข้าด้วยกันหรือไม่ โดยคณะกรรมการจะไม่

²² Ibid., paragraph 51.

²³ Ibid., paragraph 54.

²⁴ Ibid., paragraph 59.

เข้าไปแทรกแซงการกระทำดังกล่าว หากคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันและเป็นผู้ขายสินค้าเพียงชนิดเดียวสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการที่ขายสินค้าแบบรวมขายได้²⁵

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขาย ศาลอาจพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดการประหยัต้นทุนในการผลิตหรือต้นทุนในการจัดจำหน่ายสินค้า หรือเป็นการลดต้นทุนในการทำธุรกรรมอันก่อให้เกิดผลดีต่อผู้บริโภคหรือไม่ หากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากกว่าการขายสินค้าเพียงชนิดเดียวแล้วก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 102 ของ TFEU ได้อย่างใด²⁶

5. ปัญหาในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขาย

มาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการขายสินค้าแบบรวมขายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยจะประกอบด้วยบทกฎหมาย 3 ประเภท ได้แก่ บทกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 55 (4) บทกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ มาตรา 50 (1) (2) และบทกฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 57 (1) (2) (3) โดยบทกฎหมายดังกล่าวมีปัญหาในการใช้ การตีความดังต่อไปนี้

5.1 ปัญหาการตีความกฎหมายต่อพฤติกรรมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า

บทบัญญัติในมาตรา 55 (4) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า²⁷ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามผู้ประกอบการร่วมกันกระทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาด โดยกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวจะพบว่าบทบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ อีกทั้งประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ได้อธิบายบทบัญญัติในอนุมาตราดังกล่าวเพียงว่าเป็นการกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติให้ผู้ประกอบการแต่ละรายปฏิบัติตาม โดยอาจกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรหรือรูปแบบอื่น หรือเป็นเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือ

²⁵ *Ibid.*, paragraph 60.

²⁶ *Ibid.*, paragraph 62.

²⁷ มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การบริการในตลาด²⁸ ซึ่งจากการพิจารณาถ้อยคำในประกาศฉบับดังกล่าวแล้ว จะพบว่ามี การอธิบายการใช้การตีความบทบัญญัติในมาตรา 55 (4) ในลักษณะที่คลุมเครือและไม่ก่อให้เกิด ความชัดเจนขึ้นแต่อย่างใด

5.2 ปัญหาการตีความกฎหมายต่อพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

บทบัญญัติในมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560²⁹ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการผิดกฎหมาย อย่างเป็นธรรมอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยมาตรา 50 (1) ได้บัญญัติห้ามผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่าง ไม่เป็นธรรม โดยประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้อธิบายคำที่กำหนดหรือ รักษา ระดับราคาขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรมเอาไว้ว่า เป็นการขายสินค้าหรือ บริการในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (Average Variable Cost : AVC) หรือต่ำกว่า ต้นทุนรวมเฉลี่ย (Average Total Cost : ATC)³⁰ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้อย่าง ชัดเจนว่าการพิจารณาราคาสินค้าหรือบริการจากต้นทุนแปรผันเฉลี่ย หรือต้นทุนรวมเฉลี่ย จะนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในกรณีใด อีกทั้งการพิจารณาต้นทุนสินค้า จากการขายสินค้าแบบรวมขายก็มีความซับซ้อนมากกว่าการพิจารณาต้นทุนของสินค้าชนิดใด ชนิดหนึ่งเพียงชนิดเดียว เนื่องจากสินค้าต่าง ๆ ที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันย่อมมีต้นทุนและ กำไรของสินค้าแต่ละชนิดที่ต่างกัน ดังนั้น การพิจารณาต้นทุนสินค้าที่มีการนำมารวมขายจาก ราคาต้นทุนแปรผันเฉลี่ย หรือต้นทุนรวมเฉลี่ยก็อาจทำให้การพิจารณาต้นทุนสินค้าต่าง ๆ เกิด ความคลาดเคลื่อนได้

5.3 ปัญหาการตีความกฎหมายต่อพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

บทบัญญัติในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560³¹ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันส่งผลให้เกิดความ เสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งจากการ พิจารณาทบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวแล้วจะพบว่าผู้ประกอบธุรกิจทุกประเภทที่ไม่ตกอยู่ ภายใต้อำนาจของบทบัญญัติในมาตรา 4 สามารถตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ได้

²⁸ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำ ร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 10 (4)

²⁹ มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

³⁰ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำ ต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 5 (1)

³¹ มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ทั้งสิ้น นอกจากนี้บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวยังได้มีการบัญญัติถ้อยคำของกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ โดยใช้คำว่า “อย่างไม่เป็นธรรม” จึงอาจทำให้เกิดข้อสงสัยว่าพฤติกรรมใดของผู้ประกอบธุรกิจที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมบ้าง ซึ่งจากการพิจารณาประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า พบว่าได้มีการอธิบายพฤติกรรมการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) ว่าเป็นการกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการต่ำอย่างไม่เป็นธรรมเพื่อกีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น³² แต่อย่างไรก็ตาม ประกาศฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการต่ำอย่างไม่เป็นธรรมไว้แต่อย่างใด นอกจากนี้ บทบัญญัติในมาตรา 57 (2) ที่กำหนดห้ามไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการมีอำนาจตลาดหรือการมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่ประกาศฉบับดังกล่าวไม่ได้มีการอธิบายลักษณะของพฤติกรรมที่ผู้มีอำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าจะใช้ในการกระทำ ความผิดแต่อย่างใด จึงอาจทำให้เกิดข้อสงสัยว่าการพิจารณาความรับผิดของผู้มีอำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าจะใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 50 หรือไม่

6. บทสรุป

จากการศึกษาลักษณะของพฤติกรรมที่เกี่ยวกับการขายสินค้าแบบรวมขาย และแนวทางการปรับใช้กฎหมายกับพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายของต่างประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การขายสินค้าแบบรวมขายโดยทั่วไปแล้วไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่การขายสินค้าแบบรวมขายที่ส่งผลให้เกิดการกีดกันคู่แข่งให้ต้องออกไปจากตลาดอย่างรุนแรงหรืออย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งการจะพิจารณาว่าการขายสินค้าแบบรวมขายในกรณีใดส่งผลให้เกิดการกีดกันคู่แข่งให้ออกไปจากตลาดอย่างรุนแรงหรือไม่ จำต้องอาศัยหลักเกณฑ์และข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิจารณา โดยกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมดังกล่าวไว้ในแนวปฏิบัติ และคำพิพากษาของศาล จึงทำให้ผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายสามารถนำหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นได้อย่างชัดเจน ส่วนในประเทศไทย แม้จะมีประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อใช้อธิบายขยายความบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ประกาศต่าง ๆ ที่ออกมาก็ยังขาดความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้การใช้ การตีความกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งหากพิจารณา

³² ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น พ.ศ. 2561 ข้อ 8 (1)

เพียงถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ก็อาจทำให้ผู้ใช้กฎหมายตีความไปว่าพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในทุกกรณีด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดทางกฎหมายของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้ การตีความบทบัญญัติของกฎหมายต่อไป

7. ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่นำมาใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการขายสินค้าแบบรวมขายได้บัญญัติถ้อยคำในกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ จึงอาจทำให้ผู้ใช้กฎหมายตีความไปว่าการขายสินค้าแบบรวมขายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในทุกกรณี หรือบางกรณีก็อาจตีความบทบัญญัติของกฎหมายโดยขาดการพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างรอบด้านด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความเห็นให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไว้ในประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

(1) พฤติกรรมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า

ในการจัดทำประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนี้

(ก) ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซื้อสินค้าหลายชนิดที่ตนเป็นผู้ผลิต โดยในการพิจารณาว่าสินค้าที่นำมารวมขายเข้าด้วยกันเป็นสินค้าที่สามารถแยกขายจากกันได้หรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากคุณสมบัติหรือชนิดของตัวสินค้า อุปสงค์ของผู้บริโภค ความแตกต่างของสินค้าจากการรวมกันทางเทคโนโลยี หรืออาจพิจารณาจากปัจจัยหลายประการประกอบกัน เป็นต้น

(ข) ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจเพียงพอที่จะรวมกลุ่มสินค้าต่าง ๆ เข้าด้วยกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยอำนาจทางเศรษฐกิจ หมายถึง อำนาจที่จะควบคุมราคาและกำจัดคู่แข่งรายอื่นให้ออกไปจากตลาด

(ค) การกระทำได้กล่าวส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด เช่น การให้ส่วนลดแบบเป็นชุดที่มีลักษณะเป็นการตั้งราคาสินค้าหรือบริการต่ำอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 50

(2) พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

ในการจัดทำประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนี้

(ก) การให้ส่วนลดแบบเป็นชุดจากการขายสินค้าแบบรวมขายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหรือรักษาระดับราคาขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรมต้องปรากฏว่าราคาสินค้าต่าง ๆ หลังจากที่มีการคำนวณส่วนลดทั้งหมดแล้วมีราคาต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มที่ใช้ในการผลิตสินค้าเหล่านั้น

(ข) การกระทำได้กล่าวส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันหรือเหนือกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ใช้วิธีการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดต้องออกไปจากตลาด หรือแข่งขันด้วยความยากลำบาก

(3) พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ในการจัดทำประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น พ.ศ. 2561 ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขายตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนี้

(ก) ผู้ประกอบธุรกิจใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการต่ำอย่างไม่เป็นธรรม หรือกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น

(ข) การกระทำได้กล่าวส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันหรือเหนือกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ใช้วิธีการให้ส่วนลดแบบเป็นชุดต้องออกไปจากตลาด หรือแข่งขันด้วยความยากลำบาก

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- ชยันต์ ตันติวิศดาการ. เศรษฐศาสตร์จุลภาค : ทฤษฎีและการประยุกต์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Daniel G. Goyder. EC Competition Law. 4th. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization. 4th. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2005.
- Massimo Motta. The United States of America: Cambridge University Press, 2004.
- Paul Belleflamme and Martin Peitz. 2nd. The United Kingdom: University Printing House, 2015.

บทความภาษาไทย

- วิจิต มั่นตรารณ. “นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป.” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 13 เล่มที่ 4 (มีนาคม 2526): 123-124.

บทความภาษาต่างประเทศ

- Christopher R. Leslie. “Unilaterally Imposed Tying Arrangements and Antitrust’s Concerted Action Requirement.” Ohio State Law Journal. 60 (1999): 1780.

เอกสารออนไลน์

- Atlantic Refining v. FTC, 381 U.S. 357, 359, 85 S. Ct. 1498, 1501, 14 L. Ed. 2d 443 (1965), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 14, 2019]

- Cascade Health Sols. v. PeaceHealth, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 6, 2019]
- Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings,[Online], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29> [Accessed April 6, 2019]
- Inline Packaging, LLC v. Graphic Packaging Int'l, Inc., 164 F. Supp. 3d 1117 (D. Minn. 2016), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed June 15, 2019]
- LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 1, 2019]
- Suture Express, Inc. v. Owens & Minor Distribution, Inc., 851 F.3d 1029, 1036 (10th Cir.), cert. denied sub nom. Suture Exp., Inc. v. Owens & Minor Distribution, Inc., 138 S. Ct. 146, 199 L. Ed. 2d 186 (2017), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed June 30, 2019]
- Times-Picayune Publishing Company v. United States, 345 U.S. 594, 73 S. Ct. 872, 97 L. Ed. 1277 (1953), <http://international.westlaw.com> [Accessed April 14, 2019]
- UniStrip Techs., LLC v. LifeScan, Inc, 153 F. Supp. 3d 728 (E.D. Pa. 2015), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 17, 2019]
- United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 76 S. Ct. 994, 100 L. Ed. 1264 (1956), [Online], <http://international.westlaw.com> [Accessed April 15, 2019]