

บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560: ขอบเขตการบังคับใช้ และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด*

กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์**

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ถูกประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม พ.ศ. 2560 และมีผลบังคับใช้แล้วในขณะนี้ แม้บทบัญญัติบางส่วนของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจะมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่ก็มีหลายส่วนที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างมีนัยสำคัญ บทความฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายในการวิเคราะห์ว่า 1) บทบัญญัติต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ควรจะถูกตีความและนำไปใช้เช่นไร และ 2) บทบัญญัติเหล่านั้นมีช่องว่างทางกฎหมายหรือข้อจำกัดประการใดหรือไม่ โดยการวิเคราะห์จะมุ่งพิจารณาเฉพาะประเด็นขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น ในการนี้จะนำกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรปและเยอรมันมาศึกษาเปรียบเทียบด้วย

คำสำคัญ: พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขอบเขตการบังคับใช้ การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

* Analysis of Trade Competition Act B.E. 2560: Scope of Application and Control of Behaviours of Business Operators with Dominant Position

** Kansak Bejrananda

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ.ท., LL.M. Ludwig-Maximilians-Universität München, Dr.jur. (magna cum laude) Universität Regensburg



Abstract

The Trade Competition Act B.E. 2560 was published in the Royal Gazette on July 7th, 2017 and has now been in effect. Although some provisions of this Act are similar to those of the Trade Competition Act B.E. 2542, many are significantly modified. The objective of this article is to analyse 1) how provisions of this Act should be interpreted and applied and 2) if there are any loopholes or limitations in this Act? The analysis focuses only on the scope of application and control of behaviours of business operators with a dominant position. In this regard, EU competition law and German competition law are also comparatively studied.

Keywords: Trade Competition Act B.E. 2560, Scope of Application, Control of Behaviours of Business Operators with Dominant Position

ส่วนแรก บทนำ

ในทางเศรษฐศาสตร์การแข่งขันเป็นกลไกสำคัญที่ต้องมี เนื่องจากการแข่งขันนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการผลิต (productive efficiency) ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (allocative efficiency) และประสิทธิภาพเชิงพลวัต (dynamic efficiency)¹ ทั้งนี้เครื่องมือสำคัญที่จะทำให้เกิดการแข่งขันทันทีมีประสิทธิภาพ (effective competition) ก็คือ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้านั่นเอง โดยแต่ละประเทศอาจมีกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าที่มีเนื้อหาแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับสภาพทางเศรษฐกิจ (เช่น ขนาดของตลาด²) สภาพทางสังคม การเมือง นโยบายการแข่งขันของแต่ละประเทศ³ รวมทั้งอิทธิพลจากแนวคิดต่าง ๆ ของสำนักคิดทางเศรษฐศาสตร์⁴ เป็นสำคัญ

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้ามาตั้งแต่ พ.ศ. 2522 กล่าวคือ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าควบคู่ไปกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมราคา⁵ จนล่วงเลยมากระทั่งปี พ.ศ. 2542 ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญสำหรับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เนื่องจากเป็นปีที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งได้วางหลักการของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าใหม่ทั้งหมด⁶ อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวก็ได้ถูกใช้ในการแก้ปัญหาการแข่งขันทางการค้าเท่าใดนัก จนเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ด้วยความมุ่งหวังที่จะมีมาตรการในควบคุมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น รวมทั้งมีองค์กรบังคับใช้กฎหมายที่มีความเป็นอิสระ⁷

บทความฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายในการวิเคราะห์ว่า บทบัญญัติต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ควรจะถูกตีความและนำไปใช้เช่นไร และบทบัญญัติเหล่านั้นมี

¹ Mark-Oliver Mackenrodt, Assessing the effects of intellectual property rights in network standards, in *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, ed. Josef Drexel (Cheltenham: Edward Elgar, 2008), pp.81-82; เปรียบเทียบ สุธีร์ ศุภินิตย์ แก้วไขปรับปรุงโดย กมลวรรณ จิรวินิชย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555), น.3.

² ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553), น.83-85.

³ สุธีร์ ศุภินิตย์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.2และ 6.

⁴ อาทิจ แนวคิด Ordoliberalism ของสำนัก Freiburg ทรงอิทธิพลต่อกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าในเยอรมนี ส่วนในสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากสำนัก Chicago เป็นต้น โปรดดู Jochen Glöckner, *Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, (Stuttgart: Kohlhammer, 2012), pp.28 and 30.

⁵ สุธีร์ ศุภินิตย์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.2.

⁶ สุธีร์ ศุภินิตย์, เพ็งอ้าว, น.3.

⁷ โปรดดู หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.



ช่องว่างหรือข้อจำกัดประการใดหรือไม่ อย่างไรก็ตามความฉบับนี้จะจำกัดการวิเคราะห์ไว้เพียงแค่ประเด็นสำคัญ 2 ประการเท่านั้น กล่าวคือ 1) ขอบเขตการบังคับใช้ และ 2) การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด สาเหตุที่เลือกประเด็นขอบเขตการบังคับใช้มาศึกษาเนื่องจากการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใด ๆ จะตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือไม่ จำเป็นจะต้องพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติดังกล่าวเสียก่อนเป็นอันดับแรก ทั้งขอบเขตการบังคับใช้ในแง่ของบุคคล และพื้นที่เชิงภูมิศาสตร์ หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงนั้น ๆ อยู่นอกขอบเขตดังกล่าว นั่นก็จะหมายความว่ากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจะไม่สามารถใช้กับข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ได้ และไม่จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นอื่น ๆ อีกต่อไป

ส่วนการเลือกประเด็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมาศึกษานั้นก็เนื่องมาจากมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการพื้นฐานในการควบคุมการจำกัดการแข่งขัน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของประเทศใดก็จะมีมาตรการในลักษณะดังกล่าวไว้เป็นหนึ่งในเครื่องมือสำหรับปกป้องการแข่งขันทั้งสิ้น ทั้งนี้ สาเหตุที่ต้องมีการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นก็เนื่องมาจากผู้ประกอบการดังกล่าวมีความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจจนถึงขนาดที่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้โดยอิสระโดยมิต้องคำนึงถึงคู่ค้าและคู่แข่งของตน อันส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้

อนึ่ง การวิเคราะห์ในบทความฉบับนี้จะนำกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรปและเยอรมันมาศึกษาเปรียบเทียบกับ

ส่วนที่สอง บทวิเคราะห์เกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้

ดังที่กล่าวไว้แล้วในบทนำว่าขอบเขตการบังคับใช้มีความสำคัญสำหรับการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใด ๆ ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือไม่ ในการศึกษาขอบเขตการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติฉบับนี้อาจแบ่งการศึกษาได้จากสองแง่มุม กล่าวคือ ขอบเขตการบังคับใช้เชิงภูมิศาสตร์และขอบเขตการบังคับใช้เชิงบุคคล

1. ขอบเขตการบังคับใช้เชิงภูมิศาสตร์

แม้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะไม่ได้ระบุขอบเขตการบังคับใช้เชิงภูมิศาสตร์ไว้เป็นการทั่วไป แต่ในเบื้องต้นก็เข้าใจได้ว่าขอบเขตเชิงภูมิศาสตร์ย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า กฎหมายไทยย่อมมีผลบังคับใช้ได้แต่เฉพาะในราชอาณาจักร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า กฎหมายไทยย่อมมีผลบังคับใช้ได้เฉพาะกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ซึ่งเรียกกันว่า “หลักดินแดน” นั่นเอง⁸ อย่างไรก็ตาม การจำกัดการแข่งขันนั้นก็มีลักษณะพิเศษอย่างหนึ่ง

⁸ หยุด แสงอุทัย และ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.70.

ตรงที่การกระทำ เช่น การตกลงกันจำกัดการแข่งขันอาจเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร แต่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในราชอาณาจักรก็เป็นได้ ดังนี้ จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวจะสามารถบังคับใช้กับกรณีเช่นว่าได้หรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อลองพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติที่มุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจอย่างถี่ถ้วนแล้ว จะพบว่าไม่มีมาตราใดเลยที่ให้อำนาจกฎหมายฉบับนี้อย่างชัดเจนในการที่จะขยายขอบเขตการบังคับใช้ไปยังการกระทำที่ทำการในต่างประเทศแต่เกิดผลในราชอาณาจักร อนึ่งแม้บทบัญญัติมาตรา 58 จะห้ามผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร อันก่อให้เกิดการจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรม และส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อเศรษฐกิจและผลประโยชน์ของผู้บริโภคโดยรวมก็ตาม แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่า สัญญาต้องห้ามดังกล่าวนี้หมายความว่ารวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำการตกลงกันในต่างประเทศหรือไม่

อย่างไรก็ดี สำหรับพฤติกรรมที่มีโทษทางอาญา อาทิ การใช้อำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 50 และการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 ก็คงจะไม่ประสบกับปัญหาในการบังคับใช้ในกรณีดังกล่าวเท่าใดนักเนื่องจากสามารถนำหลักการของมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ประกอบเพื่อเอาผิดอาญากับการกระทำที่อยู่นอกราชอาณาจักรแต่เกิดผลในราชอาณาจักรไทยได้อยู่แล้ว โดยอาศัยผลของมาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่เปิดช่องให้สามารถนำมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้กับความผิดอาญาตามกฎหมายฉบับอื่น ๆ นอกเหนือไปจากประมวลกฎหมายอาญาได้นั่นเอง

แต่ส่วนที่ยังคงมีปัญหาคือ พฤติกรรมอื่น ๆ ที่มีโทษปรับทางปกครอง เช่น การทำสัญญาที่ส่งผลร้ายแรงต่อเศรษฐกิจกับผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศตามมาตรา 58 ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น การร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 55 การแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 และการรวมกิจการตามมาตรา 51 เนื่องจากในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้ระบุไว้เป็นที่แน่ชัดว่า หากมีการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร แต่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในราชอาณาจักร รัฐจะสามารถปรับทางปกครองได้หรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อโทษปรับทางปกครองดังกล่าวมิใช่โทษทางอาญา จึงไม่สามารถนำมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ในกรณีดังกล่าวได้ ดังนั้น ขอบเขตการบังคับใช้มาตราเหล่านั้น จึงเป็นไปตามหลักดินแดน กล่าวคือ มาตราดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้แต่เฉพาะกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรเท่านั้น ประเด็นที่ต้องมีการตีความในที่นี้ก็คือ หากการกระทำอยู่นอกราชอาณาจักร แต่ผลของการกระทำเกิดขึ้นในราชอาณาจักรจะถือว่า “ผลของการกระทำ” นั้นเป็น “เหตุการณ์” ที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรหรือไม่ หากตีความว่าผลของการกระทำนั้นเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรด้วย ก็จะส่งผลให้มาตราดังกล่าวของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถใช้บังคับได้กับพฤติกรรมที่มีโทษปรับทางปกครองที่ได้กระทำนอกราชอาณาจักร แต่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในราชอาณาจักรด้วย แต่หากตีความว่า ผลของการกระทำเช่นว่าไม่ถือว่าเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ผลลัพธ์ที่ได้ก็จะเป็นไปในทางตรงกันข้ามกับที่ได้อธิบายไว้แล้ว

นอกจากนี้ประเด็นที่ยังคงมีปัญหายู่ก็คือ ผู้เสียหายจากพฤติกรรมที่มีความผิดอาญาตามมาตรา 50 และมาตรา 54 รวมทั้งพฤติกรรมที่มีโทษปรับทางปกครองตามมาตรา 51 วรรคสอง มาตรา 55 มาตรา 57 และมาตรา 58 นั้นจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ที่ได้กระทำการเหล่านั้นนอกราชอาณาจักร แต่ผลกระทบต่อการแข่งขันเกิดในราชอาณาจักรได้หรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อการเรียกค่าเสียหายมิใช่เรื่องโทษอาญาจึงนำบทบัญญัติตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้ไม่ได้เช่นกัน ดังนั้น ขอบเขตเชิงภูมิศาสตร์ในการใช้มาตราเหล่านี้เพื่อเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งจึงต้องเป็นไปตามหลักดินแดนซึ่งอาจมีปัญหาในการตีความได้สองทางดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในย่อหน้าที่แล้ว

อนึ่ง เมื่อลองพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนี (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen หรือ GWB) จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติทางออกสำหรับปัญหาข้างต้นไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 185 (2) ซึ่งวางหลักไว้ว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ว่าด้วยการควบคุมการจำกัดการแข่งขัน⁹ นั้นครอบคลุมไปถึงการจำกัดการแข่งขันใด ๆ ที่ก่อให้เกิดผลขึ้นในขอบเขตการบังคับใช้เชิงภูมิศาสตร์ของกฎหมายดังกล่าว (กล่าวคือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) แม้ว่าการจำกัดการแข่งขันนั้น ๆ จะได้กระทำนอกขอบเขตดังกล่าวก็ตาม ในทางวิชาการหลักการดังกล่าวจะถูกเรียกว่า “หลักผลของการกระทำ” (Auswirkungsprinzip)¹⁰ ทั้งนี้ หากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติตามแนวทางเช่นว่าจะทำให้ปัญหาในการพิจารณาว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะบังคับใช้กับการจำกัดการแข่งขันที่ได้กระทำนอกราชอาณาจักรแต่ส่งผลในราชอาณาจักรได้หรือไม่นั้นหมดไป

2. ขอบเขตการบังคับใช้เชิงบุคคล

2.1 หลัก

บทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 50 มาตรา 51 มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 57 และ มาตรา 58 ก็ตาม ล้วนแต่ใช้สำหรับควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสิ้น ทั้งนี้ตามที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้กล่าวว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายถึง “ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจ” อนึ่ง ตามนิยามดังกล่าว กฎหมายหาได้ระบุสถานะทางกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้

⁹ การควบคุมการจำกัดการแข่งขัน ตามกฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนีจะหมายถึงการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน การใช้อำนาจเหนือตลาด และการรวมกิจการเท่านั้น เนื่องจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb หรือ UWG).

¹⁰ Volker Emmerich, *Kartellrecht*, (München: C.H. Beck, 2014), p.252.

อย่างไรก็ดี มีปัญหาที่น่าพิจารณาประการหนึ่ง กล่าวคือ กรณีนิติบุคคลหลายนิติบุคคลที่ล้วนแต่มีสถานะทางกฎหมายแยกออกจากกัน แต่นิติบุคคลเหล่านั้นมีความสัมพันธ์กันทางนโยบายและอำนาจสั่งการจนถึงขนาดว่าเมื่อพิจารณาจากสภาพทางเศรษฐกิจแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน (Single Economic Entity) เช่น บริษัท ก ถือหุ้น 100 % ทั้งในบริษัท ข และในบริษัท ค และมีอำนาจกำหนดนโยบายให้บริษัท ข และ บริษัท ค ทำตาม รวมทั้งมีอำนาจสั่งการเหนือบริษัททั้งสองอย่างสมบูรณ์ ในกรณีเช่นว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะถือว่านิติบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกันหรือไม่

การหาคำตอบสำหรับปัญหาดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ประกอบ หนึ่งในบทบัญญัติที่สามารถนำมาพิจารณาได้คือ มาตรา 54 วรรคสอง¹¹ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของมาตรา 54 วรรคหนึ่ง ทั้งนี้ มาตรา 54 วรรคหนึ่ง คือ บทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันในบางลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกัน ส่วนมาตรา 54 วรรคสองนั้นบัญญัติมิให้นำความในมาตรา 54 วรรคหนึ่งมาใช้ในกรณีที่มีการร่วมกันดังกล่าวเป็นการกระทำ “ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ” ที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ การยกเว้นดังกล่าวนี้เองได้แสดงหลักฐานอยู่ในตัวว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้มองว่า นิติบุคคลหลายนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายและอำนาจสั่งการนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจคนละรายกัน เนื่องจากหากกฎหมายฉบับนี้มองว่านิติบุคคลหลายรายที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายและอำนาจสั่งการนั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกันแล้ว ก็คงจะไม่ความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องบัญญัติข้อยกเว้นตามที่ปรากฏในมาตรา 54 วรรคสองขึ้นมาอีกต่อไป เพราะในกรณีดังกล่าวจะต้องถือว่า พฤติกรรมเช่นว่านั้นเป็นเรื่องภายในของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกันอยู่แล้ว มิใช่การร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด

อนึ่ง แม้ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป หรือ The Treaty on the Functioning of the European Union (ต่อไปจะเรียกว่า TFEU) นั้นไม่ได้มีการให้นิยามของคำว่า ผู้ประกอบการ (Undertaking) ไว้ แต่จากแนวคำพิพากษาของศาลสหภาพยุโรป ผู้ประกอบการจะหมายถึง หน่วยใด ๆ ที่ทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายรวมทั้งที่มาของแหล่งเงินทุน¹² จากการตีความเช่นนี้สะท้อนให้เห็นว่าความเป็นผู้ประกอบการหาได้ยึดโยงอยู่กับสถานะทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่จะขึ้นอยู่กับกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นหลัก ดังนั้นผู้ประกอบการอาจจะเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจที่ไม่มีสถานะภาพเป็นบุคคลตามกฎหมายเลยก็ได้ เช่น กลุ่มของนิติบุคคลซึ่งประกอบด้วยนิติบุคคลหลายนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายและอำนาจสั่งการนั้นจะถูkmองว่าเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน และมีสถานะเป็นผู้ประกอบการรายเดียวเท่านั้น แม้ว่านิติบุคคลแต่ละนิติบุคคลจะมีสถานะทางกฎหมายแยกออกจากกันก็ตาม

¹¹ บทบัญญัติมาตรา 56 (1) ก็มีแนวคิดไปในทิศทางเดียวกันกับมาตรา 54 วรรคสอง.

¹² Judgement of 23 April 1991, Case C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Höfner and Elser, Paragraph. 21; Hermann-Josef Bunte, *Kartellrecht*, (München : C.H. Beck, 2008), p.65.



อันที่จริงหากพิจารณานิยามของ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามมาตรา 5 แต่เพียงลำพังจะเห็นได้ว่า นิยามดังกล่าวเองก็ไม่ได้ระบุว่า ผู้ประกอบการธุรกิจต้องมีฐานะเป็นบุคคลแต่อย่างใด ดังนั้น หน่วยงานเศรษฐกิจใด ๆ ก็ตาม แม้จะไม่มีสถานภาพทางกฎหมายในตนเอง แต่หากมีการจำหน่าย การผลิตเพื่อจำหน่าย การส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย การซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือการให้บริการในธุรกิจ ก็ควรจะถือได้ว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจได้ทั้งสิ้น ซึ่งหากยึดตามแนวทางการตีความเช่นนี้ กลุ่มของนิติบุคคลซึ่งประกอบไปด้วยนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในทางนโยบายและอำนาจสั่งการก็ควรถือได้ว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียว และไม่น่าจำเป็นต้องมีการบัญญัติยกเว้นความผิดให้แก่การร่วมกันจำกัดการแข่งขันของนิติบุคคลเหล่านั้น ดังที่ปรากฏตามมาตรา 54 วรรคสองแต่อย่างใด

2.2 ข้อยกเว้น

บทบัญญัติต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะไม่นำมาใช้บังคับกับ 4 กรณีตามที่ปรากฏในอนุมาตราทั้งสี่ของมาตรา 4 อันได้แก่ กรณีที่ 1 การกระทำของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น (มาตรา 4 (1)) กรณีที่ 2 การกระทำของรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค (มาตรา 4 (2)) กรณีที่ 3 การกระทำของกลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร (มาตรา 4 (3)) และกรณีที่ 4 การกระทำของธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า (มาตรา 4 (4))

เนื่องจากข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (2) และมาตรา 4 (4) นั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักการให้แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในที่นี้จึงขอตั้งข้อสังเกตสำหรับข้อยกเว้นตามสองกรณีดังกล่าวเท่านั้น

ข้อสังเกตสำหรับข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (2) เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นดังกล่าวจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 4 (2) ส่งผลให้การจำกัดการแข่งขันที่กระทำโดยรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การจำกัดการแข่งขันดังกล่าวเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค หากจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็หมายความว่า บทบัญญัติอนุมาตรานี้มีผลเสมือนเป็นการอนุญาตให้รัฐสามารถออกกฎหมายหรือมาตรการใด ๆ เพื่อให้อำนาจแก่องค์กรของตนในการดำเนินการใด ๆ อันอาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันได้นั้นเอง เพียงแต่มีข้อจำกัดว่า กฎหมายและมาตรการดังกล่าวจำเป็นต้องมีความจำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ สำหรับหลักการในการพิจารณาว่ากฎหมายและมาตรการใดมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าว

หรือไม่นั้น จำเป็นจะต้องนำหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายมหาชนมาพิจารณา กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายและมาตรการดังกล่าวได้อนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันในวิถีทางที่น้อยที่สุดที่เท่าจะเป็นไปได้เพื่อบรรลุประโยชน์สาธารณะในด้านนั้น ๆ หรือไม่ หากได้ความว่ามีกฎหมายหรือมาตรการอื่นได้อนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันในวิถีทางที่น้อยกว่าแต่สามารถบรรลุประโยชน์สาธารณะดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน ก็จะถือว่ากฎหมายหรือมาตรการที่อนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันด้วยวิถีทางที่รุนแรงกว่านั้นไม่มีความจำเป็น

ทั้งนี้ เมื่อนำบทบัญญัติที่ยกเว้นให้การดำเนินการของรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่ได้กล่าวมานั้นมาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของ Art. 106 TFEU จะพบสิ่งที่น่าสนใจสองประการ:

ประการแรก Art. 106 (1) TFEU ได้ทำการจำกัดอำนาจรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปในการออกกฎหมายหรือการคงไว้ซึ่งมาตรการใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐ (public undertakings) หรือกิจการที่รัฐให้สิทธิพิเศษ (special rights) หรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) ซึ่งขัดกับกฎเกณฑ์ทางการแข่งขันของสหภาพยุโรป อนึ่ง บทบัญญัติดังกล่าวมุ่งหมายจะทำให้การแทรกแซงตลาดสหภาพยุโรปโดยรัฐสมาชิกหมดไปนั่นเอง¹³ เมื่อเป็นเช่นนี้ รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นจะไม่สามารถออกกฎหมายหรือออกมาตรการใดซึ่งมีผลต่อการแข่งขันทางการค้าได้อย่างไม่มีขอบเขต แต่สำหรับประเทศไทยนั้นการตรากฎหมายรวมทั้งการออกมาตรการที่มีผลต่อการแข่งขันจะไม่ถูกควบคุมโดยกลไกในทำนองนี้ แต่จะถูกควบคุมโดยเงื่อนไขในมาตรา 4 (2) เองที่กำหนดว่ากฎหมายและมาตรการนั้น ๆ จะต้องมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว

ประการที่สอง ตาม Art. 106 (2) TFEU กิจการใด ๆ ซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้บริการเพื่อประโยชน์สาธารณะทั่วไปจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งการแข่งขันของสหภาพยุโรปด้วย *ตราบเท่าที่การใช้กฎเกณฑ์แห่งการแข่งขันดังกล่าวไม่เป็นอุปสรรคทั้งทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริงต่อการดำเนินการตามหน้าที่ที่ตนได้รับมอบหมาย* บทบัญญัติมาตรานี้หมายความว่าโดยหลักแล้วกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปใช้บังคับกับผู้ประกอบการที่ดำเนินกิจการสาธารณะด้วย¹⁴ แต่มีข้อยกเว้นให้ “เฉพาะกรณี” ที่การใช้กฎเกณฑ์แห่งการแข่งขันดังกล่าวจะก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการดำเนินการตามหน้าที่ที่ผู้ประกอบการดังกล่าวได้รับมอบหมายเท่านั้น¹⁵ หากได้เป็นการยกเว้นอย่างกว้างขวางอันจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ดำเนินกิจการเหล่านั้นจะทำอะไรก็ได้ที่ขัดตอกฎเกณฑ์ทางการแข่งขันไม่¹⁶ อนึ่งหากผู้ประกอบการใดต้องการจะต่อสู้คดีว่าการกระทำของตนไม่ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งการแข่งขัน ก็ต้องพิสูจน์ว่า ตนไม่มีหนทางในเชิงเทคนิคเชิงเศรษฐกิจ และเชิงกฎหมายอื่นใดแล้ว จึงจำเป็นต้องกระทำการที่จำกัดการแข่งขันดังกล่าว

¹³ Volker Emmerich, *supra* note 10, p.226.

¹⁴ Volker Emmerich, *ibid*, pp. 233 and 238.

¹⁵ Volker Emmerich, *ibid*, p.238.

¹⁶ Volker Emmerich, *ibid*, p.239.



มิฉะนั้นตนจะดำเนินการตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายไม่ได้¹⁷ อย่างไรก็ตามในส่วนท้ายของ Art. 106 (2) TFEU นั้นได้ระบุเน้นย้ำเงื่อนไขประการสำคัญในการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายไว้เกินกว่าการยกเว้นนั้นจะต้องไม่กระทบต่อการพัฒนาการค้าจนถึงขนาดที่ขัดต่อประโยชน์ของสหภาพยุโรป ด้วย จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายให้แก่ผู้ประกอบการที่ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะตามกฎหมายสหภาพยุโรปนั้นมีขอบเขตที่ค่อนข้างจำกัดเป็นอย่างยิ่ง¹⁸ ซึ่งต่างไปจากกฎหมายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่บัญญัติยกเว้นให้แก่การกระทำของรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐซึ่งดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะด้านต่าง ๆ ไว้เป็นการทั่วไปเลยตั้งแต่แรก นั่นก็หมายความว่า เมื่อเกิดคดีขึ้น หน่วยงานดังกล่าวไม่จำเป็นต้องพิสูจน์เลยว่าการกระทำนั้น ๆ ของตนมีความจำเป็นสำหรับการดำเนินหน้าที่หรือไม่ เพียงแค่พิสูจน์ให้ได้ความว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีให้อำนาจไว้ก็เพียงพอแล้ว

ข้อสังเกตสำหรับข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (4) การยกเว้นสำหรับการกระทำของธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 4 (4) นั้น มีปัญหาที่จะต้องตีความในเบื้องต้นว่า กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ายังคงใช้กับการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจในภาคธุรกิจนั้นได้อยู่หรือไม่ เพียงใด

การหาคำตอบในประเด็นดังกล่าวนั้นจำเป็นจะต้องนำกฎหมายเฉพาะของแต่ละภาคธุรกิจมาพิจารณาประกอบเป็นรายกรณีไป ในที่นี้จะขอนำมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาพิจารณาเป็นตัวอย่าง ทั้งนี้ มาตราดังกล่าวได้บัญญัติว่า “การประกอบกิจการโทรคมนาคม นอกจากต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าแล้ว ให้คณะกรรมการกำหนดมาตรการเฉพาะตามลักษณะการประกอบกิจการโทรคมนาคมมิให้ผู้รับใบอนุญาตกระทำการอย่างใดอันเป็นการผูกขาด หรือลด หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการกิจการโทรคมนาคมในเรื่องดังต่อไปนี้...” จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถตีความได้ว่า แม้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 จะบัญญัติมาตรการที่ห้ามผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมกระทำการจำกัดการแข่งขันไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าก็สามารถบังคับใช้กับการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมได้อยู่ สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณากันต่อไปก็คือ จะรู้ได้อย่างไรว่าการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจโทรคมนาคมที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายใด ทั้งนี้ตามหลักการตีความกฎหมายแล้ว กฎหมายทั่วไปจะใช้ได้ตราบเท่าที่กรณีดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะเท่านั้น ทั้งนี้หากพิจารณาจากขอบเขตการบังคับใช้แล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจะมีฐานะเป็นกฎหมายทั่วไป เนื่องจากมีผลบังคับได้กับการจำกัดการแข่งขันทุกภาคธุรกิจ ส่วนกฎหมายโทรคมนาคมนั้นจะมีฐานะเป็นกฎหมายเฉพาะเนื่องจากใช้บังคับได้

¹⁷ Judgment of 19 May 1993, Case C-320/91, ECLI:EU:C:1993:198, Corbeau, Paragraph 14-16.; Volker Emmerich, *ibid*, pp.238-239.

¹⁸ Volker Emmerich, *ibid*, p.241.

เฉพาะการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ก็สามารถตีความได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้านั้นสามารถบังคับใช้กับการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมได้ตราบเท่าที่การกระทำดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เท่านั้น ในทางกลับกัน หากกระทำการใดของผู้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมเข้าข่ายการกระทำที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 อยู่แล้ว กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจะไม่สามารถใช้ได้กรณีดังกล่าว อนึ่ง หากลองพิจารณากฎหมายโทรคมนาคมของเยอรมนี จะพบข้อความที่มีลักษณะใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของไทย กล่าวคือ มาตรา 2 (4) ของกฎหมายโทรคมนาคมของเยอรมนี (Telekommunikationsgesetz หรือ TKG) ได้วางหลักกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายทั้งสองไว้ว่า กฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนียังสามารถใช้ได้อยู่ตราบเท่าที่กฎหมายโทรคมนาคมของเยอรมนีมิได้บัญญัติมาตรการไว้เป็นการเฉพาะ

ข้อควรระวังสำหรับการใช้มาตรา 4 (4) ก็คือ การตีความบทบัญญัติดังกล่าว ไปในทางที่ว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ามาใช้ในการกระทำใด ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจใภาคธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะดูแลอยู่แล้วอีกต่อไป เนื่องจากแนวทางการตีความเช่นนี้ จะทำให้การจำกัดการแข่งขันใด ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมซึ่งไม่ถูกลงควบคุมโดยมาตรการเฉพาะตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมนั้น หลุดพ้นไปจากความรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าด้วย แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างรุนแรงก็ตาม แนวทางการตีความเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายสำหรับบางพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมอย่างแน่นอน

ส่วนที่สาม บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

การควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position) เป็นเครื่องมือที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งใช้อยู่ในสหภาพยุโรปและเยอรมนี และส่งอิทธิพลมายังกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย¹⁹ อย่างไรก็ตามสำหรับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของไทยนั้นได้ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้เพียงบางประการเท่านั้น มิได้ควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในความหมายอย่างกว้างดังเช่นในที่ปรากฏใน Art. 102 TFEU ในที่นี้จึงขอเรียกการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามแนวทางของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของไทย

¹⁹ Jochen Glöckner, supra note 4, p.180; สุธีร์ ศุภินิตย์, *อ้างแล้ว* เจียงอรรถที่ 1, น.37-38.



เรียกว่า “การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด”²⁰ แทน ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ครอบคลุมความหมายแคบกว่า

ข้อสังเกตประการสำคัญสำหรับการควบคุมพฤติกรรมบางประการของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นก็คือ การควบคุมดังกล่าวมิใช่การควบคุมสถานะทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ลำพังเพียงแค่ว่าผู้ประกอบธุรกิจมีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหาได้เป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายแต่อย่างใด²¹ อย่างไรก็ดี เมื่อผู้ประกอบธุรกิจใดมีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เมื่อนั้นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจะเข้าไปควบคุมพฤติกรรมบางประการของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว²²

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นอยู่ในมาตรา 50 ทั้งนี้ในการวินิจฉัยความผิดตามมาตราดังกล่าว ในขั้นแรกจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยนั้นเป็น “ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” หรือไม่ ถ้าปรากฏว่าใช่ ให้พิจารณาต่อไปว่า พฤติกรรมของเขาเป็นพฤติกรรมต้องห้ามหรือไม่

1.1 ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

1.1.1 การหาขอบเขตตลาด

ก่อนที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องมีการหาขอบเขตตลาดเสียก่อนว่าสินค้าใดถือว่ายู่ในตลาดดังกล่าวบ้าง และตลาดดังกล่าวครอบคลุมพื้นที่เชิงภูมิศาสตร์เพียงใด ทั้งนี้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ระบุหลักการกำหนดขอบเขตตลาดอย่างกว้าง ๆ ไว้ โดยสามารถพบได้จากนิยามคำว่า “ตลาด” ตามมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า ตลาด หมายถึง “ตลาดที่เกี่ยวข้องในสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกันหรือที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ โดยให้พิจารณาด้านคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการ และด้านพื้นที่ในการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ” จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการพิจารณาขอบเขตตลาด สามารถพิจารณาได้สองมุมมอง คือ การพิจารณาจากสินค้า และการพิจารณาจากภูมิศาสตร์ ทั้งนี้ แนวทางพิจารณาดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับหลักการกำหนดขอบเขตตลาดของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ระบุว่าการแบ่งตลาดเชิงสินค้าต้องดูจากมุมมองผู้บริโภคและผู้ซื้อว่ามองว่า

²⁰ ตำรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าไทยส่วนใหญ่จะใช้ถ้อยคำนี้ โปรดดู สุธีร์ ศุภนิตย, *เพิ่งอ้าง*, น.36; ศักดา ธนิตกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.82.

²¹ Hermann-Josef Bunte, *supra* note 12, p.171.

²² Volker Emmerich, *supra* note 10, p.117.

สินค้าชนิดใดทดแทนกันได้หรือไม่ โดยพิจารณาจากราคา คุณลักษณะ และวัตถุประสงค์ในการใช้²³ อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น มิได้มีการระบุถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขอบเขตตลาดจากพื้นที่เชิงภูมิศาสตร์ไว้อย่างชัดเจนเท่าใดนัก เมื่อลองเปรียบเทียบกับประกาศของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป จะเห็นได้ว่าเกณฑ์ในการหาตลาดเชิงภูมิศาสตร์ตามประกาศดังกล่าว นอกจากจะต้องพิจารณาว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องจำหน่ายหรือซื้อสินค้าชนิดนั้น ๆ ในพื้นที่ใดบ้างแล้ว ยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ในพื้นที่ดังกล่าวมีเงื่อนไขในการแข่งขันที่เหมือนกันหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นต้องวินิจฉัยเพิ่มเติมอีกด้วยว่า พื้นที่ดังกล่าวสามารถแยกออกจากพื้นที่ข้างเคียงเนื่องจากมีเงื่อนไขในการแข่งขันที่ต่างกันอย่างมีนัยสำคัญได้หรือไม่²⁴ ทั้งนี้อาจพิจารณาได้จากทั้งอุปสรรคทางการค้าต่าง ๆ ที่มาจากภาครัฐ ความเคยชินในการบริโภคของผู้ซื้อความเป็นไปได้ที่ผู้บริโภคจะไปซื้อสินค้าในที่ห่างไกล สถานที่ตั้งของผู้ประกอบธุรกิจ ระยะทางขนส่งสินค้า ความยากง่ายในการเชื่อมสภาพของสินค้า เป็นต้น²⁵

1.1.2 เกณฑ์สำหรับพิจารณาความเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

(1) บทวิเคราะห์ทั่วไป

ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น อาจจะนิยามความเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแตกต่างกันออกไป และก็เป็นไปได้เช่นเดียวกันที่กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของบางประเทศจะไม่ระบุนิยามผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้เลย เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป เป็นต้น เมื่อเป็นเช่นนั้น ศาลของสหภาพยุโรปจึงได้ตีความคำว่า “อำนาจเหนือตลาด” ขึ้นมาเอง โดยจากมุมมองของศาลสหภาพยุโรปนั้น อำนาจเหนือตลาดก็คือ สถานะแห่งความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของหน่วยธุรกิจหนึ่งซึ่งทำให้หน่วยธุรกิจดังกล่าวสามารถขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพที่ดำรงอยู่ในตลาดได้ ทั้งนี้สถานะทางเศรษฐกิจดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่วิธีการหนึ่งในการที่จะประพฤติตนเป็นอิสระอย่างมีนัยสำคัญจากคู่แข่ง ลูกค้า และผู้บริโภคของตน²⁶ สำหรับการศึกษาว่าผู้ประกอบการรายใดมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น ในเบื้องต้นศาลสหภาพยุโรปจะพิจารณาจากโครงสร้างตลาด เช่น ส่วนแบ่งการตลาดของผู้ประกอบการรายที่ต้องสงสัย จำนวนคู่แข่งในตลาด ส่วนแบ่งการตลาดของคู่แข่ง ความแตกต่างของส่วนแบ่งการตลาดของผู้ประกอบการที่ต้องสงสัยกับส่วนแบ่งการตลาดของคู่แข่ง รวมทั้งการกระจายตัวของส่วนแบ่งตลาดของคู่แข่ง เป็นต้น²⁷ อย่างไรก็ดี ยิ่งผู้ประกอบการ

²³ เปรียบเทียบ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C 372/5, Paragraph 7.

²⁴ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C 372/5, Paragraph 8.

²⁵ Volker Emmerich, *supra* note 10, p.122.

²⁶ Judgment of 13 February 1979, Case 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Hoffmann-La Roche, Paragraph 38.

²⁷ Hermann-Josef Bunte, *supra* note 12, p.168.



ที่ต้องสงสัยว่ามีอำนาจเหนือตลาดนั้นมีส่วนแบ่งการตลาดมากเท่าใด ปัจจัยอื่น ๆ ที่จะนำมาพิจารณาประกอบจะยังมีน้ำหนักน้อยลงเท่านั้น²⁸ นอกจากจะพิจารณาจากโครงสร้างตลาดแล้ว ศาลสหภาพยุโรปยังพิจารณาถึงโครงสร้างของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัย เช่น การมีเทคโนโลยีที่ทันสมัย ความเป็นอิสระของคู่ค้าซึ่งผูกพันอยู่กับผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว ความแข็งแกร่งทางการเงิน กำลังการผลิต และความสามารถในการกระจายสินค้าของเขา เป็นต้น²⁹ ยิ่งไปกว่านั้นในการพิจารณาขั้นสุดท้าย ศาลสหภาพยุโรปจะพิจารณาถึงพฤติกรรมในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยด้วยว่าเขามีพฤติกรรมเป็นอิสระจากคู่แข่งและคู่ค้าจริงหรือไม่ เช่น อาจจะดูว่าเขาสามารถขายได้ราคาสูงกว่าราคาที่มีการแข่งขันได้ในระยะยาวโดยไม่ขาดทุนหรือไม่³⁰

แต่สำหรับกฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนี นั้นได้มีการวางนิยามผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้กว้าง ๆ ในมาตรา 18 กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด คือ ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่มีคู่แข่ง ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การแข่งขันอันมีนัยสำคัญ หรือ ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจตลาดสูงเมื่อเทียบกับคู่แข่ง ทั้งนี้ในมาตรา 18 (3) กฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนีได้ระบุปัจจัยสำหรับการพิจารณาอำนาจตลาดของผู้ประกอบธุรกิจเมื่อเทียบกับคู่แข่งไว้ด้วย เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความแข็งแกร่งทางการเงิน การเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบหรือแหล่งขายสินค้า ปฏิสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจอื่น เป็นต้น และที่สำคัญคือ กฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนีได้มีการบัญญัติข้อสันนิษฐานสำหรับความเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ด้วย อาทิข้อสันนิษฐานที่ว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใดมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 40 ขึ้นไป ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ดี ข้อสันนิษฐานดังกล่าวอาจโดนพิสูจน์หักล้างได้

ส่วนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้นิยามผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้เช่นกัน แต่จะใช้คำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

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

จากนิยามดังกล่าวสามารถตีความในเบื้องต้นได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็คือ ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการ

²⁸ Judgment of the Court of 9 November 1983, Case 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Michelin, Paragraph 29 -31; Volker Emmerich, *supra* note 10, p.125.

²⁹ Hermann-Josef Bunte, *supra* note 12, p.169.

³⁰ Judgment of 14 February 1978, Case 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, United Brands, Paragraph 121-129; Hermann-Josef Bunte, *ibid*, pp.169-170.

ประกาศกำหนด อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ว่า “โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาประกอบการพิจารณา” อาจเกิดปัญหาที่ต้องตีความว่ากฎหมายให้อำนาจผู้ใดในการนำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดมาพิจารณา ระหว่างผู้ใช้กฎหมายในแต่ละคดี หรือผู้มีอำนาจออกประกาศ จากปัญหาดังกล่าวนี้อาจทำให้เกิดการตีความไปได้สองทางดังต่อไปนี้

ทางแรก อาจตีความไปได้ว่า แม้ผู้ประกอบการธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเป็นไปตามเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดไว้ก็ตาม แต่เมื่อมีคดีมาสู่การพิจารณาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ให้อำนาจผู้ใช้กฎหมายในคดีนั้น ๆ สามารถนำปัจจัยสภาพการแข่งขันต่าง ๆ อาทิ จำนวนผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ และกฎระเบียบของภาครัฐ เป็นต้น มาพิจารณาความเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในคดีนั้น ๆ ได้ ทั้งนี้ หากการตีความดังกล่าวถูกต้อง ในเกณฑ์ดังกล่าว นอกจากจะต้องมีการกำหนดส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายแล้ว ยังจะต้องมีการบัญญัติเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายมีพื้นที่ในการวินิจฉัยโดยอาศัยการพิจารณาจากปัจจัยสภาพการแข่งขันต่าง ๆ ไว้ด้วยตามแนวทางการตีความเช่นนี้ เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของคณะกรรมการจะต้องไม่ใช่เกณฑ์ที่มีลักษณะเด็ดขาด แต่จะมีลักษณะเป็นเพียงแค่ข้อสันนิษฐานที่อาจถูกหักล้างได้โดยการพิจารณาของผู้ใช้กฎหมายในแต่ละคดี ยิ่งไปกว่านั้น หากการตีความไปในทางนี้ถูกต้อง ในประกาศเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายนั้นไม่อาจจะใช้ถ้อยคำในทำนองที่ว่า “ให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ได้ เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้สะท้อนลักษณะการเป็นข้อสันนิษฐานแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม เมื่อลองพิจารณาดูหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งออกมาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าเกณฑ์มีการระบุไว้อย่างเด็ดขาดเลยว่าหากผู้ประกอบการใดมีส่วนแบ่งการตลาดและยอดขายเกินกว่าที่กำหนดก็จะมีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยมีได้เปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายในแต่ละกรณีได้พิจารณาถึงปัจจัยสภาพการแข่งขันอื่นได้อีกเลย ทั้ง ๆ ที่ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เองได้ระบุในนิยามผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจนว่า ให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย

ทางที่สอง อาจตีความได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ให้อำนาจแก่ผู้ที่มีอำนาจตราประกาศเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในการนำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบด้วยในเวลาที่มีการร่างเกณฑ์ เพื่อที่จะได้เกณฑ์ที่มีปัจจัยในการพิจารณาที่หลากหลาย และไม่จำกัดอยู่เฉพาะเรื่องส่วนแบ่งตลาดกับยอดขายเท่านั้น ยกตัวอย่าง ในประกาศอาจจะบัญญัติในทำนองที่ว่า “ผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด



(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 50 และมียอดขายเกินหนึ่งพันล้านบาท หรือ

(2) ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 40 มียอดขายเกินหนึ่งพันล้านบาท และมีการเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ หรือ

(3) ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 40 มียอดขายเกินหนึ่งพันล้านบาท และมีโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ” เป็นต้น³¹

ส่วนกรณีผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่มีอำนาจเหนือตลาดอาจใช้แนวคิดเช่นนี้บัญญัติเกณฑ์ได้เช่นกัน แต่รายละเอียดอาจจะแตกต่างจากเกณฑ์ของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดออกไปบ้าง เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นจะมีลักษณะเฉพาะเป็นของตนเองดังจะกล่าวในหัวข้อ 1.1.2 (3)

อนึ่ง การบัญญัติเกณฑ์เช่นนี้แม้จะทำให้เกณฑ์มีความชัดเจนแน่นอน แต่ในอีกทางหนึ่งก็เป็นการจำกัดพื้นที่ในการวินิจฉัยของผู้ใช้กฎหมายในแต่ละคดีอย่างค่อนข้างเคร่งครัด เนื่องจากผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถจะนำปัจจัยต่าง ๆ มาพิจารณาผสมผสานร่วมกับส่วนแบ่งตลาดและยอดขายเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีได้โดยอิสระ หากแต่ต้องพิจารณาตามกรอบที่เกณฑ์บัญญัติไว้แล้วเท่านั้น นอกจากนี้ อาจเป็นเรื่องที่ไม่ง่ายนักสำหรับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่จะนำปัจจัยต่าง ๆ มาพิจารณาร่วมกันกับส่วนแบ่งตลาดและยอดขายตั้งแต่ขั้นตอนออกเกณฑ์โดยคาดหวังว่าเกณฑ์ดังกล่าวจะสามารถครอบคลุมข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นได้ในทุกกรณี ทั้งนี้ ก็เนื่องมาจากปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดนั้นมีมากมายหลายชนิด และในแต่ละกรณีย่อมจะมีความจำเป็นในการนำปัจจัยสภาพการแข่งขันที่แตกต่างกันออกไปมาร่วมพิจารณานั้นเอง

แม้จะมีความไม่แน่ชัดในการตีความดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ได้แสดงหลักฐานประจักษ์ว่าในการพิจารณาความเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจะไม่ได้พิจารณาเพียงแค่จากส่วนแบ่งการตลาดและยอดขายเท่านั้น แต่จะพิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันต่าง ๆ ด้วย ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ระบุตัวอย่างปัจจัยไว้อย่างชัดเจน อาทิ จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ และกฎระเบียบของภาครัฐ อนึ่งแนวทางพิจารณาดังกล่าวจะมีความใกล้เคียงกับการพิจารณาของศาลสหภาพยุโรปและบทบัญญัติของกฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนี

³¹ แนวทางในการพิจารณาผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวนี้เป็นเพียงการยกตัวอย่างวิธีการผสมผสานปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดต่าง ๆ เข้ากับส่วนแบ่งการตลาด และยอดขายเท่านั้น โดยผู้เขียนเปรียบเทียบมาจากคำพิพากษาของศาลสหภาพยุโรปซึ่งยอมรับว่าถ้าผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 50 จะมีฐานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดโดยมีพิกัดต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 25-40 ขึ้นไปก็อาจเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดได้หากนำปัจจัยอื่น ๆ มาพิจารณาประกอบ, ดู Volker Emmerich, *supra* note 10, p.126.

ซึ่งพิจารณาความเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจากปัจจัยหลากหลายไม่เฉพาะแต่เพียงส่วนแบ่งการตลาด

เนื่องจากในขณะนี้ยังไม่มีประกาศเรื่องเกณฑ์ดังกล่าวออกมาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า 2560 ดังนั้น จึงต้องเป็นไปตามบทเฉพาะกาล ซึ่งได้บัญญัติให้ใช้ประกาศเรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามความในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไปพลางก่อน

(2) บทวิเคราะห์กรณีผู้ประกอบการรายเดียวเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

หลักการสำคัญประการหนึ่งที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติเพิ่มเติมไว้จากเดิม ก็คือ การนับส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของผู้ประกอบการรายเดียวซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยให้อำนาจผู้ใช้กฎหมายสามารถนำส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในตลาดใดตลาดหนึ่งของบรรดาผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการมาคำนวณรวมได้ และให้ถือว่าบรรดาผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการดังกล่าว เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ดังถ้อยคำของบทบัญญัติต่อไปนี้

“การนับส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของผู้ประกอบการรายหนึ่งซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ให้นับรวมส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในตลาดใดตลาดหนึ่งของบรรดาผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดด้วย และให้ถือว่าบรรดาผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังกล่าวเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หากบริษัท ก มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดน้ำดื่มบรรจุขวดร้อยละ 40 และมียอดเงินขาย 800 ล้านบาท ส่วนบริษัท ข มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดน้ำดื่มบรรจุขวดร้อยละ 20 และมียอดเงินขาย 400 ล้านบาท และบริษัท ก มีความสัมพันธ์กับบริษัท ข ทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะให้อำนาจผู้ใช้กฎหมายในการนำส่วนแบ่งตลาดและยอดขายในตลาดน้ำดื่มบรรจุขวดของทั้งสองบริษัทมารวมคำนวณด้วยกันได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ทั้งสองบริษัทมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดดังกล่าวรวมกันร้อยละ 60 และมียอดเงินขายรวมกัน 1,200 ล้านบาท ถ้ายึดตามประกาศว่าด้วยเกณฑ์ในการพิจารณาผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งยังมีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนี้โดยผลของบทเฉพาะกาลที่กำหนดว่าผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด คือ ผู้ประกอบการรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป และมียอดเงินขายตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ก็ต้องถือว่า บริษัททั้งสองเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ข้อสังเกตประการสำคัญก็คือ ตามบทบัญญัติดังกล่าวจะถือว่าผู้ประกอบการทั้งสองรายนั้นเป็นผู้ประกอบการรายเดียวซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ไม่ใช่เป็นผู้ประกอบการหลายรายซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

อย่างไรก็ดี ถ้อยคำที่ว่า “และให้ถือว่าบรรดาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังกล่าวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” นั้นอาจจะทำให้เกิดข้อบกพร่องได้ในบางกรณี อาทิ บริษัท ก มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดน้ำดื่มบรรจุขวดร้อยละ 20 และมียอดเงินขาย 400 ล้านบาท ส่วนบริษัท ข มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดน้ำดื่มบรรจุขวดร้อยละ 10 และมียอดเงินขาย 200 ล้านบาท ทั้งนี้ บริษัท ก มีความสัมพันธ์กับบริษัท ข ทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ ในกรณีดังกล่าวทั้งสองบริษัทจะมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดดังกล่าวรวมกันเพียงร้อยละ 30 และมียอดเงินขายรวมกันเพียง 600 ล้านบาท กรณีนี้ทั้งสองบริษัทไม่เข้าข่ายผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามประกาศว่าด้วยเกณฑ์ในการพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อย่างแน่นอน เมื่อเป็นเช่นนี้ถ้อยคำที่ว่า “และให้ถือว่าบรรดาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังกล่าวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” อาจส่งผลทางกฎหมายที่ไม่สมเหตุผลได้

อนึ่ง แม้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะมองว่านิติบุคคลหลายนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายและอำนาจสั่งการนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจคนละรายกัน ดังกล่าวไว้แล้วในข้อ 2.1 ของส่วนที่สองก็ตาม แต่จากบทบัญญัติที่ได้ยกมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดรายเดียวนั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะให้อำนาจผู้ใช้กฎหมายนำส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินของบรรดาผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการมารวมคำนวณด้วยกันและให้ถือว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวที่มีอำนาจเหนือตลาด เมื่อเป็นเช่นนี้จึงดูเหมือนว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยอมรับหลักการเรื่องหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันมาใช้ในการพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดรายเดียวเท่านั้น แต่หากเป็นเรื่องการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 และมาตรา 55 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะมองว่านิติบุคคลหลายนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายและอำนาจสั่งการนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจคนละรายกัน เพียงแต่การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้นจะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 54 วรรคสอง และมาตรา 56 (1) เมื่อเป็นเช่นนี้อาจเกิดคำถามในทางทฤษฎีได้ว่าในกฎหมายฉบับเดียวจะยึดถือหลักการในการพิจารณาผู้ที่ถูกควบคุมตามบทบัญญัติต่าง ๆ แตกต่างกันเช่นนี้ได้หรือไม่

(3) บทวิเคราะห์กรณีผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น หมายความว่ารวมถึงกรณีที่มีผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดด้วย ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาให้สิ้นสงสัยเสียตั้งแต่แรก คือ คำว่า “ผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาด” นั้นหมายความว่าอย่างไร อนึ่ง หากพิจารณาลงลึกไปถึงต้นกำเนิดของแนวคิดผู้ประกอบการหลายรายเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป จะพบว่า ในกรณีดังกล่าวกฎหมายสหภาพยุโรปจะหมายถึง

การที่ผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั่นเอง³² ทั้งนี้เงื่อนไขสำคัญที่จะตัดสินได้ว่า ผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นก็คือ ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องมีความผูกพันกันทางเศรษฐกิจอย่างแน่นแฟ้นจนทำให้เขาเหล่านั้นสามารถดำเนินการต่าง ๆ ในตลาดไปวิธีทางเดียวกันได้³³ ทั้งนี้ ความผูกพันดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี กล่าวคือ กรณีแรก ผู้ประกอบการเหล่านั้นทำการตกลงกันว่าจะมีพฤติกรรมเช่นไร และกรณีที่สอง ผู้ประกอบการเหล่านั้นอยู่ในตลาดผู้แข่งขันน้อยรายซึ่งโดยสภาพตลาดดังกล่าวทำให้เขาเหล่านั้นมีพฤติกรรมไปในทางเดียวกันจนราวกับว่าเป็นหน่วยร่วมเดียวกันนั่นเอง³⁴ ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณามาตรา 18 (5) กฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนี ก็จะพบว่ามีความหนทางในการพิจารณาที่สอดคล้องกันกับแนวทางของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป กล่าวคือ นอกจากหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้พิจารณาผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว จะถือว่าผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดได้ก็ต่อเมื่อเขาเหล่านั้นไม่มีการแข่งขันระหว่างกันด้วย

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะต้องมีการออกเกณฑ์ในการพิจารณาผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยเกณฑ์ดังกล่าวจะประกอบด้วยเงื่อนไขเกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายอย่างไรก็ดี พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังระบุให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณีมาประกอบการพิจารณาด้วย ในที่นี้ สิ่งหนึ่งที่ต้องตระหนักเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ก็คือ นอกจากการพิจารณาผลรวมของส่วนแบ่งตลาดและยอดขายของผู้ประกอบการหลายรายในตลาดนั้น ๆ แล้ว ผู้ใช้กฎหมายยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ประกอบธุรกิจเหล่านั้นมีการดำเนินการต่าง ๆ ในตลาดทิศทางเดียวกันจนดูเหมือนไม่มีการแข่งขันกันหรือไม่ ทั้งนี้การไม่แข่งขันกันดังกล่าวอาจจะมีที่มาจากการตกลงกัน หรือมีที่มาจากสภาพตลาดแบบผู้แข่งขันน้อยรายก็เป็นได้³⁵

1.2 พฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ถูกควบคุม

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วตามระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น ลำพังการที่ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดมิใช่ความผิดแต่อย่างใด³⁶ แต่เมื่อใดก็ตามที่เขามีอำนาจเหนือตลาดแล้ว เขาจะต้องมีความรับผิดชอบพิเศษในการรักษาระบบการแข่งขันที่ไม่ถูก

³² Dirk Dirsken in *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, author Eugen Langen, ed. Hermann-Josef Bunte (München : Luchterhand, 2006), Vol. 2, p.491.

³³ Dirk Dirsken, *ibid*, p.491.

³⁴ Hermann-Josef Bunte, *supra* note 12, p.170.

³⁵ Dirk Dirsken, *supra* note 32, p.491.

³⁶ Hermann-Josef Bunte, *ibid*, p.171.



บิตเปือน³⁷ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจึงต้องเข้าควบคุมพฤติกรรมบางประการของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว

ใน TFEU และ กฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนี นั้น พฤติกรรมที่ถูกควบคุมก็คือ การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ³⁸ ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเปิดกว้างให้ตีความได้ ทั้งนี้ในทัศนะของศาลสหภาพยุโรปนั้น การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ คือ พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่ง (1) มีอิทธิพลต่อโครงสร้างของตลาด และ (2) ทำลายการดำรงอยู่ของการแข่งขันหรือการพัฒนาของการแข่งขันโดยใช้เครื่องมือที่แตกต่างไปจากเครื่องมือสำหรับการแข่งขันด้านสินค้าและบริการตามปกติ เมื่อพิจารณาจากของการดำเนินการทางธุรกิจของผู้ร่วมตลาดต่าง ๆ³⁹ อนึ่ง โดยหลักแล้วการวินิจฉัยว่า พฤติกรรมใดเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากมุมมองภาวะวิสัยเท่านั้น⁴⁰ ยกเว้นบางพฤติกรรม ที่ศาลจะพิจารณาจากความมุ่งหมายในการทำลายการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดด้วย เช่น การตั้งราคาต่ำกว่าทุนเพื่อทำลายคู่แข่ง⁴¹

ข้อสังเกตประการสำคัญก็คือ ทั้งใน Art. 102 TFEU และมาตรา 19 กฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนี ซึ่งว่าด้วยการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบต่างก็มีการระบุพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบไว้หลายประการ แต่สิ่งที่ต้องตระหนักก็คือ พฤติกรรมที่ปรากฏเหล่านั้น มีฐานะเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น⁴² มิได้หมายความว่า หากพฤติกรรมใดไม่เข้าข่ายตามตัวอย่างแล้วจะไม่เป็นสิ่งที่กฎหมายควบคุม เพราะในที่สุดแล้ว ผู้ใช้กฎหมายก็ต้องพิจารณาว่า พฤติกรรมดังกล่าวเป็น การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือไม่นั่นเอง

สำหรับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นไม่ได้บัญญัติห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดเป็นการทั่วไปดังเช่น TFEU และ กฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของเยอรมนี แต่ได้บัญญัติพฤติกรรมต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้เพียงบางพฤติกรรมเท่านั้นดังจะไดกล่าวต่อไป

1.2.1 บทวิเคราะห์รายพฤติกรรม

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นได้บัญญัติพฤติกรรมต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้เพียง 4 พฤติกรรม กล่าวคือ พฤติกรรมแรก

³⁷ Volker Emmerich, *supra* note 10, p.133.

³⁸ Hermann-Josef Bunte, *supra* note 12, p.171.

³⁹ Judgment of 13 February 1979, Case 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Hoffmann-La Roche, Paragraph 91; Volker Emmerich, *supra* note 10, pp.132-133.

⁴⁰ Judgment of 13 February 1979, Case 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Hoffmann-La Roche, Paragraph 91; Volker Emmerich, *ibid*, pp.132-133.

⁴¹ Judgment of 19 April 2012, Case C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Tomra, Paragraph 17 - 19; Volker Emmerich, *ibid*, p.133.

⁴² Hermann-Josef Bunte, *supra* note 12, pp.172 and 293.

การกำหนดราคาอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 50 (1)) พฤติกรรมที่สอง การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่ค้าของตน (มาตรา 50 (2)) พฤติกรรมที่สาม การจำกัดปริมาณ (มาตรา 50 (3)) พฤติกรรมที่สี่ การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (มาตรา 50 (4)) ทั้งนี้ หากทำการเปรียบเทียบมาตราดังกล่าวกับมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งว่าด้วยเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น จะไม่พบความแตกต่างที่มีนัยสำคัญเท่าใดนัก

(1)การกำหนดราคาอย่างไม่เป็นธรรมหรือการรักษาระดับราคาอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 50 (1))

ด้วยสถานะทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เขาสามารถกำหนดราคาได้โดยไม่ต้องตระหนักถึงคู่แข่งหรือคู่ค้าของตนแต่อย่างใด⁴³ ทั้งนี้การกำหนดราคาอย่างไม่เป็นธรรมนั้นอาจจะเป็นการกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าในธุรกรรมนั้นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเป็นผู้ซื้อหรือผู้ขาย⁴⁴ สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาในที่นี้ก็คือจะรู้ได้อย่างไรว่าราคาดังกล่าวเป็นธรรมหรือไม่⁴⁵ ในทางตำราถือกันว่า ราคาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เหมาะสม ก็คือ ราคาที่แตกต่างจากราคาที่มีการแข่งขันจนส่งผลเชิงลบต่อคู่ค้า⁴⁶ ดังนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งมีฐานะเป็นผู้ซื้อกำหนดราคาซื้อต่ำกว่าราคาที่มีการแข่งขัน ก็อาจเข้าข่ายกำหนดราคาซื้อไม่เป็นธรรมได้⁴⁷ ในทางกลับกัน หากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเป็นผู้ขายสินค้า การกำหนดราคาขายสูงกว่าราคาที่มีการแข่งขัน ก็อาจเข้าข่ายการกำหนดราคาขายไม่เป็นธรรมได้⁴⁸

อย่างไรก็ดี ในความเป็นจริงแล้ว ราคาที่มีการแข่งขันนั้นอาจจะสามารถหาได้เพียงแคในบางกรณีเท่านั้น⁴⁹ ในทางปฏิบัติศาลสหภาพยุโรปจึงใช้หลักเกณฑ์อื่นที่ใช้ในการพิจารณา ทั้งนี้ในเบื้องต้นศาลสหภาพยุโรปมองว่า ราคาที่ไม่เป็นธรรม ก็คือ ราคาที่ไม่ได้สัดส่วนกับคุณค่าทางเศรษฐกิจของสินค้านั้นเอง⁵⁰ แต่เนื่องจากบางกรณีการวิเคราะห์ราคาและต้นทุนเป็นเรื่องที่ไม่อาจทำได้ง่ายนัก ศาลสหภาพยุโรปจึงใช้การเปรียบเทียบราคาดตลาดแทน (Vergleichsmarktkonzept)⁵¹ โดยการเปรียบเทียบจากราคาสินค้าดังกล่าวในช่วงเวลาอื่น ๆ เปรียบเทียบจากราคาสินค้าดังกล่าว

⁴³ Judgment of 13 February 1979, Case 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Hoffmann-La Roche, Paragraph 38; สุธีร์ ศุภนิธย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.48; ศักดา ธนิตกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.94.

⁴⁴ สุธีร์ ศุภนิธย์, *เพ็งอ้าว*, น.47; ศักดา ธนิตกุล, *เพ็งอ้าว*, น.94.

⁴⁵ สุธีร์ ศุภนิธย์, *เพ็งอ้าว*, น.47; ศักดา ธนิตกุล, *เพ็งอ้าว*, น.94.

⁴⁶ Volker Emmerich, *supra note 10*, pp.134-135.

⁴⁷ สุธีร์ ศุภนิธย์, *เพ็งอ้าว*, น.49; ศักดา ธนิตกุล, *เพ็งอ้าว*, น.95.

⁴⁸ สุธีร์ ศุภนิธย์, *เพ็งอ้าว*, น.48; ศักดา ธนิตกุล, *เพ็งอ้าว*, น.95.

⁴⁹ Volker Emmerich, *supra note 10*, pp.134-135.

⁵⁰ Hermann-Josef Bunte, *supra note 12*, p.173; Volker Emmerich, *ibid*, pp.134-135.

⁵¹ Hermann-Josef Bunte, *ibid*, pp.173 -174.



ขายอยู่ในท้องที่อื่น และเปรียบเทียบจากราคาของสินค้าอื่นที่ใกล้เคียงกัน⁵² เมื่อเปรียบเทียบราคาตามแนวทางดังกล่าวแล้ว หากปรากฏว่าราคามีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ในเบื้องต้นศาลสหภาพยุโรปจะมองว่าในกรณีดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่จะเป็นการกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม⁵³ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีสิทธินำสืบพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เป็นเหตุที่ทำให้ตนจำเป็นต้องกำหนดราคาในระดับดังกล่าวมาหักล้างได้⁵⁴

สำหรับการรักษาระดับราคาอย่างไม่เป็นธรรม ในตำรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าไทยบางเล่มได้ให้ความหมายว่าเป็น การที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดรักษาระดับราคาให้ต่ำกว่าที่ควรจะเป็นจนทำให้คู่แข่งไม่มีแรงจูงใจเข้าสู่ตลาดเนื่องจากเห็นว่าอาจจะได้กำไรไม่คุ้มค่างบที่ลงทุนไป⁵⁵ หากแนวทางการตีความเช่นนี้ถูกต้อง มีประเด็นที่อาจจะต้องพิจารณาต่อไปได้อีกว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาขายต่ำกว่าต้นทุนในช่วงเวลาหนึ่งเพื่อทำลายคู่แข่งที่อยู่ในตลาดอยู่แล้วให้ออกไปจากตลาดจะเข้าข่ายการรักษาระดับราคาอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 50 (1) ด้วยหรือไม่ ทั้งนี้ก็เพราะอันที่จริงแล้วทั้งสองพฤติกรรมล้วนแต่ส่งผลไปในทางเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการทำลายคู่แข่งนั่นเอง เพียงแต่การรักษาระดับราคาให้ต่ำเพื่อทำลายแรงจูงใจของคู่แข่งเป็นการทำลายการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ส่วนการลดราคาต่ำกว่าทุนนั้นเป็นการจัดการแข่งขันที่มีอยู่แล้วจริง อย่างไรก็ตาม ในตำรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าไทยบางเล่มกลับมองว่า การกำหนดราคาขายต่ำกว่าทุนนั้นเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบุคคลอื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร⁵⁶ ซึ่งอยู่ในฐานความผิดตามมาตรา 50 (4)

ข้อสังเกตประการสุดท้าย ตามถ้อยคำของบทบัญญัติมีการใช้คำว่า “การกำหนดราคา” กับ คำว่า “การรักษาระดับราคานั้น” เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมประจักษ์ชัดอยู่ในตัวเองว่า ถ้อยคำทั้งสองมีความหมายต่างกัน มิฉะนั้นคงไม่จำเป็นต้องบัญญัติแยกออกมาเป็นสองคำ ประเด็นที่ต้องพิจารณาก็คือ สองคำนี้มีความแตกต่างกันประการใด หากพิจารณาตามลำดับของพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด แน่นอนว่าในเบื้องต้นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอาจทำการกำหนดราคาขึ้นมาก่อน หลังจากนั้นหากเขายังคงกำหนดราคาในระดับดังกล่าวได้ในระยะยาว นี่ก็น่าจะสื่อได้ว่า เขาได้ทำการรักษาระดับราคา จุดต่างของทั้งสองคำนี้จึงน่าจะอยู่ที่มิติของเวลาหนึ่งเอง หากแนวทางการตีความเช่นนี้เป็นที่ยอมรับได้ การรักษาระดับราคาอย่างไม่เป็นธรรมก็น่าจะจำกัดเฉพาะรักษาระดับราคาให้ต่ำกว่าที่ควรจะเป็นจนทำให้คู่แข่งไม่มีแรงจูงใจเข้าสู่ตลาด ดังความเห็นในตำรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าไทยบางเล่มตามที่ได้กล่าวมาแล้วเท่านั้น แต่คงสามารถตีความรวมไปถึงกรณีผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเป็นผู้ขายทำการรักษา

⁵² Hermann-Josef Bunte, *ibid*, p.174.

⁵³ Hermann-Josef Bunte, *ibid*, p.174.

⁵⁴ Judgment of 13 July 1989, Case 395/87, ECLI:EU:C:1989:319, Ministère public, Rn. 46; Hermann-Josef Bunte, *ibid*, p.174

⁵⁵ สุธีร์ ศุภนิธย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.49; ศักดา ธนิตกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.95.

⁵⁶ สุธีร์ ศุภนิธย์, *เพ็งอ้าว*, น.51-52; ศักดา ธนิตกุล, *เพ็งอ้าว*, น.101.

ระดับราคาขายให้สูงกว่าราคาที่มีการแข่งขันในระยะยาวและกรณีผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเป็นผู้ซื้อทำการรักษาระดับราคาซื้อให้ต่ำกว่าราคาที่มีการแข่งขันในระยะยาวได้ด้วย เนื่องจากหากยอมรับกันว่า การกำหนดราคาขายสูงหรือกำหนดราคาซื้อต่ำกว่าระดับราคาที่มีการแข่งขันเพียงแค่ว่าในระยะสั้นก็เป็นความผิดตามมาตรา 50 (1) ได้ การรักษาระดับราคาในลักษณะดังกล่าวในระยะยาวก็ยิ่งต้องเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าวได้เช่นกัน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวส่งผลเสียต่อคู่ค้ายาวนานยิ่งกว่า

(2) การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่ค้าของตน (มาตรา 50 (2))

เช่นเดียวกับการวินิจฉัยในกรณีการกำหนดราคาอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 50 (1) สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณา คือ เงื่อนไขอย่างไรจึงจะถือว่ามีความไม่เป็นธรรมตามนัยของมาตรา 50 (2) ในทางตำรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าไทยมีทัศนะในทำนองที่ว่า เงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรม คือ เงื่อนไขที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่ควรกระทำต่อลูกค้าของตน ในลักษณะที่เงื่อนไขดังกล่าวทำให้ลูกค้าขาดอิสระในประกอบธุรกิจและอาจส่งผลกระทบต่อความสามารถในการแข่งขันในตลาดของเขา⁵⁷ อย่างไรก็ตาม มาตราที่นำมาเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของเงื่อนไขนั้นยังมีหลากหลายประการ⁵⁸ เมื่อพิจารณาตามแนวทางของศาลสหภาพยุโรป จะพบว่า เครื่องมือสำคัญที่ศาลสหภาพยุโรปนำมาใช้คือ การชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ ซึ่งฐานในการพิจารณาจะประกอบไปด้วยวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาว่าด้วยการทำงานของสหภาพยุโรป ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติที่ปรากฏในสนธิสัญญาดังกล่าว หลักความได้สัดส่วน⁵⁹ รวมทั้งผลกระทบของเงื่อนไขที่ต้องสงสัยดังกล่าวต่อการแข่งขันในตลาดสหภาพยุโรป⁶⁰ เป็นต้น

อนึ่ง เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของมาตรา 50 (2) จะเห็นได้ว่าการกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 50 (2) นั้นจะต้องส่งผลอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

ประการแรก เงื่อนไขดังกล่าวจะต้องส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า อนึ่ง การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะเช่นนี้เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากคู่ค้า (exploitative abuse) นั้นเอง ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปแบบที่ผู้ผลิตที่มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาขายต่อสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายสินค้า (resale price maintenance)⁶¹ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้จัดจำหน่ายในการตั้งราคา

⁵⁷ สุธีร์ ศุภินิตย์, *เพิ่งอ้าง*, น.50; ศักดา ธนิตกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.97.

⁵⁸ Volker Emmerich, *supra note 10*, p.136.

⁵⁹ Judgment of 27 March 1974, Case 127-7, ECLI:EU:C:1974:25,BRT/SABAM, Paragraph 6-8.; Volker Emmerich, *ibid*, p.136.

⁶⁰ Volker Emmerich, *ibid*, p.136.

⁶¹ Volker Emmerich, *ibid*, p.136; สุธีร์ ศุภินิตย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.50; ศักดา ธนิตกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.96.



ขายต่อโดยอิสระ⁶² หรืออาจจะอยู่ในรูปแบบการเลือกปฏิบัติทางราคา (price discrimination)⁶³ เช่น ผู้ผลิตที่มีอำนาจเหนือตลาดขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายบางรายในราคาที่สูงกว่าผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่มีลักษณะเดียวกันและอยู่ในพฤติการณ์เดียวกัน เงื่อนไขเช่นว่าทำให้ผู้จัดจำหน่ายที่ซื้อสินค้ามาในราคาที่สูงกว่าตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่ซื้อสินค้ามาในราคาที่ต่ำกว่า⁶⁴ เนื่องจากเขาต้องประสบกับข้อจำกัดในการตั้งราคาขายในทอดถัดไป กล่าวคือ หากเขาตั้งราคาขายเท่ากับผู้จัดจำหน่ายที่ต้นทุนต่ำกว่าก็เท่ากับว่าเขาได้รับกำไรน้อยกว่า แต่หากเขาตั้งราคาขายสูงกว่า ก็มีความเป็นไปได้ที่เขาจะขายสินค้าไม่ได้ นอกจากนี้ เงื่อนไขที่จำกัดเสรีภาพคู่ค้าในการผลิตหรือให้บริการนั้นก็อาจจะได้แก่ กรณีที่ผู้ขายสินค้าซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดทำการจำกัดขอบเขตการใช้สินค้าที่ตนขายให้แก่ผู้ซื้อ⁶⁵ อันจะส่งผลให้ผู้ซื้อสินค้าไม่สามารถนำสินค้าดังกล่าวมาใช้ในการผลิต หรือให้บริการได้อย่างเต็มที่

ประการที่สอง เงื่อนไขดังกล่าวจะต้องส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้นอกจากจะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากคู่ค้าแล้ว ยังถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดทำลายคู่แข่ง (exclusionary abuse) อีกด้วย ตัวอย่างเงื่อนไขดังกล่าว ได้แก่ การที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดบังคับให้คู่ค้าของตนไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของตน (exclusive dealing)⁶⁶ อันอาจส่งผลให้คู่แข่งไม่อาจเข้าตลาดได้ หรืออาจจะต้องออกจากตลาดไป นอกจากนี้ยังอาจรวมไปถึงการกำหนดให้คู่ค้าต้องผูกพันกับตนเป็นเวลานานเกินสมควร⁶⁷ เช่น ผู้ขายวัตถุดิบที่มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดให้ผู้ผลิตซื้อวัตถุดิบจากตนเป็นระยะเวลานาน ทั้งนี้แม้ในกรณีดังกล่าวผู้ขายวัตถุดิบที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นจะไม่ห้ามให้ผู้ผลิตไปซื้อวัตถุดิบจากผู้ขายรายอื่นก็ตาม แต่ตลอดระยะเวลาดังกล่าวนั้นผู้ผลิตยังคงต้องซื้อวัตถุดิบจำนวนหนึ่งจากผู้ขายวัตถุดิบที่มีอำนาจเหนือตลาดอยู่เสมอ ทั้ง ๆ ที่เขาอาจจะได้รับข้อเสนอที่ดีกว่าหากซื้อวัตถุดิบจำนวนนั้นจากผู้ขายรายอื่นก็เป็นได้ และนั่นก็หมายความว่าโอกาสที่ผู้ขายรายอื่นจะเสนอขายวัตถุดิบจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้ผลิตถูกจำกัดลงด้วย ตัวอย่างอีกประการของเงื่อนไขที่ทำให้คู่ค้าของตนต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า ได้แก่ การที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าชนิดที่หนึ่งบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการซื้อสินค้าชนิดที่หนึ่งจากตนต้องซื้อสินค้าชนิดที่สองจากตนด้วย แม้ว่าเมื่อพิจารณาจากสภาพสินค้า หรือประเพณีการค้าแล้ว ผู้ซื้อไม่มีความจำเป็นที่จะต้องซื้อสินค้าที่สองจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดด้วยเลยก็ตาม

⁶² Hermann-Josef Bunte, *supra* note 12, pp.150-151; สุธีร์ ศุภนิธย์, *เพ็งอ้าว*, น.100, 104; ศักดา ธนิตกุล, *เพ็งอ้าว*, น.201.

⁶³ สุธีร์ ศุภนิธย์, *เพ็งอ้าว*, น.50; ศักดา ธนิตกุล, *เพ็งอ้าว*, น.97.

⁶⁴ สุธีร์ ศุภนิธย์, *เพ็งอ้าว*, น.50-51.

⁶⁵ Volker Emmerich, *supra* note 10, p.136.

⁶⁶ Volker Emmerich, *ibid*, p.136; สุธีร์ ศุภนิธย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.50; ศักดา ธนิตกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.97.

⁶⁷ Volker Emmerich, *ibid*, p.136.

หรือที่เรียกกันว่า ขายพวง (Tying)⁶⁸ เงื่อนไขดังกล่าวนอกจากจำกัดเสรีภาพของผู้ซื้อแล้ว ยังส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาดสินค้าชนิดที่สองไม่อาจแข่งขันได้อีกด้วย ด้วยวิธีการเช่นนี้เอง ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าชนิดที่หนึ่งจึงสามารถขยายอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวไปยังตลาดสินค้าชนิดที่สองได้ (Leveraging)⁶⁹

กล่าวโดยสรุป ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขในกรณีใดก็ตาม ในเบื้องต้นย่อมจะส่งผลทำให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าขาดอิสรภาพในการดำเนินธุรกิจทั้งสิ้น⁷⁰ แต่บางเงื่อนไขนอกจากจะเป็นการเอาเปรียบคู่ค้าแล้วยังอาจส่งผลเป็นการทำลายคู่แข่งอีกด้วย

(3) การจำกัดปริมาณ (มาตรา 50 (3))

มาตรา 50 (3) ควบคุมพฤติกรรมสองประเภทที่มีผลต่อปริมาณสินค้าในตลาดประเภทแรก คือ การระงับ การลด หรือการจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ประเภทที่สอง คือ การทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้า

ข้อสังเกตประการสำคัญก็คือ สำหรับพฤติกรรมประเภทแรกนั้น จะต้องได้ความว่าการระงับ การลด หรือการจำกัดปริมาณดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจะต้องทำไปโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรด้วย ดังนั้น หากการระงับ การลด หรือการจำกัดปริมาณดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควร ก็จะไม่ถูกต้องห้ามตามกฎหมาย ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ การระงับ การลด หรือการจำกัดด้วยเหตุผลใดจึงจะถือว่าเข้าข่ายว่ามีเหตุผลอันสมควรได้บ้าง ในตำรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของไทยยอมรับตรงกันว่า เหตุผลประการหนึ่งที่ถือว่าเป็นเหตุผลอันสมควรในการลดหรือจำกัดปริมาณก็คือเหตุผลว่าความปริมาณความต้องการสินค้าในตลาดลดลงอย่างเห็นได้ชัด⁷¹ อย่างไรก็ดี ถ้อยคำ “เหตุผลอันสมควร” เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเปิดกว้างอันจะทำให้ผู้ใช้กฎหมายมีพื้นที่ในการวินิจฉัยค่อนข้างกว้าง ดังนั้น อาจตีความได้ว่าเหตุผลอันสมควรอาจเป็นเหตุผลที่มีพื้นฐานมาจากข้อจำกัดบางประการของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอง โดยอาจจะเป็นเหตุผลเชิงเทคนิค เช่น ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจำเป็นต้องระงับการผลิตเนื่องจากเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตชำรุด หรือ เหตุผลเชิงเศรษฐกิจ เช่น ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดประสบวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจทำให้จำเป็นต้องลดปริมาณการผลิตลง หรือ เหตุผลทางกฎหมาย เช่น สินค้าของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ใช้ จึงถูกกฎหมายอื่นห้ามมิให้ผลิตสินค้าดังกล่าว เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตสำคัญอีกประการก็คือ ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมประเภทแรกหรือประเภทที่สอง การจำกัดปริมาณดังกล่าวจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อ ทำไป “เพื่อให้ปริมาณสินค้าต่ำกว่าความต้องการของตลาด” จึงกล่าวได้ว่าจุดมุ่งหมายของอนุมาตรานี้ก็คือการควบคุม

⁶⁸ สุธีร์ ศุภนิธย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.50; ศักดา ธนิตกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.97.

⁶⁹ Jochen Glöckner, *supra* note 4, p.222.

⁷⁰ สุธีร์ ศุภนิธย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.50; ศักดา ธนิตกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.96.

⁷¹ สุธีร์ ศุภนิธย์, *เพ็งอ้าว*, น.51; ศักดา ธนิตกุล, *เพ็งอ้าว*, น.101.



ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้กระทำการใด ๆ อันส่งผลให้ปริมาณสินค้าต่ำกว่าความต้องการของตลาดซึ่งส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าต่อไปในท้ายที่สุดนั่นเอง⁷²

อนึ่ง เจื่อนไซตามมาตรา 50 (3) ที่ว่าการจำกัดปริมาณสินค้านั้นจะต้องทำเพื่อให้ปริมาณสินค้าต่ำกว่าความต้องการของตลาดด้วยทำให้ขอบเขตการใช้บทบัญญัติดังกล่าวค่อนข้างแคบเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจจะนำมาใช้ได้ในกรณีผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต้องการจำกัดปริมาณสินค้าในระดับซึ่งไม่ถึงขั้นที่จะทำให้ปริมาณสินค้าต่ำกว่าความต้องการของตลาดได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณากันอย่างถี่ถ้วนแล้ว จะเห็นได้ว่า ลำพังเพียงแค่การจำกัดปริมาณสินค้าลง แม้ว่าจะไม่ถึงขั้นทำให้ปริมาณสินค้าต่ำกว่าความต้องการของตลาดก็ตาม ก็ส่งผลให้ราคาสินค้าสูงขึ้นได้อยู่แล้ว⁷³ ถ้าวัดจาก Art. 102 (2) (b) TFEU มาพิจารณาเปรียบเทียบดู ก็จะเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวนั้นก็เป็นการห้ามผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดทำการจำกัดปริมาณสินค้าเช่นกัน แต่จะไม่มีเงื่อนไขว่า การจำกัดปริมาณดังกล่าวต้องมีวัตถุประสงค์ทำให้ปริมาณสินค้าต่ำกว่าความต้องการของตลาดดังเช่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่อย่างใด เพียงแต่จะระบุเงื่อนไขว่า การจำกัดปริมาณดังกล่าวจะต้องทำให้เกิดผลเสียแก่ผู้บริโภคเท่านั้น

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจำกัดปริมาณสินค้านั้น หมายถึง การจำกัดปริมาณสินค้าของตนเอง หรือ จำกัดปริมาณสินค้าของคู่แข่ง ทั้งนี้ ในเบื้องต้นก็สามารถตีความได้ว่า การจำกัดปริมาณของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็คือ กรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจำกัดปริมาณการผลิตหรือจำหน่ายของตนเอง⁷⁴ ซึ่งตำรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าไทยก็มีแนวโน้มที่จะเห็นเช่นนั้น⁷⁵ ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป ก็คือ นอกจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจำกัดปริมาณของตนเองแล้ว ยังสามารถตีความอนุมาตรานี้ไปถึงการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอันเป็นการจำกัดปริมาณของ “คู่แข่ง” ได้ด้วยหรือไม่ เมื่อลองศึกษาดำรงกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรปจะเห็นว่า มีการตีความการจำกัดปริมาณโดยผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดให้ครอบคลุมถึงการจำกัดปริมาณของคู่แข่งด้วย⁷⁶ ดังนั้น พฤติกรรมการทำลายคู่แข่งบางประการ เช่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมกับคู่แข่งก็เป็นการจำกัดปริมาณสินค้าได้เช่นเดียวกัน⁷⁷ การตีความตามแนวทางเช่นนี้จะทำให้สามารถใช้บทบัญญัติมาตรา 50 (3) ได้อย่างยืดหยุ่นมากขึ้น และจะมีผลทำให้พฤติกรรมใด ๆ ก็ตามของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ทำให้ปริมาณสินค้าของคู่แข่งลดลงตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตราดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตามก็ยังมีข้อที่ต้อง

⁷² สุธีร์ ศุภนิตย, *เพ่งอ่าว*, น.51; ศักดา ธนิตกุล, *เพ่งอ่าว*, น.100.

⁷³ Hermann-Josef Bunte, *supra note 12*, p.174; Volker Emmerich, *supra note 10*, p.138.

⁷⁴ Hermann-Josef Bunte, *ibid*, p.174; Volker Emmerich, *ibid*, p.138.

⁷⁵ สุธีร์ ศุภนิตย และ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.51; ศักดา ธนิตกุล, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.100-101.

⁷⁶ Hermann-Josef Bunte, *ibid*, pp.174-175; Volker Emmerich, *supra note 10*, pp.138-139.

⁷⁷ Volker Emmerich, *ibid*, pp.141-142.

ตระหนักประการหนึ่ง กล่าวคือ トラバโดที่มาตรา 50 (3) ยังคงมีเงื่อนไขที่ว่า การลดปริมาณจะต้องทำให้ปริมาณสินค้าลดลงต่ำกว่าความต้องการของตลาดอยู่ การใช้บทบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมไปถึงการจำกัดปริมาณของคู่แข่งก็ยังคงประสบข้อจำกัดอยู่มาก ดังจะยกตัวอย่างต่อไปนี้ สมมติว่า บริษัท ก เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดสินค้าชนิดหนึ่ง และเป็นผู้ครอบครองวัตถุดิบสำคัญในการผลิตสินค้าชนิดดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว วันหนึ่ง บริษัท ก ได้ทำการยุติการขายวัตถุดิบสำคัญในการผลิตสินค้าดังกล่าวให้แก่ผู้ผลิตอื่น ๆ เนื่องจากต้องการผลิตสินค้าดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว เป็นผลให้ผู้ผลิตรายอื่นก็ไม่สามารถผลิตสินค้าดังกล่าวมาขายในตลาดได้อีกต่อไป ปริมาณสินค้าในตลาดจึงลดลง และมีราคาแพงขึ้น อย่างไรก็ตามหากความปรากฏว่าบริษัท ก ก็ยังคงทำการผลิตสินค้ามาขายได้ในปริมาณที่ไม่ต่ำกว่าความต้องการของตลาดอยู่ ในกรณีดังกล่าวมีอาจจะถือได้ว่า การกระทำความผิดกล่าวของ บริษัท ก มีวัตถุประสงค์ให้ปริมาณสินค้าต่ำกว่าความต้องการของตลาดแต่อย่างใด เนื่องจากหากบริษัท ก มีความประสงค์เช่นว่าจริงก็คงผลิตสินค้าดังกล่าวในปริมาณที่ต่ำกว่าความต้องการของตลาดไปแล้ว เมื่อเป็นเช่นนี้ การกระทำความผิดกล่าวของ บริษัท ก ก็ไม่ขัดกับมาตรา 50 (3) ทั้ง ๆ ที่ทำให้คู่แข่งต้องออกจากตลาด ปริมาณสินค้าในตลาดลดลง และสินค้ามีราคาแพงขึ้นก็ตาม

จากที่กล่าวมาข้างต้น ก็จะพอเห็นได้ว่ามาตรา 50 (3) ยังคงถูกใช้อย่างจำกัดอยู่มาก เพื่อที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไปในอนาคต อาจจะต้องทำการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในบทบัญญัติดังกล่าวที่กำหนดว่าวัตถุประสงค์ในการจำกัดปริมาณสินค้าก็เพื่อให้ปริมาณสินค้าต่ำกว่าความต้องการในตลาด ให้เป็นเงื่อนไขในลักษณะที่ว่า การจำกัดปริมาณจะต้องทำให้เกิดผลเสียแก่ผู้บริโภค ดังเช่นที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป หากแก้ไขได้ตามแนวทางเช่นว่า ก็จะทำให้ทำขอบเขตในการใช้ออมนูมาตราดังกล่าวกว้างขวางขึ้น

นอกจากนี้หากพิจารณากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรปจะพบข้อสังเกตสำคัญอีกประการก็คือ ใน Art. 102 (2) (b) TFEU นั้น มิได้ควบคุมเฉพาะพฤติกรรมการจำกัดปริมาณสินค้าเท่านั้น แต่ยังควบคุมไปถึงการจำกัดความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีด้วย ดังนั้น การกระทำใดของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งส่งผลกระทบต่อความหลากหลายและคุณภาพของสินค้ารวมทั้งความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีจะตกอยู่ภายใต้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย เช่น การที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธการอนุญาตให้คู่แข่งใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญต่อการเข้าตลาด เป็นต้น⁷⁸ หากย้อนกลับมาพิจารณาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะเห็นได้ว่า ไม่มีบทบัญญัติควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดในการจำกัดความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีแต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่ ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเป็นเรื่องสำคัญมากสำหรับบางตลาดที่การแข่งขันถูกขับเคลื่อนโดยเทคโนโลยีเป็นหลัก ดังนั้น หากมีการแก้ไขให้ออมนูมาตรานี้ หรือมีการบัญญัติออมนูมาตราใหม่ ให้ครอบคลุมไปถึงการห้ามผู้ประกอบธุรกิจ

⁷⁸ Judgment of 29 April 2004, Case C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, IMS Health, Paragraph 52; Judgment of the Court of First Instance of 17 September 2007, Case T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Microsoft, Paragraph 319, 331-335, 691, 1336; Volker Emmerich, *ibid*, pp.144-145.



ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจำกัดความหลากหลายและคุณภาพของสินค้ารวมทั้งความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไม่ว่าจะของตนหรือของผู้อื่นก็ตาม จะทำให้มาตรา 50 สามารถใช้ได้ครอบคลุมมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะสามารถนำไปใช้กับกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้ทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบได้อย่างเหมาะสมยิ่งขึ้น

(4) การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (มาตรา 50 (4))

สิ่งสำคัญประการแรกที่จะต้องพิจารณาเพื่อที่จะสามารถใช้บทบัญญัตินี้ได้อย่างถูกต้อง คือ การพิจารณาว่าขอบเขตของการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นตามนัยของมาตรา 50 (4) นั้นมีความครอบคลุมเพียงใด ทั้งนี้ ในทางตำรากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าไทยบางเล่มจะตีความว่าการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นคือ การกีดกันหรือขัดขวางคู่แข่ง⁷⁹ นอกจากนี้ยังมีการอ้างถึงการตีความโดยผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลกซึ่งเห็นว่าบทบัญญัติที่ห้ามพฤติกรรมดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์จะเอาผิดกับพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งไม่เข้าข่ายตามอนุมาตราอื่น ๆ อีกด้วย⁸⁰ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า หากบทบัญญัติอนุมาตราดังกล่าวมีความมุ่งหมายที่จะควบคุมการพฤติกรรมกีดกันหรือขัดขวางคู่แข่งเป็นการทั่วไป เหตุใดจึงบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะที่แคบกว่าถ้อยคำว่า “การกีดกันหรือขัดขวางคู่แข่ง” เป็นอย่างมากแน่นอนว่าการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบุคคลอื่น อาทิ การที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกลั้วฟุ้งคู่แข่งว่าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของตนเพื่อให้คู่แข่งเกรงกลัวล้มเลิกเข้าสู่ตลาดทั้ง ๆ ที่อยู่ว่าอันที่จริงแล้วคู่แข่งไม่ได้ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานั้น เข้าข่ายเป็นพฤติกรรมที่เป็นการกีดกันหรือขัดขวางประการหนึ่งอย่างแน่นอน แต่หากจะตีความว่า พฤติกรรมที่เข้าข่ายการกีดกันหรือขัดขวางทุกพฤติกรรมเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นคงไม่ถูกต้องนัก ยกตัวอย่างเช่น บริษัท ก เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดสินค้าชนิดหนึ่งและครอบครองสิทธิบัตรสำคัญที่ใช้ผลิตสินค้าชนิดนั้นแต่เพียงผู้เดียว บริษัท ข อยากจะผลิตสินค้าชนิดดังกล่าวมาขายโดยจะทำปรับปรุงคุณลักษณะให้ดีกว่าจากสินค้าของบริษัท ก แต่การปรับปรุงสินค้าเพื่อนำมาขายเช่นว่า บริษัท ข จำเป็นจะต้องได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรดังกล่าวจากบริษัท ก เสียก่อน มิฉะนั้นอาจโดนฟ้องร้องคดีละเมิดสิทธิบัตรได้ บริษัท ข จึงได้ทำการขออนุญาตใช้สิทธิบัตรดังกล่าวจากบริษัท ก แต่บริษัท ก ปฏิเสธการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผล การกระทำดังกล่าวของบริษัท ก อาจถือได้ว่าเป็นการกีดกันหรือขัดขวางคู่แข่งมิให้ผลิตสินค้าที่ดีกว่ามาขาย แต่คงจะถือได้ว่าเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบริษัท ข ไม่ได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวบริษัท ก ไม่ได้เข้าไปยุ่งย่ำกับกิจกรรมทางธุรกิจของบริษัท ข แต่อย่างใด ในทางตรงข้าม บริษัท ก ปฏิเสธที่

⁷⁹ สุธีร์ ศุภนิตย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.51; ศักดา ธนิตกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.101.

⁸⁰ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, *หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25-29 (Guideline of Trade Competition Act for Section 25, 26, 27 and 29, 1997)*, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน, น.30; อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, *เพิงอ้าว*, น.101.

จะยุ่งเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจกับบริษัท ข เสียด้วยซ้ำ อนึ่ง สิ่งที่ต้องระลึกไว้ในที่นี้ก็คือ ผลทางกฎหมายประการหนึ่งของการฝ่าฝืนมาตรา 50 นั้น ก็คือ ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษทางอาญา และในกรณีที่ต้องการจะใช้มาตรา 50 ลงโทษทางอาญานี้เอง การตีความมาตรา 50 ก็ต้องตีความอย่างกฎหมายอาญาด้วยซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัด ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวการตีความการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นให้รวมไปถึงการกีดกันหรือขัดขวางคู่แข่งซึ่งมีความหมายกว้างกว่าอาจจะขัดกับหลักการตีความกฎหมายอาญาได้

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณานอกเหนือไปจากกรอบของการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 50 แล้ว จะพบได้ว่าการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นนั้น เข้าข่ายเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติตามมาตรา 57 ได้โดยมีจำเป็นว่าผู้ฝ่าฝืนจะต้องมีอำนาจเหนือตลาดแต่อย่างใด อย่างไรก็ดี สภาพบังคับของการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นการปรับทางปกครอง ไม่ใช่โทษอาญา นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับความเสียหายจากการกีดกันยังสามารถเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้อีกด้วย ตามมาตรา 69

1.2.2 บทวิเคราะห์ส่งท้าย

มาตรา 50 ระบุพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่กฎหมายมุ่งควบคุมไว้เพียง 4 อนุมาตราเท่านั้น ซึ่งในแต่ละอนุมาตราก็มีขอบเขตค่อนข้างจำกัด ดังนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดรายใดทำพฤติกรรมอื่นใด นอกเหนือจาก 4 ประการข้างต้น ก็จะไม่เป็นความผิด แม้จะกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม มาตรา 50 จึงมีช่องว่างทางกฎหมายพอสมควร ทั้งนี้เมื่อลองเปรียบกับการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตาม Art. 102 TFEU จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่เปิดกว้างกว่า เนื่องจากสิ่งที่กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรปห้าม นั่นคือ การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะกว้างสามารถตีความได้ ผู้ใช้กฎหมายจึงมีพื้นที่การวินิจฉัยที่ค่อนข้างยืดหยุ่น

ถ้าในอนาคตมีความประสงค์จะทำให้บทบัญญัติมาตรา 50 ครอบคลุมพฤติกรรมอื่นใดที่กระทบต่อการแข่งขันแต่ไม่ได้อยู่ในรายการระบุไว้ ก็อาจจะต้องมีการแก้ไขถ้อยคำในลักษณะที่ว่า พฤติกรรมที่มาตรา 50 ห้าม นั้น คือ การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ โดยให้รายการพฤติกรรมที่ระบุไว้ในอนุมาตราต่าง ๆ เป็นเพียงตัวอย่างการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเท่านั้น

นอกจากขอบเขตที่จำกัดของบทบัญญัติแล้ว เมื่อพิจารณาคุณสมบัติมาตรา 50 จะพบว่ามาตราดังกล่าวมีสภาพบังคับที่ค่อนข้างหลากหลาย จึงทำให้เกิดปัญหาว่าในการตีความจะต้องใช้หลักการตีความมาตราดังกล่าวตามหลักการตีความกฎหมายใด หากมองในเบื้องต้นอาจกล่าวได้ว่า ในเมื่อมาตรา 50 มีโทษทางอาญา ก็ถือว่าเป็นความผิดอาญา และเมื่อเป็นเช่นนั้นก็ต้องนำหลักการตีความอย่างกฎหมายอาญามาใช้ กล่าวคือ ต้องตีความอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ดี หากพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่เข้าข่ายตามมาตรา 50 นั้นก่อให้เกิด



ความเสียหาย ผู้เสียหายอาจโดนฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 69 ได้เช่นกัน คำถามสำคัญที่เกิดขึ้นก็คือ หากเอกชนได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ไม่ได้ร้องทุกข์เพื่อดำเนินการทางอาญา แต่กลับเลือกที่จะดำเนินคดีทางแพ่งแต่อย่างเดียว กรณีดังกล่าวศาลยังจะต้องตีความและปรับใช้มาตรา 50 อย่างเคร่งครัดประการหนึ่งเป็นกฎหมายอาญาหรือไม่ หรือต้องตีความตามหลักกฎหมายทั่วไป ยิ่งไปกว่านั้นการกระทำตามมาตรา 50 อาจโดนสั่งระงับโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ตามมาตรา 60 คำถามที่เกิดขึ้นอีกเช่นกันก็คือ ก่อนที่คณะกรรมการจะออกคำสั่งทางปกครองตามมาตราดังกล่าว คณะกรรมการจะต้องตีความและปรับใช้มาตรา 50 อย่างเคร่งครัดเฉกเช่นการตีความกฎหมายอาญาด้วยหรือไม่ สำหรับปัญหาดังกล่าว ในเบื้องต้นผู้ใช้กฎหมายในแต่ละคดีจำเป็นต้องพิจารณาเสียก่อนว่าในคดีดังกล่าวเป็นการใช้บทบัญญัติมาตรา 50 ให้มีผลทางกฎหมายเช่นไร หลังจากนั้นจึงนำหลักการตีความกฎหมายประเภทนั้นมาพิจารณา มิใช่เหมารวมว่าเมื่อบทบัญญัติดังกล่าวมีโทษอาญาก็ต้องนำหลักการตีความกฎหมายอาญามาใช้ทุกกรณี

ส่วนที่สาม บทส่งท้าย

ตามที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้น จะพบได้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในส่วนของการควบคุมพฤติกรรมบางประการของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นยังคงมีถ้อยคำที่อาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความรวมทั้งช่องว่างทางกฎหมายอยู่นอกจากนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นการบังคับใช้ให้แก่กิจการบางประเภทยังขาดความรัดกุมอีกด้วย ทั้งนี้ แนวทางการตีความรวมทั้งแนวทางแก้ไขบทบัญญัติที่บทความฉบับนี้นำเสนอเป็นเพียงแต่แนวทางในเบื้องต้นเท่านั้น การที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว เหล่านี้ รวมทั้งปัญหาอื่น ๆ ที่ยังแฝงอยู่ จำเป็นจะต้องมีการทำงานทางวิชาการในเชิงลึกเพื่อหาทางออกต่อไป