



การวินิจฉัยขอบเขตตลาดและแนวปฏิบัติ ในกิจการโทรคมนาคม*

Market Definition: Theory and Practice in the Telecommunications Market

- ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง
- อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
- E-mail: piyabutr__bun@utcc.ac.th

บทคัดย่อ

การพิจารณาว่าผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่มีแนวโน้มกีดกันการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ต้องพิจารณาว่า อำนาจเหนือตลาดใด ตลาดใหญ่เพียงใด กว้างขวางเพียงใด ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงฐานของการพิจารณาอำนาจเหนือตลาด ฐานการพิจารณาในที่นี้เรียกกันอย่างเป็นทางการว่า “ขอบเขตตลาด” (market definition) หรือบางทีก็เรียกว่า “ตลาดที่เกี่ยวข้อง” (relevant market) กล่าวอย่างง่าย ๆ ได้ว่า ยิ่งขอบเขตตลาดที่เป็นฐานในการพิจารณากว้างมากเท่าใด แนวโน้มของอำนาจเหนือตลาดก็น้อยลงเท่านั้น ยิ่งขอบเขตตลาดที่เป็นฐานในการพิจารณาแคบเท่าใด แนวโน้มของอำนาจเหนือตลาดก็มากขึ้นเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ขอบเขตตลาดจึงเสมือนเป็นตัวชี้วัดการมีอำนาจเหนือตลาดที่จะส่งผลให้มีการพิจารณาพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันต่อไป ขอบเขตตลาดจึงเป็นเสมือนหัวใจของกระบวนการวินิจฉัยพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันทางการค้าทั้งกระบวนการ ผู้เขียนจึงได้อธิบายแนวทางการวินิจฉัยขอบเขตตลาดทางทฤษฎีและ

* บทความนี้ปรับปรุงมาจากการศึกษาของผู้เขียนในฐานะที่เป็นนักวิจัยกฎหมายใน “โครงการศึกษากำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องในกิจการโทรคมนาคม การประเมินสภาพการแข่งขันตลาดที่เกี่ยวข้อง และการวิเคราะห์พฤติกรรมที่เป็นการลดหรือจำกัดหรือกีดกันการแข่งขัน” ของ ศูนย์ศึกษาความร่วมมือระหว่างประเทศแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ปี พ.ศ. 2551

ทางปฏิบัติโดยการยกตัวอย่างในกิจการโทรคมนาคมเพื่อเป็นแนวทางสำหรับนักศึกษาและผู้สนใจ เพื่อนำไปใช้วิเคราะห์กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยต่อไป

คำสำคัญ: การแข่งขันทางการค้า โทรคมนาคม ตลาดที่เกี่ยวข้อง

Abstract

When applying competition laws, we need to first analyze whether a telecommunications provider possesses sufficient market power to allow it to do businesses in a noncompetitive manner. It is also necessary to determine which market is being dominated. What should be the boundary? How many markets should be included? All these are reasonable questions for market analysis. Such questions are referred to as “market definition” to arrive at a “relevant market” outcome. In brief, it is sufficed to say that the larger the relevant market, the lower the market power, or vice versa. Market definition is then decisive to the whole process of market analysis. However, it does not follow that we first need a relevant market, in order to determine market power. This article is aimed at explaining how to theoretically and practically define relevant market with examples from the telecommunications market that would be conceptually useful for Thai audiences and Thai competition laws.

Keywords: Trade Competition, Telecommunications, Relevant Market

1. ความเบื้องต้น

กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีความสำคัญในการกำกับดูแลพฤติกรรมทางการค้าของผู้แข่งขันในตลาด อาจกล่าวได้ว่า ผู้ประกอบการมีอิสระเสรีที่จะทำการแข่งขันทางการค้าของตนอย่างไรก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่มีพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ตามกฎหมาย แต่การจะบอกว่าพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์เป็นอย่างไรนั้นเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและยุ่งยากพอสมควร เช่น ไม่สามารถพิจารณาเพียงแค่ว่ามีพฤติกรรมรวมหัวกันจัดสรรพื้นที่ทำการตลาดหรือไม่ เพราะการรวมหัวกันจัดสรรพื้นที่ทำการตลาดบางกรณีก็มีประสิทธิภาพในการส่งเสริมการแข่งขัน

ได้ดีจึงไม่ควรห้ามไปเสียทั้งหมด เช่นเดียวกับกรณีการขายพวงลมสินค้าก็ไม่ใช่ทุกกรณีที่จะเป็นพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ตามกฎหมายเพราะการขายพวงลมหลายกรณีก็มีประสิทธิภาพในการส่งเสริมการแข่งขันได้ดีเช่นกัน ข้อพิจารณาพฤติกรรมไม่พึงประสงค์นี้ในทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเรียกว่า “พฤติกรรมกีดกันการแข่งขันทางการค้า” กล่าวคือ เป็นการพิจารณาผลกระทบของพฤติกรรมเป็นหลักเพื่อวินิจฉัยว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นผลให้ส่งเสริมการแข่งขัน (procompetitive) หรือกีดกันการแข่งขัน (anticompetitive) มากกว่ากัน

อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมทางการค้าหนึ่งๆ อาจส่งผลเป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้าอยู่ในตัวไม่มากนักน้อย หากต้องวินิจฉัยพฤติกรรมทุก พฤติกรรมของผู้ประกอบการทุกรายย่อมต้องเป็น ภาระมากและไม่สมเหตุสมผลทางเศรษฐกิจ แต่ควร จะสนใจเฉพาะตลาดที่อ่อนไหวและผู้ประกอบการ รายใหญ่ที่มีแนวโน้มจะส่งผลร้ายต่อตลาดโดยรวม มากกว่า ประเด็นนี้ได้พัฒนาต่อมาเป็นข้อพิจารณา เรื่อง “อำนาจเหนือตลาด” (market power) เพื่อที่ จะดูว่าผู้ประกอบการรายใดมีอำนาจเหนือตลาด แล้วจึงพิจารณาพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันทาง การค้าของผู้มีอำนาจเหนือตลาดต่อไป ในแง่นี้ ผู้ประกอบการที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นผู้ ประกอบการรายย่อยที่ไม่สามารถกีดกันการแข่งขัน ทางการค้าได้แม้จะมีพฤติกรรมแบบที่ไม่พึงประสงค์ แม้ผู้ประกอบการรายย่อยจะพยายามกีดกันการ แข่งขันเพียงใดก็ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือ ต้านทานพลังของกลไกตลาดไปได้ จึงไม่มีเหตุผล ความจำเป็นทางเศรษฐกิจใดๆ ที่จะไปแทรกแซง การค้าของผู้ประกอบการรายย่อยเหล่านั้น ผู้ประกอบ การรายย่อยย่อมตกอยู่ภายใต้กลไกตลาด

การจะพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายหนึ่งๆ เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่มีแนวโน้มกีดกันการ แข่งขันทางการค้าหรือไม่นั้นมีข้อพิจารณาที่สำคัญ ประการหนึ่ง ได้แก่ อำนาจเหนือตลาด หมายถึง อำนาจเหนือตลาดใด ตลาดใหญ่แค่ไหน กว้างขวาง เพียงใด ซึ่งเป็นคำถามถึงฐานของการพิจารณาหา อำนาจเหนือตลาด ฐานการพิจารณาในที่นี้เรียกกัน อย่างเป็นทางการว่า “ขอบเขตตลาด” (market definition) หรือบางทีก็เรียกว่า “ตลาดที่เกี่ยวข้อง” (relevant market) อาจกล่าวได้ว่า ยิ่งขอบเขต ตลาดที่เป็นฐานในการพิจารณากว้างมากเท่าใด แนวโน้มของอำนาจเหนือตลาดก็น้อยลงเท่านั้น

ยิ่งขอบเขตตลาดที่เป็นฐานในการพิจารณาแคบ เท่าใด แนวโน้มของอำนาจเหนือตลาดก็มากขึ้น เท่านั้น จะเห็นได้ว่าขอบเขตตลาดนั้นเสมือนเป็น ตัวชี้วัดการมีอำนาจเหนือตลาดที่จะส่งผลให้มีการ พิจารณาพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันต่อไป ขอบเขต ตลาดจึงเป็นเสมือนหัวใจของกระบวนการวินิจฉัย พฤติกรรมกีดกันการแข่งขันทางการค้าทั้ง กระบวนการ

2. หลักการวินิจฉัยขอบเขตของตลาดและ ตัวอย่างทั่วไปทางปฏิบัติ

หลักการพื้นฐานของกฎหมายแข่งขันทาง การค้าได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากกฎหมาย แม่แบบการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปที่เกิดขึ้นมาตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 แต่การวินิจฉัยขอบเขตของตลาดได้รับการ พัฒนาอย่างจริงจังในช่วง 20-30 ปีที่ผ่านมา (Massey, 2000: 309) เพราะว่าตลาดในอดีตไม่ค่อยมีความ ซับซ้อน แต่ในช่วง 2-3 ทศวรรษหลัง ตลาดมีการ พัฒนาแตกต่างจากอดีตเป็นอย่างมากโดยเฉพาะ ตลาดเทคโนโลยีสารสนเทศ ทำให้เราเห็นสินค้าใน ตลาดเทคโนโลยีที่หลากหลายและใช้งานทดแทนกัน ได้โดยไม่มีที่สิ้นสุด การวินิจฉัยพฤติกรรมการค้าต่อต้าน การแข่งขันจึงซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เพราะไม่อาจ ทราบได้โดยง่ายว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือ ตลาดหรือไม่ ซึ่งในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์สามารถ ตรวจสอบรู้ได้ว่าผู้ประกอบการสามารถตั้งราคา สูงกว่าระดับราคาตลาดที่มีการแข่งขันซึ่งเท่ากับ ต้นทุนการผลิตต่อหน่วย (marginal cost) ตามที่ เป็นจริงแล้ว ก็จะทราบได้ทันทีว่าผู้ประกอบการราย นั้นมีอำนาจเหนือตลาดและไม่มี ความจำเป็นที่จะ ต้องวินิจฉัยขอบเขตตลาดแต่อย่างใด เพราะการ ตั้งราคาได้สูงจะเป็นข้อมูลโดยตรงที่บ่งชี้ความมี

อำนาจเหนือตลาด แต่ในทางปฏิบัติแล้วไม่สามารถหาข้อมูลต้นทุนการผลิตต่อหน่วยตามที่เป็นจริงได้ง่าย การวินิจฉัยขอบเขตตลาดจึงเป็นเครื่องมืออีกทางหนึ่งที่ช่วยวินิจฉัยอำนาจเหนือตลาดนั่นเอง (Sullivan and Hovenkamp, 2003: 635-636)

ขอบเขตของตลาดจึงเป็นข้อพิจารณาสำคัญอันดับแรกในการวินิจฉัยปัญหาการแข่งขันเพื่อที่จะทราบถึงขอบเขตที่ชัดเจนของตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ที่จะใช้เป็นฐานในการวินิจฉัยปัญหาการแข่งขันทางการค้าต่อไป หากกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องไม่สอดคล้องกับตลาดที่เป็นจริง ก็จะทำให้มาตรการทางกฎหมายที่ประกาศใช้เพื่อเยียวยาแก้ไขปัญหามีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ได้ แต่กลับจะเป็นการเพิ่มปัญหาด้วยการบิดเบือนกลไกตลาดมากยิ่งขึ้น เช่น หากมีมาตรการกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดมากเกินไป ทำให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นกลับกลายเป็นผู้ที่ไม่สามารถแข่งขันได้ในตลาดได้ หรือมีมาตรการที่น้อยเกินไปเพราะความซับซ้อนของการประกอบการโดยเฉพาะอย่างยิ่งความซับซ้อนของภาคโทรคมนาคม ทำให้ไม่เห็นถึงอาณาบริเวณของตลาดที่เกี่ยวข้องอย่างครอบคลุมเพียงพออันเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดนั้นๆ เป็นต้น ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป (ECJ) ในคดี *Continental Can v. Commission*, [1974] ECR 223 เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องว่าเป็นส่วนสำคัญในการวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาด เพราะ “...โอกาสในการแข่งขันสามารถประเมินได้แต่จากคุณลักษณะของสินค้าว่าสินค้านั้นจะสามารถสร้างความพึงพอใจ...และสามารถใช้ทดแทนกันได้กับสินค้าอื่นๆ หรือไม่เพียงใด”

การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องของอาศัยหลักการทางเศรษฐศาสตร์เป็นหลัก ซึ่งแม้ว่าจะมีหลักเศรษฐศาสตร์ในการพิจารณาหลายประการ แต่สำหรับภาคโทรคมนาคมนั้นจะพิจารณาตามมุมมองของความต้องการใช้สินค้าบริการนั้น (demand-side perspectives) หรือที่เรียกว่า “อุปสงค์” เป็นสำคัญ (Intven, 2000: 5-10) เช่น ตลาดของบริการโทรศัพท์พื้นฐานตามบ้านเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องกับตลาดของบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เพราะเป็นบริการที่ใช้ทดแทนกันได้เป็นอย่างดีในเชิงอุปสงค์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ข้อพิจารณาด้านอุปทานก็ไม่สามารถละเลยอย่างสิ้นเชิงได้เพราะในบางกรณีการไม่พิจารณาปัจจัยด้านอุปทานทำให้ได้ผลสรุปเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดที่เกินจริง (Pitofky, 1990) ทั้งนี้ หลักการทางเศรษฐศาสตร์พื้นฐานที่ใช้ในการวินิจฉัยขอบเขตตลาด ได้แก่ ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ (cross elasticity of demand) ซึ่งแสดงความเปลี่ยนแปลงของปริมาณอุปสงค์ที่มีต่อราคาของสินค้าชนิดหนึ่งกับสินค้าทดแทน โดยสามารถพิจารณาได้จาก (1) ผู้ซื้อจะสามารถเลือกใช้สินค้าอื่นทดแทนสินค้าที่ขึ้นราคาได้หรือไม่ และ (2) ความสามารถในการใช้ทดแทนกันได้มีมากน้อยเพียงใดเพราะจะเป็นตัววัดความสามารถในการคิดราคาของผู้ขาย อย่างไรก็ตาม ข้อข้อมูลเกี่ยวกับความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ของสินค้าไม่สามารถหามาใช้อ้างอิงได้โดยง่าย โดยส่วนใหญ่แล้วจะมีการคำนวณขึ้นเพื่อใช้เปรียบเทียบสินค้าและราคาของสินค้า 2 ชนิด เพื่อหาว่าผู้ซื้อจะมีพฤติกรรมอย่างไรต่อการขึ้นราคาของสินค้าใดสินค้าหนึ่ง (Hovenkamp, 1993: 105)

โดยที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีลักษณะเป็นกรอบหลักการอย่างกว้างๆ ไม่ระบุแนวทางและขั้นตอนที่ชัดเจนเพื่อให้เกิดความ

ยึดหยุ่นของการบังคับใช้กฎหมาย ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเนื้อหาสาระของปัญหานั้นไม่สามารถจะนำมาระบุเพื่อการพิจารณาเป็นขั้นๆ ได้เช่นที่กล่าวมาแล้วว่าการรวมหัวกันจัดสรรพื้นที่หรือการขายฟ่วงไม่ใช่เรื่องที่ต้องห้ามเสมอไป ทำให้บทบาทของหน่วยงานกำกับดูแลมีความสำคัญมากในฐานะที่เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในความยืดหยุ่นก็เกิดเป็นปัญหาความไม่แน่นอนของหลักการว่าหน่วยงานกำกับดูแลจะพิจารณาวินิจฉัยอย่างไร ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไว้ในที่อื่นแล้วว่าเกิดเป็นพัฒนาการของบรรทัดฐานการวินิจฉัยปัญหาการแข่งขันทางการค้าที่ผู้เขียนเรียกว่า “บันไดสามขั้น” ซึ่งกำลังจะมีขั้นที่สี่เกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ (ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, 2552) พัฒนาการของบรรทัดฐานดังกล่าวมีต้นแบบที่สำคัญมาจากแนวการวินิจฉัยการควบรวมกิจการ ค.ศ. 1992 (Horizontal Merger Guideline - HMG) ของสหรัฐอเมริกา บรรทัดฐานดังกล่าวเป็นเพียงแนวการวินิจฉัย (guideline) ที่ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายแต่สร้างขึ้นเพื่อลดความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมายเท่านั้น การปฏิบัติตามแนวการวินิจฉัยจึงไปเป็นตามความสมเหตุสมผลในแต่ละกรณี

โดยหลักการวินิจฉัยขอบเขตของตลาดของ HMG คือ การวินิจฉัยเพื่อตรวจสอบหาสินค้าทดแทนของสินค้าที่ถูกวินิจฉัยตามปัจจัยเชิงอุปสงค์ (demand substitution factor) กล่าวคือ ตามพฤติกรรมผู้บริโภคแล้วจะเลือกใช้สินค้าใดได้บ้างเพื่อทดแทนสินค้าที่ถูกวินิจฉัย โดยมีประเด็นการวินิจฉัยเพื่อตรวจสอบว่า บริษัทผู้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้ารวมถึงบริษัทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเป็นบริษัทเพียงแห่งเดียวที่มีความสามารถและมีความเป็นไปได้ที่จะขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญและสามารถรักษาระดับราคานั้นได้เป็นระยะเวลานาน ทั้งนี้บนข้อ

สมมติฐานว่าเงื่อนไขของการจำหน่ายของสินค้าอื่นๆ ไม่มีการเปลี่ยนแปลง หัวใจสำคัญของการวินิจฉัยจึงอยู่ที่ความสามารถในการขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญเป็นระยะเวลาสั้น (“small but significant and nontransitory price increase”) กล่าวคือ แม้การขึ้นราคาสินค้าจะทำให้ยอดขายลดลงแต่ทำให้กำไรโดยรวมเพิ่มขึ้นซึ่งเป็นแรงจูงใจที่เพียงพอในการขึ้นราคา ขอบเขตตลาดของสินค้าที่ถูกวินิจฉัยตาม HMG จะพิจารณาใน 3 ลักษณะ ได้แก่ (1) ขอบเขตตามประเภทสินค้า (Product Market Definition), (2) ขอบเขตตลาดตามภูมิศาสตร์ (Geographic Market Definition) และ (3) ผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด (Market Participants)

(1) ขอบเขตตลาดตามประเภทสินค้า Product Market Definition

ขอบเขตตลาดของสินค้าที่ถูกวินิจฉัยตาม HMG จะพิจารณาใน 3 ลักษณะ ลักษณะแรก ได้แก่ ขอบเขตตามประเภทสินค้า (product market definition) หากพิจารณาตามประเภทของตัวสินค้าหนึ่งๆ หรือกลุ่มของสินค้านั้น ในกรณีที่สินค้ามีราคาเดียวไม่เลือกปฏิบัติแตกต่างกันไปตามแต่ละผู้ซื้อ ก็จะเริ่มการวินิจฉัยจากสินค้านั้นๆ ที่มีขอบเขตตลาดแคบที่สุดก่อนและตรวจสอบหาความสามารถในการเพิ่มราคาสินค้า ถ้าหากว่าการขึ้นราคาสินค้านั้นไม่สามารถสร้างกำไรได้ ก็จะเพิ่มสินค้าที่เป็นสินค้าทดแทนที่ดีที่สุดเข้าไปอยู่กลุ่มเดียวกับสินค้าที่ถูกวินิจฉัยและตรวจสอบหาความสามารถในการเพิ่มราคาสินค้าว่าจะสามารถขึ้นราคาสินค้ากลุ่มนั้นและทำกำไรได้หรือไม่ หากไม่สามารถทำกำไรได้ก็จะเพิ่มสินค้าทดแทนที่ดีที่สุดเข้าไปในกลุ่มอีกและทำเช่นนี้ไปเรื่อยๆ จนกว่าจะได้กลุ่มสินค้าที่ “สามารถขึ้นราคาและทำกำไรได้อย่างมีนัยสำคัญ

และรักษาระดับราคาด้านไว้ได้นาน” ข้อมูลที่ใช้ในการวินิจฉัยนี้มาจากหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่น หลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้บริโภคได้เปลี่ยนหรือมีแนวโน้มว่าจะเปลี่ยนใจซื้อสินค้าระหว่างสินค้าหลายรายการ ตามการเปลี่ยนแปลงของราคาหรือปัจจัยทางการแข่งขันอื่นๆ หรือหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ขายมีการดำเนินธุรกิจตามมุมมองของผู้บริโภคเกี่ยวกับความสามารถในการใช้ทดแทนกันระหว่างสินค้าหลายรายการ ตามการเปลี่ยนแปลงของราคาหรือปัจจัยทางการแข่งขันอื่นๆ หรือผลกระทบจากการแข่งขันในตลาดต่อเนื่องที่ผู้ซื้อได้รับจากการแข่งขันในตลาดต่อเนื่องของผู้ซื้อเอง หรือต้นทุนและระยะเวลาที่ต้องใช้ในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าอีกชนิดหนึ่ง เป็นต้น

โดยทั่วไปแล้วขอบเขตตลาด ก็คือ กลุ่มของสินค้าที่เล็กที่สุดที่สามารถขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญได้โดยพิจารณาจากระดับราคาที่เพิ่มขึ้น 5% ว่ามีนัยสำคัญแต่ก็อาจปรับเปลี่ยนได้ตามสภาพการณ์ของตลาด ตัวอย่างในเรื่องนี้ ได้แก่ คดี *Time Warner, Inc., 123 F.T.C. 171 (F.T.C.1997)* ซึ่งเป็นกรณีการควบรวมกิจการระหว่าง Time Warner ผู้เป็นเจ้าของรายการ HBO กับ Turner ผู้เป็นเจ้าของรายการ CNN แม้ทั้ง 2 รายการไม่ใช่สินค้าที่ทดแทนกันได้แต่แรก แต่ผู้ให้บริการเคเบิลทีวีซึ่งเป็นลูกค้าของ Time Warner และ Turner ก็สามารถเลือกซื้อรายการหนึ่งรายการใดมาจัดกลุ่มให้บริการในราคาที่แข่งขันได้ แต่ถ้าหากว่ามีการควบรวมกิจการทั้งสองก็จะทำให้ขอบเขตตลาดของบริษัท Time Warner ขยายกว้างขึ้น และหาก Time Warner รวมทั้ง 2 รายการเข้าด้วยกันเป็นสินค้าเดียว ก็จะทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถเลือกซื้อรายการได้อย่างอิสระในราคาที่มีการแข่งขันระหว่างสองรายการได้อีกต่อไป (Pitofsky, 1999) การ

พิจารณาขอบเขตตลาดในคดีนี้จึงต้องขยายขอบเขตตลาดให้ครอบคลุมทั้ง 2 รายการ อนึ่ง ในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติทางราคา เช่น มีการคิดราคาแก่ผู้ซื้อที่แตกต่างกันในสินค้าชิ้นเดียวกัน ผู้ซื้อก็จะมีพฤติกรรมที่สะท้อนต่อการปรับราคาที่แตกต่างกันไป ด้วยจากที่กล่าวมา เพราะผู้ขายสามารถตั้งราคาแก่ผู้ซื้อเพื่อไม่ให้เปลี่ยนไปซื้อสินค้าทดแทน การวินิจฉัยจึงต้องอาศัยขอบเขตตลาดที่เพิ่มขึ้น โดยอาจรวมเอากลุ่มสินค้าที่ผู้ขายสามารถมีกำไรจากการขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญแยกตามกลุ่มผู้ซื้อ (targeted buyers) เป็นต้น

ในการปรับใช้หลักการวินิจฉัยขอบเขตตลาดตามประเภทสินค้า ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้เน้นย้ำถึงการพิจารณาความสามารถในการทดแทนกันของสินค้าเป็นหลักสำคัญ ในคดี *U.S. v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (U.S.1956)* ซึ่งเป็นคดีที่ได้รับการอ้างอิงอย่างแพร่หลายต่อมา ศาลได้วินิจฉัยว่าต้องรวมถึงสินค้าทุกประเภทที่ใช้ทดแทนกันได้อย่างสมเหตุสมผลแก่ผู้บริโภคด้วย “วัตถุประสงค์” อย่างเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ก็ดี มีข้อควรระวังว่าการพิจารณาความสามารถในการทดแทนกันของสินค้าอาจทำให้ขอบเขตตลาดกว้างเกินกว่าที่ควรจะเป็น เช่นในคดีดังกล่าว บริษัท duPont จำหน่ายวัสดุหีบห่อยืดหยุ่นแบบใสที่ผลิตจาก cellophane แต่ศาลได้พิจารณาขยายขอบเขตตลาดให้รวมถึงวัสดุหีบห่อยืดหยุ่นแบบอื่นด้วย ด้วยเหตุผลว่าราคาของ cellophane สูงในระดับที่น่าจะมีผู้แข่งขันรายใหม่เข้ามาในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง และการแข่งขันก็มีอยู่สูงมาก โดยยกตัวอย่างร้านทำขนมที่มีแนวโน้มเปลี่ยนไปใช้กระดาษห่อแบบขุ่นหากมีการขึ้นราคา cellophane เพียงเล็กน้อย แต่ในภายหลังก็เป็นที่ยอมรับว่าการวินิจฉัยขอบเขตตลาดในคดีนี้มีข้อผิดพลาดเพราะกำหนดขอบเขต

ตลาดกว้างขวางมากเกินไป เรียกกันต่อมาว่า “Cellophane Fallacy” เพราะรวมเอาสินค้าทดแทนของ cellophane หลายรายการทำให้ส่วนแบ่งตลาดของ duPont ลดน้อยลงและกลายเป็นว่า duPont ไม่มีอำนาจเหนือตลาด ทั้งที่จริงแล้ว duPont ได้คิดราคา cellophane ในราคาผูกขาดแล้ว กล่าวคือ duPont มีอำนาจเหนือตลาดและคิดราคาในอัตราสูงสุดที่สูงกว่าอัตราของตลาด cellophane ที่มีแข่งขัน ซึ่งเป็นราคาที่ duPont สามารถทำกำไรสูงสุดในจำนวนลูกค้าที่ตนเองพอใจแล้ว ดังนั้น duPont จึงไม่สามารถขึ้นราคาสินค้าไปมากกว่านี้แล้วเพราะจะทำให้ลูกค้าหันไปซื้อสินค้าอื่น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ดูเหมือนว่ามีสินค้าทดแทนและผู้ผลิตรายอื่นมากมายที่พร้อมจะเข้าสู่ตลาด ทั้งที่จริงแล้วผู้ซื้อ ก็จะไม่หันไปซื้อสินค้าทดแทนเหล่านั้นเพราะสินค้าทดแทนจะไม่สามารถสร้างแรงจูงใจที่ดีกว่าได้ ประเด็นสำคัญจึงไม่ใช่การมุ่งพิจารณาว่ามีการผูกขาดตลาดสินค้านั้นหรือไม่ เพราะอาจจะนำไปสู่ข้อสรุปที่ไม่ถูกต้อง แต่ควรพิจารณาว่าผู้ขายมีความสามารถที่จะคิดราคาที่สูงกว่าระดับราคาตลาดที่มีการแข่งขันได้หรือไม่ (Sullivan & Hovenkamp, 2003: 635-636)

ในทำนองเดียวกัน คดี *Cable Holdings of Ga. v. Home Video*, 825 F.2d 1598, 1563 (11th Cir. 1987) บริษัท Cable Holdings ต้องการจะเข้าแข่งขันให้บริการเคเบิลทีวีในตลาดท้องถิ่นแห่งหนึ่งที่มีบริษัท Home Video เป็นผู้ให้บริการอยู่ก่อน ประเด็นหนึ่งในคดีที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยขอบเขตตลาด คือ ขอบเขตของตลาดเคเบิลทีวีควรจะรวมถึงตลาดสื่อเพื่อการบันเทิงอื่นๆ ด้วยหรือไม่ เช่น ทีวีผ่านดาวเทียม ฟรีทีวี และบริการเช่าวิดีโอ ซึ่งศาลในคดีนี้เห็นว่าขอบเขตของตลาดจะต้องรวมบริการทั้งหมดไว้แต่จะมีข้อโต้แย้งที่หนักแน่น

ชัดเจน ทำให้ Home Video เป็นผู้ประกอบการที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดและกลายเป็นว่าตลาดท้องถิ่นนั้นมีสภาวะการแข่งขันที่สูง แต่ถ้าพิจารณาโดยคำนึงถึง Cellophane Fallacy ด้วยแล้วก็จะพบว่า การวินิจฉัยขอบเขตตลาดดังกล่าวมีความผิดพลาด เพราะไม่คำนึงถึงความสามารถในการกำหนดราคาของผู้ประกอบการเลย ทำให้ขอบเขตของตลาดบิดเบือนไปและส่งผลกระทบต่อการวินิจฉัยอำนาจเหนือตลาดที่ผิดพลาดในขั้นตอนต่อมา

(2) ขอบเขตตลาดตามภูมิศาสตร์ *Geographic Market Definition*

ขอบเขตตลาดของสินค้าที่ถูกวินิจฉัยตาม HMG ลักษณะที่สอง ได้แก่ ขอบเขตตามภูมิศาสตร์ (geographic market definition) ซึ่งหากพิจารณาขอบเขตตลาดตามพื้นที่ที่มีการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้า และภายใต้สมมติฐานเดิมอีกเช่นกันว่าสินค้านั้นมีราคาเดียวไม่เลือกปฏิบัติให้ราคาแตกต่างกันไปตามแต่ละผู้ซื้อ การวินิจฉัยก็จะเริ่มจากบริษัทผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายสินค้านั้นถึงบริษัทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตว่าเป็นเพียงบริษัทเดียวหรือไม่ในเขตพื้นที่หนึ่งๆ ที่มีความสามารถที่จะขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญและสามารถรักษาระดับราคานั้นได้เป็นระยะเวลานาน ทั้งนี้ต้องอยู่บนข้อสมมติฐานอีกข้อหนึ่งด้วยว่าเงื่อนไขการจำหน่ายของสินค้าในเขตพื้นที่อื่นๆ ไม่มีการเปลี่ยนแปลง การวินิจฉัยเริ่มจากสินค้าในเขตพื้นที่ตลาดแคบที่สุดของบริษัทและตรวจสอบหาความสามารถในการเพิ่มราคาสินค้า ถ้าหากว่าการขึ้นราคาไม่สามารถสร้างกำไรได้ก็จะเพิ่มเขตพื้นที่ที่เป็นเขตที่สามารถทดแทนที่ดีที่สุดเข้าไปอยู่ที่เดียวกับสินค้าที่ถูกวินิจฉัย โดยพิจารณาจากหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง เช่น หลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ซื้อได้เปลี่ยนหรือมี

แนวโน้มว่าจะเปลี่ยนใจซื้อสินค้าระหว่างเขตพื้นที่ต่างๆ ตามการเปลี่ยนแปลงของราคาหรือปัจจัยทางการแข่งขันอื่นๆ หรือไม่ หรือหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ขายมีการดำเนินธุรกิจตามมุมมองของผู้ซื้อเกี่ยวกับความสามารถในการใช้ทดแทนกันระหว่างสินค้าจากหลายพื้นที่ตามการเปลี่ยนแปลงของราคาหรือไม่ หรือปัจจัยทางการแข่งขันอื่นๆ หรือผลกระทบจากการแข่งขันในตลาดต่อเนื่องจากผู้ซื้อได้รับจากการแข่งขันในตลาดต่อเนื่องจากผู้ซื้อเอง หรือต้นทุนและระยะเวลาที่ต้องใช้ในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าจากอีกแหล่งหนึ่ง เป็นต้น ขั้นตอนการวินิจฉัยขอบเขตของตลาดสินค้าของบริษัทหนึ่งๆ จะดำเนินไปอย่างต่อเนื่องและเพิ่มเขตพื้นที่เข้าไปในกลุ่มของพื้นที่สินค้าของบริษัทจนพบว่าบริษัท “สามารถขึ้นราคาของกลุ่มสินค้านั้นอย่างมีนัยสำคัญและรักษาระดับราคานั้นเอาไว้ได้นาน” โดยทั่วไปแล้วขอบเขตตลาด ก็คือ กลุ่มพื้นที่ของสินค้าที่เล็กที่สุดที่สามารถขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญได้ ในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติทางราคา กล่าวคือ มีการคิดราคาแก่ผู้ซื้อที่แตกต่างกันในแต่ละพื้นที่ หรือผู้ซื้อต้องจ่ายค่าขนส่งจากพื้นที่ต่างๆ กัน ซึ่งไม่ได้สร้างกำไรให้แก่ผู้ขายในการคิดค่าขนส่ง แต่ถ้าหากผู้ขายสามารถขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญแก่ผู้ซื้อและผู้ซื้อไม่เปลี่ยนไปซื้อสินค้าทดแทน และไม่มีผู้ซื้อรายอื่นที่จะซื้อสินค้าเพื่อไปขายต่อแก่ผู้ซื้อที่ถูกตั้งราคาสูง ก็ถือได้ว่าผู้ขายสามารถขึ้นราคาได้อย่างมีนัยสำคัญ การวินิจฉัยก็จะอาศัยขอบเขตตลาดที่เพิ่มขึ้น โดยอาจรวมเอาพื้นที่สินค้าที่ผู้ขายสามารถมีกำไรจากการขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญแยกตามกลุ่มผู้ซื้อ เป็นต้น

ในการปรับใช้หลักการวินิจฉัยขอบเขตตลาดตามประเภทสินค้า ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในคดี *U.S. v. Grinnell Corp.* 384 U.S. 563

(U.S.1966) ได้วินิจฉัยขอบเขตตลาดตามภูมิศาสตร์ของศูนย์ควบคุมสัญญาณเตือนภัย Grinnell ซึ่งรวมทั้ง ไฟไหม้ น้ำรั่ว และกันขโมย ว่าเมื่อพิจารณาตามลักษณะของการทำธุรกิจแล้ว พบว่า มีขอบเขตตลาดครอบคลุมทั่วประเทศ แม้ว่าศูนย์ควบคุมหนึ่งจะมีระยะทำการไม่เกิน 25 ไมล์ แต่โดยลักษณะของธุรกิจแล้วดำเนินการครอบคลุมทั่วประเทศ มีการวางแผนทั่วประเทศเพื่อติดตั้งศูนย์ควบคุม การตรวจสอบและบำรุงรักษาก็ดำเนินการเป็นระบบทั่วประเทศ การตั้งราคาก็มีการกำหนดทั่วประเทศ แม้ในบางกรณีจะมีการปรับราคาเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพท้องถิ่น กรณีนี้ก็มิใช่ข้อผิดพลาดเช่นเดียวกับ Cellophane Fallacy เพราะไม่คำนึงถึงลักษณะการประกอบกิจการจริงๆ ในท้องถิ่น แม้ว่า Grinnell จะดำเนินกิจการทั่วประเทศ แต่สำหรับท้องถิ่นหนึ่งๆ แล้ว Grinnell มีอำนาจเหนือตลาดท้องถิ่นนั้นๆ แตกต่างกันไป ประเด็นจึงควรอยู่ที่ว่า ผู้ซื้อในท้องถิ่นจะสามารถเปลี่ยนไปใช้บริการของผู้ขายรายอื่นได้หรือไม่ถ้าหากว่า Grinnell ขึ้นราคา

(3) ผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด Market Participants

ขอบเขตตลาดของสินค้าที่ถูกวินิจฉัยตาม HMG ลักษณะที่สาม ได้แก่ ผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด (market participants) โดยจะวินิจฉัยเพื่อระบุตัวผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาดทั้งที่เป็นผู้ขายและผู้ผลิตที่เกี่ยวข้องอย่างน้อยใน 2 ลักษณะสำคัญ (1) ผู้ผลิตและผู้ขายโดยตรง โดยวินิจฉัยรวมเอาบริษัททั้งหมดที่ผลิตหรือขายในขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง รวมถึงบริษัทลูกที่เกี่ยวข้องตราบเท่าที่การรวมเอาบริษัทลูกนั้นสามารถสะท้อนให้เห็นความสามารถในการแข่งขันในตลาด ตลาดของสินค้าที่นำกลับมาใช้ใหม่ หรือนำมาปรับปรุงใหม่ก็จะถูกนับรวมไปในขอบเขต

ตลาดที่เกี่ยวข้องด้วย และ (2) ผู้ผลิตและผู้ขาย โดยอ้อม โดยวินิจฉัยรวมไปถึงบริษัทที่ไม่ได้ผลิตหรือขายสินค้าที่เกี่ยวข้องในขอบเขตตลาดที่กำหนด เพราะการรวมเอาบริษัทเหล่านั้นอาจสามารถสะท้อนผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น กล่าวคือ บริษัทเหล่านั้นอาจผลิตสินค้าเข้าสู่ตลาดในกรณีที่มีการขึ้นราคาสินค้าและมีแรงจูงใจทางธุรกิจมากพอ เรียกบริษัทเหล่านั้นว่า ผู้ผลิตและผู้ขายที่รอคู่สถานการณ์ (uncommitted entrants) การตอบสนองต่อราคาสินค้าที่เพิ่มสูงขึ้นของผู้ที่รอคู่สถานการณ์จะได้รับพิจารณารวมในขอบเขตตลาดก็ต่อเมื่อมีแนวโน้มว่าจะสามารถเข้าสู่ตลาดได้ภายในระยะเวลา 1 ปีโดยไม่ต้องมีการลงทุนขนาดใหญ่ (sunk cost) เพื่อเข้าและออกจากตลาด อันเป็นการตอบสนองต่อ “ราคาสินค้าที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ”

ในกรณีที่บริษัทมีความสามารถที่จะเข้าสู่ตลาดเพื่อตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้าแต่ติดอุปสรรค เช่น ช่องทางจัดจำหน่าย ความยอมรับสินค้าของผู้ซื้อ หรือไม่สามารถทำกำไรจากราคาสินค้าดังกล่าวได้ บริษัทนั้นก็จะถูกกันออกไปไม่พิจารณาว่าเป็นผู้ผลิตและผู้ขายในตลาด ในหลายกรณีการตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้าไม่ได้ทำให้เกิดการเข้าสู่ตลาดของสินค้าแบบเดียวกันโดยตรง แต่ทำให้เกิดสินค้าที่เกี่ยวข้องใหม่ในขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง ในทำนองเดียวกับการเลือกปฏิบัติด้านราคาที่มีการคิดราคาไม่เท่ากันระหว่างผู้ซื้อสินค้าเดียวกัน การตอบสนองต่อราคาก็ทำให้เกิดสินค้าใหม่แก่กลุ่มเป้าหมายเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นไปได้หลายวิธี เช่น การใช้ทรัพยากรที่มีอยู่เพื่อผลิตสินค้าทดแทนในตลาดหรือเพื่อผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้อง ในบางกรณีบริษัทที่ไม่มีทรัพยากรที่เกี่ยวข้องในการผลิตและขายสินค้านั้นก็อาจจัดหาทรัพยากรมาเพื่อผลิตและจำหน่ายสินค้านั้นได้โดยไม่ต้องมีการลงทุนขนาดใหญ่ เช่นนี้แล้ว ก็

จะได้รับพิจารณาว่าเป็นผู้ผลิตหรือผู้ขายในตลาดที่เกี่ยวข้อง

3. ตัวอย่างเฉพาะในกิจการโทรคมนาคม

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การวินิจฉัยขอบเขตตลาดกิจการโทรคมนาคมอาจแบ่งประเภทตลาดเพิ่มเติมจากการแบ่งประเภทสินค้าและภูมิศาสตร์ โดยอาจเพิ่มเป็น “ตลาดชั้นปลาย” (end-user markets) และ “ตลาดชั้นต้น” (input markets) ซึ่งตลาดชั้นปลาย หมายถึง ตลาดที่ให้บริการแก่ผู้ใช้บริการปลายทาง ในขณะที่ตลาดชั้นต้น หมายถึง ตลาดที่สินค้าหรือบริการนั้นผลิตสำหรับผู้ประกอบการทั้งหลายนำไปใช้เพื่อผลิตสินค้าหรือบริการแก่ผู้ใช้บริการปลายทางอีกต่อหนึ่ง (**BA-NYNEX Order**, 1997: 49; **BT-MCI Order**, 1997: 35) โดยวินิจฉัยขอบเขตตลาดบนความสามารถในการทดแทนกันของสินค้าหรือบริการเชิงอุปสงค์ ในบางกรณีอาจวินิจฉัยรวมเอากลุ่มบริการที่คล้ายกันตามลักษณะความสามารถที่ทดแทนกันได้เชิงอุปสงค์ภายในกลุ่ม แต่ไม่มีสินค้าหรือบริการมาทดแทนได้จากภายนอกกลุ่ม (**LEC In-Region Interexchange Order**, 1997: 5,31,40) ซึ่งเป็นไปตามการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยี ตัวอย่างเช่น เมื่อตลาดมีการแข่งขันเพิ่มมากขึ้นและมีผู้ประกอบการหลายรายเข้าสู่ตลาดของกันและกัน ผู้ประกอบการเหล่านั้นก็มีแนวโน้มว่าจะรวมสินค้าและบริการกันเพื่อแข่งขัน ยิ่งมีการสร้างสินค้าและบริการใหม่จากการร่วมมือกันมากเท่าใด ผู้ใช้บริการก็จะมีความต้องการใช้สินค้าและบริการที่ปรับเปลี่ยนตามไปด้วย กระทั่งผู้ใช้บริการมีความต้องการสินค้าและบริการร่วมชนิดใหม่นั้น ก็อาจทำให้เกิดเป็นขอบเขตตลาดใหม่ขึ้นมา เพราะผู้ให้บริการจะไม่หันกลับไปใช้บริการที่แยกต่างหากออกจากกันอีกต่อไป

แม้จะมีการขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญ ในบางกรณี อาจจำเป็นต้องแบ่งตามกลุ่มผู้ใช้บริการเพื่อสะท้อนให้เห็นพฤติกรรมการใช้บริการที่แตกต่างกันไปอีกด้วย เช่น กลุ่มผู้พักอาศัยและธุรกิจขนาดเล็ก กลุ่มธุรกิจขนาดกลาง และกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่หรือหน่วยงานของรัฐ (**BA-NYNEX Order**, 1997: 53) จากนั้นจึงระบุตัวผู้ขายหรือผู้ผลิตที่เกี่ยวข้องในตลาด ซึ่งในหลายกรณีมีผู้ที่รอดูสถานการณ์เพื่อจะเข้าสู่ตลาดแต่ติดปัญหากฎเกณฑ์ทางโทรคมนาคม เช่น ใบอนุญาตประกอบกิจการ หรือ การจัดสรรความถี่ เป็นต้น และโดยทั่วไปแล้วการวินิจฉัยจะใช้ระยะเวลา 2 ปีเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความสามารถในการเข้าสู่ตลาด

ตัวอย่างการวินิจฉัยขอบเขตตลาดบริการโทรคมนาคม เช่น ขอบเขตตลาดสื่อสารไร้สาย (Commercial Mobile Radio Services – CMRS) รวมถึง เพจเจอร์ ทรังก์เรดิโอ และ โทรศัพท์เคลื่อนที่ (**OneComm**, 1995) เพราะหากกำหนดขอบเขตตลาดสื่อสารไร้สายแคบเกินไปและใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันตามแต่ละชนิดย่อยๆ ของบริการไร้สายจะไม่เหมาะสมกับเป้าหมายการแข่งขันของตลาดที่เพิ่มขึ้นตามพัฒนาการของเทคโนโลยีและความต้องการของผู้ใช้บริการ (**CMRS Third Report and Order**, 1994) หรือตัวอย่างการวินิจฉัยขอบเขตของตลาด บริการสื่อสาร 2 ทาง ไร้สายผ่านดาวเทียม (mobile satellite services) อยู่ในขอบเขตตลาดเดียวกับตลาด บริการสื่อสาร 2 ทางไร้สายภาคพื้นดิน (terrestrial radio services) รวมเป็นตลาดบริการสื่อสาร 2 ทางไร้สาย แต่ไม่รวมถึงบริการสื่อสารทางเดียว เพราะผู้ใช้บริการไม่มีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนไปใช้บริการ 2 ทางดังกล่าวได้อย่างคุ้มค่า (**Motorola and AMSC**, 1998: 22-28) หรือตัวอย่างการวินิจฉัยขอบเขตตลาด

ของบริการชุมสายท้องถิ่น (local exchange services) ให้รวมถึง บริการเชื่อมต่อเข้าชุมสาย (exchange access services) ทั้งที่เป็นบริการแก่ธุรกิจขนาดใหญ่และบริการแก่ประชาชนทั่วไป (**PacificCorp and CTE**, 1997: 22-23) อย่างไรก็ดี การวินิจฉัยขอบเขตตลาดเป็นการวินิจฉัยเพื่อใช้เฉพาะแต่กรณีที่พิจารณาเช่นในการพิจารณาคำขอเพื่อควบคุมกิจการ ผลการวินิจฉัยขอบเขตตลาดในกรณีหนึ่งจึงอาจไม่ตรงกับกรณีอื่น แล้วแต่ความสมเหตุสมผลของกรณีที่วินิจฉัย เช่นในกรณีนี้ ขอบเขตตลาดบริการชุมสายท้องถิ่น ก็พบว่าไม่ตรงกับ การวินิจฉัยขอบเขตตลาดในอีกกรณีหนึ่งที่พิจารณาแยกเอาตลาดบริการธุรกิจขนาดใหญ่ออกจากตลาดบริการประชาชนทั่วไป (**PacificCorp and CTE**, 1997: 25) เช่นเดียวกับกรณีการวินิจฉัยขอบเขตตลาด บริการอินเทอร์เน็ตความเร็วสูง (hi-speed internet access services) ว่าไม่รวมถึง บริการอินเทอร์เน็ตความเร็วต่ำ (narrowband internet access services) ก็ไม่จำกัดการวินิจฉัยในกรณีอื่นว่าทั้ง 2 บริการอยู่ในขอบเขตตลาดเดียวกัน (**Time Warner and AOL**, 1997: 69)

ในสหภาพยุโรป มีข้อเสนอว่าด้วยตลาดที่เกี่ยวข้องในกิจการโทรคมนาคม (**Relevant Markets Recommendation**, 2003) และแนววินิจฉัยตลาดและการประเมินอำนาจเหนือตลาด (**SMP Guidelines**, 2002) การวินิจฉัยขอบเขตตลาดโทรคมนาคมจึงอาศัยตาม Relevant Market Recommendation และ SMP Guidelines เป็นสำคัญโดยไม่ขัดแย้งกับหลักการทั่วไปของกฎหมายการแข่งขัน เป็นแต่เพียงเพื่อเอื้ออำนวยให้หน่วยงานกำกับดูแลในแต่ละประเทศสามารถวินิจฉัยขอบเขตตลาดได้อย่างสอดคล้องกันทั้งภูมิภาค

เท่านั้นและเป็นที่เข้าใจกันว่า Relevant Market Recommendation และ SMP Guidelines จะมีการทบทวนและปรับปรุงให้ทันสมัยอยู่เสมอ (Framework Directive, 2002: Article 15(2))

โดย Relevant Market Recommendation ได้จำแนกตลาดบริการโทรคมนาคมเป็น 2 ประเภทหลัก ได้แก่ “ตลาดบริการรายย่อย” (retail markets) และ “ตลาดบริการรายใหญ่” (wholesale markets) หลักการวินิจฉัยใช้เกณฑ์ขอบเขตระยะเวลานานที่พอแก่การพิจารณา (relevant time horizon) กล่าวคือ แม้ว่าปัจจุบันตลาดอาจมีการแข่งขันอย่างจำกัด แต่หากพิจารณาตามพลวัตของเทคโนโลยีและการปรับตัวของผู้ประกอบการในระยะเวลาที่เหมาะสมก็อาจพบว่าตลาดนั้นไม่จำเป็นต้องมีการแทรกแซงจากหน่วยงานกำกับดูแล หลักการวินิจฉัยที่สำคัญมี 3 ประการ ได้แก่ (1) อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (barriers of entry) มีอยู่สูงมากและเป็นระยะเวลานานพอ โดยเฉพาะอุปสรรคเชิงโครงสร้างตลาดเอง* และอุปสรรคจากกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง (2) ตลาดนั้นไม่มีแนวโน้มว่าจะมีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพได้ในระยะที่นานพอสมควร (3) มาตรการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาการแข่งขันของตลาด อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นตลาดที่อยู่ในสถานะที่มีปัญหาการแข่งขัน เช่น ในกรณีที่ตลาดนั้นได้อยู่ระหว่างการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ที่สามารถทำให้เกิดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพได้ในระยะเวลาหนึ่งที่จะเกิดขึ้นอย่างชัดเจน หรือในกรณีอื่นที่แสดงให้เห็นว่ามี

อุปสรรคอยู่สูง แต่ก็ยังมีปัจจัยที่บ่งชี้ได้ว่าจะเกิดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพขึ้นได้ในอนาคต เป็นต้น ทั้งนี้ได้มีการทำตัวอย่างรายการประเภทตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้เป็นแบบอย่างเริ่มต้นในการพิจารณา แบ่งตามประเภทตลาดรายย่อย และตลาดรายใหญ่ (โปรดดูภาคผนวกของ Relevant Market Recommendation) ซึ่งแน่นอนว่าการกำหนดแนววินิจฉัยดังกล่าวไม่กระทบต่อการวินิจฉัยขอบเขตตลาดตามหลักการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภาคทั่วไป

SMP Guidelines มีเนื้อหาที่เป็นกำหนัดแนวการวินิจฉัยอำนาจเหนือตลาดและระดับตอนที่สำคัญ 4 ขั้นตอน ได้แก่ (1) การวินิจฉัยขอบเขตตลาด (2) การวินิจฉัยอำนาจเหนือตลาด (3) การกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และ (4) มาตรการต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ตามหลักการอย่างเดียวกันกับ HMG ของสหรัฐอเมริกา แนวการวินิจฉัยขอบเขตตลาดของ SMP Guidelines ก็ได้ระบุข้อพิจารณาที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ข้อพิจารณาเชิงอุปสงค์ ข้อพิจารณาเชิงอุปทาน และข้อพิจารณาเกี่ยวกับศักยภาพการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้น โดยมี “บททดสอบความมีอำนาจเหนือตลาด” (Hypothetical Monopolist Test) หรือเรียกโดยย่อว่า HMT เพื่อพิจารณา “ความสามารถในการขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญ” (small but significant, lasting increase in the price) ภายใต้เงื่อนไขว่าปัจจัยด้านอื่นๆ คงที่ และโดยทั่วไปแล้วให้พิจารณาที่ระดับการขึ้นราคาประมาณ 5-10% นอกจากนี้ SMP Guidelines ยังวางแนวให้เริ่มพิจารณาจาก

* อุปสรรคเชิงโครงสร้างตลาด เป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดที่เกิดมาจากต้นทุนหรือเงื่อนไขทางอุปสงค์ ที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน อันทำให้เป็นอุปสรรคของผู้ให้บริการรายใหม่ เช่น ความได้เปรียบของการประหยัดเนื่องจากปริมาณการผลิต (economy of scale) หรือต้นทุนจม (sunk cost) ที่สูงมาก เป็นต้น

ตลาดสินค้าหรือบริการการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ในพื้นที่หนึ่ง แล้วค่อยๆ เพิ่มสินค้าหรือบริการจากพื้นที่ข้างเคียงที่มีผลกระทบต่อราคาของสินค้าหรือบริการที่ต้องการทดสอบ จากนั้นจึงพิจารณาว่ากำไรที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากการขึ้นราคาสามารถชดเชยได้อย่างดีกับยอดขายที่ลดลง อย่างไรก็ดี ฟิงระวังว่า HMT ตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานที่ว่าสินค้าหรือบริการมีการตั้งราคาอย่างเสรีปราศจากเงื่อนไขและกฎเกณฑ์ใดๆ นอกจากนี้ SMP Guidelines ยังย้ำในประเด็นเดียวกันกับ Cellophane Fallacy ว่าในบางกรณีที่สินค้าหรือบริการมีทางเลือกให้ลูกค้าใช้สินค้าทดแทนได้มากมาย ไม่ได้หมายความว่าเอกชนเจ้าของสินค้าหรือบริการนั้นไม่มีอำนาจเหนือตลาด แต่อาจตีความได้ว่า เอกชนนั้นได้ใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่อย่างเต็มที่แล้ว จนไม่สามารถทำกำไรเพิ่มเติมจากที่เป็นอยู่ได้อีก ต่อไปจะได้อธิบายถึงการวินิจฉัยขอบเขตตลาดตามหลักการของ SMP Guidelines ที่แบ่งเป็น 3 ประการ

ประการแรก ได้แก่ ขอบเขตตลาดตามประเภทสินค้าหรือบริการ (relevant product/service market) ประกอบด้วย สินค้าหรือบริการทุกประเภทที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ (substitutable) หรือสับเปลี่ยนกันได้ (interchangeable) ตามลักษณะการใช้งานเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคทั้งด้านราคาและประโยชน์ใช้สอย รวมทั้งเมื่อพิจารณาด้วยถึงเงื่อนไขของการแข่งขันในตลาดที่วินิจฉัยทั้งที่เป็นเชิงอุปสงค์และเชิงอุปทาน สินค้าหรือบริการที่มีระดับการทดแทนกันได้น้อยไม่สามารถจัดให้อยู่ในตลาดเดียวกันได้ ตัวอย่างเช่น การใช้บริการอินเทอร์เน็ตผ่านเคเบิลและผ่านดาวเทียม ทั้งสองบริการอาจถูกจัดไว้ในตลาดเดียวกันได้ แต่สำหรับบริการเพจเจอร์และโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่อาจถูกจัดไว้ในตลาดเดียวกันเฉพาะ

สำหรับตลาดบริการส่ง sms เป็นต้น นอกจากนี้ยังอาจแบ่งกลุ่มตลาดออกตามกลุ่มผู้ใช้บริการ เช่น กลุ่มองค์กรธุรกิจ และกลุ่มผู้ใช้บริการในครัวเรือนที่มีการตั้งราคาค่าบริการแตกต่างกัน เป็นต้น แต่ในกรณีที่สินค้าหรือบริการที่มีราคาแตกต่างกันแต่สามารถใช้ทดแทนกันได้ เช่น บริการอินเทอร์เน็ตความเร็วสูง กับบริการอินเทอร์เน็ตความเร็วต่ำ ก็อาจจัดอยู่ในตลาดเดียวกันได้ เมื่อพิจารณาตามพฤติกรรมของผู้ใช้บริการที่มีต่อการขึ้นราคา ดังนั้นนอกจากที่จะต้องวินิจฉัยความสามารถในการทดแทนกันของสินค้าหรือบริการตามประโยชน์ใช้สอยแล้วยังต้องวินิจฉัยขอบเขตตลาดตามปัจจัยเชิงอุปสงค์ และปัจจัยเชิงอุปทานด้วย ตัวอย่างการวินิจฉัยตามปัจจัยเชิงอุปสงค์อาจพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้ใช้บริการโดยคำนึงถึงต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าทดแทนของผู้บริโภคเพราะในบางกรณีอาจมีราคาต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าทดแทนที่สูงมาก เพราะผู้ใช้บริการได้ลงทุนไปในเทคโนโลยีที่ใช้ หรือลงทุนในสิ่งจำเป็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากสินค้าหรือบริการนั้นอย่างเต็มที่ ในบางกรณีผู้ใช้บริการอาจถูกกักไว้ (locked in) ไม่อาจเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการทดแทนได้เนื่องจากข้อสัญญา หรือต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้อุปกรณ์ใหม่ที่ราคาแพง กรณีเช่นนี้สินค้าหรือบริการดังกล่าวไม่ควรจะถูกจัดอยู่ในขอบเขตตลาดเดียวกัน ตัวอย่างการวินิจฉัยตามปัจจัยเชิงอุปทานอาจพิจารณาถึงความเป็นไปได้จริงที่เอกชนอื่นๆ จะตัดสินใจเข้าสู่ตลาดภายในระยะเวลาที่พอสมควรเมื่อมีการขึ้นราคา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ต้นทุนในการผลิตสินค้าหรือบริการใหม่นั้นน้อยมาก ก็อาจรวมเอาสินค้านั้นไว้ในขอบเขตตลาดเดียวกัน หากเพียงแค่มีสักยภาพในการผลิตแต่ไม่อาจทำได้จริงก็ไม่อาจนับได้ว่าเป็น

สินค้าที่อยู่ในขอบเขตตลาดได้ เช่น อาจไม่สามารถให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยทำสัญญาเป็นรายเดือนหรือรายปีได้ หรือมีข้อจำกัดด้านขั้นตอนหรือกฎระเบียบ เช่น การทำความตกลงเชื่อมต่อโครงข่ายที่ล่าช้า การทำสัญญาเช่าเพื่อติดตั้งสถานีฐาน หรือการขออนุญาตเพื่อใช้ทางสาธารณะ เป็นต้น

ประการที่สอง ได้แก่ ขอบเขตตลาดตามภูมิศาสตร์ (relevant geographic market) การกำหนดขอบเขตตลาดตามภูมิศาสตร์ไม่จำเป็นต้องมีสภาพการแข่งขันที่เสมอกันอย่างสมบูรณ์ระหว่างผู้ให้บริการตลอดทั้งพื้นที่ หากมีสภาพการแข่งขันที่ประมาณได้ว่าเสมอกันเป็นหนึ่งเดียวตลอดทั้งพื้นที่ก็เพียงพอแล้วที่จะรวมไว้ในขอบเขตตลาดเดียวกัน เว้นแต่สภาพการแข่งขันมีความแตกต่างกันมากในพื้นที่ ก็จะไม่สามารถรวมกันเป็นขอบเขตตลาดเดียวกันได้ ในด้านอุปสงค์จะต้องพิจารณาพฤติกรรมปัจจุบันของผู้ใช้บริการในพื้นที่เป็นหลัก และบางกรณีอาจมีข้อพิจารณาเรื่องภาษาท้องถิ่นที่ไม่เหมือนกัน ในด้านอุปทานก็อาจพิจารณาว่ามีผู้ให้บริการรายใดที่อาจตัดสินใจเข้าสู่ตลาดในระยะเวลาพอสมควรหากมีการขึ้นราคาของผู้ให้บริการในพื้นที่เดิม กรณีนี้ก็อาจรวมเอาว่าที่ผู้ให้บริการจากนอกพื้นที่รายนั้นเข้าไปในขอบเขตตลาดด้วย โดยทั่วไปแล้วมีข้อพิจารณาดังเดิม 2 ประการ ได้แก่ พื้นที่การให้บริการ และเงื่อนไขการให้อนุญาตเพื่อให้บริการในพื้นที่ตามกฎหมาย ตามข้อพิจารณานี้จึงอาจแบ่งประเภทตลาดตามภูมิศาสตร์ได้เป็น ตลาดในท้องถิ่น ตลาดในภูมิภาค ตลาดในประเทศ หรืออาจเป็นตลาดที่มีพื้นที่ครอบคลุมหลายประเทศ เป็นต้น

ประการที่สาม ได้แก่ ข้อพิจารณาอื่นๆ ซึ่งในบางกรณี ขอบเขตตลาดอาจจำเป็นต้องพิจารณา

ตามเส้นทางของการสื่อสาร เช่น ตลาดการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศทั้งแบบรายย่อย (retail) และแบบรายใหญ่ (wholesale) ซึ่งมีความเหมาะสมมากกว่าที่จะพิจารณาเป็นตลาดแยกต่างหากกันไปแต่ละคู่ประเทศที่มีการสื่อสารระหว่างกัน เพราะจะเห็นได้ชัดในเชิงอุปสงค์ว่าการติดต่อสื่อสารจากประเทศหนึ่งไม่สามารถทดแทนได้ด้วยการติดต่อสื่อสารจากอีกประเทศหนึ่ง แต่ในกรณีที่มีการให้บริการระหว่างประเทศผ่านประเทศที่สามเพื่อทดแทนการติดต่อสื่อสารระหว่างคู่ประเทศข้างต้น ก็ถือได้ว่าเป็นสินค้าหรือบริการทดแทนเชิงอุปทานที่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป อย่างไรก็ตาม การให้บริการระหว่างประเทศน่าจะพิจารณาได้ว่าเป็นตลาดระดับประเทศเพราะทำการเชื่อมต่อตลาดที่มีอุปสงค์และอุปทานที่ต่างกันจากทั้งสองข้างปลายทาง ตามแนวการวินิจฉัยขอบเขตตลาดของคณะกรรมการแห่งยุโรป (European Commission) มีข้อพิจารณาว่าในบางกรณีที่ขอบเขตของตลาดอาจขยายไปครอบคลุมสินค้าหรือพื้นที่ตามภูมิศาสตร์ที่อาจไม่ได้ทดแทนกันได้โดยตรง แต่สามารถทดแทนกันได้โดยอ้อม (chain substitutability) เช่น กรณีที่สินค้า ก ไม่สามารถทดแทนกันได้โดยตรงกับสินค้า ค แต่สินค้า ข สามารถทดแทนได้ทั้งสินค้า ก และสินค้า ค ดังนั้น สินค้า ก และสินค้า ค อาจถูกจัดอยู่ในขอบเขตตลาดเดียวกันได้เพราะเงื่อนไขราคาที่ตั้งผู้ผลิตสินค้า ก และผู้ผลิตสินค้า ค รู้ดีว่ามีสินค้า ข คอยตรึงราคาสินค้าทั้งสองอยู่ เช่นเดียวกับสินค้าหรือบริการใน 2 พื้นที่ที่ไม่อาจทดแทนกันได้โดยตรง แต่อาจอยู่ในขอบเขตตลาดเดียวกัน เพราะมีพื้นที่ที่สามที่สามารถทดแทนพื้นที่ทั้งสองได้อยู่ เป็นต้น

เป็นที่ยอมรับว่าแนววินิจฉัยตามหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั่วไปอาจไม่เหมาะสมต่อ

สาขาเฉพาะโทรคมนาคมในหลายกรณี ดังนั้น การวินิจฉัยเป็นการเฉพาะแก่ภาคโทรคมนาคมจึงอาจมองเห็นได้ว่าขัดแย้งหรือสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปแล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม แม้แต่กับคำวินิจฉัยใหม่ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันก็เป็นไปได้ว่าจะไม่มีความเหมาะสมอีกต่อไปในอนาคตอันใกล้ การวินิจฉัยแต่ละกรณีจึงไม่กระทบต่อคำวินิจฉัยในสาขาเฉพาะที่อาจแตกต่างกันไปได้แล้วแต่บริบทของปัญหาและช่วงระยะเวลา โดยทั่วไปในปัญหาการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมจะเป็นเรื่องการเชื่อมต่อโครงข่ายซึ่งจะมีตลาด 2 ประเภท ได้แก่ “ตลาดบริการปลายทาง” (services market) ที่ให้บริการแก่ผู้ใช้บริการ และ “ตลาดการเชื่อมต่อ” (access market) ที่ต้องการเชื่อมต่อเข้ากับอุปกรณ์โครงข่ายที่จำเป็นต่อการให้บริการ นอกจากนี้ขอบเขตตลาดอย่างกว้างทั้งสองนี้แล้ว การกำหนดขอบเขตตลาดเพิ่มเติมอาจทำได้ด้วยข้อพิจารณาเชิงอุปสงค์และอุปทาน ในการวินิจฉัยจึงอาจต้องแบ่งแยกออกเป็น คำวินิจฉัยด้านบริการ และคำวินิจฉัยด้านโครงข่าย ตัวอย่างคำวินิจฉัยด้านโครงข่าย เช่น คดี Case COMP/M.1439 - Telia/Telenor เป็นการแบ่งแยก ตลาดของกลุ่มสายท้องถิ่น (local loop) กับตลาดสื่อสารทางไกลและระหว่างประเทศ เป็นต้น หรือตัวอย่างของคำวินิจฉัยด้านบริการ เช่น คดี Case IV/JV.15 - BT/AT&T และคดี Case COMP/M.2257 - France Telecom/Equant ในตลาดบริการสื่อสารแบบประจำที่ (fixed services) ที่มีการแบ่งแยกตลาดออกเป็น ตลาดของผู้ให้บริการโทรศัพท์รายย่อย ตลาดของผู้ให้บริการที่ต้องการเชื่อมต่อเข้าโครงข่าย และตลาดของบริการสื่อสารข้อมูลทางธุรกิจ รวมทั้งอาจแยกออกเป็นตลาดบริการแก่องค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ เป็นต้น หรือตัวอย่างคำวินิจฉัยเกี่ยวขอบเขตตลาดบริการสื่อสาร

ข้อมูลความเร็วสูงทั่วโลก (Global Broadband Data Communications Services – GBDS) ในคดี Case COMP/M.1564 - Astrolink ที่พบว่าสามารถรวมเอาระบบบริการทางสายภาคพื้นดิน ระบบบริการไร้สายภาคพื้นดิน และระบบบริการผ่านดาวเทียม แต่สำหรับข้อพิจารณาทางอุปสงค์ของระบบผ่านดาวเทียมแล้ว สามารถพิจารณาแยกออกเป็นตลาดต่างหากได้อีก หรือตัวอย่างคำวินิจฉัยที่แบ่งแยกตลาดบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ออกจากตลาดบริการโทรศัพท์ประจำที่ในคดี Case COMP/M.2574 - Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับคำวินิจฉัยที่แบ่งแยกตลาดบริการอินเทอร์เน็ตผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ออกจากตลาดบริการอินเทอร์เน็ตผ่านโทรศัพท์แบบประจำที่ในอดีต เช่น ในคดี Case COMP/M.1982 - Telia/Oracle/Druitt และ Case COMP/JV.48 Vodafone/ Vivendi/Canal+ หรือตัวอย่างคำวินิจฉัยในคดี Case COMP/M.2469 - Vodafone/Airtel, Case IV/M.1430 - Vodafone/Airtouch และ Case IV/M.1669 - Deutsche Telecom/One2One เกี่ยวกับตลาดบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่รวมเอาระบบ GSM900 GSM1800 และระบบนอกอื่นๆ ไว้ด้วยกัน หรือตัวอย่างคำวินิจฉัยในคดี Case IV/36.359 - British Interactive Broadcasting/Open เป็นกรณีของตลาดเชื่อมต่อ (access market) ที่รวมเอาอุปกรณ์โครงข่ายทุกประเภทที่สามารถให้บริการอย่างเดียวกันได้ เช่น เพื่อที่จะให้บริการโทรศัพท์แก่ผู้ใช้บริการปลายทางจะต้องพิจารณาโครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐานและโครงข่ายเคเบิลแบบอื่นที่สามารถให้บริการอย่างเดียวกันซึ่งอาจรวมถึงโครงข่ายไร้สายแบบประจำที่ด้วย หรือตัวอย่างคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกลุ่มสายท้องถิ่น (local loop) ที่เห็นว่าจะไม่สามารถ

ทดแทนได้ด้วยโครงข่ายแบบอื่นที่อาจให้บริการแบบเดียวกันได้ เช่น โครงข่ายไฟเบอร์ออฟติก คู่สายทองถิ่นแบบไร้สาย และโครงข่ายเคเบิลทีวี (Local Loop, 2000: 55)

4. บทสรุป

แม้ภาคโทรคมนาคมมีหลักการคุ้มครองการแข่งขันที่มีรายละเอียดเฉพาะของภาคโทรคมนาคม แต่ก็เป็นการพัฒนาต่อยอดมาจากกฎหมายการแข่งขันภาคทั่วไป หลักการในทางปฏิบัติจึงมีข้อพิจารณาอย่างเดียวกัน คือ มีการวินิจฉัยขอบเขตตลาด (market definition) การวินิจฉัยการมีอำนาจเหนือตลาด (market concentration) การวินิจฉัยความสามารถในการเข้าสู่ตลาด (market entry) ในบางกรณีรวมถึงการวินิจฉัยโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น (essential facilities) การวินิจฉัยผลกระทบต่อตลาด (market effects) และการวินิจฉัยหามาตรการเยียวยาที่เป็นไปได้ โดยการวินิจฉัยขอบเขตตลาดถือเป็นข้อพิจารณาเบื้องต้นเพื่อการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการและการพิจารณาผลกระทบต่อตลาดในขั้นตอนต่อไป หากว่าการกำหนดขอบเขตตลาดไม่เหมาะสมกับความเป็นจริงแล้วผลการวินิจฉัยก็จะบิดเบือนไปอย่างมากจากที่ควรจะเป็น ขอบเขตตลาดจึงมีส่วนช่วยอย่างมากในการพิจารณาและวิเคราะห์ว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดหนึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดหนึ่งที่เกี่ยวข้องกันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ แม้จะเป็นที่เข้าใจว่าขอบเขตตลาดเป็นฐานการพิจารณาในขั้นต่อๆ ไปแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเมื่อกำหนดขอบเขตตลาดแล้วก็ถือว่าสิ้นสุดกระบวนการไม่ต้องมาทบทวนขอบเขตตลาดอีกครั้ง ตัวอย่างชัดเจนของ Cellophane Fallacy เป็น

อุทาหรณ์ที่ดีที่เราไม่สามารถตัดตอนขั้นตอนการวินิจฉัยเช่นนั้นได้ หลายกรณีต้องทำกลับไปกลับมาเพื่อตรวจสอบไม่ให้เกิดความผิดพลาด การวินิจฉัยขอบเขตตลาดจึงเป็นเรื่องที่ยืดหยุ่นและต้องการข้อมูลประกอบการพิจารณาค่อนข้างมาก และการวินิจฉัยมุ่งไปที่การตอบคำถามต่อปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นสำคัญ ในแง่นี้จึงเป็นไปได้ที่จะมีขอบเขตตลาดที่ตายตัวและใช้ได้กับทุกกรณี ทุกครั้งที่มีการวินิจฉัยก็ต้องเริ่มวินิจฉัยขอบเขตตลาดใหม่เสมอเพื่อให้ได้ขอบเขตตลาดที่สอดคล้องกับปัญหาในปัจจุบัน แม้เราอาจเห็นว่ามีการกำหนดขอบเขตตลาดไว้ล่วงหน้าแต่นั้นก็เป็นเพียงการกำหนดขอบเขตตลาดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ของการบังคับใช้มาตรการเชิงป้องกัน (ex ante regulations) ซึ่งย่อมแตกต่างไปจากการวินิจฉัยเพื่อบังคับใช้มาตรการเชิงเยียวยา (ex post regulations) นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าตัวอย่างที่ยกมาของสหภาพยุโรปได้วางกฎเกณฑ์ว่าด้วยขอบเขตตลาดไว้โดยเฉพาะแก่ตลาดโทรคมนาคม ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภาคทั่วไปที่เข้มแข็งอยู่แล้วก็มุ่งเน้นที่จะใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีอยู่ปรับใช้โดยไม่ต้องมีกฎเกณฑ์เฉพาะขึ้นมาต่างหากอีกฉบับหนึ่ง เสมือนว่ามีเส้นทางพัฒนาการของกฎหมายที่แตกต่างกัน ฝั่งหนึ่งพัฒนามาจากกฎหมายเฉพาะ อีกฝั่งพัฒนามาจากกฎหมายทั่วไป แต่ในท้ายที่สุดก็เชื่อว่าจะได้ผลลัพธ์ที่เหมือนกัน (Marcus, 2003)

บรรณานุกรม

ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง. 2552. “บันไดสามขั้นของบรรทัดฐานกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในตลาดเสรี”. วารสารคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ 5, 2: 53-71.

Acquisition of MCI Communications Corporation and British Telecommunications PLC. (BT-MCI Order) Memorandum Opinion and Order, 12 FCC Rcd 15351 (1997).

Communication from the Commission - Unbundled access to the local loop: enabling the competitive provision of a full range of electronic communication services, including broadband multimedia and high-speed Internet (Local Loop), OJ C 272, 23.9.2000, p. 55.

Commission Guidelines On Market Analysis And The Assessment Of Significant Market Power Under The Community Regulatory Framework For Electronic Communications Networks And Services (SMP Guidelines), OJ C 165, 11.7.2002, p. 6-31.

Commission Recommendation of 11 February 2003 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services (Relevant Market Recommendation), OJ L 114, 8.5.2003,

p. 45-49.

Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), OJ L 108, 24.4.2002, p. 33-50.

Hovenkamp, Herbert. 1993. **Antitrust**. 2nd ed. St. Paul, MN: West.

Implementation of sections 3(n) and 332 of the Communications Act, Regulatory Treatment of Mobile Services (CMRS Third Report and Order), 9 FCC Rcd. 8010 (1994).

In re Application of Motorola, Inc. Transferor, and American Mobile Satellite Corporation Transferee, For Consent to Transfer Control of Ardis Company. (Motorola and AMSC) 13 FCC Rcd 5182 (1998).

In re Applications of Nextel Communications, Inc. for Transfer of Control of OneComm Corporation. (OneComm) 10 FCC Rcd 3364 (1995).

In re Applications of NYNEX Corporation and Bell Atlantic Corporation, Memorandum Opinion and Order.” (BA-NYNEX Order) 12 FCC Rcd 19985 (1997).

In re Applications of PacifiCorp Holdings, Inc. Transferor, and Century Telephone Enterprises, Inc. Transferee,

For Consent to Transfer Control of Pacific Telecom, Inc. a Subsidiary of PacifiCorp Holdings, Inc. (PacifiCorp and CTE) 13 FCC Rcd 8891 (1997).

In the Matter of Applications for Consent to the Transfer of Control of Licenses and Section 214 Authorizations by Time Warner Inc. and America Online, Inc., Transferors, to AOL Time Warner Inc., Transferee. (Time Warner and AOL) 16 FCC Rcd 6547 (1997).

In the Matter of Regulatory Treatment of LEC Provision of Interexchange Services Originating in the LEC's Local Exchange Area and Policy and Rules Concerning the Interstate, Interexchange Marketplace. (LEC In-Region Interexchange Order) Second and Third Reports and Order. 12 FCC Rcd 15756 (1997).

Intven, Hank. 2000. **Telecommunication Regulation Handbook**. Washington, DC: World Bank.

Marcus, J. Scott. 2003. **The Emerging EU**

Regulatory Framework: An Innovative Response to Convergence. [On-line]. Available: <http://www.fcc.gov/osp/eu-marcus.pdf>.

Massey, Patrick. 2000. "Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues." **The Economic and Social Review** 31, 4: 309.

Pitofsky, Robert. 1990. "New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust." **Columbia Law Review** 90, 7: 1805-1864.

_____. 1999. **Prepared Statement of the Federal Trade Commission Presented by Robert Pitofsky, Chairman, before the Committee on Commerce, Science, and Transportation United States Senate.** [On-line]. Available: <http://www.ftc.gov/os/1999/11/telcomergerspifofsky.htm>.

Sullivan, E. Thomas, and Hovenkamp, Herbert. 2003. **Antitrust Law, Policy and Procedures: Cases, Materials, Problems.** Newark, NJ: LexisNexis.



Mr. Piyabutr Bunaramrueang received his J.S.D. degree from UC Berkeley School of Law under a UTCC scholarship. He also received priorly his B.Eng. in Telecommunications from KMITL, LL.B. and LL.M. in International Law from Thammasat University, and LL.M. from UC Berkeley. He is a lecturer of Law & Information Technology at UTCC Law School, and of Telecommunications Business Law at Chulalongkorn University.