

มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค จากการใช้วิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม: ศึกษากฎหมายของกลุ่มสหภาพยุโรป และกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส*

เอมผกา เตชะอภัยคุณ**

บทคัดย่อ

เนื่องด้วยผู้ประกอบการในปัจจุบันใช้วิธีการหรือมาตรการส่งเสริมการขายในรูปแบบที่หลากหลายเพื่อดึงดูดผู้บริโภคให้ตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการของตนเพราะเชื่อถือในมาตรการส่งเสริมการขายเหล่านั้น ซึ่งในบางกรณีมาตรการที่ผู้ประกอบการใช้อาจมีลักษณะเป็นการหลอกลวงหรือก่อให้เกิดความเสียหายให้กับผู้บริโภค บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยที่จัดทำขึ้นเพื่อศึกษาหาแนวทางในการควบคุมดูแลการใช้มาตรการส่งเสริมการขายของผู้ประกอบการในประเทศไทยโดยให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภคในขณะที่ยังเป็นการสร้างสมดุลในระบบการค้าเสรีซึ่งผู้วิจัยใช้วิธีการศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศฝรั่งเศส

จากการศึกษากฎหมายของไทยและกฎหมายของต่างประเทศแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีมาตรการที่ควบคุมการใช้มาตรการหรือวิธีการส่งเสริมการขายของผู้ประกอบการที่ชัดเจนเป็นการเฉพาะแตกต่างจากประเทศไทยที่มี

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัย เรื่องมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้วิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม:ศึกษากฎหมายของกลุ่มสหภาพยุโรปและกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส, คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรกฎาคม 2559

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปริญญาเอกสาขากฎหมายเอกชน เกียรตินิยมดีเยี่ยม โดยมติเอกฉันท์ของกรรมการ มหาวิทยาลัย Aix Marseille Université ประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายควบคุมมาตรการส่งเสริมการขายโดยรวม จึงต้องปรับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา ฉลาก หรือสัญญา ซึ่งในบางกรณีกฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจครอบคลุมปัญหาการละเมิดสิทธิผู้บริโภคได้ทั้งหมด นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังพบว่ากฎหมายของไทยยังมีการกำหนดบทลงโทษในทางแพ่งและทางอาญาที่ไม่เอื้อต่อการชดเชยเยียวยาผู้บริโภคและการป้องปรามผู้กระทำผิด ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหามาตรการส่งเสริมการขายที่ไม่ธรรม ประกอบด้วย

- 1) การบัญญัติกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้มาตรการส่งเสริมการขายเป็นการเฉพาะ
- 2) การกำหนดหลักการในการพิจารณาว่ามาตรการส่งเสริมการขายประเภทใดสามารถทำได้ และประเภทใดที่ไม่สามารถทำได้โดยดูแนวทางของสหภาพยุโรปและประเทศฝรั่งเศสเป็นตัวอย่าง
- 3) การกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่สะท้อนผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับจากการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคในกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้มาตรการส่งเสริมการขาย
- 4) การกำหนดผลของสัญญาที่เกิดจากการใช้มาตรการส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรม รวมไปถึงวิธีการชดเชยเยียวยาที่ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับให้ชัดเจนในกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้มาตรการส่งเสริมการขาย

Abstract

At present, manufacturers tend to implement various types of promotion strategies persuading consumers to buy their goods and services because of the promotional schemes. In some cases, those practices might be deceptive and deleterious to consumers. This piece of research was conducted to outline how to rightly control sale promotions in Thailand. It tried to strike a balance between fairness and free trade. The researcher studied EU's and French legal tools manipulating the scheme.

From the study, it is found that EU's and French laws on the issue are clear. In France, specific laws are put in place. By contrast Thailand has no law dealing with the issue in particular. Only laws governing advertisements, labels, and contracts are introduced. Moreover, civil and criminal sanctions available in Thai laws do not help in the process of redress and fail to deter manufacturers from constituting offences. The research, therefore, suggests that these methods should be implemented if unfair commercial practices problems to be solved;



- 1) A specific law controlling commercial practices should be introduced;
- 2) A guideline should be provided as to know which kinds of commercial practices are allowed;
- 3) A proportional criminal penalty should be imposed to reflect the benefits manufacturers gained by infringing consumers' rights;
- 4) The legal consequence of contract deriving from unfair commercial practices and redress measures should be clearly provided.

1. บทนำ

ในท้องตลาดในยุคปัจจุบันผู้บริโภคเผชิญกับปัญหาการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค โดยผู้ประกอบการจากการใช้โฆษณาหลอกลวงทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดในคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการ การใช้ฉลากสินค้าที่ให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ การเลือกออกแบบบรรจุภัณฑ์ของสินค้าทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนในตัวสินค้า การใช้วิธีการจูงใจให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือบริการด้วยการจูงใจว่าผู้บริโภคจะได้รับผลตอบแทนพิเศษอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการซื้อสินค้าหรือบริการโดยตรง การใช้บรรจุภัณฑ์ที่มีขนาดใหญ่กว่าสินค้ามาก การเขียนในฉลากสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ว่าสินค้าที่จำหน่ายใหม่เป็นสูตรใหม่โดยไม่แน่ชัดว่าเป็นสูตรใหม่ในส่วนใด การใช้โฆษณาที่มีลักษณะเป็นการกระตุ้นกลุ่มบุคคลที่มีความสามารถในการพิจารณาไตร่ตรองจำกัดอย่างผู้สูงอายุที่อาจไม่มีความรู้ความเข้าใจกับระบบการตลาดสมัยใหม่ เป็นต้น

แม้ว่าประเทศไทยจะมีการประกาศใช้กฎหมายเฉพาะหลายฉบับเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคมากขึ้น อาทิ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เป็นต้น อย่างไรก็ตามสิ่งที่น่าสังเกตว่ากฎหมายแต่ละฉบับถูกออกแบบมาเพื่อจัดการกับปัญหาการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคที่เกิดขึ้นเฉพาะเรื่อง ตัวอย่างเช่น กรณีการใช้โฆษณาหลอกลวงผู้บริโภค อยู่ภายใต้กลไกการควบคุมโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม หรือกฎหมายเฉพาะหากเป็นสินค้าที่มีกฎหมายควบคุมแยกไว้เป็นพิเศษ เช่น ยา อาหาร หรือหากเป็นการทำข้อสัญญาที่มีลักษณะเอาเปรียบผู้บริโภค ข้อสัญญาอาจตกอยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม หรือพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แล้วแต่กรณี จากตัวอย่างที่ได้ยกไปแสดงให้เห็นว่าในการปรับใช้กลไกทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในปัจจุบันของไทยพิจารณาจากประเภทของนิติกรรมและประเภทของสินค้าหรือบริการเป็นสำคัญว่าเข้าข่ายจะอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของกฎหมายหรือไม่ เพื่อพิจารณาสิทธิของผู้บริโภคจะได้รับการคุ้มครองอย่างไร ซึ่งหากปัญหาการละเมิดสิทธิ การเอาเปรียบผู้บริโภคมีได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเฉพาะแล้ว ผู้บริโภคคงจะได้รับการคุ้มครองสิทธิภายใต้กฎหมายทั่วไปเท่านั้น

ด้วยเหตุข้างต้นนี้เอง จึงนำมาสู่ข้อสงสัยว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันจะสามารถรับรองคุ้มครองปกป้องสิทธิของผู้บริโภคที่ต้องเผชิญกับการใช้กลยุทธ์ทางการค้าทางการตลาดใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ ทั้งนี้ หากพิจารณารูปแบบการทำการตลาดเพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการในท้องตลาดของไทยได้รับอิทธิพลจากตัวอย่างที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ อีกทั้งกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคของไทยเองก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของต่างประเทศ นำไปสู่การศึกษาค้นคว้าแนวทางการจัดการปัญหาการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคที่พัฒนาขึ้นในกลุ่มประเทศของสหภาพยุโรปซึ่งได้มีการประกาศใช้กฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปว่าด้วยการปฏิบัติทางการค้า

ที่ไม่เป็นธรรม (Directive on Unfair Commercial Practices 2005, (UCPD))¹ อันเป็นกฎหมายแม่แบบของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปทั้ง 28 ประเทศที่ผูกพันต้องอนุวัติการกฎหมายในประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์กลางดังกล่าว รวมไปถึงกฎหมายของประเทศสมาชิกอย่างประเทศฝรั่งเศส เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่ประเทศฝรั่งเศสนำไปปรับใช้จากการอนุวัติกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นผลผลิตของการประสานกฎหมายระหว่างประเทศสมาชิกให้มีความสอดคล้องกัน อันจะเป็นอีกหนึ่งตัวอย่างให้ประเทศไทยพิจารณาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของผู้บริโภคให้ทันสมัยและสอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการใช้กลยุทธ์ทางการตลาดรูปแบบใหม่ ๆ

1. มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคจากการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในสหภาพยุโรป

นโยบายด้านการคุ้มครองผู้บริโภคถือเป็นนโยบายสำคัญด้านหนึ่งของสหภาพยุโรปเห็นได้จากการจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะในคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปเพื่อรับผิดชอบนโยบายเพื่อการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม หน่วยงานดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นตั้งแต่มีการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปตั้งแต่แรก หากแต่เน้นนโยบายว่าด้วยการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคได้ถูกยอมรับอย่างเป็นทางการครั้งแรกใน ค.ศ. 1972 เมื่อคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้เรียกให้คณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปดำเนินการจัดทำแผนงานเกี่ยวกับนโยบายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งมีการรับสิทธิของผู้บริโภค 5 ประการ หลังจากนั้นนโยบายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคมีการพัฒนามากยิ่งขึ้นตามลำดับ

1.1 ความจำเป็นของการคุ้มครองผู้บริโภคจากการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ความคิดริเริ่มในการประกาศใช้กฎเกณฑ์กลางว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมปรากฏขึ้นครั้งแรกในเอกสารพิมพ์เขียว (green paper on consumer protection) ฉบับเดือนตุลาคม ค.ศ. 2001 เอกสารดังกล่าวสนับสนุนการประสานกฎหมายในส่วนของการกระทำทางการค้า โดยให้เหตุผลว่าวิธีการนี้จะเป็นการส่งเสริมกลไกทางตลาดให้มีประสิทธิภาพ

¹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council

และเป็นการยกระดับการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคให้สูงขึ้น² ในทัศนะของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรป การใช้การปฏิบัติทางการค้าและการใช้มาตรการส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรมจะสร้างอุปสรรคในการค้าอย่างเสรี เนื่องจากการสำรวจพบว่า ผู้บริโภคในสหภาพยุโรปส่วนหนึ่งไม่มั่นใจจะซื้อสินค้าของประเทศอื่น ๆ คณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปมองว่าการประสานกฎหมายในประเทศสมาชิกจะเป็นการลดอุปสรรคทางการค้าที่เกิดจากความแตกต่างกันในกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกในสหภาพยุโรป อันจะเป็นการสร้างความมั่นใจของผู้บริโภคที่จะซื้อสินค้าในประเทศสมาชิกอื่น ๆ มากยิ่งขึ้น ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า กฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปฉบับนี้เกิดขึ้นจากความพยายามที่จะสร้างความเป็นเอกภาพทางกฎหมาย (uniform rule) ในการควบคุมการปฏิบัติทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ

การประสานกฎหมายภายใต้กฎเกณฑ์กลางนี้ยึดถือหลักการ การประสานกฎหมายให้เป็นเอกภาพขั้นสูงสุด (maximum harmonization, full harmonization) อันหมายความว่า รัฐสมาชิกไม่สามารถอนุวัติกฎหมายภายในของตนให้เข้มงวด หรือผ่อนปรนกว่าหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎเกณฑ์กลางฉบับนี้ได้ การใช้หลักประสานกฎหมายให้มีความเป็นเอกภาพขั้นสูงเพื่อขจัดอุปสรรคในทางการค้าอันเกิดจากความแตกต่างกันของกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก และเป็นการสร้างความน่าเชื่อถือของระบบยุติธรรมสำหรับผู้บริโภคและผู้ประกอบการ โดยการทำให้กฎหมายที่ใช้ในรัฐสมาชิกมีความเป็นเอกภาพมากที่สุด³

อย่างไรก็ดีพึงต้องทราบว่ากฎเกณฑ์ UCPD ไม่ได้บังคับให้รัฐสมาชิกต้องประสานกฎหมายในส่วนการบังคับใช้กฎหมาย รัฐสมาชิกยังคงมีสิทธิอิสระในการเลือกระบบการใช้บังคับกฎหมายที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของแต่ละรัฐให้มากที่สุด อันรวมไปถึงการให้สิทธิรัฐสมาชิกในการกำหนดบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพ เหมาะสมและได้สัดส่วน หากมีการฝ่าฝืนข้อกฎหมาย UCPD

² Green Paper on Consumer Protection Law Com (2001) 531 2 October 2001 and Article 1 of UCPD The purpose of this Directive is to contribute to the proper functioning of the internal market and achieve a high level of consumer protection by approximating the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on unfair commercial practices harming consumers' economic interests.

³ Commission Staff Working Documents Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Brussels 3 December 2009 SEC (2009) 1666, p.18-19 ในคดี TOTAL BELGIUM ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ตัดสินรับรองว่า “กฎเกณฑ์กลางฉบับนี้มีผลเพื่อการประสานกฎหมายของรัฐสมาชิก...ดังนั้นรัฐสมาชิกไม่สามารถประกาศใช้กฎหมายภายในของตนให้เข้มงวดกว่ากฎเกณฑ์กลางนี้ แม้จะเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคของตนในมาตรฐานที่สูงกว่าก็ตาม” แนวคิดการประสานกฎหมายแบบนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าอาจก่อให้เกิดปัญหาความยุ่งยากในการใช้บังคับกฎหมาย เนื่องจากรัฐสมาชิกต้องดำเนินการตรวจสอบอย่างละเอียดว่าตนเองได้บัญญัติกฎหมายที่แตกต่างไปจากการกำหนดไว้ในกฎเกณฑ์กลางนี้หรือไม่ หน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดภาระแก่รัฐสมาชิกและนำมาสู่การร้องขอให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปให้พิจารณาตีความกฎหมายบ่อยครั้งจนกล่าวได้ว่าศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีบทบาทสำคัญในการสร้างความเป็นเอกภาพในการใช้บังคับตีความหลักเกณฑ์ของ UCPD

1.2 สารสำคัญของกฎหมาย UCPD

กฎหมายกลางฉบับนี้มุ่งประสงค์จะควบคุมพฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจกับการกระทำต่อผู้บริโภคโดยภาพรวม (business to consumer “B2C”) แต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน⁴ โดยการกำหนดนิยามของการปฏิบัติทางการค้าค่อนข้างกว้างโดยให้หมายถึง การกระทำ การงดเว้นการกระทำ การปฏิบัติ หรือ การรับรอง การให้ข้อมูลเพื่อประโยชน์ทางการค้าไม่ว่าจะเป็นการโฆษณา การใช้วิธีการสนับสนุนทางการตลาดโดยผู้ค้าขายที่เชื่อมโยงโดยตรงเพื่อการขาย การส่งเสริมการขาย หรือการส่งมอบสินค้าหรือบริการ⁵ การปฏิบัติทางการค้าที่ถูกควบคุมภายใต้กฎหมายนี้จะเป็นการกระทำที่เกิดก่อนการเข้าทำสัญญา หรือจะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญาก็ได้ เช่น การเรียกชำระหนี้ หรือ การแก้ไขข้อบกพร่องสินค้าตามสัญญารับประกัน เป็นต้น⁶ วัตถุประสงค์ของ UCPD เพื่อคุ้มครองประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของผู้บริโภคเป็นสำคัญ ไม่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคด้านความปลอดภัย หรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม โดยประเทศสมาชิกยังคงมีเสรีที่จะขยายขอบเขตของ UCPD ไปใช้กับกรณีอื่นและกำหนดผลทางกฎหมายในกรณีการปฏิบัติทางการค้านั้นไม่เป็นธรรมในความหมายของกฎหมายฉบับนี้ กล่าวคือ รัฐสมาชิกอาจเลือกให้สัญญาที่เกิดจากการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีผลไม่สมบูรณ์หรือมีผลทางกฎหมายในเรื่องสัญญา อย่างไรก็ตาม จุดนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อประสานกฎหมายสัญญาของประเทศสมาชิกแต่อย่างใด⁷

อย่างไรก็ดี กฎหมาย UCPD มีข้อยกเว้นสำคัญเกี่ยวกับหลักการประสานกฎหมายแบบขั้นสูงสุด ในมาตรา 3 (9) กำหนดให้รัฐสมาชิกสามารถสร้างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการปฏิบัติทางการค้าไม่เป็นธรรมในธุรกิจสินเชื่อ และธุรกิจการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ภายใต้หลักการประสานกฎหมายขั้นต่ำ (minimum harmonisation) กล่าวคือ รัฐสมาชิกสามารถออกกฎหมายภายในของตนได้ในระดับเดียว หรือเข้มงวดกว่ากฎหมาย UCPD ได้⁸

กฎหมาย UCPD กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบการกระทำการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคโดยลักษณะทั่วไปในมาตรา 5 (1)⁹ ขณะเดียวกันกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมใน มาตรา 5 (2)-(9) ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวในหัวข้อต่อไป

⁴ Report from the Commission to the European Parliament, The Council and the European economic and Social Committee., pp.9 -10 อย่างไรก็ดี มีรัฐสมาชิก 4 ประเทศเลือกที่จะนำหลักเกณฑ์ของ UCPD ไปใช้กับธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเอง ได้แก่ เยอรมัน ออสเตรีย ฝรั่งเศสและสวีเดน

⁵ Article 2 (d) of the Directive on Unfair Commercial Practices

⁶ Article 3 (1) of the Directive on Unfair Commercial Practices

⁷ Article 3 (2) of the Directive on Unfair Commercial Practices

⁸ Article 3 (9) of the Directive on Unfair Commercial Practices

⁹ Article 5 (1) of the Directive on Unfair Commercial Practices

1.2.1 นิยามลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

มาตรา 5 (2) ของกฎเกณฑ์ UCPD กำหนดลักษณะทั่วไป (general clause) ของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งอาจสรุปได้ คือ

- กรณีเป็นการปฏิบัติที่ขัดแย้งกับหลักการความระมัดระวังของผู้ประกอบการค้าวิชาชีพที่ควรจะมีต่อผู้บริโภคโดยเทียบเคียงกับการกระทำที่ซื่อสัตย์ในตลาด หรือ หลักกฎหมายเรื่องความสุจริตของผู้ประกอบธุรกิจ (professional diligence)

- หากเป็นการกระทำที่บิดเบือนพฤติกรรมในทางเศรษฐศาสตร์ของผู้บริโภคระดับวิญญูชน (materially distort the consumer's economic behavior) อย่างมีนัยสำคัญ หรือ อาจจะบิดเบือนพฤติกรรมในทางเศรษฐศาสตร์ของผู้บริโภคในระดับวิญญูชนอย่างมีนัยสำคัญ

- นอกจากกำหนดหลักเกณฑ์และลักษณะทั่วไปของการปฏิบัติทางการค้าที่ต้องห้ามตามกฎหมายแล้ว มาตรา 5 วรรคสี่ แบ่งประเภทของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

(1) การปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิด (misleading commercial practices) มาตรา 6-7

มาตรา 6 กำหนดให้การกระทำที่อยู่ในรูปแบบของการแสดงข้อมูลที่มีความมุ่งหมายที่จะหลอกลวงหรือทำให้ผู้บริโภคในระดับวิญญูชนสำคัญผิด แม้ว่าข้อมูลที่ให้นั้นจะเป็นข้อมูลที่ถูกต้อง หากเป็นการกระทำที่ส่งผลบิดเบือนพฤติกรรมของผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคต้องตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่ตนอาจไม่ต้องการแต่แรก บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดลักษณะของข้อมูลสำคัญที่มีผลต่อการตัดสินใจของผู้บริโภค เช่น ลักษณะของสินค้า องค์ประกอบ หรือส่วนผสมของสินค้า ราคาหรือวิธีคิดคำนวณราคาของสินค้า สิทธิของผู้บริโภคในการขอเปลี่ยน ขอให้แก้ไข หรือซ่อมแซมสินค้า เป็นต้น¹⁰

มาตรา 7 กำหนดกฎเกณฑ์ควบคุมการงดเว้นการเปิดเผยข้อมูลที่จำเป็นต่อการตัดสินใจของผู้บริโภคในระดับวิญญูชน หรือการปิดบังการให้ข้อมูล การให้ข้อมูลที่ไม่ชัดเจนคลุมเครือ การงดเว้นการให้ข้อมูลหรือการปกปิดข้อมูลดังกล่าวต้องส่งผลให้เกิดการบิดเบือนพฤติกรรมของผู้บริโภค ทั้งนี้ มาตรา 7 (5) กำหนดเพิ่มเติมหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลอันถือเป็นสาระสำคัญที่ในคำเสนอเพื่อขาย (invitation to purchase)¹¹ อาทิเช่น ลักษณะของสินค้า ที่อยู่สำนักงานของผู้ขาย ราคาที่รวมภาษีแล้ว วิธีการคำนวณราคา วิธีการชำระราคา เป็นต้น

¹⁰ Article 6 of the Directive

¹¹ Article 2 (i) of the Directive 'invitation to purchase' means a commercial communication which indicates characteristics of the product and the price in a way appropriate to the means of the commercial communication used and thereby enables the consumer to make a purchase

(2) การปฏิบัติทางการค้าที่ก้าวร้าว (aggressive commercial practices) มาตรา 8-9 กฎเกณฑ์ UCPD มุ่งเน้นควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจที่ใช้กลยุทธ์ในการขายของตนที่ไปทำลายการใช้สิทธิอิสระในการเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภคซึ่งจะส่งผลต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคในตลาดการปฏิบัติทางการค้าที่ก้าวร้าวภายใต้กฎหมายนี้ เป็นกรณีของการข่มขู่ การบังคับขึ้นใจ ซึ่งอาจเป็นการใช้กำลัง หรือการใช้กลยุทธ์ดึงดูด เพื่อเอาเปรียบผู้บริโภคที่มีความสามารถจำกัด หรือการสร้างอุปสรรคบางอย่างเพื่อให้ผู้บริโภคหมดกำลังใจที่จะใช้สิทธิที่ตนมี มาตรา 9 วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณีใดถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ก้าวร้าว โดยอาจพิจารณาจากระยะเวลา สถานที่ การใช้ภาษา พฤติกรรมที่แสดงออกมา การพยายามเอาประโยชน์จากข้อสัญญาที่เป็นอุปสรรคจำกัดสิทธิของผู้บริโภคในการเลิกสัญญา หรือเปลี่ยนไปใช้บริการกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ¹² จากรายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป รัฐสมาชิกส่วนใหญ่มีกฎหมายที่มีบทลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา เพื่อควบคุมการการปฏิบัติทางการค้าของผู้ประกอบการธุรกิจ รายงานฉบับนี้ได้รับเพิ่มเติมว่า หลักเกณฑ์ของ UCPD ที่เกี่ยวข้องกับการห้ามผู้ประกอบการสร้างอุปสรรคในการเลิกสัญญา หรือการใช้สิทธิของผู้บริโภคที่จะเปลี่ยนไปใช้บริการของผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ที่มีประโยชน์สำหรับผู้บริโภคมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกิจเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคม และพลังงาน ซึ่งผู้ประกอบการมักเขียนสัญญาจำกัดสิทธิของผู้บริโภค¹³

อนึ่ง กฎเกณฑ์กลางนี้กำหนดลักษณะของการกระทำหรือการปฏิบัติทางการค้าที่ถือว่าไม่เป็นธรรมเสมอในบัญชีแนบท้ายอันดับที่หนึ่ง (annex 1) หรือที่เรียกว่า บัญชีดำ (black List) การกระทำตามที่บัญญัติในบัญชีแนบท้ายเหล่านี้เป็นการกระทำที่ต้องห้าม ซึ่งรัฐสมาชิกมีพันธะต้องบัญญัติกฎหมายให้เป็นไปตามบัญชีนี้อย่างเคร่งครัด¹⁴ บัญชีแนบท้ายฉบับนี้กำหนดกฎเกณฑ์ 31 ข้อ แบ่งเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะหลอกลวงทำให้ผู้บริโภคสำคัญผิด และการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าว

ตัวอย่าง กรณีที่ถือว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามบัญชีแนบท้าย เช่น การทำคำเสนอเพื่อขายโดยระบุว่าเป็นการขายในราคาพิเศษเพื่อดึงดูดให้ผู้บริโภคสนใจ แต่เมื่อผู้บริโภคแสดงความประสงค์จะซื้อสินค้านั้น ผู้ขายจะอ้างว่าไม่มีสินค้าแล้วจะเสนอขายสินค้าอื่นที่มีราคาสูงกว่าทดแทน¹⁵ การให้ข้อมูลอันเป็นเท็จว่าจะมีสินค้าจัดจำหน่ายหรือมีสินค้าจัดจำหน่ายภายใต้เงื่อนไขพิเศษในช่วงเวลาจำกัด เพื่อดึงดูดให้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าโดยเร็วอันเป็นการลดโอกาสให้ผู้บริโภคได้ตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าโดยอิสระ¹⁶ การใช้กลยุทธ์ส่งเสริมการขายโดยให้ข้อมูลไม่เป็นความจริงแก่ผู้บริโภคจนเชื่อว่าสินค้าผลิตโดยผู้ประกอบการรายหนึ่ง¹⁷ การให้ข้อมูลว่าการซื้อสินค้าจะสามารถ

¹² Article 9 (D) of the Directive

¹³ Report from the Commission to the European Parliament, The Council and the European economic and Social Committee., p.18

¹⁴ Article 5 (5) of the Directive

¹⁵ Point 5 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

¹⁶ Point 7 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

¹⁷ Point 13 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

ชนะการแข่งขันชิงรางวัล¹⁸ การอวดอ้างข้อมูลเท็จว่าสินค้าสามารถรักษาโรคได้¹⁹ การให้ข้อมูลว่าสินค้านั้นให้เปล่าโดยไม่คิดมูลค่า หรือได้ฟรี ทั้งที่ผู้บริโภคอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อให้ขนส่งหรือดำเนินการให้ได้สินค้ามา²⁰ ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดว่ามีการให้บริการหลังการขายในประเทศอื่นนอกจากประเทศที่ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้า²¹ การทำให้ผู้บริโภครู้สึกว่าไม่สามารถออกไปจากสถานที่ขายสินค้านั้นได้ หากผู้บริโภคไม่ทำสัญญากับผู้ประกอบการนั้น²² การที่ผู้ประกอบการที่นำสินค้าไปเสนอขายสินค้าที่บ้านของผู้บริโภคซึ่งอาศัยอยู่เพียงลำพังไม่ยอมออกจากที่พักอาศัยของผู้บริโภคที่ร้องขอให้ออก หรือไม่ให้กลับเข้ามาเสนอขายสินค้าอีกครั้ง เว้นแต่มีเหตุผลอันสมควร²³ การเรียกร้องให้ผู้บริโภคต้องดำเนินการจัดทำเอกสารที่ไม่เกี่ยวข้องในการขอใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัย เพื่อทำให้ผู้บริโภคไม่ต้องการจะดำเนินการใช้สิทธิของตนที่มีตามสัญญา²⁴ การทำโฆษณาสินค้าโดยตรงให้แก่เด็ก เยาวชน เพื่อให้ซื้อสินค้าที่โฆษณา หรือไปกระตุ้นให้พ่อแม่เด็กหรือผู้ใหญ่คนอื่นให้ซื้อสินค้าที่มีโฆษณา²⁵ การทำให้ผู้บริโภครู้สึกว่าหากผู้บริโภคไม่ซื้อสินค้าหรือบริการนั้นจะก่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้ขาย เช่น ผู้ขายอาจต้องตกงาน หรือจะมีปัญหาในชีวิต²⁶ การทำให้ผู้บริโภครู้สึกว่าตนเองได้รับรางวัล จะได้รับรางวัล หรือได้รับผลประโยชน์บางประการซึ่งแท้จริงแล้วไม่มีรางวัลหรือผลประโยชน์ดังกล่าว หรือผู้บริโภคต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์นั้น²⁷ เป็นต้น

เมื่อศึกษารายละเอียดกิจกรรมที่ UCPD กำหนดห้ามผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการค่อนข้างหลากหลายรูปแบบ อาจเป็นลักษณะของการห้ามให้ข้อมูลอันจะทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิด หรือเป็นการห้ามใช้กลยุทธ์ทางการตลาดบางประการที่ผู้ประกอบการเลือกใช้เพื่อดึงดูดลูกค้า ความน่าสนใจที่สำคัญของบัญชีแนบท้าย คือ กิจกรรมทางการค้าเหล่านี้ถือว่าต้องห้ามชัดเจนโดยไม่ต้องมีการพิจารณาว่าเข้าข่ายการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5-9 อีกไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ปรากฏในบัญชีแนบท้ายนั้นมีผลบิดเบือนพฤติกรรมของผู้บริโภคหรือไม่ ในทัศนะของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรป การใช้กลไกบัญชีแนบท้ายนี้มีผลดีต่อผู้ใช้บังคับกฎหมาย²⁸

¹⁸ Point 16 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

¹⁹ Point 17 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

²⁰ Point 20 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

²¹ Point 23 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

²² Point 24 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

²³ Point 25 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

²⁴ Point 27 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

²⁵ Point 28 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

²⁶ Point 30 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

²⁷ Point 31 Annex 1 of the Directive on Unfair Commercial Practices

²⁸ Report from the Commission to the European Parliament, The Council and the European economic and Social Committee, p.13



1.2.2 กลไกพิเศษภายในกฎหมาย UCPD ที่น่าสนใจ

นอกจากมีบทบัญญัติกำหนดลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่ธรรมอันเป็นการต้องห้าม กฎเกณฑ์กลางนี้ยังสร้างกลไก หรือหลักการที่น่าสนใจหลายประการ อาทิ

(1) การคุ้มครองผู้บริโภคที่มีความสามารถจำกัดเป็นการเฉพาะจากปฏิบัติทางการค้าที่ก้าวร้าว (protection of vulnerable consumers)

มาตรา 5 (3) กำหนดหลักการสำคัญที่น่าสนใจ คือ การสร้างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่มีความสามารถจำกัดเป็นกรณีพิเศษ โดยบุคคลที่ถือว่ามีความสามารถจำกัดนี้ อาจเป็นผู้มีความสามารถจำกัดในด้านสติปัญญา ด้านอายุ ด้านสุขภาพร่างกาย รวมไปถึงบุคคลที่มีวิจรรย์ญาณจำกัด โดยพิจารณาว่าการปฏิบัติทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีผลต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคที่ด้อยความสามารถในลักษณะที่ผู้ประกอบการสามารถคาดหมายได้ ในบัญชีแนบท้ายลำดับที่ 1 (annex 1) ข้อ 28 ได้กำหนดห้ามการปฏิบัติทางการค้าประเภท การกระทำที่ก้าวร้าว โดยให้รวมถึงการปฏิบัติทางการค้าที่มีผลกระทบต่อผู้บริโภคที่เป็นเด็ก เช่น การโฆษณาที่ส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของเด็กเพื่อให้ซื้อสินค้านั้น หรือเพื่อจูงใจให้บิดามารดาของเด็กหรือผู้ใหญ่ที่เกี่ยวข้องต้องซื้อสินค้าที่โฆษณานั้นให้แก่เด็ก จากรายงานของคณะกรรมการปัญหาการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคที่เข้าข่ายเป็นการกระทำที่ก้าวร้าวต่อผู้ด้อยความสามารถมักเป็นกรณีการขายสินค้าผ่านระบบออนไลน์ โดยเฉพาะเกมออนไลน์²⁹ มีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่ากฎหมายไม่ระบุกรณีของการคุ้มครองผู้สูงอายุเป็นการเฉพาะอย่างชัดเจนแตกต่างจากกรณีของการคุ้มครองเด็กซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในบัญชีแนบท้าย³⁰

(2) การรับรองบทบาทของการใช้มาตรฐานวิชาชีพหรือประมวลจริยบรรณ (Code of Conduct)

มาตรา 10 ของกฎหมาย UCPD บัญญัติรับรองว่าการใช้กฎหมายข้อบังคับของผู้ประกอบวิชาชีพ หรือประมวลวิชาชีพ ซึ่งถือว่ามีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนการใช้บังคับกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ พบว่ารัฐสมาชิกได้นำระบบการควบคุมตนเองขององค์กรวิชาชีพมาใช้สนับสนุนการปฏิบัติตามกฎหมายของ UCPD การมีองค์กรวิชาชีพหรือหน่วยงานเอกชนที่มีระบบตรวจสอบตนเองเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการลดภาระหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ รัฐสมาชิกมีอำนาจที่จะให้องค์กรเอกชนสามารถกำหนดข้อบังคับกฎหมาย ประเภทกิจกรรม หรือการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ในประมวลจริยธรรม มาตรฐานวิชาชีพของตน รวมไปถึงอำนาจในการรับคำร้องทุกข์ ตัดสินคำร้อง หรือระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการใช้บังคับกฎหมาย³¹ อย่างไรก็ตาม มาตรา 10 กำหนดให้ประมวลกฎหมายวิชาชีพนั้นไม่สามารถมาทดแทนกฎหมายที่รัฐสมาชิกมีหน้าที่ต้องบัญญัติรับรองให้สอดคล้องกับ UCPD

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ ตัวอย่าง การนำระบบการควบคุมตนเองขององค์กรวิชาชีพในสหราชอาณาจักร โดยการจัดตั้งองค์กรควบคุมมาตรฐานโฆษณาที่มีชื่อว่า The Advertising Standard Authority (ASA) ส่วนในประเทศฝรั่งเศสมีการจัดตั้งคณะกรรมการ

จากการศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปพบว่า UCPD มีหลักเกณฑ์ที่น่าสนใจในการควบคุมการใช้มาตรการส่งเสริมการขายของผู้ประกอบธุรกิจโดยภาพรวม ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจได้ครอบคลุมมากขึ้น เนื่องด้วยกฎเกณฑ์กลางนี้ต้องการประสานกฎหมายของสมาชิกสหภาพยุโรปแบบขั้นสูงสุด ซึ่งศาล CJEU มีคำวินิจฉัยจำนวนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการประสานกฎหมาย³² ซึ่งในหัวข้อต่อไปผู้เขียนจะกล่าวถึงกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเพื่อศึกษาว่ามีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้อย่างไร

Jury de Déontologie Publicitaire (JDP) รับผิดชอบตรวจสอบคำร้องที่เกี่ยวข้องกับโฆษณา นับตั้งแต่ ปี ค.ศ. 2008 ซึ่งหน่วยงานจะตรวจสอบโฆษณาภายหลังจากเผยแพร่ไปแล้ว see C.M.S.D PAVILLION, *Interplay between the Unfair Commercial Practices Directive and Codes of Conduct*, Erasmus Law Review Vol.5 N.4 p.280

³² คดี Trento Sviluppo srl and another v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ในปี ค.ศ. 2012 ศาล CJEU มีคำพิพากษาที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการตีความการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 6 ของกฎเกณฑ์ UCPD ในคดีนี้หน่วยงานด้านการแข่งขันทางการค้าของรัฐบาลอิตาลีได้รับเรื่องร้องเรียนจากผู้บริโภคว่าผู้ประกอบการใช้โฆษณาหลอกลวงว่ามีสินค้าหลายประเภทเสนอขายลดราคาภายในระยะเวลาจำกัด แต่เมื่อผู้บริโภคเข้าไปซื้อสินค้านั้นภายในระยะเวลาที่ผู้ประกอบการอ้าง ผู้ประกอบการไม่มีสินค้านั้นจำหน่ายในราคาดังกล่าวแล้ว คดีนี้ถูกนำขึ้นสู่ศาลเพื่อพิจารณา โดยศาลมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาการตีความ มาตรา 6 ของ UCPD และหลักเกณฑ์เงื่อนไขเรื่องการใช้โฆษณาหลอกลวงผู้บริโภคต้องส่งผลให้ผู้บริโภคตัดสินใจในทางธุรกรรม หมายความว่าอย่างไร ต้องเป็นกรณีที่ผู้บริโภคได้ตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการที่มีการโฆษณาหลอกลวงถึงจะถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น หรือไม่ ในคดีนี้ศาล CJEU ได้อธิบายว่าการใช้โฆษณาหลอกลวงให้ผู้บริโภคเข้าไปในร้านค้าของผู้ประกอบธุรกิจก็เพียงพอที่จะถือว่าการกระทำของผู้ประกอบการส่งต่อการตัดสินใจในทางธุรกรรมแล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดซื้อสินค้าหรือเข้าทำสัญญา การตัดสินใจว่าจะซื้อสินค้าภายในเงื่อนไขใดนั้นถือว่าเป็นการที่ผู้บริโภคได้ตัดสินใจในทางธุรกรรมแล้ว ศาลในคดีนี้ตีความการตัดสินใจทางธุรกรรมค่อนข้างกว้าง เป็นการตีความเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภค

คดี Purely Creative Ltd and Others v The Office of Fair Trading CA ศาล CJEU ได้ตีความเนื้อหาของข้อ 31 ในบัญชีแนบท้าย UCPD ที่กำหนดห้ามผู้ประกอบการกระทำที่ให้ผู้บริโภครู้สึกว่าได้รับรางวัล โดยต้องชำระราคาหรือเสียค่าใช้จ่ายบางอย่างเพื่อขอรับรางวัล หรือการขอข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพื่อการเข้าครอบครองรางวัล ศาล CJEU ตีความว่าการเรียกให้ผู้บริโภคต้องเสียค่าใช้จ่ายแม้เพียงเล็กน้อย เช่น ต้องเสียค่าแถมป์ หรือค่าโทรศัพท์ เป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามความข้อนี้แล้ว การให้เหตุผลของศาลอังกฤษว่าผู้ประกอบการสามารถเรียกให้ผู้บริโภคชำระค่าใช้จ่ายบางส่วนที่มีสัดส่วนเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับมูลค่าของที่ได้รับ ถือว่าไม่สมเหตุสมผล ยิ่งไปกว่านั้น ศาล CJEU ยังตีความว่า การที่ผู้ประกอบการได้เสนอทางเลือกหลายประการให้ผู้บริโภคได้เลือกเพื่อรับรางวัล โดยมีบางวิธีการที่ผู้บริโภคไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบตามความข้อกฎเกณฑ์นี้ เนื่องจากการกำหนดให้มีช่องทางหลายทางส่งผลให้ผู้บริโภคต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเข้าถึงข้อมูลของผู้ประกอบการ อันเป็นการขัดต่อข้อ 31 ของบัญชีแนบท้าย ศาล CJEU ตัดสินคดีนี้โดยตีความค่อนข้างเคร่งครัดมาก ซึ่งดูเหมือนว่าหากผู้ประกอบการต้องการใช้มาตรการส่งเสริมการขายโดยการให้รางวัลผู้ประกอบการพึงต้องระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง

ในคดี CHS Tour Services GmbH V. Team4 Travel GmbH ศาล CJEU ยังตัดสินให้ว่าในการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติทางการค้านั้นมีลักษณะเป็นธรรมเพราะเหตุหลอกลวงให้ผู้บริโภคสำคัญผิดตามมาตรา 6 (misleading practices) ให้พิจารณาเฉพาะว่ามีการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงผู้บริโภคหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้ประกอบการนั้นขัดแย้งต่อความระมัดระวังที่ผู้ประกอบการวิชาชีพควรมีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 (2) (requirement of professional diligence) คำพิพากษาของศาล CJEU ในคดีนี้ทำให้เข้าใจว่าการวินิจฉัยการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 6-9 ไม่ต้องยึดโยงกับมาตรา 5 (2) ดังนั้นหากการกระทำ หรือการปฏิบัติทางการค้าดังกล่าวเข้าเงื่อนไข มาตรา 6-9 ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 (1) แล้ว

2. กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคที่เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสใช้บังคับประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (Code de la consommation) นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1993 โดยมีการแก้ไขปรับปรุงครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2014 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2016 การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในครั้งนี้มีขึ้นเพื่อปรับปรุงกฎหมายเดิมให้ชัดเจน สอดคล้องกับกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง และจัดกฎหมายให้เป็นหมวดหมู่ให้เป็นระบบมากยิ่งขึ้น

ในส่วนของกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมบัญญัติไว้ในหมวดที่ 1 ลักษณะ 2 เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าต้องห้ามและการปฏิบัติทางการค้าที่ถูกควบคุม Titre II : Pratiques commerciales interdites et pratiques commerciales réglementées กฎเกณฑ์ในส่วนนี้มีประกอบด้วย 2 กลุ่ม ด้วยกัน คือ

ในคดี Carrefour Hypermarchés SAS v ITM Alimentaire International SASU คดีนี้ศาลอุทธรณ์ เมืองปารีส ได้ส่งคำถามเพื่อให้ศาล CJEU วินิจฉัยว่าการทำ ผู้ประกอบธุรกิจได้ทำโฆษณาเปรียบเทียบราคาสินค้าและมีข้อความว่า รับรองว่าสินค้าของ Carrefour ราคาถูกที่สุดออกอากาศทางโทรทัศน์ (Carrefour lowest price guarantee) โดยในโฆษณา Carrefour ได้ทำเปรียบเทียบราคาสินค้ากว่า 500 รายการและให้คำมั่นว่าจะคืนเงินให้ผู้บริโภคเป็น 2 เท่า จากราคาขายที่แตกต่างกันหากผู้บริโภคพบสินค้าจากที่อื่นราคาถูกกว่า โดยเป็นการโฆษณาเทียบราคาสินค้าจากห้างจำหน่ายสินค้าปลีก รายใหญ่อื่น ๆ โดยมีการระบุชื่อ ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ถูกเปรียบเทียบด้วยตัวอักษรขนาดเล็ก บริษัทคู่แข่ง ITM ได้ฟ้องร้องต่อศาลโดยอ้างว่าการโฆษณาของ Carrefour เป็นการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความสับสนขอให้ศาลมีคำสั่งระงับโฆษณานั้น โดยในชั้นพิจารณาคดีปรากฏว่าราคาสินค้าที่ Carrefour ใช้เปรียบเทียบนั้นเป็นราคาที่กำหนดในห้างค้าปลีกขนาดใหญ่ เอาไปเปรียบเทียบกับราคาสินค้าที่ขายในร้านสะดวกซื้อขนาดเล็กซึ่งมีรูปแบบการจัดจำหน่ายสินค้าแตกต่างกัน ซึ่ง Carrefour ไม่ได้แจ้งให้ผู้บริโภคแต่อย่างใด คดีนี้ศาล CJEU ได้มีคำวินิจฉัยเพื่อตอบคำถามที่ศาลอุทธรณ์ของฝรั่งเศสได้ส่งคำถามในประเด็นเกี่ยวเนื่องกับ DIRECTIVE 2006/14 ว่าด้วยโฆษณาหลอกลวงและโฆษณาเปรียบเทียบ และ UCPD โดยศาลอธิบายว่าโฆษณาเปรียบเทียบที่ละเว้นหรือซ่อนข้อมูลสำคัญที่ผู้บริโภคโดยทั่วไปต้องการทราบเพื่อจะทำการตัดสินใจเลือก หรือให้ข้อมูลที่ไม่ชัดเจน คลุมเคลือ อันส่งผลให้ผู้บริโภคโดยทั่วไปตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าดังกล่าวโดยที่หากเขาทราบความจริงจะไม่เลือกซื้อสินค้าดังกล่าวแล้ว ในกรณีนี้ศาลมองว่าข้อความโฆษณาของ Carrefour ได้ส่งผลกระทบในการตัดสินใจของผู้บริโภคทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดคิดว่าตนเองได้รับประโยชน์จากราคาสินค้าที่ถูกกว่าของ Carrefour อย่างไรก็ดี ในกรณีนี้ศาล CJEU ได้ย้ำว่าการโฆษณานี้จะถือว่าเป็นโฆษณาที่หลอกลวงต่อเมื่อผู้บริโภคไม่ได้รับข้อมูลที่แท้จริงเกี่ยวกับการเปรียบเทียบราคาสินค้าจากร้านค้าที่มีขนาดและรูปแบบการจัดจำหน่ายสินค้าที่แตกต่างกันโดยศาล CJEU ให้ศาลอุทธรณ์ของฝรั่งเศสเป็นผู้วินิจฉัยว่าโฆษณานี้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ศาล CJEU ได้วินิจฉัยหรือไม่

นอกจากคำวินิจฉัยของศาลที่กล่าวมาแล้ว ศาล CJEU ยังได้ตัดสินคดีกลุ่มหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับหลักการประสานกฎหมายให้เป็นเอกภาพ full harmonization โดยในคดีกลุ่มนี้มีประเด็นว่ากฎหมายภายในของรัฐสมาชิกที่กำหนดห้ามการปฏิบัติทางการค้าบางอย่างซึ่งไม่ได้อยู่ในบัญชีแนบท้าย 31 ประเภททำได้หรือไม่ เพียงใด ในคดี VTB-VAB ศาล CJEU ตัดสินว่ากฎหมายภายในที่ห้ามให้การขายสินค้าแบบ combined offer ผู้ประกอบการเสนอขายสินค้าโดยมีกำหนดข้อเสนอว่าหากผู้บริโภคซื้อสินค้าในปริมาณที่กำหนดจะได้สินค้าหรือของสมนาคุณแถม การใช้กลยุทธ์เช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของเบลเยียม ศาล CJEU ตัดสินในคดีนี้ว่ากฎหมายของประเทศในส่วนนี้ขัดกับ UCPD เนื่องจากข้อกฎหมายห้ามผู้ประกอบธุรกิจเสนอขายสินค้าแบบ combined offers ไม่ได้อยู่ในบัญชีแนบท้ายข้อใดข้อหนึ่งใน 31 ข้อ ดังนั้น รัฐสมาชิกไม่สามารถกำหนดห้ามการปฏิบัติทางการค้าดังกล่าวได้โดยเด็ดขาด กฎหมายของเบลเยียมในเรื่องนี้ขัดกับกฎหมายของ UCPD ทั้งนี้ การบัญญัติกฎหมายของรัฐสมาชิกเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการปฏิบัติทางการค้าที่เข้าข่ายไม่เป็นธรรมในกรณีที่ไม่อยู่ในบัญชีแนบท้ายนั้น ต้องมีอ้างอิงกับหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 5-9 ของ UCPD ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีไป

(1) กฎเกณฑ์ที่มาจากกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรป *Pratiques commercial déloyales* ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ประเทศฝรั่งเศสได้อนุมัติการมาเป็นกฎหมายภายในเมื่อปี ค.ศ. 2008 แทนที่กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับโฆษณา³³

(2) กฎเกณฑ์เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติทางการค้าในแต่ละประเภทเป็นการเฉพาะ ได้แก่ การเอาเปรียบผู้ที่อ่อนด้อยกว่า (*Abus des faibles*)³⁴ การปฏิเสธและการส่งมอบสินค้าหรือบริการอื่น (*Refus et subordination de vente et de prestation de services*)³⁵ การขายหรือการให้บริการโดยที่ผู้บริโภคไม่ได้สั่ง (*Vente ou prestation de services sans commande préalable*)³⁶ การขายสินค้าหรือให้บริการแบบแชร์ลูกโซ่ (*Vente à la boule de neige*)³⁷ การคิดค่าใช้จ่ายบริการเบอร์โทรศัพท์เพื่อใช้ในการติดต่อระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ (*Numéro téléphonique surtaxe*)³⁸ การชำระราคาเพิ่มเติมโดยที่ผู้บริโภคมิได้แสดงเจตนา (*Paiement supplémentaire sans consentement exprès*)³⁹ การขายสินค้าหรือให้บริการโดยมีของแถม (*Ventes ou prestations de service avec primes*)⁴⁰ การชิงโชค (*Lotteries publicitaires*)⁴¹ ค่าใช้จ่ายในการเรียกให้ชำระหนี้ (*Frais de recouvrement*)⁴² โฆษณาเกี่ยวกับกิจการซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมไว้เฉพาะ (*Publicité portant sur des operations commerciales règlementées*)⁴³ การโฆษณาเปรียบเทียบ (*Publicité comparative*)⁴⁴ ข้อเสนอและการจัดการมาตรการส่งเสริมการขายที่ทำในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ (*Offres et operations promotionnelles proposes par voie électronique*)⁴⁵ และกฎเกณฑ์ว่าด้วยการควบคุมโฆษณาและการปฏิบัติทางการค้าบางประการ (*Offres et opérations promotionnelles proposes par voie électronique*) ได้แก่ การแบ่งประเภทของการประหยัดพลังงาน (*Classement énergiques*)⁴⁶ การเตรียมอาหาร (*Préparations pour nourrissons*) การใช้คำเรียกชื่อร้านขายขนมปัง (*Appellation de boulanger et enseigne de boulangerie*) การใช้คำกล่าวว่าเป็นของพื้นบ้าน หรือผลิตในครัวเรือน (*Utilisation de la mention “fait maison”*)

³³ LOI n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs

³⁴ Article L 121-8 - Article L 121-10 du Code de la consommation

³⁵ Article L 121-11 du Code de la consommation

³⁶ Article L 121-12 – Article L 121-14 du Code de la consommation

³⁷ Article L 121-15 du Code de la consommation

³⁸ Article L 121-16 du Code de la consommation

³⁹ Article L121-17- Article L 121-18 du Code de la consommation

⁴⁰ Article L 121-19 du Code de la consommation

⁴¹ Article L 121-20 du Code de la consommation

⁴² Article L 121-21 du Code de la consommation

⁴³ Article L 121-22 du Code de la consommation

⁴⁴ Article L122-1 – Article L 122-7 du Code de la consommation

⁴⁵ Article L 122-8 – Article L 122-10 du Code de la consommation

⁴⁶ Article L 122-11 du Code de la consommation



2.1 กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจากการอนุวัติการกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรป (Pratiques commerciales déloyales)

ภายใต้มาตรา L 121-1 บัญญัติว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมถือเป็นการต้องห้าม การปฏิบัติทางการค้าที่ถือว่าไม่เป็นธรรม คือ การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ใช้ความระมัดระวัง ซึ่งส่งผลกระทบหรืออาจส่งผลกระทบที่สำคัญต่อพฤติกรรมทางเศรษฐกิจของผู้บริโภคสามัญที่ได้รับข้อมูลและมีความระมัดระวังอย่างเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการแล้ว จากมาตรานี้จะเห็นว่าเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาว่าการปฏิบัติทางการค้านั้นไม่เป็นธรรมหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการปฏิบัติทางการค้านั้นมีผลหรืออาจส่งผลต่อการตัดสินใจของผู้บริโภคในระดับวิญญูชนซึ่งได้รับข้อมูลในการตัดสินใจอย่างเพียงพอหรือไม่ประกอบกับการใช้ความระมัดระวังที่จำเป็นของผู้ประกอบธุรกิจ⁴⁷

ในคดีลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 2014 เกี่ยวข้องกับการขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์พ่วงมากับคอมพิวเตอร์แบบพกพา⁴⁸ ศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยกลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ณ เมืองปารีส โดยมีสาระสำคัญว่าการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะเป็นการละเว้นที่เข้าข่ายหลอกลวงที่ถูกลงโทษตามความของมาตรา 7 ของกฎเกณฑ์กลางนั้นต้องเป็นกรณีการละเว้นที่เป็นการหลอกลวงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลสำคัญที่ผู้บริโภคในระดับวิญญูชนต้องการเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจในทางพาณิชย์ ศาลฎีกาในคดีนี้ได้อธิบายว่าการพิจารณาว่าการละเว้นนั้นเป็นการหลอกลวงที่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายนี้ต้องพิจารณาบนพื้นฐานของผู้บริโภคในระดับวิญญูชนคนทั่วไป ไม่ใช่การพิจารณาโดยดูจากคุณสมบัติของผู้บริโภคแต่ละรายในสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ในคดีนี้ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย แม้ว่าเขาจะเป็นสมาชิกองค์กรที่ไม่แสวงหาผลกำไรเพื่อต่อต้านการขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์พ่วง และเป็นผู้จัดการของบริษัทที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับการวางระบบและสินค้าด้านเทคโนโลยีก็ตาม

แม้ว่ากฎหมายจะใช้หลักเกณฑ์ผู้บริโภคระดับวิญญูชนในการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติทางการค้าถือว่าไม่เป็นธรรมหรือไม่แล้ว กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศสได้นำหลักเกณฑ์ในกรณีวินิจฉัยว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งกระทำการต่อผู้บริโภคเฉพาะรายหรือกลุ่มผู้บริโภคที่มีความสามารถจำกัด เนื่องจากเหตุผลด้านสติสัมปชัญญะ สภาพร่างกาย อายุ หรือความเป็นคนเชื่อง่ายโดยพิจารณาจากความสามารถในการใช้ดุลพินิจของบุคคลทั่วไปที่อยู่ในกลุ่มนั้นมาใช้ด้วย

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งประเภทของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

⁴⁷ Jean Calais Auloy et Henri Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz Paris édition 8, 2010. p.145

⁴⁸ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 22 janvier 2014, 12-20.982 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028515213&fastReqId=1225406734&fastPos=1, 18 Avril 2017>

2.1.1 การปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวง (Pratiques commerciales trompeuses) ตามมาตรา L. 121-2 - L. 121-4

กฎหมายฝรั่งเศสมีการกำหนดโทษกรณีการใช้โฆษณาที่เป็นการหลอกลวงครั้งแรกในปี ค.ศ. 1965 โดยมีการกำหนดโทษอาญาเป็นครั้งแรก และเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมีการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้วย จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2008 มีการปรับปรุงกฎหมายในส่วนนี้ให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปว่าด้วยการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นธรรม

1) ลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวง

ด้วยเหตุที่กฎหมายของฝรั่งเศสได้อนุญาตการกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปว่าด้วยการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นธรรม ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้บัญญัติลักษณะการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน กล่าวคือ

a) การกำหนดลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงโดยให้ใช้ดุลพินิจในการตีความ

มาตรา L 121-2 วรรคแรกได้อธิบายลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงไว้ 3 กรณี กล่าวคือ

(1) กรณีที่สร้างความสับสนกับสินค้าหรือบริการอย่างอื่น

(2) กรณีที่เกี่ยวข้องกับคำกล่าว ข้อระบุ ข้อความที่เป็นเท็จหรือทำให้เกิดความเข้าใจผิดในองค์ประกอบต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด ดังต่อไปนี้

- การมีอยู่เพื่อจัดจำหน่าย หรือลักษณะของสินค้าและบริการ
- ลักษณะที่สำคัญของสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะเป็นคุณสมบัติที่สำคัญ ส่วนประกอบ แหล่งที่มา วิธีการและวันที่ผลิต เงื่อนไขในการใช้งาน ผลลัพธ์จากการใช้งาน รวมไปถึงผลทดสอบต่าง ๆ เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการนั้น ๆ
- ราคาและวิธีการคิดคำนวณราคา ลักษณะของการจัดมาตรการส่งเสริมการขาย ด้วยราคาและเงื่อนไขการขาย วิธีการชำระราคาและการขนส่งสินค้าหรือบริการ
- บริการหลังการขาย ความจำเป็นของบริการ อะไหล่ การเปลี่ยนสินค้าหรือการซ่อมแซม

- ตัวตน คุณสมบัติ ความสามารถและสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจ

- การดำเนินการเมื่อมีการร้องเรียนและใช้สิทธิเรียกร้องของผู้บริโภค

กรณีที่ระบุไว้เหล่านี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนอย่างจำกัด กรณีอื่น ๆ ที่ไม่เข้าข่ายในรายการที่ระบุไว้ในมาตรานี้ไม่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวง

(2) เนื่องจากไม่สามารถระบุตัวตนบุคคลที่เป็นคนดำเนินการได้

การปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงนี้ให้รวมถึงกรณีให้ผู้ประกอบธุรกิจละเว้นไม่ให้ข้อมูลสำคัญ หรือให้ข้อมูลที่ไม่สามารถเข้าใจได้ คลุมเครือ (L'omission trompeuse) เมื่อพิจารณาจากความจำกัดในการให้ข้อมูลที่เหมาะสมและสถานการณ์ที่เกิด หรือเป็นกรณีที่ไม่ได้แสดงให้เห็นวัตถุประสงค์ทางการพาณิชย์ที่แท้จริง โดยในการพิจารณาว่าข้อมูลใดเป็นข้อที่มีความสำคัญ ซึ่งผู้บริโภคจะได้ทราบนั้นใช้หลักเกณฑ์ผู้บริโภคระดับวิญญูชนว่าผู้บริโภคในระดับดังกล่าวเห็นว่าข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่มีความสำคัญหรือไม่ตามแนวทางของกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรป⁴⁹

ทั้งนี้ มาตรา L 121-3 ยังได้ระบุว่า การให้ข้อมูลทางการค้าเกี่ยวกับลักษณะของสินค้าหรือบริการและระบุราคา ถือว่าเป็นคำเสนอขายสินค้าหรือบริการต่อผู้บริโภค (une invitation à l'achat) ที่จะต้องมีการให้ข้อมูลที่สำคัญต่อไปนี้ (1) ลักษณะหลักของสินค้าหรือบริการ (2) ที่อยู่และตัวตนของผู้ประกอบธุรกิจ (3) ราคาที่เสนอขายพร้อมภาษี ค่าขนส่งที่ผู้บริโภคต้องรับผิดชอบ วิธีการคิดคำนวณราคาในกรณีที่ไม่มีกำหนดราคาไว้ (4) วิธีการชำระราคา การส่งสินค้า วิธีการเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดชอบ รวมไปถึงวิธีการดำเนินการของผู้ประกอบธุรกิจ และ (5) สิทธิในการเลิกสัญญาในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิไว้

สำนักงานแข่งขันทางการค้า การบริโภค และการควบคุมการฉ้อโกง (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes : DGCCRF) มีความว่าการระบุราคาและเงื่อนไขในการขายถือว่าเป็นข้อมูลสำคัญ ในคดี UFC c./Darty ศาลฎีกาของฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยว่าข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับลักษณะพื้นฐานของโปรแกรมปฏิบัติการและโปรแกรมที่ใช้งานถือเป็นข้อมูลสำคัญสำหรับผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลดังกล่าวแก่ผู้บริโภคประกอบการตัดสินใจในการซื้อ การไม่แจ้งข้อมูลให้ผู้บริโภคทราบจึงถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวง และในคดี บริษัท Marionnaud ผู้จัดจำหน่ายน้ำหอมและเครื่องสำอางได้เผยแพร่โฆษณาทางวิทยุมีการให้ส่วนลดจำนวน 10 ยูโร โดยไม่มีการแจ้งเงื่อนไขในการใช้มาตรการส่งเสริมการขายดังกล่าวที่จะต้องเป็นการซื้อขั้นต่ำ 60 ยูโร ภายในระยะเวลาที่กำหนดและผู้ซื้อต้องมีบัตรสมาชิก แต่เงื่อนไขเหล่านี้ถูกระบุไว้ในเว็บไซต์ของบริษัท ศาลอุทธรณ์ในคดีวินิจฉัยว่าบริษัทมีความผิดต้องเสียค่าปรับเป็นจำนวน 20,000 ยูโร จากการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงด้วยการไม่แจ้งข้อมูลที่สำคัญให้ผู้บริโภคได้รับทราบ อย่างไรก็ตามศาลฎีกามีคำสั่งยกคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ด้วยเหตุผลที่ว่า ศาลอุทธรณ์ยังมิได้พิจารณาถึงข้อจำกัดในการสื่อสารของผู้ประกอบธุรกิจและวิธีการอื่นที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ใช้เพื่อสื่อสารให้ผู้บริโภคได้รับทราบ ซึ่งในกรณีนี้มีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าผู้ประกอบการได้มีการเผยแพร่ข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับเงื่อนไขในอินเทอร์เน็ตแล้ว

นอกจากพิจารณาเรื่องข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงข้อมูลที่อ่านออกหรืออ่านเข้าใจง่าย การเขียนที่อ่านได้ยากหรืออ่านไม่ออก เช่น การเขียนที่ใช้

⁴⁹ Etienne Petit, *Guides juridiques : pratiques trompeuses par omission* << <http://www.modelo.fr/fiche/52af3351c05c82f16b000000/pratiques-trompeuses-par-omission.htm> >> 18 Avril 2017

ตัวอักษรที่มีขนาดเล็กจนเกินไปอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่โดยการหลอกลวงด้วยการละเว้น ซึ่งในกรณีนี้ศาลของประเทศฝรั่งเศสเคยมีคำวินิจฉัยออกมาหลายคดีภายใต้กฎหมายเก่า เรื่องโฆษณาที่เป็นการหลอกลวง ตัวอย่างเช่น การที่บริษัทรถไฟของประเทศฝรั่งเศสได้ทำโฆษณาออกมาว่ามีการลดราคาตั๋วรถไฟกว่า 50 % โดยไม่ได้แจ้งเงื่อนไขที่เข้มงวดให้ผู้บริโภคทราบ หรือ มีการบิดเบือนโฆษณาขนาดใหญ่บนถนนโดยระบุเงื่อนไขข้อจำกัดการใช้สิทธิที่มีขนาดเล็กส่งผลให้ผู้บริโภคที่เป็นผู้ขับขี่รถยนต์อ่านเงื่อนไขดังกล่าวไม่ได้ เป็นต้น โดยในการพิจารณาว่าข้อมูลของผู้ประกอบการโฆษณานั้นเป็นข้อความที่สามารถอ่านออกหรืออ่านเข้าใจได้หรือไม่ จะต้องพิจารณา กลุ่มบุคคลที่เป็นผู้รับข้อมูลประกอบ หากเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความสามารถจำกัด เช่น คนชรา การให้ข้อมูลจะต้องกระทำให้เหมาะสมด้วย

(b) การกำหนดลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงที่สันนิษฐานว่าเป็นความผิดเสมอ หรือการกำหนดในรูปแบบบัญชีรายการปฏิบัติทางการค้าที่ถือว่าเป็นการหลอกลวง (La liste des pratiques commerciales réputées trompeuses)

นอกจากประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคบัญญัติลักษณะทั่วไปของการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะหลอกลวงในมาตรา L 121-2 ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของฝรั่งเศสยังได้บัญญัติกรณีที่ทำให้ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงโดยที่ไม่ต้องมีการพิสูจน์และไม่สามารถโต้แย้งได้ 22 กรณีตามที่ปรากฏในกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปไว้ใน มาตรา L 121- 4 ได้แก่

- ผู้ประกอบธุรกิจแสดงว่าได้ลงนามกฎเกณฑ์จรรยาบรรณโดยไม่เป็นจริง
- ติดคำรับรองหรือฉลากว่ามีคุณภาพหรือเทียบเท่าโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตที่จำเป็น
- รับรองว่ากฎเกณฑ์จรรยาบรรณนั้นได้รับการรับรองโดยองค์กรของรัฐหรือของเอกชน
- ให้คำรับรองว่าผู้ประกอบธุรกิจ รวมไปถึงการปฏิบัติทางการค้า หรือสินค้าหรือบริการ ได้รับการรับรองหรือได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน ทั้งที่ไม่เป็นจริงหรือไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ได้รับรอง หรือได้อนุญาต

- ทำคำเชื้อเชิญขายสินค้าหรือบริการด้วยราคาที่ระบุไว้แล้วต่อมา (a) ปฏิเสธที่จะแสดงสินค้าตามที่ได้แจ้งราคาไว้ให้แก่ผู้บริโภค (b) ปฏิเสธที่รับคำสั่งซื้อสินค้าหรือบริการ หรือปฏิเสธที่จะส่งสินค้าหรือมอบสินค้าให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลาที่เหมาะสม (c) ให้ตัวอย่างสินค้าที่มีความเสียหายแก่ผู้บริโภค เพื่อจะแนะนำหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการอย่างอื่นที่แตกต่างออกไป

- เสนอซื้อขายสินค้าหรือบริการในราคาที่ระบุไว้โดยไม่มีเหตุผลส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจคิดว่าเขาจะไม่เป็นผู้ส่งมอบสินค้าด้วยตนเอง หรือสั่งให้บุคคลอื่นเป็นผู้ส่งมอบสินค้าหรือบริการ หรือส่งมอบสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเหมือนกับราคาที่ได้ระบุในระยะเวลาหนึ่งและตามจำนวนหนึ่ง ที่สมเหตุสมผลตามสินค้าหรือบริการ ขนาดโฆษณาที่ได้สินค้าหรือบริการตามราคาที่กำหนด



- ประกาศเท็จว่าสินค้าหรือบริการไม่มีจำหน่ายในช่วงระยะจำกัด หรือจะมีจำหน่ายภายใต้เงื่อนไขเฉพาะในระยะเวลาจำกัดอย่างยิ่งเพื่อให้ผู้บริโภคต้องตัดสินใจซื้อโดยทันทีและสักระยะ ไม่ให้ผู้บริโภคได้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจเลือกซื้อภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล

- รับว่าจะมีบริการหลังการขายให้แก่ผู้บริโภคโดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ให้ข้อมูลก่อนที่จะตัดสินใจซื้อด้วยภาษาที่ไม่ใช่ภาษาของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป

- การกำหนดข้อตกลงก่อนที่จะทำธุรกรรมว่าจะมีบริการหลังการขายให้แก่ผู้บริโภคเป็นภาษาอื่นที่ไม่ใช่ภาษาทางการของประเทศที่ได้มีการทำธุรกรรมนั้น ภายหลังมีการแจ้งต่อผู้บริโภคว่าจะมีการบริการหลังการขายเฉพาะในภาษาอื่นเท่านั้นโดยไม่มีการแจ้งให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคทราบก่อนเข้าทำสัญญานั้น

- แจ้งหรือทำให้รู้สึว่าการขายสินค้าหรือการเสนอบริการนั้นถูกต้องตามกฎหมายทั้งที่ไม่เป็นจริง

- แสดงให้เห็นสิทธิของผู้บริโภคที่กฎหมายได้กำหนดให้ไว้เหมือนกับว่าเป็นลักษณะเฉพาะที่ผู้ประกอบการได้เสนอให้

- การให้ข้อมูลนำเสนอในสื่อต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมการขายสินค้าหรือบริการโดยที่ผู้ประกอบการเป็นคนสนับสนุนในการให้ข้อมูลด้วยเงินของตนแต่ไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนในเนื้อหา

- ทำคำรับรองที่มีเนื้อหาสาระสำคัญเป็นเท็จเกี่ยวกับลักษณะหรือขนาดของความเสี่ยงที่มีผลต่อผู้บริโภคเป็นการส่วนตัวหรือต่อครอบครัวของตน หากไม่ซื้อสินค้าหรือบริการ

- ใช้มาตรการทางการตลาดกับสินค้าหรือบริการอย่างจงใจในรูปแบบที่เหมือนกับผู้จัดการจำหน่ายที่ได้ระบุตัวตนอย่างชัดเจนรายอื่นเพื่อให้ผู้บริโภคหลงเข้าใจว่าสินค้าหรือบริการนั้นมาจากผู้จัดจำหน่ายรายเดียวกันซึ่งไม่เป็นความจริง

- ประกาศว่าผู้ประกอบการได้เลิกกิจการหรือได้ไปก่อตั้ง ณ ที่อื่น โดยไม่ได้เป็นจริง

- ให้คำรับรองว่าสินค้าหรือบริการเพิ่มโอกาสที่จะได้รับรางวัลชิงโชค

- ให้คำรับรองที่เป็นเท็จว่าสินค้าหรือบริการนั้นมีคุณสมบัติที่จะรักษาโรค ความผิดปกติ หรือความพิการ

- แจ้งข้อมูลสำคัญที่เป็นเท็จเกี่ยวกับเงื่อนไขการจัดจำหน่ายสินค้าในตลาด หรือความเป็นไปได้ในการหาสินค้าหรือบริการเพื่อกระตุ้นให้ผู้บริโภคยอมรับเงื่อนไขที่เสียเปรียบกว่าเงื่อนไขทั่วไปในตลาด

- ให้คำรับรองที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าว่ามีการจัดการแข่งขันหรืออาจได้รับราคาพิเศษโดยไม่แจ้งราคาที่ลดหรือ ราคาใกล้เคียงกันที่น่าเชื่อ ระบุว่าสินค้าหรือบริการนั้นไม่เสียค่าใช้จ่าย ให้เป็นของขวัญ ไม่เสียค่าธรรมเนียม หรือด้วยข้อความอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกัน ในกรณีที่ผู้บริโภคยังคงต้องเสียค่าใช้จ่ายไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่อาจยกเว้นได้จากการตอบรับการปฏิบัติทางการค้านั้น และเข้าเอาหรือส่งสินค้านั้น

- ระบุในเอกสารแนบโฆษณา ใบเสร็จ หรือเอกสารอื่นที่คล้ายกันเรียกให้ชำระราคา ส่งผลให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าได้ส่งสินค้าหรือบริการนั้นทั้งที่ไม่ได้ทำ

- ให้คำรับรองที่เป็นเท็จกับผู้บริโภคทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้กระทำการในทางการค้า ในทางอุตสาหกรรม ในทางวิชาชีพ ในทางอาชีพอิสระ หรือในทางกิจกรรมของตน หรือแสดงให้เห็นเข้าใจว่ากระทำกรอย่างผู้บริโภค

- ทำให้เข้าใจที่ไม่ตรงกับความจริงว่ามีการบริการหลังการขายที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการในประเทศสมาชิกอื่นของสหภาพยุโรปนอกเหนือจากประเทศที่มีการขายสินค้าหรือบริการนั้น

กรณีที่ให้ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงนี้มีเพื่อวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกในการควบคุมโดยไม่ต้องอาศัยการตีความอีก เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น⁵⁰

2) หน่วยงานที่รับผิดชอบและอำนาจในการควบคุม

หน่วยงานที่รับผิดชอบในการตรวจสอบและพิจารณาว่าการปฏิบัติทางการค้าว่ามีลักษณะหลอกลวงหรือไม่เป็นธรรมในประเทศฝรั่งเศสมีด้วยกัน 3 หน่วยงาน ได้แก่ สำนักงานแข่งขันทางการค้า การบริโภค และการควบคุมการฉ้อโกง (la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la repression des fraudes (DGCCRF) ที่มีอำนาจทั่วไป⁵¹ และสำนักงานด้านอาหาร (la Direction générale de l'alimentation) และหน่วยงานบริการด้านการวัดและการชั่งน้ำหนัก (Le Service de métrologie légale) สองหน่วยงานหลังเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจเฉพาะ โดยหน่วยงานเหล่านี้มีอำนาจที่จะเรียกให้บุคคลที่มีหน้าที่รับผิดชอบต่อการปฏิบัติทางการค้านั้นมาชี้แจงให้ข้อมูลเพื่อพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติทางการค้า หากผู้ประกอบการนั้นไม่มาชี้แจงให้ข้อมูลจะมีโทษทางอาญา และเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกในการควบคุมการปฏิบัติทางการค้า ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคยังกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่พิสูจน์ซึ่งกรณีนี้แตกต่างจากหลักกฎหมายทั่วไป⁵²

หากเป็นที่ปรากฏว่าการปฏิบัติทางการค้านั้นมีลักษณะไม่เป็นธรรมตามกฎหมายแล้ว หน่วยงานที่มีอำนาจส่งเรื่องไปยังอัยการเพื่อดำเนินคดีในศาลอาญา (Tribunal répressif) ทั้งยังมีอำนาจที่จะออกคำสั่งชั่วคราวกับผู้ประกอบธุรกิจ ขณะเดียวกันสำนักงานแข่งขันทางการค้า การบริโภค และการควบคุมการฉ้อโกง (DGCCRF) ยังมีอำนาจในการร้องขอศาลแพ่งให้มีการระงับ

⁵⁰ Jean Calais Auloy et Henri Temple P.149

⁵¹ องค์การ DGCCRF หรือ องค์การรับผิดชอบงานด้านการแข่งขันทางการค้า การคุ้มครองผู้บริโภค และการฉ้อโกง (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes) เป็นหน่วยงานสำคัญของรัฐสังกัดกระทรวงเศรษฐกิจ การเงินและอุตสาหกรรม มีอำนาจหน้าที่ในกิจการ

- การแข่งขันในตลาด ดำเนินการเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม การควบคุมกิจการ และการทุบตลาด

- การคุ้มครองผู้บริโภคตามหลักเกณฑ์ เรื่องการโฆษณา การหลอกลวง การใช้โฆษณาที่เป็นเท็จ การอ้างลดราคาสินค้าที่เป็นเท็จ รวมไปถึงการเอาเปรียบผู้ที่มีความอ่อนด้อยในการซื้อสินค้าบริการ

- ความปลอดภัยของผู้บริโภคจากสินค้า

⁵² Jean Calais Auloy et Henri Temple P.150



การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไม่ว่าจะเป็นการห้ามใช้เผยแพร่ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวงในอนาคต รวมไปถึงการให้ระงับการเผยแพร่ข้อมูลที่ได้ทำมาก่อนหน้า

อนึ่ง ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย องค์กรอิสระเพื่อผู้บริโภค ยังคงมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำหลอกลวงภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป โดยที่บุคคลดังกล่าวที่ยื่นฟ้องมีการะในการพิสูจน์⁵³

3) บทลงโทษ

เนื่องจากกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจที่ใช้การปฏิบัติทางการค้าที่หลอกลวง อย่างไรก็ตามก็ตีกฎเกณฑ์กลางดังกล่าวให้อำนาจแก่ประเทศสมาชิกที่จะกำหนดบทลงโทษเองโดยจะต้องกำหนดบทลงโทษให้สอดคล้องกับหลักการความมีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วน และมุ่งลดการอยากกระทำผิดซึ่งประเทศฝรั่งเศสได้เลือกใช้บทลงโทษทางอาญาโดยกำหนดให้การใช้การปฏิบัติทางการค้าที่หลอกลวงมีความผิดในระดับ *délit correctionnel* ซึ่งโทษจำคุก 2 ปี และโทษปรับ 300,000 ยูโร ซึ่งการกำหนดค่าปรับอาจคำนวณโดยการเทียบสัดส่วนผลประโยชน์ที่ได้รับ หรือร้อยละ 10 ของรายได้จากการประกอบการ 1 ปี หรือร้อยละ 50 จากค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการได้เสียไปเพื่อจัดทำโฆษณาหรือการปฏิบัติทางการค้าดังกล่าว

นอกจากนี้ ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการโฆษณาคำพิพากษาโดยค่าใช้จ่ายของตนเพื่อแจ้งให้ผู้บริโภคได้รับทราบ โดยการแจ้งผลคำพิพากษาซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบเดียวกันกับข้อความคำโฆษณาที่เป็นการหลอกลวงที่ผู้ประกอบการได้เคยทำ อย่างไรก็ตามศาลของฝรั่งเศสไม่ค่อยมีคำสั่งในรูปแบบนี้⁵⁴

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงนี้อาจเข้าข่ายเป็นความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา⁵⁵ หรือตามประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือเป็นความผิดตามกฎหมายที่ควบคุมสินค้าหรือบริการอื่น ๆ เป็นการเฉพาะ เช่น สินค้าประเภทยาที่อยู่ภายใต้การควบคุมของประมวลกฎหมายสาธารณสุข หรือสินค้าประเภทอาหารที่อยู่ภายใต้การควบคุมของประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือรถยนต์ เป็นต้น⁵⁶

2.1.2 การปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าว (les pratiques commerciales agressives) ตามมาตรา L. 121-6 L. 121-7

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าวเป็นกฎหมายใหม่ที่ถูกเพิ่มเติมเข้าไปในประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจากกรอนวติกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปโดยมาตรา L 121-6 อธิบายลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าวตามกฎหมายเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปว่าประกอบด้วยลักษณะที่สำคัญ 2 ประการคือ

⁵³ *Ibid.*, P.151

⁵⁴ *Ibid.*, P.152

⁵⁵ Article 313-1 Code penal

⁵⁶ *Ibid.*, P.153

- มีการกระทำการอย่างซ้ำ ๆ และกดดัน หรือมีการบังคับทางร่างกายหรือจิตใจ
- เมื่อพิจารณาภายใต้สถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป็นการกระทำที่เปลี่ยนหรือมีลักษณะเพื่อเปลี่ยนการใช้สิทธิตัดสินใจเลือกโดยอิสระ ทำลายหรือมีลักษณะที่จะทำลายการแสดงเจตนา หรือสร้างอุปสรรคในการใช้สิทธิเพื่อทำสัญญาของผู้บริโภค ซึ่งใช้เกณฑ์ผู้บริโภคในระดับวิญญูชนมาพิจารณาเพื่อตีความ แต่หากการกระทำนั้นกระทำต่อบุคคลที่มีความสามารถจำกัดจะต้องใช้หลักเกณฑ์บุคคลที่มีความสามารถจำกัดมาปรับใช้

1) ลักษณะของการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าว

มาตรา 121-6 ส่วนที่สองบัญญัติเพิ่มเติมว่าในการพิจารณาว่าการปฏิบัติทางการค้านั้นมีลักษณะเป็นการก่อกวน บังคับด้วยการใช้กำลังหรือการใช้อิทธิพลที่ไม่ชอบธรรมต้องพิจารณาเงื่อนไขต่อไปนี้ประกอบ

(1) ระยะเวลาและสถานที่ในการใช้ปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ลักษณะและการยั่วยุ

(2) การคุกคามโดยร่างกายหรือโดยคำพูด

(3) การหาประโยชน์อย่างไม่ถูกต้องจากการสร้างความทุกข์หรือเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจเลือกของผู้บริโภคด้วยวิธีการรุนแรงในบางสถานการณ์ เพื่อสร้างอิทธิพลของผู้บริโภคในการตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการ

(4) อุปสรรคทุกประเภทที่ไม่ใช่ทางสัญญาและมีความสำคัญ หรือการบังคับของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้สัดส่วนในกรณีที่ผู้บริโภคต้องการจะใช้สิทธิตามสัญญา เช่น การใช้สิทธิเลิกสัญญา หรือการใช้สิทธิเปลี่ยนสินค้า หรือเปลี่ยนผู้ให้บริการ

(5) การคุกคามทุกประเภทที่กระทำโดยไม่ใช้การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากการกำหนดลักษณะทั่วไปของการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าวเพื่อใช้ในการตีความแล้ว ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคบัญญัติประเภทการกระทำที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าวเสมอไว้ในมาตรา L121-7 ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับมาตรา L 121-4 กรณีต่อไปนี้ให้ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าวเสมอโดยไม่ต้องอาศัยการตีความเพิ่มเติม

(1) ทำให้ผู้บริโภคมีความรู้สึกว่าจะไม่สามารถออกจากสถานที่หากไม่ได้ตกลงทำสัญญา

(2) เข้าไปพบผู้บริโภคในที่พักโดยเพิกเฉยต่อการร้องขอให้ออกจากสถานที่ หรือไม่ให้กลับมายังสถานที่นั้นอีก ยกเว้นในการที่มีกฎหมายภายในอนุญาตเพื่อรับรองการปฏิบัติตามสัญญา

(3) ทำข้อเสนอซ้ำโดยผู้บริโภคไม่ได้ต้องการด้วยทางโทรศัพท์ โทรสาร อีเมล จดหมาย หรือวิธีการอื่นใดเพื่อการสื่อสารที่ห่างโดยระยะทาง

(4) บังคับผู้บริโภคที่ต้องการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากค่ารับประกันสินค้าต้องจัดทำเอกสารที่ไม่จำเป็นในการพิจารณา หรือพยายามหลีกเลี่ยงที่จะตอบโดยผู้มีหน้าที่เพื่อทำให้ผู้บริโภคหมดกำลังใจในการใช้สิทธิเรียกร้องตามสิทธิที่ตนมี



(5) การโฆษณาด้วยวิธีการที่กระตุ้นเด็กโดยตรงให้ซื้อหรือชักจูงให้บิดามารดาหรือบุคคลอื่นซื้อสินค้าที่โฆษณา

(6) ให้ข้อมูลอย่างแจ้งชัดกับผู้บริโภคว่าหากไม่ซื้อสินค้าหรือบริการว่าหากไม่ซื้อสินค้าหรือบริการ เขาจะได้รับผลกระทบเกี่ยวกับการทำงาน

(7) ทำให้ผู้บริโภครู้สึกว่าเขาได้ชนะ หรือจะชนะรางวัล หรือผลประโยชน์อื่นที่ใกล้เคียงกัน ทั้งที่จริงแล้ว โดยที่

- ไม่มีรางวัลนั้นหรือรางวัลอื่นที่เทียบเท่าแต่อย่างใด
- จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้สำเร็จก่อนเพื่อจะเรียกร้องรางวัลหรือประโยชน์อย่างอื่นที่เทียบเท่า
- ผู้บริโภคต้องตกอยู่ภายใต้ภาระหน้าที่เพิ่มเติมที่จะต้องโอนเงินหรือรับผิดชอบค่าใช้จ่ายอื่นเพิ่มเติม

2) บทลงโทษ

การฝ่าฝืนกระทำการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าวจะได้รับโทษทางอาญา ได้แก่ โทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 2 ปี และโทษปรับ 300,000 ยูโร ทั้งนี้ ศาลอาจมีคำสั่งให้ปรับโดยคำนวณจากผลประกอบการของผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนกระทำการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าวจำนวนไม่เกินกว่าร้อยละ 10 ของผลประกอบการเฉลี่ย 3 ปีย้อนหลัง⁵⁷

อีกทั้งศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลหยุดประกอบกิจการเป็นระยะเวลา 5 ปี หรือมากกว่า⁵⁸ อีกทั้งผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลซึ่งกระทำความผิดนี้อาจได้รับโทษอาญา *délit de pratiques agressives* ซึ่งมีอัตราโทษตามกฎหมายอาญา⁵⁹ โดยศาลอาจมีคำสั่งเพิ่มเติมให้ประกาศแสดงผลของคำพิพากษาเป็นหนังสือหรือผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์

ในขณะเดียวกัน ผู้บริโภคยังอาจอ้างว่าสัญญาที่ได้เข้าทำกับผู้ประกอบธุรกิจมีผลเป็นโมฆะโดยผลของมาตรา L 132-10 แห่งประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โดยไม่ต้องกล่าวอ้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติในการแสดงเจตนาตามกฎหมายแพ่งเพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นว่ามีการตกลงทำสัญญาที่เกิดจากปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะก้าวร้าวก็เพียงพอแล้ว⁶⁰

2.2 กฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการปฏิบัติทางการค้าบางประเภทของประเทศฝรั่งเศสเป็นการเฉพาะ

นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมการปฏิบัติทางการค้าซึ่งมีที่มาจากกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปแล้ว ประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดบทบัญญัติอื่น ๆ เพื่อควบคุมการปฏิบัติทางการค้า

⁵⁷ Article L 132-11 du Code de la consommation

⁵⁸ Article L 132-12 du Code de la consommation

⁵⁹ Article 131-38 du Code pénal

⁶⁰ Jean Calais Auloy et Henri Temple P.158

ที่มีลักษณะเฉพาะของประเทศฝรั่งเศสซึ่งกฎเกณฑ์บางเรื่องเป็นกฎหมายดั้งเดิมของประเทศฝรั่งเศส และได้มีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับกฎหมายอื่น กฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรป และคำวินิจฉัยของศาลสหภาพยุโรป หรือในบางเรื่องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้า และเกี่ยวเนื่องกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคส่งผลให้กฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นไปปรากฏในเนื้อหากฎหมายอื่นที่ไม่ใช่ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ผู้เขียนได้เลือกนำเสนอกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติทางการค้าบางประเภทที่น่าสนใจเพื่อศึกษาต่อไป

2.2.1 การเอาเปรียบผู้ที่อ่อนด้อย (Abus de faiblesse)

เนื่องจากผู้บริโภคถือว่าเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบเมื่อเทียบกับผู้ประกอบการธุรกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้บริโภคบางกลุ่มที่อาจมีความสามารถในการตัดสินใจจำกัดซึ่งอาจเกิดจากปัจจัยภายใน เช่น ปัญหาด้านสุขภาพสภาพร่างกาย อายุ หรือข้อจำกัดด้านความสามารถในการอ่าน หรือเกิดจากปัจจัยภายนอก อาทิ ต้องทำสัญญาในกรณีฉุกเฉิน ในหลายครั้งพบว่าผู้ประกอบการอาจใช้วิธีปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบกลุ่มบุคคลที่มีความสามารถจำกัดกลุ่มนี้ ไม่ว่าจะเป็นการพยายามบีบบังคับให้ผู้บริโภคทำสัญญาที่ไม่เป็นประโยชน์หรือมีมูลค่าสูงเกินไป ประเทศฝรั่งเศสจึงได้บัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองกลุ่มผู้บริโภคที่มีลักษณะอ่อนแอเหล่านี้ไว้เป็นพิเศษนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1972 โดยมีการลงโทษบุคคลที่เอารัดเอาเปรียบผู้ที่อ่อนแอกว่า ซึ่งหากพิจารณากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการห้ามใช้วิธีการที่เป็น การเอาเปรียบผู้ที่อ่อนแอ บางเรื่องเข้าข่ายถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปอีกด้วย ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการห้ามกระทำการเป็นการเอาเปรียบผู้ที่อ่อนแอปรากฏอยู่ทั้งในประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และประมวลกฎหมายอาญา⁶¹

กรณีที่จะถือว่าเป็นการเอาเปรียบผู้ที่อ่อนด้อยกว่านั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายจะต้องรู้ถึงข้อจำกัดด้านความสามารถของผู้บริโภค ตามแนวคำพิพากษาของศาลประเทศฝรั่งเศส ผู้เสียหายมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้บริโภคอยู่ในสถานะที่อ่อนด้อยกว่า ข้ออ้างว่าผู้บริโภคมีอายุมากหรือป่วยเป็นข้อกล่าวอ้างที่ยังไม่เพียงพอ โดยที่สถานะที่อ่อนด้อยหรือเสียเปรียบนั้นต้องปรากฏอยู่ก่อน และเป็นอิสระจากการทำข้อตกลงที่เกิดขึ้น⁶²

ภายใต้ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค การกระทำถือเป็นการเอาเปรียบผู้ที่อ่อนแอถือเป็นการผิดอาญาประเภท Délit ตามที่ปรากฏในมาตรา L 121-8 ถึงมาตรา L 121-10 ซึ่งได้วางหลักการสำคัญกำหนดห้ามมิให้กระทำการเอาเปรียบบุคคลที่อ่อนด้อย หรือมีความสามารถไม่เพียงพอให้เขาทำข้อผูกพันตามสัญญาที่ได้ชำระราคาด้วยเงินสดหรือด้วยระบบเครดิตในสถานการณ์ต่อไปนี้ กล่าวคือ การเข้ามาในสถานที่พัก การขายตรงผ่านระบบโทรศัพท์หรือโทรสาร

⁶¹ Article L223-15-2 du Code pénal

⁶² Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, ABUS DE FAIBLESSE <<https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgcrf/documentation/fiches_pratiques/fiches/abus-de-faiblesse.pdf>> 17 Avril 2017



คำแนะนำที่ส่งมาสถานที่พักโดยการทำข้อเสนอส่วนบุคคลเพื่อให้เดินทางไปสถานที่ขายเพื่อให้ผลประโยชน์บางประการ การตกลงทำสัญญาในสถานที่ไม่ใช่เพื่อการค้าขายสินค้าหรือบริการนั้น รวมไปถึงการตกลงทำไปในสถานการณ์ที่ถูกฉ้อโกง ยกเว้นกรณีฉ้อโกงที่ผู้บริโภคได้มีโอกาสปรึกษาผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น

บุคคลที่ฝ่าฝืนประกอบธุรกิจโดยการเอาเปรียบบุคคลที่อ่อนด้อยอาจได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และปรับไม่เกิน 375,000 ยูโร⁶³ นอกจากนี้ศาลอาจสั่งปรับโดยคำนวณจากผลประโยชน์ฉ้อโกง 10 โดยการคำนวณจากย้อนหลังสามปี ขณะเดียวกันสัญญาที่เกิดจากการเอาเปรียบบุคคลที่อ่อนด้อยให้ถือว่าเป็นโมฆะ⁶⁴

2.2.2 การใช้โฆษณาเปรียบเทียบ (Publicité comparative)

ประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อมาควบคุมการใช้โฆษณาเปรียบเทียบตั้งแต่ปี ค.ศ. 1993 ประเทศฝรั่งเศสอนุญาตให้มีการใช้โฆษณาเปรียบเทียบได้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัด ต่อมามีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปว่าด้วยการโฆษณาที่หลอกลวงและการโฆษณาเปรียบเทียบ⁶⁵ โดยมีการกำหนดความหมายของการใช้โฆษณาเปรียบเทียบไว้ว่า คือ โฆษณาทุกประเภทที่มีการจัดมีการเปรียบเทียบแบบชัดแจ้งหรือไม่ชัดแจ้งกับคู่แข่ง หรือสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ที่มีลักษณะใกล้เคียงกันของคู่แข่ง ทั้งนี้ มาตรา L 122-1 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ลักษณะของโฆษณาเปรียบเทียบที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ กล่าวคือ

- ต้องไม่เป็นโฆษณาที่มีเนื้อหาเพื่อหลอกลวงหรือทำให้เกิดความเข้าใจผิด

- ต้องเป็นการเปรียบเทียบกับสินค้าหรือบริการที่ตอบสนองความต้องการอย่างเดียวกัน หรือมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน หมายความว่าสินค้าหรือบริการที่ใช้ในโฆษณาเปรียบเทียบต้องเป็นสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทนกันได้โดยสิ้นเชิงของผู้รับสาร⁶⁶

- การเปรียบเทียบอาจเป็นการเปรียบเทียบลักษณะที่สำคัญ ที่พิสูจน์ได้ ที่มีความใกล้เคียงกัน ที่จับต้องได้ ไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึกหรือนิยมโดยอาจมีราคาเป็นส่วนหนึ่ง

นอกจากนี้ยังได้กำหนดข้อห้ามเพิ่มเติมว่าโฆษณาเปรียบเทียบต้องไม่มีลักษณะ

- ดึงดูดความสนใจโดยใช้ประโยชน์จากชื่อเสียงที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายทางการค้า ชื่อทางการค้า สัญลักษณ์อื่น ๆ หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของคู่แข่งหรือผลิตภัณฑ์ของคู่แข่ง

⁶³ Article L 132-14 และ Article 132-15 Code de la Consommation

⁶⁴ Article L 132-13 Code de la Consommation

⁶⁵ Directive 2006/114/CE du Parlement Européen et de Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative

⁶⁶ GOUACHE Avocats, PUBLICITÉ COMPARATIVE : VOS PRATIQUES SONT-ELLES LICITES ?, <<<http://www.gouache.fr/Droit-de-la-consommation-avocat/Publicite-comparative-vos-pratiques-sont-elles-licites> mardi 10 mai 2016>> 17 Avril 2017

- พยายามทำลายชื่อเสียง หรือใส่ร้ายป้ายสี เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือสัญลักษณ์อื่นใดที่เป็นเอกลักษณ์เกี่ยวกับสินค้า บริการ กิจกรรม หรือสถานการณ์ของคู่แข่ง
- กระทำการที่ให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับ เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือสัญลักษณ์อื่นใดที่เป็นเอกลักษณ์ของผู้โฆษณากับคู่แข่ง
- แสดงสินค้าหรือบริการให้เหมือนกับการลอกเลียนหรือผลิตซ้ำกับสินค้าหรือบริการที่ได้รับประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าที่ได้รับการคุ้มครอง⁶⁷

ในคดีของศาลอุทธรณ์ เมื่อวัน 26 มกราคม 2016 ศาลได้มีคำพิพากษาให้บริษัท Casino ผู้จำหน่ายสินค้าอุปโภคบริโภคซึ่งได้มีการทำโฆษณาเปรียบเทียบราคาสินค้าที่จัดจำหน่ายกับบริษัท SUPER U โดยมีการทำโฆษณาเปรียบเทียบราคาของสินค้าจำนวน 39 รายการ ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ได้พิจารณาว่าการใช้โฆษณาเปรียบเทียบราคาสินค้าที่ตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคและมีวัตถุประสงค์เหมือนกันไม่ถือว่าเป็นการใช้โฆษณาเปรียบเทียบที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าการกระทำของห้าง Casino ในเมือง Besancon เป็นการใช้โฆษณาที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวงที่ผิดกฎหมาย เนื่องจากมีการโฆษณาโดยใช้ข้อความว่า **ที่นี่ราคาถูกกว่า** Ici c'est moins cher โดยไม่ได้ระบุไว้ว่าเป็นการเปรียบเทียบราคาสินค้าเพียง 39 ชนิดเท่านั้น นอกจากนี้โฆษณามีการแสดงภาพรถเข็นที่เต็มไปด้วยสินค้าพร้อมมีการแสดงราคารวมของสินค้าทั้งหมด โดยที่ไม่มีการแสดงรายละเอียดส่วนประกอบของสินค้าในรถเข็นโดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้าอุปโภคทั่ว ๆ ไป อีกทั้งการโฆษณาเปรียบเทียบนี้มีขึ้นในเวลาเดียวกับที่มีการเสนอโฆษณาของร้าน Casino ทั่วประเทศซึ่งมีเนื้อหารับรองว่าสินค้ากว่า 10,000 รายการมีราคาถูก ศาลอุทธรณ์พิจารณาว่าการนี้มีการมีโฆษณาทั้งสองอันพร้อมกันก่อให้เกิดความสับสนเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภค การโฆษณาของบริษัท Casino มีผลไปกระตุ้นให้ผู้บริโภคเห็นว่าร้านของตนขายของถูกกว่าคู่แข่ง อันเป็นการกระทำที่ไม่สามารถกระทำได้ ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ได้มีการอ้างอิงคำวินิจฉัยของศาลสหภาพยุโรปในคดีลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2010 หากผู้ประกอบการต้องการโฆษณาว่าสินค้าของตนมีราคาถูกกว่าจะต้องสร้างตะกร้าสินค้าที่มีสินค้าพื้นฐานไม่ว่าจะเป็นสินค้าอุปโภคบริโภค

ชีวิตประจำวัน⁶⁸

ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้บัญญัติบทลงโทษทางอาญาในกรณีที่โฆษณาเปรียบเทียบมีลักษณะผิดกฎหมายเพื่อมีการหลอกลวงหรือก่อให้เกิดความเข้าใจผิดถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่มีลักษณะหลอกลวง โดยผู้ประกอบการธุรกิจมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 300,000 ยูโร โดยการคำนวณค่าปรับอาจคิดตามอัตราส่วนที่ร้อยละ 10 ของผลกำไรเฉลี่ยของผู้ประกอบการธุรกิจติดย้อนหลังสามปี หรืออัตราร้อยละ 50 ของค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพื่อใช้ในการโฆษณา ในขณะเดียวกันกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคยังระบุให้นำบทลงโทษตามประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาใช้บังคับได้อีกด้วย⁶⁹

⁶⁷ Article L122-2 E Code de la Consommation

⁶⁸ La décision de la Cour d'appel de Besançon du 26 janvier 2016, RG n°14/02040

⁶⁹ Article L132-2 และ Article L132-25 Code de la Consommation



อนึ่ง ผู้เสียหายจากการใช้โฆษณาเปรียบเทียบมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนตามหลักกฎหมายเรื่องละเมิดเนื่องจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 1382 ประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งได้⁷⁰

2.2.3 การขายสินค้าหรือบริการโดยบังคับให้ซื้อสินค้าหรือบริการอื่นเพิ่มเติมหรือขายพ่วง (Ventes subordonnées ou ventes liées)

ภายใต้มาตรา L 122-11 กำหนดห้ามการขายสินค้าที่มีการบังคับให้ซื้อสินค้าหรือบริการในปริมาณที่กำหนด (l'achat d'une quantité imposée) หรือการขายที่ผู้บริโภคต้องซื้อคู่กับสินค้าหรือบริการอื่น ๆ หรือการซื้อบริการที่ต้องมีการซื้อสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ที่ลักษณะเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคโดยพิจารณาจากหลักการใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบธุรกิจและการปฏิบัติทางการค้าของผู้ประกอบการมีผลหรืออาจส่งผลต่อการตัดสินใจของผู้บริโภคหรือไม่⁷¹ ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจ UFC Que Choisir c/ Hewlette Packard France ซึ่งสมาคม UFC Que Choisir ได้ยื่นฟ้องบริษัท Hewlette Packard จากกรณีขายเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีการติดตั้งระบบปฏิบัติการและโปรแกรมคอมพิวเตอร์บางตัวมาแล้วผ่านทางระบบออนไลน์โดยไม่ให้สิทธิแก่ผู้บริโภคในการไม่รับระบบปฏิบัติการและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ติดตั้งและเรียกคืนราคาส่งดังกล่าว ในคดีนี้ศาลฎีกาได้สั่งให้ศาลอุทธรณ์ ณ กรุงปารีส วินิจฉัยในคดีนี้ ศาลอุทธรณ์คดีนี้วินิจฉัยว่าการขายคอมพิวเตอร์พ่วงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ศาลวินิจฉัยว่าสมาคม UFC Que Choisir ไม่ได้แสดงหลักฐานที่เพียงพอว่าการขายพ่วงของผู้ประกอบการส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภค⁷²

2.2.4 การขายสินค้าหรือบริการโดยมีของแถม (Ventes ou prestation de service avec primes)

ภายใต้มาตรา L 121-19 ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการตลาดด้วยการใช้วิธีการแถมสินค้าหรือบริการแบบให้เปล่า ให้ทันที หรือให้แบบมีระยะเวลา หากเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งหมายความว่า หากการขายสินค้าหรือบริการที่มีแถมสินค้าหรือบริการแบบให้เปล่าที่

⁷⁰ Jean Calais Auloy et Henri Temple, P. 168

⁷¹ Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, *Ventes avec primes, par lots ou loteries commerciales : la réglementation applicable*, << <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/ventes-avec-primes-par-lots-ou-loteries-commerciales-reglementation-applicable>>>, 22 juillet 2014

⁷² Cour d'appel de Paris pole 5, Chambre 5 Arrêt du 5 juin 2014

ผู้ประกอบการธุรกิจได้กระทำไปด้วยการใช้ความระมัดระวังและไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงหรืออาจส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมในการตัดสินใจของผู้บริโภค ด้วยเหตุนี้การขายสินค้าหรือบริการที่มีการให้ของแถมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการผิดกฎหมายในทุกกรณีต้องมีการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีไป จากแนวการวินิจฉัยของศาลและองค์กรที่เกี่ยวข้องในอดีตกรณีต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นการขายสินค้าหรือบริการที่มีของแถมที่ผิดกฎหมาย เช่น การขายสินค้าที่มีการให้บริการหลังการขาย การขายสินค้าหรือบริการที่มีการแถมสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกันในลักษณะ 13 ชิ้น ในราคา 12 ชิ้น การให้ของแถมหรือสินค้าตัวอย่างโดยที่สินค้าหรือบริการที่แถมนั้นมีราคาไม่เกินร้อยละ 7 ของราคาสินค้าที่มีราคาไม่เกิน 80 ยูโร หรือ 5 ยูโร หรือมากกว่าเพิ่มขึ้นร้อยละ 1 ของราคาสินค้าหรือบริการที่ซื้อขายราคาเกินกว่า 80 ยูโร แต่ทั้งนี้ของแถมต้องมีราคาไม่เกิน 60 ยูโร มีการติดข้อความว่าเป็นการโฆษณาหรือเป็นสินค้าตัวอย่างที่แจกฟรีและไม่สามารถซื้อขายได้ หรือการขายสินค้าหรือบริการที่ต้องมีการให้สินค้าหรือบริการบางประเภทที่มีความสำคัญต่อการใช้งานโดยปกติของสินค้าหรือบริการที่ได้ซื้อไป เป็นต้น⁷³

2.2.5 การจับสลากชิงรางวัลเพื่อการโฆษณา (Lotteries publicitaires)

ภายใต้หลักเกณฑ์ใหม่ที่มีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2014 ได้กำหนดให้การใช้มาตรการส่งเสริมการขายด้วยการให้มีการแข่งขันซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบการจับฉลาก หรือการใช้วิธีสุ่มคัดเลือกให้รางวัลเป็นมาตรการส่งเสริมการขายอย่างหนึ่งที่ผู้ประกอบการสามารถกระทำได้ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมาย Code de la Sécurité intérieure แต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์มาตรา L 121-20 ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ผู้ประกอบการต้องไม่ใช้วิธีการจับสลากชิงรางวัลที่เป็นลักษณะไม่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมภายใต้เงื่อนไข มาตรา L 121-1 ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค⁷⁴ ซึ่งโดยหลักแล้วการใช้มาตรการส่งเสริมการขายด้วยสลากชิงรางวัลจะต้องเป็นการส่งเสริมการขายสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ไม่ใช่เป็นการมุ่งเน้นการขายสลากชิงรางวัล⁷⁵

2.2.6 การใช้วิธีการปฏิบัติทางการค้าโดยการใช้อ้างอิงด้วยการลดราคา (Faux Rabais et Promotion)

การใช้มาตรการด้านราคามาจูงใจผู้บริโภคถือว่าเป็นมาตรการที่ดีในระบบการแข่งขันโดยเสรีเพราะเปิดโอกาสให้ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่ถูกลงโดยสินค้าหรือบริการนั้น

⁷³ Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, *Vente avec primes*, << <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Vente-avec-prime>>>, 1 July 2016

⁷⁴ Alexandre Vuchot et Benjamin Znaty, *Loteries publicitaires et operation promotionnelles: simplification de la reglementation francaise*

⁷⁵ Pascal Reynaud, *Loteries et jeux de hasard sur internet : quel cadre juridique?*, << <https://www.reynaud-avocat.com/la-l%C3%A9galit%C3%A9-des-jeux-d-argent/>>>, 1 July 2016



ยังคงมีคุณภาพเทียบเท่าสินค้าหรือบริการที่มีราคาสูงกว่า อย่างไรก็ตาม บ่อยครั้งจะพบว่า การที่ผู้ประกอบการใช้มาตรการลดราคาสินค้าหรือบริการเพื่อให้ผู้บริโภคตกลงซื้อในปริมาณมากขึ้น อาจส่งผลเสียต่อระบบการแข่งขันทางการค้าและต่อผู้บริโภคเพราะอาจเข้าข่ายเป็นการหลอกลวงผู้บริโภค หรือเป็นการกระตุ้นให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือบริการโดยไม่จำเป็น กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีการควบคุมการใช้มาตรการในการลดราคาสินค้าหรือบริการเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการรายอื่นรวมทั้งผู้บริโภค⁷⁶

การโฆษณาการลดราคาสินค้าต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ หากการโฆษณาลดราคานี้เป็นการหลอกลวงหรือให้เข้าใจผิด ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบตามมาตรา L 121-1 ประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการแจ้งเรื่องการลดราคาสินค้าแก่ผู้บริโภค Arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur แก้ไขปี ค.ศ. 2017 เพื่อกำหนดรายละเอียดในการประกาศโฆษณาการลดราคาให้ผู้บริโภคได้รับทราบ กล่าวคือ หากเป็นการแจ้งประกาศโฆษณาการลดราคา ณ สถานที่ขาย ติดไว้กับสินค้า จะต้องมีการแจ้งแสดงราคาที่ลด ราคาสินค้าอ้างอิงที่ถูกกำหนดโดยผู้ประกาศ ในวันที่มีการประกาศลดราคา⁷⁷ หากการลดราคาสินค้าหรือบริการอยู่ในรูปแบบของการกำหนดอัตราส่วนกับสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกัน การลดราคาอาจทำได้ ณ จุดชำระราคาสินค้า ในกรณีนี้จะต้องมีการให้ข้อมูลวิธีการดังกล่าวให้ผู้บริโภคได้รับทราบ โดยไม่จำเป็นต้องบอกราคาที่ลดลงและผลประโยชน์ที่ได้รับจากราคาอ้างอิง⁷⁸

ผู้ประกาศโฆษณาต้องสามารถพิสูจน์ความถูกต้องของราคาอ้างอิงที่แท้จริงเมื่อมีการประกาศโฆษณาลดราคาได้⁷⁹ ที่ผ่านมาองค์กร DGCCRF มีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการลดราคาสินค้าที่เป็นเท็จโดยมีคำสั่งปรับผู้ประกอบการรายใหญ่ที่เสนอขายสินค้าผ่านระบบออนไลน์จำนวน 19 ราย ประกอบด้วย บริษัท Amazon บริษัท Zalando บริษัท le Comptoir des cotonniers บริษัท H&M เป็นต้น ด้วยสาเหตุจากการกระทำปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ การแจ้งต่อผู้บริโภคว่าสินค้าลดราคาทั้งที่ราคาที่แจ้งไปเป็นราคาเดิม การขึ้นราคาสินค้าจากราคาปกติเพื่อโฆษณาว่ามีการลดราคา และการแจ้งต่อผู้บริโภคว่าเสนอขายสินค้าราคาพิเศษในช่วงพิเศษทั้งที่

⁷⁶ Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, *Annonces de réduction de prix : rabais et promotions*, <<https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/fiches_pratiques/fiches/annonce-reduction-prix.pdf>>, 15 July 2016

⁷⁷ Article 2 de l'Arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur

⁷⁸ Article 3 de l'Arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur

⁷⁹ Article 4 de l'Arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur

เสนอขายสินค้าในราคาที่อยู่ตลอดเวลา⁸⁰ นำสังเกตว่าบริษัทหลายแห่งที่กล่าวมา มีการประกอบธุรกิจในประเทศไทยและใช้เทคนิคการตลาดนี้ในประเทศไทยด้วย

3. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายไทยในประเด็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

จากการศึกษากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและของสหภาพยุโรปพบว่าการปรับปรุงกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับสภาพการประกอบธุรกิจในปัจจุบันที่มีการใช้มาตรการทางการตลาดในรูปแบบที่หลากหลายให้ผู้บริโภคหลงเชื่อ โดยที่กฎหมายมิได้กำหนดห้ามการใช้มาตรการส่งเสริมการขายเหล่านั้นโดยสิ้นเชิง แต่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดสามารถดำเนินการได้หรือดำเนินการไม่ได้ ทั้งนี้ จะเห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์นี้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน เนื่องจากการใช้มาตรการส่งเสริมการขายหลายรูปแบบก็นำประโยชน์มาให้ผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคอาจได้รับประโยชน์จากการเสนอมาตรการส่งเสริมการขาย ในขณะที่เดียวกันก็ได้เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจจนมากเกินไป ซึ่งย่อมเปิดโอกาสให้เกิดการแข่งขันในตลาด ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ประเทศฝรั่งเศสเดิมมีบทบัญญัติห้ามการใช้มาตรการส่งเสริมการขาย เช่น การห้ามใช้มาตรการเสนอแถมสินค้า เดิมกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ห้ามดำเนินการโดยมีข้อยกเว้นบางประการ หรือการขายสินค้าหรือบริการโดยบังคับให้ซื้อสินค้าหรือบริการอื่น ๆ เพิ่มเติมหรือขายพ่วง ปัจจุบันมีการแก้กฎหมายให้สามารถดำเนินการได้แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นธรรม การศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสทำให้เห็นความพยายามแก้ไขกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค และความพยายามสร้างความสมดุลในการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการได้เข้าแข่งขันในตลาดที่น่าสนใจที่ประเทศไทยเองควรเรียนรู้เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยที่อาจสรุปได้ดังนี้

3.1 ขอบเขตที่จำกัดของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย

หากพิจารณาในกฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่ากฎหมายไทยยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการควบคุมการใช้มาตรการส่งเสริมการขายของผู้ประกอบการที่อาจมีความก้าวหน้าและใช้รูปแบบทันสมัยลับซับซ้อนยิ่งขึ้น เนื่องจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขล่าสุด พ.ศ. 2556 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการเฉพาะเรื่อง ประกอบด้วย การคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา ด้านฉลาก ด้านสัญญา และกรณีความปลอดภัยของสินค้า

⁸⁰ Le Figaro, Amazon, H&M, Zalando... 19 sociétés condamnées pour de faux soldes, << <http://www.lefigaro.fr/societes/2017/02/23/20005-20170223ARTFIG00053-amazonhampm-zalando19-societes-condamnees-pour-de-faux-soldes.php>>> 18 avril 2017



เท่านั้น⁸¹ ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณามาตรการส่งเสริมการขายใด ๆ ของผู้ประกอบการถือว่าเข้าข่ายเป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่ามาตรการส่งเสริมการขายของผู้ประกอบการถือเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่⁸² ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักการคุ้มครองผู้บริโภคภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดูเหมือนว่าควมคุ้มครองโฆษณาน่าจะเป็นหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการใช้มาตรการส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรมส่งผลกระทบต่อการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคมากที่สุด

แม้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม ได้ให้นิยามความหมายโฆษณาค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ กระทำการไม่ว่าวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ทางการค้า ซึ่งข้อความนี้ไม่ได้จำกัดเพียงตัวอักษร แต่ให้รวมถึงภาพ ภาพยนตร์ แสง เสียง เครื่องหมายหรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้⁸³ แต่สาระสำคัญของโฆษณา คือ การทำให้ทราบข้อความ ดังนั้นหากมาตรการส่งเสริมการขายมิได้มีไว้เพื่อทำให้ทราบข้อความ เช่น การจับสลากรางวัลเพื่อชิงโชค มาตรการส่งเสริมการขายนี้คงไม่ใช่โฆษณา หรือกรณีการใช้วิธีการแถมสินค้า กรณีการบังคับซื้อหรือขายพ่วงก็ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัตินี้โดยตรง มาตรการส่งเสริมการขายของผู้ประกอบการอาจจะเข้าข่ายถูกควบคุมโดยพระราชบัญญัตินี้ เมื่อมีการทำโฆษณาที่ข้อความที่ไม่เป็นธรรม หรืออาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมโดยรวม⁸⁴

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเพิ่งมีผลบังคับใช้ไม่นานมานี้ อาจจะเป็นอีกเครื่องมือสำคัญสำหรับผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบการอันมีลักษณะเข้าข่ายเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรมภายใต้บทบัญญัติมาตรา 50-58 มีสิทธิได้รับการชดเชยความเสียหายจากผู้ประกอบการภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 69 อย่างไรก็ดี ยังคงมีความน่าสนใจพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นี้มีขอบเขตในการตีความอย่างไร เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายใหม่ที่มีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นไปในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ⁸⁵

3.2 ปัญหาการตีความและการวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิผู้บริโภค

จากการศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปและของประเทศฝรั่งเศสจะเห็นว่าได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการปฏิบัติทางการค้าประเภทใดถือเป็นการต้องห้ามไว้อย่างชัดเจน

⁸¹ มาตรา 14 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไข 2541

⁸² มาตรา 21 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไข 2541

⁸³ มาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไข 2541

⁸⁴ มาตรา 23 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไข 2541

⁸⁵ หมวด 3 การป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

หลายกรณี วิธีการนี้เป็นประโยชน์ในการใช้กฎหมายและสร้างความแน่นอนชัดเจนให้แก่ผู้ประกอบการที่จะได้วางแผนการทำธุรกิจของตนได้อย่างถูกต้อง ในขณะเดียวกันกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปก็ได้บัญญัติหลักการทั่วไปใช้สำหรับการตีความการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมโดยพิจารณาองค์ประกอบ 2 ข้อสำคัญ คือ (1) การกระทำนั้นขัดแย้งกับความระมัดระวังที่ผู้ประกอบการพึงมีต่อผู้บริโภคและ (2) การกระทำบิดเบือนหรืออาจจะบิดเบือนพฤติกรรมในการตัดสินใจของผู้บริโภคทั่วไป ๆ อย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ เงื่อนไขทั้งสองนี้นำมาใช้ในการตีความว่าการกระทำใดขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ณ ปัจจุบันยึดหลักเกณฑ์การตีความโดยพิจารณาองค์ประกอบทั้งสองอย่างชัดเจน ซึ่งทำให้การตีความกฎหมายง่ายขึ้นโดยยังเปิดช่องให้ผู้ประกอบการใช้มาตรการส่งเสริมการขายบางประการที่กฎหมายห้ามโดยเด็ดขาดหรือสร้างโอกาสให้ผู้ประกอบการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการนำเสนอรูปแบบมาตรการส่งเสริมการขายใหม่

หากพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยบัญญัติลักษณะของโฆษณาที่ต้องห้ามไว้อย่างกว้างและมีการให้อำนาจคณะกรรมการโฆษณาในการออกประกาศคณะกรรมการเพื่อวางกรอบการตีความกรณีที่เป็นการละเมิดสิทธิผู้บริโภค เช่นเดียวกับกรณีของฉลาก หรือ สัญลักษณ์⁸⁶ กลไกรูปแบบนี้มีข้อดีคือเป็นการเปิดโอกาสให้คณะกรรมการเฉพาะเรื่องสามารถพิจารณาข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีไปและมีอิสระในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการตีความ แต่ในขณะเดียวกันอาจก่อให้เกิดผลเสียในเรื่องความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอน เนื่องจากผู้ประกอบการและผู้บริโภคอาจไม่ทราบได้อย่างชัดเจนว่ากรณีใดเป็นกรณีที่ขัดหรือไม่ขัดต่อกฎหมาย ทำให้ผู้ประกอบการต้องศึกษาพิจารณาประกาศหลายฉบับและอาจต้องนำโฆษณา⁸⁷ ฉลาก⁸⁸ หรือสัญลักษณ์⁸⁹ ไปให้คณะกรรมการพิจารณาเสียก่อนเพื่อป้องกันปัญหาว่าโฆษณา ฉลาก หรือสัญลักษณ์เหล่านี้มีการละเมิดสิทธิผู้บริโภคหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความไม่ชัดเจนตรงนี้จะสร้างภาระให้ผู้ประกอบการในการดำเนินกิจการ รวมทั้งผู้บริโภคเอง

3.3 การขาดบทลงโทษที่เอื้ออำนวยต่อการใช้บังคับกฎหมาย

จากการศึกษากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสพบว่าการกำหนดความรับผิดทั้งโทษจำคุกและโทษปรับที่เข้มงวดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของโทษปรับมีกำหนดให้ค่าปรับที่สูง ตัวอย่างเช่นในกรณีเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายมีโทษปรับ 300,000 ยูโร โดยการกำหนดค่าปรับจากยอดจากรายรับหรือค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปเพื่อการใช้ในการจัดทำหรือใช้มาตรการส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรม⁹⁰ การกำหนดวิธีการคำนวณค่าปรับในรูปแบบนี้ย่อมป้องปรามมิให้ผู้ประกอบการแสวงหาผลประโยชน์จากการกระทำการที่อาจเป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคได้ดีกว่าการกำหนด

⁸⁶ มาตรา 24 มาตรา 27 มาตรา 30 และมาตรา 35 พ.ร.บ. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไข พ.ศ. 2541

⁸⁷ มาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไข พ.ศ. 2541

⁸⁸ มาตรา 34 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไข พ.ศ. 2541

⁸⁹ มาตรา 35 นว พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไข พ.ศ. 2541

⁹⁰ Article L132-2 du Code de la consommation

โทษปรับเป็นจำนวนเงินตายตัวอย่างในกรณีกฎหมายไทย ตัวอย่างใน มาตรา 47 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคกำหนดความรับผิด “ในกรณีที่ทำให้เกิดในแหล่งกำเนิด คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าเป็นของตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำผิดซ้ำ ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” จะเห็นได้บทบัญญัติมาตรานี้กำหนดโทษปรับที่ตายตัวและอัตราโทษไม่สูงมากนัก กล่าวคือ ไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือหนึ่งแสนบาทในกรณีทำผิดซ้ำ อัตราโทษที่ไม่สูงนี้อาจทำให้ผู้ประกอบการไม่เกิดความเกรงกลัวที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย เนื่องจากเป็นอัตราโทษที่ไม่สะท้อนกับผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการอาจได้รับจากการใช้มาตรการส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ ผู้ประกอบการอาจเห็นว่าการเลือกใช้วิธีการส่งเสริมการขาย เช่น การโฆษณาที่หลอกลวง อันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย นั้นจะได้ประโยชน์คุ้มค่ามากกว่า ทั้งนี้ การกำหนดความรับผิดในรูปแบบของมาตรา 47 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคยังปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับอื่น เช่น พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 แก้ไข พ.ศ. 2560 ที่มีโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้สูงกว่ากรณีของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและมีการกำหนดโทษปรับรายวัน⁹¹ อย่างไรก็ตามอัตราโทษปรับนั้นอาจไม่สะท้อนกับรายได้ที่ผู้ประกอบการได้รับจริงจากการเอาเปรียบหรือละเมิดสิทธิของผู้บริโภค การกำหนดโทษปรับโดยคำนวณจากผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับน่าจะเป็นโทษที่สะท้อนความเป็นจริง และสร้างความเกรงกลัวให้กับผู้บริโภคได้

นอกจากบทลงโทษทางอาญาแล้ว ในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องผลของสัญญาที่เกิดจากการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคโดยการใช้มาตรการส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรมด้วย กล่าวคือ หากสัญญาที่ผู้บริโภคทำนั้นเกิดจากการใช้การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในบางกรณีมีผลให้สัญญานั้นเป็นโมฆะ อาทิ การปฏิบัติทางการค้าเป็นการก้าวร้าว⁹² การเอาเปรียบผู้ที่อ่อนด้อย⁹³ กรณีการขายสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคไม่ได้สั่ง⁹⁴ การกำหนดผลทางกฎหมายที่ชัดเจนของสัญญาที่เกิดขึ้นจากการใช้วิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเช่นนี้เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคที่ไม่ต้องอ้างหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่งเรื่องใช้สิทธิเลิกสัญญา หรือบอกล้างสัญญาเพราะเหตุบกพร่องในการแสดงเจตนาอีกชั้น อันเป็นการลดภาระของผู้บริโภคในการต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นผลให้สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ โมฆียะ หรือเป็นผลให้เลิกสัญญาได้หรือไม่ ซึ่งหลักการกำหนดผลทางกฎหมายของสัญญาในรูปแบบนี้ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย ปัจจุบันหากผู้บริโภคจะใช้สิทธิบอกล้างสัญญาโดยอ้างว่าสัญญาตกเป็นโมฆียะตามหลักการเรื่องสำคัญผิดตามมาตรา 157 หรือต้องอ้างเหตุผลฉ้อฉลมาตรา 159 ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและ

⁹¹ หมวด 7 บทลงโทษ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 แก้ไข พ.ศ. 2560

⁹² Article L132-10 du Code de la consommation

⁹³ Article L132-13 du Code de la consommation

⁹⁴ Article L132-16 du Code de la consommation

พาณิชย์ที่คู่สัญญาเองมีภาระต้องพิสูจน์ อีกทั้งในบางกรณีคู่สัญญาอาจไม่ได้สามารถบอกกล่าวสัญญา ดังกล่าวได้เนื่องจากไปเข้าข้อยกเว้นในการใช้สิทธิบอกกล่าวตามมาตรา 158 ซึ่งวางหลักเกณฑ์เรื่องการสำคัญผิดเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และมาตรา 161 อันเกี่ยวกับสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากกลฉ้อฉลเป็นแต่เพียงเหตุจูงใจให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งยอมรับข้อกำหนด อันหนักยิ่งกว่าที่คู่กรณีฝ่ายนั้นจะยอมรับโดยปกติเท่านั้น ดังนั้น อาจเป็นไปได้ที่ผู้บริโภคมองว่าไม่สามารถบอกกล่าวสัญญาได้ หรือในกรณีที่ผู้บริโภคจะใช้สิทธิเลิกสัญญาเขาจะต้องดำเนินการตามหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาก่อน มีข้อสังเกตว่าการใช้มาตรการส่งเสริมการขายของผู้ประกอบธุรกิจบางประการ เช่น การใช้โฆษณาเกินจริง การใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จ อาจถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะทำให้สัญญาที่เกิดขึ้นมีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ได้ การตีความเช่นนี้ย่อมเป็นคุณต่อผู้บริโภค อย่างไรก็ดีคงต้องรอแนวทางของศาลในการตีความต่อไป และแม้ว่าประเทศไทยมีกฎหมายเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมแล้วก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายนี้ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจซึ่งเท่ากับว่าความมีผลของสัญญาไม่ชัดเจนเท่ากับการบัญญัติผลของสัญญาไว้เป็นกรณีเฉพาะอย่างประเทศฝรั่งเศส

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดผลของสัญญาที่เกิดจากการใช้วิธีการส่งเสริมการขายที่เป็น การละเมิดสิทธิของผู้บริโภคโดยตรงนั้นจะเป็นการลดภาระของผู้บริโภคได้อย่างดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มีผู้เสียหายเป็นจำนวนมาก

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศฝรั่งเศสจะเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่น่าสนใจ ซึ่งถือเป็นแบบอย่างที่ดีให้แก่ประเทศไทยในการพัฒนากฎหมายในส่วนนี้ โดยในส่วนของกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปได้สร้างกลไกคุ้มครองผู้บริโภคจากการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของผู้ประกอบการเพื่อการส่งเสริมการขาย ในภาพรวม การเลือกใช้วิธีการนิยาม การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมโดยแยกเป็น การปฏิบัติทางการค้าเพื่อหลอกลวง และการปฏิบัติทางการค้าที่ก้าวร้าว โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง ทำให้กฎหมายนี้สามารถครอบคลุมประเด็นปัญหาการละเมิดสิทธิผู้บริโภคได้ค่อนข้างกว้าง อีกทั้งการจำแนกนิยามของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมโดยแบ่งเป็นบททั่วไปในมาตรา 5 (2) บทเฉพาะในมาตรา 6-9 และการจัดทำบัญชีสาระบุประเภทการปฏิบัติทางการค้าที่ต้องห้ามเสมอ ในบัญชีแนบท้าย ถือว่าเป็นการสร้างกฎหมายที่ยืดหยุ่นพอสมควร

การที่กฎหมายนี้มีผลบังคับให้ประเทศสมาชิกทั้งสี่สิบแปดประเทศต้องอนุวัติการกฎหมาย ภายในของตนให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์กลางฉบับนี้ เป็นอีกหนึ่งเหตุสำคัญที่ทำให้ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า หากประเทศไทยมีความประสงค์จะสร้างกลไกทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคจากการใช้ มาตรการทางการตลาด หรือกลยุทธ์เพื่อการส่งเสริมที่ไม่เป็นธรรมในอนาคต กฎเกณฑ์ของสหภาพ



ยุโรป ในเรื่องนี้ถือเป็นตัวอย่างกฎหมายที่น่าสนใจสำหรับประเทศ ในทัศนะของผู้เขียนการนำกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปมาใช้เป็นตัวอย่างหนึ่งในการพัฒนากฎหมายไทยเป็นเรื่องที่น่าสนใจอย่างยิ่ง ด้วยเหตุผลสนับสนุน ดังนี้

กฎเกณฑ์กลางนี้เกิดขึ้นจากความพยายามประสานกฎหมายของรัฐสมาชิกที่มีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นระบบ Common Law ระบบ Civil Law หรือระบบผสม ซึ่งหมายความว่า การร่างกฎเกณฑ์กลางดังกล่าวได้มีการผ่านการกลั่นกรองร่วมกันของรัฐสมาชิกมาในระดับหนึ่ง กฎเกณฑ์กลางนี้มีการศึกษามาอย่างดีพอสมควรก่อนประกาศใช้ อีกทั้งจากข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปได้ปรับปรุงกฎหมายของตนให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปแล้ว จึงเท่ากับว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปในเรื่องนี้มีผลใช้บังคับในประเทศสำคัญ ๆ อันเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ทั่วโลก ดังนั้น หากประเทศไทยประสงค์จะนำตัวอย่างกฎหมายของสหราชอาณาจักร ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศเยอรมัน มาใช้เป็นตัวอย่างในการบัญญัติกฎหมายในประเทศนี้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค จึงต้องเข้าใจว่าแท้จริงแล้วกฎหมายของทั้งสามประเทศมีที่มาจากที่เดียวกัน การทำความเข้าใจหลักเกณฑ์ของกฎเกณฑ์กลางฉบับนี้ รวมไปถึงคำพิพากษาของศาล CJEU จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำความเข้าใจกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกอื่น ๆ ที่ไทยอาจนำมาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายต่อไป

ยิ่งไปกว่านั้น การนำหลักเกณฑ์ของกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปมาใช้เป็นตัวอย่างในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยจะเป็นประโยชน์มากในแง่ที่จะส่งผลให้กฎหมายไทยมีความสอดคล้องกับประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศในเวทีโลก ซึ่งปัจจุบันมีอยู่แล้วอย่างน้อย 28 ประเทศ ในความเห็นของผู้เขียน กฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและระบบตลาดโดยตรง หากกฎหมายของประเทศไทยมีความเป็นสากลทัดเทียมกับประเทศอื่น ๆ ย่อมส่งผลดีในทางการค้า การลงทุน มากกว่าจะส่งผลเสีย ทั้งนี้ หากศึกษากรณีที่เกิดขึ้นในการบัญญัติกฎหมายในประเทศอื่น เช่น ประเทศสิงคโปร์ เห็นได้ว่าประเทศดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคโดยรับอิทธิพลจากสหราชอาณาจักรซึ่งเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป ดังนั้น หากต่อไปอาเซียนมีแนวคิดจะพัฒนากฎหมายของประเทศสมาชิกให้สอดคล้องกันเพื่อประโยชน์ในการสร้างประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนให้เข้มแข็ง การศึกษากฎหมายรวมทั้งประสบการณ์ของสหภาพยุโรปจะเป็นผลดีในการพัฒนากฎหมายของอาเซียนต่อไปอีกด้วย

อย่างไรก็ดี แม้ว่าผู้เขียนจะเห็นว่ากฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปเป็นกฎหมายที่น่าสนใจในการนำมาเป็นตัวอย่างในการปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทย ผู้เขียนยังคงเห็นว่าการจะนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้เป็นแบบอย่างในการยกร่างกฎหมายของไทย จะต้องมีการศึกษาทำความเข้าใจให้ลึกซึ้งถึงข้อดีข้อเสีย รวมทั้งคงต้องประเมินดูความเหมาะสมกับสังคมไทย มาพิจารณาประกอบด้วยเสียก่อน การบัญญัติกฎหมายตามแบบของประเทศอื่น ๆ ทั้งหมดโดยไม่ดูบริบทของประเทศไทยคงไม่ใช่คำตอบที่ดีของการสร้างกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ

ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้มาตรการส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรมเป็นการเฉพาะ เนื่องจากหลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภคที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันยังไม่

ครอบคลุมเพียงพอกับปัญหาในปัจจุบันโดยเสนอให้เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคด้านมาตรการส่งเสริมการขาย และอาจมีการรวมประเด็นเรื่องโฆษณาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านมาตรการส่งเสริมการขาย โดยอาจใช้แนวทางของสหภาพยุโรปเป็นตัวอย่าง อีกทั้งเพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายสามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยผู้เขียนเสนอว่าควรมีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่สะท้อนผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับจากการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค เช่น การคิดค่าปรับโดยคำนวณจากผลตอบแทนในกิจการของผู้ประกอบการธุรกิจในปีนั้น หรือค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการธุรกิจเสียไปเพื่อใช้มาตรการส่งเสริมการขาย ในขณะเดียวกันควรกำหนดผลของสัญญาที่เกิดจากการใช้มาตรการส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรมรวมไปถึงวิธีการخذใช้เยียวยาที่ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับให้ชัดเจน