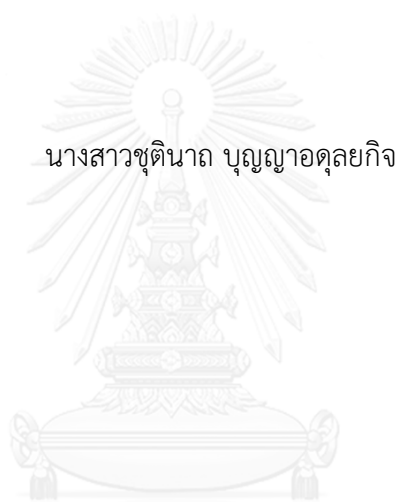


การกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.
2542 : ศึกษากรณีการส่งเสริมการขายโดยใช้รายการส่งเสริมการขายของคู่แข่งในคดี บริษัท บีทีซี
ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน)



นางสาวชุตินาถ บุญญาอตุลยกิจ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

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

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNFAIR TRADE PRACTICE PURSUANT TO TRADE COMPETITION ACT B.E. 2542 : STUDIES
ON USAGE SALES PROMOTION OF COMPETITOR IN BIG C SUPERCENTER PUBLIC
COMPANY LIMITED CASE

Miss Chutinart Boonyaadulyakij



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2015

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตาม
พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษา
กรณีการส่งเสริมการขายโดยใช้รายการส่งเสริมการขาย
ของกลุ่มในคดี บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด
(มหาชน)

โดย

นางสาวชุตินาถ บุญญาอดุลยกิจ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

.....คนบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(อาจารย์สันติชัย สารถวัลย์แพศย์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

.....กรรมการ

(ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์สรวิศ ลิ้มปรั่งซี่)

ชุตินาถ บุญญาอตุลยกิจ : การกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีการส่งเสริมการขายโดยใช้รายการส่งเสริมการขายของคู่แข่งในคดี บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน) (UNFAIR TRADE PRACTICE PURSUANT TO TRADE COMPETITION ACT B.E. 2542 : STUDIES ON USAGE SALES PROMOTION OF COMPETITOR IN BIG C SUPERCENTER PUBLIC COMPANY LIMITED CASE) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ.ดร.ศักดา ธนิตกุล, 191 หน้า.

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 และมาตรา 25 (4) มิได้กำหนดหลักเกณฑ์พฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นความผิดอย่างชัดเจน มีเพียงแนวปฏิบัติที่ออกโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาพฤติกรรมที่อาจเข้าข่ายการกระทำความผิดซึ่งไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย ทำให้เกิดปัญหาว่าการกระทำใดเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 29 และมาตรา 25 (4) ผลสรุปจากการศึกษาทำให้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าจากการที่ทั้งมาตรา 29 และมาตรา 25 (4) ยังไม่มีความชัดเจนว่าการกระทำตามกรณีศึกษากล่าวคือ การจัดรายการส่งเสริมการขายโดยใช้และอ้างอิงชื่อของคู่แข่งในการโฆษณาและการใช้เครื่องมือในการส่งเสริมการขายของคู่แข่งมาใช้ในการจัดรายการส่งเสริมการขายของตนเองเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าวหรือไม่ โดยมีแนวความเห็นของนักวิชาการแบ่งเป็น 2 แนวความเห็น โดยแนวความเห็นแรกเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวถือเป็นความผิด เนื่องจากไม่มีความจำเป็นที่ต้องจัดรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงชื่อและใช้เครื่องมือในการส่งเสริมการขายของผู้อื่น และแนวความเห็นที่สองเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวมิใช่การกระทำที่เป็นความผิด เป็นเพียงกลยุทธ์การแข่งขันอย่างหนึ่งที่มุ่งเน้นแข่งขันด้านราคา และทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามากขึ้น จึงควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรมีการกำหนดคำนิยามของคำว่ากระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและคำว่าแทรกแซงให้ชัดเจน และทำให้แนวปฏิบัติมีสถานะเป็นกฎหมาย และเพิ่มอำนาจให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจกำหนดลักษณะพฤติกรรมที่คณะกรรมการเห็นว่าเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดได้เพื่อให้ครอบคลุมลักษณะพฤติกรรมความผิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5685965634 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: TRADE COMMETITION

CHUTINART BOONYAADULYAKIJ: UNFAIR TRADE PRACTICE PURSUANT TO TRADE COMPETITION ACT B.E. 2542 : STUDIES ON USAGE SALES PROMOTION OF COMPETITOR IN BIG C SUPERCENTER PUBLIC COMPANY LIMITED CASE. ADVISOR: PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D., 191 pp.

The Trade Competition Act B.E. 2542 Section 29 and Section 25(4) have not clearly specified the criteria of the action of business operator that is considered illegal. However, there are only guidelines rendered by trade competition committee which can be used as a scope for considering a business operator's action that may be illegal. However, such guidelines are not considered as laws. Consequently, this creates the concerning problems that what action of business operator will be considered illegal under Section 29 and Section 25(4). From the research, the writer views that it is uncertain whether the action of business operator in the case study such as using sales promotion of other business operator or using other business operator name in its own sales promotion will be considered illegal under Section 29 and Section 25(4) or not. In this regard, there are two different academic opinions. The first opinion is that such practices are illegal because it is not necessary to use sales promotion of other business operator or other business operator name in its own sales promotion. The second opinion is that such practices are not illegal because it is only its business strategy to compete against other business operator on products' price and consumers will be beneficial from such competition. Therefore, to achieve clarity and effective of trade competition law enforcement, the writer suggests that the trade competition laws should be amended, especially, by specifying definitions of unfair trade practice as well as intervention and the guidelines rendered by trade competition committee should be considered as laws. In addition, the trade competition committee should be authorized and empowered to have a power and authority to determine and specify any action that the committee views as illegal to cover business operator's action in the future.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2015

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ด้วยความช่วยเหลืออย่างดียิ่งของผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้วิจัยขอกราบขอบขอบคุณศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้ซึ่งได้สละเวลาในการให้คำปรึกษา ข้อคิดเห็นและความรู้ในทางกฎหมาย อันเป็นประโยชน์แก่ผู้วิจัยเป็นอย่างยิ่ง

ผู้วิจัยขอกราบขอบคุณท่านอาจารย์สันติชัย สารถวัลย์แพศย์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์สรวิศ ลิ้มปริงซี่ และ ดร. วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่ได้สละเวลาอันมีค่ามาให้คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์และทำการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้วิจัยขอขอบคุณบิดา มารดา และน้องๆ ที่เป็นกำลังใจให้ผู้วิจัยและช่วยสนับสนุนให้ผู้วิจัยตั้งใจศึกษาเล่าเรียนจนสำเร็จ และขอขอบคุณนายศรณรินทร์ คงเกษม ที่ให้ความอนุเคราะห์ในทุก ๆ เรื่อง นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอขอบคุณกณยานมิตรทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้วิจัย จนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงเป็นอย่างดี

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากจะมีคุณค่าและเป็นประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้วิจัยขอมอบเป็นกตเวทิตาแด่บิดา มารดา ญาติ มิตร และคณาจารย์ตลอดจนผู้มีพระคุณทั้งหลาย แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

สารบัญ

| | หน้า |
|---|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ฉ |
| สารบัญ..... | ช |
| บทที่ 1 บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย..... | 4 |
| 1.3 ขอบเขตของการวิจัย..... | 5 |
| 1.4 สมมติฐานของการวิจัย..... | 5 |
| 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย..... | 5 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย..... | 5 |
| บทที่ 2 พฤติกรรมการแข่งขันในธุรกิจค้าปลีก..... | 7 |
| 2.1 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการค้าปลีก..... | 7 |
| 2.1.1 ความหมายของการค้าปลีก..... | 7 |
| 2.1.2 รูปแบบธุรกิจค้าปลีก..... | 7 |
| 2.1.2.1 รูปแบบธุรกิจค้าปลีกแบบดั้งเดิม (Traditional Trade)..... | 7 |
| 2.1.2.2 รูปแบบธุรกิจค้าปลีกสมัยใหม่ (Modern Trade)..... | 8 |
| 2.1.3 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องของธุรกิจค้าปลีกของประเทศไทย..... | 11 |
| 2.1.3.1 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้าของธุรกิจค้าปลีก..... | 11 |
| 2.1.3.2 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ของธุรกิจค้าปลีก..... | 12 |
| 2.1.4 กลยุทธ์การแข่งขันในธุรกิจค้าปลีก..... | 13 |
| 2.1.4.1 ทำเลที่ตั้ง (Location)..... | 13 |

| | |
|--|----|
| 2.1.4.2 ความหลากหลายของประเภทสินค้า (Merchandise Assortment)..... | 13 |
| 2.1.4.3 นโยบายราคา (Pricing Policy)..... | 14 |
| 2.1.4.4 ส่วนผสมการสื่อสารการตลาด (Communication Mix)..... | 16 |
| 2.1.4.5 การออกแบบร้านและการจัดวางสินค้า (Store Design and Display)..... | 18 |
| 2.1.4.6 การบริการลูกค้า (Customer Service)..... | 18 |
| 2.2 พฤติกรรมที่ถือว่าการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practices) | 18 |
| 2.2.1 พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีเป้าหมายในการแย่งชิงตลาดหรือการจำกัดการ แข่งขันตลาด | 20 |
| 2.2.2 พฤติกรรมที่มีลักษณะของการใช้อำนาจต่อรองทางการค้าในการกำหนดเงื่อนไข ทางการค้าในลักษณะที่เป็นการจำกัดโอกาส ทางเลือกในการค้าของลูกค้า..... | 21 |
| 2.2.3 พฤติกรรมที่เป็นการแย่งชิงลูกค้าของลูกค้าคู่แข่งโดยอาศัยกลยุทธ์ทางการค้าที่ไม่เป็น ธรรม | 21 |
| 2.2.4 การใช้กลยุทธ์ทางการค้าที่ขาดจรรยาบรรณ | 22 |
| 2.3 พฤติกรรมที่ถือว่ามีขอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Abuse of Dominance)..... | 22 |
| 2.3.1 การใช้อำนาจแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuses)..... | 23 |
| 2.3.1.1 การกำหนดราคาสินค้าสูงเกินควร (excessively high prices)..... | 23 |
| 2.3.1.2 การกำหนดราคาโดยเลือกปฏิบัติ (discriminatory behavior)..... | 23 |
| 2.3.1.3 การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น (exclusive dealing) | 23 |
| 2.3.1.4 การกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance) | 24 |
| 2.3.2 การใช้อำนาจเพื่อขจัดการแข่งขัน (exploitative abuses)..... | 24 |
| 2.4 ผลดีและผลเสียของการผูกขาดและการแข่งขัน (Advantages and Disadvantages of Competition and Monopoly)..... | 25 |
| 2.4.1 ผลดีของการแข่งขัน | 25 |
| 2.4.2 ผลเสียของการแข่งขัน..... | 26 |

| | |
|--|----|
| 2.4.3 ผลดีของการผูกขาด..... | 27 |
| 2.4.4 ผลเสียของการผูกขาด..... | 27 |
| บทที่ 3 การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีกในประเทศไทย..... | 31 |
| 3.1 ความนำ..... | 31 |
| 3.2 การควบคุมวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29..... | 31 |
| 3.2.1 องค์ประกอบความผิดของมาตรา 29..... | 32 |
| 3.2.1.1 เป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน..... | 32 |
| 3.2.1.2 กระทำการที่มีใช่เป็นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม..... | 32 |
| 3.2.1.3 การกระทำดังกล่าวมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของ ผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อบังคับให้ผู้อื่น ประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิก การประกอบธุรกิจ..... | 34 |
| 3.3 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมวิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบ ธุรกิจในต่างประเทศ..... | 35 |
| 3.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 35 |
| 3.3.1.1 พฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices)..... | 35 |
| 3.3.1.2 แนวคำตัดสินของประเศสหรัฐอเมริกา..... | 40 |
| 3.3.2 ประเทศญี่ปุ่น..... | 41 |
| 3.3.2.1 พฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices)..... | 41 |
| 3.3.2.2 แนวคำตัดสินของประเศญี่ปุ่น..... | 50 |
| 3.3.3 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้..... | 52 |
| 3.3.3.1 พฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices)..... | 52 |
| 3.3.3.2 แนวคำตัดสินของประเศสาธารณรัฐเกาหลีใต้..... | 60 |

| | |
|---|-----|
| 3.4 การควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542..... | 63 |
| 3.4.1 องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 25..... | 64 |
| 3.4.1.1 ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวหรือหลายรายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจ เหนือตลาดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด | 64 |
| 1) ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด..... | 64 |
| 2) การพิจารณาขอบเขตตลาด ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย..... | 65 |
| 3) การกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด..... | 69 |
| 3.4.1.2 พฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด..... | 71 |
| 3.5 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดในต่างประเทศ..... | 79 |
| 3.5.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 79 |
| 3.5.1.1 องค์ประกอบความผิดของการกระทำอันเป็นการผูกขาด | 80 |
| 3.5.1.2 แนวคำตัดสินของประเทศไทย..... | 96 |
| 3.5.2 ประเทศญี่ปุ่น..... | 99 |
| 3.5.2.1 องค์ประกอบความผิดของการกระทำอันเป็นการผูกขาด | 100 |
| 3.5.2.2 แนวคำตัดสินของประเทศไทย..... | 107 |
| 3.5.3 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้..... | 112 |
| 3.5.3.1 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ | 113 |
| 3.5.3.2 แนวคำตัดสินของประเทศไทย..... | 134 |
| บทที่ 4 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ และการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร : ศึกษา คดี บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน)..... | 137 |
| 4.1 ความนำ..... | 137 |
| 4.2 ความเป็นมาและข้อเท็จจริงของคดี | 139 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 4.2.1 | สรุปคำฟ้องและคำให้การ..... | 139 |
| 4.2.1.1 | สรุปคำฟ้อง | 139 |
| 4.2.1.2 | สรุปคำให้การ | 143 |
| 4.2.2 | ประเด็นข้อพิพาท | 146 |
| 4.2.3 | สรุปคำพิพากษาศาลชั้นต้น | 146 |
| 4.2.4 | สรุปคำพิพากษาศาลอุทธรณ์..... | 148 |
| 4.3 | วิเคราะห์พฤติกรรมของเอสโก้โลตัสตามที่บิกซีและเซ็นคาร์ฟ้องตามพระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 | 149 |
| 4.3.1 | ประเด็นเรื่องการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม | 150 |
| 4.3.2 | ประเด็นเรื่องการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร | 160 |
| 4.3.2.1 | สถานะความเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของเอสโก้โลตัส | 161 |
| 4.3.2.2 | วิเคราะห์พฤติกรรมการแทรกแซงการประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุอัน สมควรของเอสโก้โลตัส | 164 |
| บทที่ 5 | บทสรุปและข้อเสนอแนะ | 173 |
| 5.1 | บทสรุป | 173 |
| 5.2 | ข้อเสนอแนะ | 183 |
| | รายการอ้างอิง | 187 |
| | ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ | 191 |

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี การแข่งขันอย่างเสรีเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญยิ่งอันจะทำให้การผลิต การบริโภคและการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ กำไร อำนาจในการครองตลาด การเป็นผู้นำธุรกิจ รวมทั้งการต่อสู้เพื่อความอยู่รอด กลยุทธ์การแข่งขันต่าง ๆ จึงถือเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากที่ผู้ประกอบการทุกรายใช้ในการแข่งขันกับคู่แข่งรายอื่น

ธุรกิจค้าปลีกค้าส่งในประเทศไทย เป็นอีกสาขาธุรกิจบริการที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย และเป็นธุรกิจที่มีการแข่งขันที่รุนแรง ธุรกิจประเภทนี้ได้พัฒนารูปแบบการประกอบธุรกิจไปอย่างรวดเร็ว จากเดิมที่มีลักษณะเป็นร้านค้าปลีกแบบดั้งเดิมหรือโชวห่วย จนในปี พ.ศ. 2537 เริ่มมีร้านค้าปลีกสมัยใหม่เข้ามาเปิดให้บริการในประเทศไทย คือ ห้างโลตัสและห้างบิ๊กซี และต่อมาในปี พ.ศ. 2539 ห้างคาร์ฟูร์ก็ได้เข้ามาเปิดให้บริการในประเทศไทย ซึ่งห้างทั้งสาม เป็นร้านค้าปลีกในรูปแบบของร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต ซึ่งเน้นกลยุทธ์ขายสินค้าราคาถูก

ต่อมาในปี พ.ศ. 2540 ประเทศไทยประสบภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ผู้ประกอบการค้าปลีกสมัยใหม่ของประเทศไทยประสบปัญหาขาดทุน และปัญหาทางการเงินอย่างหนัก จนต้องมีการขายกิจการทำให้นักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาซื้อกิจการค้าปลีกสมัยใหม่ในประเทศไทยจากผู้ประกอบการไทยหลายราย และเมื่อธุรกิจค้าปลีกมีการบริหารงานโดยนักนักลงทุนต่างชาติ ประกอบกับมีเงินทุนในการประกอบธุรกิจมาก ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อโครงสร้างธุรกิจค้าปลีกในประเทศไทย และทำให้ธุรกิจค้าปลีกสมัยใหม่มีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว มีการตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคเป็นอย่างดี มีรูปแบบการจัดการที่เป็นระบบและมีมาตรฐาน มีการใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยเข้ามาใช้ในการบริหารงาน ทำให้ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตได้รับความนิยมจากผู้บริโภคเป็นอย่างมาก และมีการขยายสาขาอย่างต่อเนื่อง จากข้อมูลจนถึงปี พ.ศ. 2556 พบว่า ห้างบิ๊กซีมีร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตจำนวน 119 สาขา

และห้างเทสโก้โลตัสมีร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตจำนวน 157 สาขา¹ โดยใช้กลยุทธ์การแข่งขันในรูปแบบต่าง ๆ กลยุทธ์การแข่งขันในธุรกิจค้าปลีกที่นิยมนำมาใช้ มีองค์ประกอบสำคัญทั้งสิ้น 6 ด้าน ประกอบด้วย (1) ทำเลที่ตั้ง (Location) (2) ความหลากหลายของประเภทสินค้า (Merchandise Assortments) (3) นโยบายราคา (Pricing Policy) (4) ส่วนประสมการสื่อสารการตลาด (Communication Mix) (5) การออกแบบร้านและการจัดวางสินค้า (Store Design and Display) และ (6) การบริการลูกค้า ซึ่งที่ผ่านมามากจะเน้นในเรื่องของการแข่งขันด้านราคา (price competition) ควบคู่ไปกับการจัดกิจกรรมส่งเสริมการขาย อาทิ คุปองเงินสด คุปองส่วนลด หรือบัตรสมาชิก เป็นต้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาฐานลูกค้า กลยุทธ์ด้านการจัดกิจกรรมส่งเสริมการขาย การรักษาฐานลูกค้าจึงถือเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญในการช่วงชิงพื้นที่ทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีก

ในปี พ.ศ. 2553 บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน) ได้เข้าซื้อกิจการของบริษัท เซ็นคาร์ จำกัด ซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการห้าง คาร์ฟูร์ ส่งผลให้ผู้ผู้นำในธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ตเหลือเพียงสองราย ได้แก่ห้างเทสโก้โลตัสและห้างบิ๊กซี ทำให้ตลาดมีการแข่งขันที่รุนแรงขึ้น เนื่องจากห้างบิ๊กซีมีความสามารถในการแข่งขันขยับขึ้นมาใกล้ห้างเทสโก้โลตัส โดยพิจารณาจำนวนสาขาและมูลค่าขายที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากได้สาขาเพิ่มมาจากการที่ซื้อกิจการห้างคาร์ฟูร์ ผู้ประกอบการทั้งสองรายต่างพยายามแข่งขันกันเพื่อแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดและฐานลูกค้าที่เคยเป็นของห้างคาร์ฟูร์ให้มาเป็นของตนแทน กลยุทธ์ทางการตลาดโดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดกิจกรรมส่งเสริมการขายจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะใช้จูงใจให้กลุ่มลูกค้าเดิมของห้างคาร์ฟูร์มาเป็นลูกค้าของตนเอง โดยห้างบิ๊กซีได้จัดรายการส่งเสริมการขายโดยการให้คุปองส่วนลดแก่ลูกค้าของห้างบิ๊กซี และลูกค้าที่เป็นสมาชิกของห้างคาร์ฟูร์ เพื่อหวังดึงลูกค้ากลุ่มนั้นให้มาเป็นลูกค้าของตน ขณะเดียวกันห้างเทสโก้โลตัสได้อาศัยช่องทางจัดรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงและใช้รายการส่งเสริมการขายของบิ๊กซีเพื่อจูงใจให้ลูกค้ากลุ่มนั้นไปซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสแทน โดยการนำคุปองส่วนลดที่ห้างคาร์ฟูร์ออกให้แก่ลูกค้า และบัตรไอวิซซึ่งเป็นบัตรสมาชิกของห้างคาร์ฟูร์ไปอ้างอิงในการโฆษณารายการส่งเสริมการขายของตนเอง ด้วยเหตุดังกล่าว บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน) และบริษัท เซ็นคาร์ จำกัด (โจทก์) จึงได้ยื่นฟ้องบริษัท เอกชัย ดีสทริบิวชั่น ซิสเทม จำกัด (จำเลย) ว่าจำเลยได้นำสัญลักษณ์ เครื่องมือ และกลไกทางการตลาดของโจทก์ไปใช้จัดทำโฆษณาและแคมเปญส่งเสริมการขายโดยมิชอบ เพื่อประโยชน์ของตนเพื่อ

¹ รายงานประจำปี พ.ศ. 2556 ของ บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน).

แย่งชิงลูกค้าของโจทก์ เป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน การประกอบธุรกิจของผู้อื่น เป็นการใช้สิทธิอันมีแต่จะทำให้ผู้อื่นเสียหายเป็นการทำละเมิดต่อโจทก์ และเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร และต่อมาศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาที่ 2570/2556 ลงวันที่ 25 มิถุนายน พ.ศ.2556² ว่าการจัดกิจกรรมส่งเสริมการขายดังกล่าวเป็นพฤติการณ์มุ่งแย่งชิงลูกค้าและจงใจให้เกิดผลกระทบต่อรายการส่งเสริมการขายของโจทก์เป็นการใช้สิทธิอันมีแต่จะทำให้ผู้อื่นเสียหายเป็นการทำละเมิดต่อโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 โดยที่มีได้วินิจฉัยความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และต่อมาศาลฎีกาได้ยื่นอุทธรณ์ว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของห้างเทสโก้โลตัสทั้งสองรายการนี้มีใช่การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อห้างบิกซีและเซ็นคาร์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 โดยที่ไม่มีความฝ่าฝืนต่ออุทธรณ์ในประเด็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จึงทำให้ยังไม่มี ความชัดเจนว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงและใช้รายการส่งเสริมการขายของผู้อื่นนั้น ถือเป็น การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควรและเป็น การกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมหรือไม่ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 และมาตรา 25(4) จะพบว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายยังขาดความชัดเจนที่จะทำให้ทราบว่าการกระทำ หรือพฤติกรรมใดบ้างที่ถือว่าเป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร อาทิเช่น

1. พฤติการณ์ที่ถือว่าเป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ชัดเจนเพียงพอ จึงทำให้ไม่สามารถพิจารณาได้ว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงและใช้รายการส่งเสริมการขายของผู้อื่น โดยการอ้างอิงชื่อทางการค้าของผู้อื่นนั้น ถือเป็น การกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมหรือไม่

2. พฤติการณ์ที่ถือว่าเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ชัดเจนเพียงพอ จึงทำให้ไม่สามารถพิจารณาได้ว่าการจัดรายการ

² คำพิพากษาศาลชั้นต้น คดีหมายเลขดำที่ 3956/2554 คดีหมายเลขแดงที่ 2570/2556 ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2556

ส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงและใช้รายการส่งเสริมการขายของผู้อื่น โดยการอ้างอิงชื่อทางการค้าของผู้อื่นนั้น ถือเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเลือกทำการศึกษาในเรื่องประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ และการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เปรียบเทียบกับกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และการห้ามการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น ซึ่งจะมีผลกระทบต่อข้อกำหนดกลยุทธ์ทางการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลยุทธ์ด้านการจัดรายการส่งเสริมการขายไม่ให้ขัดต่อหลักการของกฎหมายแข่งขันทางการค้า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอเสนอประเด็นเรื่องข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และการห้ามการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นของประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายและคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ เพื่อนำไปใช้วิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวทางของกฎหมายในเรื่องการห้ามการประกอบธุรกิจอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่น
2. เพื่อศึกษาลักษณะของการกระทำที่เป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นในธุรกิจค้าปลีกในประเทศไทย เพื่อให้เกิดความเข้าใจแก่การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมมากขึ้น
3. เพื่อศึกษาผลกระทบที่เกิดจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นต่อผู้ประกอบธุรกิจภายในตลาดเดียวกันและตลาดที่เกี่ยวข้องกัน
4. เพื่อศึกษากฎหมายของต่างประเทศในเรื่องมาตรการการควบคุมการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยต่อไป

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาเรื่องประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และการกระทำที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 วิเคราะห์จากคดี บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน) เป็นตัวอย่างกรณีศึกษา โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

รูปแบบการจัดรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงและใช้รายการส่งเสริมการขายของผู้อื่นในธุรกิจค้าปลีกอาจเข้าข่ายเป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาแบบการวิจัยเอกสาร โดยศึกษาข้อมูลทางกฎหมายจากหนังสือ บทความ ตำราวิชาการทั้งทางนิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ รวมทั้งศึกษาจากตัวบทกฎหมาย แนวคำพิพากษาของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม
2. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร
3. นำเสนอข้อคิดเห็นจากการศึกษาและวิเคราะห์ต่อผู้เกี่ยวข้องในเรื่องที่วิจัยนี้ เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายในเรื่องการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรี

อย่างเป็นธรรม และการกำหนดพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจ
ของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรต่อไป

4. เพื่อสร้างองค์ความรู้ให้กับผู้ประกอบธุรกิจในการจัดรูปแบบการส่งเสริมการขายให้ถูกต้อง
เป็นไปตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าต่อไป

5. เพื่อสร้างองค์ความรู้ให้กับนิสิต นักศึกษา นักกฎหมาย ประชาชน และผู้สนใจทั่วไป



บทที่ 2

พฤติกรรมการแข่งขันในธุรกิจค้าปลีก

2.1 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการค้าปลีก

2.1.1 ความหมายของการค้าปลีก

การค้าปลีก (retailing) ปัจจุบันไม่มีบทกฎหมายที่บัญญัติให้ความหมายไว้เป็นการเฉพาะ แต่ตามร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง พ.ศ. ได้ให้คำนิยามของคำว่า “การค้าปลีก” ว่าหมายถึง “การประกอบธุรกิจโดยการขายแก่ผู้บริโภคโดยตรง”

ในทางเศรษฐศาสตร์ ได้ให้ความหมายของ “การค้าปลีก” ว่าหมายถึง กิจกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดจำหน่ายสินค้า หรือบริการที่มีคุณค่าส่งมอบให้กับผู้บริโภคคนสุดท้าย (final consumer) เพื่อใช้ส่วนตัว ใช้ในครัวเรือน ไม่ได้ใช้ในทางธุรกิจ ด้วยการจัดหาสินค้าหรือบริการต่าง ๆ ที่หลากหลาย แบ่งเป็นหน่วยย่อยหรือทีละหน่วยเพื่อจำหน่ายให้กับผู้บริโภคขั้นสุดท้าย (ultimate consumer) โดยมีผู้ค้าปลีก (retailer) แสดงบทบาทเป็นคนกลางในการดำเนินกิจกรรมการค้าปลีก³

กล่าวโดยสรุป “การค้าปลีก” หมายถึง การจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้บริโภคเพื่อใช้ส่วนตัว โดยไม่ได้ใช้ในทางธุรกิจ

2.1.2 รูปแบบธุรกิจค้าปลีก

รูปแบบของธุรกิจค้าปลีกในปัจจุบันมีอยู่หลากหลายรูปแบบ ดังนี้

2.1.2.1 รูปแบบธุรกิจค้าปลีกแบบดั้งเดิม (Traditional Trade) ร้านค้าปลีกแบบดั้งเดิม เป็นร้านค้าที่มีมาตั้งแต่ยุคแรก ๆ ของธุรกิจค้าปลีก การดำเนินธุรกิจอาจเป็นกิจการที่ดำเนินการโดยเจ้าของคนเดียวหรือร่วมกันจัดตั้งเป็นห้างหุ้นส่วนบริษัท แต่ยังมีลักษณะเป็นการดำเนินธุรกิจแบบครอบครัว มีการบริหารงานแบบง่าย ๆ ไม่ซับซ้อน ไม่มีการนำคอมพิวเตอร์ หรือเทคโนโลยีขั้นสูงมาใช้ในการดำเนินธุรกิจ ไม่มีการตกแต่งร้านให้สวยงามทันสมัย ไม่มีสิ่งช่วยอำนวยความสะดวก

³ วารุณี ดันตวิงศ์วานิช, ธุรกิจค้าปลีก Retailing Business, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2552), หน้า 2.

ในการเลือกซื้อสินค้าให้แก่ผู้บริโภค กิจการร้านค้าในรูปแบบนี้ยังไม่เน้นเจาะกลุ่มลูกค้าอย่างเฉพาะเจาะจงมากนัก การแบ่งกลุ่มลูกค้ายังไม่ชัดเจน สินค้าที่นำมาจำหน่ายส่วนมากเป็นสินค้าที่ใช้ในชีวิตประจำวัน เน้นขายให้แก่ผู้บริโภคที่อาศัยอยู่ในท้องถิ่นนั้นโดยมีราคาสินค้าไม่แพง และมีคุณภาพสินค้าปานกลาง

2.1.2.2 รูปแบบธุรกิจค้าปลีกสมัยใหม่ (Modern Trade) ร้านค้าปลีกสมัยใหม่จะมีรูปแบบการจัดการที่เป็นระบบและมีมาตรฐาน มีการใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัย ส่วนมากเป็นการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งสำนักส่งเสริมการค้าแข่งขันทางการค้าได้แบ่งประเภทรูปแบบธุรกิจค้าปลีกสมัยใหม่ออกเป็น 6 ประเภท ดังนี้⁴

1) ร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ (Hypermarket / Supercenter / Discount Store / Large-Scale retailer / Large retail store business)

หมายถึง ร้านค้าปลีกที่มีพื้นที่ขายตั้งแต่ 1,000 ตารางเมตรขึ้นไป⁵ เป็นร้านค้าที่ไม่มีพนักงานขายมาดูแลหรือบริการผู้บริโภค ผู้บริโภคต้องบริการตนเอง โดยร้านค้านี้มีอุปกรณ์ช่วยอำนวยความสะดวกในการเลือกซื้อสินค้าให้แก่ผู้บริโภค ได้แก่ ตะกร้าและรถเข็นจัดไว้ให้ สินค้าที่จำหน่ายเป็นสินค้าทั่ว ๆ ไป เน้นขายสินค้าอุปโภคและบริโภคในชีวิตประจำวันทั้งหมดอาหาร และหมวดอื่น ๆ ที่มีความหลากหลายและมีจำนวนมาก ราคาถูก คุณภาพปานกลาง

2) ร้านค้าปลีกค้าส่งขนาดใหญ่บริการตนเอง (Cash & Carry)

หมายถึง ร้านค้าปลีกและค้าส่งที่มีพื้นที่ขายตั้งแต่ 1,000 ตารางเมตรขึ้นไป⁶ เน้นการจำหน่ายในลักษณะสินค้าที่จำหน่ายเป็นโหล หรือจำหน่ายทั้งแพค กลุ่มลูกค้าที่สามารถเข้าซื้อสินค้าได้จะต้องเป็นสมาชิกเท่านั้น ทั้งนี้ ราคาสินค้าที่จำหน่ายโดยเฉลี่ยในร้านค้าประเภทนี้ จะถูกกว่าราคาสินค้าที่จำหน่ายในร้านค้าปลีกประเภทอื่น ๆ เนื่องจากเป็นการจำหน่ายเป็นโหล หรือทั้งแพค ทำให้มีปริมาณการ

⁴ สันติชัย เกียรติคุณโสภณ, "กลยุทธ์การแข่งขัน ธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง," ใน <http://otcc.dit.go.th/pdf/know17.pdf>, ed. จุลสารสำนักส่งเสริมการค้าแข่งขันทางการค้า (2557), หน้า 4

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4

⁶ จิรัตน์ เขียวช่อม, "พฤติกรรมกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545). หน้า 19-20

ซื้อต่อครั้งที่มาก รวมถึงมีระบบการจัดการที่มีประสิทธิภาพ และการประสานงานร่วมกับผู้ผลิตสินค้า เพื่อลดค่าใช้จ่าย รูปแบบของร้านค้าปลีกและค้าส่งนี้จะมีลักษณะคล้ายคลังสินค้า ปลูกสร้างเป็นอาคาร ชั้นเดียว หรือ 2 ชั้น หลังคาสูง เพื่อที่จะสามารถจัดเรียงสินค้าได้มากและสะดวกในการค้นหา แต่ไม่เน้นการตกแต่งที่สวยงามหรูหรา เพื่อเป็นการประหยัดต้นทุน

3) ซูเปอร์มาร์เก็ต (Supermarket)

หมายถึง ร้านค้าปลีกที่มีพื้นที่ขายตั้งแต่ 400 ตารางเมตรขึ้นไป⁷ เป็นร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ที่เน้นจำหน่ายสินค้าอุปโภคบริโภคที่จำเป็นต่อชีวิตประจำวัน โดยให้ความสำคัญกับความสดใหม่และความหลากหลายของสินค้า โดยเฉพาะสินค้าในกลุ่มอาหาร ทั้งอาหารสดและอาหารสำเร็จรูป เน้นการขายแบบบริการตนเอง (Self Service) เพื่อลดค่าใช้จ่ายและเน้นการหมุนเวียนที่รวดเร็วของสินค้าเพื่อให้ได้สินค้าที่ใหม่สดเสมอ

ในประเทศไทยร้านค้าปลีกประเภทซูเปอร์มาร์เก็ตมีทั้งที่ตั้งอยู่ภายในห้างสรรพสินค้า เช่น ท็อปส์ของห้างสรรพสินค้าเซ็นทรัล และโรบินสัน, โฮม เฟรช มาร์ท ของห้างสรรพสินค้าเดอะมอลล์และดิเอ็มโพเรียม เป็นต้น โดยหลักการแล้วห้างสรรพสินค้าและซูเปอร์มาร์เก็ตเป็นธุรกิจค้าปลีกคนละประเภท (Segment) โดยกลุ่มลูกค้าเป้าหมายของห้างสรรพสินค้า ส่วนใหญ่เป็นกลุ่มคนทำงานที่มีอำนาจในการซื้อสูงที่จะสามารถเลือกซื้อสินค้าที่มีคุณภาพ มีชื่อเสียงและราคาสูงได้ ส่วนกลุ่มลูกค้าเป้าหมายของซูเปอร์มาร์เก็ตส่วนใหญ่จะเป็นแม่บ้านที่มาซื้อสินค้าประเภทอุปโภคบริโภค การที่ห้างสรรพสินค้านำซูเปอร์มาร์เก็ตมารวมไว้เพื่อให้เกิดหลักการที่ว่า One Stop Shopping ซึ่งแนวโน้มในอนาคตการพัฒนาร้านค้าปลีกแบบซูเปอร์มาร์เก็ตก็อาจจะแยกหรือจัดสัดส่วนออกจากห้างสรรพสินค้าค่อนข้างชัดเจนมากขึ้น สำหรับซูเปอร์มาร์เก็ตที่ตั้งแยกออกมาจากห้างสรรพสินค้า (Supermarket Stand Alone) ที่มีอยู่ในปัจจุบัน เช่น ฟู้ดแลนด์ วิลล่า ฟู้ดไลอ้อน เป็นต้น

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20

4) ร้านค้าสะดวกซื้อ (Convenience Store)

หมายถึง ร้านค้าปลีกที่มีพื้นที่ขายตั้งแต่ 40 ตารางเมตรขึ้นไป⁸ เป็นร้านค้าที่เน้นจำหน่ายสินค้าอุปโภคบริโภคที่จำเป็นต่อชีวิตประจำวัน รวมทั้งอาหารและเครื่องดื่มประเภทพาสเจอร์มีสินค้าหลายชนิด แต่ไม่หลากหลายเท่ากับซูเปอร์มาร์เก็ต และมีจำนวนแต่ละยี่ห้อไม่มากนัก ขนาดที่จำหน่ายเป็นขนาดเล็ก ราคาสินค้าโดยทั่วไปจะสูงกว่าในซูเปอร์มาร์เก็ต เน้นการอำนวยความสะดวกแก่ลูกค้า ทำเลที่ตั้งส่วนมากมักจะตั้งอยู่ในแหล่งชุมชน แหล่งที่อยู่อาศัย บริเวณใกล้ป้ายรถเมล์ โรงเรียน ปั้มน้ำมัน หรือสถานที่ที่มีผู้คนพลุกพล่าน และมักจะเปิดบริการตลอด 24 ชั่วโมง หรือเปิดให้บริการเป็นเวลานานเพื่อสนองต่อความต้องการของลูกค้าให้สามารถซื้อสินค้าได้ตลอดเวลาที่ต้องการ กลุ่มลูกค้าส่วนใหญ่เป็นลูกค้าประจำที่มีที่พัก หรือที่ทำงานบริเวณใกล้เคียงกับร้านค้า และโดยมากจะเป็นการซื้อในลักษณะของการซื้อเพื่อความสะดวกในยามจำเป็น ร้านค้าสะดวกซื้อแตกต่างจากร้านชำทั่วไปในด้านของการบริหารจัดการที่ทันสมัยกว่า มีการนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาใช้ และมีการตกแต่งร้านที่สวยงามกว่าร้านชำทั่วไป

5) ห้างสรรพสินค้า (Department Store)

หมายถึง ร้านค้าปลีกที่มีพื้นที่ขายตั้งแต่ 1,000 ตารางเมตรขึ้นไป เป็นร้านค้าขนาดใหญ่ที่มีสินค้าไว้บริการลูกค้าจำนวนมาก มีการจัดแยกสินค้าเป็นหมวดหมู่ชัดเจน สินค้าที่เป็นกลุ่มผลิตภัณฑ์เดียวกันก็จะถูกจัดไว้รวมกันหรือใกล้กัน สินค้าที่จำหน่ายมักมีคุณภาพสูง หลากหลายระดับ ราคาให้ลูกค้ามีทางเลือกได้อย่างเต็มที่ ราคาค่อนข้างสูง ห้างสรรพสินค้าเปรียบเสมือนการนำร้านขายของเฉพาะอย่าง (Category Killer) เข้ามาอยู่ภายในหลังคาเดียวกัน การบริหารงานของห้างสรรพสินค้าค่อนข้างซับซ้อน เนื่องจากต้องมีพนักงานขายประจำแต่ละแผนกเพื่อคอยให้บริการลูกค้าอย่างเต็มที่ การตกแต่งร้านค้านั้นความสวยงาม ความสะดวกสบาย มีค่าใช้จ่ายในการบริหารงานสูง ราคาสินค้าจึงสูงตามไปด้วย

6) ร้านสินค้าเฉพาะอย่าง (Specialty Store) และร้านสินค้าเฉพาะอย่างราคาถูก (Category Killer) หมายถึง ร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ที่มีพื้นที่ขายตั้งแต่ 1,000 ตารางเมตรขึ้นไป และ

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19-20.

ขนาดเล็กที่มีพื้นที่ขายตั้งแต่ 200 ตารางเมตรขึ้นไป¹⁰ ร้านค้าประเภทนี้ เป็นร้านที่จำหน่ายสินค้าประเภท Non-Food เฉพาะอย่าง เช่น กลุ่มผลิตภัณฑ์เพื่อความงามหรือเพื่อสุขภาพ อุปกรณ์กีฬา เครื่องใช้ไฟฟ้า เป็นต้น โดยจะมีพนักงานเป็นบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญในสินค้านั้น ๆ คอยบริการให้คำแนะนำอย่างมีคุณภาพ

2.1.3 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องของธุรกิจค้าปลีกของประเทศไทย¹¹

การกำหนดขอบเขตของตลาดในธุรกิจค้าปลีกนั้น พิจารณาจากขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้าประกอบกับขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าร้านค้าปลีกแต่ละประเภทจะมีขอบเขตของตลาดที่ทับซ้อนกันทั้งในเชิงสินค้า และเชิงภูมิศาสตร์ โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.3.1 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้าของธุรกิจค้าปลีก

พิจารณาจากประเภทของสินค้าที่ร้านค้าปลีกนำมาจำหน่าย พบว่าร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตจะเป็นคู่แข่งที่สำคัญที่สุดของซูเปอร์มาร์เก็ต ร้านสะดวกซื้อและร้านโชห่วย เพราะสินค้าของร้าน 3 ประเภทหลังนั้นมีจำหน่ายที่ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตด้วย โดยที่ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตมีจำนวนสินค้ามากกว่าสำหรับในส่วนของห้างสรรพสินค้ามีสินค้าหลายชนิดที่ไม่มีจำหน่ายในร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต หรือมีสินค้าที่หลากหลายกว่า แต่หากเป็นห้างสรรพสินค้าขนาดกลางและขนาดเล็กแล้วจะเสียเปรียบร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต เพราะนอกจากจะมีสินค้าอุปโภคที่ไม่ได้มีจำหน่ายมากกว่าร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตแล้วยังไม่มีสินค้าประเภทอาหารจำหน่ายอีกด้วย

ในส่วนของร้านซูเปอร์มาร์เก็ตและร้านสะดวกซื้อนั้นไม่ถือเป็นคู่แข่งกัน เพราะจำหน่ายสินค้าคนละประเภท และถึงแม้ว่าร้านซูเปอร์มาร์เก็ตจะจำหน่ายสินค้าอุปโภคบริโภคที่สามารถทดแทนกันได้กับสินค้าในร้านสะดวกซื้อ แต่ธุรกิจและบริการของร้านสองประเภทนั้นทดแทนกันได้ไม่เต็มที่ เนื่องจากร้านสะดวกซื้อจะไม่เน้นขายอาหารสด แต่จะเน้นการขายเครื่องดื่มและ

¹⁰ สันติชัย เกียรติคุณโสภณ, "กลยุทธ์การแข่งขัน ธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง," ใน <http://otcc.dit.go.th/pdf/know17.pdf>, ed. จุลสารสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า (2557), หน้า 4.

¹¹ จิรัตน์ เขียวขุ่ม, "พฤติกรรมกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก," หน้า 23-25.

อาหารสำเร็จรูปที่บริโภคได้ทันที เช่น ซาลาเปา ไส้กรอก เป็นต้น และประเภทสินค้าอุปโภคของร้านสะดวกซื้อจะมีชนิดที่ค่อนข้างจำกัดกว่าร้านซูเปอร์มาร์เก็ต และมีขนาดบรรจุเล็กกว่า

2.1.3.2 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ของธุรกิจค้าปลีก

ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ของธุรกิจค้าปลีกหรือที่เรียกกันว่าขนาดตลาดนั้น ขนาดตลาดของร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตจะมีบริเวณที่ใหญ่กว่าขนาดตลาดของธุรกิจค้าปลีกอื่น ยกเว้นห้างสรรพสินค้า โดยขนาดตลาดของร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต จะถูกกำหนดโดยความหนาแน่นของประชากร รายได้ต่อหัวของประชากรในพื้นที่ จำนวนรถยนต์ต่อประชากรในพื้นที่รวมทั้งเส้นทางคมนาคม เนื่องจากปัจจัยเหล่านี้มีความหนาแน่นมากที่สุดในกรุงเทพฯ ขนาดตลาดของร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตในกรุงเทพมหานคร จึงมีพื้นที่ประมาณบริเวณ 3 – 5 กิโลเมตรรอบห้าง ๆ ซึ่งเล็กกว่าในต่างจังหวัดซึ่งขนาดพื้นที่ของร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตอาจกินพื้นที่หลายอำเภอ ในบางครั้งอาจกินพื้นที่ข้ามจังหวัด เช่น ชาวเมืองอุทัยธานี ขับรถไปซื้อของที่ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตที่จังหวัดนครสวรรค์ ซึ่งอยู่ห่างไปทางทิศตะวันออกถึงประมาณ 50 กิโลเมตร ทั้งนี้เพราะความสะดวกของการคมนาคม

ขนาดตลาดของห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ น่าจะมีพื้นที่ใกล้เคียง หรือใหญ่กว่าร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต เพราะมีศูนย์การค้ารอบห้างและมีที่จอดรถบริการลูกค้าใกล้เคียงหรือมากกว่าร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต นอกจากนั้นห้างสรรพสินค้าที่เน้นกลุ่มลูกค้ารายได้สูงอาจมีขนาดตลาดทั่วทั้งกรุงเทพฯ เพราะมีสินค้าหรือบางประเภทที่ไม่อาจหาซื้อได้ที่อื่น และผู้ซื้อที่มีฐานะก็มีที่อยู่อาศัยกระจายทั่วทั้งกรุงเทพฯ เนื่องจากห้างประเภทนี้อยู่ในศูนย์กลางธุรกิจ ดังนั้นจึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการเดินทางของกลุ่มลูกค้าที่มีฐานะ ส่วนห้างสรรพสินค้าขนาดเล็กและกลางจะมีขนาดตลาดค่อนข้างเล็ก และนับวันจะมีลูกค้าน้อยลง เพราะไม่มีจุดเด่นที่สามารถดึงดูดลูกค้าได้ และยังขายสินค้าคุณภาพปานกลางในราคาสูง

2.1.4 กลยุทธ์การแข่งขันในธุรกิจค้าปลีก¹²

กลยุทธ์ค้าปลีก (Retail Strategy) ที่นิยมนำมาใช้ มีองค์ประกอบสำคัญ ทั้งสิ้น 6 ด้าน¹³ ประกอบด้วย (1) ทำเลที่ตั้ง (Location) (2) ความหลากหลายของประเภทสินค้า (Merchandise Assortments) (3) นโยบายราคา (Pricing Policy) (4) ส่วนผสมการสื่อสารการตลาด (Communication Mix) (5) การออกแบบร้านและการจัดวางสินค้า (6) การบริการลูกค้า (Customer Service)

2.1.4.1 ทำเลที่ตั้ง (Location)

ในการดำเนินธุรกิจค้าปลีก ทำเลที่ตั้งถือเป็นปัจจัยการตลาดที่สำคัญมากที่สุด ทำเลที่ตั้งของร้านค้าปลีก (Store Location) หมายถึง การพิจารณาการคัดเลือกทำเลที่ตั้งของร้านค้าปลีก ให้เหมาะสมกับสภาพธุรกิจแต่ละประเภท โดยคำนึงถึงความหนาแน่นของประชากรในชุมชนนั้น อำนาจการซื้อ การแข่งขันของกิจการประเภทเดียวกัน อุปกรณ์อำนวยความสะดวก เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์โดยรวมสูงสุดและเสียค่าใช้จ่ายต่ำสุด เช่น ถ้าทำเลที่ตั้งของธุรกิจอยู่ในชุมชนเมือง หรือใจกลางเมืองใหญ่ อย่างเช่น กรุงเทพมหานคร ปัญหาเรื่องการจราจรและปัญหาเรื่องของที่จอดรถถือว่าเป็นปัญหาใหญ่ที่ต้องพิจารณา เป็นต้น

2.1.4.2 ความหลากหลายของประเภทสินค้า (Merchandise Assortment)

ความหลากหลายของสินค้า (Merchandise Assortment) คือ การคัดเลือกสินค้า ที่นำมาจำหน่ายให้ตรงกับความต้องการของผู้บริโภค โดยในการคัดเลือกสินค้าที่นำมาจำหน่ายนั้น ต้องคำนึงถึงสินค้าที่นำมาจำหน่ายทั้งในด้านความกว้าง คือ มีสินค้าที่หลากหลายชนิดสินค้า และความลึกของสินค้านั้น คือ มีสินค้าให้ผู้บริโภคได้เลือกสรรหลากหลายตราสินค้าในผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกัน สามารถตอบสนองความต้องการของลูกค้าทุกคนที่เดินเข้ามาเลือกซื้อสินค้าได้ สินค้าประเภทเดียวกัน อาจมีตัวเลือกของสี ขนาด ยี่ห้อ ให้ลูกค้าได้เปรียบเทียบ หรือความหลากหลายของแบบที่มีจัดจำหน่าย ต้องมีอย่างเหมาะสม เพราะจะทำให้ลูกค้าสามารถเลือกซื้อและตัดสินใจได้สะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น

¹² วิทยา สุทธิพิตร และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการ การพัฒนาจำแบบลงโซ่อุปทานในการทำงานร่วมกันระหว่างธุรกิจค้าส่ง-ค้าปลีก และการพัฒนาดัชนีชี้วัดสมรรถนะโซ่อุปทาน ธุรกิจค้าปลีก, สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) มีนาคม 2550, หน้า 47-48.

¹³ สันติธร ภูริภักดี, "กลยุทธ์การตลาดเพื่อการแข่งขันสำหรับธุรกิจค้าปลีก Competition Marketing Strategies for Retailing Business" (http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/july_sep_11/pdf/aw31.pdf) หน้า 194

ลูกค้าสามารถเลือกสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับตนเองได้ ซึ่งหากร้านค้ายังสามารถเลือกหาสินค้าที่ตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้มาก ก็จะเป็นการช่วยส่งเสริมให้ผู้บริโภคนั้นมาเลือกซื้อสินค้าที่ร้านนั้นมากยิ่งขึ้น เพราะสามารถซื้อหาสินค้าได้ครบตามต้องการในการออกมาซื้อของเพียงที่เดียว

2.1.4.3 นโยบายราคา (Pricing Policy) การแข่งขันทางด้านราคาถือเป็นหลักเบื้องต้นของการดำเนินธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต ที่เน้นในเรื่องนโยบายด้านราคาสินค้าเป็นอย่างมาก เนื่องจากร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตมีต้นทุนการดำเนินการที่ต่ำกว่าคู่แข่งอันเนื่องมาจากการประหยัดต่อขนาด (economies of scale) การมีเทคโนโลยีที่ทันสมัย การมีอำนาจซื้อเหนือซัพพลายเออร์ ทำให้ธุรกิจร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต มีความได้เปรียบด้านต้นทุนสินค้า ส่งผลให้ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต สามารถใช้กลยุทธ์ด้านราคาเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่สำคัญจนสามารถแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดมาจากธุรกิจค้าปลีกประเภทอื่น ๆ โดยกลยุทธ์ด้านราคาที่ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตนำมาใช้มีดังนี้¹⁴

1) กลยุทธ์ถูกทุกวัน (Every Day Low Price: EDLP)

กลยุทธ์ “Every Day Low Price: EDLP” หรืออาจเรียกว่า “ถูกทุกวัน” กลยุทธ์นี้ใช้การแข่งขันด้านราคาถูก ในการชักชวนลูกค้า โดยร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตจะเลือกสินค้าอุปโภคบริโภคสำหรับใช้ในชีวิตประจำวันที่ถูกค่านิยมเลือกซื้อ เช่น เครื่องปรุงที่ใช้ประกอบอาหาร กระดาษทิชชู เป็นต้น มาจำหน่ายในราคาถูก กลยุทธ์ถูกทุกวันเป็นการขายสินค้าราคาถูกแต่ไม่ใช่การขายสินค้าต่ำกว่าทุนเหมือนกลยุทธ์ Loss Leading นอกจากนี้กลยุทธ์ถูกทุกวันยังเป็นการจัดรายการที่ต่อเนื่องยาวนาน ซึ่งต่างจาก Loss Leading ที่เป็นการจัดรายการเพียงช่วงสั้น ๆ เท่านั้น¹⁵

2) กลยุทธ์การขายต่ำกว่าทุน (Loss Leading)

สินค้าที่เป็น Loss Leader จะถูกขายต่ำกว่าต้นทุนสินค้า (ที่ห่างซื้อจากผู้ผลิต) การทำ Loss Leading สินค้าชนิดหนึ่ง ๆ จะเป็นการทำช่วงระยะเวลาสั้น ๆ เท่านั้น โดยสินค้าที่จะมาเป็น Loss Leader จะถูกสลับสับเปลี่ยนไปเรื่อย ๆ ตลอดทั้งปี และมักเป็นสินค้าที่ถูกค่านิยมมาก

¹⁴ จิรัตน์ เขียวขุ่ม, “พฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก,” หน้า 38-40.

¹⁵ นิพนธ์ พัวพงศกร และคนอื่น ๆ, “รายงานการวิจัยเรื่อง การค้าปลีกของไทย: ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ,” ทุนอุดหนุนการวิจัยประเภทเพื่อแก้ไขปัญหาสำคัญของประเทศ สาขาเศรษฐศาสตร์จากสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ปีงบประมาณ 2544, หน้า 52

เพื่อดึงดูดลูกค้าให้เข้าร้าน เช่น น้ำมันพืช น้ำอัดลม ยาธรรมดา เป็นต้น การทำ Loss Leading อาจไม่ได้ อยู่ในรูปของการลดราคาสินค้าโดยตรงเท่านั้น บางครั้งร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตใช้กลยุทธ์การแจก ของสมนาคุณให้กับลูกค้าแทนการลดราคาสินค้าด้วย¹⁶

3) กลยุทธ์การตั้งราคาโดยเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Pricing)

กลยุทธ์การขายส่งสินค้าหลังร้านให้แก่ลูกค้าที่เป็นร้านค้าส่งหรือร้านค้าปลีกที่เป็น ลูกค้าหลักนั้น เป็นอีกกลยุทธ์หนึ่งที่เป็นที่นิยมของร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต โดยสินค้าที่ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต ขายหลังร้านจะมีราคาถูกเป็นพิเศษ หรือบางครั้งราคาขายไม่ถูกมากนักแต่มีของสมนาคุณให้ร้านค้าส่ง หรือร้านค้าปลีกสามารถนำไปขายได้แทน กลยุทธ์นี้จึงเป็นการจงใจตั้งราคาขายให้ลูกค้าแต่ละกลุ่ม ในราคาต่างกัน¹⁷ (Discriminatory Pricing) ระหว่างลูกค้าปกติกับลูกค้าร้านส่งและร้านค้าปลีก

4) กลยุทธ์การผลิตสินค้าแฮนด์แบรนด์และไพรเวตแลเบล (House Brand and Private Label)

กลยุทธ์การขายสินค้าแฮนด์แบรนด์และไพรเวตแลเบลเป็นอีกกลยุทธ์หนึ่งที่ ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตนำมาใช้ สินค้าประเภทนี้เป็นสินค้าที่ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตว่าจ้างผู้อื่นผลิตและ นำมาจำหน่ายในห้างของตนเอง สินค้าประเภทนี้ไม่มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ แต่อาศัยชื่อเสียงของ ห้าง การประหยัดต้นทุนจากการโฆษณาดังกล่าวทำให้สินค้ามีราคาต่ำกว่าสินค้าประเภทเดียวกันที่ ไม่ได้เป็นสินค้าแฮนด์แบรนด์และไพรเวตแลเบล โดยสินค้าแฮนด์แบรนด์นั้นจะเป็นสินค้าที่ใช้ชื่อห้างเป็น ชื่อสินค้า เช่น เทสโก้-โลตัส คาร์ฟูร์ เป็นต้น สินค้าประเภทนี้จะเป็นสินค้าที่มีคุณภาพดี เพราะเป็น เครื่องหมายการค้าที่สะท้อนชื่อเสียงของห้างโดยตรง ส่วนสินค้าไพรเวตแลเบลจะเป็นสินค้าที่ใช้ชื่ออื่น ที่ไม่ใช่ชื่อของร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต เช่น คุ่มค่า ซูเปอร์เซฟ เป็นต้น ซึ่งคุณภาพของสินค้าก็จะด้อยกว่า สินค้าประเภทแรก มักเป็นสินค้าที่ไม่เน้นคุณภาพมากนัก เช่น กระดาษทิชชู เป็นต้น ในปัจจุบันนี้ สินค้าแฮนด์แบรนด์และไพรเวตแลเบลของร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตขยายตัวอย่างต่อเนื่อง เนื่องจากได้รับความนิยมาจากกลุ่มผู้บริโภคที่ต้องการสินค้าราคาถูก

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53

2.1.4.4 ส่วนประสมการสื่อสารการตลาด (Communication Mix)¹⁸

ส่วนประสมการสื่อสารการตลาด คือ การวางแผนภายใต้แนวความคิดเดียว โดยใช้กิจกรรมการสื่อสารหลายรูปแบบร่วมกัน ส่วนประสมการสื่อสารการตลาดเป็นปัจจัยทางการตลาดในการเข้าถึงกลุ่มลูกค้าเป้าหมายผ่านช่องทางการสื่อสารประเภทต่าง ๆ สาเหตุที่ต้องทำการสื่อสารการตลาดหลายรูปแบบร่วมกัน เนื่องจากรูปแบบการสื่อสารบางอย่างต้องทำไปพร้อมๆ กัน อาทิ ถ้าทางร้านต้องการทำกิจกรรมส่งเสริมการขายด้วยการให้ส่วนลดราคาสินค้า การโฆษณา ก็ควรจะต้องทำโดยให้มุ่งเน้นไปในทิศทางเดียวกัน เนื้อหาของการโฆษณาก็ควรเชื่อมโยงกับเรื่องของการจัดส่งเสริมการขายของร้านในเรื่องการลดราคาเช่นกัน ทั้งนี้เครื่องมือของการสื่อสารทางการตลาดมี หลากหลายรูปแบบ ซึ่งสามารถยกตัวอย่างได้ดังนี้

1) การโฆษณา (Advertising)

สื่อโฆษณาในปัจจุบัน ถือเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่ทำให้สามารถเข้าถึงกลุ่มผู้บริโภคได้รวดเร็ว และเข้าถึงกลุ่มผู้บริโภคได้เป็นจำนวนมาก โดยที่สื่อโฆษณามีให้เลือกหลากหลาย อาทิ วิทยุ โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ นิตยสาร ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจต้องเลือกสื่อโฆษณา โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการโฆษณา (Advertising Objectives) และกลุ่มเป้าหมาย (Target Audience) เป็นหลัก การเลือกสื่อโฆษณามีความสำคัญมากเพราะสื่อแต่ละสื่อจะเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายต่างกัน และค่าใช้จ่ายในการโฆษณาของสื่อแต่ละประเภทก็มีความแตกต่างกันด้วย

2) การส่งเสริมการขาย (Promotion) เป็นเครื่องมือการตลาดที่ช่วยกระตุ้นให้เกิดแรงจูงใจในการซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค โดยรูปแบบการจัดกิจกรรมส่งเสริมการขาย เพื่อสร้างแรงจูงใจในการซื้อสินค้าของผู้บริโภคโดยทั่วไปมีดังนี้¹⁹

(1) การให้ของแถม (Premium)

¹⁸ สันติธร ภูริภักดี, "กลยุทธ์การตลาดเพื่อการแข่งขันสำหรับธุรกิจค้าปลีก Competition Marketing Strategies for Retailing Business" [http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/july_sep_11/pdf/aw31.pdf]. หน้า 196.

¹⁹ พงศ์สิน ลักนากุล, "การส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภค : กรณีศึกษาของประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณานิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555). หน้า 24 – 32.

(2) การแจกของตัวอย่าง (Sampling)

(3) คูปอง (Coupons) เป็นเสมือนใบรับรองที่ผู้ประกอบการธุรกิจออกให้แก่ผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคนำไปใช้ประโยชน์ตามข้อเสนอต่าง ๆ ที่ระบุไว้

(4) การชิงรางวัล

(5) แสตมป์การค้า (Trading Stamps) เป็นการแจกแสตมป์ที่มีมูลค่าน้อยให้แก่ผู้บริโภคที่มาซื้อผลิตภัณฑ์เพื่อเก็บสะสมไว้ ยิ่งสะสมได้มาก มูลค่าก็จะมากตามไปด้วย และสามารถนำมาแลกหรือใช้ในรูปของเงินสด ของแถม หรือแลกซื้อผลิตภัณฑ์ในราคาพิเศษ โดยเงื่อนไขในการได้แสตมป์การค้านั้น ผู้ซื้ออาจต้องซื้อสินค้าให้ได้ราคาตามที่ร้านกำหนด จึงจะได้รับแจกแสตมป์การค้า

(6) การบรรจุภัณฑ์และสลาก (Packaging and Labeling) อาจจะเป็นในรูปแบบการออกแบบบรรจุภัณฑ์เพื่อดึงดูดผู้บริโภค หรือการเพิ่มคุณค่าของบรรจุภัณฑ์ เช่น การให้หรือเพิ่มปริมาณผลิตภัณฑ์ให้มากขึ้นหรือใหญ่ขึ้น แต่ยังคงราคาเท่าเดิม เป็นต้น

(7) การให้สิ่งของพิเศษ (Specialties) เพื่อเป็นการสมนาคุณโดยไม่คิดมูลค่าหรือไม่มีเงื่อนไขใดในรูปแบบของของขวัญ หรือของชำร่วย นิยมใช้ในเหตุการณ์พิเศษหรือเทศกาลต่าง ๆ

3) อินเทอร์เน็ต (Internet)²⁰

อินเทอร์เน็ต ถือว่าเป็นการโฆษณาและประชาสัมพันธ์ร้านได้ดีทางหนึ่ง ลูกค้าสามารถหาข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของทางร้านได้อย่างรวดเร็ว และร้านค้าต่าง ๆ ยังสามารถใช้เป็นช่องทางการขายและช่องทางการประชาสัมพันธ์ให้กับร้านค้าของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นได้เป็นอย่างดี โดยที่ใช้ต้นทุนที่ต่ำ เมื่อเทียบกับการประชาสัมพันธ์ทางอื่น ๆ

²⁰ สันติธร ภูริภักดี, "กลยุทธ์การตลาดเพื่อการแข่งขันสำหรับธุรกิจค้าปลีก Competition Marketing Strategies for Retailing Business [http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/july_sep_11/pdf/aw31.pdf]. หน้า 196.

2.1.4.5 การออกแบบร้านและการจัดวางสินค้า (Store Design and Display)²¹

บรรยากาศในร้านค้า (Store Atmosphere) คือ การสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของร้านค้า เพื่อให้ผู้บริโภคที่เข้ามาใช้บริการประทับใจ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะสถาปัตยกรรมของร้านค้า โครงสร้าง แพนผังการจัดวางสินค้า ป้าย แสง สี เสียง และอุณหภูมิของร้าน การออกแบบร้านและการจัดวางสินค้าภายในร้าน เป็นการสร้างบรรยากาศภายในร้านให้น่าสนใจและเป็นที่ยึดเหนี่ยวให้ลูกค้าอยากเดินเข้ามาใช้บริการในร้าน ความสวยงาม ความสะอาด และการออกแบบ ตกแต่งร้านที่ลงตัวเป็นเรื่องที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องให้ความสำคัญ นอกจากนี้การจัดแสดงและการจัดวางสินค้าบนชั้นโชว์ในร้านควรมีการแบ่งหมวดหมู่ของสินค้าให้ชัดเจนและลงตัว เพื่อให้ลูกค้าสะดวกในการเดินเลือกซื้อสินค้ามากยิ่งขึ้น ผู้ประกอบการธุรกิจยังสามารถใช้สื่อโฆษณา ณ แหล่งขาย (Point of Purchase Advertising) โฆษณาประชาสัมพันธ์ภายในร้านเพิ่มได้อีกด้วย อาทิ ป้ายแขวน สติกเกอร์ แบนเนอร์ เป็นต้น ซึ่งสื่อโฆษณาที่เพิ่มการตกแต่งร้านเหล่านี้จะกระตุ้นการซื้อของลูกค้าได้ด้วย

2.1.4.6 การบริการลูกค้า (Customer Service)

การบริการลูกค้า (Customer Service) คือ การปฏิบัติและการให้บริการตามความคาดหวังของลูกค้าที่มาใช้บริการในร้าน การบริการลูกค้าด้วยรอยยิ้ม และการมีอัธยาศัยที่ดีเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญของการให้บริการภายในร้าน พนักงานหน้าร้านทุกคนจะต้องได้รับการฝึกอบรมเรื่อง กิริยามารยาท การพูดจา ตลอดจนการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า

นอกจากนี้การบริการภายในร้านอื่น ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกให้ลูกค้าในระหว่างการใช้บริการในร้านยังเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องคำนึงถึง ผู้ประกอบการไม่ควรมองข้ามสิ่งเล็กๆ ที่อาจเป็นองค์ประกอบสำคัญที่เพิ่มยอดขายและจำนวนลูกค้าของร้านเพิ่มมากขึ้น

2.2 พฤติกรรมที่ถือว่าการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practices)

ระบบเศรษฐกิจเสรีทำให้เกิดภาวะการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการอันจะนำมาซึ่งการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนการพัฒนาเทคโนโลยีการผลิตให้สูงขึ้น แต่เนื่องจากเป้าหมายที่สำคัญที่สุดในการทำธุรกิจของผู้ประกอบการ คือ กำไรสูงสุดที่ได้จากการประกอบกิจการนั้น ดังนั้นจึงอาจนำมาสู่พฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเพื่อทำลายคู่แข่งของตน

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 197-198

พฤติกรรมกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หมายถึง พฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการใด ๆ เกินขอบเขตการดำเนินธุรกิจอย่างปกติ และพฤติกรรมนั้นส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้รับความเสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ²²

พฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรมของแต่ละประเทศนั้นมีการกำหนดพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมแตกต่างกัน โดยไม่สามารถนำทฤษฎีทางวิชาการมาอธิบายการกำหนดกฎเกณฑ์ของประเทศต่าง ๆ ได้ แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ “มาตรฐานของจรรยาบรรณในการค้า” ของแต่ละประเทศ พฤติกรรมบางอย่างอาจจะถูกห้ามในบางประเทศ แต่บางประเทศอาจจะเห็นว่าพฤติกรรมนั้นเป็นที่ยอมรับได้ หรือบางประเทศไม่มีการควบคุมเรื่องการค้าที่ไม่เป็นธรรมเลย เพราะมีแนวคิดว่าการกระทำใด ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดจะไม่มีผลกระทบต่อภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องควบคุม การบังคับใช้กฎหมายจึงเน้นเฉพาะการจำกัดพฤติกรรมที่อาจเป็นการทำลายกระบวนการแข่งขันในตลาดโดยการทำให้มีการแข่งขันในตลาดลดลง ซึ่งสุดท้ายแล้วจะส่งผลเสียแก่ผู้บริโภคในรูปแบบของราคา คุณภาพ หรือความหลากหลายของสินค้า ในขณะที่บางประเทศมองว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีเป้าหมายไม่เพียงแต่จะจำกัดพฤติกรรมที่ทำให้เกิดผลในทางลบต่อภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม แต่มีวัตถุประสงค์ที่จะวางกฎกติกาในการแข่งขันทางธุรกิจในลักษณะเป็นธรรมต่อผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเองด้วย ในมุมมองดังกล่าวแม้การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยบางรายจะไม่มีผลกระทบต่อภาวะการแข่งขันในตลาดแต่หากมีลักษณะของการค้าที่ไม่เป็นธรรมก็ควรที่จะจัดว่าเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้าม อีกทั้งการกำหนดความผิดในส่วนของการค้าที่ไม่เป็นธรรมทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีความครอบคลุมพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ไม่พึงปรารถนาได้ทุกประเภทและในทุกสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเดาได้ เพราะโดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติในส่วนของการค้าที่ไม่เป็นธรรมจะมีการกำหนดพฤติกรรมที่อาจเป็นการละเมิดกฎหมายไว้กว้าง ๆ²³

²² ระพีพรรณ พรหมเรखा, "แบบไหน? พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม," ใน <http://otcc.dit.go.th/pdf/know16.pdf>, ed. จุลสารสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า (2557). หน้า 2

²³ สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย, “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่าง ๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตาม

ลักษณะของพฤติกรรมที่อาจจัดว่าเป็นพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม แบ่งเป็น 4 กลุ่ม
ได้แก่²⁴

2.2.1 พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีเป้าหมายในการแย่งชิงตลาดหรือการจำกัดการ แข่งขันตลาด

(1) การกำหนดราคาไม่เป็นธรรม เช่น

- 1) เลือกปฏิบัติด้านราคากับผู้ซื้อ/ผู้ขายสินค้า หรือบริการ (price discrimination)
- 2) กำหนดราคาสินค้าหรือบริการสูงเกินควร (excessive pricing) แบ่งออกเป็น 2
ลักษณะ ดังนี้
- 3) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาต่ำอย่างไม่เป็นธรรม หรือการกำหนดราคาต่ำ
กว่าทุน

(2) กีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นมิให้ลดราคาสินค้า

(3) กำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่มีลักษณะเอื้อผลประโยชน์โดยไม่มีเหตุผลอันควร

(4) เลือกปฏิบัติต่อผู้ซื้อ หรือผู้ขายในการให้บริการ หรือขายสินค้าในรูปแบบของคุณภาพ
หรือเงื่อนไขในการให้บริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (discrimination behavior)

(5) ปฏิเสธในการซื้อ หรือขายสินค้าหรือบริการ โดยไม่มีเหตุผลอันควร (refusal to deal)
หมายถึง การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจด้วย (Refusal to deal) ในรูปแบบใดก็ตามกับผู้ประกอบธุรกิจ
บางราย หรือการเลือกปฏิบัติในการประกอบธุรกิจด้วยการกำหนดข้อเรียกร้องหรือเงื่อนไข

(6) ให้ส่วนลดแก่ลูกค้าโดยกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน(fidelity rebates)

โครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก เสนอ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์,”
หน้า 3-4 – 3-5.

²⁴ ระพีพรรณ พรหมเราชา, “แบบไหน? พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม”, หน้า 2.

(7) ยึดครองปัจจัยการผลิต หรือจำกัดปัจจัยการผลิต หรือให้บริการเพื่อกีดกัน หรือทำลาย คู่แข่ง

2.2.2 พฤติกรรมที่มีลักษณะของการใช้อำนาจต่อรองทางการค้าในการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าในลักษณะที่เป็นการจำกัดโอกาส ทางเลือกในการค้าของคู่ค้า

(1) กำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance) หมายถึง การกำหนดให้ลูกค้าของตนจำหน่ายในราคาจำหน่ายสินค้าหรือบริการตามที่กำหนด หากลูกค้าไม่ปฏิบัติตามจะถูกลงโทษ ทำให้ไม่มีการแข่งขันด้านราคาของตัวแทนจำหน่าย หรือผู้ค้าปลีก ซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันของลูกค้าที่นำสินค้าหรือบริการไปจำหน่ายต่อ

(2) บังคับมิให้ผู้ขายปลีกขายสินค้าของคู่แข่ง (exclusive dealing)

(3) จำกัดจำนวนผู้แทนจำหน่าย (exclusive or selective)

(4) ปฏิเสธการซื้อ หรือขายสินค้า หรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันควร (refusal to deal)

(5) ใช้อำนาจต่อรองในลักษณะเอาเปรียบ หรือจำกัด หรือก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่คู่ค้า

(6) กำหนดเงื่อนไขทางการค้า หรือสัญญาการค้าที่เป็นการจำกัด หรือก่อความเสียหายให้แก่คู่ค้า คู่สัญญาหรือธุรกิจอื่น

(7) ตั้งเงื่อนไขแบบต่างตอบแทน (reciprocal dealing)

(8) กำหนดเงื่อนไขในการทำสัญญา franchise ที่ไม่เป็นธรรม

(9) บังคับซื้อกลุ่มสินค้าในราคาเดียว (package transaction)

(10) บังคับซื้อพ่วงสินค้า (tie-in-sale)

2.2.3 พฤติกรรมที่เป็นการแย่งชิงลูกค้าของคู่แข่งโดยอาศัยกลยุทธ์ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

(1) กีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นประกอบธุรกิจกับคู่แข่งของตน

(2) แทรกแซงธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในลักษณะที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ธุรกิจ

(3) ช่มชู้หรือทำสัญญาต่างตอบแทนในการที่จะให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หรือลูกค้าของคู่แข่งประกอบธุรกิจกับตน

2.2.4 การใช้กลยุทธ์ทางการค้าที่ขาดจรรยาบรรณ

(1) ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการผลิต โดยวิธีการช่มชู้ หรือวิธีอื่น ๆ ที่ไม่เป็นธรรม

(2) ได้มาซึ่งเทคโนโลยีโดยการช่มชู้ ให้สินบน หรือวิธีการอื่น ๆ ที่ไม่เป็นธรรม

2.3 พฤติกรรมที่ถือว่ามีขอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Abuse of Dominance)²⁵

การดำเนินธุรกิจในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง หากผู้ประกอบธุรกิจรายใดสามารถกำหนดราคาเหนือต้นทุนระยะสั้นได้ จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีอำนาจตลาด (market power) และหากผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีอำนาจตลาดอย่างยั่งยืนเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน สามารถกำหนดราคาอยู่เหนือระดับการแข่งขันได้อย่างมีนัยสำคัญจะนำไปสู่การมีอำนาจผูกขาด (monopoly power) กลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด สามารถสร้างอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดและการขยายธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ เนื่องจากไม่มีคู่แข่งอื่นในตลาด ผู้ผลิตหรือผู้ขายรายเล็ก ๆ ก็เป็นได้เพียงผู้ตามเท่านั้น เพราะไม่มีความสามารถที่จะไปแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ ดังนั้น ผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือผู้ผูกขาดนี้จึงสามารถใช้อำนาจเหนือตลาดของตนไปในทางมิชอบได้ ในทางเศรษฐศาสตร์ได้แบ่งประเภทการใช้อำนาจโดยมิชอบออกเป็นสองลักษณะ คือ การใช้อำนาจแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuses) และการใช้อำนาจเพื่อจัดการแข่งขัน (exclusionary abuses)

²⁵ ธรรมรัตน์ วงศาโรจน์, "การศึกษาเปรียบเทียบ : มาตรการทางกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ประเทศเยอรมัน ประเทศกลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545). หน้า 17.

2.3.1 การใช้อำนาจแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuses)

พฤติกรรมการใช้อำนาจแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเองนั้น สามารถเกิดได้หลายรูปแบบด้วยกัน อาทิเช่น

2.3.1.1 การกำหนดราคาสินค้าสูงเกินควร (excessively high prices) คือ การที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมีส่วนแบ่งตลาดที่สูง และมีอำนาจในการกำหนดปริมาณสินค้าในตลาด ได้ใช้อำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาสินค้าของตนให้มีราคาขายที่สูงเกินสมควร โดยใช้วิธีการจำกัดปริมาณสินค้าให้มีปริมาณน้อยลง ส่งผลให้ผู้บริโภคมีความต้องการ (อุปสงค์) ในสินค้าดังกล่าวมาก เนื่องจากปริมาณสินค้าในตลาด (อุปทาน) ไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภค ทำให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวสามารถขึ้นราคาสินค้าของตนเพื่อให้ได้กำไรสูงสุดได้ และผู้บริโภคก็ต้องยอมซื้อสินค้านั้นในราคาที่สูงเนื่องจากปริมาณที่จำหน่ายในตลาดมีปริมาณน้อย

2.3.1.2 การกำหนดราคาโดยเลือกปฏิบัติ (discriminatory behavior) คือ การที่ผู้ขายกำหนดราคาขายสินค้าชนิด ประเภท คุณภาพเดียวกันให้กับลูกค้าของตนที่จะนำไปขายต่อในราคาที่ต่างกันโดยไม่มีเหตุอันใดในด้านต้นทุน เช่น การขนส่ง เป็นต้น ผู้ขายอาจจะขายให้ลูกค้ารายหนึ่งในราคา 100 บาทต่อหน่วย แต่ขายให้กับลูกค้าอีกรายหนึ่งในราคา 80 บาทต่อหน่วย ซึ่งถือเป็นการกำหนดราคาขายอย่างเลือกปฏิบัติโดยมิชอบได้อย่างหนึ่ง เพราะอาจมีผลเป็นการจัดการแข่งขัน (exclusionary) กล่าวคือ ทำให้การแข่งขันในระหว่างลูกค้าของตนเสียไป ทั้งนี้เพราะต้นทุนของลูกค้าในการจะขายสินค้าต่อไปไม่เท่าเทียมกัน อีกกรณีหนึ่งที่น่าจะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้านราคาคือ การให้ส่วนลด (discounts) ในการซื้อสินค้าแก่ลูกค้าของตนอย่างไม่เท่าเทียมกัน กรณีนี้ก็อาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบได้ ซึ่งย่อมจะทำให้ลูกค้าของตนไม่อาจแข่งขันได้อย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการจัดการแข่งขันในระหว่างลูกค้าของตน

2.3.1.3 การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น (exclusive dealing) คือ การที่ผู้ประกอบการกำหนดให้ลูกค้าของตนทำธุรกิจเฉพาะกับตนเท่านั้น โดยเป็นการบังคับให้ลูกค้าของตนต้องยอมรับเงื่อนไขและปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวอย่างไม่เป็นธรรม โดยไม่มีผลต่อประสิทธิภาพ หรือคุณภาพของสินค้าหรือการให้บริการ หรือการให้บริการหลังการขาย เป็นการจำกัดโอกาสในการเลือกขายสินค้าของผู้อื่น

2.3.1.4 การกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance) การกำหนดราคาขายต่อหมายถึงทั้งราคาขายปลีกและราคาขายส่งด้วย การกำหนดราคาขายต่อ คือ การร่วมกันกำหนดราคาขายของบรรดาผู้แทนจำหน่ายทั้งหลายนั้น ซึ่งหากร้านค้าใดไม่ยอมจำหน่ายตามราคาที่ผู้ผลิตกำหนดไว้ ผู้ผลิตนั้นก็จะไม่จำหน่ายสินค้าให้แก่ร้านค้าอื่นอีกต่อไป ซึ่งการกำหนดราคาขายต่อเช่นนี้ทำให้เกิดการแข่งขันกันด้านราคา ซึ่งถือเป็นผลเสียต่อผู้บริโภคอย่างยิ่ง

2.3.2 การใช้อำนาจเพื่อจัดการแข่งขัน (exploitative abuses)

การที่เป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้น อาจทำให้ผู้ประกอบการนั้นใช้อำนาจเหนือตลาดของตนกระทำการที่มีขอบด้วยกฎหมาย เพื่อขจัดผู้ประกอบการรายอื่นที่อยู่ในตลาดเดียวกันให้ออกไปจากตลาดสินค้าและบริการเดียวกัน หรือขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่อยู่นอกตลาดเข้ามาแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการเดียวกับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ ซึ่งมีพฤติกรรมหลายรูปแบบที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำเพื่อขจัดคู่แข่ง อาทิเช่น

2.3.2.1 การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจด้วย (refusal to deal)

หมายถึง การที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบการบางราย หรือเลือกปฏิบัติในการประกอบธุรกิจด้วยการกำหนดข้อเรียกร้องหรือเงื่อนไขที่มากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันของผู้ประกอบการรายนั้น

2.3.2.2 การขายต่ำกว่าต้นทุนของตนเอง (Predatory Pricing)²⁶

เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการบางรายยอมขายสินค้าต่ำกว่าต้นทุนการผลิตหรือต้นทุนซื้อ การปฏิบัตินี้อาจเกิดขึ้นเนื่องจากผู้ประกอบการบางรายมีเงินทุนมาก หรือมีการชดเชยข้ามผลิตภัณฑ์จากกำไรที่ได้มาจากการขายสินค้าอื่น เป็นพฤติกรรมที่ใช้กำจัดคู่แข่งที่มีเงินทุนน้อยและไม่สามารถลดราคาสินค้ามาแข่งขันกับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้นั้น

²⁶ ธกตมน ศรีแก้ว, "การขายต่ำกว่าต้นทุนของตนเอง," ใน <http://otcc.dit.go.th/pdf/know20.pdf>, ed. จุลสารสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า(2557).หน้า 1-4.

2.4 ผลดีและผลเสียของการผูกขาดและการแข่งขัน (Advantages and Disadvantages of Competition and Monopoly)²⁷

การแข่งขันย่อมดีกว่าการผูกขาด แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การแข่งขันไม่มีผลเสียเลย และการผูกขาดไม่มีผลดีเลย ทั้งการแข่งขันและการผูกขาดต่างก็มีทั้งผลดีและผลเสียของการแข่งขันและการผูกขาด ซึ่งเป็นเรื่องที่ได้เอียงกันได้ไม่มีที่สิ้นสุด โดยอาจสรุปผลดีผลเสียของการผูกขาดและการแข่งขันได้ ดังนี้

2.4.1 ผลดีของการแข่งขัน

2.4.1.1 การแข่งขันก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากทรัพยากรในสังคมหนึ่ง ๆ มีจำกัด ทรัพยากรทั้งหลายสามารถนำมาผลิตสินค้าและบริการได้นานาชนิด บางชนิดก็สนองความต้องการของคนกลุ่มใหญ่ บางชนิดก็สนองความต้องการของคนกลุ่มน้อย และเมื่อนำทรัพยากรอันมีอยู่อย่างจำกัดไปผลิตสินค้าหรือบริการอย่างหนึ่งแล้ว ก็จะส่งผลให้ทรัพยากรนั้นน้อยลงไป ดังนั้นผู้ผลิตก็จะพยายามผลิตสินค้าที่คนกลุ่มใหญ่ต้องการ หากผู้ผลิตสินค้าไม่ผลิตสินค้าเหล่านั้น หรือผลิตไม่เพียงพอ ผู้ผลิตรายใหม่ก็มีโอกาสเข้ามาผลิตแข่งขันได้โดยเสรีตลอดเวลา ซึ่งช่วยเพิ่มอุปทานของสินค้านั้น และทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพอย่างสม่ำเสมอ

2.4.1.2 การแข่งขันช่วยสนองต่อความต้องการของผู้บริโภค และช่วยคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคให้พ้นจากการเอาเปรียบของผู้ผลิต เพราะหากผู้ผลิตรายใดขายสินค้าในราคาสูงกว่าหรือคุณภาพต่ำกว่าสินค้าอย่างเดียวกันของผู้ผลิตอื่น ผู้บริโภคก็สามารถเลือกซื้อสินค้านั้นจากผู้ผลิตอื่นได้ เนื่องจากตลาดมีผู้ขายมากมาย นอกจากนี้ การแข่งขันเสรีมีส่วนช่วยส่งเสริมคุณภาพของสินค้าให้ดีขึ้นและราคาลดลง เนื่องจากผู้ผลิตบางรายที่ต้องการยอดขายก็จะพยายามปรับปรุงคุณภาพสินค้าให้ดีขึ้นพร้อมทั้งขายในราคาต่ำลง ส่งผลให้ผู้ผลิตรายอื่นต้องพยายามปรับปรุงคุณภาพสินค้าพร้อมทั้งลดราคาลดลงด้วยเช่นกัน เพื่อให้สามารถแข่งขันได้ ประโยชน์จึงตกแก่ผู้บริโภคที่สามารถซื้อสินค้าที่มีคุณภาพมากขึ้นในราคาที่ต่ำลง

²⁷ วันรัช มิ่งมณีนาคนิ, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 177-180.

2.4.1.3 การแข่งขันทำให้อุตสาหกรรมต้องปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิตของตนตลอดเวลา เพื่อเป็นการลดต้นทุนการผลิต และทำให้สินค้าของตนมีคุณภาพมากขึ้นและเมื่อต้นทุนการผลิตลดลงผู้ผลิตรายนั้นก็จะสามารถขายสินค้าได้ในราคาที่ต่ำลง ส่งผลให้ผู้ผลิตรายอื่นต้องพยายามปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิตของตนด้วยเช่นกัน มิฉะนั้นอาจดำรงอยู่ไม่ได้

2.4.1.4 การแข่งขันส่งเสริมให้เกิดการผลิตสินค้าใหม่ ๆ

2.4.1.5 การแข่งขันทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายต้องใช้กลยุทธ์การตลาดต่าง ๆ ในการส่งเสริมการขาย เพื่อจูงใจให้ผู้บริโภค ซึ่งทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากกลยุทธ์การตลาดเหล่านั้น เช่น การลด แลก แจก แถม หรือการลดราคาสินค้า เป็นต้น

2.4.2 ผลเสียของการแข่งขัน

ในทางตรงกันข้าม ในบางกรณีการแข่งขันอาจก่อให้เกิดผลเสียได้เช่นกัน ซึ่งสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

2.4.2.1 ด้านการใช้ทรัพยากรที่สิ้นเปลือง

การแข่งขัน อาจทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างสิ้นเปลืองตัวอย่างเช่น สินค้าบางอย่างก็มีใช้สินค้าที่มีความจำเป็น หรือมีการใช้ปัจจัยการผลิตมากมายหลายชุดเพื่อผลิตสินค้าอย่างเดียวกัน โดยเพียงแต่ปรับปรุงดัดแปลงรูปลักษณ์ ทั้ง ๆ ที่แบบเดิมยังจำหน่ายไม่หมด สร้างความสิ้นเปลืองทรัพยากรการผลิต

2.4.2.2 ด้านการเพิ่มต้นทุนสินค้า

เพื่อให้สามารถแข่งขันสู้กับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ อาจเป็นเหตุให้ผู้ผลิตบางรายอาจไม่สนใจที่จะเพิ่มยอดขายโดยการปรับปรุงคุณภาพให้ดีขึ้นหรือลดต้นทุนและลดราคา แต่หันไปใช้วิธีการทุ่มโฆษณาและส่งเสริมการขาย เนื่องจากสื่อบางอย่างสามารถครอบงำคนกลุ่มใหญ่อย่างได้ผล และผลกำไรค่าใช้จายนั้นไปให้แก่ผู้บริโภค โดยการบวกค่าโฆษณาและค่าการตลาดเข้ากับราคาสินค้า ทำให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าในราคาที่สูง แต่ไม่มีคุณภาพโดยไม่จำเป็น

2.4.2.3 ด้านเทคโนโลยี

การแข่งขันในการผลิตบางกรณีอาจเป็นอุปสรรคต่อการนำเทคโนโลยีที่เหมาะสมมาใช้ เพราะผู้ผลิตมีขนาดเล็กเกินไป มีเงินทุนน้อย ครอบงำส่วนแบ่งตลาดในสัดส่วนที่ต่ำ ไม่อาจลดต้นทุนโดยการเพิ่มประสิทธิภาพการผลิต อาจต้องใช้วิธีลดคุณภาพสินค้า และ/หรือลดค่าจ้างแรงงานแทน

2.4.3 ผลดีของการผูกขาด

การผูกขาดมีความเหมาะสมกับสินค้า หรือกิจการบางอย่างที่ต้องอาศัยการผลิตขนาดใหญ่ เพื่อช่วยให้สามารถลดต้นทุนการผลิตให้ต่ำลงได้ ตัวอย่างเช่น การผลิตไฟฟ้าด้วยพลังน้ำที่ต้องลงทุนมหาศาลสร้างเขื่อนและระบบสายส่งกระแสไฟฟ้าระยะไกล ซึ่งการผูกขาดจะช่วยให้การลงทุนมีความเป็นไปได้ หรือกิจการที่ต้องอาศัยทรัพยากรธรรมชาติหายากเป็นวัตถุดิบ การผูกขาดจะช่วยให้รัฐสามารถควบคุมดูแลการใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้อยู่ในระดับพอเหมาะได้

2.4.4 ผลเสียของการผูกขาด

2.4.4.1 ผลกระทบจากการผูกขาด

การผูกขาดเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา เพราะมีผลเสียหลายประการ ดังนี้

- 1) การผูกขาดก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรทั้งระบบเศรษฐกิจอย่างไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากการผูกขาดทำให้ปริมาณการผลิตน้อยกว่าที่ควรจะเป็นและราคาสูงกว่าที่ควรจะเป็น ผู้บริโภคต้องการซื้อสินค้านั้นแต่สู้ราคาไม่ไหว จำเป็นต้องหันไปซื้อสินค้าอื่นที่ใช้ทดแทนได้บ้าง เป็นเหตุให้มีการใช้ทรัพยากรน้อยเกินไปในการผลิตสินค้าและบริการที่ผูกขาด และมากเกินไปในสินค้าอื่นทรัพยากรการผลิตจึงถูกใช้อย่างไม่เต็มประสิทธิภาพ
- 2) ผู้บริโภคไม่ได้รับการคุ้มครองให้พ้นจากการขูดรีดของผู้ผูกขาดเพราะผู้บริโภคไม่สามารถหาซื้อสินค้าอย่างเดียวกันจากผู้ผลิตรายอื่น กำไรของผู้ผูกขาดจึงไม่ได้เกิดการรับใช้สังคม แต่เกิดจากการปฏิเสธที่จะรับใช้สังคม

3) การผูกขาดไม่ช่วยคุ้มครองกรรมกรให้พ้นจากการเอารัดเอาเปรียบของผู้ผูกขาด ยิ่งในกรณีที่หน่วยผลิตนั้นมีอำนาจผูกขาดการจ้างงานด้วย คนงานไม่สามารถหางานอื่นทำ ผู้ผูกขาดอาจฉวยโอกาสเอารัดเอาเปรียบโดยกดค่าจ้าง หรือปล่อยปละละเลยสิ่งแวดล้อมของสถานที่ทำงาน

4) ผู้ผูกขาดไม่ได้รับผลกระทบใด ๆ จากความไร้ประสิทธิภาพของตน เพราะผู้ผูกขาดเป็นผู้ครองตลาดแต่เพียงผู้เดียว ขายสินค้าได้เสมอ แม้สินค้านั้นจะมีราคาสูงกว่าที่ควรจะเป็น

5) การผูกขาดทำให้ผู้ผูกขาดขาดความกระตือรือร้นในการเพิ่มประสิทธิภาพในการลดต้นทุนและลดราคา เพราะการที่มีคู่แข่งทำให้สินค้าของตนสามารถจำหน่ายได้อยู่แล้วโดยไม่ต้องไม่จำเป็นต้องปรับปรุงคุณภาพให้ดีขึ้นแต่อย่างใด

6) การผูกขาดมีส่วนก่อให้เกิดการไม่เสมอภาคในการกระจายรายได้ ผู้ผูกขาดที่เป็นเอกชนอาจไม่แบ่งผลกำไรให้แก่แรงงานในรูปการขึ้นค่าจ้างหรือเพิ่มโบนัส และไม่คืนกำไรให้แก่ผู้บริโภคในรูปการลดราคาสินค้า เพราะไม่มีแรงกดดันเหมือนอย่างกรณีการแข่งขัน กำไรทั้งหมดจึงตกอยู่กับผู้ผูกขาด

2.4.4.2 ประเด็นการพิจารณาผลกระทบจากการผูกขาด

ผลกระทบที่เกิดจากการผูกขาด สามารถแยกพิจารณาออกเป็นด้านต่าง ๆ ได้ดังนี้²⁸

1) ผลกระทบด้านสภาวะการแข่งขันในตลาด

ระบบเศรษฐกิจเสรีจะส่งผลให้เกิดภาวะการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการ อันจะนำมาซึ่งการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนการพัฒนาเทคโนโลยีการผลิตให้สูงขึ้น อย่างไรก็ตามหากในตลาดสินค้าและบริการใดมีผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ซึ่งมีอำนาจเพียงพอในตลาดสินค้าและบริการที่จะกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการตลอดจนปริมาณสินค้าและบริการ ทำให้ราคาและปริมาณสินค้าและบริการไม่เป็นไปตามหลักกลไกตลาด หรือตามกฎหมายของอุปสงค์

²⁸ ธรรมรัตน์ วงศาโรจน์, “การศึกษาเปรียบเทียบ : มาตรการทางกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ประเทศเยอรมัน ประเทศกลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศไทย,” หน้า 19-22.

และอุปทานอย่างแท้จริง จนทำให้ระบบการแข่งขันในตลาดสินค้าลดลงหรือหมดไปและในที่สุดเกิดเป็นตลาดผู้ผูกขาดสินค้าหรือบริการ (monopoly market) ได้

2) ผลกระทบด้านราคาสินค้าและบริการในตลาด

ตลาดสินค้าและบริการในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี การกำหนดราคาและปริมาณสินค้าและบริการจะเป็นไปตามหลักกลไกตลาด กล่าวคือ หากความต้องการสินค้าของผู้บริโภค (อุปสงค์) มีมากแต่สินค้าและบริการที่ผู้ผลิตที่ต้องการผลิตสินค้า (อุปทาน) มีน้อยกว่าอุปสงค์ ย่อมส่งผลให้ราคาสินค้าแพงและไม่เกิดแรงจูงใจแก่ผู้ผลิตที่ต้องการผลิตสินค้าในจำนวนมาก แต่หากปรากฏว่าความต้องการของผู้บริโภคมีน้อยกว่าปริมาณสินค้าในตลาด ย่อมส่งผลให้ราคาสินค้าในตลาดถูกลงไม่เกิดแรงจูงใจต่อผู้ผลิตที่จะทำการผลิตสินค้า ในตลาดสินค้าและบริการใดที่มีผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดในปริมาณมากตลอดจนมีอำนาจตลาด (market power) เพียงพอที่จะกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการได้ตามอำเภอใจ ย่อมทำให้ราคาสินค้าและค่าบริการในตลาดดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักทฤษฎีอุปสงค์ (demand) และอุปทาน (supply) อันจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยตรง เช่น ราคาสินค้าและค่าบริการอาจมีราคาสูงมากแต่คุณภาพของสินค้าต่ำกว่าระดับมาตรฐาน

3) ผลกระทบด้านผู้ประกอบการในตลาด

ผลกระทบของการผูกขาดที่มีต่อสภาวะการแข่งขันในตลาด ย่อมทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกับผู้ประกอบการที่เป็นผู้มีอำนาจผูกขาด ตลอดจนผู้ประกอบการรายใหม่ที่มีความประสงค์จะเข้ามาในตลาดสินค้าและบริการดังกล่าวต้องสูญเสียโอกาสที่จะประกอบกิจการในตลาด ส่งผลให้ธุรกิจการค้าในตลาดตกอยู่ในอำนาจการจัดการของผู้ประกอบการเพียงไม่กี่ราย ทำให้เกิดภาวะกระจุกตัว (concentration) ตัวอย่างเช่นการที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้ความได้เปรียบทางด้านเงินทุนและส่วนแบ่งตลาดที่อยู่เหนือผู้ประกอบการรายอื่น ทำการตัดราคาสินค้าขายสินค้าในราคาที่ถูกลงในลักษณะที่ยอมขาดทุนในช่วงเวลาหนึ่ง ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นอาจต้องลดราคาสินค้าและบริการลงตามผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยผู้ประกอบการรายย่อยดังกล่าวไม่สามารถทนต่อสภาวะการขาดทุนได้นาน และพฤติกรรมขายตัดราคา (predatory pricing) ยังมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายใหม่ที่กำลังจะเข้ามาในตลาด เมื่อเห็นว่าการประกอบกิจการดังกล่าวอาจขาดทุนได้ ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่เข้ามาประกอบการในตลาดสินค้าและบริการดังกล่าว

หลังจากที่ผู้ประกอบการรายย่อยออกไปจากตลาดแล้วผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดที่ทำการตัดราคาสินค้าและบริการในตอนแรกจะทำการขึ้นราคาสินค้าและบริการต่อมาในภายหลัง

4) ผลกระทบด้านผู้จัดจำหน่ายสินค้าและบริการ

ผู้ผูกขาดอาจใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ต่อระบบการจำหน่ายจ่ายแจกสินค้าของผู้จัดจำหน่ายสินค้า โดยการวางข้อกำหนดหรือเงื่อนไขการซื้อขายให้เป็นไปตามที่ต้องการไปในทางที่ใช้อำนาจแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuses) หรือการใช้อำนาจเพื่อขจัดการแข่งขัน (exclusionary abuses)

5) ผลกระทบด้านผู้บริโภค

จากการที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจของตนเองที่มีอยู่ในทางที่มีข้อสงสัยให้ผู้บริโภคเป็นผู้ที่จะได้รับความเสียหายอย่างแท้จริง กล่าวคือ ผู้บริโภคต้องเผชิญกับภาวะการถูกจำกัดอิสระในการเลือกบริโภคสินค้าและบริการตามความต้องการที่แท้จริง เนื่องจากมีผู้ประกอบการน้อยราย ซึ่งอาจก่อให้เกิดภาวะการขาดแคลนสินค้าและบริการในตลาด อันจะส่งผลให้ราคาสินค้าและบริการนั้นสูงขึ้นมากเกินความเป็นจริง ตลอดจนสินค้าและบริการดังกล่าวมีคุณภาพต่ำกว่ามาตรฐานเนื่องจากผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่สนใจที่จะพัฒนาคุณภาพสินค้าให้มีประสิทธิภาพ และนอกจากนี้ผู้บริโภคอาจได้รับบริการที่ไม่เหมาะสมจากการบริโภคสินค้า กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดสามารถครอบครองตลาดได้แล้ว อาจส่งผลให้การบริการที่มีอยู่กับสินค้าล้นสุดลง เพื่อประหยัดค่าใช้จ่ายในการขายสินค้าดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวได้รับกำไรเพิ่มมากขึ้น โดยที่ไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้บริโภคแต่อย่างใด และยังทำให้ผู้บริโภคต้องสูญเสียโอกาสในการเลือกบริโภคสินค้าที่ดีที่สุด เช่น การให้ความรู้เบื้องต้นแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับสินค้าก่อนซื้อ หรือการบริการซ่อมบำรุงสินค้าหลังการขาย

บทที่ 3

การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีกในประเทศไทย

3.1 ความน่า

ปัจจุบันปัจจัยสำคัญที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในธุรกิจค้าปลีกนั้นมาจาก 2 ปัจจัยหลักๆ ได้แก่ 1. ปัจจัยด้านพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ และ 2. ปัจจัยด้านโครงสร้างหรือขนาดของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งทั้งสองปัจจัยนี้มีความสำคัญต่อการแข่งขันในธุรกิจค้าปลีกเป็นอย่างมาก จากเดิมที่ธุรกิจค้าปลีกมุ่งเน้นแข่งขันในด้านราคาและการจัดรายการส่งเสริมการขาย แต่ด้วยการแข่งขันที่รุนแรงขึ้นในปัจจุบัน ปัจจัยด้านพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจและปัจจัยด้านโครงสร้างหรือขนาดของผู้ประกอบธุรกิจจึงเป็นปัจจัยที่สำคัญต่อการแข่งขันในธุรกิจค้าปลีก ทั้งนี้ หากผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกมีพฤติกรรมการแข่งขันที่มีใช้การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม หรือกระทำการอันมิใช่วิสัยทางการค้าปกติ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีโครงสร้างขนาดใหญ่หรือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และมีพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 ก็จะมีส่งผลกระทบต่อให้เกิดความเสียหายต่อวงจรธุรกิจค้าปลีกทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อคู่แข่ง คู่ค้า รวมทั้งลูกค้า และอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศได้ในที่สุด ดังนั้น จึงต้องมีการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกให้แข่งขันกันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และควบคุมผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้ใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ ซึ่งในบทนี้จะกล่าวถึงข้อกำหนดในเรื่องของการควบคุมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

3.2 การควบคุมวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29

มาตรา 29 เป็นเรื่องการควบคุมกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ เกินขอบเขตการดำเนินธุรกิจอย่างปกติ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยลักษณะความผิดตามมาตรา 29 นี้มีขอบเขตที่กว้างมาก กล่าวคือ หากพฤติกรรม การต่อต้านหรือจำกัดการแข่งขันใดที่ไม่เข้าทั้งมาตรา 25, 26 ,27 และ 28 แล้วก็จะเข้าข่ายฝ่าฝืน

มาตรา 29 หากไม่เข้าข่ายฝ่าฝืนมาตรา 29 แล้วแสดงได้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวไม่ขัดกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า¹

การบังคับใช้มาตรา 29 ยึดหลักของ rule of reason โดยจะต้องมีการพิสูจน์ถึงพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และมีการกระทำที่ส่งผลให้เกิดการทำลาย ทำให้เสียหายขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ไม่ใช่หลักความผิดในตัวเอง The Per Se Rule

มาตรา 29 ได้บัญญัติไว้ดังนี้ “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ”

มาตรา 29 มุ่งกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจทุกรายมิใช่เฉพาะผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดให้มีการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม โดยป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ เกินขอบเขตการดำเนินธุรกิจปกติและมุ่งเน้นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกลั่นแกล้งจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น มิใช่มุ่งคุ้มครองความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการหรือภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม

3.2.1 องค์ประกอบความผิดของมาตรา 29

ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมที่ถือว่าการฝ่าฝืนตามมาตรา 29 จะต้องมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด ดังต่อไปนี้

3.2.1.1 เป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน ซึ่งบังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกราย โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์อำนาจเหนือตลาดดังเช่นกรณีของมาตรา 25

3.2.1.2 กระทำที่มีมิใช่เป็นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

พฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หมายถึง พฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการใด ๆ เกินขอบเขตการดำเนินธุรกิจอย่างปกติ และพฤติกรรมนั้นส่งผลกระทบ

¹ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า.195

ให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้รับความเสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ² ทั้งนี้ พฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 นั้น มีความหลากหลายสามารถปรับเปลี่ยนได้อย่างต่อเนื่องตามระยะเวลาและสภาพแวดล้อมของการแข่งขันที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งต้องพิจารณาจากมาตรฐานของจรรยาบรรณทางการค้า หรือจริยธรรมทางการค้าเป็นกรณี ๆ ไป

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้วางแนวปฏิบัติลักษณะพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 ไว้ดังต่อไปนี้³

1) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อ/ขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม มีลักษณะพฤติกรรม ดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาสูงอย่างไม่เป็นธรรม หรือสูงเกินสมควร (Unreasonably High Price) เช่น

- การกำหนดราคาจำหน่ายสูงอย่างไม่เป็นธรรม หรือสูงเกินสมควร
- การกำหนดราคารับซื้อสูงอย่างไม่เป็นธรรม หรือสูงเกินสมควร

(2) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาต่ำอย่างไม่เป็นธรรม หรือการกำหนดราคาต่ำกว่าทุน

- การกำหนดราคาจำหน่ายต่ำกว่าทุน แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะคือ

(1) การกำหนดราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนรวม (Sale Below Cost) และ (2) การกำหนดราคาจำหน่ายเพื่อกำจัดคู่แข่ง (Predatory Pricing)

- การกำหนดราคารับซื้อต่ำอย่างไม่เป็นธรรม

(3) การกำหนดราคาที่แตกต่างกันกับลูกค้า (Price discrimination)

² ระพีพรรณ พรหมเรขา, “แบบไหน? พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม,” จุดสารสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า (16 เมษายน 2557), หน้า 2.

³ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน, “แนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ”. หน้า 2-6

2) การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น มีลักษณะพฤติกรรม ดังต่อไปนี้

(1) การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิเฉพาะ (Exclusivity) ซึ่งจะไม่รวมถึงตัวแทนจำหน่าย ที่ได้รับการแต่งตั้ง (Authorized Dealer) และกรณีที่เป็นแฟรนไชส์ โดยมี 2 รูปแบบ คือ

- การจำกัดสิทธิเฉพาะด้านข้อตกลง (Exclusivity dealing)
- การจำกัดสิทธิเฉพาะด้านอาณาเขต (Exclusivity Territories)

(2) การบังคับขายพ่วง (Tie-in-sale)

(3) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance)

3) การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร

4) การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอาเปรียบผู้อื่นบังคับหรือชักจูงลูกค้าให้ประกอบธุรกิจกับตน หรือกำหนดข้อเรียกร้องใด ๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

5) การกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของ ผู้ประกอบธุรกิจอื่น

6) การกระทำอื่นใดที่มีใช่เป็นวิสัยทางการค้าปกติ และมีเจตนาทำลายทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป

3.2.1.3 การกระทำได้กล่าวมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของ ผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิก การประกอบธุรกิจ

มาตรา 29 เน้นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกลั่นแกล้ง มิใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการหรือภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม ซึ่งชี้ให้เห็นชัดเจนว่า

วัตถุประสงค์ในการมีบทบัญญัติในมาตรา 29 ก็เพื่อที่จะคุ้มครอง ผู้ประกอบธุรกิจจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นมิใช่เป็นการคุ้มครองหรือรักษากระบวนการแข่งขันในตลาดโดยรวม

สำหรับความเสียหายของผู้ประกอบธุรกิจนั้นไม่มีแนวทางในการพิจารณาที่เป็นสากล แต่ตามหลักการแล้วอาจพิจารณาจาก

- การเปลี่ยนแปลงของยอดขาย รายได้ หรืออัตรากำไรของผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม
- การสูญเสียโอกาสทางการค้า และโอกาสในการสร้างรายได้หรือกำไรของผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม
- ค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมต้องแบกรับ⁴

3.3 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมวิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศ

3.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.3.1.1 พฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices)

กฎหมายที่ควบคุมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ The Federal Trade Commission Act of 1914 โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องเกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม บัญญัติไว้ใน มาตรา 455 ดังนี้

⁴ สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย, “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่าง ๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก” เสนอ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, หน้า 4-3.

⁵ The Federal Trade Commission Act of 1914, United States Code Title 15 – commerce and trade, Chapter 2 – Federal Trade Commission; Promotion of export trade and prevention of unfair methods of competition, subchapter 1 – Federal Trade Commission, Section 455

“มาตรา 45 วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในการพาณิชย์หรือมีผลกระทบต่อ การพาณิชย์ และการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงในการพาณิชย์ หรือมีผลกระทบต่อ การพาณิชย์ให้ถือว่าผิดกฎหมาย”

ทั้งนี้ The Federal Trade Commission ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ความไม่เป็นธรรมไว้ 3 ปัจจัย และต่อมาในปี ค.ศ. 1972 ทั้งสามปัจจัยดังกล่าวได้ถูกกำหนดไว้อย่าง ชัดแจ้งในคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี Sperry & Hutchinson⁶ ดังนี้⁷

1) มีความเสียหายต่อผู้บริโภค กรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคจะถือว่า ไม่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อเป็นความเสียหายอย่างมีนัยยะสำคัญ โดยจะต้องไม่น้อยเกินไปเมื่อเทียบกับสิ่งที่ ผู้บริโภคได้รับไป หรือผลประโยชน์ในการแข่งขันทางการค้าที่เกิดขึ้นและเป็นความเสียหายที่ผู้บริโภค ไม่สามารถเลี่ยงได้

2) การกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนต่อนโยบายสาธารณะที่ก่อตั้งโดยบทบัญญัติกฎหมาย คอมมอนลอว์ วิธีปฏิบัติทางอุตสาหกรรมหรืออื่นๆ ซึ่งหลักเกณฑ์ในข้อนี้อาจใช้เพื่อชี้ให้เห็นถึงความ มีอยู่และความหนักแน่นของพยานหลักฐานเกี่ยวกับความเสียหายของผู้บริโภคหรือใช้อ้างในการ ตัดสินคดีว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น

3) การกระทำนั้นขัดต่อศีลธรรม หรือจริยธรรม โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณา ควบคู่ไปกับหลักเกณฑ์ 2 ข้อข้างต้นเมื่อเป็นวิธีปฏิบัติหรือการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมหรือจริยธรรม แล้วก็ย่อมเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ขัดต่อนโยบายสาธารณะด้วย

§ 45. Unfair methods of competition unlawful; prevention by Commission

(a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade

(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

⁶ FTC v. Sperry & Hutchinson C, 405 U.S. 223, 244-45 n.5 (1972)

⁷ Federal Trade Commission, FTC Policy Statement on Unfairness, 17 December 1980. Available from : <https://www.ftc.gov/public-statements/1980/12/ftc-policy-statement-unfairness>

นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องพฤติกรรม การส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรม บัญญัติไว้ใน The Clayton Act of 1914 มาตรา 13 A⁸ ดังนี้

“มาตรา 13เอ การเลือกปฏิบัติในการให้ส่วนลดทางการค้า การลดราคาหรือ ค่าบริการในการโฆษณา; การขายต่ำกว่าราคาในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง และโทษ

จะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายสำหรับบุคคลใดที่มีส่วนร่วมในการค้า, อยู่ในระหว่าง เวลาที่ทำการค้านั้น, เข้ามามีส่วนหรือช่วยเหลือในการดำเนินการใด ๆ ในการขายนั้น หรือทำสัญญา ขายซึ่งอยู่ในความรู้เห็นของผู้นั้นซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่แข่งของผู้ซื้อ, การลดราคา, การให้ส่วนลด, ค่าบริการในการโฆษณา ที่ให้แก่ผู้ซื้อมากกว่าและเหนือกว่าการลดราคา, การให้ส่วนลด, ค่าบริการใน การโฆษณาใด ๆ ในขณะดำเนินการซื้อขายนั้นแก่คู่แข่งของผู้ซื้อที่ขายสินค้าที่มีระดับ, คุณภาพ, ปริมาณ เดียวกัน; ขายหรือทำสัญญาขายสินค้าส่วนหนึ่งส่วนใดในประเทศสหรัฐอเมริกาในราคาที่ต่ำกว่า ที่ผู้นั้นขายหรือทำสัญญาขายที่อื่นในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะทำลายการแข่งขัน

⁸ The Federal Trade Commission Act 1914, United States Code, Title 15 – commerce and trade, Chapter 1, Section 13a. Discrimination in rebates, discounts, or advertising service charges; underselling in particular localities; penalties

§ 13(a) It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to be a party to, or assist in, any transaction of sale, or contract to sell, which discriminates to his knowledge against competitors of the purchaser, in that, any discount, rebate, allowance, or advertising service charge is granted to the purchaser over and above any discount, rebate, allowance, or advertising service charge available at the time of such transaction to said competitors in respect of a sale of goods of like grade, quality, and quantity; to sell, or contract to sell, goods in any part of the United States at prices lower than those exacted by said person elsewhere in the United States for the purpose of destroying

competition, or eliminating a competitor in such part of the United States; or, to sell, or contract to sell, goods at unreasonably low prices for the purpose of destroying competition or eliminating a competitor.

Any person violating any of the provisions of this section shall, upon conviction thereof, be fined not more than \$5,000 or imprisoned not more than one year, or both

หรือกําจัดคู่แข่งในพื้นที่นั้นในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือขายหรือทำสัญญาซื้อขายสินค้าในราคาต่ำ โดยไม่มีเหตุผลโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะทำลายการแข่งขัน หรือกําจัดคู่แข่ง

ผู้ในฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตรานี้จะถูกรับปรับไม่เกิน 5,000 เหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเรื่องการควบคุมการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่าง เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น บัญญัติไว้ในลักษณะกว้าง ๆ ให้ลักษณะวิธีการแข่งขันที่ไม่ เป็นธรรม และเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือเป็นการหลอกลวงหรือมีผลกระทบต่อความเสียหายต่อ เป็นการค้าที่ผิดกฎหมาย โดยไม่มีการกำหนดลักษณะพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นความผิด เช่นเดียวกับกับประเทศไทย โดย The Federal Trade Commission ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการ พิจารณาความไม่เป็นธรรมไว้ 3 ปัจจัย คือ ต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค หรือ ประโยชน์สาธารณะ และเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม หรือจริยธรรมด้วย

นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังมีบทบัญญัติในเรื่องพฤติกรรมส่งเสริมการ ขายที่ไม่เป็นธรรม บัญญัติไว้ใน The Clayton Act of 1914 โดยผู้ที่กระทำความผิดต้องเป็นผู้ที่ กระทำ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่แข่งของผู้ซื้อ, การลดราคา, การให้ ส่วนลด, ค่าบริการในการโฆษณา ที่ให้แก่ผู้ซื้อมากกว่าและเหนือกว่าคู่แข่งของผู้ซื้อทั้งที่เป็นสินค้าที่มี ระดับ, คุณภาพ, ปริมาณ เดียวกัน หรือการขายสินค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาในราคาที่ต่ำกว่าที่ผู้นั้น ขายที่อื่น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะทำลายการแข่งขัน หรือกําจัดคู่แข่งในพื้นที่ที่อยู่ในประเทศ สหรัฐอเมริกา หรือขายสินค้าในราคาต่ำโดยไม่มีเหตุผลโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะทำลายการแข่งขัน หรือ กําจัดคู่แข่ง

ทั้งนี้ เรื่องการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices) ของประเทศสหรัฐอเมริกา เปรียบเทียบกับประเทศไทย สรุปได้ดังนี้

**ตารางเปรียบเทียบการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย
กับ ประเทศสหรัฐอเมริกา**

| รายละเอียด | ประเทศไทย | ประเทศสหรัฐอเมริกา | เปรียบเทียบ |
|---|--|---|---|
| การควบคุมวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ | ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่าง เป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัด การประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พศ.2542 มาตรา 29) | ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในการพาณิชย์ หรือห้ามการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงในการพาณิชย์ หรือมีผลกระทบต่อ การพาณิชย์ (The Federal Trade Commission Act of 1914 Section 45) | ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติลักษณะวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ไว้อย่างกว้างๆ โดยไม่มีการกำหนด ลักษณะพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นความผิดแต่ได้มี การกำหนดหลักเกณฑ์ ในการพิจารณาความไม่ เป็นธรรมไว้ด้วย ทำให้ การพิจารณาลักษณะ การกระทำความผิดมีความชัดเจนกว่าประเทศไทยและมีบทบัญญัติในเรื่องพฤติกรรม การส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นส่วนที่ ได้มีการเพิ่มเข้ามา นอกเหนือจากกฎหมาย ของประเทศไทย ทำให้ |

| รายละเอียด | ประเทศไทย | ประเทศสหรัฐอเมริกา | เปรียบเทียบ |
|------------|-----------|--------------------|---|
| | | | การพิจารณาการกระทำ ที่เป็นการส่งเสริมการ ขายที่ไม่เป็นธรรมของ ประเทศสหรัฐอเมริกามี ความชัดเจนยิ่งขึ้น |

3.3.1.2 แนวคำตัดสินของประเทศสหรัฐอเมริกา

คดี Federal Trade Commission (FTC), v. the Sperry and Hutchinson Company (S&H)⁹

FTC ได้ยื่นฟ้อง S&H ว่า S&H ได้กระทำการอันไม่เป็นธรรมโดยพยายามจำกัดการประกอบธุรกิจซื้อขายแลกเปลี่ยนแสตมป์รวมถึงการแลกแสตมป์ S&H ได้แย้งว่าการกระทำของตนไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าและไม่เข้าเงื่อนไขที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะใช้อำนาจตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

S&H เป็นผู้ค้าแสตมป์มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1896 และในปี ค.ศ. 1964 ซึ่งเป็นปีที่ถูกดำเนินคดี S&H มีส่วนแบ่งตลาดในธุรกิจค้าแสตมป์ร้อยละ 40 ทั้งนี้ S&H ดำเนินธุรกิจค้าแสตมป์โดย S&H จะขายแสตมป์ให้ผู้ค้าปลีกซึ่งส่วนใหญ่คือซูเปอร์มาร์เก็ตและสถานีเติมน้ำมันในราคาประมาณ 2.65 เหรียญสหรัฐต่อแสตมป์ 1,200 ดวง และผู้ค้าปลีกจะมอบแสตมป์ดังกล่าวให้แก่ลูกค้าของตนสะสมเพื่อจูงใจให้ลูกค้ามาซื้อสินค้าที่ร้านของตน และเมื่อลูกค้าสะสมแสตมป์ได้ครบ 1,200 ดวง ลูกค้าจะสามารถนำแสตมป์ดังกล่าวไปแลกของขวัญหรือของสมนาคุณได้ที่จุดแลกแสตมป์ของ S&H ซึ่งมีอยู่ 850 สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา

⁹ "Federal Trade Commission (Ftc), V. The Sperry and Hutchinson Company (S&H)," (U.S. , 1972).

เนื่องจากแสดมภ์ที่เก็บสะสมไม่ครบ 1,200 ดวงจะไม่มีมูลค่าเนื่องจากไม่สามารถนำไป แลกของขวัญหรือของสมนาคุณจาก S&H ได้ ลูกค้ายุ่สะสมแสดมภ์จึงนำแสดมภ์ไปแลกกันเองหรือซื้อ ขยายแสดมภ์เพื่อความสะดวกในการนำไปแลกของขวัญหรือของสมนาคุณจาก S&H และทำให้เกิดธุรกิจ คนกลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยนแสดมภ์โดยคิดค่าธรรมเนียมหรือแลกเปลี่ยนสินค้าอย่างอื่นจากคนกลาง โดยไม่ต้องไปแลกกับ S&H รวมถึงผู้ค้าปลีกบางรายก็ยอมให้ลูกค้าของตนนำแสดมภ์ที่สะสมไม่ครบ 1,200 ดวง มาแลกเปลี่ยนหรือขอรับส่วนลดจากผู้ค้าปลีกแทนการนำไปแลกกับ S&H ซึ่งการกระทำ ดังกล่าวของธุรกิจคนกลางและผู้ค้าปลีกทำให้ S&H ไม่สามารถขยายแสดมภ์ใหม่ของตนให้แก่ผู้ค้าปลีก ได้เพราะไม่มีผู้นำแสดมภ์มาแลกเปลี่ยนกับตน S&H จึงกำหนดเงื่อนไขไว้ในสมุดสะสมแสดมภ์ของตน ว่าลูกค้ายุ่สะสมแสดมภ์จะต้องเก็บสะสมแสดมภ์เองและห้ามนำไปซื้อขายแลกเปลี่ยนกับผู้อื่นโดยที่ S&H ไม่ยินยอม และ S&H ได้บังคับใช้เงื่อนไขดังกล่าวโดยการส่งหนังสือทวงถามไปยังคนกลาง และ ผู้ค้าปลีกที่รับแลกเปลี่ยนแสดมภ์ รวมถึงฟ้องคดีและขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลในกรณีที่ S&H มีข้อมูลว่ามีการซื้อขายแลกเปลี่ยนแสดมภ์โดยที่ตนไม่ได้ให้ความยินยอม

FTC เห็นว่าการกระทำของ S&H ที่ไปร้องขอต่อศาลให้กำจัดการแลกเปลี่ยนแสดมภ์ กันเองดังกล่าวทำให้กิจการรับแลกเปลี่ยนแสดมภ์มีจำนวนลดลงอย่างมีนัยสำคัญเป็นการกระทำที่เป็น การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าและการฝ่าฝืนมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act และได้ฟ้องคดีต่อศาล

ศาลเห็นว่าการกระทำของ S&H ไม่เป็นความผิด เนื่องจากไม่เข้าลักษณะใดลักษณะ หนึ่งต่อไปนี้ กล่าวคือ (1) เป็นการขัดต่อนโยบายต่อต้านการผูกขาดในตัวเอง (2) เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติ ของ Sherman Act, Clayton Act, or Robinson-Patman Acts หรือ (3) เป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ แห่ง Federal Trade Commission Act

3.3.2 ประเทศญี่ปุ่น

3.3.2.1 พฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices)

กฎหมายที่กำกับดูแลพฤติกรรมการแข่งขันในการประกอบธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น คือ Act on Prohibition of Private Monopolization and the Maintenance of Fair Trade 1947 หรือเรียกย่อๆ ว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาด (the Antimonopoly Act หรือ AMA) โดยมี

บทบัญญัติในเรื่องการควบคุมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ (unfair trade practices) ไว้ในมาตรา 19¹⁰ ดังนี้

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้วิธีปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม”

ทั้งนี้ รูปแบบของพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมบัญญัติไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด มาตรา 2(9) โดยพฤติกรรมที่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 2(9)¹¹ มีทั้งสิ้น 6 กลุ่ม คือ

¹⁰ the Antimonopoly Act 1947, Article 19 “No entrepreneur shall employ unfair trade practices.”

¹¹ the Antimonopoly Act 1947, Article 2(9)

“ (9) The term "unfair trade practices" as used in this Act means any act falling under any of the following items:

(i) Engaging, without justifiable grounds, in any of the following acts, in concert with a competitor:

(a) Refusing to supply to a certain enterprise or restricting the quantity or substance of goods or services supplied to a certain enterprise

(b) Causing another enterprise to refuse to supply a certain enterprise, or to restrict the quantity or substance of goods or services supplied to a certain enterprise

(ii) Unjustly and continually supplying goods or services at a price applied differentially between regions or between parties, thereby tending to cause difficulties to the business activities of other enterprises

(iii) Without justifiable grounds, continuously supplying goods or services at a price far below the cost incurred to supply them, thereby tending to cause difficulties to the business activities of other enterprises

(iv) Supplying goods to another party who purchases said goods from oneself while imposing, without justifiable grounds

(v) Taking any act specified in one of the following, unjustly in light of the normal business practices by making use of one’s superior bargaining position over the other party:

(vi) Any act falling under any of the following acts, which tends to impede fair competition and which is designated by the Fair Trade Commission”

- การมีส่วนร่วมกับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้โดยร่วมมือกับคู่แข่งรายหนึ่ง รายใด โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(ก) ปฏิเสธที่จะจัดหาให้กับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง หรือจำกัดปริมาณหรือ วัตถุประสงค์สำคัญหรือบริการให้กับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง

(ข) ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นปฏิเสธที่จะจัดหาให้กับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง หรือจำกัดปริมาณหรือวัตถุประสงค์สำคัญหรือบริการให้กับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง

- การจัดหาสินค้าหรือบริการอย่างต่อเนื่องโดยไม่เป็นธรรมเพื่อค่าตอบแทนอันเป็น การเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีความโน้มเอียงว่าจะส่งผลให้มีความยุ่งยากต่อกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบ ธุรกิจรายอื่น

- การจัดหาสินค้าหรือบริการอย่างต่อเนื่องโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเพื่อค่าตอบแทน ที่ต่ำกว่าค่าใช้จ่ายสำหรับการจัดหาเกินสมควร ซึ่งมีความโน้มเอียงว่าจะส่งผลให้มีความยุ่งยาก ต่อกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

- การจัดหาสินค้าให้แก่คู่สัญญาอื่นซึ่งซื้อสินค้าดังกล่าวจากตนเอง ขณะที่กำหนด ข้อจำกัดดังต่อไปนี้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

- การกระทำอย่างไม่เป็นธรรมตามวิธีปฏิบัติทางธุรกิจปกติโดยใช้อำนาจต่อรองที่ เหนือกว่าคู่สัญญาอื่นอย่างใดอย่างหนึ่ง

- การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ ซึ่งมีแนวโน้มว่าจะกีดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และซึ่งถูกกำหนดโดยคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม นอกเหนือจากการกระทำที่ได้กำหนดไว้ใน ข้อข้างต้น

ซึ่งในที่นี้จะกล่าวเฉพาะการกระทำที่ไม่เป็นธรรมตามวิธีปฏิบัติทางธุรกิจปกติ และการกระทำซึ่งมีแนวโน้มว่าจะกีดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 2(9) (V) และ (VI)¹² โดยมีรายละเอียดดังนี้

¹² the Antimonopoly Act 1947, Article 2(9)

“ (9) The term "unfair trade practices" as used in this Act means any act falling under any of the following items:

...

(v) Taking any act specified in one of the following, unjustly in light of the normal business practices by making use of one's superior bargaining position over the other party:

(a) Causing the said party in regular transactions (including a party with whom one intends to have regular transactions newly; the same shall apply in (b) below) to purchase goods or services other than the one pertaining to the said transactions

(b) Causing the said party in regular transactions to provide for oneself money, services or other economic benefits

(c) Refusing to receive goods pertaining to transactions from the said party, causing the said party to take back the goods pertaining to the transactions after receiving the said goods from the said party, delaying the payment of the transactions to the said party or reducing the amount of the said

payment, or otherwise establishing or changing trade terms or executing transactions in a way disadvantageous to the said party

(vi) Any act falling under any of the following acts, which tends to impede fair competition and which is designated by the Fair Trade Commission, other than the acts listed in the preceding items:

(a) Unjustly treat other entrepreneurs in a discriminatory manner

(b) Dealing with unjust consideration

(c) Unjustly inducing or coercing customers of a competitor to deal with oneself

(d) Dealing with another party on such conditions as will unjustly restrict the business activities of the said party

(e) Dealing with another party by unjust use of one's bargaining position

(f) Unjustly interfering with a transaction between an entrepreneur in competition with it in Japan with oneself or a corporation of which oneself is a shareholder or an officer and another

“คำว่า “การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม” ในพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง การกระทำดังต่อไปนี้

...

(v) การกระทำอย่างไม่เป็นธรรมตามวิธีปฏิบัติทางธุรกิจปกติโดยใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่สัญญาอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

(ก) ทำให้คู่สัญญานั้น (รวมถึงคู่สัญญาซึ่งเจตนาที่จะมีการดำเนินธุรกิจปกติใหม่ ซึ่งใช้กับข้อ (ข) ด้วย) ซื้อสินค้าหรือบริการอย่างอื่นนอกเหนือจากอันที่เหมาะสมกับการดำเนินธุรกิจปกติ

(ข) ทำให้คู่สัญญานั้นให้เงิน บริการ หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นให้แก่ตนเองในการดำเนินธุรกิจปกติ

(ค) ปฏิเสธที่จะรับสินค้าที่เหมาะสมกับการดำเนินธุรกิจจากคู่สัญญานั้น ทำให้คู่สัญญานั้นยอมรับสินค้าที่เหมาะสมกับการดำเนินธุรกิจคืน ภายหลังจากได้รับสินค้านั้นจากคู่สัญญานั้นแล้ว ชำระเงินสำหรับการดำเนินธุรกิจให้แก่คู่สัญญานั้นล่าช้า หรือลดจำนวนเงินที่ต้องชำระ หรือสร้างหรือเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดการค้าหรือการดำเนินธุรกิจในทางที่ไม่เป็นคุณแก่คู่สัญญานั้น

(vi) การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ ซึ่งมีแนวโน้มว่าจะกีดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและซึ่งถูกกำหนดโดยคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม นอกเหนือจากการกระทำที่ได้กำหนดไว้ในข้อข้างต้น

(ก) การปฏิบัติต่อผู้ประกอบการรายอื่นโดยเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม

(ข) การกำหนดค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรม

transaction counterparty; or, in case such entrepreneur is a corporation, unjustly inducing, instigating or coercing a shareholder or an director of such corporation to act against the interests of such corporation.

(ค) ชักชวนหรือบีบบังคับลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งให้เป็นลูกค้าของตน
อย่างไม่เป็นธรรม

(ง) การกำหนดเงื่อนไขซึ่งจะทำให้เป็นการจำกัดกิจกรรมทางธุรกิจให้แก่
คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

(จ) การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของตนอย่างไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญา
อีกฝ่ายหนึ่ง

(ฉ) การแทรกแซงอย่างไม่เป็นธรรมต่อการดำเนินธุรกิจระหว่างผู้ประกอบ
ธุรกิจอื่นในการแข่งขันในประเทศญี่ปุ่นกับตนเอง หรือบริษัทที่ตนเองเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นพนักงาน
หรือเป็นคู่ค้าในการดำเนินธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่ง หรือในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นบริษัท ชักชวน กระตุ้น
บีบบังคับ ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทอย่างไม่เป็นธรรมเพื่อให้กระทำการอันเป็นการขัดต่อ
ผลประโยชน์ของบริษัท”

ทั้งนี้ คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม ได้ออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการปฏิบัติ
ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเรียกว่า Designation of Unfair Trade Practices ปี ค.ศ. 1982 โดยได้มีการ
กำหนดลักษณะการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่เป็นรูปธรรมไว้ทั้งสิ้น 15 การกระทำ ซึ่งใน
ที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะแนวปฏิบัติของพฤติกรรมที่เป็นการใช้มาตรการชักจูงหรือบังคับให้ลูกค้าของ
คู่แข่งต้องประกอบธุรกรรมกับตนโดยสรุปใจว่าสำคัญได้ ดังนี้¹³

¹³ Designation of Unfair Trade Practices January 4th, 2010 (Fair Trade Commission Public Notice
No. 15 of June 18, 1982) ออนไลน์; http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepractices.html
(Deceptive Customer Inducement)

(8) Unjustly inducing customers of a competitor to trade with oneself by causing them
to misunderstand that the substance of goods or services supplied by oneself, or its trade terms,
or other matters relevant to such trade are much better or much more favorable than the actual
ones or than those pertaining to the competitor.

(Customer Inducement by Unjust Benefits)

(9) Inducing customers of a competitor to trade with oneself by offering unjust benefits
in light of normal business practices.

“การกำหนดการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

...

(การชักจูงใจลูกค้าอันเป็นการหลอกลวง)

(8) การชักจูงลูกค้าของคุณคู่แข่งทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม โดยผู้ใดทำให้ลูกค้าของบริษัทคู่แข่งทางการค้านั้นสำคัญผิดว่า สารสำคัญของสินค้าหรือบริการ ข้อกำหนดทางการค้า หรือการอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการค้าดังกล่าว นั้น ดีกว่าหรือเป็นที่นิยมมากกว่าความเป็นจริง หรือดีกว่า หรือเป็นที่นิยมมากกว่าของคุณคู่แข่งทางการค้า

(การชักจูงใจลูกค้าโดยผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรม)

(9) การชักจูงใจลูกค้าของคุณคู่แข่งทางการค้า โดยผู้ใดเสนอผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมตามการปฏิบัติทางธุรกิจปกติตามความเป็นจริง”

พฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่น ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจทุกราย โดยที่ไม่ต้องพิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดย the Antimonopoly Act มาตรา 19 กำหนดว่าห้ามผู้ประกอบธุรกิจใช้วิธีปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และได้มีการกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่ถือว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ทั้งสิ้น 6 กลุ่ม เพื่อให้พฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้ามีความชัดเจนมากขึ้น ซึ่งกลุ่มที่ใกล้เคียงกับการกระทำที่มีอิทธิพลทางการค้าปกติ ตามแนวปฏิบัติของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย คือ การกระทำที่ไม่เป็นธรรมตามวิธีปฏิบัติทางธุรกิจปกติ และการกระทำซึ่งมีแนวโน้มว่าจะเป็นการกีดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม โดยกฎหมายได้อธิบายลักษณะการกระทำที่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้อย่างละเอียด เช่น การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่สัญญา, การกำหนดค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรม หรือการชักชวนหรือบีบบังคับลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งให้เป็นลูกค้าของตนอย่างไม่เป็นธรรม เป็นต้น และคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมได้ออกแนวปฏิบัติที่เรียกว่า Designation of Unfair Trade Practices ปี ค.ศ. 1982 เพื่อกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งมีทั้งสิ้น 15 การกระทำ ทำให้รูปแบบการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่นมีความชัดเจน อีกทั้ง กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นยังให้อำนาจคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมสามารถกำหนดการกระทำซึ่งมีแนวโน้มว่าจะกีดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรมได้ ทำให้กฎหมายของ

ประเทศญี่ปุ่นในเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมครอบคลุมลักษณะการกระทำต่าง ๆ และมีความยืดหยุ่นในการใช้บังคับมากกว่าประเทศไทย ในส่วนของการบังคับใช้กฎหมายนั้น คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมและศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่รับผิดชอบโดยตรง โดยคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมมีอำนาจที่จะสอบสวนในกรณีที่สงสัยว่าจะมีการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยมีอำนาจเรียกพยาน วิเคราะห์หลักฐาน ตลอดจนตัดสินว่ามีการละเมิดจริงหรือไม่ คำตัดสินของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมอาจถูกอุทธรณ์ไปยังศาลสูงเมือง Tokyo (The Tokyo High Court) และอาจถูกฎีกาไปยังศาลฎีกาได้¹⁴

ทั้งนี้ เรื่องการกำกับดูแลพฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices) ของประเทศญี่ปุ่น เปรียบเทียบกับประเทศไทย สรุปได้ดังนี้

ตารางเปรียบเทียบการกำกับดูแลพฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย กับ ประเทศญี่ปุ่น

| รายละเอียด | ประเทศไทย | ประเทศญี่ปุ่น | เปรียบเทียบ |
|---|--|--|--|
| การควบคุมวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ | ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการ | ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้วิธีปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Act on Prohibition of Private Monopolization and the Maintenance of Fair Trade 1947 Section 19) | ประเทศญี่ปุ่นมีการระบุพฤติกรรมที่ถือเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เฉพาะเจาะจงมากกว่าประเทศไทย |

¹⁴ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลีใต้ ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย” (การศึกษาทางด้านกฎหมาย) เสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, (สิงหาคม 2542), บทที่ 1 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น, หน้า 1-23

| | | | |
|---|--|---|---|
| | ประกอบธุรกิจ (พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พศ. 2542 มาตรา 29) | | |
| แนวปฏิบัติพฤติกรรม ทางการค้าที่ไม่เป็น ธรรม (เฉพาะที่ใกล้เคียง กับกรณีศึกษา) | การกระทำอื่นใดที่มีใจเป็น วิสัยทางการค้าปกติ และมี เจตนาทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัด การประกอบธุรกิจ หรือมิให้ ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือ ต้องล้มเลิกธุรกิจไป | 1. การชักจูงลูกค้าของ คู่แข่งโดยไม่เป็นธรรม โดย ทำให้ลูกค้าของคู่แข่ง สำคัญผิดว่าสาระสำคัญ ของสินค้าหรือบริการ ข้อกำหนดทางการค้า หรือ การอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับ การค้าดังกล่าวนั้นดีกว่า หรือเป็นที่นิยมมากกว่า ความเป็นจริง หรือดีกว่า หรือเป็นที่นิยมมากกว่า ของคู่แข่ง 2. การชักจูงใจลูกค้าที่ไม่ เป็นธรรม โดยเสนอ ผลประโยชน์ที่ไม่เป็น ธรรมตามการปฏิบัติ ทางธุรกิจปกติตาม ความเป็นจริง | แนวปฏิบัติของประเทศ ญี่ปุ่น มีการกำหนด พฤติกรรมทางการค้าที่ ไม่เป็นธรรมที่ละเอียด กว่าประเทศไทย |

3.3.2.2 แนวคำตัดสินของประเทศญี่ปุ่น

Japan Fair Trade Commission Recommendation Decision No.7 of 2002, the Mitsubishi Electric Building Techno-Service Corporation

ในวันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ.2545 คณะกรรมการการแข่งขันที่เป็นธรรมญี่ปุ่น (The Japan Fair Trade Commission “JFTC”) ได้มีคำแนะนำตามมาตรา 48 (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการห้ามผูกขาดและการรักษาการแข่งขันที่เป็นธรรม (“พรบ.ห้ามผูกขาด”) ถึงบริษัท Mitsubishi Electric Building Techno-Service Corporation (“บริษัทฯ”) ซึ่งบริษัทฯ ได้ยอมรับคำแนะนำ JFTC จึงได้มีคำตัดสินภายใต้มาตรา 48(4) แห่งพรบ.ห้ามผูกขาด ตามแนวทางของคำแนะนำดังกล่าว

คำสั่งของ JFTC

ก. บริษัทฯ จะต้องหยุดการกระทำที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจโดยไม่เป็นธรรมในธุรกรรมของผู้ให้บริการซ่อมบำรุงอิสระ ซึ่งให้บริการซ่อมบำรุงอุปกรณ์เกี่ยวกับลิฟต์ของบริษัทฯ ดังต่อไปนี้

(1) ส่งมอบชิ้นส่วน อุปกรณ์ในการซ่อมบำรุงให้ผู้ให้บริการซ่อมบำรุงอิสระล่าช้า แม้ว่าบริษัทฯ จะมีชิ้นส่วน อุปกรณ์ดังกล่าวสำรองอยู่แล้วซึ่งสามารถส่งมอบให้ทันกำหนดระยะเวลาได้

(2) ขายชิ้นส่วน อุปกรณ์ในการซ่อมบำรุงให้แก่ผู้ให้บริการอิสระในราคาสูงกว่าราคา ที่บริษัทฯ ขายให้แก่ลูกค้าของบริษัทฯ เองอย่างมากโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ข. บริษัทฯ จะต้องแก้ไขข้อสัญญาของบริษัทฯ เพื่อมิให้เกิดการกระทำที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจโดยไม่เป็นธรรมดังกล่าวข้างต้น

ค. บริษัทฯ จะต้องแจ้งผู้ให้บริการอิสระและลูกจ้างของบริษัทฯ ให้ทราบถึงมาตรการดังกล่าวในข้อ ก. และ ข. ข้างต้น รวมถึงให้คำมั่นว่าจะไม่กระทำการอันเป็นการแทนแซงการประกอบธุรกิจโดยไม่เป็นธรรมดังกล่าวอีกในอนาคต

ง. บริษัทฯ จะต้องไม่กระทำการอันเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ให้บริการซ่อมบำรุงอิสระโดยไม่เป็นธรรม รวมถึงการกระทำอันคล้ายคลึงกันอีกในอนาคต

จ. บริษัทฯ จะต้องแจ้ง JFTC ให้ทราบถึงมาตรการที่ได้กระทำไปตามคำสั่งในข้อ ก. ถึง ง. ข้างต้น

ข้อเท็จจริง

บริษัทฯ มีนโยบายที่จะให้บริการซ่อมบำรุงอุปกรณ์ลิฟต์ที่บริษัทฯ ขายด้วยตนเอง แต่ในปี พ.ศ. 2538 บริษัทฯ พบว่าสัญญาซ่อมบำรุงที่บริษัทฯ มีกับเจ้าของลิฟต์มีจำนวนลดลง เนื่องจากเจ้าของลิฟต์ได้ไปทำสัญญาซ่อมบำรุงอุปกรณ์ลิฟต์กับบริษัทผู้ให้บริการซ่อมบำรุงอิสระแทน

บริษัทฯ จึงได้กำหนดนโยบายเพื่อรักษาส่วนแบ่งตลาดในการซ่อมบำรุงอุปกรณ์ลิฟต์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาและขยายจำนวนสัญญาซ่อมบำรุงและป้องกันการลดราคาซ่อมบำรุงอุปกรณ์ลิฟต์

ต่อมาในวันที่ 28 เมษายน พ.ศ. 2543 บริษัทฯ ได้ออกเอกสารภายในกำหนดนโยบายและแนวทางในการขายชิ้นส่วนอุปกรณ์ซ่อมบำรุงลิฟต์ให้แก่ผู้ให้บริการซ่อมบำรุงอิสระ ดังนี้

(1) การส่งมอบชิ้นส่วนอุปกรณ์จะมีเงื่อนไขว่าจะต้องสั่งซื้อชิ้นส่วนกับผู้ผลิตเมื่อได้รับคำสั่งซื้อแล้วเท่านั้น (ไม่ขายชิ้นส่วนที่บริษัทฯ มีสำรอง) และ

(2) ราคาขายต้องมีมูลค่าเป็นสามเท่าของราคาที่ซื้อจากผู้ผลิต

การกระทำดังกล่าวของบริษัทฯ ส่งผลให้ผู้ให้บริการอิสระมีความยากลำบากในการประกอบธุรกิจอย่างมากเพราะต้องให้บริการด้วยความล่าช้าและต้องคิดค่าชิ้นส่วนลิฟต์ในราคาแพง และทำให้เจ้าของลิฟต์เลิกใช้บริการในที่สุด การกระทำของบริษัทฯ จึงเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

JFTC จึงมีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของบริษัทฯ เป็นความผิดตามย่อหน้า 15 ของการกระทำอันไม่เป็นธรรมทางการค้า ตามประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเลขที่ 15 ปี พ.ศ. 2525 และฝ่าฝืนมาตรา 19 แห่ง พรบ.ห้ามผูกขาด

3.3.3 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้

3.3.3.1 พฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices)

กฎหมายที่กำกับดูแลพฤติกรรมการแข่งขันในการประกอบธุรกิจในประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ คือ Monopoly Regulation and Fair Trade Act 1980 โดยเรื่องการห้ามการกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมบัญญัติไว้ในหมวดที่ 5 เรื่องการห้ามการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 23¹⁵ โดยมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

“มาตรา 23 ห้ามการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

(1) ห้ามกิจการใด ๆ กระทำการดังต่อไปนี้ ซึ่งมีผลทำให้การค้าที่เป็นธรรมเสียหายหรืออาจเสียหาย (ซึ่งในที่นี้จะเรียกว่า “การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม”) รวมถึงการกระทำของบริษัทในเครือ หรือให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการนั้น

¹⁵ Monopoly Regulation and Fair Trade Act: Article 23 (Restriction of Unfair Trade Practices)

“(1) Any undertaking shall neither engage in any of the following conducts that harms or is likely to harm fair trade (hereinafter unfair trade practices), nor cause affiliated company or other undertakings to engage in such conduct:

1. Unjustly refusing to deal or treating a trading party in a discriminatory manner
2. Unjustly excluding competitors
3. Unjustly inducing or coercing customers of a competitor to deal with oneself
4. Trading by unjustly using a superior bargaining position
5. Trading on such condition restraining the business activity of the trading party or hindering the business activity of other undertakings
6. [Repealed]
7. Unjustly giving aid to the Specially-Related Person or other company through any of the following conducts:
 - ...
8. Any conduct, except the conduct in No. 1 to 7, that is likely to harm fair trade”

1. ปฏิเสธที่จะประกอบธุรกรรมหรือเลือกปฏิบัติกับคู่ค้าบางรายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
2. กีดกันคู่แข่งโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
3. ใช้มาตรการชักจูงหรือบังคับให้ลูกค้าของคู่แข่งต้องประกอบธุรกรรมกับตนแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
4. ทำธุรกิจโดยใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
5. การกระทำที่เป็นการประกอบธุรกรรมกับผู้อื่นภายใต้เงื่อนไขที่เป็นการจำกัดหรือก่อความเสียหายแก่ธุรกิจอื่นๆ
- 6 -ยกเลิก-
- 7 ให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลหรือบริษัทที่มีความสัมพันธ์กันเป็นพิเศษ ไม่ว่าจะข้อหนึ่งข้อใด...
- 8 การกระทำใด ๆ นอกเหนือจากการกระทำที่กล่าวมาตามข้อ 1-7 ซึ่งอาจมีผลทำให้การค้าที่เป็นธรรมเสียหาย”

ทั้งนี้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ได้มีแนวปฏิบัติเพื่อใช้ในการประเมินพฤติกรรมที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม คือ Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices ปี ค.ศ. 2012 ซึ่งในที่นี่จะกล่าวถึงเฉพาะแนวปฏิบัติของพฤติกรรมที่เป็นการใช้มาตรการชักจูงหรือบังคับให้ลูกค้าของคู่แข่งต้องประกอบธุรกรรมกับตนโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร¹⁶ โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

¹⁶ Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices April 25, 2012 : V. Assessment of Illegality by Types of Conduct :

4. Unfair Use of Incentives

To maximize satisfaction, consumers must be able to purchase good quality, low-priced goods or services based on accurate information. Therefore, an undertaking must use price

and quality of the supplied goods or services to compete in the market. In light of such a fact, luring customers from a competitor by interfering with trade, using fraudulent schemes or providing unfair benefits is considered as using unfair means to compete.

Therefore, such conducts are prohibited as they undermine the competitive order and prevent consumers from selecting good quality, low-priced goods or services.

A. Provision of Unfair Benefits It refers to conducts in which an undertaking provides or offers to provide unfair or excessive benefits in violation of the standard trade practices to lure customers from its competitors

...

(2) Criteria for Assessment of Illegality

(A) Primary consideration is made as to whether the provision of benefits harms the competitive order by using unfair competitive means other than cost and quality.

(B) The following shall be considered in determining whether or not the conduct qualifies as use of an unfair competitive means:

1) Whether the provided benefits are unfair or excessive is determined based on the standard trade practice. Standard trade practice is a practice that is ordinarily carried out in the industry. However, this

means that the fact of the case are assessed against ordinary customs that are dictated by the rule of competition, and thus may not necessarily correspond to the actual trade practice. A benefit is unfair if it is considered as inappropriate according to the standard trade practice or if it is prohibited by relevant statutes. A benefit is excessive if its amount exceeds the customary level in accordance with the standard trade

practice. If the provided benefit is a gift, it shall not exceed the level permitted by the "Types of and Criteria for Unfair Trading on Free Gift" (Announcement of the Fair Trade Commission).

2) Whether the undertaking is capable of luring the competitor's customers (including those of the potential competitor s). The undertaking that offers or provides benefits does not need to engage in an actual trade with the customers of the competitor; as long as it is capable of influencing the decision-making of the customers, the likelihood is acknowledged.

(C) Even if the offer or provision of benefits qualifies as use of unfair competitive means, the following reasons shall rebut the illegality of the conduct challenged:

1) The efficiency-enhancing effect or consumer welfare appreciably exceeds the anti-competitive effect.

2) Provision of benefits is deemed to have other reasonable justifications.

“การชักจูงลูกค้าอย่างไม่เป็นธรรม

เพื่อประโยชน์สูงสุด ลูกค้าต้องสามารถซื้อสินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพในราคาที่ถูกลง โดยต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่ถูกต้อง เช่น วิธีการแข่งขันในด้านราคาและคุณภาพของสินค้าหรือบริการ การชักจูงลูกค้าของคู่แข่งเพื่อขัดขวางทางการค้า, การหลอกลวงหรือให้สิทธิประโยชน์อันไม่เป็นธรรม, คำสั่งอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างเหมาะสมและการขัดขวางไม่ให้ลูกค้าเลือกซื้อสินค้าที่มีคุณภาพในราคาถูกลง เหล่านี้เป็นการกระทำที่ต้องห้าม

ก) การกระทำอันเป็นการให้หรือเสนอว่าจะให้ผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมหรือมากเกินไปกว่าปกติการเป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานการปฏิบัติทางการค้าเพื่อชักจูงลูกค้ามาจากคู่แข่ง

(1) คำนิยาม

(ก) การกระทำอันเป็นการให้หรือเสนอว่าจะให้ผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมหรือมากเกินไปกว่าปกติเป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานการปฏิบัติทางการค้าเพื่อชักจูงลูกค้ามาจากคู่แข่ง : ลูกค้าของคู่แข่ง หมายถึงลูกค้าที่กำลังทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งของธุรกิจที่เป็นประเด็นหรือรักษาความสัมพันธ์กับ

(3) Examples of Conducts that may be Considered a Violation of the Act

(A) An undertaking makes offers for or provides illegal rebates to customers so that they would purchasing its goods or services.

(B) An undertaking provides gifts in excess of the level permitted by the "Types of and Criteria for Unfair Trading on Free Gifts" (Announcement of the Fair Trade Commission) (e.g., in case the free gift for consumers is 10 percent of the trading value, if the free gift rewarded to consumers exceeds 1 percent of the goods or service, and in case the value of the free gift rewarded to consumers exceeds KRW 1 million)

(C) A undertaking lures customers by making offers for or providing benefits such as rebates to those who introduce, request, or advise the competitor's customers to engage in trade with the undertaking.

(D) An undertaking provides illegal financial benefits, including money, to win a contract from or engage in a trade with a specific undertaking.”

คู่แข่งนั้น รวมถึงผู้ที่มีความเป็นไปได้ที่จะเป็นลูกค้าซึ่งสามารถที่จะมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นคู่แข่งของธุรกิจที่เป็นประเด็น

(ข) การกระทำ รวมถึงรูปแบบทั้งหมดของการเสนอหรือการให้ผลประโยชน์ รวมทั้งที่ปรากฏทางสัญลักษณ์หรือทางโฆษณา การได้ประโยชน์ในเชิงรับ (passive benefit) เช่น การยกเว้นไม่คิดราคาหรือยกเว้นหน้าที่ในการจัดหาหลักประกัน การขยายระยะเวลาชำระเงิน การลดค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระ และการได้ประโยชน์ในเชิงรุก (active benefit) เช่น การเพิ่มข้อกำหนดของสินค้าพิเศษของธุรกิจ เมื่อมีการเปลี่ยนจากสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งเป็นสินค้าของธุรกิจที่เป็นประเด็น

(ค) การได้รับผลประโยชน์ของคู่สัญญา รวมถึงลูกค้าและธุรกิจนั้น

(2) หลักเกณฑ์การประเมินการกระทำผิด

(ก) การพิจารณาเบื้องต้นให้พิจารณาว่าการกระทำใด ๆ ก็ตามที่เป็นการให้สิทธิประโยชน์ที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันโดยการใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอื่น ๆ นอกเหนือจากการแข่งขันในด้านราคาและคุณภาพ

(ข) การพิจารณาในการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นการใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันหรือไม่ มีดังนี้:

1) การให้สิทธิประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรม หรือที่มากเกินไปจนควรหรือไม่นั้น พิจารณามาตรฐานของมาตรฐานการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นมาตรฐานการปฏิบัติตามปกติในอุตสาหกรรม ในที่นี้หมายความว่า การกระทำนั้นมีการกำหนดไว้โดยตรงตามกฎหมายของการแข่งขัน ซึ่งอาจไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับหลักการปฏิบัติทางการค้าที่เกิดขึ้นจริง สิทธิประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมนั้นหากพิจารณาได้ว่าไม่เป็นไปตามมาตรฐานการปฏิบัติทางการค้า หรือเป็นสิ่งต้องห้ามโดยกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง สิทธิประโยชน์ที่มากเกินไปจนควรนั้นหากสิทธิประโยชน์ที่ให้ มีจำนวนสูงกว่าระดับธรรมเนียมปฏิบัติที่สอดคล้องกับมาตรฐานการปฏิบัติทางการค้า หรือหากสิทธิประโยชน์ที่ให้ เป็นของขวัญก็ต้องไม่เกินกว่าระดับที่ได้อนุญาตไว้ตาม "ประเภทและเกณฑ์ที่ใช้ในการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการให้ของขวัญฟรี" ด้วย

2) กิจการนั้นมีความสามารถในการชักจูงลูกค้าของคู่แข่งหรือไม่ (รวมทั้งกิจการที่มีศักยภาพ) กิจการที่ให้หรือเสนอว่าจะให้สิทธิประโยชน์ไม่จำเป็นต้องร่วมทำการค้าจริง ๆ กับลูกค้า

ของคู่แข่ง トラบใดที่มีความสามารถในการมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของลูกค้า ย่อมถือว่ามีความเป็นไปได้ที่จะกระทำการนั้น

(ค) แม้ว่าการให้หรือเสนอว่าจะให้สิทธิประโยชน์ที่มีคุณสมบัติเป็นวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้อาจใช้ได้แย้งได้ว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย

1) ทำให้เกิดประสิทธิภาพเป็นการเสริมสร้างประสิทธิภาพหรือเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคมากกว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขัน

2) การให้สิทธิประโยชน์ที่มีเหตุผลที่เหมาะสม

(3) ตัวอย่างของการปฏิบัติที่อาจจะถือว่าละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด

(ก) กิจการทำข้อเสนอหรือให้ส่วนลดที่ผิดกฎหมายให้กับลูกค้าเพื่อให้ลูกค้าจะซื้อสินค้าหรือบริการของตน

(ข) กิจการให้ของขวัญในส่วนที่เกินจากระดับที่อนุญาตไว้ตาม "ประเภทและเกณฑ์ที่ใช้ในการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการให้ของขวัญฟรี" (เช่น ของขวัญที่ให้ลูกค้า คือ ร้อยละ 10 ของมูลค่าการซื้อขาย, ถ้าของขวัญฟรีที่ให้กับลูกค้าที่ได้รับรางวัลสูงกว่าร้อยละ 1 ของสินค้าหรือบริการ และมูลค่าของของขวัญฟรีที่ให้กับลูกค้าเกินกว่า 1 ล้านดอลลาร์)

(ค) กิจการหลอกล่อลูกค้าโดยการทำข้อเสนอหรือการให้สิทธิประโยชน์ เช่น การให้ส่วนลดทางการค้ากับผู้แนะนำ ขอหรือให้คำแนะนำลูกค้าของคู่แข่งเพื่อให้ร่วมทำการค้ากับกิจการ

(ง) กิจการให้สิทธิประโยชน์ทางการเงินที่ผิดกฎหมาย รวมทั้งเงิน เพื่อให้ชนะสัญญาหรือเพื่อให้มีส่วนร่วมในการค้ากับกิจการที่เฉพาะเจาะจง. "

จากบทบัญญัติในเรื่องการกำกับดูแลพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices) ของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ สามารถสรุปได้ว่ากฎหมายที่ควบคุมการปฏิบัติทางการค้าของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ คือ Monopoly Regulation and Fair Trade Act 1980 มาตรา 23 ซึ่งบัญญัติว่า "ห้ามกิจการใด ๆ กระทำการดังต่อไปนี้ ซึ่งมีผลทำให้การค้าที่เป็นธรรมเสียหายหรืออาจเสียหาย" โดยกำหนดลักษณะการกระทำที่ถือเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่มีผลทำให้

การค้าที่เป็นธรรมเสียหาย ไว้ทั้งสิ้น 8 ลักษณะ ซึ่งลักษณะการกระทำที่ใกล้เคียงกับการกระทำที่มีใช้วิสัยทางการค้าปกติ ตามแนวปฏิบัติของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย คือ ใช้มาตรการชักจูงหรือบังคับให้ลูกค้าของคู่แข่งต้องประกอบธุรกรรมกับตนแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และได้มีการออกแนวปฏิบัติเพื่อใช้ในการประเมินพฤติกรรมที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ที่เรียกว่า Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices ปี ค.ศ. 2012 โดยแนวปฏิบัตินี้ได้มีการอธิบายถึงวัตถุประสงค์ที่ห้ามการกระทำนั้น คำนิยาม หลักเกณฑ์การประเมินความผิด และตัวอย่างของการปฏิบัติที่อาจจะถือว่าผิดกฎหมายไว้อย่างละเอียด ทำให้กฎหมายในเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลีได้มีความชัดเจนกว่าประเทศไทยเป็นอย่างมาก ในส่วนของการบังคับใช้กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม โดยสำนักงานของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมได้มอบอำนาจให้คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมในการบริหารและบังคับใช้กฎหมาย ทั้งนี้ เมื่อพบว่ามีกรณีผิดกฎหมาย เลขาธิการของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมมีอำนาจในการสืบสวนข้อกล่าวหาที่นั้น ซึ่งหากพบว่าข้อกล่าวหาที่นั้นไม่มีมูลความผิด หรือเป็นการกระทำความผิดเพียงเล็กน้อยไม่สำคัญ เลขาธิการคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมจะเป็นผู้ตัดสินโดยอาจมีการออกคำสั่งตักเตือน หรือให้ผู้กระทำความผิดแก้ไขให้ถูกต้องแล้วรายงานความผิดนั้นให้คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมทราบ แต่หากเลขาธิการคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมพบว่าข้อกล่าวหาที่นั้นเป็นความผิดร้ายแรงก็จะต้องส่งเรื่องให้คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาตัดสิน โดยคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมอาจมีคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดแก้ไขการกระทำผิด หรือสั่งให้ชำระค่าปรับ หรืออาจร้องขอให้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ หากผู้ถูกกล่าวหาไม่พอใจคำสั่งตัดสินของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม ผู้ถูกกล่าวหาสามารถอุทธรณ์คำสั่งตัดสินของคณะกรรมการไปยังศาลสูงเมืองโซล (the Soul High Court) ได้ และหากคู่กรณียังไม่พอใจคำสั่งตัดสินอีกก็สามารถฎีกาคำพิพากษาของศาลไปยังศาลฎีกาได้¹⁷

¹⁷ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลีใต้ ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย” (การศึกษาทางด้านกฎหมาย) เสนอต่อ กรมการ

ทั้งนี้ จากบทบัญญัติในเรื่องการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices) ของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ เปรียบเทียบกับประเทศไทย สรุปได้ดังนี้

**ตารางเปรียบเทียบการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย
กับ ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้**

| รายละเอียด | ประเทศไทย | สาธารณรัฐเกาหลีใต้ | เปรียบเทียบ |
|---|--|--|--|
| การควบคุมวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ | ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่าง เป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัด การประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือ เพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ 2542 มาตรา 29) | มาตรา 23 ห้ามการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ดังนี้ - ใช้มาตรการชก้างหรือ บังคับให้ลูกค้าของคู่แข่ง ต้องประกอบธุรกรรมกับ ตนแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่มี เหตุผลอันสมควร (Monopoly Regulation and Fair Trade Act Article 23) | สาธารณรัฐเกาหลีใต้มี การระบุพฤติกรรมที่ ถือเป็นการแข่งขันที่ไม่ เป็นธรรมเฉพาะเจาะจง มากกว่าประเทศไทย |
| แนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (เฉพาะที่ใกล้ชิดกับกรณีศึกษา) | การกระทำอื่นใดที่มีใช่เป็นวิสัยทางการค้าปกติ และมีเจตนาทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัด | การชก้างลูกค้าอย่างไม่เป็นธรรม คือ การกระทำที่เป็นการให้หรือเสนอว่าจะให้ผลประโยชน์ที่ไม่เป็น | แนวปฏิบัติของ สาธารณรัฐเกาหลีใต้มี การกำหนดพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม |

| รายละเอียด | ประเทศไทย | สาธารณรัฐเกาหลีใต้ | เปรียบเทียบ |
|------------|--|--|-----------------------------|
| | การประกอบธุรกิจ หรือมิให้ ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้อง ล้มเลิกธุรกิจไป | ธรรมหรือมากเกินไปปกติ เพื่อชักจูงลูกค้ามาจาก คู่แข่ง | ที่ละเอียดกว่าประเทศ ไทย |

3.3.3.2 แนวคำตัดสินของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้

คดี A Case of Unfairly Luring Customers by 17 Pharmaceutical Companies¹⁸

คำวินิจฉัยคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมเกาหลี (KFTC) เลขที่ 2009-117 ตลาตยามีความแตกต่างจากสินค้าประเภทอื่น ๆ เนื่องจากแพทย์ผู้สั่งยาจะเป็นผู้ที่มีสิทธิเลือกยี่ห้อยามิใช่คนซื้อหรือคนใช้ ดังนั้น บริษัทขายยาจึงต้องรักษาความสัมพันธ์อันดีกับแพทย์ผ่านทางรายการส่งเสริมการขายและกิจกรรมการตลาดให้แก่บุคลากรทางการแพทย์และโรงพยาบาล ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นการให้ส่วนลดทางการค้าให้สั่งซื้อยามิครั้งละมากๆ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้โรงพยาบาลไปซื้อยาจากบริษัทคู่แข่ง

คดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมและแนวปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมที่กระทำโดยบริษัทขายยาซึ่งเป็นบริษัทภายในประเทศและบริษัทข้ามชาติในการส่งเสริมการขายและเพิ่มยอดขายให้แก่ผลิตภัณฑ์ของตน โดยให้ผลประโยชน์แก่เภสัชกร คลินิก และโรงพยาบาลที่เกี่ยวข้อง เช่น ค่าสัมมนา และการประชุมทางไกล ค่าใช้จ่ายและการสนับสนุนภายใต้ชื่อของระบบการตรวจสอบภายหลังการวางตลาด (Post market surveillance) (PMS)

ในวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2007 KFTC ได้ออกคำสั่งให้แก้ไขและเรียกค่าปรับจำนวน 19.9 พันล้านวอน จาก 10 บริษัทขายยาเนื่องจากจากการตรวจสอบครั้งแรกพบว่าบริษัทเหล่านั้นได้กระทำการอันเป็นการจูงใจลูกค้าด้วยวิธีการอันไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ KFTC ได้ยื่นฟ้องผ่านอัยการให้ดำเนินคดีอาญากับ 5 บริษัทขายยา กล่าวคือ Dong-A Pharmaceutical, Yuhan, Hanmi Pharmaceutical, Green Cross, และ Choongwae Pharmaceutical

¹⁸ "A Case of Unfairly Luring Customers by 17 Pharmaceutical Companies," (Korea Fair Trade Commission, 2005).

อีกทั้ง KFTC ได้ดำเนินการตรวจสอบครั้งที่ 2 และต่อมาในวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 2009 KFTC ได้ออกคำสั่งให้แก้ไขและเรียกค่าปรับจำนวน 20.3 พันล้านวอน จาก 7 บริษัทขายยา ซึ่งจากการตรวจสอบครั้งที่ 2 นี้ KFTC พบว่าบริษัทขายยาดังกล่าวได้กระทำการอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรมในการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น กล่าวคือ Daewoong Pharmaceutical ได้ชักจูงให้บริษัทอื่นลดราคาขายพื้นฐานของสินค้าต้นแบบ “Gliatilin” ซึ่งกำลังจะหมดอายุสิทธิบัตร และต่อมาได้มีการยื่นแจ้งราคาขายที่ถูกลดดังกล่าวต่อคณะบริหารอาหารและยาเกาหลี การกระทำดังกล่าวเป็นการขัดขวางคู่แข่งในการนำเอายาพื้นฐานออกวางจำหน่ายแข่งกับ Daewoong Pharmaceutical นอกจากนี้ ยังพบว่า MSD ได้ใส่ร้ายด้วยข้อความอันเป็นเท็จต่อสินค้าใหม่ที่ออกวางจำหน่ายในชื่อ “Alofia Tab” ซึ่งเป็นสินค้าที่ผลิตในประเทศอินเดีย เพราะสินค้านี้ดังกล่าว เป็นคู่แข่งกับสินค้าชื่อ “Propsecia” ของบริษัท MSD ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น

การดำเนินคดีในชั้นศาลสูงแห่งกรุงโซล

ต่อมา 9 จาก 10 บริษัทขายยาดังกล่าวได้คัดค้านคำสั่งของ KFTC และยื่นฟ้องคดีต่อศาลสูงแห่งกรุงโซล ซึ่งศาลสูงแห่งกรุงโซลได้พิพากษาให้ KFTC ชนະคดีโดยพิพากษายืนตามคำสั่งของ KFTC ต่อ 4 บริษัท ดังนี้ Dong-A, Choongwae, Korea Pfizer และ Jeil ในส่วนคดีต่อ 5 บริษัทที่เหลือ KFTC แพ้คดีบางส่วนดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

ในส่วนของคดีที่ยื่นฟ้องโดย Green Cross และ Yuhan ศาลสูงแห่งกรุงโซลพิพากษาข้อเท็จจริงที่ KFTC ออกคำสั่งปรับและคำสั่งให้แก้ไขการกระทำของบริษัททั้งสองในการให้เงินสนับสนุนในการเลี้ยงรับรองแพทย์ การออกค่าเล่นกอล์ฟ การให้สินค้าตัวอย่าง โดยมีได้ระบุว่าการกระทำใดเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ศาลสูงแห่งกรุงโซลจึงตัดสินให้เพิกถอนคำสั่งของ KFTC ที่มีต่อบริษัททั้งสอง

ในส่วนของคดีที่ยื่นฟ้องโดย Glaxo ศาลสูงแห่งกรุงโซลเห็นว่า การกระทำของ Glaxo ในการกำหนดราคาขายยาต่อไม่เป็นการผิดตามคำสั่งของ KFTC เนื่องจากแม้ว่าผู้ประกอบการจะทำสัญญากับผู้ขายต่อยาและได้ส่งจดหมายแจ้งให้คงส่วนลดในการขายยาถึงผู้ขายต่อยา แต่ศาลเห็นว่า การกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการแจ้งราคาอ้างอิงและราคาแนะนำเท่านั้นมิใช่การบังคับผู้ขายต่อยา

แต่อย่างไรก็ตาม อีกทั้งกรณีเป็นการยากที่จะพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวส่งผลให้มีการคงราคาขายต่อยาหรือไม่ ศาลสูงแห่งกรุงโซลจึงตัดสินให้เพิกถอนคำสั่งของ KFTC ที่มีต่อ Glaxo

ในส่วนของคุณตีที่ยื่นฟ้องโดย Ilsung Pharmaceutical และ Hanmi Pharmaceutical ศาลสูงแห่งกรุงโซลได้พิพากษากลับคำสั่งของ KFTC เฉพาะในส่วนของการคิดค่าปรับ เนื่องจากเห็นว่าการคิดค่าปรับสำหรับการกระทำที่จงใจผูกขาดโดยไม่เป็นธรรมที่ KFTC คำนวณจากกำไรที่ได้จากบริษัทที่ผู้ประกอบการค้ายาให้การสนับสนุนทั้งหมดนั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากควรจะคำนวณจากกำไรจากสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นความผิดเท่านั้น

การดำเนินคดีในชั้นศาลฎีกา

Dong-A Pharmaceutical และ Choongwae Pharmaceutical ได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลสูงแห่งกรุงโซล ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลสูงแห่งกรุงโซล โดยให้เหตุผลว่า (1) การจัดการส่งเสริมการขายสินค้าทางการแพทย์และการสนับสนุนหน่วยงานทางการแพทย์อย่างเฉพาะเจาะจงเป็นการจงใจผูกขาดอย่างไม่เป็นธรรม ผลกำไรทั้งหมดของสินค้าที่เกี่ยวข้องควรจะถูกถือว่ามาจากผลตอบแทนของสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายและ (2) เมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดและขอบเขตของการกระทำที่เกี่ยวข้องและผลกระทบที่มีต่อลูกค้าและตลาดสินค้าทางการแพทย์ การคิดค่าปรับที่ KFTC ได้คำนวณโดยใช้สูตรร้อยละ 1 ต่อปีของผลตอบแทนที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับในปีที่ผ่านมาไม่นับถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหลักความได้สัดส่วนหรือหลักการเกินขอบเขต

KFTC ได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลสูงแห่งกรุงโซลในคดีต่อ Yuhan ศาลได้พิพากษากลับและมีคำสั่งให้ศาลล่างพิจารณาพิพากษาใหม่ในส่วนที่พิพากษาเกี่ยวกับคำสั่งให้แก้ไขของ KFTC เกี่ยวกับการให้การสนับสนุนการสาธิตสินค้าและการจัดอีเวนต์ของผู้ประกอบการธุรกิจ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวสามารถกระทำซ้ำในระยะเวลาอันใกล้ในรูปแบบของการให้ค่าใช้จ่ายในการจัดการบันเทิงต่างๆ ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายการผูกขาดและการค้าที่เป็นธรรม ซึ่งศาลได้มีคำสั่งให้ KFTC ออกคำสั่งห้ามการกระทำที่อาจเกิดขึ้นซ้ำ ๆ และมีลักษณะต้องห้ามในกรณีนี้ด้วย

ในส่วนคดีระหว่าง KFTC และ Hanmi Pharmaceutical ทั้งสองฝ่ายได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลสูงแห่งกรุงโซล ศาลได้พิพากษายกอุทธรณ์ฝ่าย Hanmi Pharmaceutical ในส่วน

ของอุทธรณ์ของ KFTC ศาลได้พิพากษากลับและมีคำสั่งให้ศาลล่างพิจารณาพิพากษาใหม่ในส่วนที่พิพากษาเกี่ยวกับคำสั่งให้แก้ไขของ KFTC ว่าหากการตัดสินบนของบริษัทถือได้ว่าเป็นการจัดรายการส่งเสริมการขาย ผลกำไรที่ได้จากการขายทั้งหมดของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าทางการแพทย์ ควรพิจารณาว่าเป็นผลตอบแทนจากการขายสินค้าที่ฝ่าฝืนกฎหมายในการพิจารณากำหนดค่าปรับ

3.4 การควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

การควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องสองมาตรา คือ มาตรา 3 และมาตรา 25

มาตรา 3 เป็นบทนิยามของ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” โดยได้บัญญัติไว้ดังนี้

“ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หมายความว่า ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย”

มาตรา 25 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยได้บัญญัติไว้ ดังนี้

“มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการหรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบการอื่น

(3) ระบุ ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้า มาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

3.4.1 องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 25 แยกพิจารณาได้ดังนี้

3.4.1.1 ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวหรือหลายรายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ซึ่งมีประเด็นพิจารณาดังนี้

1) ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) หมายถึง ผู้ประกอบธุรกิจรายใด รายหนึ่งแต่เพียงรายเดียว (single) หรือกลุ่มของผู้ประกอบธุรกิจที่ประกอบไปด้วยผู้ประกอบธุรกิจ ตั้งแต่สองรายขึ้นไป ที่มีความสามารถที่จะกำหนดราคาหรือปริมาณของสินค้าหรือค่าบริการโดยอิสระ โดยปราศจากความกดดันในตลาด ซึ่งการมีอำนาจกำหนดราคาหรือปริมาณของสินค้าเช่นนี้ทำให้ ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นอยู่ในสถานะที่สามารถควบคุมตลาดได้ เมื่อพิจารณาถึงสถานะของเขากับ ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่อยู่ในตลาดผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดจะ อยู่ในสถานะที่ เหนือกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเป็นอันมาก อาจด้วยการเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ ครองส่วนแบ่ง ตลาดเป็นจำนวนมาก มียอดขายสินค้าที่สูงมาก มีเทคโนโลยีการผลิตที่ดีกว่าผู้อื่น เป็นต้น สภาพการณ์ เช่นนี้ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นย่อมมีอิทธิพลเหนือตลาด อันเกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาและปริมาณของ สินค้าในตลาด รวมทั้งยังมีอิทธิพลต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งของตน ผู้ที่เป็นลูกค้าและผู้บริโภคน¹⁹

¹⁹ สุธีร์ ศุภนิตย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร. กมลวรรณ จีระวิเศษณ์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า. หน้า 40-41.

2) การพิจารณาขอบเขตตลาด ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย

ก่อนที่จะวินิจฉัยในปัญหาที่ว่าผู้ประกอบการธุรกิจนั้น เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ จำเป็นจะต้องมีการวินิจฉัยปัญหาเบื้องต้นประการหนึ่งก่อน คือ การพิจารณาขอบเขต “ตลาด” (Market) ซึ่งอาจเรียกปัญหานี้ว่า เป็นปัญหาของ “ตลาดที่เกี่ยวข้อง” (relevant market) เนื่องจากก่อนที่จะเข้าไปวินิจฉัยว่าบุคคลหรือองค์กรธุรกิจหนึ่ง ๆ กระทำผิดกฎหมายโดยกระทำการที่กฎหมายต้องห้ามสำหรับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ก่อนว่าบุคคลหรือองค์กรธุรกิจนั้นมีอำนาจเหนือตลาดจริงหรือไม่ เพราะหากบุคคลผู้นั้นไม่ได้เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดแล้วการกระทำของบุคคลนั้นก็จะไม่ครอบคลุมประกอบของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25

ตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) หมายถึง ตลาดที่ประกอบด้วยสินค้าหรือบริการซึ่งใช้ทดแทนกันได้ (interchangeable หรือ substitutable) โดยลักษณะของสินค้า ราคา สินค้า และเป้าหมายของการใช้ในสายตาของผู้บริโภค²⁰ ทั้งนี้การกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น ความเกี่ยวข้องสามารถพิจารณาได้เป็น 2 แง่มุมด้วยกัน กล่าวคือ ความเกี่ยวข้องในแง่ของขอบเขตหรือพื้นที่ตามสภาพภูมิศาสตร์ และความเกี่ยวข้องในแง่ของสินค้าหรือบริการ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(ก) ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสภาพภูมิศาสตร์²¹ เป็นการพิจารณาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องโดยพิจารณาจากขอบเขตของพื้นที่ที่สินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนกันได้ เป็นการกำหนดว่าจะให้ตลาดนั้นครอบคลุมในพื้นที่ใดบ้าง ซึ่งขอบเขตตลาดในเชิงสภาพภูมิศาสตร์นั้นขึ้นอยู่กับปริมาณความต้องการของผู้บริโภคว่าครอบคลุมพื้นที่ใดบ้าง อาจเป็น

²⁰ John, Alison and Sofrin, Brenda, EC competitive law : Text, Case, and Materials, 2nd ed, 2004, หน้า 49-50 อ้างถึงใน ศิริศักดิ์ จึงถาวรธรรม, หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2549, หน้า 215-216

²¹ สำนักส่งเสริมการการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน, แนวปฏิบัติตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ (มกราคม 2552), หน้า 3.

ตลาดท้องถิ่น เช่น อำเภอ จังหวัด ภูมิภาค หรือประเทศ แต่ส่วนใหญ่จะหมายถึง ตลาดทั้งประเทศ โดยวิเคราะห์จากปัจจัยต่างๆ ดังนี้

- ต้นทุนของการขนส่ง โดยเปรียบเทียบกับมูลค่าของสินค้า หากต้นทุนการขนส่งมีผลกระทบต่อต้นทุนของสินค้าเป็นอย่างมากก็จะถือว่าเป็นคนละตลาดกัน ตัวอย่างเช่น การขนส่งสินค้าจากภาคใต้ไปจำหน่ายในภาคเหนือ มีต้นทุนค่าขนส่งสูง ทำให้สินค้าที่จำหน่ายในภาคเหนือมีราคาสูงกว่าสินค้าที่จำหน่ายในภาคใต้มาก ส่งผลให้สินค้าที่จำหน่ายในภาคเหนือไม่สามารถแข่งขันกับสินค้าที่จำหน่ายในภาคใต้ แสดงว่าพื้นที่ภาคใต้และภาคเหนือเป็นคนละตลาดกัน

- ความคงทนของสินค้า สินค้าที่มีความเสียหาย หรือเน่าเสียง่าย หรืออายุของสินค้ามีจำกัด เช่น สินค้าผัก ผลไม้ อาจจะไม่สามารถนำไปจำหน่ายในพื้นที่อื่น ๆ ที่อยู่ห่างไกล ทำให้ไม่สามารถทดแทนกันได้ แสดงว่าเป็นคนละตลาดกัน

(ข) **ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้า**²² เป็นการพิจารณาจากตัวของสินค้าว่าสินค้าประเภทหนึ่งจะมีสินค้าอื่นอีกประเภทหนึ่งทดแทนกันได้หรือไม่ เช่น น้ำอัดลมกับน้ำหวาน นมโคกับนมถั่วเหลือง หากปรากฏว่าเป็นสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ก็จะถูกจัดว่าอยู่ในตลาดเดียวกัน แต่หากปรากฏว่าไม่สามารถใช้สินค้านั้นทดแทนกันได้ ก็จะไม่ถือว่าเป็นสินค้าในตลาดเดียวกัน²³ การจะพิจารณาว่าเป็นสินค้าหรือบริการในตลาดเดียวกันหรือทดแทนกันหรือไม่นั้น สามารถพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ จำนวน 7 ปัจจัย ตามลำดับความสำคัญ ดังนี้

- ความสามารถในการทดแทนด้านอุปสงค์ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากการตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้าของผู้บริโภคโดยจะพิจารณาความยืดหยุ่นของด้านอุปสงค์ต่อราคาสินค้าหรือบริการชนิดอื่น (Cross Elasticity of Demand) ว่าการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่ง จะมีผลต่อปริมาณการเปลี่ยนแปลงการบริโภคของสินค้าหรือบริการอีกชนิดหนึ่งอย่างไร ในทางปฏิบัติจะพิจารณาว่า เมื่อสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งมีราคาสูงขึ้น 5-10% จะมีผลทำให้มีการบริโภคสินค้าหรือบริการชนิดนั้นลดลงและทำให้การบริโภคสินค้าหรือบริการอีกชนิดหนึ่ง

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-4

²³ สุธีร์ ศุภนิตย์ นิตย์ แก้วไขเพิ่มเติม โดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 50.

เพิ่มขึ้นอย่างชัดเจนหรือมีนัยสำคัญหรือไม่ หากการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการนั้นมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงต่อการบริโภคสินค้าทั้งสองชนิดนั้นอย่างชัดเจนหรือมีนัยสำคัญแสดงว่า สินค้าทั้ง 2 ชนิดเป็นสินค้าที่ทดแทนกันได้ ถือเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดเดียวกัน

- ความสามารถในการทดแทนด้านอุปทาน กล่าวคือ เป็นการพิจารณาการตอบสนองต่อการขึ้นราคาสินค้าของผู้ผลิต โดยพิจารณาจากความยืดหยุ่นในด้านอุปทาน (Cross Elasticity of Supply) ขีดความสามารถในการผลิต ได้แก่ การใช้วัตถุดิบ กระบวนการผลิต เทคโนโลยี ค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนแปลงการผลิตสินค้าชนิดหนึ่งไปผลิตสินค้าอีกชนิดหนึ่ง (Switching cost) และอื่น ๆ หากผู้ผลิตสามารถเปลี่ยนการผลิตสินค้าชนิดหนึ่งแทนสินค้าอีกชนิดหนึ่งได้โดยง่าย และเสียค่าใช้จ่ายน้อย แสดงว่า สินค้าทั้ง 2 ชนิดทดแทนกันได้ ถือเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดเดียวกัน

- การใช้งานขั้นสุดท้าย กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการใช้งานของสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค และค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนแปลงด้านผู้บริโภค (Switching cost) หากผู้บริโภคจะเปลี่ยนจากการใช้สินค้าชนิดหนึ่งไปใช้สินค้าอีกชนิดหนึ่ง ซึ่งทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงมาก สินค้าทั้งสองชนิดนั้นถือว่าเป็นสินค้าที่อยู่คนละตลาดกัน เช่น ต้องการเปลี่ยนจากรถกระบะ เป็นรถบรรทุก ซึ่งผู้บริโภคต้องเสียค่าใช้จ่ายในการซื้อรถบรรทุกสูงมากเมื่อเทียบกับการซื้อรถกระบะ แสดงว่าสินค้าทั้งสองชนิดเป็นสินค้าที่อยู่คนละตลาดกัน

- การรับรู้และการตอบสนองของผู้บริโภค กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากความเห็นหรือทัศนคติของผู้บริโภคเกี่ยวกับการใช้สินค้าหรือบริการใดบริการหนึ่งกับสินค้าหรือบริการอื่น รวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น นักวิชาการ ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ผู้ประกอบธุรกิจ ฯลฯ ว่าเป็นตลาดเดียวกันหรือคนละตลาด ซึ่งในทางปฏิบัติจะทำการสอบถามความคิดเห็น หรือทำวิจัย หรือใช้ผลงานวิจัยที่เคยทำไว้แล้วก็ได้

- ช่องทางการจำหน่าย สินค้าหรือบริการชนิดเดียวกันที่มีช่องทางการจำหน่ายที่แตกต่างกันมาก จะเป็นคนละตลาดกัน ตัวอย่างเช่น ระบบผ่านตัวแทนจำหน่ายจะแตกต่างกับระบบขายตรง

- ราคา หรือคุณภาพสินค้าหรือบริการที่มีราคาและคุณภาพแตกต่างกันมาก ถือเป็นสินค้าที่อยู่คนละตลาดกัน

- ลักษณะทางกายภาพ สินค้าหรือบริการที่มีวัตถุประสงค์การใช้งานเหมือนกัน แต่มีลักษณะทางกายภาพที่แตกต่างกันมาก จะเป็นคนละตลาดกัน เนื่องจากผู้บริโภคอาจจะมีความชอบหรือนิยมบริโภคสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะทางกายภาพแตกต่างกัน เช่น รถจักรยานยนต์ทั่วไป กับรถบิ๊กไบค์ ถือเป็นสินค้าคนละตลาดกันเพราะมีลักษณะทางกายภาพที่แตกต่างกันมาก เป็นต้น

(ค) การคำนวณส่วนแบ่งตลาด²⁴ การคำนวณหาส่วนแบ่งตลาดสินค้าหรือบริการ จะพิจารณาเฉพาะการผลิตหรือการจำหน่ายภายในประเทศ และการนำเข้ามาเพื่อจำหน่ายภายในประเทศ ไม่รวมการส่งออก โดยมี 2 แนวทาง ดังนี้

- กรณีสินค้าหรือบริการที่มีหน่วยการจำหน่ายมาตรฐานเดียวกัน เช่น เมตริกตัน ลิตร เป็นต้น และราคาจำหน่ายต่อหน่วยใกล้เคียงกันหรือไม่แตกต่างกันมาก จะคำนวณส่วนแบ่งตลาดจากปริมาณการจำหน่ายของสินค้าหรือบริการ หรือ

- กรณีสินค้าหรือบริการที่หน่วยการจำหน่ายมาตรฐานแตกต่างกัน หรือชนิดและขนาดของสินค้าหรือการให้บริการที่แตกต่างกัน จะคำนวณส่วนแบ่งตลาดจากรายได้ในการจำหน่ายหรือการให้บริการเฉพาะสินค้านั้น ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจที่มีการจำหน่ายทั้งสบู่ และแชมพู การคำนวณส่วนแบ่งตลาดจะคำนวณส่วนแบ่งตลาดของการจำหน่ายสบู่แยกกับส่วนแบ่งตลาดของการจำหน่ายแชมพู เป็นต้น

ในการคำนวณส่วนแบ่งตลาด จะต้องคำนึงถึงระยะเวลาที่เหมาะสม โดยทั่วไปใช้รอบระยะเวลา 1 ปี

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5

(ง) การคำนวณยอดเงินขาย²⁵ จะพิจารณาจากรายได้จากการจำหน่ายสินค้าหรือการให้บริการสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ในช่วงระยะเวลา 1 ปีที่ผ่านมา สำหรับผู้ประกอบการธุรกิจบางรายที่มีการผลิต หรือการจำหน่าย หรือการให้บริการมากกว่า 1 สินค้าหรือบริการ ในการคำนวณจะพิจารณาเฉพาะยอดเงินขายของสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่ต้องการเท่านั้น

3) การกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด²⁶

การกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือผู้มีอำนาจผูกขาดในทางกฎหมายมีอยู่สองแนวทาง แนวทางแรกเรียกว่า formal criteria ซึ่งได้ถือเอา “จำนวนส่วนแบ่งตลาด” ของผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในตลาดเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ มีการระบุไว้โดยชัดเจนถึงจำนวนร้อยละของการมีส่วนแบ่งตลาด เช่น ร้อยละ 25 หรือร้อยละ 33.33 ซึ่งหากผู้ประกอบการรายใดในตลาดมีส่วนแบ่งในตลาดตรงตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมถือว่าเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดหรือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดทันที อีกแนวทางหนึ่งเรียกกันว่า substantive criteria แนวทางนี้จะต่างจากแนวทางแรกตรงที่ไม่ได้ถือเอาการมีส่วนแบ่งตลาดแต่เพียงอย่างเดียวเป็นเครื่องบ่งชี้การเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยจะต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายด้วย

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีความพยายามกำหนดเกณฑ์ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลังจากที่กฎหมายได้ใช้บังคับจนกระทั่ง เมื่อวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2550 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ออกประกาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550 โดยได้กำหนดส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของธุรกิจที่ถือว่าอยู่ในเกณฑ์เป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ดังต่อไปนี้

²⁵ เรื่องเดียวกัน

²⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์ นิตย์ แก้วใจเพิ่มเติม โดย ดร.กมลวรรณ จิรวชิษฐ์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 42-44.

“ข้อ 1 ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าไดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

ข้อ 2 ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าไดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

ยกเว้น ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบหรือมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท”*

หลักการของการกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายประเทศไทยใช้หลัก substantive criteria กล่าวคือ ไม่ได้ยึดถือเอาส่วนแบ่งตลาด

* คณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ในคราวประชุมครั้งที่ 4/2556 เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2556 มีมติเห็นชอบบททวนหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ดังนี้

- 1) กำหนดเป็นหลักเกณฑ์กลางที่ใช้ได้กับทุกธุรกิจ
 - 2) ทบทวนหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ดังนี้
 - ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าไดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละ 30 ขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 500 ล้านบาทขึ้นไป โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาด ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
 - ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าไดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 500 ล้านบาทขึ้นไป โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาด ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
- ยกเว้น มิให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 500 ล้านบาท
- พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาด ได้แก่ โครงสร้างตลาดและอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด
- อย่างไรก็ตาม ขณะนี้อยู่ระหว่างการรณาสอนผลการทบทวนหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าพิจารณา

อ้างอิงจาก หนังสือกรรมการค้าภายใน เรื่อง รื้อรอบ...งานแข่งขันทางการค้า เนื่องในโอกาสครบรอบวันสถาปนากรรมการค้าภายใน 72 ปี

มาเป็นเกณฑ์แต่เพียงอย่างเดียว แต่จะพิจารณาถึงยอดเงินขายและสภาพของการแข่งขันในตลาดเป็นองค์ประกอบในการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดด้วย ซึ่งในการนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นผู้วางกฎเกณฑ์และต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยวางเกณฑ์ว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งถือว่ามีอำนาจเหนือตลาดจะต้องนำมารวมเข้าไว้ในตลาดเดียวกันมี ส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป และมียอดเงินขายไม่ต่ำกว่า 1,000,000,000 บาท เมื่อประกาศด้วยเกณฑ์นี้แล้วย่อมหมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายใดที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายต้องตามเกณฑ์ ก็จะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดทันที ในกรณีการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยกลุ่มคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวางเกณฑ์ว่าผู้ประกอบการธุรกิจสามรายแรกที่อยู่ในตลาดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งซึ่งได้ยุติการแข่งขันในระหว่างกัน ถ้าปรากฏว่าเมื่อเอาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสามรวมกันได้เกินกว่าร้อยละ 75 ขึ้นไป และยอดเงินขายรวมกันไม่ต่ำกว่า 1,000,000,000 บาท ให้ถือว่าผู้ประกอบการธุรกิจทั้งสามรายเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

3.4.1.2 พฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้วางข้อกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการ 4 ลักษณะ ดังนี้

1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม²⁷

หมายถึง การกำหนดราคาที่มีได้อยู่บนพื้นฐานของปัจจัยที่เกี่ยวข้อง เช่น ลักษณะความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทาน ภาวะตลาดในช่วงเวลานั้น ต้นทุนเฉลี่ยภายใต้การดำเนินงานที่มีประสิทธิภาพ อัตรากำไรที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงผลตอบแทนและระยะเวลาการคืนทุนของแต่ละธุรกิจอุตสาหกรรม ค่าใช้จ่ายในการนำสินค้าไปยังลูกค้าในพื้นที่ต่าง ๆ เป็นต้น ทั้งนี้ ควรเป็นการกำหนดราคาที่มีช่วงระยะเวลาพอสมควร ที่แสดงให้เห็นว่ามีเจตนาที่จะให้ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน ไม่สามารถแข่งขันด้วยได้เช่นที่เคย และได้รับความกระทบกระเทือนหรือ

²⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 47-48

ความเสียหายในลักษณะต่าง ๆ เช่น ยอดขายลดลง รายได้ลดลง หรือไม่สามารถเพิ่มขึ้นได้ตามภาวะตลาด เป็นต้น โดยจะต้องพิจารณาข้อมูลอันเป็นข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี²⁸

การวางข้อกำหนดเช่นนี้แสดงว่าต้องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่ว่าในฐานะผู้ซื้อหรือผู้ขายในตลาดสินค้าหรือในฐานะเป็นผู้ให้บริการ กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม โดยมุ่งเน้นไปที่การควบคุมดูแลในเรื่องของระดับราคาที่ไม่เป็นธรรม

การกำหนดราคาขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรมแสดงให้เห็นว่าเป็นพฤติกรรมของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดที่อยู่ในฐานะผู้ขาย (seller) หรือผู้ให้บริการที่กำหนดราคาสินค้าหรือเรียกค่าบริการที่สูงมากเกินไป สร้างความเดือดร้อนให้แก่ผู้บริโภค ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดย่อมอยู่ในสถานะที่สามารถควบคุมราคาสินค้าหรือค่าบริการในตลาดได้อยู่แล้ว สามารถกำหนดราคาเป็นอิสระปราศจากความกดดันของตลาด โดยผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดจะกำหนดราคาเหนือกว่าราคาของสินค้าในตลาดที่มีการแข่งขันตามปกติเพื่อการแสวงหากำไรมากขึ้น การพิจารณาว่าการกำหนดราคาสินค้าหรือค่าบริการเป็นธรรมหรือไม่ ต้องอาศัยเครื่องมือสำคัญโดยต้องทำให้ได้ว่าระดับราคาของสินค้าหรือค่าบริการในกรณีที่มีการแข่งขันในตลาดเป็นเช่นใด (competitive price) เป็นต้นว่าในกรณีที่มีการแข่งขันราคาของสินค้าในตลาดตกหน่วยละ 65 บาท ถ้าปรากฏว่าผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาขายเป็นหน่วยหน่วยละ 90 บาท ดั่งนี้จะเห็นได้ว่าเป็นราคาที่สูงเกินไปถือว่าไม่เป็นธรรม การที่จะพิสูจน์ว่าผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาอย่างไม่เป็นธรรมนั้น สาระสำคัญอยู่ที่ว่าจะต้องหาระดับราคาสินค้าหรือค่าบริการในกรณีที่ตลาดมีการแข่งขันว่าเป็นเท่าใดให้ได้เสียก่อน ในการนี้เป็นหน้าที่ของนักเศรษฐศาสตร์ที่จะต้องคำนวณหาราคาสินค้าหรือค่าบริการที่สูงเกินกว่าระดับราคาที่มีการแข่งขันซึ่งถือว่าไม่เป็นธรรม อันทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคที่ต้องซื้อสินค้าหรือต้องเสียค่าบริการที่แพงกว่าที่ควรจะเป็น

²⁸ กรมการค้าภายใน, "เอกสารประกอบการประชุม คณะทำงานศึกษาข้อมูลรองรับการปฏิบัติงานตามกฎหมาย ครั้งที่ 8/2542 "(2542). หน้า 56.

การกำหนดราคาซื้อสินค้าอย่างไม่เป็นธรรม กรณีนี้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในฐานะผู้ซื้อก็จะมีอำนาจผูกขาดได้เช่นกัน (monopoly power) กล่าวคือ สามารถกระทำการโดยอิสระจากผู้ซื้อที่เป็นคู่แข่งกันและจากบรรดาผู้ขายที่อยู่ในตลาดมีอำนาจลดราคาซื้อและสามารถรักษาระดับราคาสินค้าให้ต่ำไว้ได้ ตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาซื้อสินค้าแก่ผู้ส่งสินค้าให้กับตน (suppliers) ในราคาต่ำกว่าปกติ หากมีการแข่งขันกันรับซื้อ (competitive price) อันถือเป็นการกดราคา พฤติกรรมเช่นนี้ย่อมถือเป็นการไม่ชอบและไม่เป็นธรรมเป็นการใช้อำนาจตลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ขายสินค้าให้²⁹

การรักษาระดับราคาสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม เป็นกรณีที่ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจตลาดที่มีเพื่อที่จะกีดกันไม่ให้มีผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้ามาในตลาด โดยพยายามรักษาระดับราคาสินค้าให้ต่ำเอาไว้ทั้ง ๆ ที่ไม่ควรจะมีราคาต่ำขนาดนั้น การกระทำเช่นนี้ย่อมไม่เป็นธรรมเพราะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นไม่กล้าตัดสินใจเข้ามาผลิตแข่งขันเพราะไม่คุ้มกับการลงทุน ทั้งนี้เพราะโดยปกติหากปรากฏว่าการผลิตสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายใดในตลาดได้กำไรอย่างมากย่อมจะดึงดูดให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ๆ ผลิตสินค้านั้นแข่งขัน แต่เมื่อผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการรักษาระดับราคาสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม โดยการรักษาระดับราคาสินค้าให้ต่ำไว้ทั้ง ๆ ที่ราคาสินค้าหรือค่าบริการไม่ควรอยู่ในระดับนั้น ย่อมไม่เป็นการดึงดูดให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้ามาผลิตสินค้านั้น และเป็นการสร้างอุปสรรคการเข้ามาในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจอื่น³⁰

ประเด็นสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำนั้นถือเป็นการผิดหรือไม่อีกประการหนึ่งคือ การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำ “อย่างไม่เป็นธรรม” ด้วย ซึ่งคำว่า “ไม่เป็นธรรม” มีความหมายโดยทั่วไปคือ ไม่ถูกต้อง ไม่ยุติธรรม เอาเปรียบหรือไม่เป็นไปตามสภาพปกติของสังคม จากการวิเคราะห์ตามพื้นฐานทางศีลธรรมอันเป็นที่ยอมรับกัน ทั้งนี้ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์เป็น

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48

กรณี ๆ ไป รวมทั้งปัจจัยอื่น ๆ เช่น เวลา สถานที่ ฐานะทางเศรษฐกิจปกติประเพณี แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอื่น ทางได้เสียทุกอย่างของทุกฝ่ายตามสภาพที่เป็นจริง เป็นต้น³¹

ความเป็นธรรมในการกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือราคาขายสินค้าหรือค่าบริการของผู้มีอำนาจเหนือตลาดขึ้นอยู่กับเหตุแห่งการกระทำนั้นชอบด้วยเหตุด้วยผลหรือไม่เป็นเกณฑ์ เป็นต้นว่าหากผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นได้กำหนดราคาสินค้าหรือค่าบริการให้สูงขึ้นเนื่องจากต้นทุนการผลิตที่สูงขึ้นก็ดี หรือเพราะเหตุที่สินค้ามีคุณภาพสูงก็ดี หรือเป็นเพราะปริมาณความต้องการในตลาดเพิ่มขึ้นอย่างฉับพลัน ซึ่งเป็นการยากต่อการสนองตอบความต้องการของตลาดได้ทันทั่วถึง เหตุดังกล่าวนี้ย่อมทำให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นสามารถกำหนดราคาสินค้าให้สูงขึ้นได้และไม่ถือว่าไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด³² ดังนั้นคำที่สำคัญที่สุดคือคำว่า “อย่างไม่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นการให้อำนาจผู้บังคับใช้กฎหมาย³³ (คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และศาล) ที่จะใช้ดุลยพินิจว่าพฤติกรรมเกี่ยวกับราคาทั้ง 3 ประการข้างต้น เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้รับเอาหลักของเหตุผล (The Rule of Reason) ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา มาใช้นั่นเอง

ตามแนวปฏิบัติการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้วางแนวปฏิบัติลักษณะพฤติกรรมที่กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรมไว้ดังต่อไปนี้³⁴

(1) การกำหนดราคารับซื้อสูงอย่างไม่เป็นธรรม

(2) การกำหนดราคารับซื้อต่ำอย่างไม่เป็นธรรม

³¹ กรมการค้าภายใน, “เอกสารประกอบการประชุม คณะทำงานศึกษาข้อมูลรองรับการปฏิบัติงานตามกฎหมาย ครั้งที่ 8/2542”(2542). หน้า 56.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 48-49

³³ พัลลภ รัตนจันทร์, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย," Chulalongkorn Review ปีที่ 12 ฉบับที่ 46 (2543). หน้า 21

³⁴ แนวปฏิบัติตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ, หน้า 5-8.

- (3) การกำหนดราคาจำหน่ายสูงอย่างไม่เป็นธรรม
- (4) การกำหนดราคาจำหน่ายต่ำกว่าทุน
- (5) การกำหนดราคาที่แตกต่างกันกับลูกค้า (Price discrimination)
- (6) การกำหนดราคาซื้อหรือขายหรือค่าบริการในลักษณะอื่น ๆ ที่ไม่เป็นธรรม

2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า หรือขายสินค้า การได้รับ หรือการให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น³⁵

ในเรื่องนี้เป็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมที่กระทำการบีบบังคับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่มีความสัมพันธ์กับตนในฐานะเป็นลูกค้า (customers) ที่อยู่ในตลาดอื่นไม่ว่าจะเป็นตลาดต้นน้ำ (upstream) เช่น ผู้จัดส่งสินค้า (suppliers) ผู้ขายวัตถุดิบเพื่อการผลิต เป็นต้น หรือตลาดท้ายปลายน้ำ (downstream) อันได้แก่ พวกผู้จัดจำหน่าย (distributors) คือ ผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก เป็นต้น อันทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นลูกค้าขาดอิสระในการประกอบธุรกิจ

การวางข้อกำหนดหรือเงื่อนไขบังคับไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมแก่ลูกค้าของตนในลักษณะที่ต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้านั้น เช่น การกำหนดให้ผู้จำหน่ายต้องขายสินค้าให้ผู้บริโภคในราคาที่กำหนด (resale price maintenance) หรือกำหนดปริมาณการรับซื้อสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ หรือกำหนดราคาขายสินค้าให้แก่ลูกค้าอย่างเลือกปฏิบัติ (price discrimination) หรือการให้ส่วนลดที่ไม่เท่าเทียมกัน เป็นต้น

สำหรับการวางเงื่อนไขในลักษณะที่ต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น ตัวอย่างเช่น การห้ามผู้จัด

³⁵ สุธีร์ ศุภนิตย์นิติก์ แก้ไขเพิ่มเติม โดย ดร.กมลวรรณ จีระวิศิษฐ์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 49

จำหน่ายขายสินค้าของผู้อื่นที่เป็นคู่แข่งกัน ให้ขายแต่เฉพาะสินค้าของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น (exclusive dealing) หรือมีการกำหนดให้มีการพ่วงขาย (tie-in) เป็นต้น

ส่วนการวางข้อกำหนดหรือเงื่อนไข “อย่างไม่เป็นธรรม” นั้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่สมควรกระทำต่อลูกค้าของตน โดยหลักการแล้วผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการของตนย่อมไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไปแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่อยู่ในอีกตลาดหนึ่ง การที่ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเข้าแทรกแซงไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมอันเป็นเรื่องที่ไม่ยินยอมให้โดยสมัครใจ หรือไม่มีทางเลือกอื่นย่อมไม่ชอบธรรมอยู่ในตัวของมันเอง เป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรมอันเป็นการแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองโดยแท้

เนื่องจากพฤติกรรมตามมาตรา 25(2) นี้ไม่ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดในตัวเองที่จะต้องนำหลักความผิดในตัวเอง (The Per Se Rule) เข้ามาปรับใช้ ซึ่งเห็นได้จากวลีสำคัญที่ว่า “อย่างไม่เป็นธรรม” ซึ่งให้อำนาจแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายที่จะใช้ดุลยพินิจพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวฝ่าฝืนทบทบัญญัติของมาตรา 25(2) หรือไม่

ตามแนวปฏิบัติการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้วางแนวปฏิบัติลักษณะพฤติกรรมการห้ามการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า หรือขายสินค้า การได้รับ หรือการให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่นไว้ดังต่อไปนี้³⁶

(1) การจำกัดสิทธิเฉพาะด้านข้อตกลง (Exclusivity dealing)

(2) การจำกัดสิทธิเฉพาะด้านอาณาเขต (Exclusivity Territories)

(3) การบังคับขายพ่วง (Tying)

³⁶ แนวปฏิบัติตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ, หน้า 8-9.

(4) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance)

(5) การบังคับให้ลูกค้าของตนปฏิเสธการทำธุรกิจกับผู้อื่น

(6) การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับลูกค้าของตน โดยทางตรง หรือโดยทางอ้อมในลักษณะอื่นๆ ที่ไม่เป็นธรรม

3) ระวัง ผลิต หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบการนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

กฎหมายในเรื่องนี้ก็คือการควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่สามารถควบคุมปริมาณของสินค้าในตลาด ไม่ให้กระทำการใด ๆ อันมีผลทำให้ปริมาณของสินค้าในตลาดต่ำกว่าความต้องการของตลาด ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการนั้น ทั้งจะนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงด้านราคาของสินค้าและค่าบริการได้นอกเหนือไปจากการขาดแคลนซึ่งสินค้าในตลาด การกระทำอันจะถือว่าเป็นความผิดได้ก็ต่อเมื่อได้กระทำไปโดย “ไม่มีเหตุอันสมควร” กล่าวคือ หากการระวัง ผลิต หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบการนำเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นที่เห็นได้ชัดว่าปริมาณความต้องการในตลาดลดลง การกระทำเหล่านั้นจะไม่ใช่ความผิดแต่อย่างใด เพราะมีเหตุอันสมควรต้องกระทำดังกล่าวนั้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำที่ปริมาณสินค้าลดลงต่ำกว่าความต้องการของตลาดในขณะที่ความต้องการของตลาดยังมีอยู่ในปริมาณปกติเป็นเรื่องของเจตนาที่การกระทำย่อมเป็นความผิดได้³⁷

4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร³⁸

ตามแนวปฏิบัติมาตรา 25 ได้ให้คำนิยามของการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร ตามมาตรา 25 (4) ไว้ว่า คือ การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคู่แข่งหรือผู้ประกอบการอื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม โดยไม่มีเหตุผลในทางการค้าปกติ ซึ่งส่งผลให้คู่แข่งไม่สามารถแข่งขันได้ หรือผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก ตัวอย่างเช่น การเข้าไป

³⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์ นิตย์ แก้วใจเพิ่มเติม โดย ดร.กมลวรรณ จิรวชิษฐ์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 50.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50

แทรกแซง หรือกลั่นแกล้งผู้ประกอบการรายอื่น โดยวิธีการใดๆ ซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรม ด้านราคา คุณภาพ และปริมาณการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ

จากคำนิยามข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่าหากพิจารณาเจตนารมณ์และถ้อยคำของกฎหมายแล้ว คำว่าการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นควรหมายความรวมถึงการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร อันเป็นการรบกวนการประกอบธุรกิจของผู้อื่นด้วยการนำกลไกหรือเครื่องมือทางการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งกับตนมาใช้แย่งชิงลูกค้าไปจากผู้ประกอบธุรกิจนั้นโดยวิธีการที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือมุ่งแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายนั้น เป็นต้น

กฎเกณฑ์ในเรื่องนี้เป็นเรื่องที่ไม่ต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจตลาดเพื่อแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น “แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น” ผู้อื่นในที่นี้ย่อมหมายถึง คู่แข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าและบริการนั้น โดยที่คู่แข่งนั้นจะเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ก็ได้ คู่แข่งขันในที่นี้อาจเป็นคู่แข่งที่แท้จริงอยู่ในตลาดอยู่แล้ว หรือคู่แข่งที่จะเข้ามาในตลาด “การแทรกแซง” จึงเป็นพฤติกรรมที่มุ่งขจัดคู่แข่งของตนหรือกีดกันไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาในตลาด ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ย่อมไม่มีเหตุผลอันสมควรในตัวของมันเอง เช่น การที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดทำ predatory pricing อันเป็นการกำหนดราคาสินค้าให้ต่ำกว่าทุน อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาสินค้าให้ต่ำกว่าทุนเพราะธุรกิจกำลังประสบปัญหาขมขื่นถึงขั้นมีเหตุอันสมควรได้

ประเด็นสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำความผิดตามอนุมาตรานี้ อีกประการหนึ่งคือ การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ “ไม่มีเหตุผลอันสมควร” ซึ่งคำว่า “ไม่มีเหตุผลอันสมควร” โดยทั่วไปหมายความว่า มิได้มีเหตุผลอันวิญญูชนจะพึงเข้าใจตามพื้นฐานของข้อเท็จจริงแห่งสถานการณ์ และการอธิบายวิเคราะห์ตามหลักวิชาการในเรื่องนั้น ๆ โดยการพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป³⁹

“ไม่มีเหตุผลอันสมควร” ตามอนุมาตรานี้ หมายถึง การที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเข้าไปเกี่ยวข้องในกิจการของผู้อื่นที่อยู่ในตลาดสินค้าเดียวกันโดยไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือ

³⁹ กรมการค้าภายใน, “เอกสารประกอบการประชุม คณะทำงานศึกษาข้อมูลรองรับการปฏิบัติงานตามกฎหมาย ครั้งที่ 8/2542”(2542). หน้า 59.

ทางอ้อม และวิธีใดก็ตาม เช่น บริษัท ก และบริษัท ข เป็นบริษัทคู่แข่งกัน และเป็นผู้มีส่วนแบ่งการตลาดมากเป็นสองอันดับแรก บริษัท ข กำลังจะเข้าทำสัญญากับบริษัท ค บริษัท ก ไม่ต้องการให้บริษัท ข และบริษัท ค ได้ทำสัญญากัน จึงให้ข้อมูลแก่บริษัท ค ว่าบริษัท ข มีประวัติไม่ดี เคยผิดสัญญากับบริษัทอื่นมาก่อน เป็นต้น⁴⁰

3.5 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดในต่างประเทศ

3.5.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การควบคุมการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการควบคุมระบบ monopolization ซึ่งเป็นการพิจารณาการกระทำอันเป็นการผูกขาดในรูปแบบพฤติกรรม ไม่ใช่พิจารณาจากโครงสร้างของตลาด แต่เพียงอย่างเดียว โดยมุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้ผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้ใช้อำนาจในทางมิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งในตลาด และต่อผู้บริโภค ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องหลัก ๆ 3 ฉบับด้วยกัน คือ

- 1) The Sherman Act of 1890
- 2) The Clayton Act of 1914
- 3) The Federal Trade Commission Act of 1914

กฎหมายที่ถือเป็นแม่บทในการควบคุมการผูกขาด คือ The Sherman Act of 1890 โดยในเรื่องการควบคุมการผูกขาดเป็นไปตามมาตรา 2⁴¹ ซึ่งสรุปใจความได้ว่า

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 61.

⁴¹ The Sherman Act 1890, United States Code, Title 15 – commerce and trade, Chapter 1, Section 2 Monopolizing trade a felony; penalty

§ 2 Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the

several State, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if

“ผู้ใดกระทำการผูกขาด หรือพยายามกระทำการผูกขาด หรือร่วมกันหรือสมคบกันกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือบุคคลอื่นหลายคนเพื่อกระทำการผูกขาดส่วนหนึ่งส่วนใดทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐต่างๆ หรือกับชาติอื่น ๆ ถือเป็นความผิดอาญา ซึ่งจะมีโทษปรับหนึ่งร้อยล้านดอลลาร์ในกรณีที่เป็นนิติบุคคล หรือในกรณีที่เป็บบุคคลธรรมดาจะมีโทษปรับหนึ่งล้านดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกินสิบปี หรือทั้งจำทั้งปรับ แล้วแต่ศาลเห็นสมควร”

ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ มีขอบเขตการควบคุมการผูกขาดในสามลักษณะด้วยกันคือ การกระทำอันเป็นการผูกขาดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การพยายามกระทำอันเป็นการผูกขาด และการร่วมกันกระทำอันเป็นการผูกขาด

3.5.1.1 องค์ประกอบความผิดของการกระทำอันเป็นการผูกขาด⁴²

ความผิดตามมาตรา 2 ของ The Sherman Act นั้นศาลได้วางหลักไว้ในคดี United States v. Grinnell Corp.⁴³ ไว้ว่า “The offence of monopoly under section 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident” ซึ่งในคดีนี้ศาลได้วางองค์ประกอบความผิดของการกระทำอันเป็นการผูกขาดไว้ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก the possession of monopoly power in the relevant market หมายความว่า ผู้กระทำความผิดจะต้องมีอำนาจผูกขาดอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (relevant market)

any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding ten years, or by both said punishments, in the discretion of the court

⁴² สุธีร์ ศุภนิตย์ นิตย์ แก้วไข่มุขเพิ่มเติม โดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 64.

⁴³ United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1996)

ประการที่สอง the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident หมายความว่า ผู้มีอำนาจผูกขาดนั้นได้กระทำการใด ๆ โดยมีเจตนาให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดนั้น ซึ่งแตกต่างจากการเจริญเติบโตหรือการพัฒนาที่สืบเนื่องมาจากคุณภาพของผลิตภัณฑ์ ความฉลาดในการดำเนินธุรกิจ หรือเพราะเหตุบังเอิญทางประวัติศาสตร์ กล่าวคือการกระทำที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดนั้น ผู้มีอำนาจผูกขาดต้องใช้วิธีการอันมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดนั้น

จากองค์ประกอบความผิดของการกระทำอันเป็นการผูกขาดตาม มาตรา 2 ของ The Sherman Act ที่ศาลได้วางหลักนั้น ก่อนที่จะพิจารณาได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นกระทำความผิดตามมาตรานี้หรือไม่ จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้ได้ก่อนว่า ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีอำนาจผูกขาดหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจากขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นจึงต้องกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องให้ได้เสียก่อน ซึ่งเมื่อพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องได้แล้ว จึงพิจารณาต่อไปว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเท่าใด เพียงพอที่จะถือว่าเป็นผู้ผูกขาดหรือไม่ และมีเจตนาให้ได้มาหรือรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดโดยวิธีการอันมิชอบหรือไม่ โดยพิจารณาได้ดังนี้

1) ผู้กระทำความผิดจะต้องมีอำนาจผูกขาดอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง โดยต้องพิสูจน์ว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีอำนาจที่จะควบคุมราคา หรือมีอำนาจในการขจัดการแข่งขัน โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์หาราคาหรือระบุตัวคู่แข่งที่ต้องออกไปจากตลาดตามความเป็นจริง

ถ้าไม่มีอำนาจตลาดก็ไม่สามารถฝ่าฝืนกฎหมายได้⁴⁴ อำนาจตลาดเป็นองค์ประกอบการกระทำผิดตามมาตรา 2 ของ The Sherman Act ดังนั้น ในเบื้องต้นต้องพิสูจน์ว่า

⁴⁴ Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" *The Economic and Social Review* 31, 4, (October 2000): 310.

จำเลยมีอำนาจผูกขาด (monopoly power) กล่าวคือ มีอำนาจตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องในระดับที่สูงมาก (a high degree of market power)⁴⁵

(1) ความหมายของผู้มีอำนาจผูกขาด

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้ความหมายของผู้มีอำนาจผูกขาดไว้อย่างชัดเจน โดยใน Sherman Act มาตรา 2 ได้กล่าวถึงการห้ามกระทำการที่เข้าข่ายการผูกขาดโดยผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจผูกขาด ดังนั้น จึงต้องมาพิจารณาความหมายของคำว่าอำนาจผูกขาด โดยภาษาอังกฤษนั้นใช้คำว่า Market Power หรือ Monopoly Power ซึ่งทั้งสองคำนี้มีความหมายใกล้เคียงกัน แต่โดยทั่วไปแล้วคำว่า Market Power มักใช้กับการควบกิจการหรือหลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) ส่วนคำว่า Monopoly Power จะใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 2 แห่ง Sherman Act โดยตรง ในคดี United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956). ศาลเห็นว่า การผูกขาด คือ กรณีที่บุคคลมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการกระทำ (making) หรือการจัดการ (handling) ในสิ่งใด ๆ เพื่อจำกัด (restrain) หรือขัดขวาง (hinder) บุคคลอื่นในการประกอบการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย (their lawful trade) และอำนาจในการผูกขาดคือ อำนาจในการควบคุมราคา หรืออำนาจในการขจัดการแข่งขัน (Monopoly power is the power to control prices or exclude competition) ขณะเดียวกันหากในตลาดใดการผลิตสินค้าชนิดหนึ่งถูกควบคุมโดยกลุ่มผลประโยชน์เพียงกลุ่มเดียว (one interest) โดยไม่มีสินค้าอื่นใดมาทดแทนได้ (Substitutes) ถือได้ว่าการผูกขาดในตลาดนั้นแล้ว เนื่องจากในความเป็นจริงสินค้าส่วนใหญ่ ควรจะต้องมีสินค้าอื่นที่ทดแทนกันได้⁴⁶

⁴⁵ Landes, William M. and Posner, Richard A., “Market power in antitrust cases” Harvard Law Review 94, 5 March 1981: 937.

⁴⁶ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลีใต้ ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย” (การศึกษาทางด้านกฎหมาย) เสนอต่อ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, (สิงหาคม 2542), บทที่ 2 กฎหมายป้องกันการผูกขาดสหรัฐอเมริกา, หน้า 2-5

การกระทำในขั้นตอนต่าง ๆ ต่อไปนี้ “อาจ” เข้าข่ายการผูกขาดคือ การกระทำที่มีวัตถุประสงค์⁴⁷

- ชัดขวาง (discourage) การเข้าสู่ตลาดของคู่แข่ง
 - พยายามยึด (capture) แหล่งผลิตสินค้า (sources of supply) หรือช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้า (distribution outlets) ที่สำคัญ
 - แสวงหาซึ่งสิทธิ (patent) ที่ส่งผลให้เกิดความยุ่งยากแก่คู่แข่งมากขึ้นในการที่จะผลิตสินค้าหรือบริการให้ตรงกับเงื่อนไข
 - รวมตัวกันกับธุรกิจที่ผลิตสินค้าขั้นตอนก่อนตน (backward) หรือกับธุรกิจที่ผลิตสินค้าขั้นตอนหลังตน (forward) ทำให้คู่แข่งต้องเพิ่มต้นทุนมากขึ้น หรือเป็นการสร้างอุปสรรคแก่คู่แข่งในการเข้าถึง (access) ผู้จำหน่ายสินค้า (suppliers) หรือลูกค้า (customers)
 - โฆษณาสินค้าอย่างมาก (heavily)
 - จ้างผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีอยู่น้อยคน และผู้ที่มีความรู้ทาง know-how มากที่สุด
 - กำหนดราคาซึ่งก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างรุนแรง
 - ปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการพัฒนาสินค้า หรือขนาดการผลิต (scale of production) มิให้คู่แข่งทราบ
 - ตัดราคาอย่างรุนแรง
 - เข้าซื้อกิจการของคู่แข่งที่มีกำลังในตลาด (vigorous)
 - ฟ้องร้องคู่แข่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิบัตร การละเมิดกฎหมาย
- ป้องกันการผูกขาด

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-6

(2) ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง

The Sherman Act มิได้บัญญัติถึงขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องไว้โดยตรง แต่การที่จะสามารถพิจารณาได้ว่าผู้ประกอบการนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ต้องหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องก่อนเสมอ โดยพิจารณาจากขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้าหรือบริการ และขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ ดังนี้

ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้าหรือบริการ⁴⁸

ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้าหรือบริการเป็นการพิจารณาความสามารถในการทดแทนกันได้ของสินค้าหรือบริการ ศาลจะพิจารณาจากความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าอีกชนิดหนึ่ง นอกจากนี้ ศาลยังใช้ปัจจัยอีกหลายประการในการพิจารณา เช่น ทศนะของผู้บริโภค ความเหมาะสมของสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทน เป็นต้น ทั้งนี้ ตามแนวปฏิบัติ เรื่อง Horizontal Merger Guidelines Department of Justice and Federal Trade Commission April 2, 1992, revised April 8, 1997 ได้กำหนดตลาดโดยการเน้นการทดแทนด้านอุปสงค์เป็นสำคัญ โดยการตั้งสมมติฐานว่าหากสินค้าของผู้ประกอบการที่ต้องการตรวจสอบมีการขึ้นราคาในอัตราที่เล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญ และมีใช้การขึ้นราคาแบบชั่วคราว (Small but significant and non-transitory increase in price : SSNIP) ในขณะที่เงื่อนไขในการซื้อขายอื่น ๆ คงที่แล้วมีผลทำให้ปริมาณสินค้าที่ผู้ประกอบการนั้นจะสามารถขายได้ลดลงเป็นจำนวนมากจนกระทั่งทำให้ผู้ประกอบการนั้นไม่ได้รับผลกำไรเพิ่มขึ้นจากการขึ้นราคาสินค้า ในขณะที่ปริมาณความต้องการซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งเพิ่มขึ้นหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้น แสดงว่าสินค้าอีกชนิดหนึ่งนั้นเป็นสินค้าที่แข่งขันอยู่กับสินค้าของผู้ประกอบการ

⁴⁸ รวินท์ ชีพจำเป็น, "แนวทางการพิจารณากำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในการค้าบนอินเทอร์เน็ต ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552). หน้า 78-80.

ธุรกิจที่ต้องการตรวจสอบและสามารถใช้ทดแทนกันได้โดยสิ้นเชิงของผู้ซื้อ ถือเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกัน⁴⁹ โดยมีรายละเอียดการพิจารณา ดังนี้⁵⁰

1) หลักฐานว่าผู้ซื้อเปลี่ยนหรือคิดจะเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นซึ่งการเปลี่ยนแปลงนั้นมีความสัมพันธ์ที่ตอบสนองต่อราคาสินค้าหรือบริการ หรือปัจจัยอื่น ๆ ที่มีผลต่อการแข่งขัน

2) หลักฐานว่าผู้ประกอบธุรกิจได้ตัดสินใจทางธุรกิจโดยคำนึงถึงการเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นของผู้ซื้อ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนั้นมีความสัมพันธ์ที่ตอบสนองต่อราคาสินค้าหรือบริการ หรือปัจจัยอื่น ๆ ที่มีผลต่อการแข่งขัน

3) อิทธิพลของการแข่งขันอย่างรุนแรงต่อผู้ซื้อสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจ

4) เวลาและค่าใช้จ่ายของผู้ซื้อในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น

ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์⁵¹

ตามแนวปฏิบัติ เรื่อง Horizontal Merger Guidelines Department of Justice and Federal Trade Commission April 2, 1992, revised April 8, 1997 นั้น ได้ให้ความหมายของคำว่า “ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์” ไว้ว่าดังนี้ “A region such that a hypothetical monopolist that was the only present or future producer of the relevant product at locations in that region would profitably impose at least a SSNIP, holding constant the terms of sale for all products produced elsewhere” ซึ่งหมายความว่า เขตพื้นที่ที่ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดที่สมมติขึ้นซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องเพียงรายเดียวในเขตนั้น ทั้งในปัจจุบันและอนาคต

⁴⁹ สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวบรวมบทความ พ.ศ. 2542 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 64.

⁵⁰ สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, “แนวทางการพิจารณากำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในการค้าบนอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย, หน้า 78.

⁵¹ สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวบรวมบทความ พ.ศ. 2542, หน้า 55.

สามารถขึ้นราคาสินค้าในอัตราที่มากพอสมควรโดยที่มีใช่เป็นการขึ้นราคาสินค้าเพียงชั่วคราว โดยไม่ส่งผลกระทบต่อการขายสินค้าชนิดเดียวกันนั้นในเขตพื้นที่อื่น ๆ ในขณะที่ยังมีกำไรจากการขึ้นราคาดังกล่าว⁵² โดยมีรายละเอียดการพิจารณา ดังนี้⁵³

1) ตัวผู้ผลิตหรือผู้ขายในปัจจุบัน

2) การมีส่วนร่วมในการตอบสนองต่ออุปทานของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งแบ่งออกได้ 2 ประการ คือ การทดแทนและการขยายกำลังการผลิตในตลาดที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงหรือขยายการผลิตหรือการขายโดยใช้สินทรัพย์ที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอยู่ และการได้รับสินทรัพย์ใหม่มาสำหรับการผลิตหรือการขายสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง

3) เกณฑ์การพิจารณาอำนาจทางการตลาด

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจน โดยปล่อยให้เป็นดุลยพินิจของศาลในการตีความ โดยหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ มีปัจจัยหลายประการด้วยกัน เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นของราคาสินค้าหรือบริการ แนวโน้มของการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ โครงสร้างตลาด เป็นต้น⁵⁴ ดังมีรายละเอียดพอสังเขปต่อไปนี้⁵⁵

(1) ส่วนแบ่งตลาด (Market Share) กล่าวคือ เป็นวิธีการพิจารณาหาอำนาจตลาดแบ่งดั้งเดิมและเป็นการทั่วไปซึ่งศาลใช้ในการพิจารณา โดยจำเป็นต้องหาขอบเขตของ

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 55

⁵³ รวิโรจน์ ชิพจำเป็น, “แนวทางการพิจารณากำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในการค้าบนอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย, หน้า 80.

⁵⁴ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย ปีที่ 22, เล่ม 1 (กรกฎาคม 2546). หน้า 192.

⁵⁵ Keith N. Hylton, Antitrust Law: Economy Theory & Common Law Evolution (Cambridge: Cambridge University Press, 2003). pp. 232-233, 235-236.

ตลาดที่เกี่ยวข้องให้ได้เสียก่อน โดยพิจารณาจากขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ และขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ ดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น

(2) ความแตกต่างระหว่างราคาซื้อและราคาขายหรือกำไร (Profit Margin) โดยศาลพิจารณาว่าการมีกำไรนั้นเป็นหลักฐานหนึ่งของการมีอำนาจตลาด อย่างไรก็ตาม จำต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ เพราะผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้รับกำไรมากอาจไม่ได้มีอำนาจเหนือตลาดก็ได้ โดยอาจเป็นเพียงการประสบความสำเร็จของกิจการซึ่งทำให้กำไรเพิ่มขึ้นในช่วงสั้น ๆ แล้วกลับสู่ปกติ หรือเป็นเพียงการตอบสนองต่อสินค้าหรือบริการใหม่ ๆ เช่น กรณีสินค้านวัตกรรม เป็นต้น

(3) อำนาจผูกขาดที่จะเข้าข่ายความผิดตามมาตรา 2 ของ The Sherman Act ต้องเป็นอำนาจเหนือตลาดที่สามารถทำให้เกิดความเสียหายหรือทำให้ระบบการแข่งขันในตลาดเบี่ยงเบนไปได้ และสิ่งที่สำคัญก่อนการคำนวณส่วนแบ่งตลาดออกมาเป็นร้อยละ ก็คือการทำขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในตลาดนั้น ๆ ก่อนทุกครั้ง ไม่ว่าจะเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้า (Relevant Product Market) หรือตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ (Relevant Geographic Market) ก็ตาม⁵⁶

คดี *Broadway Delivery Corp. v. United Parcel Serv.*⁵⁷ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเท่ากับร้อยละ 50 ยังไม่ถึงว่ามีอำนาจตลาด โดยจะต้องมีหลักฐานอื่นประกอบที่แสดงว่ามีอำนาจควบคุมราคาสินค้าหรือบริการหรือต่อต้านการแข่งขัน

นอกจากนั้น ศาลยังได้เคยตัดสินว่าส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 70 ขึ้นไปถือว่ามีอำนาจตลาด แต่หากมีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 20 ลงมาถือว่าไม่มีอำนาจตลาด อย่างไรก็ตาม ศาลต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ของแต่ละคดีด้วย ก่อนที่จะพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด

⁵⁶ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” วารสารกฎหมาย ปีที่ 22, เล่ม 1: หน้า 192.

⁵⁷ *Broadway Delivery Corp. v. United Parcel Serv.*, 651 F. 2d 122, 127, 129 (2d cir.) cert.

2) ผู้มีอำนาจผูกขาดนั้นได้กระทำการหรือพยายามกระทำการใด ๆ โดยมีเจตนาให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดนั้นโดยมิชอบ

หลักในการพิจารณาที่สำคัญที่สุดขององค์ประกอบข้อนี้ คือ การมีเจตนาที่จะกระทำการหรือพยายามกระทำการใดเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด หรือรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดนั้น ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติในเรื่องการควบคุมการกระทำอันเป็นการผูกขาดนี้เป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญา จึงต้องมีองค์ประกอบว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำการโดยมีเจตนา ซึ่งศาลได้ใช้หลักเรื่องกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา กล่าวคือ หากเป็นการกระทำที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้อยู่ในฐานะที่มีคุณภาพของผลิตภัณฑ์ที่ดีกว่าหรือเหนือกว่าคู่แข่งในตลาดเดียวกันถือได้ว่ามีเจตนามิชอบ

ผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้ชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการของการปรับกฎหมายในส่วนของการพิสูจน์ว่ามีเจตนาในการกระทำความผิดแบ่งออกได้เป็น 3 ระยะ ดังนี้⁵⁸

ช่วงแรก ระหว่างปี ค.ศ. 1890 – 1940 ในช่วงนี้ศาลใช้หลักในการพิสูจน์ความผิด โดยต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิดต้องมีส่วนแบ่งตลาดเป็นจำนวนมาก และต้องมีหลักฐานที่แสดงถึงการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือการกระทำที่เป็นการขจัดการแข่งขัน (predatory acts) เพื่อแสดงให้เห็นถึงเจตนา

ช่วงที่สอง ระหว่างปี ค.ศ. 1945 – 1970 ศาลไม่ต้องการหลักฐานที่มีการแสดงให้เห็นถึงการกระทำอันมิชอบเพื่อแสดงให้เห็นถึงเจตนา โดยถือว่าการเป็นผู้ผูกขาดในตัวเองย่อมแสดงได้ว่าสามารถที่จะกระทำการอันไม่ชอบได้ เช่น การที่ทำการผลิตสินค้าที่เกินความต้องการของตลาด เป็นต้น

ช่วงที่สาม ระหว่างปี ค.ศ. 1970 – ปัจจุบัน ศาลจะพิจารณาถึงพฤติกรรมของผู้ผูกขาด หรือมีอำนาจเหนือตลาดว่ามีการกระทำการในลักษณะที่เป็นการก้ำว้าวหรือเอารัดเอาเปรียบเพียงใด โดยจะไม่มีอาการอ้างถึงการกระทำว่าต้องมีเจตนาหรือไม่เพียงใด⁵⁹

⁵⁸ สุธีร์ ศุภนิตย์ แก้วไข่มุขเพิ่มเติม โดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 66.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน

ทั้งนี้ ความผิดตาม 2 ของ The Sherman Act สามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ การกระทำการผูกขาด และการพยายามกระทำการผูกขาด โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) การกระทำการผูกขาด

มาตรา 2 ห้ามทำการผูกขาด (act of monopolizing) มิได้ห้ามการเป็นผู้ผูกขาด (monopolies) แม้เป็นผู้มีอำนาจผูกขาด (monopoly power) แต่หากมิได้กระทำการโดยวิธีไม่ชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาดนั้น ก็ไม่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2 ของ the Sherman Act กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้รับรายละเอียดว่าเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด จึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม (Fair Trade Commission: FTC) และศาล ซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นผู้ตีความและวางหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจผูกขาด

โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยมีอำนาจผูกขาดและมีเจตนาเพื่อให้ตนกลายเป็นผู้ผูกขาดหรือรักษาสถานะการผูกขาดของตนโดยจำกัดการแข่งขัน โดยเจตนาของผู้ทำการผูกขาดไม่ต้องเป็นเจตนาจงใจ (specific intent) เจตนาโดยทั่วไป (general intent) ก็เพียงพอที่จะแสดงว่ามีการผูกขาดและไม่จำเป็นต้องพิจารณาเหตุผลทางธุรกิจของผู้กระทำ และผลจากการกระทำของจำเลยทำให้ต้นทุนของคู่แข่งเพิ่มขึ้นทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย และในบางครั้งแม้ผู้ผูกขาดรักษาสถานะการผูกขาดโดยไม่ได้จำกัดการแข่งขันแต่อาจถือว่าเป็นความผิด แต่อย่างไรก็ตาม ต้องมีไช้กรณีที่มีการแข่งขันอย่างเข้มข้น แม้ว่าอาจจะทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กต้องเลิกกิจการไป⁶⁰

แต่จำเลยก็อาจพิสูจน์หักล้างได้ว่าการกระทำของจำเลยสนองต่อตลาดและผู้บริโภค ผู้ประกอบการพยายามที่จะให้สิ่งที่ผู้บริโภคต้องการและจำเป็นต่อผู้บริโภคและทำให้ราคาลดลง⁶¹

การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดเช่น การจำกัดทางการค้าตามมาตรา 1 ที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดถือเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2 เมื่อผู้ประกอบการมี

⁶⁰ ศิริศักดิ์ จิงถาวรธรรม, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549). หน้า 169.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน

อำนาจผูกขาดและกระทำโดยวิธีการต่าง ๆ ที่ถือเป็นการผูกขาด ตัวอย่างเช่น การขายตัดราคา (predatory pricing) ซึ่งตั้งราคาขายต่ำกว่าต้นทุนเฉลี่ย (average cost) หรืออาจต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม (marginal cost) โดยเจตนาจำกัดการแข่งขันถือเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการผูกขาดอยู่ 2 กรณีข้อยกเว้นแรก คือ เป็นผู้ผูกขาดโดยสุจริตมิได้ทำการอันมีลักษณะผูกขาดจนกลายเป็นผู้ผูกขาด ซึ่งศาลวางหลักไว้ในคดี United States v. Grinnel Corp. ปี ค.ศ. 1966⁶² ว่ากฎหมายไม่ควรที่จะปฏิเสธผลจากความพยายามของผู้ประกอบธุรกิจ ศาลยอมให้ผู้ผูกขาดได้ถ้าเป็นการผูกขาดที่เกิดจากการพัฒนาหรือความก้าวหน้าเฉพาะที่เป็นผลจากสินค้าเป็นเลิศ หรือมีความเก่งกาจ มีทักษะหรือมีไหวพริบในการบริหารธุรกิจอย่างมาก มีวิสัยทัศน์ในการประกอบกิจการสามารถคาดเดาเหตุการณ์หรือ การมีชื่อเสียงในอดีต ซึ่งกฎหมายยอมให้เกิดการผูกขาดแต่จะไม่ให้สิทธิพิเศษ ผู้ผูกขาดที่ถูกต้องตามกฎหมายสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้หากแข่งขันอย่างแท้จริง แต่ในทางกลับกันกฎหมายไม่อนุญาตให้ทำการผูกขาด คือ การกระทำหรือความพยายามที่จะควบคุมหรือจำกัดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาด⁶³ และข้อยกเว้นที่สอง คือ การผูกขาดโดยธรรมชาติ (natural monopoly) การมีผู้ประกอบการรายเดียวจะเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด เช่น ในตลาดหรืออุตสาหกรรมขนาดเล็ก ๆ ที่สนับสนุนให้มีผู้แข่งขันเพียงรายเดียว เช่น ร้านขายหนังสือพิมพ์ในเมืองเล็ก ๆ

(2) กรณีพยายามผูกขาด (attempt to monopolize)

การพยายามผูกขาด ตามมาตรา 2 ของ the Sherman Act หมายถึง การวางแผนไว้ล่วงหน้าหรือความพยายามกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้องเพื่อให้ได้มาหรือทำให้เกิดอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องกันนั้น ซึ่งศาลใช้เกณฑ์แยกแยะพฤติกรรมซึ่งทำให้กลายเป็นผู้ผูกขาดที่แข็งแกร่งโดยพิสูจน์องค์ประกอบดังต่อไปนี้⁶⁴

⁶² United States v. Grinnel Corp. 384 U.S.563, 570-571 (1996)

⁶³ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” วารสารกฎหมาย ปีที่ 22, เล่ม 1: หน้า188-189.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 189.

- ผู้ประกอบธุรกิจมีเจตนาจงใจ (specific intent) ที่จะผูกขาดโดยควบคุม (control) ราคา หรือลดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน (anti-competition) หรือการขายตัดราคา (predatory pricing) โดยมีเจตนาพยายามกำจัดคู่แข่ง
- ถ้าผูกขาดได้สำเร็จน่าจะเกิดความเสียหาย (dangerous probability of success)

อย่างไรก็ตาม หลักฐานการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันเป็นประเด็นสำคัญในการพิสูจน์การพยายามผูกขาด⁶⁵ ศาลไม่ได้อธิบายเจตนา (intent) และไม่ได้กำหนดระดับของอำนาจซึ่งใช้วัดความสำเร็จของการพยายามผูกขาด ยังมีอำนาจตลาดมากเท่าใดความเด่นชัดของการกระทำก็ยิ่งลดลง คดีต่าง ๆ ไม่อาจระบุระดับอำนาจตลาดให้ชัดเจนได้⁶⁶

การพยายามผูกขาดต้องมีเจตนาจงใจ (specific intent) ที่จะทำลายการแข่งขันซึ่งพิจารณาจากพฤติกรรมต่าง ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจ แม้ว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจจะมีได้มีผลเสียก็ตาม แต่ถ้าหากพิจารณาภาพรวมแล้วพบว่าพฤติกรรมต่าง ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจเข้าข่ายการพยายามผูกขาดก็ถือว่าฝ่าฝืนมาตรา 2⁶⁷ กล่าวคือ มีเจตนาพยายามหลีกเลี่ยงการแข่งขันที่ถูกกติกาและพยายามขยายส่วนแบ่งตลาดของตนพิจารณาได้ 2 แนวความเห็น⁶⁸ ดังนี้

ทางที่ 1 พิจารณาจากหลักฐานโดยตรง (direct evidence) ที่แสดงให้เห็นเจตนาจงใจ (specific intent) หากศาลพบว่าผู้ประกอบธุรกิจสามารถขึ้นราคาสินค้าหรือบริการถือเป็นหลักฐานโดยตรงว่ามีอำนาจเหนือตลาด โดยไม่จำเป็นต้องหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง

⁶⁵ Danny Abir, *Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis*, *International Tax and Business Lawyer* 13, p. 146.

⁶⁶ Richard A. and Robert Mann, Barry S., , *Essentials of Business Law and the Legal Environment*, 7th ed. United States: West Publishing (2001). p. 892.

⁶⁷ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” *วารสารกฎหมาย* 22: หน้า 190.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน

ทางที่ 2 ในกรณีที่ไม่สามารถหาหลักฐานโดยตรง ศาลจะพิจารณาหลักฐานทางอ้อมอื่น ๆ โดยพิจารณาว่ามีผลต่อคู่แข่งหรือส่งผลต่อการแข่งขันหรือไม่ ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมหรือการกระทำทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ

กรณีพยายามผูกขาดผู้ประกอบธุรกิจไม่จำเป็นต้องมีอำนาจตลาด ณ ช่วงเวลานั้น เพียงแต่ถ้าศาลสามารถพิจารณาและพิสูจน์ได้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น⁶⁹ ซึ่งความจริงส่วนใหญ่ศาลจะใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดที่เกี่ยวข้องประมาณร้อยละ 40-50⁷⁰ ว่าน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น⁷¹ กรณีพยายามผูกขาดมีอำนาจตลาดระดับต่ำกว่ากรณีผูกขาดแต่ศาลให้ความสำคัญกับการกระทำมากกว่า ขณะที่ในทางปฏิบัติดีผูกขาดต้องมีอำนาจตลาดสูงมากจึงจะถือเป็นความผิด⁷²

เมื่อพิสูจน์ว่าผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจผูกขาดมากเพียงพอแล้วต้องพิสูจน์ต่อไปว่าผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นกระทำการอย่างไม่เป็นธรรม (unfair conduct) ใดๆก็ตาม ศาลได้กำหนดว่าการกระทำที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวได้แก่การกระทำใดบ้าง กล่าวคือ⁷³

(1) ผู้ที่มีอำนาจผูกขาดต้องพิสูจน์ว่าตนมีอำนาจผูกขาดเพราะประกอบกิจการตามปกติหรือว่าทำการอันไม่เป็นธรรมจนได้อำนาจผูกขาดมา

(2) อำนาจผูกขาดประกอบกับกระทำโดยมีเจตนากำจัดคู่แข่งที่ฝ่าฝืน มาตรา 1

(3) ผู้มีอำนาจผูกขาดทำการอันเป็นลักษณะเป็นการทำลายหรือเบียดเบียนคู่แข่ง อันได้แก่ การตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มแต่หากได้ส่วนแบ่งตลาดมาโดย (ก) การ

⁶⁹ Danny Abir, Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis,” International Tax and Business Lawyer 13. p. 147.

⁷⁰ Ibid., 147.

⁷¹ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” วารสารกฎหมาย 22, เล่ม 1: 189-190.

⁷² OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 36.

⁷³ Richard A. and Robert Mann, Barry S., „Essentials of Business Law and the Legal Environment, 7th ed. United States: West Publishing (2001). p 892.

ค้นคว้าวิจัย การคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ ๆ หรือผลิตภัณฑ์สินค้าที่ดีมีคุณภาพ หรือ (ข) โดยวิธีการบริหาร การตลาด (marketing) ก็จะไม่ถือว่าฝ่าฝืนมาตรา 2 ในการพิจารณาศาลสูงถือว่าหากผู้ประกอบการ พยายามกำจัดคู่แข่งโดยวิธีการอื่นที่มีประสิทธิภาพของผู้ประกอบการเองแล้วถือว่าเป็นการ ทำลายคู่แข่ง

จากบทบัญญัติในเรื่องการควบคุมการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายที่ถือเป็นแม่บทในการควบคุมการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ The Sherman Act of 1890 มาตรา 2 ซึ่งเป็นการควบคุมการผูกขาดในสามลักษณะด้วยกันคือ การกระทำอันเป็นการ ผูกขาดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง, การพยายามกระทำการอันเป็นการผูกขาด และการร่วมกันกระทำ การอันเป็นการผูกขาด โดยในคดี United States v. Grinnell Corp ศาลได้วางองค์ประกอบความผิด ของการกระทำอันเป็นการผูกขาดไว้ คือ 1. ผู้กระทำต้องมีอำนาจผูกขาดอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการ ที่เกี่ยวข้อง และ 2. ผู้มีอำนาจผูกขาดนั้นได้กระทำการใด ๆ โดยมีเจตนาให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดโดยใช้วิธีการอันมิชอบ

ความหมายของคำว่า “การผูกขาด” ของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลได้วาง หลักไว้ในคดี United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956) ว่าการผูกขาด คือ กรณีที่บุคคลมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการกระทำ หรือการจัดการในสิ่งใด ๆ เพื่อจำกัด หรือขัดขวาง บุคคลอื่นในการประกอบการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย และอำนาจในการผูกขาดคือ อำนาจในการ ควบคุมราคา หรืออำนาจในการขจัดการแข่งขัน สำหรับเรื่องการศึกษาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีได้มีการบัญญัติถึงขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องไว้โดยตรง โดยศาล จะพิจารณาจากปัจจัยหลายประการ ทั้งนี้ การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ และขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ มีการวางหลักไว้ในแนวปฏิบัติเรื่อง Horizontal Merger Guidelines Department of Justice and Federal Trade Commission April 2, 1992, revised April 8, 1997 โดยขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการจะพิจารณาโดยการเน้น การทดแทนด้านอุปสงค์เป็นสำคัญ หรือที่เรียกว่าหลัก SSNIP (Small but significant and non-transitory increase in price) สำหรับการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ตาม แนวปฏิบัติฯ “ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์” หมายความว่า เขตพื้นที่ที่ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเป็น ผู้ผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องเพียงรายเดียวในเขตนั้นทั้งในปัจจุบันและอนาคตสามารถขึ้นราคาสินค้า

ในอัตราที่มากพอสมควรโดยที่มีใช้เป็นการขึ้นราคาสินค้าเพียงชั่วคราว โดยไม่ส่งผลกระทบต่อการขายสินค้าชนิดเดียวกันนั้นในเขตพื้นที่อื่น ๆ ในขณะที่ยังมีกำไรจากการขึ้นราคาดังกล่าว

ในส่วนของเกณฑ์การพิจารณาอำนาจทางการตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้อย่างชัดเจน โดยให้เป็นดุลยพินิจของศาลในการตีความ ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณานั้นมีปัจจัยหลายประการด้วยกัน เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นของราคาสินค้าหรือบริการ แนวโน้มของการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ โครงสร้างตลาด เป็นต้น และลักษณะพฤติกรรมการกระทำที่เป็นการผูกขาดหรือพยายามกระทำการผูกขาดนั้น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ระบุรายละเอียดว่าเช่นใด จึงจะถือว่าเป็นการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด โดยปล่อยให้เป็นที่ของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม และศาลเป็นผู้ตีความและวางหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจผูกขาด แต่ทั้งนี้ต้องพิสูจน์ให้ได้ด้วยว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกล่าวหาานั้นมีเจตนาที่จะกระทำการผูกขาด หรือพยายามกระทำการผูกขาด โดยใช้วิธีการอันมิชอบ

ทั้งนี้ จากบทบัญญัติในเรื่องการควบคุมการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาเปรียบเทียบกับ การควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย สรุปได้ดังนี้

ตารางเปรียบเทียบการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย กับ สหรัฐอเมริกา

| รายละเอียด | ประเทศไทย | ประเทศสหรัฐอเมริกา | เปรียบเทียบ |
|---------------------------------------|---|--|---|
| การควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาด | ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการ แทรกแซงการ | มาตรา 2 ห้ามผู้ใดกระทำการผูกขาด หรือพยายามกระทำการผูกขาด (The Sherman Act Section 2) | ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดการกระทำอย่างกว้างไว้ ไม่ได้กำหนด |
| (การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น) | ประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25(4)) | | พฤติกรรมที่เป็นการผูกขาดไว้โดยเฉพาะเหมือนประเทศไทย |

| รายละเอียด | ประเทศไทย | ประเทศสหรัฐอเมริกา | เปรียบเทียบ |
|----------------------|---|--|---|
| ผู้มีอำนาจเหนือตลาด | <p>1 ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 50% ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ</p> <p>2 ผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรกมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 75%ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ยกเว้นผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 10% หรือมียอดขายต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท</p> | <p>การผูกขาด คือ กรณีที่บุคคลมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการกระทำ หรือการจัดกรในสิ่งใด ๆ เพื่อจำกัดหรือขัดขวางบุคคลอื่นในการประกอบการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย</p> | <p>1 ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีนิยามคำว่า “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด”</p> <p>2. ผู้กระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด แต่ต้องเป็นผู้ที่สามารถควบคุมราคา หรือจัดการแข่งขันได้</p> |
| การพิจารณาขอบเขตตลาด | พิจารณาทั้งด้านตลาดตามสภาพภูมิศาสตร์ และตลาดสินค้า | ใช้หลัก (Small but significant and non-transitory increase in price : SSNIP) | หลักเกณฑ์ในการพิจารณาการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกามีหลายปัจจัย เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นของราคาสินค้า หรือบริการ แนวโน้มของการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ |

| รายละเอียด | ประเทศไทย | ประเทศสหรัฐอเมริกา | เปรียบเทียบ |
|------------|-----------|--------------------|---|
| | | | พฤติกรรมของผู้ประกอบ ธุรกิจ โครงสร้างตลาด เป็นต้น |

3.5.1.2 แนวคำตัดสินของประเทศสหรัฐอเมริกา

คดี The State of California, by its Attorney General John K.VAN de Kamp, Plaintiff, AMERICAN STORES COMPANY, Alpha Beta Acquisition Corp., Lucky Stores, Inc., Defendants⁷⁴

คดีนี้มีรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดให้ตลาดผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องในคดีนี้เป็นซูเปอร์มาร์เก็ตที่มีขนาดพื้นที่ในการจำหน่ายสินค้ามากกว่า 10,000 ตารางฟุต โดยมรัฐแคลิฟอร์เนียยืนยันว่าร้านที่จำหน่ายสินค้าประเภทซูเปอร์มาร์เก็ตเท่านั้นที่มีการแข่งขันสำหรับความต้องการในการเลือกซื้อของประจำสัปดาห์ของลูกค้า ส่วนร้านค้าประเภทอื่น ๆ เช่น ร้านสะดวกซื้อ เป็นร้านค้าที่ตอบสนองความต้องการของลูกค้าในตลาดที่แยกต่างหากอย่างชัดเจน ในคดีนี้จำเลยพยายามชี้ให้เห็นว่าตลาดผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องนั้นรวมถึงร้านค้าปลีกที่มีขอบเขตกว้างขวางและควรรวมร้านขายของชำประเภทต่าง ๆ เช่น ร้านค้าปลีกขายของชำขนาดเล็ก ร้านสะดวกซื้อ รวมถึงห้างสรรพสินค้า สถานีบริการน้ำมัน ร้านขายอาหารและเครื่องดื่ม ร้านขายยาเข้าไปด้วย โดยจำเลยให้เหตุผลว่าร้านค้าเหล่านี้เป็นร้านค้าที่มีการแข่งขันกับซูเปอร์มาร์เก็ตทั้งสิ้น และจำเลยยังได้ยกตัวอย่างว่าร้านสะดวกซื้อ มักจะขายสินค้าในราคาที่เท่ากันหรือต่ำกว่ากับซูเปอร์มาร์เก็ต

แต่อย่างไรก็ตามศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่เห็นด้วยว่าตลาดผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องในคดีนี้รวมถึงร้านขายอาหารที่มีขอบเขตกว้างขวางตามที่จำเลยกล่าวอ้าง อีกทั้งศาลยังเห็นว่าสถานีบริการน้ำมันหรือห้างสรรพสินค้าจะเป็นคู่แข่งทางการค้าในสินค้าประเภทของชำกับซูเปอร์มาเก็ต ถึงแม้ว่าร้านสะดวกซื้อจะมีการแข่งขันทางด้านราคาโดยตรงกับซูเปอร์มาร์เก็ตในสินค้าบางอย่าง

⁷⁴ State of Cal. by Van de Kamp v. American Stores Co. 697 F.Supp. 1125 C.D.Cal.,1988. September 29, 1988

แต่เพียงเท่านั้นยังไม่พอที่จะแสดงได้ว่าการค้าปลีกของชำจากร้านค้าปลีกทุกประเภทนั้นจะถือเป็นตลาดผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องในคดีนี้ อีกทั้งตามข้อเท็จจริงมลรัฐยังได้แสดงหลักฐานการตลาดของจำเลยซึ่งในเอกสารดังกล่าวจำเลยได้มุ่งความสนใจไปเฉพาะผู้ซื้อสินค้าจากซูเปอร์มาร์เก็ตคู่แข่ง โดยมีได้ทำการประเมินไปถึงร้านสะดวกซื้อ สถานีบริการน้ำมัน และอื่น ๆ ในฐานะคู่แข่งของจำเลยอีกด้วย

คดี Eastman Kodak Co., v. Image Technical Services Inc ⁷⁵

ในปี ค.ศ. 1992 คดีนี้เป็นคดีที่ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่าการพิจารณาถึงขอบเขตตลาดเครื่องถ่ายภาพเอกสารนั้นควรที่จะหมายถึงตลาดเครื่องถ่ายภาพเอกสารทุกยี่ห้อหรือเฉพาะเครื่องถ่ายภาพเอกสารยี่ห้อ Kodak เท่านั้น ซึ่งจะมีผลต่ออัตราส่วนแบ่งตลาดเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ทาง Kodak ปฏิเสธการจำหน่ายอุปกรณ์อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายภาพเอกสารของ Kodak ให้กับบริษัท Image Technical Services ซึ่งเป็นบริษัทที่ให้บริการซ่อมแซมอุปกรณ์อะไหล่เครื่องมือต่าง ๆ และในกรณีนี้ถือว่าเป็นตลาดบริการอุปกรณ์อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายภาพเอกสาร แต่ปัญหายุ่งอยู่ที่ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องที่ใช้พิจารณาอำนาจตลาดในคดีนี้ควรจะเป็น “ตลาดอุปกรณ์อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายภาพเอกสารของ Kodak เพียงยี่ห้อเดียว” หรือ “ตลาดเครื่องถ่ายภาพเอกสารทุกยี่ห้อที่วางจำหน่ายในตลาด” หากใช้เกณฑ์แรกจะสรุปได้ทันทีว่า Kodak มีอำนาจเหนือตลาด แต่ถ้าหากใช้เกณฑ์ที่สองก็ถือว่า Kodak ไม่มีอำนาจตลาด เพราะส่วนแบ่งตลาดของ Kodak นั้นยังคิดเป็นสัดส่วนที่น้อยอยู่มาก ⁷⁶

ศาลตัดสินว่า Kodak มีอำนาจตลาดและจากหลักฐานสำคัญอย่างหนึ่ง คือ แม้ว่า Kodak จะขึ้นราคาค่าบริการ แต่ก็ไม่ได้ส่งผลให้ยอดขายเครื่องถ่ายภาพเอกสารของ Kodak ลดลงยอดขายของ Kodak ยังคงไม่เปลี่ยนแปลงหรือเปลี่ยนแปลงในสัดส่วนที่น้อยมากและ Kodak ก็ยังสามารถหากำไรจากการขึ้นราคาค่าบริการดังกล่าวได้อีกด้วย ซึ่งเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า Kodak มีอำนาจตลาด ⁷⁷

⁷⁵ Eastman Kodak Co., v. Image Technical Services Inc., 112 S. Ct.2072 (1992).

⁷⁶ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” วารสารกฎหมาย 22, เล่ม 1: หน้า 195.

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, 196-197.

คดี Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.⁷⁸

บริษัท Aspen Highlands (Aspen Highlands Skiing Corp.) เป็นเจ้าของและให้บริการลานสกี Highlands ในเทือกเขา Aspen รัฐโคโลราโด ส่วนบริษัท Aspen Skiing (Aspen Skiing Co.) เป็นเจ้าของและให้บริการลานสกี 3 แห่งที่เหลือ ได้แก่ Aspen Mountain (Ajax), Snowmass และ Buttermilk ในเทือกเขา Aspen ทั้งสองบริษัทร่วมกันทำสัญญาจำหน่ายตั๋วเล่นสกีในลานสกีทั้ง 4 ลานร่วมกันเป็นตั๋วเล่นสกีร่วมของทั้งสองบริษัทใช้ได้ 6 วัน 4 ลานสกี ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 เพื่อความสะดวกของผู้มาเล่นสกีสามารถเล่นสกีในลานสกีของทั้ง 2 บริษัทได้โดยแบ่งรายได้ตามจำนวนการให้บริการที่พัคของแต่ละแห่ง

ในปี ค.ศ. 1977-1978 บริษัท Aspen Skiing แจ้งบริษัท Aspen Highlands ว่าจะร่วมเสนอตั๋วทุกประเภทกับบริษัท Aspen Highlands ต่อไปถ้ายอมรับส่วนแบ่งเป็นอัตราคงที่เพียงร้อยละ 15 บริษัท Aspen Highlands ตกงอย่างไม่เต็มใจ (reluctant) ปีต่อมาบริษัท Aspen Skiing ลดส่วนแบ่งที่เสนอให้บริษัท Aspen Highlands ลงเหลือร้อยละ 12.5 ทำให้บริษัท Aspen Highlands ไม่อาจเสนอตั๋วเล่นสกีหลายพื้นที่ (multi-area package) ได้อีก บริษัท Aspen Highlands จึงปฏิเสธที่จะขายบัตร บริษัท Aspen Skiing จึงไม่ต่อสัญญาและไม่รับบัตร (vouchers) ผ่านทางบริษัท Aspen Highlands และไม่ออกตั๋วประเภท 3 วัน (three-day pass) เหลือเฉพาะตั๋วประเภท 3 พื้นที่ 6 วัน เฉพาะเขตลานสกีของตน และบริษัท Aspen Skiing ยังปฏิเสธที่จะขายตั๋วใช้บริการลิฟท์ให้กับลูกค้าของบริษัท Aspen Highlands ทำให้บริษัท Aspen Highlands ทำธุรกิจลำบากมากขึ้น เป็นการปิดกั้นโอกาสของลูกค้าที่จะเล่นสกีในเขตที่พัคของบริษัท Aspen Highlands

ส่วนแบ่งของบริษัท Aspen Highlands หลังจากยกเลิกบัตรที่เล่นสกีใน 4 พื้นที่ในปี ค.ศ. 1977 ในธุรกิจสกีลดลงจากร้อยละ 20 ในช่วงปี ค.ศ. 1976-1977 เหลือร้อยละ 11 ในช่วงปี ค.ศ. 1980-1981 รายได้ของ Aspen Highlands ในบริการที่เกี่ยวข้องลดลงอย่างมาก ดังนั้น ในปี

⁷⁸ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985) cited in Goetz, Charles J. and McChesney, Fred, *Antitrust law: Interpretation and implementation*, 2nd ed. (United States: LexisNexis, 2002), p. 13-22.

ค.ศ.1979 บริษัท Aspen Highlands จึงยื่นฟ้องบริษัท Aspen Skiing ว่าทำการผูกขาดตลาดบริการการเล่นสกีลงเขา ฝ่าฝืนมาตรา 2 และเรียกค่าเสียหาย

ศาลอุทธรณ์ตัดสินยืนตามศาลชั้นต้นว่าให้บริษัท Aspen Skiing ออกตั๋วเล่นสกีร่วมกับบริษัท Aspen Highlands เพราะบัตรหลายพื้นที่ (multi-area ticket) เป็นประโยชน์ (essential facility) ต่อผู้บริโภคมากกว่าและมีหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนว่าเจตนาของบริษัท Aspen Skiing ที่ปฏิเสธการออกตั๋วเล่นสกีร่วมเป็นการสร้างหรือรักษาการผูกขาด ผู้เล่นสกีปรารถนาที่จะเล่นสกีบนภูเขาของบริษัท Aspen Highlands แต่ไม่ใช่ที่เดียว เพราะความไม่สะดวก (inconvenience) เมื่อไม่มีตั๋วร่วมทำให้ธุรกิจของบริษัท Aspen Highlands ได้รับความเสียหายและบริษัท Aspen Skiing ไม่อาจแสดงว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมกับบริษัท Aspen Highlands มีประสิทธิภาพมากกว่าได้

3.5.2 ประเทศญี่ปุ่น

การควบคุมการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นเป็นไปตาม the Antimonopoly Act 1947 มาตรา 3 ซึ่งสรุปใจความได้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจผู้ใดก่อให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชน หรือการจำกัดทางการค้าโดยไม่มีเหตุสมควร”⁷⁹ และกฎหมายได้กำหนดนิยามของการผูกขาดโดยเอกชนไว้ในมาตรา 2(5) ซึ่งสรุปใจความได้ว่า “การผูกขาดโดยเอกชน หมายถึง กิจกรรมทางธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยส่วนตัว หรือโดยรวมกันหรือสมคบกัน หรือไม่ว่าจะมีการร่วมมือกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในลักษณะใด ได้กระทำการกีดกัน หรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น อันเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และส่งผลทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง”⁸⁰ การห้ามการผูกขาดโดยเอกชนมุ่งห้ามถึงพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาด โดยมีได้พิจารณาถึงสถานะการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้กระทำ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจาก

⁷⁹ the Antimonopoly Act 1947, Article 3 “No entrepreneur shall effect private monopolization or unreasonable restraint of trade.

⁸⁰ the Antimonopoly Act 1947, Article 2(5) “The term private monopolization” as used in this Act means such business activities, by which any entrepreneur, individually or by combination or conspiracy with other entrepreneur, or by any other manner, excludes or controls the business activities of other entrepreneur, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade.”

บทบัญญัติทั้งสองมาตราข้างต้น สามารถพิจารณาองค์ประกอบความผิดของการกระทำอันเป็นการผูกขาดได้ ดังนี้

3.5.2.1 องค์ประกอบความผิดของการกระทำอันเป็นการผูกขาด

การที่จะถือว่าเป็นการผูกขาดโดยเอกชนนั้น ต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้

- 1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง หรือโดยการรวมกันหรือสมคบกัน หรือโดยร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ กระทำการอันเป็นการกีดกัน หรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น
- 2) การกระทำนั้นเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และ
- 3) ส่งผลทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง

1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง หรือโดยการรวมกันหรือสมคบกัน หรือโดยร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ กระทำการอันเป็นการกีดกัน หรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น พิจารณาได้ดังนี้

1.1) ประเภทของผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าข่ายการกระทำความผิดการผูกขาด

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบธุรกิจจะต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ตาม นักวิชาการของประเทศญี่ปุ่นเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการดังกล่าวได้ต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเศรษฐกิจที่สูงด้วย เช่น มีส่วนแบ่งตลาดและทรัพย์สินจำนวนมาก เป็นต้น เนื่องจากเป็นลักษณะธรรมชาติของการผูกขาดโดยเอกชนที่ผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อมหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่อ่อนแอไม่สามารถที่จะกีดกันหรือควบคุมกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ จึงหมายความว่าเฉพาะผู้ประกอบธุรกิจที่พอจะสามารถกระทำความผิดในลักษณะการผูกขาดโดยเอกชนได้⁸¹ หรืออาจกล่าวได้ว่าผู้มีอำนาจ

⁸¹ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลีใต้ ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย” (การศึกษาทางด้านกฎหมาย) เสนอต่อ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, (สิงหาคม 2542), บทที่ 1 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น, หน้า 1-6 – 1-7.

ผูกขาดโดยเอกชนก็คือผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย
นั่นเอง⁸² โดยอาจเป็นได้ทั้งผู้ประกอบการรายเดียว หรือผู้ประกอบการหลายรายร่วมกันกระทำ
การผูกขาด

1.2) การกระทำอันเป็นการกีดกัน หรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบ
ธุรกิจรายอื่น

(1) การกีดกัน (excludes)

การกีดกัน อาจจะมีปรากฏได้หลายรูปแบบ ในกรณีที่เป็นกีดกัน
ผู้ประกอบการรายอื่นนั้น ผู้ประกอบการอาจใช้นโยบายด้านราคาเป็นเครื่องมือ เช่น การจำหน่าย
สินค้าของตนในราคาที่ต่ำมากเมื่อเทียบกับราคาสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่น เป็นต้น การกระทำ
เช่นนี้อาจถือว่าเป็นการกีดกันคู่แข่ง และก่อให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชนได้ หากว่าการกระทำนั้น
ส่งผลให้การแข่งขันในธุรกิจนั้นสิ้นสุดลง หรือเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจนั้น หรือการ
ที่ผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาดสินค้าประเภทหนึ่งทำความตกลงกับบรรดาผู้ขายส่งสินค้า โดยวาง
ข้อกำหนดห้ามมิให้ผู้ขายส่งรับซื้อและขายสินค้าชนิดเดียวกันจากคู่แข่งรายอื่น ๆ ซึ่งถือเป็นการกีดกัน
การประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่นเช่นเดียวกัน⁸³ และการกีดกันนั้น เป็นได้ทั้งการกีดกัน
ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดให้ออกไปจากตลาด และกีดกันคู่แข่งรายใหม่ไม่ให้เข้ามาในตลาดด้วย⁸⁴

(2) การควบคุม (controls)

ใน the Antimonopoly Act ไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า การควบคุมไว้
แต่จากคำตัดสินของ Japanese Fair Trade Commission (JFTC) และศาลจะเห็นได้ว่า การควบคุม

⁸² กระทรวงอุตสาหกรรม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กระทรวงพาณิชย์, MITI, IDE-
JETRO, "เอกสารสัมมนาร่วมระหว่างไทยและญี่ปุ่น เรื่อง "กฎหมายเศรษฐกิจกับการพัฒนา", "(ห้องบอลรูม โรงแรม
รีเจนท์ กรุงเทพมหานคร). กรุงเทพมหานคร. หน้า 184, 211.

⁸³ สุธีร์ ศุภินิตย์, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 (2529): 202.

⁸⁴ ศิริศักดิ์ จิ่งถาวรณ, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทาง
การค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก," หน้า 244.

สามารถมีได้ทั้งการควบคุมโดยตรง และการควบคุมโดยอ้อม⁸⁵ การควบคุมโดยตรงอาจเป็นการที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจมากกว่าใช้อำนาจนั้นเข้าไปแทรกแซง หรือจำกัด หรือห้ามการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการที่อ่อนแอกว่า เช่น การทำข้อตกลงทางการค้าในลักษณะของการบีบบังคับ การเข้าถือหุ้น เป็นต้น ส่วนการควบคุมทางอ้อมนั้นมีหลากหลายรูปแบบ ซึ่ง the Antimonopoly Act ไม่มีบัญญัติไว้ชัดเจน การพิจารณารูปแบบการกระทำจึงขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมและพฤติการณ์แต่ละกรณี ๆ ไป

2) การกระทำนั้นเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ⁸⁶

การพิจารณาว่าการกระทำเช่นใดถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะนั้น มีสองแนวความคิด ดังนี้

แนวความคิดแรก เห็นว่า หากปรากฏว่าการแข่งขันได้ถูกจำกัด หรือทำให้หมดไปในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง ก็ย่อมถือว่าประโยชน์สาธารณะได้ถูกทำลายแล้วและเป็นการกระทำที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของ the Antimonopoly Act ที่ต้องการธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันซึ่งแนวความคิดนี้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางจากศาล นักกฎหมายที่มีชื่อเสียง และ JFTC ดังนั้น หากมีผู้ประกอบการรายใดกระทำการอันเป็นการกีดกัน หรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น ย่อมถือว่าเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะเสมอ

แนวความคิดที่สอง เห็นว่า ประโยชน์สาธารณะนั้นไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงการธำรงไว้ซึ่งการแข่งขัน แต่ควรจะแปลความว่าประโยชน์สาธารณะ หมายถึง การธำรงไว้ซึ่งความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ต่าง ๆ ในด้านเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้นหากการกระทำของผู้ประกอบการรายใดหรือกลุ่มใดกระทำการอย่างใด ๆ ที่แม้จะเป็นการกีดกัน หรือควบคุมการแข่งขันของผู้ประกอบการรายอื่น หรือเป็นการลดการแข่งขันระหว่างกันลง แต่เป็นไปเพื่อผลอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เพื่อธำรงไว้ซึ่ง

⁸⁵ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลีใต้ ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย” (การศึกษาทางด้านกฎหมาย), บทที่ 1 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น, หน้า 1-8.

⁸⁶ สุธีร์ ศุภินิตย์, “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 (2529): 205.

ดุลการชำระหนี้ ย่อมไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ เพราะการกระทำเช่นนั้นก็เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ

ทั้งนี้ ในปัจจุบันยังคงยึดถือตามแนวความเห็นแรก เนื่องจากแนวความเห็นที่สองนั้นเป็นการตีความที่กว้างเกินไป และอาจเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของ the Antimonopoly Act

3) ส่งผลทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง

ตาม Guidelines to application of the antimonopoly act concerning review of business combination ได้นำคำตัดสินคดี To ho Kabushiki Kaishu V. FTC (Tokyo High Court, December 7, 1953) มาอธิบายความหมายของ “การจำกัดการแข่งขันอย่างมาก ซึ่งสรุปใจความได้ดังนี้”⁸⁷ “บริษัท Shin-toho เป็นบริษัทที่มีความสามารถในการเป็นผู้แทนผลิตฟิล์ม ซึ่งมีเครือข่ายเป็นของตัวเอง โดยได้ทำสัญญากับ บริษัท Toho ว่า Shin-toho จะเป็นผู้แทนผลิตฟิล์มให้กับ Toho แต่เพียงผู้เดียว ได้ส่งมอบการเป็นผู้แทนผลิตฟิล์มทั้งหมดให้ Toho และ Shin-toho แต่เพียงผู้เดียว Shin-toho ยังคงยึดถือตามเงื่อนไขในสัญญา แม้กระทั่งสัญญาสิ้นสุดลงแล้ว อย่างไรก็ตามในเดือนพฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1949 Shin-toho เริ่มเป็นผู้แทนผลิตฟิล์มอิสระเพราะสัญญาได้หมดอายุแล้ว เป็นเหตุให้พิพาทกับ Toho จนในที่สุด JETC ตัดสินว่าข้อสัญญานี้เป็นการละเมิดกฎหมายผูกขาด” กล่าวโดยสรุป “การจำกัดการแข่งขันลงอย่างมาก หมายถึง กรณีที่การแข่งขันโดยตัวของมันเองลดน้อยลง และเป็นผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใด หรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดอยู่ในฐานะที่สามารถควบคุมตลาดได้โดยอิสระ โดยการควบคุมราคา คุณภาพหรือปริมาณและกำหนดสิ่งต่าง ๆ ทางธุรกิจได้อย่างอิสระ โดยไม่ต้องคำนึงถึง

⁸⁷ Guildelines to application of the antimonopoly act concerning review of business combination : Part III. The Effect May Be Substantially to Restrain Competition

“(2) A. Shin-Toho Company Limited (hereinafter referred to as “Shin-Toho”) was capable of distributing the films it produced through its own network. However, an agreement with Toho Company, Limited (hereinafter referred to as “Toho”) consigned all film distribution to Toho and limited Shin-Toho solely to the production of films. Shin-Toho continued to adhere to the terms of the agreement even after the agreement had expired. However, in November 1949 Shin-Toho stated that it would independently distribute the films it produced because of the expiration of the agreement, causing a dispute with Toho. As a result of this dispute, a hearing was initiated by the JFTC on the grounds that the agreement violated the Act.”

กลไกตลาด และเป็นสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการนั้นสามารถควบคุมตลาดได้ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดี⁸⁸

การจำกัดการแข่งขันอย่างมากระหว่างผู้ประกอบการกระทำที่ก่อให้เกิดอำนาจการตลาดแต่เพียงอย่างเดียว ยังหมายความรวมถึง การกระทำที่ธำรงไว้ซึ่งอำนาจเหนือหรือการใช้อำนาจของผู้ประกอบการที่มีฐานะเหนือกว่าผู้อื่นโดยสภาพ ซึ่งอาจถือว่าการขัดต่อกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าอย่างไรเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากระหว่างผู้ประกอบการนั้น ไม่ควรที่จะใช้ Qualitative Analysis เพียงอย่างเดียว ควรใช้ Quantitative Analysis ประกอบด้วย คือ เป็นการพิจารณาการหาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการนั้นโดยพิจารณาว่าผู้ประกอบการแต่ละรายควรมีส่วนแบ่งตลาดเพียง 25% หากผู้ประกอบการรายอื่นกระทำการอันเป็นการกีดกันหรือควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น จนทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเกิน 25% แล้ว ก็ถือว่าการเสี่ยงต่อการผิดกฎหมาย⁸⁹

สำหรับคำว่าธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่งนั้น เป็นการพิจารณาถึงขอบเขตตลาดของสินค้าของผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ซึ่งการพิจารณาขอบเขตตลาดของสินค้านั้นไม่มีหลักเกณฑ์มาตรฐานที่แน่นอน ต้องพิจารณาทั้งขอบเขตตลาดในเชิงสินค้าหรือบริการ, ขอบเขตตลาดในเชิงภูมิศาสตร์, ความคล้ายคลึงกันของสินค้า, การกระจายสินค้า, และประเภทของลูกค้า เป็นต้น

การผูกขาดโดยเอกชนไม่เกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ การมีอำนาจเหนือตลาดจึงไม่ใช่เงื่อนไขตามกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของผู้ประกอบการรายนั้นก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากระหว่างผู้ประกอบการ โดยต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้แก่

⁸⁸ ศิริศักดิ์ จิ่งถาวรธรรม, “หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก,” หน้า 246.

⁸⁹ สุธีร์ ศุภนิธย์, “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 (2529): 206.

ลักษณะของตลาด ส่วนแบ่งตลาด อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด อำนาจของผู้ซื้อ รวมถึงพฤติกรรมของผู้ที่ ถูกกล่าวหาและผลที่เกิดจากการกระทำนั้น⁹⁰

การควบคุมการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นมุ่งห้ามถึงพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิด การผูกขาด โดยมีได้พิจารณาสถานะการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ 1. ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการกีดกัน หรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น 2. การกระทำนั้น เป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และ 3. ส่งผลทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจ สาขาใดสาขาหนึ่ง โดยกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ไม่ได้มีการกำหนดนิยาม หรือลักษณะของการ กระทำที่เป็นการกีดกัน หรือการควบคุมไว้โดยเฉพาะ การพิจารณารูปแบบการกระทำจึงขึ้นอยู่กับ สภาพแวดล้อมและพฤติการณ์แต่ละกรณี ๆ ไป และตาม Guidelines to application of the antimonopoly act concerning review of business combination ได้วางแนวความหมายของ คำว่า “การจำกัดการแข่งขันลงอย่างมาก” ว่าหมายถึง “กรณีที่มีการแข่งขันโดยตัวของมันเองลด น้อยลง และเป็นผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใด หรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดอยู่ในฐานะที่สามารถ ควบคุมตลาดได้โดยอิสระ โดยการควบคุมราคา คุณภาพหรือปริมาณและกำหนดสิ่งต่าง ๆ ทางธุรกิจ ได้อย่างอิสระ โดยไม่ต้องคำนึงถึงกลไกตลาด และเป็นสถานการณ์ที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นสามารถ ควบคุมตลาดได้ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดี” ทั้งนี้ แม้การพิจารณา การกระทำความผิดที่เป็นการควบคุมการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น จะไม่ต้องพิจารณาสถานะการเป็น ผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาขอบเขตตลาดของสินค้าเพื่อพิจารณาว่าการ กระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้นส่งผลทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขัน อย่างมากในธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่งหรือไม่ โดยการพิจารณาถึงขอบเขตตลาดของสินค้านั้นไม่มี หลักเกณฑ์มาตรฐานที่แน่นอน ต้องพิจารณาทั้งขอบเขตตลาดในเชิงสินค้าหรือบริการ, ขอบเขตตลาด ในเชิงภูมิศาสตร์, ความคล้ายคลึงกันของสินค้า, การกระจายสินค้า, และประเภทของลูกค้า เป็นต้น

ทั้งนี้ จากบทบัญญัติในเรื่องการควบคุมการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น เปรียบเทียบกับการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย สรุปได้ดังนี้

⁹⁰ ศิริศักดิ์ จิ่งถาวรณ, “หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง การค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก,” หน้า 249.

ตารางเปรียบเทียบการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่น

| รายละเอียด | ประเทศไทย | ประเทศญี่ปุ่น | เปรียบเทียบ |
|--|--|--|---|
| การควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาด (การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น) | ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการ แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25(4)) | ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจผู้ใดก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการจำกัดทางการค้า โดยไม่มีเหตุสมควร (Act on Prohibition of Private Monopolization and the Maintenance of Fair Trade 1947 Article 3) | ประเทศญี่ปุ่นกำหนดการกระทำอย่างกว้างไว้ไม่ได้กำหนดพฤติกรรม การที่เป็นการผูกขาดไว้โดยเฉพาะซึ่งเหมือนกับประเทศไทย |
| ผู้มีอำนาจเหนือตลาด | 1 ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 50% ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ 2 ผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรก มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 75% ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปยกเว้น ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 10% หรือ มียอดขายต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท | การผูกขาด หมายถึง การกระทำทางธุรกิจอันเป็นการกีดกัน หรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่นอันเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และส่งผลทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง | 1 ประเทศญี่ปุ่นไม่มีนิยามคำว่า “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” 2. ผู้กระทำความผิดของประเทศญี่ปุ่นไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด |

| รายละเอียด | ประเทศไทย | ประเทศญี่ปุ่น | เปรียบเทียบ |
|----------------------|---|---|---|
| การพิจารณาขอบเขตตลาด | พิจารณาทั้งด้านตลาดตามสภาพภูมิศาสตร์และตลาดสินค้า | พิจารณาทั้งขอบเขตตลาดในเชิงสินค้าหรือบริการ, ขอบเขตตลาดในเชิงภูมิศาสตร์, ความคล้ายคลึงกันของสินค้า, การกระจายสินค้า, และประเภทของลูกค้า เป็นต้น | หลักเกณฑ์การพิจารณาการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นไม่มีหลักเกณฑ์มาตรฐานที่แน่นอน ต้องพิจารณาจากหลายปัจจัย |

3.5.2.2 แนวคำตัดสินของประเทศญี่ปุ่น

คดี Toyo Seikan Kaisha case : 1972⁹¹

บริษัท Toyo Seikan เป็นบริษัทผลิตกระป๋องดีบุกที่มีขนาดใหญ่โดยมีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 54 ของการผลิตกระป๋องดีบุกในญี่ปุ่น บริษัท Toyo Seikan ได้ซื้อหุ้นของบริษัทคู่แข่ง คือ บริษัท Hokkai บริษัท Shikoku บริษัท Honshu และบริษัท Mikuni แล้วเข้าควบคุมบริษัททั้ง 4 โดยการถือหุ้นและส่งคนของตนไปเป็นกรรมการ ทั้งนี้บริษัท Toyo Seikan และบริษัทภายใต้การควบคุมทั้ง 4 มีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 74 ในขณะที่บริษัทคู่แข่งซึ่งครองตลาดอันดับสอง คือ บริษัท Daiwa Seikan มีส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 23 การเข้าไปซื้อหุ้นของบริษัท Hokkai โดยบริษัท Toyo Seikan ได้กระทำไปในช่วงระยะเวลาหลายสิบปี และวิธีการซื้อหุ้นนั้นก็ทำได้โดยการตั้งโรงเรียนอาชีวศึกษาขึ้นมาก่อน แล้วโรงเรียนอาชีวศึกษาดังกล่าวจึงค่อยเข้าไปซื้อหุ้นของบริษัท Hokkai ดังนั้น บริษัท Toyo Seikan จึงควบคุมบริษัท Hokkai ทางอ้อม โดยผ่านคณะกรรมการ บริหารของโรงเรียนอาชีวศึกษา ซึ่งบริษัท Toyo Seikan ถือหุ้นของบริษัท Hokkai อยู่ประมาณร้อยละ 29 ของหุ้นที่ออก

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 274

นอกจากนี้ บริษัท Toyo Seikan เคยพยายามที่จะผนวกเอาบริษัท Hokkai มารวมกับบริษัทตน บริษัท Toyo Seikan ได้ควบคุมการดำเนินธุรกิจของบริษัท Hokkai โดยพยายามจำกัดการดำเนินธุรกิจของบริษัท Hokkai ให้อยู่ในเกาะฮอกไกโดเท่านั้น และสินค้าที่บริษัท Hokkai จำหน่ายก็จะถูกจำกัดชนิด เช่น เมื่อบริษัท Hokkai พยายามเสนอแผนที่จะตั้งโรงงานใหม่ในจังหวัด Saitama ก็จะต้องเงื่อนไขว่าจะต้องยอมให้ประธานบริษัท Toyo Seikan ไปควบคุมตำแหน่งประธานบริษัท Hokkai และชนิดของผลิตภัณฑ์ที่บริษัท Hokkai จะจำหน่ายได้ต้องถูกจำกัดด้วย ดังนั้น กรรมการของบริษัท Toyo Seikan ก็เข้าไปนั่งในตำแหน่งกรรมการของบริษัททั้งสามซึ่งได้ถูกใช้เป็นผู้ผลิตประเภท Subcontractors ในการผลิตกระป๋องตีบุกประเภทต่าง ๆ ให้กับบริษัท Toyo Seikan คณะกรรมการการค้าของญี่ปุ่นเห็นว่ากรกระทำดังกล่าวเป็นความผิดการผูกขาดโดยเอกชน จึงมีมติประเภทคำแนะนำบริษัท Toyo Seikan จึงยอมรับมติและยอมที่จะขายหุ้นของบริษัท Hokkai ออกไป 1.2 ล้านหุ้น และยกเลิกข้อจำกัดทางธุรกิจเกี่ยวกับการตั้งโรงงานใหม่ของบริษัท Hokkai และการจำกัดประเภทของกระป๋องตีบุกที่บริษัท Hokkai จะจำหน่ายได้

คดี Snow Brand case⁹²

บริษัท Snow Brand (Yukijirushi Milk Products Co.,) และบริษัท Hokkaido (Hokkaido Butter Co.) โดยบริษัท Snow Brand และบริษัท Hokkaido Butter มีสถานะอำนาจเหนือตลาดในเกาะ Hokkaido ร่วมกันควบคุมการซื้อนมดิบ (raw milk) มากกว่าร้อยละ 80 ใน Hokkaido (ซึ่งเป็นเขตผลิตนมใหญ่ที่สุด) โดยพยายามกีดกันการซื้อนมดิบของบริษัทอื่น ๆ และร่วมกันรักษาสถานะผูกขาดของตนในการซื้อนมดิบใน Hokkaido โดยร่วมมือกับธนาคารกลางเพื่อการเกษตร (Agriculture and Forestry Central Bank) และสมาคมให้สินเชื่อการเกษตรว่าจะขายนมดิบทั้งหมดให้กับบริษัท Snow Brand และบริษัท Hokkaido Butter เท่านั้น การกระทำของบริษัท Snow Brand บริษัท Hokkaido Butter ธนาคารกลางเพื่อการเกษตรและสมาคมให้สินเชื่อการเกษตรทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก

⁹² FTC Decision, 28 July 1956, Shinketsushi, 8 (1957), 12 et seq cited in Matsushita, Mitsuo, International trade and competition and competition law in Japan, pp. 118-119 and Snow Brand Dairy Co. (July 28, 1958, 8 KTIS 12) cited in Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, pp. 101-102.

ในคดีนี้ JFTC ตัดสินว่าบริษัท Snow Brand และบริษัท Hokkaido Butter ผูกขาดเอกชนโดยการกีดกันการทำธุรกิจ (ซึ่อ่อนมติบ) ของคู่แข่ง แต่ตัดสินว่าธนาคารกลางเพื่อการเกษตรและสมาคมให้สินเชื่อการเกษตรปฏิบัติทางธุรกิจไม่เป็นธรรม

คดี Hokkaido Shimbun Press (2000)⁹³

บริษัท Hokkaido Shimbun (Hokkaido Shimbun Press) เป็นผู้ตีพิมพ์หนังสือพิมพ์รายวันทั่วไปรายใหญ่ มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดหนังสือพิมพ์ทั่วไป (หนังสือพิมพ์ปักษ์เช้า) ใน Hokkaido มากกว่าร้อยละ 50 โดยเฉพาะในเขต Hakodate ซึ่งเป็นเขตหนึ่งใน Hokkaido บริษัท Hokkaido Shimbun มีส่วนแบ่งตลาดสูงทั้งหนังสือพิมพ์ทั่วไปปักษ์เช้าและปักษ์เย็น

เมื่อบริษัท Hakodate (the Hakodate Newspaper Inc.) เป็นผู้ผลิตหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นในเขต Hakodate ประกาศว่าจะตีพิมพ์หนังสือพิมพ์ชื่อ “Hakodate News” เป็นหนังสือพิมพ์ปักษ์เย็นในเขต Hakodate ปกติผู้ประกอบการธุรกิจหนังสือพิมพ์ในท้องถิ่นมักจะตั้งชื่อหนังสือพิมพ์ของตนให้สอดคล้องกับชื่อเมืองหรือเขตพื้นที่เพื่อแสดงว่าเป็นหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นและหาลูกค้าง่าย

เมื่อบริษัท Hokkaido Shimbun ทราบว่าบริษัท Hakodate จะตีพิมพ์หนังสือพิมพ์ก็หาทางขัดขวางการเข้าตลาดของบริษัท Hakodate โดยบริษัท Hokkaido Shimbun ไปขอตระเบียนชื่อหนังสือพิมพ์ 9 ชื่อ รวมถึงชื่อ “the Hakodate News” ซึ่งคิดว่าหนังสือพิมพ์ Hakodate จะใช้และบริษัท Hokkaido Shimbun ขอให้หนังสือพิมพ์ Hakodate เลิกใช้ชื่อ “the Hakodate News” หรือชื่ออื่น บริษัท Hokkaido Shimbun ยังบังคับบริษัท Jiji Press ซึ่งเป็นสำนักข่าวที่จำหน่ายข่าวให้สื่อมวลชนไม่ให้บริษัท Jiji Press ขายข่าวให้บริษัท Hakodate นอกจากนี้ บริษัท Hokkaido Shimbun ยังได้เสนอลดค่าโฆษณาครั้งหนึ่งให้กับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กในเขต Hakodate เพื่อลดสัดส่วนการโฆษณาของบริษัท Hakodate ซึ่งปกติรายได้ของผู้ประกอบการตีพิมพ์

⁹³ Japan International Cooperation Agency, Technical cooperation for the study on capacity building for implementation of the trade competition act in the kingdom of Thailand: Japanese competition laws and regulations: major cases(2005), p. 92-106 and Nakajima, Hideo, “Regulations on Single-Firm Conduct in Japan”, Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C., pp. 5-6.

หนังสือพิมพ์มาจากการจำหน่ายหนังสือพิมพ์และค่าโฆษณาหน้าหนังสือพิมพ์โดยมุ่งหวังให้บริษัท Hakodate ไม่สามารถดำเนินธุรกิจได้ ทำให้บริษัท Hakodate ต้องประสบความลำบากกับได้แต่โฆษณาชิ้นเล็ก ๆ และเมื่อบริษัท Hakodate พยายามโฆษณาหนังสือพิมพ์ของตนทางโทรทัศน์กับสถานี TV Hokkaido บริษัท Hokkaido Shimbun ก็บังคับสถานีโทรทัศน์ TV Hokkaido ไม่ให้รับโฆษณาของบริษัท Hakodate ตัดสินเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2000

คดี **Usen Corporation and Nippon Network Corporation case (2004)**⁹⁴

บริษัท Usen (Usen Corporation) ประกอบธุรกิจให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงและเสียงต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการถ่ายทอดรายการเพลง (music broadcasting business) ได้ทำสัญญาให้บริษัท Nippon (Nippon Network Corporation) เป็นตัวแทนของบริษัท Usen เพื่อทำสัญญาถ่ายทอดรายการเพลงกับลูกค้าโดยวางแผนแย่งลูกค้าของบริษัท Cansystem (Cansystem Corporation) ซึ่งเป็นคู่แข่งของบริษัท Usen และยังวางแผนที่จะให้บริษัท Cansystem ขยายธุรกิจให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงให้บริษัท Usen เพื่อควบคุมธุรกิจถ่ายทอดรายการเพลง

สัญญาให้บริการที่ทำกับลูกค้ามี 2 แบบ คือ สัญญาที่ทำขึ้นแทนสัญญาเดิมที่เคยมีอยู่กับผู้ให้บริการรายอื่น (บริษัท Cansystem) เรียกว่าสัญญาเปลี่ยนคู่สัญญา (switchover contract) และสัญญาที่ทำกับลูกค้าที่ไม่ใช่ลูกค้าที่ใช้บริการกับผู้ให้บริการรายอื่น เรียกว่า สัญญาใหม่ (new contract)

บริษัท Usen และบริษัท Nippon ใช้วิธีการยื่นข้อเสนอให้บริการแบบต่าง ๆ เป็นพิเศษโดยเฉพาะแก่ลูกค้าของบริษัท Cansystem โดยยื่นข้อเสนอให้ทำสัญญาเปลี่ยนคู่สัญญาจากบริษัท Cansystem มาทำสัญญากับบริษัท Usen ทั้งในรูปของการลดราคาค่าบริการรายเดือนและยกเว้นค่าบริการรายเดือนตามข้อเสนอให้บริการแต่ละแบบเพื่อแย่งลูกค้าของบริษัท Cansystem

⁹⁴ Japan International Cooperation Agency, Technical cooperation for the study on capacity building for implementation of the trade competition act in the kingdom of Thailand: Japanese competition laws and regulations: major cases, p. 111-130 and JFTC, “Annual Report on Competition Policy in Japan 2004”, p.7 from <http://www.jftc.go.jp/e-page/reports/annual/japan04.pdf>

ตั้งแต่เดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003 เป็นต้นมา สิ้นเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2004 บริษัท Usen มีจำนวนสัญญาคิดเป็นร้อยละ 72 ถือเป็นอันดับ 1 ส่วนบริษัท Cansystem มีจำนวนสัญญาคิดเป็นร้อยละ 20 ถือเป็นอันดับ 2

ผลจากการที่บริษัท Usen และบริษัท Nippon ดำเนินการดังกล่าวทำให้สามารถแย่งลูกค้าของบริษัท Cansystem ได้จำนวนมาก ทำให้จำนวนสัญญาของบริษัท Cansystem จากที่มีอยู่ 262,281 สัญญา (สิ้นเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003) ลดลงเหลือ 216,175 (สิ้นเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2004) ลดลงร้อยละ 17 และทำให้จำนวนสัญญาของบริษัท Usen จากที่มีอยู่ 682,143 สัญญา (สิ้นเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003) เพิ่มขึ้นเป็น 762,640 สัญญา (สิ้นเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2004) เพิ่มขึ้นร้อยละ 11 ส่งผลให้สัดส่วนจำนวนสัญญาให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงในญี่ปุ่นของบริษัท Usen เพิ่มขึ้นร้อยละ 68 (สิ้นเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003) เป็นร้อยละ 72 (สิ้นเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2004) และสัดส่วนมีจำนวนสัญญาให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงในญี่ปุ่นของบริษัท Cansystem ลดลงจากร้อยละ 26 (สิ้นเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003) เป็นร้อยละ 20 (สิ้นเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2004) นอกจากนี้บริษัท Cansystem ยังต้องลดจำนวนสาขาการตลาดจากเดิม 128 แห่ง (สิ้นเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003) เป็น 90 แห่ง (สิ้นเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2004)

JFTC เตือนบริษัท Usen และบริษัท Nippon เมื่อวันที่ 14 กันยายน ค.ศ. 2004 และตัดสินเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 2004

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องในคดีนี้คือ ตลาดให้บริการถ่ายทอดรายการเพลง ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องในคดีนี้คือทั่วประเทศญี่ปุ่น สัดส่วนจำนวนสัญญาให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงในญี่ปุ่นของบริษัท Usen เพิ่มขึ้นจากร้อยละ 68 (สิ้นเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003) เป็นร้อยละ 72 (สิ้นเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2004) และสัดส่วนมีจำนวนสัญญาให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงในญี่ปุ่นของบริษัท Cansystem ลดลงจากร้อยละ 26 (สิ้นเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003) เป็นร้อยละ 20 (สิ้นเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2004) สิ้นเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2004 บริษัท Usen มีจำนวนสัญญาคิดเป็นร้อยละ 72 ถือเป็นอันดับ 1 ส่วนบริษัท Cansystem จำนวนสัญญาคิดเป็นร้อยละ 20 ถือเป็นอันดับ 2 พฤติกรรมของบริษัท Usen และบริษัท Nippon พยายามแย่งลูกค้าของบริษัท Candysystem ถือเป็นการจัดการดำเนินธุรกิจของบริษัท Cansystem

3.5.3 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้

การกำกับดูแลในเรื่องการห้ามกิจการ (Undertaking)* ใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ บัญญัติไว้ในมาตรา 3-2⁹⁵ ซึ่งสรุปใจความได้ว่า

“(1) ห้ามกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- 1) กำหนด รักษา หรือปรับเปลี่ยนราคาสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- 2) ควบคุมการขายสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- 3) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- 4) กีดกันผู้ประกอบการรายใหม่โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- 5) กีดกันผู้ประกอบการอื่นอย่างไม่เป็นธรรม หรือกระทำการที่มีผลกระทบต่อความเสียหาย

ต่อประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างมีนัยยะสำคัญ”

*กฎหมายผูกขาดของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ใช้คำว่า “Undertaking” ซึ่งในที่นี้จะใช้คำว่า “กิจการ” โดยมีความหมายคล้ายกับว่าผู้ประกอบการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

⁹⁵ Monopoly Regulation and Fair Trade Act :“Article 3-2 (Prohibition of the Abuse of Market Dominant Position)

(1) Any market dominant undertaking shall not engage in any of the following conducts (hereinafter abusive conducts):

1. Unjustly determining, maintaining, or changing the price of goods or services (hereinafter price).
2. Unjustly controlling the sales of goods or the supply of services.
3. Unjustly hindering the business activity of other undertaking.
4. Unjustly impeding new competitors market entry.

5. Transacting with the purpose of unjustly excluding competitors or unjustly and substantially impairing consumers interest.

(2) The types or criteria of abusive conducts may be specified by the Presidential Decree.”

3.5.3.1 องค์ประกอบความผิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ตามมาตรา 3-2 ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ 1) เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่ในสถานะที่มีอำนาจเหนือตลาด (market-dominating position) และ 2) มีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ โดยพิจารณาได้ ดังนี้

1) ผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในสถานะที่มีอำนาจเหนือตลาด (market-dominating position)

1.1) ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ใน Monopoly Regulation and Fair Trade Act ได้ให้คำนิยาม “อำนาจเหนือตลาด” (market-dominating enterpriser) ไว้ในมาตรา 2 (7)⁹⁶ ซึ่งสรุปใจความได้ว่า

คำว่า “กิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” หมายความว่า กิจการซึ่งครอบครองสถานะในตลาด ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ผลิต หรือลูกค้า โดยส่วนตัวหรือโดยร่วมกันกับกิจการอื่น ใช้อำนาจเหนือตลาดและสามารถกำหนด, รักษา หรือเปลี่ยนแปลงในเรื่องราคา, ปริมาณ หรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการหรือข้อกำหนดและเงื่อนไขของอื่น ๆ ของธุรกิจในสายการค้าใดการค้าหนึ่งส่วนแบ่งตลาด, อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด, ขนาดธุรกิจของคู่แข่ง เป็นตัวอย่างกว้าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณา กำหนดกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด กล่าวโดยสรุป กิจการหรือผู้ประกอบธุรกิจที่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ต้องเป็นกิจการที่สามารถกำหนด รักษา หรือเปลี่ยนแปลงราคา, ปริมาณ, คุณภาพสินค้า รวมทั้งเงื่อนไขอื่น ๆ ในการซื้อขายได้ โดยการพิจารณาการเป็นกิจการที่มีอำนาจเหนือตลาดของสาธารณรัฐเกาหลีใต้นั้น จะต้องพิจารณาจากหลาย

⁹⁶ Monopoly Regulation and Fair Trade Act Article 2 Definitions

“7. The term market dominant undertaking means the undertaking that holds market position with which it, as a supplier or purchaser, individually or jointly with other undertaking, may determine, maintain, or change the price, quantity, or quality of goods or services, or other trading condition in a certain line of trade. In order to determine whether an undertaking holds market dominant position, market share, barriers to market entry, relative size of competitors, and any other relevant factors may be considered.”

ๆ ปัจจัยร่วมกัน เช่น ส่วนแบ่งตลาด,อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของกิจการอื่น, ขนาดของธุรกิจของคู่แข่ง เป็นต้น

1.2) ข้อสันนิษฐานการเป็นกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ใน Monopoly Regulation and Fair Trade Act ได้มีบทบัญญัติในเรื่องข้อสันนิษฐานของการเป็นกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ในมาตรา 4⁹⁷ ซึ่งเป็นเครื่องมือที่ช่วยให้การกำหนดตัวกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีความชัดเจนขึ้น ซึ่งสรุปใจความได้ว่า

“มาตรา 4 ข้อสันนิษฐานการเป็นกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

กิจการที่มีส่วนแบ่งตลาดดังต่อไปนี้ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง (ไม่รวมถึงกิจการที่มียอดขายหรือซื้อในปีที่ผ่านมาในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งน้อยกว่า 4 พันล้านบาท) ให้สันนิษฐานว่าเป็นกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามที่ระบุใน (7) ของมาตรา 2 (คำนิยาม)

1. กิจการรายเดียวที่มีส่วนแบ่งตลาด 50% หรือมากกว่า
2. กิจการ 3 รายแรกหรือน้อยกว่า ที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกัน 75% หรือมากกว่า ทั้งนี้ ไม่รวมถึงกิจการที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่า 10%”

จากบทบัญญัติในเรื่องข้อสันนิษฐานการเป็นกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งนั้น เกณฑ์สำคัญที่ใช้ในการพิจารณาการเป็นกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

⁹⁷ Monopoly Regulation and Fair Trade Act: Article 4 (Presumption of Market Dominant Undertaking)

“The undertaking that has one of the following market shares in a certain line of trade (except an undertaking whose the amount of annual sales turnover or the amount of annual purchases in a certain line of trade is less than 4 billion won) is presumed as the market dominant undertaking in Article 2 No. 7.

1. The market share of one undertaking is 50/100 or more.
2. The combined market share of three or fewer undertakings is 75/100 or more. In this case, however, undertakings that has market share below 10/100 shall be excluded.”

พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมา ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับแนวการพิจารณาการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้อำนาจเหนือตลาดในประเทศไทย ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเบื้องต้นจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องให้ได้เสียก่อน เพื่อที่จะทำให้สามารถทราบว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเป็นไปตามข้อสันนิษฐานของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่อำนาจเหนือตลาดหรือไม่

1.3) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (certain line of trade)*

ใน Monopoly Regulation and Fair Trade Act ได้มีการบัญญัติคำนิยามของ “สายการค้าใดการค้าหนึ่ง” (certain line of trade) ไว้ในมาตรา 2(8)⁹⁸ ซึ่งสรุปได้ดังนี้ “สายการค้าใดการค้าหนึ่ง หมายถึง พื้นที่ซึ่งมีการแข่งขันหรืออาจมีการแข่งขันทั้งด้านสินค้า ระดับของการค้าหรือพื้นที่ภูมิศาสตร์”

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามข้างต้น จะเห็นได้ว่า “สายการค้าใดการค้าหนึ่ง” (certain line of trade) นั้น มีความหมายเหมือนกับ “ตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง” ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ทั้งนี้ใน Guidelines for Review if the Abuse of Market Dominant Position ส่วนที่ 2⁹⁹ ได้มีการอธิบายถึงเกณฑ์สำหรับกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องไว้ สรุปใจความสำคัญได้ ดังนี้

* กฎหมายผูกขาดฉบับปัจจุบันใช้คำว่า “certain line of trade” (สายการค้าใดการค้าหนึ่ง) แต่ในแนวปฏิบัติในเรื่องการพิจารณาผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดฉบับปัจจุบัน ยังไม่ได้มีแก้ไขให้ตรงกันแต่ยังคงใช้คำว่า “particular business area” (ตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง)

⁹⁸ Monopoly Regulation and Fair Trade Act: Article 2

“8. The term certain line of trade means a field wherein there actually or potentially exists competition in terms of trading items, level of trade, regional area”

⁹⁹ Guidelines for Review if the Abuse of Market Dominant Position, October 6, 2009 :

“II. Criteria for determining a particular business area

A particular business area refers to a field in which any competitive relation exists or can be established; it can be distinguished by the subject, geographical area, stage, or counterpart of trade.

1. Trading subject (goods or services market)

A. Goods or services that can be changed by a representative buyer (seller) of goods or services to deal with the significant increase (decrease) in the price of specific goods or services traded in a particular business area (hereinafter referred to as “price”)

B. Whether a specific good or service belongs to the same trading field is decided based on the following:

- (1) The similarity of functions and use of goods or services
- (2) Buyer recognizing the possibility of change in goods or services and related form of purchase
- (3) Seller recognizing the possibility of change in goods or services and related form of management decision making
- (4) Korea Criteria Industry Code announced by the Commissioner of the Korea National Statistical Office based on Paragraph (1), Article 17 (Statistical Data Category) of the Statistics Act

2. Trading area (geographical(regional) market)

A. A particular business area refers to an area on the whole where a representative buyer (seller) can change the purchase (selling) in case of a significant increase (decrease) in the price for a considerable period time in specific areas while the price in other areas is fixed.

B. Whether a specific area belongs to the same field of business is decided based on the following:

- (1) Business capacity (production capacity and scope of sales network) of the seller and characteristics of goods or services (decomposable, possibility of degeneration, damageable)
- (2) Transportation cost
- (3) Buyer recognizing the possibility of change in the purchasing area and related form of buyer change in the purchasing area
- (4) Seller recognizing the possibility of change in the purchasing area and related form of management decision making
- (5) Availability change the purchasing area in terms of time, economy, and law

3. Trading stage

A particular business area can be delimited by trading stage, production, wholesale and retail.

4. Trading counterpart

“ข้อ 2 เกณฑ์การกำหนดตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง

ตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หมายความว่า ขอบเขตของความสามารถซึ่งสัมพันธ์กันซึ่งสามารถพิจารณาได้จากขอบเขตเชิงสินค้า, ขอบเขตเชิงภูมิศาสตร์, ชั้นการค้า หรือคู่ค้า ดังนี้

1. ประเภทของสินค้า (ขอบเขตตลาดในเชิงสินค้า)

ก) สินค้าหรือบริการสามารถถูกเปลี่ยนแปลงโดยตัวแทนผู้ขาย (หรือตัวแทนผู้ซื้อ) สินค้าหรือบริการนั้น ซึ่งการกระทำนั้นมีผลต่อการเพิ่มขึ้น (หรือลดลง) ของราคาสินค้าหรือบริการเฉพาะอย่างในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ราคา”)

ข) สินค้าหรือบริการเฉพาะอย่างนั้นอยู่ในตลาดเดียวกันหรือไม่
พิจารณาได้ดังนี้

(1) ความคล้ายคลึงกันของการทำงานหรือประโยชน์ของสินค้าหรือบริการนั้น

(2) ผู้ซื้อยอมรับความเป็นไปได้ของการเปลี่ยนแปลงสินค้าหรือบริการ และรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการซื้อ

(3) ผู้ขายยอมรับความเป็นไปได้ของการเปลี่ยนแปลงสินค้าหรือบริการ และรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร

(4) เกณฑ์ตาม Korea Criteria Industry Code ซึ่งประกาศโดยคณะกรรมการสำนักงานสถิติแห่งชาติเกาหลีใต้ ตาม ข้อ 17 วรรค 1 ของพระราชบัญญัติสถิติ

2. พื้นที่ขาย (ขอบเขตตลาดในเชิงภูมิศาสตร์)

A particular business area can be delimited by buying group (selling group) when there is a specific buying group (selling group) by trading stage or according to goods, services, or area based on the particularity of goods or services or characteristics of the buying group (selling group).”

ก) ตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หมายถึง พื้นที่ทั้งหมดที่ตัวแทนผู้ขาย (หรือผู้ซื้อ) สามารถเปลี่ยนแปลงการซื้อขายในแง่ที่มีผลต่อการเพิ่มขึ้น (หรือลดลง) ของราคาสินค้าหรือบริการในช่วงระยะเวลาที่พิจารณาในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งในขณะที่ราคาในพื้นที่อื่นคงที่

ข) พื้นที่นั้นอยู่ในตลาดเดียวกันหรือไม่ พิจารณาได้ดังนี้

(1) ความสามารถสูงสุดในธุรกิจ (ความสามารถสูงสุดในการผลิตและขอบเขตของเครือข่ายการขาย) ของผู้ขายและลักษณะเฉพาะของสินค้าหรือบริการ (การจำแนก, ความเป็นไปได้ของการถดถอย, การเสียหายได้)

(2) ค่าขนส่ง

(3) ผู้ซื้อยอมรับความเป็นไปได้ของการเปลี่ยนแปลงในพื้นที่การขาย และรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนพื้นที่ขาย

(4) ผู้ขายยอมรับความเป็นไปได้ของการเปลี่ยนแปลงพื้นที่ขาย และรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร

(5) ความพร้อมที่จะเปลี่ยนแปลงพื้นที่การขายตามเงื่อนไขของเวลา, เศรษฐกิจ และกฎหมาย

3. ชั้นของการค้า

ตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งสามารถถูกกำหนดได้โดยชั้นของการค้า, การผลิต, การขายส่งและการขายปลีก

4. คู่ค้า

ตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งสามารถถูกกำหนดได้โดยกลุ่มผู้ขาย (หรือกลุ่มผู้ซื้อ) เมื่อเป็นกลุ่มผู้ขาย (หรือกลุ่มผู้ซื้อ) ที่เฉพาะเจาะจงโดยชั้นของการค้า”

1.4) ตัวอย่างเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด

ใน Guidelines for Review if the Abuse of Market Dominant Position ส่วนที่ 3¹⁰⁰ ได้กล่าวถึงตัวอย่างเกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดไว้ ซึ่งสามารถสรุปได้ ดังนี้

¹⁰⁰ Guidelines for Review if the Abuse of Market Dominant Position, October 6, 2009 :

“III. Criteria for examining a market-dominating enterpriser

Whether an enterpriser is a market-dominating enterpriser is determined by examining the market share as well as whether there is a barrier to entering the market; ditto for its degree, relative scale of

competing business, possibility of competitors working jointly, similar products, existence of adjacent market, and market freezing ability and resources.

1. Market share

An enterpriser with any of the following market shares in a particular business area shall be presumed to be a market-dominating enterpriser

A. The market share of one enterpriser is 50/100 or more.

B. The total market share of three or less enterprisers is 75/100 or more, excluding those whose market share is less than 10/100.

2. Existence and degree of barrier to entry in the market

A. If new entry in the market will be made easy in the near future, the enterpriser will not likely be a market-dominating enterpriser.

B. The possibility of new entry in a market is evaluated based on the following:

(1) Existence of legal and institutional barriers to entry

(2) Minimum funding scale required

(3) Production technology conditions including intellectual property right such as patent, etc.

(4) Condition of location

(5) Condition of raw material supply

(6) Degree of distribution systematization of company and price of building the sales network

(7) Degree of product differentiation

(8) Relative importance of import and trend of change

(9) Customs rate and various non-tariff barriers

C. Entry in the market for the first time by the following enterprisers will be easy:

- (1) The enterpriser that has entered the market in the recent 3 years
- (2) The enterpriser that announced its plan to invest and intention to participate in the market
- (3) The enterpriser that can participate in the market soon without the burden of paying the high price to enter or leave the market when there is significant increase in price for a long time in the market

3. Relative scale of competing enterpriser

A. If the scale of the competing business is relatively bigger than the business in question, the business will not likely be a market-dominating enterpriser.

B. The following shall be considered when evaluating the relative scale of the competing business:

- (1) Market share of the competing enterpriser
- (2) Production capacity of the competing enterpriser
- (3) Raw material purchase or supply scale of the competing enterpriser
- (4) Resources of the competing enterpriser

C. If there is a buyer or a supplier of mass quantity in the market (excluding the case wherein the buyer or supplier of mass quantity is affiliate company), the enterpriser will not likely be a market-dominating enterpriser. "Buyer or supplier of mass quantity" refers to the buyer/supplier whose rate of buying and selling amount falls in the total domestic supply volume as one of the market share conditions in Article 4 (Presumption of Market dominating enterpriser).

4. Possibility of concerted practices between competing enterprisers

A. If explicit and implied concerted practices on price and quantity is easily executed between competing enterprisers, the enterpriser will most likely be a market-dominating enterpriser.

B. The following shall be considered when evaluating the possibility of concerted practices between enterprisers:

- (1) Whether the trading price in the particular business area for the recent few years has increased strikingly compared to the average price of similar goods or services which does not fall under the same field of business
- (2) Whether the price of goods traded domestically is considerably higher than the export or import price (consider the tariff, transportation cost)

(3) Whether competing enterprisers have had stable market share for several years and there is minimal fluctuation in the demand for goods or service traded in the particular business area

(4) Whether the goods supplied by the competitor are highly similar and the production, sales, and purchasing conditions between enterprisers in competition are similar.

(5) Whether the collection of information on the business activities of a competitor is easy

(6) Whether improper concerted practices have been committed in the past

5. Existence of similar goods and adjacent markets

A. When the market in question is affected by similar goods and adjacent markets, the enterpriser will not be likely to be a market-dominating enterpriser.

B. The following shall be considered when evaluating the existence of similar goods and adjacent markets:

(1) Effect of similar goods or services on the market as well as similar sales path and development potential of production technology when the functions and use are similar but there is a separate market due to price and other reasons

(2) Effect of adjacent market on the market scale of enterpriser in the adjacent market, development potential of transportation technology, existence of transportation technology, and geographical proximity between markets when there is a separate market for each trading area

6. Market freezing capacity

If the rate of buying or supplying raw material (raw material buying or supplying volume/total domestic supply volume of raw materials) of the enterpriser (including its affiliate company) falls under the market

share condition in Article 4, the Act (Presumption of Market-Dominating enterpriser), the enterpriser will be most likely to be a market dominating enterpriser.

7. Resources

If the enterpriser has considerably more resources than other enterprisers, the enterpriser will be most likely to be a market-dominating enterpriser. To evaluate the resources, the capital or liabilities' mobilization capacity, sales turnover, profit, net profit, cash flow, possibility of accessing the capital market, and resources of the affiliate company shall be considered.

8. Others

“การพิจารณาว่าผู้ประกอบการใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและพิจารณาว่ามีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือไม่, ditto for its degree (ดังที่กล่าวมาแล้วสำหรับระดับ), ความสัมพันธ์ของอัตราการแข่งขันของธุรกิจ, ความเป็นไปได้ของการทำงานร่วมกันของคู่แข่ง, สินค้าที่ใกล้เคียงกัน, ความมีอยู่ของตลาดใกล้เคียง และความสามารถในการแช่แข็งตลาด (market freezing ability) และทรัพยากร

1. ส่วนแบ่งตลาด

ผู้ประกอบการซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดดังต่อไปนี้ในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่ง (ตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง) ให้ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

- ก. ผู้ประกอบการรายเดียวที่มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป
- ข. ผู้ประกอบการสามรายหรือน้อยกว่าที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกัน ตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป แต่ไม่รวมถึงผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่าร้อยละ 10

2. การมีอยู่และระดับของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด

- ก. ถ้าการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่เป็นไปได้โดยง่ายในอนาคตอันใกล้ ก็มีแนวโน้มว่าผู้ประกอบการจะไม่เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด
- ข. ความเป็นไปได้ของผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดจะถูกประเมินตามเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- (1) ความมีอยู่ของอุปสรรคด้านกฎหมายและสถาบันในการเข้าสู่ตลาด
- (2) ขนาดของการลงทุนขั้นต่ำที่ต้องการ

The possibility of changing its client from the enterpriser in question to other enterpriser and development of new technology by a enterpriser having considerable influence on the competition in the market as well as whether the enterpriser has industrial property rights shall be considered.”

- (3) เงื่อนไขของเทคโนโลยีการผลิต รวมถึงทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตร เป็นต้น
- (4) เงื่อนไขของที่ตั้ง
- (5) เงื่อนไขของวัตถุดิบในการผลิต
- (6) ระดับของระบบการกระจายสินค้าของบริษัทและราคาของการสร้างเครือข่ายการขาย
- (7) ระดับของความแตกต่างของสินค้า
- (8) ความสัมพันธ์ของความสำคัญในการนำเข้าและแนวโน้มของการเปลี่ยนแปลง
- (9) อัตราศุลกากรและกรณีต่าง ๆ ที่ไม่มีข้อกีดกันสำหรับภาษีอากร
- ค. การเข้าสู่ตลาดครั้งแรกเป็นไปได้โดยง่ายโดยผู้ประกอบการธุรกิจดังต่อไปนี้
- (1) ผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าสู่ตลาดในรอบสามปีหลัง
- (2) ผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้ประกาศแผนการลงทุนและเจตนาในการมีส่วนร่วมในตลาด
- (3) ผู้ประกอบการธุรกิจที่สามารถมีส่วนร่วมในตลาดได้อย่างรวดเร็ว โดยไม่มีภาระในการชำระราคาที่สูงเพื่อที่จะเข้าหรือออกจากตลาดเมื่อมีการเพิ่มขึ้นของราคาอย่างมีนัยสำคัญเป็นเวลานานในตลาด
3. ความสัมพันธ์ของอัตราของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่ง
- ก. ถ้าอัตราการแข่งขันของธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งค่อนข้างใหญ่กว่าธุรกิจที่มีปัญหา ธุรกิจนั้นน่าจะไม่มีผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด

ข. เมื่อประเมินความสัมพันธ์ของอัตราของธุรกิจซึ่งแข่งขันกันจะต้องพิจารณาประเด็นดังต่อไปนี้

- (1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่ง
- (2) ความสามารถในการผลิตของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่ง
- (3) อัตราวัตถุดิบที่ซื้อหรือจัดหาของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่ง
- (4) ทรัพยากรของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่ง

ค. หากมีผู้ซื้อหรือผู้ผลิตของจำนวนมากในตลาด (ไม่รวมถึงกรณีที่ผู้ซื้อหรือผู้ผลิตของจำนวนมากเป็นบริษัทที่เกี่ยวข้องกัน) ผู้ประกอบธุรกิจมักจะไม่เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด “ผู้ซื้อหรือผู้ผลิตของจำนวนมาก” หมายถึง ผู้ซื้อหรือผู้ผลิตที่มีอัตราการซื้อหรือการขายเป็นจำนวนเทียบเท่ากับปริมาณอุปทานภายในประเทศตามเงื่อนไขส่วนแบ่งตลาดในข้อ 4 (ข้อสันนิษฐานของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด)

4. ความเป็นไปได้ของการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่ง

ก. ถ้าการกระทำร่วมกันโดยชัดแจ้งและโดยปริยายของราคาและปริมาณดำเนินการได้โดยง่ายระหว่างผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่ง ผู้ประกอบธุรกิจมักจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด

ข. การประเมินความเป็นไปได้ของการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) ราคาขายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งสำหรับปีที่ผ่านมาได้เพิ่มสูงขึ้นอย่างเห็นได้ชัดหรือไม่เมื่อเปรียบเทียบกับราคาโดยเฉลี่ยของสินค้าหรือบริการที่คล้ายคลึงกันซึ่งไม่ได้อยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน

(2) ราคาสินค้าที่ขายภายในประเทศมีราคาสูงกว่าราคาสินค้านำเข้าหรือส่งออกอย่างมาก (พิจารณาบุคลากรและค่าใช้จ่ายในการขนส่ง)

(3) ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งมีส่วนแบ่งตลาดคงที่เป็นเวลาหลายปี และมีความผันผวนต่ำในอุปสงค์ของสินค้าหรือบริการในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือไม่

(4) สินค้าที่ขายโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งมีความคล้ายคลึงกันอย่างมากหรือไม่ และการผลิต การขาย และเงื่อนไขการซื้อขายระหว่างผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งมีความคล้ายคลึงกันหรือไม่

(5) การรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งสามารถทำได้โดยง่ายหรือไม่

(6) มีการกระทำร่วมกันที่ไม่เหมาะสมมาก่อนในอดีตหรือไม่

5. ความมีอยู่ของสินค้าที่คล้ายคลึงกันและตลาดข้างเคียง

ก. เมื่อตลาดที่เป็นปัญหาได้รับผลกระทบโดยสินค้าที่คล้ายคลึงกันและตลาดข้างเคียง ผู้ประกอบธุรกิจมักจะไม่เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด

ข. การประเมินความมีอยู่ของสินค้าที่คล้ายคลึงกันและตลาดข้างเคียงสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) ผลกระทบของสินค้าหรือบริการที่คล้ายคลึงกันในตลาด รวมถึงความคล้ายคลึงกันของรูปแบบการขายและความเป็นไปได้ในการพัฒนาเทคโนโลยีการผลิต เมื่อการทำงานและการใช้มีความคล้ายคลึงกันแต่มีการแบ่งแยกตลาดเนื่องจากราคาหรือเหตุผลอื่น

(2) ผลกระทบของตลาดข้างเคียงในขนาดตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดข้างเคียง ความเป็นไปได้ในการพัฒนาเทคโนโลยีการขนส่ง การมีอยู่ของเทคโนโลยีการขนส่งและขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์ระหว่างตลาด เมื่อมีการแบ่งแยกตลาดสำหรับพื้นที่การขายนั้น ๆ

6. ความสามารถในการแช่แข็งตลาด (market freezing ability)

หากอัตราการซื้อหรือการจัดหาวัตถุดิบ (ปริมาณ/ผลรวมวัตถุดิบในการขายหรือจัดหาภายในประเทศ) ของผู้ประกอบธุรกิจ (รวมถึงบริษัทที่เกี่ยวข้องกัน) ตกอยู่ภายใต้

เงื่อนไขส่วนแบ่งตลาดตาม ข้อ 4 ของพระราชบัญญัติ (ข้อสันนิษฐานของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด) ผู้ประกอบธุรกิจมักจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด

7. ทรัพยากร

หากผู้ประกอบธุรกิจมีทรัพยากรมากกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเป็นจำนวนมาก ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมักจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด ในการประเมินทรัพยากรจะต้องพิจารณา เงินทุน หรือความสามารถในการรับมือการเปลี่ยนแปลงของความรับผิดชอบอย่างรวดเร็ว ผลตอบแทนจากการขาย กำไร กำไรสุทธิ เงินทุนหมุนเวียน ความเป็นไปได้ของการเข้าถึงตลาดทุน และทรัพยากรของบริษัทที่เกี่ยวข้องกัน

8. อื่น ๆ

ความเป็นไปได้ของการเปลี่ยนแปลงของลูกค้ายจากผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งไปยังผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งและการพัฒนาของเทคโนโลยีใหม่โดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากในการแข่งขันในตลาด รวมถึงต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิในทรัพย์สินเกี่ยวกับอุตสาหกรรมหรือไม่

2) พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

Monopoly Regulation and Fair Trade Act ได้กำหนดพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบไว้ 5 อย่าง คือ

(1) กำหนด รักษา หรือปรับเปลี่ยนราคาสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(2) ควบคุมการขายสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(3) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(4) กีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(5) กีดกันผู้ประกอบธุรกิจอื่นอย่างไม่เป็นธรรม หรือกระทำการที่มีผลกระทบให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างมีนัยยะสำคัญ

ทั้งนี้ ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ได้มีการกำหนดรายละเอียดของประเภทและเกณฑ์สำหรับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดไว้ใน Guidelines for Review if the Abuse of Market Dominant Position ข้อ 4 ซึ่งในทึ้นนี้จะกล่าวถึงเฉพาะการกระทำที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันควร (Acts of unreasonably interfering with the business activities of other enterprisers) ซึ่งสรุปใจความได้ดังนี้¹⁰¹

¹⁰¹ Guidelines for Review if the Abuse of Market Dominant Position, October 6, 2009 : IV. Detailed types of and Criteria for the abuse of market dominant position

“3. Act of unreasonably interfering with the business activities of other enterprisers (Subparagraph (1), Paragraph (1), Article 3-2, the Act) In the case of making it difficult for other enterpriser to carry out the business activities by committing any act of the following Subparagraph A through D directly or indirectly (Paragraph (3), Article 5, the Degree):

(1) “Indirectly” means making person in person with special interest or other person execute the action.

(2) “Making it difficult for other enterpriser to carry out the business activities” can be determined by totally considering the production, finance, and sales activities of the other enterpriser; this includes the possibility of making it to carry out the business activities.

A. Act of obstructing the purchase of the raw materials needed for the production of the other enterpriser without a justifiable reason (Subparagraph (1), Paragraph (3), Article 5, the Degree)

(1) “Raw materials” include parts and materials.

(2) “Obstructing the sales of raw materials” involves sharply increasing the purchase of raw materials beyond the necessary level or forcing or encouraging the raw material supplier not to supply raw materials to other enterprisers.

B. Act of employing the workers essential for the business activities of the other enterpriser by promising the workers excessive economic interests in the light of the normal practices (Subparagraph (2), Paragraph (3), Article 5, the Degree)

C. Act of refusing, discontinuing, or limiting the use of or access to factors essential for the other enterpriser to produce, supply, and sell the goods and services without a justifiable reason (Subparagraph (3), Paragraph (3), Article 5, the Degree)

(1) “Factors essential for” (hereinafter referred to as “essential factors”) include material and intangible factors such as network and equipment; they must satisfy all of the following:

(A) Without using the factors, it is impossible to manufacture, supply or sale the goods or services in reality; thus an enterpriser cannot enter into the particular business area or its position with a serious inferiority in competition that cannot be avoided in the field of business will continue

(B) A specific enterpriser must own or control the factors exclusively.

(C) It is impossible for an enterpriser intending to use or access to the factors to reproduce the factors or replace the factors with different ones in reality, legally or economically

(2) “Other enterpriser” refers to an enterpriser participating in the particular business area wherein the owner of the essential factors or its affiliate company is currently participating or expected to participate in the near future.

(3) “Act of refusing, discontinuing, or limiting” includes any of the following cases and causes refusal, discontinuing or limitation in reality or the same result:

(A) Offering unfair price or conditions that can make it impossible practically or economically to access the essential factors

(B) Offering unfair conditions such as the price with striking discrimination, exclusive condition or tying arrangement contrast to the enterpriser having used the essential factors.

(4) Where it is determined whether there is a “Justifiable reason”, it is considered whether the reason falls under the following, etc.:

(A) Fair compensation for investment by the enterpriser providing the essential factors is considerably hindered. Note, however, that the reduction of profit caused by intensified competition shall not be considered a hindrance to fair compensation.

(B) The essential factors cannot be provided without reducing considerably the amount provided to the existing user.

(C) The quality of service secured in providing the essential factors may be hindered considerably.

(D) Providing the essential factors is technically impossible due to the noncompliance with the technical Criteria.

(E) There is some concern that it might cause the risk in the safety of the life or the body of the client using a service

D. Act of making it difficult for other enterprisiers to execute the business activities as follows, other than those prescribed in Subparagraph (1) through 3 (Subparagraph (4), Paragraph (3), Article 5, the Degree):

“3 การกระทำที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันควร เป็นกรณีที่ทำให้ผู้ประกอบการอื่นมีความยากลำบากในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ โดยแบ่งเป็นการกระทำโดยตรง และการกระทำโดยอ้อม ดังนี้

(1) การกระทำโดยตรง หมายถึง การทำให้ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง มีผลประโยชน์พิเศษ หรือการบังคับให้ผู้ประกอบการอื่นยอมปฏิบัติตาม

(2) ทำให้ผู้ประกอบการอื่นมีความยากลำบากในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ สามารถตัดสินได้จากการพิจารณาในเรื่องการผลิต, สถานะทางการเงิน และกิจกรรมการขายของผู้ประกอบการอื่น รวมถึงความเป็นไปได้ในการทำให้กิจกรรมทางธุรกิจสำเร็จลุล่วง ดังนี้

ก) การกระทำที่เป็นการขัดขวางการสั่งซื้อวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตของผู้ประกอบการอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันควร

(1) วัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิต รวมถึงส่วนหนึ่งของวัตถุดิบนั้นด้วย

(2) “การขัดขวางการสั่งซื้อวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิต” รวมถึงการสั่งซื้อวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตเพิ่มขึ้นเกินความจำเป็น หรือบังคับหรือชักจูงไม่ให้ผู้ขายวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตขายวัตถุดิบนั้นให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่น

(1) Act of unfairly limiting the amount or content of goods or services traded strikingly or refusing to deal with a specific enterpriser

(2) Act of unfairly discriminating price or the trading conditions or offering to a counterpart unreasonable conditions compared to the normal trading practice

(3) Act of unfairly forcing deal or action disadvantageous to a counterpart

(4) Act of collecting a loan all at once without a justifiable reason after lending business funds to a counterpart

(5) Act of hampering other enterprisers' execution of procedures (permit, recommendation, etc. of related agency or organization) required for continuous business activities by unfair means

(6) Act of hampering other enterprisers' execution of their business by using unfairly the administrative or justice procedures such as patent infringement lawsuit, patent invalidation trial with related to intellectual property right

ข) การกระทำที่เป็นการแย่งตัวบุคคลากรที่มีความเชี่ยวชาญพิเศษโดยการเสนอค่าตอบแทนหรือสัญญาที่จะให้ค่าตอบแทนที่สูงเกินควรเมื่อเปรียบเทียบกับอัตรามาตรฐานทั่วไป ซึ่งมีผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถดำเนินธุรกิจตามปกติได้

ค) การกระทำที่เป็นการปฏิเสธ, การระงับ หรือการจำกัดการใช้หรือโอกาสในการใช้ปัจจัยการผลิตที่จำเป็นสำหรับการผลิตของผู้ประกอบการรายอื่น, ผู้ขาย และผู้ซื้อสินค้าหรือบริการนั้นโดยไม่มีเหตุผลอันควร

ง) ทำให้ผู้ประกอบการอื่นมีความยากลำบากในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ มีรายละเอียดดังนี้

(1) การกระทำที่เป็นการจำกัดปริมาณหรือจำนวนสินค้าหรือบริการที่มีความโดดเด่นอย่างไม่เป็นธรรม หรือปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะ

(2) การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติด้านราคาหรือเงื่อนไขทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม หรือเสนอเงื่อนไขให้แก่คู่ค้าโดยไม่มีเหตุผลอันควรเมื่อเทียบกับธรรมเนียมปฏิบัติโดยปกติทางการค้า

(3) การกระทำที่เป็นการบังคับหรือการกระทำที่ทำให้คู่ค้าเสียเปรียบอย่างไม่เป็นธรรม

(4) การกระทำที่เป็นการเรียกเก็บเงินเชื่อทั้งหมดในครั้งเดียวจากคู่ค้าโดยไม่มีเหตุผลอันควรหลังจากที่ได้ปล่อยเงินกู้ให้แก่คู่ค้า

(5) การกระทำที่เป็นการแทรกแซงกระบวนการผลิตของผู้ประกอบการอื่น (ใบอนุญาต, การแนะนำ และอื่นๆที่เกี่ยวกับตัวแทนหรือองค์กร) ซึ่งเป็นจำเป็นสำหรับการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม

(6) การกระทำที่เป็นการแทรกแซงการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น โดยใช้วิธีการทางปกครองหรือกระบวนการยุติธรรมอย่างไม่เป็นธรรม เช่น คดีละเมิดสิทธิบัตร, การทำให้การใช้สิทธิบัตรสิ้นผล เป็นต้น

จากบทบัญญัติในเรื่องการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ สามารถสรุปได้ดังนี้ การกำกับดูแลเรื่องการห้ามผู้ประกอบการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ บัญญัติไว้ใน Monopoly Regulation and Fair Trade Act มาตรา 3-2 ซึ่งบัญญัติว่าห้ามผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้ 1) กำหนด รักษา หรือปรับเปลี่ยนราคาสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร 2) ควบคุมการขายสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร 3) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร 4) กีดกันผู้ประกอบการรายใหม่โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือ 5) กีดกันผู้ประกอบการอื่นอย่างไม่เป็นธรรม หรือกระทำการที่มีผลกระทบให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างมีนัยยะสำคัญ

การควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ เป็นการควบคุมผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมิให้มีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ดังนั้น ในเบื้องต้นจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ประกอบการนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ โดยกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ได้ให้ความหมายของการเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดไว้ว่าต้องเป็นผู้ประกอบการที่สามารถกำหนด รักษา หรือเปลี่ยนแปลงราคา, ปริมาณ, คุณภาพสินค้า รวมทั้งเงื่อนไขอื่น ๆ ในการซื้อขายได้ โดยจะต้องพิจารณาจากหลาย ๆ ปัจจัยร่วมกัน เช่น ส่วนแบ่งตลาด, อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของกิจการอื่น, ขนาดของธุรกิจของคู่แข่ง เป็นต้น

ทั้งนี้ กฎหมายควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ได้มีบทบัญญัติในเรื่องข้อสันนิษฐานของการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้โดยให้พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมา และได้มีการออกแนวปฏิบัติที่เรียกว่า “Guidelines for Review if the Abuse of Market Dominant Position” เพื่อใช้อธิบายถึงเกณฑ์สำหรับการกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยให้พิจารณาจากขอบเขตเชิงสินค้า, ขอบเขตเชิงภูมิศาสตร์, ชั้นการค้า หรือคู่ค้า พร้อมทั้งมีการอธิบายถึงตัวอย่างเกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด และในแนวปฏิบัตินี้ยังได้มีการกำหนดรายละเอียดและเกณฑ์สำหรับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดไว้ เช่น การกระทำที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ตามแนวปฏิบัติได้อธิบายลักษณะการกระทำที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นไว้ว่าหมายถึงการกระทำที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เป็นกรณีที่ทำให้ผู้ประกอบการอื่นมีความยากลำบากในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ โดยแบ่งเป็นการกระทำโดยตรง คือ การทำให้

ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งมีผลประโยชน์พิเศษ หรือการบังคับให้ผู้ประกอบการอื่นยอมปฏิบัติตาม และการกระทำโดยอ้อม คือ การทำให้ผู้ประกอบการอื่นมีความยากลำบากในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ เป็นต้น

ทั้งนี้ จากบทบัญญัติในเรื่องการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้เปรียบเทียบกับประเทศไทย สรุปได้ดังนี้

ตารางเปรียบเทียบการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยกับประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้

| รายละเอียด | ประเทศไทย | สาธารณรัฐเกาหลีใต้ | เปรียบเทียบ |
|--|---|--|---|
| การควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาด (การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น) | ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25(4)) | ห้ามกิจการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (Monopoly Regulation and Fair Trade Act 1980 Article 3-2) | 1. สาธารณรัฐเกาหลีใต้ มีบทบัญญัติเรื่องการห้ามการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นเหมือนประเทศไทย 2 แนวปฏิบัติของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ การแทรกแซงฯ คือ การทำให้ผู้ประกอบการอื่นมีความยากลำบากในการดำเนินธุรกิจ โดยพิจารณาจากการผลิต, สถานะทางการเงิน และกิจกรรมการขายของผู้ประกอบการอื่น 3 แนวปฏิบัติของประเทศไทย การแทรกแซงฯ คือ การกระทำการแทรกแซงการประกอบธุรกิจผู้ประกอบการอื่นอย่างไม่เป็นธรรม โดยไม่มีเหตุผลในทางการค้าปกติ ส่งผลให้คู่แข่ง |

| รายละเอียด | ประเทศไทย | สาธารณรัฐเกาหลีใต้ | เปรียบเทียบ |
|----------------------|--|---|---|
| | | | ไม่สามารถแข่งขันได้ หรือ ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก |
| ผู้มีอำนาจเหนือตลาด | 1 ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 50% ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ 2 ผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรก มีส่วนแบ่งและมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ยกเว้น ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 10% หรือมียอดขายต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท | 1. กิจการรายเดียวที่มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 50% และมียอดขาย 4 พันล้านบาทขึ้นไป 2. กิจการ 3 รายแรกที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกัน 75% หรือมากกว่า และมียอดขาย 4 พันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ไม่รวมถึงกิจการที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่า 10% | ทั้งสองประเทศใช้เกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเหมือนกัน |
| การพิจารณาขอบเขตตลาด | พิจารณาทั้งด้านตลาดตามสภาพภูมิศาสตร์และตลาดสินค้า | พิจารณาจากขอบเขตเชิงสินค้า, ขอบเขตเชิงภูมิศาสตร์, ชั้นการค้า หรือคู่ค้า | หลักเกณฑ์การพิจารณาการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลีใต้พิจารณาจาก ขอบเขตเชิงสินค้า, ขอบเขตเชิงภูมิศาสตร์, ชั้นการค้า หรือคู่ค้า |

3.5.3.2 แนวคำตัดสินของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้

คดี Microsoft¹⁰²

เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 2005 คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของเกาหลีใต้ (KFTC) ตัดสินว่าบริษัทไมโครซอฟท์ (Microsoft Corporation) มีความผิดฐานใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบ (guilty of abuse of market dominance) และถูกปรับเป็นเงิน 33,000 ล้านวอนหรือประมาณ 31 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และต้องปฏิบัติตามมาตรการเยียวยาที่รุนแรงมากกว่าคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของสหภาพยุโรป โดย KFTC พบว่า Microsoft กระทำการดังนี้

1) ฟังขาย Windows Media Service กับ Window PC Server Operating System ซึ่ง Microsoft มีอำนาจตลาด (market dominance) โดยมีส่วนแบ่งตลาด 78%

2) ฟังขาย Windows Media Player กับ Window PC Operating System ซึ่ง Microsoft มีอำนาจผูกขาด (monopoly power) โดยมีส่วนแบ่งตลาด 99%

3) ฟังขาย instant messaging program กับ Window PC Operating System ซึ่ง Microsoft มีอำนาจผูกขาดโดยมีส่วนแบ่งตลาด 99%

ซึ่งในคดีนี้ Microsoft ถูกสันนิษฐานว่าตาม Article 4 ว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด (market-dominating enterpriser) เนื่องจากเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 50% และสุดท้าย KFTC ได้พบข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

1) Microsoft ฟังขาย Windows Media Service กับ Window Server Operating System ซึ่ง Microsoft มีส่วนแบ่งตลาด 78% ทำให้ Microsoft มีสถานะอำนาจเหนือตลาดและใช้อิทธิพลจากอำนาจเหนือตลาด (dominant power) ในตลาด PC server operating system กับตลาด streaming media server มีผลให้ Microsoft มีส่วนแบ่งตลาดมากถึง 90% เป็นการผูกขาดตลาด

¹⁰² Korea Fair Trade Commission, The findings of the Microsoft case, December 7, 2005 from http://ftc.go.kr/data/hwp/microsoft_case.pdf.

streaming media serve ภายในประเทศซึ่งเดิม Real Networks และบริษัทอื่น ๆ ครองตลาดในประเทศเกือบทั้งหมด

2) Microsoft พ่วงขาย Windows Media Player และ Microsoft's messenger กับ Window PC Operating System ซึ่ง Microsoft มีส่วนแบ่งตลาด 99% ทำให้ Microsoft กลายเป็นผู้ผูกขาดในตลาด streaming media serve และ instant messenger เป็นผลให้ Microsoft จำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าที่พ่วง (tied product) ซึ่งเดิมถือครองโดยคู่แข่งของ Microsoft

ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2000 หลังจาก Microsoft พ่วงขาย Windows Media Player และ Microsoft และ Real Networks ที่มีส่วนแบ่งในตลาด streaming media server ในเกาหลีใต้ 39% และ 37% ตามลำดับ อย่างไรก็ตามต่อมามีส่วนแบ่งของ Microsoft เพิ่มขึ้นมากกว่า 60% ขณะที่ส่วนแบ่งของ Real Networks ลดลงเหลือ 5%

ในตลาด instant message บริษัทท้องถิ่นที่ให้บริการ instant messaging เริ่มมีส่วนแบ่งตลาดลดลงหลัง Microsoft พ่วงขาย messaging program กับ Window PC Operating System ทำให้ในเดือนเมษายน ค.ศ. 2004 Microsoft มีส่วนแบ่งในตลาด instant messaging ที่ห้าง Daum Messenger ที่มีส่วนแบ่งในตลาดเพียง 5.3% ต่อมาในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2005 Nate-On Messenger มีส่วนแบ่งในตลาด 65.2% แต่ Microsoft's messenger ยังคงรักษาส่วนแบ่งตลาดไว้ได้ถึง 50.9% ขณะที่บริการ messaging อื่นมีส่วนแบ่งลดลงอย่างต่อเนื่อง

3) พฤติกรรมพ่วงขายของ Microsoft ทำให้อุปทานของ Windows Media Service, Windows Media Player และโปรแกรม (applications) อื่น ๆ ที่ยอมรับ (complimented) เทคโนโลยีของ Windows Media ทำให้อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด PC Server Operating System และ PC Operations System เพิ่มสูงขึ้น

ด้วยเหตุผลดังกล่าว KFTC จึงตัดสินว่า Microsoft กระทำการพ่วงขายเนื่องจากใช้สถานะอำนาจเหนือตลาดจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าที่พ่วง (tied product market) คือ media server, Media player และ messengers ขณะที่เพิ่มอุปสรรคการเข้ามาในตลาดสินค้าที่ถูกพ่วง (tying product market) ซึ่งก็คือ PC Server Operating System และ PC Operations System และทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดและขัด (obstruction) ต่อประโยชน์ของผู้บริโภค ดังนั้น KFTC จึงตัดสินว่า

Microsoft ใช้อำนาจเหนือตลาดฟ่งขายโดยผิดกฎหมายตาม Article 3-2 และปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 23



บทที่ 4

วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ และการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร : ศึกษา คดี บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน)

4.1 ความนำ

คดีนี้เป็นคดีแรกในประเทศไทยที่มีการฟ้องร้องตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยเป็นคดีที่ บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน) (“บิ๊กซี”) และบริษัท เซ็นคาร์ จำกัด (“เซ็นคาร์”) ได้ยื่นฟ้อง บริษัท เอก-ชัย ดิสทริบิวชั่น ซิสเทม จำกัด (“เทสโก้โลตัส”) โดยกล่าวหาว่าเทสโก้โลตัสกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องละเมิด และกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25(4) และมาตรา 29

ที่มาของคดีนี้สืบเนื่องจากในระหว่างวันที่ 21 ถึง 23 มกราคม พ.ศ. 2554 บิ๊กซีและเซ็นคาร์ได้ร่วมกันออกรายการส่งเสริมการขายโดยเมื่อลูกค้าซื้อสินค้าในห้างของบิ๊กซีหรือเซ็นคาร์ (ขณะนั้นเป็นผู้ประกอบกิจการห้างคาร์ฟูร์) ครบ 800 บาท จะได้รับคูปอง 80 บาท สามารถนำไปใช้ลดราคาสินค้าในการซื้อครั้งต่อไปได้เมื่อมียอดซื้อขั้นต่ำ 400 บาท ทั้งที่ห้างของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ โดยหากเป็นการซื้อครบ 800 บาท ครั้งแรกที่ห้างบิ๊กซี จะได้เป็นคูปองส่วนลดท้ายใบเสร็จ แต่ถ้าเป็นการซื้อครบ 800 บาท ครั้งแรกที่ห้างคาร์ฟูร์ จะได้รับแจกเป็นคูปองส่วนลด ต่อมาเมื่อวันที่ 24 มกราคม พ.ศ. 2554 เทสโก้โลตัสได้จัดกิจกรรมส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์สำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่บัตรคลับการ์ด” โดยลงรูปภาพคูปองซึ่งเป็นการส่งเสริมการขายของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ แต่ตัดเครื่องหมายการค้าออกและคงข้อความ “ฉันทักำลังสนับสนุนการ ซื้อปลั๊กใจคืนกำไร 2 ห้าง” และระบุชื่อห้างคาร์ฟูร์

ต่อมาเทสโก้โลตัสได้ออกรายการส่งเสริมการขายอีกรายการหนึ่งระบุว่า “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ ไอวิชมีค่าอย่าทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” โดยในระหว่างวันที่ 15 ถึง 24 กรกฎาคม พ.ศ. 2554 เทสโก้โลตัสแจกใบปลิวเพื่อเชิญชวนให้ลูกค้าที่มีบัตรสมาชิกไอวิชที่ยังไม่มีบัตรคลับการ์ดของเทสโก้โลตัสส่งข้อความสั้นไปยังเทสโก้โลตัส เมื่อเทสโก้โลตัสตรวจสอบข้อมูลแล้วพบว่ายังไม่เป็นสมาชิกบัตรคลับการ์ดของเทสโก้โลตัส เทสโก้โลตัสก็จะตอบกลับไปยังโทรศัพท์เคลื่อนที่ภายในวันที่

28 ถึง 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2554 เพื่อให้ลูกค้าเข้าไปที่ห้างของจำเลย และสมัครสมาชิกบัตรคลับการ์ดของ เทสโก้โลตัสพร้อมรับบัตรของขวัญ 200 บาท ไปใช้จ่ายในห้างของเทสโก้โลตัส

บิกซีและเซ็นคาร์จึงนำข้อเท็จจริงดังกล่าวฟ้องเทสโก้โลตัสต่อศาลเป็นคดีแพ่งโดยกล่าวหาว่า เทสโก้โลตัส นำสัญลักษณ์ เครื่องมือ และกลไกทางการตลาดของบิกซีและเซ็นคาร์ไปใช้จัดทำโฆษณา และแคมเปญส่งเสริมการขายโดยมิชอบ เพื่อประโยชน์ของตนเพื่อแย่งชิงลูกค้าของบิกซีและเซ็นคาร์ เป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน การประกอบธุรกิจของผู้อื่น เป็นการใช้สิทธิอันมีแต่จะทำให้ผู้อื่นเสียหายเป็นการทำ ละเมิดต่อบิกซีและเซ็นคาร์ และเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร

ทั้งนี้ เทสโก้โลตัสให้การต่อสู้ว่า เทสโก้โลตัสมิใช่ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด และไม่เคย ทำละเมิดต่อบิกซีและเซ็นคาร์ รวมทั้งไม่เคยใช้สิทธิอันมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีและเซ็นคาร์ การจัดรายการส่งเสริมการขายทั้งสองรายการเป็นเพียงกลยุทธ์ทางการตลาด เพื่อเชิญชวนให้ผู้บริโภค มาใช้บริการของตนซึ่งถือเป็นเรื่องปกติ อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มมูลค่าและเพิ่มทางเลือกให้แก่ลูกค้าเป็น ประโยชน์แก่ผู้บริโภค มิใช่การกีดกันแย่งชิงบิกซีและเซ็นคาร์ให้เสียหาย แต่เป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต

ต่อมาศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาว่าการจัดกิจกรรมส่งเสริมการขายดังกล่าวเป็นพฤติการณ์ มุ่งแย่งชิงลูกค้าและจงใจให้เกิดผลกระทบต่อรายการส่งเสริมการขายของโจทก์เป็นการใช้สิทธิอันมีแต่ จะทำให้ผู้อื่นเสียหายเป็นการทำละเมิดต่อโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 โดยที่มีได้วินิจฉัยความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้เทสโก้โลตัสได้อุทธรณ์ต่อศาล อุทธรณ์ว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้งสองรายการมิใช่การกระทำที่เป็นการ ละเมิดต่อบิกซีและเซ็นคาร์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 โดยที่ไม่มีคู่ความฝ่าย ใดอุทธรณ์ในประเด็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จึงทำให้ยังไม่มี ความชัดเจนว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงและใช้รายการส่งเสริมการขายของผู้อื่นนั้น ถือเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร และเป็นการกระทำอันมิใช่ การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวผู้วิจัยจึงเลือกทำการศึกษาในเรื่องประเด็น ข้อกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ และการแทรกแซงการประกอบธุรกิจ

ของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในคดีนี้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2 ความเป็นมาและข้อเท็จจริงของคดี

4.2.1 สรุปคำฟ้องและคำให้การ

4.2.1.1 สรุปคำฟ้อง

บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน) ในฐานะโจทก์ที่ 1 และบริษัท เซ็นคาร์ จำกัด ในฐานะโจทก์ที่ 2 ได้ยื่นฟ้อง บริษัท เอก-ชัย ดีสทริบิวชั่น ซิสเทม จำกัด เป็นจำเลย เป็นคดีแพ่ง ดังมีข้อกล่าวอ้างตามคำฟ้องโดยสรุปดังนี้ โจทก์ที่ 1 และโจทก์ที่ 2 ประกอบธุรกิจห้างค้าปลีกขนาดใหญ่ (ไฮเปอร์มาร์เก็ต) เพื่อขายผลิตภัณฑ์เพื่อการอุปโภคบริโภค ของใช้ประจำวันและสินค้าอื่น ๆ โดยโจทก์ที่ 1 ประกอบกิจการในนามห้างบิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ และโจทก์ที่ 2 ประกอบกิจการในนามห้างคาร์ฟูร์ เมื่อประมาณเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2553 โจทก์ที่ 1 ได้เข้าซื้อหุ้นในบริษัทโจทก์ที่ 2 ในสัดส่วนร้อยละ 99.99 ในมูลค่า 34,285 ล้านบาท ซึ่งแยกเป็นมูลค่าของทรัพย์สินสุทธิจำนวน 7,924 ล้านบาท และค่าความนิยมจำนวน 26,361 ล้านบาท เพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจ อันมีผลทำให้โจทก์ที่ 1 และโจทก์ที่ 2 เป็นบริษัทในกลุ่มเดียวกัน โดยมีแผนการตลาดที่จะเปลี่ยนชื่อไฮเปอร์มาร์เก็ตและห้างร้านของโจทก์ที่ 2 ทั้งหมด จากห้างคาร์ฟูร์เป็นชื่อใหม่ในกลุ่มบิ๊กซี

จำเลย ประกอบธุรกิจห้างค้าปลีกขนาดใหญ่ (ไฮเปอร์มาร์เก็ต) เพื่อขายผลิตภัณฑ์เพื่อการอุปโภคบริโภคของใช้ในชีวิตประจำวันและสินค้าอื่น ๆ ภายใต้ชื่อห้างเทสโก้โลตัส และเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

สืบเนื่องจากโจทก์ที่ 1 และโจทก์ที่ 2 ได้ประชาสัมพันธ์การรวมกิจการในระหว่างวันที่ 21 ถึง 23 มกราคม พ.ศ. 2554 โจทก์ทั้งสองได้ออกรายการส่งเสริมการขาย “ฉีกก้างสนั่นวงการ ซ้อปะใจคืนกำไร 2 ห้าง” ให้ประโยชน์ลูกค้าในลักษณะว่าเมื่อลูกค้าซื้อสินค้าในห้างของโจทก์ที่ 1 หรือโจทก์ที่ 2 ครบ 800 บาท จะได้รับคูปอง 80 บาท สามารถนำไปใช้ลดราคาสินค้าในการซื้อครั้งต่อไปได้เมื่อมียอดซื้อขั้นต่ำ 400 บาท ทั้งที่ห้างของโจทก์ที่ 1 และโจทก์ที่ 2 ซึ่งขณะนั้นโจทก์ที่ 2

ยังใช้ชื่อห้างคาร์ฟูร์ โดยหากเป็นการซื้อครบ 800 บาท ครั้งแรกที่ห้างบิ๊กซี จะได้เป็นคูปองส่วนลดท้ายใบเสร็จ แต่ถ้าเป็นการซื้อครบ 800 บาท ครั้งแรกที่ห้างคาร์ฟูร์ จะได้รับแจกเป็นคูปองส่วนลด

เมื่อวันที่ 24 มกราคม พ.ศ. 2554 จำเลยจงใจทำละเมิดและใช้สิทธิอันมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ทั้งสองและทำผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยจำเลยออกรายการส่งเสริมการขาย “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์สำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่บัตรคลับการ์ด” โดยออกโฆษณาต่อสาธารณชนทางหนังสือพิมพ์และใบปลิวด้วยข้อความว่า “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด” ซึ่งบัตรคลับการ์ดคือบัตรที่จำเลยออกให้แก่สมาชิกของห้างจำเลย โดยลงรูปภาพคูปองซึ่งเป็นการส่งเสริมการขายของโจทก์ทั้งสอง แต่ตัดเครื่องหมายการค้าของโจทก์ทั้งสองออกและคงข้อความ “ผีนึกกำลังสนั่นวงการ ซอปละใจคืนกำไร 2 ห้าง” และระบุชื่อห้างคาร์ฟูร์ของโจทก์ที่ 2** การจงใจอ้างอิงและใช้คูปองของโจทก์ทั้งสองเป็นการกีดกันไม่ให้ลูกค้าที่ถือคูปองของโจทก์ที่ 2 มาซื้อสินค้าที่ห้างของโจทก์ทั้งสอง แต่ให้ไปซื้อที่ห้างของจำเลยแทน เป็นการละเมิดและใช้สิทธิอันมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ทั้งสอง และเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (4) ซึ่งห้ามผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการใดที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรและมาตรา 29 ซึ่งห้ามบุคคลกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกันการประกอบธุรกิจด้วยมุ่งหวังแย่งชิงลูกค้าของโจทก์ทั้งสองเพื่อเพิ่มรายได้แก่จำเลยโดยไม่ชอบ เพราะหากลูกค้านำคูปองมาใช้กับห้างจำเลยจะได้ส่วนลดมากกว่าใช้ที่ห้างของโจทก์ทั้งสองเป็นสองเท่า ทำให้ลูกค้าโจทก์ทั้งสองสับสนว่าจำเลยเป็นผู้ซื้อกิจการของโจทก์ที่ 2 เป็นการทำลายภาพพจน์และชื่อเสียงของโจทก์ทั้งสอง การที่จำเลยยอมให้ส่วนลดถึงสองเท่า และให้ใช้คูปองส่วนลดสูงสุดได้ถึง 5 ใบ ต่อการซื้อสินค้าแต่ละครั้ง เป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแทรกแซงธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร อีกทั้งในการใช้คูปองเพื่อเพิ่มมูลค่าเป็น 2 เท่า ลูกค้าต้องสมัครสมาชิกบัตรคลับการ์ดกับจำเลย โดยจำเลยจะห่มเหตุแฉและให้อภิสัทธ์แก่ลูกค้าเป็นพิเศษ โดยส่งคูปองเงินสดและส่วนลดต่าง ๆ ให้แก่ลูกค้าโดยตรงเพื่อกีดกันไม่ให้ลูกค้ากลับมาซื้อสินค้าที่ห้างของโจทก์ทั้งสอง เป็นการจงใจทำลายธุรกิจของโจทก์ทั้งสอง

นอกจากนี้จำเลยได้ออกรายการส่งเสริมการขาย “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวีซีมีค่าอย่าทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวีซี มีโอกาสรับ 200 บาท” โดยระหว่างที่โจทก์ที่ 1 และโจทก์ที่ 2 ถ่ายโอนข้อมูลลูกค้าของโจทก์ที่ 2 โจทก์ทั้งสองได้ออกบัตรสมาชิกบิ๊กการ์ดให้แก่ลูกค้าแทนบัตรสมาชิกไอวีซีการ์ด

ของห้างโจทก์ที่ 2 พร้อมมอบบัตรกำนัล 100 บาท ให้ลูกค้านำไปซื้อสินค้าในกลุ่มบริษัทของโจทก์ทั้งสองเพื่อให้ลูกค้ามั่นใจว่ากิจการของโจทก์ทั้งสองยังดำเนินต่อไปในชื่อกลุ่มบิ๊กซี ซึ่งในช่วงกลางเดือนกรกฎาคม 2554 จำเลยได้ออกรายการส่งเสริมการขาย “สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิชมีโอกาสรับ 200 บาท” และ “สมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค้าย่าหิ้ง” โดยให้ลูกค้าที่มีบัตรสมาชิกไอวิชที่ยังไม่มีบัตรคลับการ์ดของจำเลยส่งข้อความสั้นไปยังจำเลยระหว่างวันที่ 15 ถึง 24 กรกฎาคม 2554 เมื่อจำเลยตรวจสอบข้อมูลแล้วพบว่ายังไม่เป็นสมาชิกบัตรคลับการ์ดของจำเลย จำเลยก็จะตอบกลับไปยังโทรศัพท์เคลื่อนที่ภายในวันที่ 28 ถึง 29 กรกฎาคม 2554 เพื่อให้ลูกค้าเข้าไปที่ห้างของจำเลย และสมัครสมาชิกบัตรคลับการ์ดของจำเลยพร้อมรับบัตรของขวัญ 200 บาท ไปใช้จ่ายในห้างของจำเลย การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสอง ใช้สิทธิอันมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ทั้งสอง และเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25(4) และมาตรา 29 เพราะเป็นการอ้างอิงบัตรสมาชิกไอวิชของโจทก์ที่ 2 โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ที่ 2 ซึ่งเป็นเจ้าของฐานข้อมูลลูกค้า ทำให้ลูกค้าคิดได้ว่าการสมัครสมาชิกบัตรคลับการ์ดของจำเลยได้บัตรกำนัล 200 บาท มากกว่าการเป็นสมาชิกบัตรบิ๊กการ์ดซึ่งให้บัตรกำนัลมูลค่า 100 บาท อันเป็นการแย่งชิงฐานลูกค้าที่โจทก์ที่ 2 สร้างสมมาอย่างไม่เป็นธรรม มุ่งหวังให้โจทก์ทั้งสองต้องเสียลูกค้าตลอดไป ทำให้ลูกค้าเข้าใจว่าการเป็นสมาชิกบัตรโจทก์ที่ 2 เป็นสิ่งไร้ค่า โจทก์ทั้งสองไม่รับผิดชอบต่อลูกค้าของโจทก์ที่ 2 ทำให้โจทก์ทั้งสองเสียชื่อเสียง โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของจำเลยจากรายการส่งเสริมการขาย “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับคู่มือคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด”

ในส่วนขอประเด็นการเรียกค่าเสียหาย โจทก์ทั้งสองเรียกค่าเสียหาย ดังนี้

1) ความเสียหายจากกรณีรายการส่งเสริมการขาย “ผนีกกำลังสนั่นวงการช้อปปิ้งใจคินกำไร 2 ห้าง”

ก. ความเสียหายจากการขาดกำไรอันเกิดจากลูกค้านำคูปองที่ออกภายใต้การส่งเสริมการขาย “ผนีกกำลังสนั่นวงการ ช้อปปิ้งใจคินกำไร 2 ห้าง” ไปใช้ที่เทสโก้โลตัส

โจทก์ทั้งสองได้แจกคูปองลดส่วนดังกล่าวให้แก่ลูกค้าไปทั้งสิ้น 283,619 ใบ ซึ่งอัตราการนำคูปองมาใช้จะมีประมาณร้อยละ 95 ของจำนวนคูปองทั้งหมดที่มอบให้แก่ลูกค้า ดังนั้น คูปองที่

ควรมีการนำมาใช้หากไม่มีการกระทำโดยไม่ชอบของจำเลย คือ 269,437 ใบ แต่เพราะการจัดรายการส่งเสริมการขายของจำเลยจึงมีลูกค้านำคูปองมาใช้ที่ห้างของโจทก์ทั้งสองเพียงร้อยละ 60 ของจำนวนคูปองที่แจกให้กับลูกค้า หรือ 170,171 ใบ ทำให้โจทก์สูญเสียจำนวนคูปองที่ลูกค้าควรจะนำกลับใช้ที่ห้างโจทก์ทั้งสองไปจำนวน 99,266 ใบ ซึ่งเงื่อนไขการใช้คูปองคือต้องมียอดซื้อขั้นต่ำ 400 บาท เท่ากับว่าโจทก์ทั้งสองขาดรายได้ไป 39,706,400 บาท เมื่อหักค่าดำเนินการและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว โจทก์ 1 ได้รับความเสียหาย เป็นจำนวน 2,456,412.88 บาท และโจทก์ที่ 2 ได้รับความเสียหาย เป็นจำนวน 1,514,277.12 บาท

ข. ความเสียหายที่เกิดจากการเสียค่าใช้จ่ายในการประชาสัมพันธ์เรื่องการเข้าซื้อกิจการโจทก์ที่ 2 และการปรับเปลี่ยนแบรนด์โดยเปล่าประโยชน์

นับแต่ที่โจทก์ที่ 1 และโจทก์ที่ 2 ได้มีการตกลงเข้าซื้อกิจการ โจทก์ที่ 1 และโจทก์ที่ 2 ได้มีการลงทุนในค่าใช้จ่ายทางการตลาดต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้สาธารณชน และลูกค้ารับรู้ ว่าโจทก์ที่ 1 เป็นผู้ซื้อกิจการของโจทก์ที่ 2 ซึ่งในการจัดรายการส่งเสริมการขายนี้มีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการจัดประชาสัมพันธ์ เช่น สื่อสิ่งพิมพ์ โทรทัศน์ วิทยุ เป็นต้น โจทก์ทั้งสองเรียกค่าเสียหายจากการจัดรายการประชาสัมพันธ์และการส่งเสริมการขายดังกล่าว เนื่องจากการกระทำของจำเลยทำให้การประชาสัมพันธ์ของโจทก์ทั้งสองเสียเปล่าโดยเป็นค่าใช้จ่ายในการประชาสัมพันธ์ ซึ่งโจทก์ที่ 1 เรียกค่าเสียหายเป็นจำนวนรวมทั้งสิ้น 36,800,000 บาท และโจทก์ที่ 2 เรียกค่าเสียหายเป็นจำนวนรวมทั้งสิ้น 14,200,000 บาท

2) ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับการอ้างอิงและใช้บัตรสมาชิกไอวิชโดยไม่ได้รับอนุญาต

ก. ความเสียหายจากการขาดรายได้อันเกิดจากการที่ลูกค้าที่เป็นสมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิชของโจทก์ที่ 2 ไม่เข้ามาซื้อสินค้ากับโจทก์ที่ 2 เพราะจำเลยแย่งลูกค้าของโจทก์ที่ 2 ไป

โจทก์คิดค่าเสียหายโดยคำนวณจากลูกค้าที่เป็นสมาชิกบัตรไอวิชของโจทก์ที่ 2 เฉพาะสาขาที่อยู่ในรัศมี 7 กิโลเมตรใกล้ห้างของจำเลยซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 937,804 ราย ซึ่งจากการกระทำของจำเลย ทำให้โจทก์สูญเสียลูกค้าไปทั้งสิ้นร้อยละ 40 ของลูกค้าที่เป็นสมาชิกบัตรไอวิช หรือประมาณ 375,121 ราย เมื่อคิดข้อมูลเฉลี่ยในปี พ.ศ. 2554 ปรากฏว่าลูกค้าแต่ละรายจะมีการใช้จ่าย

ประมาณรายละเอียด 809 บาทต่อครั้ง ซึ่งหมายความว่า หากคำนวณว่าลูกค้าจำนวน 375,121 ราย ถูกจำเลย แยกไป จำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ในความเสียหายเท่ากับ 375,121 คูณ 809 บาท คูณด้วยจำนวน ครั้งที่ถูกจำเลยนั้น ๆ ไปซื้อสินค้าที่ห้างของจำเลย ทั้งนี้ โจทก์ทั้งสองขอเรียกเพียงค่าเสียหายอย่างน้อย ที่สุดโดยคิดจากรายได้ที่โจทก์ที่ 2 ต้องสูญเสียไปจากการที่ลูกค้าไปซื้อสินค้าที่ห้างของจำเลยอย่างน้อย 2 ครั้ง ซึ่งเท่ากับ 606,946,748.80 บาท เมื่อหักค่าดำเนินการและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว โจทก์ที่ 2 ขอเรียกค่าเสียหายเป็นเงินไม่น้อยกว่า 60,694,674.80 บาท

3) ความเสียหายในชื่อเสียงของโจทก์ที่ 1 ในฐานะเจ้าของแบรนด์บิกซี

ค่าเสียหายในส่วนนี้ เป็นค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำของจำเลยที่เพิ่มมูลค่าคุ้มครอง และการแจกคูปองเงินสดให้แก่สมาชิกบัตรไอวีซีที่มากกว่าห้างของโจทก์ทั้งสอง ทำให้สาธารณะชนรู้สึก ว่าโจทก์ที่ 1 ไม่จริงใจหรือไม่มีศักยภาพในการให้บริการแก่ลูกค้า โจทก์ที่ 1 จึงคิดค่าเสียหายในส่วนนี้ เป็นเงินจำนวน 300,000,000 บาท

4.2.1.2 สรุปคำให้การ

บริษัท เอก-ชัย ดิสทริบิวชั่น ซิสเทม จำกัด ในฐานะจำเลยในคดีได้ยื่นคำให้การต่อสู้คดี ดังมีข้อกล่าวอ้างโดยสรุปดังนี้

จำเลยไม่ใช่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แม้จำเลยจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจค้าปลีกขนาดใหญ่ประเภทไฮเปอร์มาร์เก็ต ลำดับต้น ๆ ของประเทศไทยก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากตลาดที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาว่าจำเลย เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หรือไม่ก็คือ ตลาดค้าปลีกค้าส่ง ซึ่งแบ่งธุรกิจค้าปลีกค้าส่งเป็น 2 รูปแบบใหญ่ ๆ ได้แก่ 1) ธุรกิจการค้าปลีกค้าส่งแบบดั้งเดิม และ 2) ธุรกิจร้านค้าปลีกค้าส่งแบบสมัยใหม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาส่วนแบ่ง ตลาดของจำเลยเปรียบเทียบกับส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่งทั้งหมดในประเทศไทย แล้วจะพบว่าจำเลยมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 50 และไม่ใช่ผู้ประกอบการ 3 รายแรกในตลาดค้าปลีกค้าส่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมา รวมทั้งตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป จำเลยจึงไม่ใช่ผู้ประกอบการ ที่มีอำนาจเหนือตลาด

จำเลยไม่เคยทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสองและไม่เคยใช้สิทธิอันมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ทั้งสอง โดยโจทก์ทั้งสองและจำเลยต่างประกอบธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ตย่อมมีการจัดรายการส่งเสริมการขายในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อเชิญชวนให้ผู้บริโภคมาใช้บริการของตนซึ่งถือเป็นเรื่องปกติแม้รายการส่งเสริมการขายจะมีลักษณะเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันเพราะเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่ผู้ประกอบการจะเลือกใช้ตามที่เห็นเหมาะสมภายใต้หลักการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รายการส่งเสริมการขายของจำเลยได้ตั้งใจโฆษณาในหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ เมื่อวันที่ 24 มกราคม พ.ศ. 2554 อันเป็นวันสิ้นสุดรายการส่งเสริมการขายของโจทก์ทั้งสองแล้ว โดยให้สิทธิลูกค้าโจทก์ที่ 2 นำคูปองส่วนลดมาใช้ที่ห้างของจำเลยได้ เป็นการเพิ่มมูลค่าและเพิ่มทางเลือกให้แก่ลูกค้าเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค มิใช่การกลั่นแกล้งโจทก์ทั้งสองให้เสียหาย แต่เป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต ทั้งกลับทำให้โจทก์ทั้งสองได้ประโยชน์เพราะการจะได้คูปองมาใช้ในห้างของจำเลย ลูกค้าต้องซื้อสินค้าของโจทก์ที่ 2 ไม่น้อยกว่า 800 บาท จึงจะได้รับส่วนลด 80 บาท จากโจทก์ที่ 2 นำมาใช้เป็นส่วนลดในห้างของจำเลยได้ 160 บาท ซึ่งโจทก์ทั้งสองได้ขยายระยะเวลาส่งเสริมการขายของโจทก์ทั้งสองเพิ่มอีก 2 วัน คือวันที่ 25 ถึง 26 มกราคม พ.ศ. 2554 รายการส่งเสริมการขายของจำเลยไม่ทำให้เกิดความสับสนหรือเข้าใจผิดในการรวบรวมกิจการของโจทก์ทั้งสองแต่อย่างใด ที่โจทก์ทั้งสองอ้างว่าทำให้สาธารณชนเกิดความคิดว่าโจทก์ทั้งสองขาดความจริงใจหรือไม่มีศรัทธาในการจัดรายการส่งเสริมการขายเป็นเพียงความรู้สึกและคาดคะเนเอาเองของโจทก์ทั้งสอง จำเลยมิได้ส่งคูปองและส่วนลดพิเศษให้แก่ลูกค้าโจทก์ทั้งสองที่เป็นสมาชิกคลับการ์ดกับจำเลย แต่จำเลยปฏิบัติต่อลูกค้าทุกรายเท่าเทียมกัน รายการส่งเสริมการขายสมมนาคุณสมาชิกใหม่ 200 บาท ของจำเลยไม่ละเมิดสิทธิของโจทก์ทั้งสอง เป็นเพียงวิธีการทางการตลาดที่ประสงค์เชิญชวนผู้บริโภครายใหม่ ไม่ได้เป็นแผนแย่งชิงลูกค้าของโจทก์ที่ 2 เพราะจำเลยไม่มีเจตนาให้ลูกค้าต้องทำลายบัตรไอวีชและไม่ได้ห้ามลูกค้ากลับไปซื้อสินค้าที่ห้างของโจทก์ที่ 2 ข้อมูลส่วนตัวของผู้บริโภคไม่ใช่ทรัพย์สินของโจทก์ที่ 2 เป็นสิทธิส่วนตัวของลูกค้าที่จะให้แก่ผู้ใดก็ได้เมื่อห้างโจทก์ที่ 2 ได้เปลี่ยนเป็นบัตรบีกการ์ดให้แก่สมาชิกแล้ว บัตรสมาชิกไอวีชย่อมไม่สามารถใช้ได้อีก ลูกค้าจึงมีสิทธินำไปแสดงเพื่อขอรับบัตรกำนัล 200 บาท ของจำเลยได้ และแม้ลูกค้าจะสมัครสมาชิกกับจำเลยแล้ว ลูกค้าก็ยังกลับไปซื้อสินค้าที่ห้างของโจทก์ทั้งสองและห้างอื่น ๆ ได้อีก การจัดรายการส่งเสริมการขายของจำเลยทั้งสองรายการไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25(4) และมาตรา 29 เพราะมิใช่การแทรกแซงทางการค้าของโจทก์ทั้งสอง โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดนิยามคำว่า “แทรกแซง” ไว้แต่อย่างใด มีเพียงแนวปฏิบัติ

ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ออกโดยสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ เมื่อเดือนมกราคม 2552 ที่กำหนดลักษณะของการแทรกแซงตามมาตรา 25 (4) ไว้ว่า การแทรกแซง หมายถึง การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคู่แข่งชั้นหรือผู้ประกอบธุรกิจอื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม โดยไม่มีเหตุผลในทางการค้าปกติ ซึ่งส่งผลให้คู่แข่งชั้นไม่สามารถแข่งขันได้ หรือผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก การจัดแคมเปญของจำเลยเป็นการดำเนินการตามปกติทางการค้าเพื่อแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่งรายอื่นรวมทั้งโจทก์ทั้งสอง จำเลยไม่ได้กระทำการใด ๆ ที่จะถือว่าเป็นการแทรกแซงหรือกีดกันแก่โจทก์ทั้งสอง ซึ่งส่งผลให้โจทก์ทั้งสองไม่สามารถแข่งขันได้ หรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมด้านราคา คุณภาพ และปริมาณการจำหน่ายสินค้าหรือบริการแต่อย่างใด และไม่เป็นการกระทำที่ไม่ใช่การแข่งขันอย่างเสรีอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากมิได้เป็นการกระทำใด ๆ ที่เข้าข่ายเป็นพฤติกรรมที่ระบุในแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งออกโดยสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์กล่าวคือ ไม่มีการกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อ/ขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม ไม่เป็นการกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ไม่เป็นการปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร ไม่เป็นการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอาเปรียบผู้อื่นโดยบังคับหรือชักจูงผู้บริโภคให้ประกอบธุรกิจกับตนโดยไม่เป็นธรรม ไม่เป็นการกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของผู้ประกอบธุรกิจอื่น และไม่เป็นการกระทำอื่นใดที่มีไว้วิสัยปกติทางการค้าปกติ การกระทำของจำเลยไม่เป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของโจทก์ทั้งสอง หรือเพื่อมิให้โจทก์ทั้งสองประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจเพราะเป็นเพียงการส่งเสริมการขายระยะสั้น ไม่มีผลเป็นการทำลายธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ตได้

รายการส่งเสริมการขายของจำเลยระหว่างวันที่ 24 ถึง 28 มกราคม พ.ศ. 2554 มีลูกค้านำบัตรคูปองของโจทก์ที่ 2 มาใช้ที่ห้างของจำเลยเป็นสมาชิกอยู่แล้ว 6,014 รายนำคูปองของโจทก์ที่ 2 มาใช้ 59,769 ใบ กับมีลูกค้าที่สมัครสมาชิกใหม่กับจำเลยที่นำคูปองของโจทก์ที่ 2 มาใช้ 822 ราย เป็นคูปองจำนวน 6,139 ใบ รวมเป็นบัตรคูปองที่ลูกค้านำมาใช้ที่ห้างของจำเลยทั้งสิ้น 65,908 ใบ เท่านั้น

ในส่วนของการจัดรายการส่งเสริมการขายบัตรไอวิช มีลูกค้าที่ส่ง sms เข้ามาที่จำเลย มีทั้งสิ้นเพียง 244 ราย ในจำนวนนี้มีแค่ 159 รายที่ยังไม่มีบัตรสมาชิกคลับการ์ดซึ่งมีสิทธิได้รับบัตรของขวัญ 200 บาท จากจำเลย แต่มีลูกค้าที่เดินทางมารับบัตรของขวัญดังกล่าวจากจำเลยเพียง 115 รายเท่านั้น ดังนั้นแคมเปญของจำเลยจึงเป็นการให้ประโยชน์แก่ลูกค้าโดยโจทก์ทั้งสองไม่ได้รับความเสียหายแม้แต่น้อย จึงไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ส่วนที่โจทก์ทั้งสองอ้างว่าการกระทำของจำเลย ทำให้โจทก์ทั้งสองเสียหายก็เป็นเพียงการคาดคะเนของโจทก์ทั้งสองเอง และโจทก์ทั้งสองไม่มีสิทธิเรียกร้องความเสียหายจากจำเลย ขอให้ศาลพิพากษายกฟ้อง

4.2.2 ประเด็นข้อพิพาท

จากข้อกล่าวอ้างของโจทก์ทั้งสองและจำเลยตามคำฟ้องและคำให้การในข้อ 4.2.1 ศาลกำหนดประเด็นข้อพิพาทว่า

1. การกระทำของจำเลยเป็นละเมิดต่อโจทก์ทั้งสองหรือไม่
2. โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหายหรือไม่ เพียงใด

4.2.3 สรุปคำพิพากษาศาลชั้นต้น

จากประเด็นข้อพิพาทและทางนำสืบของคู่ความทั้งสองฝ่าย เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน พ.ศ. 2556 ศาลได้มีคำพิพากษาโดยสรุปดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การกระทำของจำเลยเป็นละเมิดต่อโจทก์ทั้งสองหรือไม่

ศาลเห็นว่ารายการส่งเสริมการขายของจำเลยรายการแรกเป็นการอ้างอิงคูปองของโจทก์ทั้งสองโดยให้ลูกค้านำคูปองของโจทก์ทั้งสองมาใช้ซื้อสินค้าที่ห้างจำเลยแล้วได้ส่วนลดเพิ่มเป็นสองเท่าของโจทก์ทั้งสอง และรายการส่งเสริมการขายที่ให้ลูกค้ารับบัตรไอวิชการ์ดของห้างโจทก์ที่ 2 ไปแสดงและสมัครสมาชิกบัตรคลับการ์ดของจำเลย และรับบัตรของขวัญมูลค่า 200 บาทนั้น การจัดรายการส่งเสริมการขายดังกล่าวเป็นการจัดรายการในลักษณะเดียวกับโจทก์ทั้งสองโดยอ้างอิงคูปองของโจทก์ทั้งสองและบัตรสมาชิกของโจทก์ที่ 2 ระยะเวลาในการจัดเป็นเวลาใกล้เคียงกัน แต่จำเลยให้ผลประโยชน์แก่ลูกค้ามากกว่าเป็น 2 เท่า โจทก์ทั้งสองและจำเลยต่างประกอบกิจการค้าปลีกค้าส่งประเภทไฮเปอร์

มาร์เก็ตที่จำหน่ายสินค้าอุปโภค บริโภค และของใช้ในชีวิตประจำวันเช่นเดียวกัน การจัดรายการดังกล่าวเป็นพฤติการณ์มุ่งแย่งชิงลูกค้าและจงใจให้เกิดผลกระทบต่อรายการส่งเสริมการขายของโจทก์ทั้งสองโดยตรง ที่จำเลยอ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเชิญชวนลูกค้าของโจทก์ที่ 2 ให้ทดลองเดินเลือกซื้อสินค้าและบริการที่ห้างของจำเลยโดยมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มยอดขายและขยายฐานลูกค้าขึ้น ฟังไม่ขึ้น การกระทำของจำเลยเป็นการใช้สิทธิอันมีแต่จะทำให้ผู้อื่นเสียหายเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421

ประเด็นที่สอง โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหายหรือไม่ เพียงใด

ศาลได้พิพากษาในประเด็นค่าเสียหายที่โจทก์ทั้งสองฟ้องเรียกจากการกระทำละเมิดของจำเลย ดังต่อไปนี้

ก. ศาลพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายจากการขาดกำไรที่โจทก์ทั้งสองได้รับจากการขายสินค้าหลังหักต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในส่วนของโจทก์ที่ 1 เป็นเงินจำนวน 2,456,412.88 บาท และโจทก์ที่ 2 เป็นเงินจำนวน 1,493,137 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ในต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันฟ้องไปจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์

ข. ศาลพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายที่โจทก์ที่ 2 ได้รับจากรายการส่งเสริมการขายในรายการ “บัตรคาร์ฟูร์ไอวีซมีค่าอย่างถึง สมာชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวีซมีโอกาสรับ 200 บาท” ของจำเลย เป็นเงินจำนวน 29,771.20 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ในต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันฟ้องไปจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์

ค. ศาลพิพากษาให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนค่าเสียหายที่โจทก์ทั้งสองเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการเสียค่าใช้จ่ายในการประชาสัมพันธ์ เรื่องการเข้าซื้อกิจการของจำเลยที่ 2 และการปรับเปลี่ยนแบรนด์โดยเปล่าประโยชน์ เนื่องจากโจทก์ทั้งสองไม่สามารถนำสืบให้เห็นว่ามีตัวชี้วัดจากอะไร และนำสืบไม่ได้ว่ายอดขายที่ลดลงเกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลยแต่เพียงผู้เดียว ตามข้อกล่าวอ้างในคำฟ้อง

ง. ศาลพิพากษาให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนค่าเสียหายที่โจทก์ที่ 1 เรียกค่าเสียหายต่อชื่อเสียง เนื่องจากการกระทำของจำเลยที่อ้างอิงใช้คู่มือของโจทก์ทั้งสองและบัตรไอวีซการ์ดของ

โจทก์ที่ 2 เป็นการกระทำที่มุ่งหมายแย่งชิงลูกค้าของโจทก์ทั้งสองโดยตรงจากการจัดการรายการส่งเสริมการขายและโจทก์ที่ 1 นำสืบไม่ได้ว่าได้รับผลกระทบต่อภาพรวมทางธุรกิจอย่างไรตามข้อกล่าวอ้างในคำฟ้อง

4.2.4 สรุปคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

ในคดีนี้ จำเลยได้อุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นที่พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องละเมิด โดยที่ไม่มีฝ่ายใดอุทธรณ์ประเด็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2557 ศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาตามประเด็นที่จำเลยอุทธรณ์ โดยสรุปดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การจัดการรายการส่งเสริมการขาย “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด”

ศาลเห็นว่ารายการส่งเสริมการขายของจำเลยจัดขึ้นหลังรายการส่งเสริมการขายของโจทก์ทั้งสองซึ่งจากการโฆษณาของจำเลยลงในสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ย่อมส่งผลกระทบต่อโดยตรงถึงยอดขายของโจทก์ทั้งสองเนื่องจากการให้ผลตอบแทนที่มากกว่า ซึ่งหากจำเลยจะเพิ่มยอดขายหรือขยายฐานลูกค้าโดยโฆษณาให้ผลประโยชน์ตอบแทนที่คุ้มค่ากว่าโดยอาศัยชื่อทางการค้าของจำเลยเองก็ถือเป็นเรื่องปกติในการแข่งขันทางการค้าแต่ในกรณีนี้จำเลยกับอ้างถึงคูปองของโจทก์ที่ 2 ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับจำเลย การแข่งขันด้วยการจัดการรายการส่งเสริมการขายกระทำได้ทั้งลูกค้าหรือผู้บริโภคก็ได้ผลประโยชน์จากรายการส่งเสริมการขายดังกล่าว แต่ในส่วนการกระทำของจำเลยด้วยการแอบอ้างถึงคูปองของโจทก์ทั้งสอง ย่อมเป็นการใช้สิทธิเพื่อเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจของโจทก์ทั้งสองเป็นการกระทำที่จำเลยในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจอย่างเดียวกันกับโจทก์ทั้งสองทราบดีว่าจะเกิดความเสียหายแก่โจทก์ทั้งสอง ทำให้รายการส่งเสริมการขายของโจทก์ทั้งสองไม่เป็นไปตามเป้าหมายการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ที่จำเลยอุทธรณ์ว่าไม่ว่าจำเลยจะจัดการรายการส่งเสริมการขายหรือไม่ ก็จะมีลูกค้าจำนวนหนึ่งไม่นำคูปองกลับมาใช้ซื้อสินค้าที่ห้างของโจทก์ทั้งสอง การกระทำของจำเลยจึงไม่กระทบต่อรายการส่งเสริมการขายของโจทก์ทั้งสอง ศาลเห็นว่าเพราะการที่มีการนำคูปองมาใช้ที่ห้างของจำเลยก็เท่ากับว่าการจัดการรายการส่งเสริมการขายของโจทก์ทั้งสองไม่ประสบความสำเร็จและได้รับความเสียหายเฉพาะในส่วนยอดขาย

ก็ใกล้เคียงกับที่นำมาใช้ที่ห้างของจำเลย การกระทำดังกล่าวของจำเลยจึงไม่ใช่เรื่องการทำโดย ประสงค์ต่อผลอันเป็นธรรมดาของสิทธิตามที่จำเลยอ้าง แต่เป็นการกระทำโดยจงใจเนื่องจากทราบ อยู่แล้วว่าจะต้องเกิดความเสียหายแก่โจทก์ทั้งสอง

ประเด็นที่สอง การจัตรายการส่งเสริมการขายแคมเปญชุด “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิช มีค่าอย่าทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท”

ศาลเห็นว่า การจัตรายการส่งเสริมการขายของจำเลยกระทำขึ้นภายหลังจากที่โจทก์ที่ 2 ได้ เปลี่ยนชื่อห้างคาร์ฟูร์มาเป็นชื่อบิกซีของโจทก์ที่ 1 แล้ว ซึ่งเมื่อลูกค้านำบัตรคาร์ฟูร์ไอวิชมาแสดง ไม่ปรากฏว่าจำเลยจะเก็บบัตรไอวิชไว้ ลูกค้าสามารถนำบัตรไอวิชกลับไปได้ ในกรณีนี้แม้จะมีการอ้าง ถึงบัตรไอวิชของโจทก์ที่ 2 แต่ก็เป็นเวลาภายหลังจากที่ได้มีการยกเลิกบัตรแล้ว ลูกค้าที่มาสมัครบัตร คลับการ์ดของจำเลยจะนำบัตรของขวัญ 200 บาทไปซื้อสินค้าหรือไม่ก็ไม่มีผลกระทบต่อความเป็น สมาชิกบัตรของโจทก์ที่ 2 การกระทำดังกล่าวไม่ได้เป็นการแทรกแซงการค้าของโจทก์ทั้งสอง การจัต รายการส่งเสริมการขายของจำเลยโดยอ้างถึงบัตรไอวิชจึงยังไม่ใช่การใช้สิทธิอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นยังไม่เป็นการทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสอง

ประเด็นที่สาม ค่าเสียหายที่โจทก์มีสิทธิได้รับ

ในส่วน of ค่าเสียหายของรายการส่งเสริมการขายคูปองส่วนลดการจัตรายการส่งเสริมการขาย “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด” ศาลอุทธรณ์เห็นว่าค่าเสียหายที่ศาลชั้นต้นกำหนดเหมาะสมแล้ว จึงกำหนดค่าเสียหายให้ตามจำนวนเดิม สำหรับในส่วน of ค่าเสียหายบัตรไอวิช เนื่องจากอุทธรณ์ของ จำเลยฟังขึ้นศาลจึงให้ลดค่าเสียหายในส่วนนี้เป็นเงินจำนวนทั้งสิ้น 29,771.20 บาท

4.3 วิเคราะห์พฤติกรรมของเทสโก้โลตัสตามที่บิกซีและเซ็นคาร์ฟ้องตามพระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

จากสรุปคำพิพากษาศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ตามที่กล่าวมาข้างต้น พบว่าศาลชั้นต้นมิได้ วินิจฉัยประเด็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ทั้งประเด็นในเรื่องการกระทำ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นทางการ 29 และเรื่องการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของ

ผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามมาตรา 25 และเนื่องจากมิได้มีคู่ความฝ่ายใดอุทธรณ์ในประเด็นการกระทำตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ทำให้ไม่มีประเด็นตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาวินิจฉัย โดยศาลอุทธรณ์เพียงแต่วินิจฉัยว่าการกระทำของเทสโก้โลตัสที่แอบอ้างถึงคุณสมบัติของห้างคาร์ฟูร์เป็นการใช้สิทธิเพื่อเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิกซีและเซ็นคาร์ว่าเป็นการจงใจทำให้โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหาย เป็นการละเมิดต่อโจทก์ทั้งสองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ดังนั้นการศึกษาวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์จึงขอวิเคราะห์การกระทำของเทสโก้โลตัสตามที่บิกซีและเซ็นคาร์ฟ้องตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าในเรื่องการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร มิได้มีการกำหนดคำนิยาม และพฤติกรรมการเป็นการกระทำความผิดไว้ อีกทั้งที่ผ่านมาในประเทศไทยยังไม่เคยมีการบังคับใช้กฎหมายนี้ลงโทษผู้กระทำความผิดแม้แต่รายเดียว ทำให้ไม่มีบรรทัดฐานในการพิจารณา ดังนั้น การกระทำของเทสโก้โลตัสทั้งในเรื่องการจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด” และรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่าทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” จึงสามารถวิเคราะห์ได้ 2 แนวความเห็น ดังนี้

4.3.1 ประเด็นเรื่องการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

การที่จะสามารถพิจารณาได้ว่าการกระทำของเทสโก้โลตัส เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามองค์ประกอบความผิด คือ 1. เป็นการกระทำที่มีใช่เป็นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และ 2. การกระทำดังกล่าวมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่นหรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ ดังนี้

กระทำการที่มีใช่เป็นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

1. การจัดรายการส่งเสริมการขาย “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด”

ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถวิเคราะห์ได้เป็น 2 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 29 และแนวปฏิบัติลักษณะพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 และรูปแบบการจัดรายการส่งเสริมการขายปกติของธุรกิจค้าปลีก จะเห็นได้ว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงชื่อห้างคาร์ฟูร์ และคู่มือส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาใช้ในการโฆษณา รวมทั้งการให้ลูกค้านำคู่มือส่วนลดที่ออกโดยคาร์ฟูร์ไปใช้เป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสได้นั้น เป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ด้วยเหตุผลดังนี้

(1) การจัดรายการส่งเสริมการขายโดยวิธีการ ลด แลก แจก แถม เพื่อดึงดูดลูกค้านั้นเป็นกลยุทธ์ปกติในการแข่งขันที่ผู้ประกอบการธุรกิจทุกรายสามารถทำได้ ซึ่งหากเทสโก้โลตัสจะดึงดูดลูกค้าหรือขยายฐานลูกค้าโดยการจัดรายการส่งเสริมการขาย หรือให้สิทธิประโยชน์แก่ลูกค้าที่มากกว่าคู่แข่งย่อมทำให้ลูกค้าสนใจไปเลือกซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสมากกว่าห้างอื่น ๆ อยู่แล้ว แต่การที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายโดยการโฆษณาอ้างอิงชื่อห้างคาร์ฟูร์และคู่มือส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ และการให้ลูกค้านำคู่มือส่วนลดที่ออกโดยห้างคาร์ฟูร์ไปใช้เพื่อเพิ่มมูลค่าเป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสซึ่งไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ กับเทสโก้โลตัสโดยกระทำในช่วงระยะเวลาที่ใกล้เคียงกับการจัดรายการส่งเสริมการขายของห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์นั้น เทสโก้โลตัสย่อมเล็งเห็นอยู่แล้วว่าลูกค้าจะไปซื้อของที่ห้างของตนมากกว่าเพราะเทสโก้โลตัสให้สิทธิประโยชน์ที่มากกว่า ทำให้เกิดความเสียหายแก่บิ๊กซีและเซ็นคาร์ ซึ่งเป็นเจ้าของคู่มือส่วนลดนั้นโดยตรง

(2) การจัดรายการส่งเสริมการขายดังกล่าวกระทำในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับการจัดรายการส่งเสริมการขายของห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ และเป็นช่วงเวลาที่ห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ ร่วมกันจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อสร้างความมั่นใจให้กับลูกค้าของห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ ว่าเมื่อห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์รวมกิจการกันแล้ว จะเกิดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการและสร้างประโยชน์ให้กับลูกค้าได้มากขึ้น และเป็นการสร้างความมั่นใจให้กับลูกค้าที่เป็นฐานลูกค้าเดิมของห้างคาร์ฟูร์ให้มั่นใจว่าบิ๊กซีจะดูแลลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์เป็นอย่างดี การที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายที่โฆษณาโดยใช้ข้อความว่า “เทสโก้โลตัส ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิพิเศษสำหรับผู้ถือคู่มือคาร์ฟูร์

นำคูปองมาเพิ่มมูลค่าเป็น 160 บาท เมื่อใช้คู่กับบัตรเทสโก้คลับการ์ด สมัครฟรี รวดเร็ว ง่าย...ทันใจ ไม่มีใครทุ่มเทสำหรับลูกค้าเหนือไปกว่าเรา” ย่อมแสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสมีเจตนาที่จะมุ่งเป้าไปที่ การดึงดูดกลุ่มลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์เท่านั้น โดยการทำให้ลูกค้าเห็นว่าการไปซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้ โลตัสนั้นได้สิทธิพิเศษที่ดีกว่าห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ และเทสโก้โลตัสมุ่งทุ่มเทให้แก่ลูกค้าคาร์ฟูร์ มากกว่าที่บิ๊กซีและเซ็นคาร์ทุ่มเทให้แก่ลูกค้า ซึ่งหากเทสโก้โลตัสมีเจตนาที่จะจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคจริงก็ควรที่จะรับคูปองส่วนลดของทุกห้าง มิใช่เจาะจงรับเฉพาะคูปอง ส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ และการที่เทสโก้โลตัสกำหนดเงื่อนไขให้ลูกค้าที่จะสามารถนำคูปองส่วนลด ของคาร์ฟูร์มาใช้ที่เทสโก้โลตัสได้นั้นต้องใช้คู่กับบัตรคลับการ์ดซึ่งเป็นบัตรที่เทสโก้โลตัสออกให้แก่ ลูกค้าที่เป็นสมาชิกของห้างเทสโก้โลตัสเป็นการแสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสตั้งใจที่จะจัดรายการ ส่งเสริมการขายเพื่อแย่งชิงฐานลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์มาจากบิ๊กซีและเซ็นคาร์ และเพิ่มฐานลูกค้าเก่า ของห้างคาร์ฟูร์ให้เป็นลูกค้าของเทสโก้โลตัสด้วยวิธีการอันมิชอบ ขัดกับหลักจริยธรรมทางการค้าปกติ ที่ผู้ประกอบการควรประพฤติปฏิบัติต่อกัน

(3) ตามคำให้การของเทสโก้โลตัสในคดีนี้ การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัส ที่ผ่านมานั้น ไม่เคยจัดรายการส่งเสริมการขายในลักษณะการใช้ซื้อคู่แข่ง และคูปองส่วนลดของคู่แข่ง มาเป็นเครื่องมือในการโฆษณาส่งเสริมการขาย รวมทั้งการให้ลูกค้านำคูปองส่วนลดของคู่แข่งมาใช้ที่ ห้างของตนเพื่อเพิ่มมูลค่าคูปองส่วนลดของคู่แข่งให้กับลูกค้าที่มาซื้อสินค้าที่ห้างของตนดังเช่นคดีนี้มา ก่อน หากเป็นการให้คูปองส่วนลดโดยไม่ได้อ้างอิงคูปองส่วนลดของผู้อื่น และโฆษณาโดยไม่ได้ใช้ชื่อ และเครื่องมือในการส่งเสริมการขายของคู่แข่งแต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาเงื่อนไขการใช้คูปองส่วนลด ที่ลูกค้าสามารถใช้คูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาเป็นส่วนลดที่ห้างเทสโก้โลตัสได้มากถึง 5 ใบ ต่อการซื้อ 1 ครั้ง ซึ่งหมายถึงว่าลูกค้าจะได้รับส่วนลดมากถึง 800 บาท และลูกค้าไม่ต้องมีการซื้อสินค้า ในครั้งแรกก่อนเพื่อให้ได้ส่วนลด แต่เป็นการให้ส่วนลดจากการซื้อสินค้าครั้งแรกเลยนั้น เป็นเรื่องที่ผิด วิสัยทางการค้าปกติทั่วไป เนื่องจากไม่มีเหตุผลทางธุรกิจอื่นใดไม่ว่าจะเป็นการสร้างยอดขายหรือกำไร ที่เทสโก้โลตัสจะจัดรายการส่งเสริมการขายเช่นนี้ แต่เป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายที่มุ่งเน้น ให้เกิดความเสียหายต่อบิ๊กซีและเซ็นคาร์มากกว่าจะเป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายปกติธรรมดา

(4) การที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาว่ารายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัส โดยการอ้างอิงคูปองส่วนลดของบิกซีและเซ็นคาร์ เป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้ผู้อื่นเสียหายเป็นการละเมิดต่อบิกซีและเซ็นคาร์นั้นย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสมิใช่การจัดรายการส่งเสริมการขายที่เป็นวิสัยทางการค้าปกติทั่วไป แต่เป็นการกระทำที่มุ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อบิกซีและเซ็นคาร์

แนวความเห็นที่ 2

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 และแนวปฏิบัติลักษณะพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 ซึ่งกำหนดว่าการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมนั้นต้องเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้อื่น เปรียบเทียบกับการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงบัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชของห้างคาร์ฟูร์นั้น ถือว่ามีได้เป็นการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ด้วยเหตุผลดังนี้

(1) ประเทศไทยเป็นประเทศที่ผู้ประกอบการแต่ละรายมีเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ โดยผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถเลือกใช้กลยุทธ์การส่งเสริมการขายได้ตามความเหมาะสม ภายใต้หลักการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ซึ่งทำให้กลยุทธ์การส่งเสริมการขายจึงอาจมีลักษณะเดียวกัน หรือมีความคล้ายคลึงกันได้ ดังนั้นการที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายที่มีรูปแบบเดียวกันกับการจัดรายการส่งเสริมการขายของบิกซีและเซ็นคาร์จึงถือเป็นเรื่องปกติทางการค้า อีกทั้งการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้ยังเป็นการเพิ่มมูลค่าและเพิ่มทางเลือกให้แก่ลูกค้าที่ถือคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ ให้สามารถนำมาใช้ที่ห้างเทสโก้โลตัสได้อีกทางหนึ่ง ทำให้ลูกค้าได้สิทธิประโยชน์มากขึ้น เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค มิใช่การแย่งชิงลูกค้า และมีได้เป็นการกลั่นแกล้งบิกซีและเซ็นคาร์ให้เสียหาย แต่เป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตซึ่งเทสโก้โลตัสมีความชอบธรรมที่จะกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้ เป็นเพียงกลยุทธ์การแข่งขันทางการค้าปกติที่เป็นการแข่งขันด้านราคา โดยมุ่งเน้นให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อผู้บริโภคเป็นสำคัญ

(3) การจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้ ทำให้บิกซีและเซ็นคาร์ได้รับประโยชน์มากขึ้นเนื่องจากการที่ลูกค้าจะได้รับคูปองส่วนลดจากห้างคาร์ฟูร์เพื่อนำไปใช้เพิ่มมูลค่าที่ห้างเทสโก้โลตัสนั้น ลูกค้าต้องซื้อสินค้าที่ห้างคาร์ฟูร์อย่างน้อย 800 บาทก่อนจึงจะได้รับคูปองส่วนลดจากห้างคาร์ฟูร์ และเนื่องจากห้างบิกซีและคาร์ฟูร์ขยายเวลาแจกคูปองส่วนลดออกไป ดังนั้นยังเป็นสิ่งที่เพิ่มแรงจูงใจให้ผู้บริโภคไปซื้อสินค้าที่ห้างคาร์ฟูร์มากขึ้น เพื่อจะไปนำคูปองส่วนลดนั้นไปใช้เพิ่มมูลค่าที่ห้างเทสโก้โลตัส

(4) การจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงชื่อห้างคาร์ฟูร์ และคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาใช้ในการโฆษณา รวมทั้งการให้ลูกค้านำคูปองส่วนลดที่ออกโดยคาร์ฟูร์ไปใช้เป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัส มิใช่การกระทำที่เข้าข่ายลักษณะพฤติกรรมที่เป็นข้อห้ามตามที่ระบุไว้ในแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ซึ่งออกโดยสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า

2. การจัตรายการส่งเสริมการขายแคมเปญชุด “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่าทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท”

ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถวิเคราะห์ได้เป็น 2 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1

การจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงบัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชของห้างคาร์ฟูร์ เป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ด้วยเหตุผลดังนี้

(1) การจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสโดยการออกรายการส่งเสริมการขาย “สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ I Wish มีโอกาสรับ 200 บาท” และ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิช มีค่าอย่าทิ้ง” เป็นการละเมิดสิทธิของบิกซีและเซ็นคาร์ เพราะเป็นการอ้างอิงและใช้บัตรสมาชิก “ไอวิช” (I Wish) ซึ่งออกโดยเซ็นคาร์ โดยไม่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ ห้างคาร์ฟูร์และเซ็นคาร์ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับเทสโก้โลตัสแต่อย่างใดจึงไม่มีเหตุผลอันใดที่จะไปอ้างอิงถึงบัตรคาร์ฟูร์ไอวิชของเซ็นคาร์

(2) การจัตรายการส่งเสริมการขาย โดยให้สิทธิประโยชน์เฉพาะลูกค้ารายใหม่นั้นเป็นเรื่องปกติในทางการค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถกระทำได้เพื่อเป็นการส่งเสริมการขายและขยายฐานลูกค้า แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้อื่นด้วยวิธีการอันมิชอบ เมื่อพิจารณาการจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสตามกรณีศึกษานี้ พบว่าเทสโก้โลตัสเจาะจงดึงดูดเฉพาะฐาน

ลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์ที่ยังมิได้เป็นสมาชิกของห้างเทสโก้โลตัส โดยการอ้างอิงชื่อบัตรไอวีชซึ่งเป็นบัตรที่เซ็นคาร์ออกให้แก่ลูกค้าที่เป็นสมาชิกของห้างคาร์ฟูร์มาใช้ในการโฆษณาเพื่อดึงดูดให้ลูกค้าที่มีบัตรไอวีชมาสมัครเป็นสมาชิกบัตรคลับการ์ดเพื่อรับบัตรของขวัญมูลค่า 200 บาท โดยไม่รวมถึงลูกค้าที่เป็นสมาชิกของห้างอื่น ๆ และหากลูกค้าเป็นสมาชิกเทสโก้คลับการ์ดอยู่แล้วส่ง sms ไปตามรายการส่งเสริมการขายนี้ก็จะไม่ได้บัตรของขวัญมูลค่า 200 บาท แต่ได้เพียงแต้มสะสม 1,000 แต้ม ซึ่งมีมูลค่าเท่ากับ 10 บาทเท่านั้น การที่เทสโก้โลตัสจงใจเลือกปฏิบัติ โดยการให้สิทธิประโยชน์แก่ลูกค้าสมาชิกบัตรไอวีชที่มาสมัครเป็นสมาชิกของเทสโก้โลตัสตามรายการส่งเสริมการขายนี้ มากกว่าลูกค้าที่เป็นสมาชิกของเทสโก้โลตัสอยู่แล้ว หรือลูกค้าที่เป็นสมาชิกของห้างอื่น ๆ เช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสมีเจตนาที่จะแย่งชิงฐานลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์ให้มาเป็นลูกค้าของตน ซึ่งเป็นการกระทำที่มิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีใช้การดึงดูดลูกค้าโดยใช้วิธีการทางการค้าปกติแต่อย่างใด

แนวความเห็นที่ 2

การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงบัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวีชของห้างคาร์ฟูร์ มิใช่การกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ด้วยเหตุผลดังนี้

(1) การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงบัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวีชของห้างคาร์ฟูร์นั้น เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่ประสงค์จะเชิญชวนผู้บริโภครายใหม่ให้มาใช้บริการที่ห้างเทสโก้โลตัสเพื่อเพิ่มฐานลูกค้าให้แก่ห้างเทสโก้โลตัสเท่านั้น ไม่ได้เป็นแผนแย่งชิงลูกค้าของบิ๊กซีและเซ็นคาร์เพราะไม่ได้มีเงื่อนไขให้ลูกค้าต้องทำลายบัตรคาร์ฟูร์ไอวีชและไม่ได้มีเงื่อนไขที่เป็นการห้ามให้ลูกค้ากลับไปซื้อสินค้าที่ห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ อีกทั้งข้อมูลที่ลูกค้าให้แก่เทสโก้โลตัสเพื่อใช้ในการสมัครสมาชิกบัตรคลับการ์ดนั้นก็ เป็นข้อมูลส่วนตัวของลูกค้าที่ลูกค้ามีสิทธิจะให้แก่ผู้ใดก็ได้ มิใช่ข้อมูลที่เป็นความลับหรือเป็นข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิ๊กซีและเซ็นคาร์ และข้อมูลนั้นก็มิใช่ทรัพย์สินของบิ๊กซีและเซ็นคาร์

(2) การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงบัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวีชมิใช่การกระทำที่เข้าข่ายลักษณะพฤติกรรมที่เป็นข้อห้ามตามที่ระบุไว้ในแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ซึ่งออกโดยสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า

การกระทำดังกล่าวมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของ ผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิก การประกอบธุรกิจ

1. การจัดรายการส่งเสริมการขาย “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคู่มือคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด”

ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถวิเคราะห์ได้เป็น 2 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1

การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างถึงชื่อห้างคาร์ฟูร์และคู่มือส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ในการโฆษณา และการให้ลูกค้านำคู่มือส่วนลดที่ออกโดยห้างคาร์ฟูร์ไปใช้เพื่อเพิ่มมูลค่าเป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัส เป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ด้วยเหตุผลดังนี้

(1) การจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคู่มือคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด” บิ๊กซีและเทสโก้โลตัส แจกคู่มือส่วนลดให้แก่ลูกค้าไปทั้งสิ้น 283,619 ใบ โดยบิ๊กซีและคาร์ฟูร์ประมาณการว่าจะมีลูกค้านำคู่มือส่วนลดมาใช้ประมาณร้อยละ 95 แต่เนื่องจากการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัส ทำให้มีลูกค้านำคู่มือส่วนลดกลับมาใช้ที่ห้างบิ๊กซีและคาร์ฟูร์ร้อยละ 60 หรือเท่ากับมีคู่มือส่วนลดหายไป 99,266 ใบ ซึ่งเงื่อนไขในการใช้คู่มือคือลูกค้าต้องซื้อสินค้าขั้นต่ำ 400 บาท เท่ากับว่าบิ๊กซีและเซ็นทรัลขาดรายได้ไป 39,706,400 บาท เมื่อหักค่าดำเนินการและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ บิ๊กซีจึงเสียหายเป็นเงิน 2,456,412.88 บาท และเซ็นทรัลเสียหายเป็นเงิน 1,514,277.12 บาท ซึ่งทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้เทสโก้โลตัสชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บิ๊กซีและเซ็นทรัลจากค่าขาดกำไรตามจำนวนที่บิ๊กซีและเซ็นทรัลเรียกร้องดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบิ๊กซีและเซ็นทรัล

(2) การที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงคู่มือส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ในช่วงเวลาใกล้เคียงกับที่บิ๊กซีและเซ็นทรัลจัดรายการส่งเสริมการขายนั้น เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด

ความเสียหายแก่บิกซีและเซ็นคาร์ เนื่องจากการเพิ่มมูลค่าคูปองของห้างคาร์ฟูร์เป็น 2 เท่า เมื่อนำไปซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัส ย่อมสามารถดึงดูดลูกค้าให้ไปซื้อสินค้าที่เทสโก้โลตัสได้มากกว่าอยู่แล้ว ทำให้บิกซีและเซ็นคาร์สูญเสียรายได้ในส่วนที่ลูกค้าควรจะนำคูปองดังกล่าวกลับมาใช้ซื้อสินค้าที่ห้างบิกซีและห้างคาร์ฟูร์ รวมทั้งความเสียหายอันเนื่องมาจากค่าใช้จ่ายในการพิมพ์คูปองส่วนลดที่ถูกเทสโก้โลตัสนำเอาคูปองไปใช้โดยที่เทสโก้โลตัสไม่ได้เป็นผู้จัดทำคูปองและถึงแม้ว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสจะมีระยะเวลาแค่ช่วงสั้น ๆ แต่การจัดรายการส่งเสริมการขายดังกล่าวนั้นก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีและเซ็นคาร์ ดังนั้น จึงเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29

แนวความเห็นที่ 2

การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างถึงชื่อห้างคาร์ฟูร์และคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ในการโฆษณา และการให้ลูกค้านำคูปองส่วนลดที่ออกโดยห้างคาร์ฟูร์ไปใช้เพื่อเพิ่มมูลค่าเป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัส ไม่ได้เป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อบิกซีและเซ็นคาร์ เนื่องจาก การจัดรายการส่งเสริมการขายตามปกติย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งในเวลาที่มีการจัดรายการส่งเสริมการขายอันเป็นผลธรรมดาของการจัดรายการส่งเสริมการขาย โดยไม่ถึงขนาดมีผลเป็นการกีดกันหรือขัดขวางการจัดรายการส่งเสริมการขายของบิกซีและเซ็นคาร์ และย่อมเป็นธรรมดาที่ผู้บริโภคจะเลือกซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจที่ให้สิทธิประโยชน์ที่มากกว่า และถือเป็นเรื่องปกติต่อผู้บริโภค อีกทั้งการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้เป็นเพียงการจัดรายการส่งเสริมการขายระยะสั้น ไม่มีผลเป็นการทำลายธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ตได้

2. การจัดรายการส่งเสริมการขายแคมเปญชุด “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่าทิ้งสมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท”

ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถวิเคราะห์ได้เป็น 2 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1

การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงบัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชของห้างคาร์ฟูร์ เป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น

หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิก การประกอบธุรกิจ เนื่องจาก การที่บิกซีเข้าซื้อกิจการห้างคาร์ฟูร์ของเซ็นคาร์โดยจ่ายเป็นค่าความนิยมที่สูงถึง 26,361 ล้านบาทนั้น จุดประสงค์หลักนอกจากทำเลที่ตั้งของห้างคาร์ฟูร์ ที่ส่วนใหญ่เป็นที่ตั้งใจกลางเมืองแล้วนั้น คือฐานลูกค้าและข้อมูลของลูกค้า ดังนั้น การจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงบัตรไอวิซซึ่งเป็นบัตรที่ห้างคาร์ฟูร์ออกให้แก่ลูกค้าที่เป็นสมาชิกเพื่อดึงดูดให้ลูกค้าที่เป็นสมาชิกบัตรไอวิซที่ยังไม่เคยเป็นสมาชิกของเทสโก้โลตัสให้มาสมัครเป็นสมาชิกของบัตรเทสโก้โลตัสนั้น จึงเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีซึ่งเป็นผู้ที่เสียค่าใช้จ่ายในการให้ได้ฐานข้อมูลลูกค้าเหล่านั้นมา

แนวความเห็นที่ 2

การจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงบัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิซของห้างคาร์ฟูร์ ไม่มีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ เนื่องจาก การจัตรายการส่งเสริมการขายรายการนี้เป็นเพียงการเชิญชวนให้ผู้ที่มีบัตรไอวิซให้มาสมัครเป็นสมาชิกบัตรคลับการ์ดซึ่งเป็นเพียงกลยุทธ์ปกติในการประกอบธุรกิจเท่านั้น ไม่ได้มีข้อความหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีและเซ็นคาร์แต่อย่างใด อีกทั้ง การจัตรายการส่งเสริมการขายนี้ทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์มากขึ้น และเป็นทางเลือกให้แก่ผู้บริโภค และการจัตรายการส่งเสริมการขายรายการนี้เป็นเพียงการจัตรายการส่งเสริมการขายในช่วงระยะเวลาที่สั้น จึงไม่มีผลเป็นการทำลายหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีและเซ็นคาร์ได้

ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าการจัตรายการส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคู่มือคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด” และรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิซมีค่าอย่างทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิซ มีโอกาสรับ 200 บาท” นั้น เป็นการกระทำที่เข้าข่ายการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 เนื่องจากหากเทสโก้โลตัสจะดึงดูดลูกค้าหรือขยายฐานลูกค้าโดยการแข่งขันด้านราคา หรือการจัตรายการส่งเสริมการขาย หรือให้สิทธิประโยชน์แก่ลูกค้าที่มากกว่าคู่แข่งย่อมทำให้ลูกค้าสนใจไปเลือกซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสมากกว่าห้างอื่น ๆ อยู่แล้ว โดยไม่มีความจำเป็นต้องอ้างอิงชื่อหรืออาศัยรายการส่งเสริมการขายของผู้อื่นแต่อย่างใด การที่เทสโก้โลตัสจัตรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิง

ซื้อห้างคาร์ฟูร์, คุปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ และบัตรสมาชิกของคาร์ฟูร์ของบิกซีและเซ็นคาร์มาในการโฆษณา และใช้เครื่องมือในการจัดรายการส่งเสริมการขายของคาร์ฟูร์ไปใช้ในการจัดรายการส่งเสริมการขายของห้างเทสโก้โลตัสซึ่งไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ กับเทสโก้โลตัส โดยให้สิทธิประโยชน์กับเฉพาะลูกค้าที่เป็นลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์เท่านั้น และกระทำในช่วงระยะเวลาที่ใกล้เคียงกับการจัดรายการส่งเสริมการขายของห้างบิกซีและห้างคาร์ฟูร์ โดยเป็นช่วงเวลาที่ห้างบิกซีและห้างคาร์ฟูร์ร่วมกันจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อสร้างความมั่นใจให้กับลูกค้าที่เป็นฐานลูกค้าเดิมของห้างคาร์ฟูร์ แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสตั้งใจที่จะจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อแย่งชิงฐานลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์มาจากบิกซีและเซ็นคาร์ และดึงดูฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ให้เป็นลูกค้าของเทสโก้โลตัส ด้วยวิธีการอันมิชอบ และเมื่อพิจารณาเงื่อนไขการใช้คุปองส่วนลดที่ลูกค้าสามารถใช้คุปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาเป็นส่วนลดที่ห้างเทสโก้โลตัสได้มากถึง 5 ใบ ต่อการซื้อ 1 ครั้ง ซึ่งหมายถึงว่าลูกค้าจะได้รับส่วนลดมากถึง 800 บาท โดยที่ลูกค้าไม่ต้องซื้อสินค้าในครั้งแรกก่อนเพื่อให้ได้ส่วนลด แต่เป็นการให้ส่วนลดจากการซื้อสินค้าครั้งแรกเลยนั้น เมื่อพิจารณาเทียบกับส่วนลดที่ห้างบิกซีและห้างเซ็นคาร์ให้แก่ลูกค้าจากการจัดรายการส่งเสริมการขายที่แจกคุปองส่วนลด 80 บาท โดยต้องซื้อสินค้าในครั้งแรก 800 บาทขึ้นไป และคุปองส่วนลดนี้สามารถใช้เป็นส่วนลดได้เมื่อซื้อสินค้าครั้งต่อไปตั้งแต่ 400 บาท ซึ่งเท่ากับว่าลูกค้าต้องซื้อสินค้าทั้งสิ้น 1,200 บาท จึงจะสามารถใช้ส่วนลดได้ 80 บาท หรือคิดเป็นส่วนลดที่ห้างบิกซีและห้างคาร์ฟูร์มอบให้แก่ลูกค้าเพียงร้อยละ 6.6 ในขณะที่การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่เพิ่มมูลค่าคุปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์เป็น 2 เท่า ซึ่งมีเงื่อนไขว่าเมื่อลูกค้าซื้อสินค้าขั้นต่ำตั้งแต่ 600 บาทขึ้นไป ลูกค้าจะได้รับส่วนลด 160 บาท และเมื่อคิดเป็นส่วนลดที่เทสโก้โลตัสมอบให้แก่ลูกค้าเท่ากับเทสโก้โลตัสมอบส่วนลดให้แก่ลูกค้าถึงร้อยละ 26.66 ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ดีวิสัยทางการค้าปกติทั่วไป เนื่องจากไม่มีเหตุผลทางธุรกิจอื่นใดไม่ว่าจะเป็นการสร้างยอดขายหรือกำไรที่เทสโก้โลตัสจะจัดรายการส่งเสริมการขายโดยมอบส่วนลดให้แก่ลูกค้ามากกว่าห้างบิกซีและห้างคาร์ฟูร์ถึงร้อยละ 20 เช่นนี้ อีกทั้ง การที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าการกระทำของเทสโก้โลตัสเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น เป็นการละเมิดต่อบิกซีและเซ็นคาร์โดยพิพากษาให้เทสโก้โลตัสชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บิกซีและเซ็นคาร์ตามจำนวนค่าขาดกำไรที่เกิดจากการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าการกระทำของเทสโก้โลตัสก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีและเซ็นคาร์ สำหรับการจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่างทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” เนื่องจากการ

จัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้ มีการอ้างอิงบัตรไอวิซของเซ็นคาร์มาใช้เป็นเครื่องมือในการขยายฐานลูกค้า ซึ่งมีใช้เรื่องทางการค้าปกติ และมีได้เป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างแท้จริง เพราะไม่มีความจำเป็นที่ต้องจัดรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงบัตรไอวิซแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายรายการนี้ เทสโก้โลตัสมุ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีและเซ็นคาร์มากกว่าเป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายที่มุ่งเน้นขยายฐานลูกค้าด้วยวิธีการปกติ ทำให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีซึ่งเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายเพื่อให้ได้ฐานลูกค้าและข้อมูลลูกค้าขึ้นมาโดยชอบ อีกทั้งแม้การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้ง 2 รายการนี้ จะมีใช้ลักษณะพฤติกรรมที่เป็นข้อห้ามตามแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 ที่ออกโดยสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าก็ตาม แต่เนื่องจากแนวปฏิบัติดังกล่าวนี้ไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมาย เป็นเพียงตัวอย่างลักษณะพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 29 ดังนั้นจึงไม่สามารถนำมาเป็นข้อสรุปได้ว่าพฤติกรรมที่ไม่ได้มีบัญญัติไว้ในแนวปฏิบัตินี้ไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 29 หากแต่ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 เป็นหลักว่าการกระทำนั้นเป็นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ด้วยเหตุที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้งสองรายการ เป็นการกระทำที่เกินขอบเขตการค้าเสรีจรรยาบรรณ โดยมุ่งเน้นให้เกิดความเสียหายต่อบิกซีและเซ็นคาร์มากกว่าจะเป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายปกติธรรมดา อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29

4.3.2 ประเด็นเรื่องการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

การที่จะสามารถพิจารณาได้ว่าการกระทำของเทสโก้โลตัส เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25(4) หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามองค์ประกอบความผิด คือ 1. ผู้กระทำต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และ 2. การทำการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ ดังนี้

4.3.2.1 สถานะความเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของเทสโก้โลตัส

ตามหลักเกณฑ์เรื่องผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ออกโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า นั้น กำหนดให้พิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดจากส่วนแบ่งตลาด และยอดเงินขายในปีที่ผ่านมา ซึ่งการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตามแนวปฏิบัติตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ จะต้องพิจารณา (ก) การแบ่งตลาดตามสภาพภูมิศาสตร์ โดยวิเคราะห์จากปัจจัยต่าง ๆ เช่น ต้นทุนการขนส่ง และความคงทนของสินค้า และ (ข) การแบ่งตลาดด้านสินค้า โดยวิเคราะห์จากปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความสามารถในการทดแทนด้านอุปสงค์ ความสามารถในการทดแทนด้านอุปทาน การใช้งานขั้นสุดท้าย การรับรู้และการตอบสนองของผู้บริโภค ช่องทางการจำหน่าย ราคา หรือคุณภาพสินค้า หรือบริการ และลักษณะทางกายภาพ แต่เนื่องจากยังไม่มีข้อมูลที่แน่ชัดในการพิจารณาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งในด้านภูมิศาสตร์ และด้านสินค้าหรือบริการ อีกทั้งแนวปฏิบัติตามมาตรา 25 ที่ใช้ในการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดเป็นเพียงตัวอย่างการอธิบายแต่ไม่มีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย จึงทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาว่าเทสโก้โลตัสเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่

ทั้งนี้ ประเด็นเรื่องการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของเทสโก้โลตัสตามกรณีศึกษานี้ บิ๊กซีและเซ็นคาร์ ได้อ้างถึงหนังสือของเลขาธิการคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่ พณ (สขค) 0416/ว10339 ลงวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2551 เรื่อง ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อใช้กล่าวอ้างว่าเทสโก้โลตัสเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยหนังสือฉบับนี้ เลขาธิการคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายในได้แจ้งไปยังเทสโก้โลตัสว่าส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของเทสโก้โลตัส อยู่ในเกณฑ์เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ทั้งนี้ มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ หนังสือเลขาธิการคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ นั้น มีผลบังคับใช้หรือไม่ และบังคับใช้ได้นานเพียงใด ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถพิจารณาได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก

หนังสือเลขาธิการคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ มีผลบังคับใช้ได้ และมีความน่าเชื่อถือ เนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบดูแลพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าโดยตรง อีกทั้งตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าได้ให้

อำนาจสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการสอดส่องพฤติการณ์ของผู้ประกอบธุรกิจ และเสนอแนะแนวทางในการป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ตามมาตรา 18 และได้ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันประกาศกำหนดส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของธุรกิจใดที่ถือว่าผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในเกณฑ์ดังกล่าวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดได้ ตามมาตรา 8 ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงสามารถออกหนังสือดังกล่าวเพื่อแจ้ง สถานะการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดให้แก่เอสโก้โลตัสได้ และมีผลบังคับใช้ได้จนกว่าจะมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง อีกทั้งเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในหนังสือนี้ จะเห็นได้ว่าขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาเฉพาะร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ (Hypermarket) และ ร้านค้าปลีกค้าส่งขนาดใหญ่บริการตนเอง (Cash & Carry) ซึ่งเมื่อบิกซีซื้อกิจการของเซ็นคาร์ ทำให้มี แค่ 3 ราย และทั้ง 3 รายก็มียอดขายในปีที่ผ่านมาเกิน 1,000 ล้านบาท ดังนั้นจึงถือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดทั้งสิ้น

แนวทางที่สอง

หนังสือเลขที่การคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ ไม่มีผลบังคับใช้เนื่องจาก กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณาและแจ้ง สถานะการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบไว้ อีกทั้งหนังสือ ดังกล่าวไม่ได้มีการระบุรายละเอียดว่ามีเกณฑ์การพิจารณาส่วนแบ่งตลาด และยอดขายในปีที่ผ่านมา ของเอสโก้โลตัสพิจารณาจากอะไร จึงทำให้ไม่มีความชัดเจน และในส่วนของยอดเงินขายตาม หลักเกณฑ์เรื่องผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดที่ออกโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กำหนดในพิจารณา จากยอดขายในปีที่ผ่านมา ดังนั้น จึงควรต้องพิจารณา ทบทวน ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจ ใหม่ทุก ๆ ปี อีกทั้ง เมื่อพิจารณาโทษของการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มีโทษทางอาญา การตีความและการบังคับใช้จึงควรเป็นไปอย่างเคร่งครัด

ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวทางที่สอง เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจแก่สำนักงาน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณาและแจ้งสถานะการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มี อำนาจเหนือตลาดให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบ อีกทั้งหลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มี อำนาจเหนือตลาดที่ออกโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้พิจารณาการเป็นผู้ประกอบธุรกิจ

ที่มีอำนาจเหนือตลาดจากส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมา ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในปีหนึ่ง อาจไม่ได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดในปีถัดไป ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการพิจารณาทบทวนสถานะการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดใหม่เป็นประจำทุกปีเพื่อจะได้ทราบว่าส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ อย่างไร

การพิจารณาผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

การแบ่งตลาดตามสภาพทางภูมิศาสตร์

ผู้วิจัยเห็นว่า การแบ่งตลาดของธุรกิจค้าปลีกตามสภาพทางภูมิศาสตร์ ควรพิจารณาจากทั้งประเทศ เพราะธุรกิจค้าปลีกมีการกระจายตัวอยู่ทั่วทุกภูมิภาคต่าง ๆ ของประเทศ

การแบ่งตลาดด้านสินค้า

การแบ่งตลาดด้านสินค้า ตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า มีปัจจัยในการวิเคราะห์ทั้งสิ้น 7 ปัจจัย คือ (1) ความสามารถในการทดแทนด้านอุปสงค์ (2) ความสามารถในการทดแทนด้านอุปทาน (3) การใช้งานขั้นสุดท้าย (4) การรับรู้และการตอบสนองของผู้บริโภค (5) ช่องทางการจำหน่าย (6) ราคา/คุณภาพ (7) ลักษณะทางกายภาพ

เมื่อพิจารณาการแบ่งตลาดด้านสินค้าตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ผู้วิจัยเห็นว่ารูปแบบธุรกิจของเทสโก้โลตัส ซึ่งประกอบธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ต มีความแตกต่างจากธุรกิจค้าปลีกค้าส่งสมัยใหม่ประเภทอื่นทั้งด้านขนาดของพื้นที่ รูปแบบการจำหน่ายสินค้าที่ไม่มีพนักงานขายมาดูแลหรือบริการผู้บริโภค และประเภทของสินค้าที่เน้นการจำหน่ายสินค้าอุปโภคและบริโภคในชีวิตประจำวันทั้งหมดอาหาร และหมวดอื่น ๆ ที่มีความหลากหลายและมีจำนวนมาก ราคาถูก คุณภาพปานกลาง การพิจารณาขอบเขตตลาดสินค้าและบริการในการประกอบธุรกิจของเทสโก้โลตัสจึงควรพิจารณาเฉพาะไฮเปอร์มาร์เก็ตเท่านั้น ไม่ควรรวมถึงรูปแบบธุรกิจค้าปลีกอื่น ๆ เข้าไปด้วย ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าจะพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดของธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ต แต่เนื่องจากการประกอบธุรกิจ

ของเทสโก้โลตัสมิได้มีเพียงร้านไฮเปอร์มาร์เก็ตเพียงอย่างเดียว แต่เป็นการประกอบธุรกิจร้านค้าปลีกค้าส่งถึง 4 รูปแบบ¹ คือ

- เทสโก้โลตัส ไฮเปอร์มาร์เก็ต มีขนาดพื้นที่ประมาณ 6,000 – 12,000 ตารางเมตร มีสินค้าจำหน่ายหลากหลายประเภทประมาณ 36,000 รายการ โดยจำหน่ายทั้งแบบเป็นจีน เป็นแพ็ค หรือยกหีบห่อ จำนวนสาขาเมื่อปี พ.ศ. 2555 มีทั้งสิ้น 108 สาขา

- เทสโก้โลตัส คุ่มค้า มีขนาดพื้นที่ประมาณ 2,000 - 3,500 ตารางเมตร มีสินค้าจำหน่ายหลากหลายประเภทแต่มีรายการและจำนวนสินค้าน้อยกว่าเทสโก้โลตัส ไฮเปอร์มาร์เก็ต คือมีประมาณ 21,500 รายการ จำนวนสาขา ณ วันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2555 มีทั้งสิ้น 38 สาขา

- ตลาดโลตัส มีขนาดพื้นที่ประมาณ 1,000 – 2,000 ตารางเมตร มีรายการและจำนวนสินค้าที่จำหน่ายประมาณ 4,500 รายการ จำนวนสาขา ณ วันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2555 มีทั้งสิ้น 165 สาขา

- เทสโก้โลตัส เอ็กซ์เพรส มีขนาดพื้นที่ประมาณ 190-299 ตารางเมตร มีรายการและจำนวนสินค้าที่จำหน่ายประมาณ 2,600 รายการ จำนวนสาขา ณ วันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2555 มีทั้งสิ้น 1,071 สาขา

ดังนั้น การพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาของเทสโก้โลตัส ยังเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก และซับซ้อนในการพิจารณาว่าจะพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเฉพาะเทสโก้โลตัส ไฮเปอร์มาร์เก็ต หรือพิจารณารวมทุกรูปแบบธุรกิจของเทสโก้โลตัส

4.3.2.2 วิเคราะห์พฤติกรรมการแทรกแซงการประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุอันสมควรของเทสโก้โลตัส

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ามิได้ให้นิยามของคำว่า “การแทรกแซง” และ “ไม่มีเหตุผลอันสมควร” ไว้ มีเพียงแนวปฏิบัติตามมาตรา 25 ที่อธิบายว่า การแทรกแซง หมายถึง การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคู่แข่งหรือผู้ประกอบการอื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม โดยไม่มีเหตุผลในทางการค้าปกติ ซึ่งส่งผลให้คู่แข่งไม่สามารถแข่งขันได้ หรือผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด

¹ รายงานประจำปี 2555 บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน), หน้า 35

ได้ยาก ตัวอย่างเช่น การเข้าไปแทรกแซง หรือกลั่นแกล้งผู้ประกอบการรายอื่น โดยวิธีการใด ๆ ซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมด้านราคา คุณภาพ และปริมาณการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ

การที่จะสามารถวิเคราะห์ได้ว่า การกระทำของเทสโก้โลตัสเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 (4) คือ 1 การกระทำนี้เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นหรือไม่ และ 2 เป็นการกระทำโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือไม่

โดยสามารถแยกพิจารณาองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 (4) ได้ดังนี้

การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น

1. การจัดรายการส่งเสริมการขาย “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคู่มือคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด”

ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถวิเคราะห์ได้ 2 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1

การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงชื่อห้างคาร์ฟูร์ และคู่มือส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาใช้ในการโฆษณา รวมทั้งการให้ลูกค้านำคู่มือส่วนลดที่ออกโดยคาร์ฟูร์ไปใช้เป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสได้นั้น เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคู่แข่งชั้นด้วยเหตุผลดังนี้

(1) ช่วงเวลาที่เกิดเหตุ นั้นเป็นช่วงเวลาที่บิกซีเพิ่งเข้าซื้อกิจการของเซ็นคาร์ จึงเป็นช่วงเวลาที่สำคัญต่อธุรกิจห้างไฮเปอร์มาร์เก็ตต่าง ๆ ในการแย่งชิงฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ โดยบิกซีต้องพยายามรักษาฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ไว้ ในขณะที่เดียวกันคู่แข่งอื่น ๆ ก็พยายามดึงดูฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ให้เป็นฐานลูกค้าของตนแทน ดังนั้นการจัดรายการส่งเสริมการขายที่เทสโก้โลตัสจะจงรับเฉพาะส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์โดยไม่ได้รับส่วนลดของห้างบิกซีหรือของห้างอื่น ๆ โดยนำชื่อและคู่มือส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาใช้ในการโฆษณา และมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าลูกค้าที่สามารถใช้คู่มือส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาใช้เพิ่มมูลค่าที่ห้างเทสโก้โลตัสได้ต้องเป็นสมาชิก

บัตรคลับการ์ดของเทสโก้โลตัสเท่านั้น แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสมีเจตนาที่จะพุ่งเป้าไปที่การดึงดูดฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ให้มาเป็นลูกค้าของเทสโก้โลตัส

(2) เทสโก้โลตัสได้จัดรายการส่งเสริมการขายในช่วงเวลาใกล้เคียงกับที่ห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ให้คูปองส่วนลดแก่ลูกค้า ซึ่งเทสโก้โลตัสย่อมทราบดีว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายดังกล่าวจะส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ เพราะการเพิ่มมูลค่าคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ให้แก่ลูกค้า ย่อมเป็นการดึงดูดใจให้ลูกค้านำคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ไปใช้ที่ห้างเทสโก้โลตัสมากกว่า แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์

อีกทั้ง หากเทสโก้โลตัสต้องการที่จะจัดรายการส่งเสริมการขายโดยให้คูปองส่วนลดแก่ลูกค้า เทสโก้โลตัสก็สามารถทำได้ตามหลักเสรีภาพในการประกอบธุรกิจโดยไม่จำเป็นต้องนำคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเทสโก้โลตัสแต่อย่างใดไปใช้ในการโฆษณา และนำคูปองส่วนลดที่ห้างคาร์ฟูร์ออกให้แก่ลูกค้าไปใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมการขายของตนเอง

(3) การที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้เป็นการใช้สิทธิเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ เป็นการกระทำละเมิดต่อบิ๊กซีและเซ็นคาร์ ย่อมแสดงให้เห็นว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

แนวความเห็นที่ 2

การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงชื่อห้างคาร์ฟูร์ และคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาใช้ในการโฆษณา รวมทั้งการให้ลูกค้านำคูปองส่วนลดที่ออกโดยห้างคาร์ฟูร์ไปใช้เป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสได้นั้น มิใช่การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคู่แข่งชั้น ด้วยเหตุผลดังนี้

(1) การจัดรายการส่งเสริมการขายรายการนี้เป็นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีเหตุผลในทางการค้าปกติ มิใช่การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดนิยามของคำว่า “การแทรกแซง” ไว้

มีเพียงแนวปฏิบัติตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่กำหนดนิยามของการแทรกแซงไว้ว่า หมายถึง การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคู่แข่งหรือผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม โดยไม่มีเหตุผลในทางการค้า ซึ่งส่งผลให้คู่แข่งไม่สามารถแข่งขันได้ หรือผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบกับการจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด” ของเทสโก้โลตัส จะเห็นได้ว่ารายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้เป็นเพียงการจัดรายการส่งเสริมการขายที่เป็นกลยุทธ์ทางการค้าปกติ และเป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายในช่วงระยะเวลาที่สั้นจึงไม่ส่งผลถึงขนาดทำให้บิกซีและเซ็นคาร์ไม่สามารถแข่งขันได้ อีกทั้งเทสโก้โลตัสก็มีได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้คูปองที่เป็นการห้ามมิให้ลูกค้าที่ใช้คูปองนั้นกลับไปซื้อสินค้าที่ห้างบิกซีและเซ็นคาร์อีกแต่อย่างใด การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้จึงมิใช่การกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน อันเข้าข่ายเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจอื่น

(2) การจัดรายการส่งเสริมการขายเป็นเรื่องปกติที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะจัดรายการส่งเสริมการขายที่มีลักษณะเดียวกันหรือมีความคล้ายคลึงกันได้ เพราะเป็นกลยุทธ์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเลือกใช้ตามความเหมาะสมภายใต้หลักการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ดังนั้น เทสโก้โลตัสจึงสามารถจัดรายการส่งเสริมการขายที่คล้ายกับรายการส่งเสริมการขายของบิกซีและเซ็นคาร์ได้ อีกทั้งการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้ยังเป็นการเพิ่มมูลค่าและเพิ่มทางเลือกให้แก่ลูกค้าที่ถือคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ ให้สามารถนำมาใช้ที่ห้างเทสโก้โลตัสได้อีกทางหนึ่ง ทำให้ลูกค้าได้สิทธิประโยชน์มากขึ้น เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค มิใช่การแย่งชิงลูกค้า และมีได้เป็นการกีดกันแก๊งบิกซีและเซ็นคาร์ให้เสียหาย แต่เป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตซึ่งเทสโก้โลตัสมีความชอบธรรมที่จะกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

2. การจัตรายการส่งเสริมการขายแคมเปญชุด “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่างทิ้งสมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท”

ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถวิเคราะห์ได้ 2 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1

การจัตรายการส่งเสริมการขายแคมเปญชุด “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่างทิ้งสมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคู่แข่งชั้นด้วยเหตุผลดังนี้

การจัตรายการส่งเสริมการขาย โดยให้สิทธิประโยชน์เฉพาะลูกค้ารายใหม่นั้นเป็นเรื่องปกติในทางการค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำเพื่อเป็นการส่งเสริมการขายและขยายฐานลูกค้าตามปกติ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้อื่น แต่การจัตรายการส่งเสริมการขายเพื่อขยายฐานลูกค้าของเทสโก้โลตัสในกรณีนี้นั้น ได้มีการอ้างอิงบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช ซึ่งเป็นบัตรสมาชิกของห้างคาร์ฟูร์ แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสมีความประสงค์จะให้สิทธิพิเศษแก่เฉพาะฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ที่ยังไม่เคยเป็นสมาชิกของห้างเทสโก้โลตัสให้มาเป็นฐานลูกค้าของตน ซึ่งแม้ผู้ประกอบการจะมีอิสระเสรีในการคิดกลยุทธ์ทางการตลาดเพื่อดึงดูดลูกค้าของคู่แข่งได้ก็ตาม แต่ต้องมีใช้การนำชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของคู่แข่งมาอ้างอิงเพื่อเป็นกลยุทธ์ในการดึงดูดลูกค้ามาจากคู่แข่ง

แนวความเห็นที่ 2

การจัตรายการส่งเสริมการขายแคมเปญชุด “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่างทิ้งสมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” มิใช่การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคู่แข่งชั้นด้วยเหตุผลดังนี้

การจัตรายการส่งเสริมการขายโดยให้สิทธิพิเศษแก่ลูกค้ารายใหม่เพื่อเป็นการขยายฐานลูกค้า นั้น ถือเป็นกลยุทธ์ทางการค้าอย่างหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องปกติที่ผู้ประกอบการทุกรายสามารถกระทำได้ และถือเป็นสิทธิของลูกค้าที่สามารถเลือกสมัครเป็นสมาชิกกับร้านค้าใดก็ได้ อีกทั้งเทสโก้โลตัสก็ได้มีการกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการห้ามลูกค้าที่มาสมัครบัตรคลับการ์ดเพื่อรับบัตรกำนัลมูลค่า 200 บาท ไปซื้อสินค้าที่ห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ หรือต้องทำลายบัตรสมาชิกของห้างบิ๊กซีและห้าง

คาร์ฟูร์แต่อย่างใด การจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงบัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิช จึงมิได้เป็นการกระทำที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิกซีและเซ็นคาร์แต่อย่างใด

การกระทำโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

สามารถพิจารณาได้เป็น 2 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1

จากความหมายของคำว่า “ไม่มีเหตุผลอันสมควร” ที่หมายถึง การที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเข้าไปเกี่ยวข้องในกิจการของผู้อื่นที่อยู่ในตลาดสินค้าเดียวกันโดยไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม และวิธีใดก็ตามนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะพฤติกรรมการกระทำของเทสโก้โลตัสที่จัตรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงชื่อห้างคาร์ฟูร์, คุปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ และบัตรไอวิชของห้างคาร์ฟูร์มาใช้ในการโฆษณา รวมทั้งการให้ลูกค้านำคุปองส่วนลดที่ออกโดยห้างคาร์ฟูร์ไปใช้เป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสเปรียบเทียบกับความหมายของ “ไม่มีเหตุผลอันสมควร” แล้วนั้น จะเห็นได้ว่าการกระทำของเทสโก้โลตัสเป็นการกระทำที่เข้าไปเกี่ยวข้องในกิจการของบิกซีและเซ็นคาร์ซึ่งถือเป็นคู่แข่งของเทสโก้โลตัสโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เพราะหากเทสโก้โลตัสต้องการที่จะจัตรายการส่งเสริมการขายเพื่อเพิ่มยอดขายหรือเพื่อดึงดูดลูกค้า เทสโก้โลตัสก็สามารถจัตรายการส่งเสริมการขายไม่ว่าจะเป็นการลดราคาสินค้า การให้ของแถม, การให้ส่วนลดต่าง ๆ หรือการให้สิทธิพิเศษแก่สมาชิกใหม่ได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องอ้างอิง หรืออาศัยเครื่องมือในการส่งเสริมการขายของคู่แข่งมาใช้ในการจัตรายการส่งเสริมการขายของตนแต่อย่างใด อีกทั้งการที่เทสโก้โลตัสยอมให้ส่วนลดแก่ลูกค้าถึงร้อยละ 26.66 ถือเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรในการเพิ่มยอดขายให้กับห้างเทสโก้โลตัส และในเรื่องการขายฐานลูกค้าก็ไม่มี ความจำเป็นที่เทสโก้โลตัสจะอ้างอิงบัตรไอวิชของห้างคาร์ฟูร์ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับเทสโก้โลตัส การจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้งรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์พิเศษสำหรับผู้ถือคุปองคาร์ฟูร์ นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่กับบัตรคลับการ์ด” และรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่างทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” นี้ จึงทำให้เห็นได้ว่าการกระทำของเทสโก้โลตัสที่จัตรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงชื่อห้างคาร์ฟูร์, คุปองส่วนลด และบัตรไอวิชของห้างคาร์ฟูร์มาใช้ในการโฆษณา รวมทั้งการให้ลูกค้านำคุปองส่วนลดที่ออกโดยห้างคาร์ฟูร์ไปใช้เป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่

ห้างเทสโก้โลตัสนั้นเป็นการกระทำที่มุ่งหวังจะทำลายบิกซีและเซ็นคาร์ซึ่งถือเป็นคู่แข่งทางการค้าที่สำคัญของเทสโก้โลตัสมากกว่าเป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายปกติธรรมดาทั่วไป การกระทำของเทสโก้โลตัสที่อ้างอิงชื่อห้างคาร์ฟูร์, คุปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ และบัตรไอวิชของห้างคาร์ฟูร์มาใช้ในการโฆษณา รวมทั้งการให้ลูกค้านำคุปองส่วนลดที่ออกโดยห้างคาร์ฟูร์ไปใช้เป็นส่วนลดในการซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสจึงเป็นการกระทำโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

แนวความเห็นที่ 2

การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้งสองรายการเป็นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยถือเป็นกลยุทธ์ทางการค้าปกติที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายสามารถเลือกใช้ได้ตามความเหมาะสม และเป็นผลธรรมดาที่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่เป็นคู่แข่งจะได้รับผลกระทบจากการจัดรายการส่งเสริมการขาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าบิกซีและเซ็นคาร์ก็ได้มีการจัดรายการส่งเสริมการขายที่มีผลกระทบต่อยอดขายของเทสโก้โลตัสเช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงถือเป็นเรื่องที่มีเหตุผลอันสมควรที่เทสโก้โลตัสจะจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อเป็นการดึงดูดลูกค้าให้กลับมาซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัส อีกทั้งเงื่อนไขการใช้คุปองส่วนลดเทสโก้โลตัสก็ได้กำหนดเงื่อนไขที่ห้ามมิให้ลูกค้ากลับไปซื้อสินค้าที่ห้างบิกซีและห้างคาร์ฟูร์แต่อย่างใด สำหรับรายการส่งเสริมการขายที่อ้างอิงบัตรคาร์ฟูร์ไอวิชนั้น เนื่องจากการที่ห้างคาร์ฟูร์ได้รวมกิจการกับห้างบิกซีทำให้บิกซีและเซ็นคาร์มีฐานลูกค้าเพิ่มมากขึ้น ดังนั้นจึงเป็นเรื่องปกติทางการค้าที่เทสโก้โลตัสจะจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อขยายฐานลูกค้าซึ่งเป็นฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ให้มาเป็นลูกค้าของเทสโก้โลตัส เพื่อให้สามารถแข่งขันกับห้างบิกซีและห้างเซ็นคาร์ได้

ทั้งนี้ ในส่วนของการพิจารณาการเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าการศึกษาส่วนแบ่งตลาดของเทสโก้โลตัส เป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากซับซ้อน เนื่องจากรูปแบบธุรกิจค้าปลีก-ค้าส่งในประเทศไทยมีหลายรูปแบบ ทั้งรูปแบบธุรกิจค้าปลีกแบบดั้งเดิม และธุรกิจค้าปลีก-ค้าส่งสมัยใหม่ ซึ่งยังไม่มีมีความชัดเจน รวมทั้งยังไม่มีแนวทางการวินิจฉัย หรือคำพิพากษาของศาลว่าการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของธุรกิจค้าปลีก-ค้าส่งมีเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร อีกทั้งการที่เทสโก้โลตัสมีรูปแบบการประกอบธุรกิจหลากหลายรูปแบบไม่เฉพาะธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ตทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาว่าจะพิจารณาเฉพาะจาก

รูปแบบธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ต หรือพิจารณาจากทุกรูปแบบธุรกิจของเทสโก้โลตัส ด้วยเหตุดังกล่าว จึงทำให้ยังไม่สามารถสรุปได้ว่าเทสโก้โลตัสเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่

ในส่วนของพฤติกรรมการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ผู้วิจัยเห็นว่า การจัตรายการส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์สำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คูปองคลับการ์ด” และรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์โอวิซมีค่าอย่าทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์โอวิซ มีโอกาสรับ 200 บาท” ของเทสโก้โลตัส ถือเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร เนื่องจากเวลาที่เทสโก้โลตัสจัตรายการส่งเสริมการขายนั้นเป็นช่วงเวลาที่บิกซีเพิ่งเข้าซื้อกิจการของเซ็นคาร์จึงเป็นช่วงเวลาที่สำคัญต่อธุรกิจห้างไฮเปอร์มาร์เก็ตต่าง ๆ ในการแย่งชิงฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ การที่เทสโก้โลตัสจัตรายการส่งเสริมการขายโดยนำชื่อและเครื่องมือในการส่งเสริมการขายของคาร์ฟูร์เพียงห้างเดียวมาใช้ในการโฆษณา และมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าลูกค้าที่สามารถใช้คูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาใช้เพิ่มมูลค่าที่ห้างเทสโก้โลตัสได้ต้องเป็นสมาชิกบัตรคลับการ์ดของเทสโก้โลตัสเท่านั้น แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสมีเจตนาที่จะพุ่งเป้าไปที่การดึงดูดฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ให้มาเป็นลูกค้าของเทสโก้โลตัส และการที่เทสโก้โลตัสจัตรายการส่งเสริมการขายโดยให้สิทธิประโยชน์มากกว่าห้างบิกซีและห้างคาร์ฟูร์ เทสโก้โลตัสย่อมทราบดีว่าการจัตรายการส่งเสริมการขายดังกล่าวจะส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ห้างบิกซีและห้างคาร์ฟูร์ แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสมีเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ห้างบิกซีและห้างคาร์ฟูร์ อีกทั้ง หากเทสโก้โลตัสต้องการที่จะจัตรายการส่งเสริมการขายโดยให้คูปองส่วนลดหรือบัตรของขวัญแก่ลูกค้า เทสโก้โลตัสก็สามารถทำได้ตามหลักเสรีภาพในการประกอบธุรกิจโดยไม่จำเป็นต้องนำชื่อ และเครื่องมือในการส่งเสริมการขายของคาร์ฟูร์ไปใช้ในการโฆษณาและจัตรายการส่งเสริมการขาย และการที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาโดยให้เหตุผลว่าการจัตรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์สำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คูปองคลับการ์ด” จัดขึ้นหลังรายการส่งเสริมการขายของบิกซีและเซ็นคาร์ย่อมส่งผลกระทบต่อโดยตรงถึงยอดขายของบิกซีและเซ็นคาร์ เนื่องจากมีการให้ผลตอบแทนที่มากกว่าซึ่งหากเทสโก้โลตัสจะเพิ่มยอดขายหรือขยายฐานลูกค้าโดยโฆษณาให้ผลประโยชน์ตอบแทนที่คุ้มค่ากว่าโดยอาศัยชื่อทางการค้าของเทสโก้โลตัสเองก็ถือเป็นเรื่องปกติในการแข่งขันทางการค้าแต่ในกรณีนี้เทสโก้โลตัสกับอ้างถึงคูปองของห้างคาร์ฟูร์ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับเทสโก้โลตัส การกระทำของ

เทสโก้โลตัสที่แอบอ้างถึงคูปองของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ ย่อมเป็นการใช้สิทธิเพื่อเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายรายการนี้ของเทสโก้โลตัสเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ และในส่วนของ การจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่าทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” หากเทสโก้โลตัสต้องการที่จะจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อเพิ่มฐานลูกค้า และดึงดูดฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ เทสโก้โลตัสก็สามารถจัดรายการส่งเสริมการขายโดยให้สิทธิพิเศษที่เป็นการดึงดูดใจลูกค้าได้ โดยที่ไม่มีความจำเป็นต้องอ้างอิงบัตรคาร์ฟูร์ไอวิชแต่อย่างใด การอ้างอิงบัตรคาร์ฟูร์ไอวิชจึงเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสจงใจแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์เพื่อเพิ่มฐานลูกค้าให้แก่ตนเองด้วยวิธีการที่มีชื่อเรื่องทางการค้าปกติ

ทั้งนี้ การที่จะสามารถพิจารณาได้ว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัส ทั้งสองรายการเข้าข่ายการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25(4) หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามองค์ประกอบความผิด คือ 1. ผู้กระทำต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และ 2. กระทำการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์การพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมายังไม่มี ความชัดเจน อีกทั้งรูปแบบการประกอบธุรกิจของเทสโก้โลตัสมีหลากหลายรูปแบบ จึงยังไม่สามารถสรุปได้ว่าเทสโก้โลตัสเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสอ้างอิงชื่อห้างคาร์ฟูร์ คูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ และบัตรไอวิชมาใช้ในการโฆษณา รวมทั้งการให้ลูกค้านำคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ไปใช้เป็นส่วนลดในการซื้อสินค้านี้ ไม่เข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (4) เพราะแม้ผู้วิจัยจะเห็นว่า การจัดรายการส่งเสริมการขายรายการทั้งสองรายการนี้เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นก็ตาม แต่เนื่องจากยังไม่สามารถสรุปได้ว่า เทสโก้โลตัสเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ การกระทำของเทสโก้โลตัสจึงยังไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (4)

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ตามที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 ได้กำหนดให้การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 29 นี้จะต้องเป็นการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่มิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และการกระทำนั้นเกิดผลทำให้ธุรกิจของผู้อื่นถูกทำลาย ได้รับความเสียหาย, ถูกขัดขวาง, ถูกกีดกัน, ถูกจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 มิได้กำหนดนิยามของคำว่า “การกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” ไว้ และมีได้กำหนดพฤติกรรมการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 29 ไว้ แต่เป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะกว้าง เพื่อให้ครอบคลุมถึงบรรดาพฤติกรรมต่าง ๆ ที่เข้าข่ายเป็นการกระทำที่มิใช่การแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม เพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อการนำมาตราดังกล่าวมาปรับใช้กับพฤติกรรมรูปแบบต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้ ทำให้ขาดความชัดเจนในเรื่องของลักษณะหรือรูปแบบพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 29 อย่างเป็นรูปธรรม และถึงแม้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จะได้มีการวางแผนปฏิบัติลักษณะพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 ไว้ แต่แนวปฏิบัตินี้ไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย เป็นเพียงตัวอย่างของพฤติกรรมที่อาจเข้าข่ายการกระทำผิดตามมาตรา 29 ดังนั้น จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งที่ผ่านมาในประเทศไทย ยังไม่เคยมีการบังคับใช้กฎหมายนี้ลงโทษผู้กระทำความผิดแม้แต่รายเดียว ทำให้ไม่มีบรรทัดฐานในการพิจารณาว่าการกระทำใดที่จะเข้าข่ายเป็นการกระทำผิดตามมาตรา 29 นี้

จากการที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 ยังไม่มีความชัดเจนทั้งในเรื่องของความหมายของการกระทำที่มิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมพฤติกรรม และลักษณะของการกระทำที่ถือเป็นความผิด จึงทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์สำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คูปองบัตรคลับการ์ด” และรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวีซีมีค่าอย่างไรถึง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์

ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” ของเทสโก้โลตัส เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 หรือไม่ โดยสามารถพิจารณาได้เป็น 2 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นแรกเห็นว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้งสองรายการนี้ เป็นการกระทำที่เข้าข่ายการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 เนื่องจาก หากเทสโก้โลตัสจะจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อเพิ่มยอดขาย หรือเพื่อดึงดูดลูกค้า เทสโก้โลตัสก็สามารถทำได้โดยที่ไม่มีความจำเป็นต้องอ้างอิงหรืออาศัยรายการส่งเสริมการขายของบิ๊กซีและเซ็นคาร์และชื่อทางการค้าของบิ๊กซีและเซ็นคาร์แต่อย่างใด และหากเทสโก้โลตัสต้องการที่จะจัดรายการส่งเสริมการขายโดยรับคุ้มครองส่วนลดของห้างอื่น เทสโก้โลตัสก็ควรรับคุ้มครองของห้างอื่นอีกทั้งการจัดรายการส่งเสริมการขายเทสโก้โลตัสกระทำในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับการจัดรายการส่งเสริมการขายของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ โดยเจาะจงรับเฉพาะคุ้มครองห้างคาร์ฟูร์ แสดงให้เห็นว่ามีเจตนา ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิ๊กซีและเซ็นคาร์ และจากการที่เทสโก้โลตัสกำหนดเงื่อนไขการใช้คุ้มครองที่ ให้ลูกค้าสามารถใช้คุ้มครองเพื่อเป็นส่วนลดได้ถึง 5 ใบต่อการซื้อ 1 ครั้ง และไม่ต้องมีการซื้อสินค้าในครั้งแรกก่อน โดยส่วนลดที่เทสโก้โลตัสมอบให้แก่ลูกค้ามากถึงร้อยละ 22.66 เป็นเรื่องที่ผิดวิสัยทางการค้าปกติ และสำหรับรายการส่งเสริมการขายที่เทสโก้โลตัสอ้างอิงบัตรไอวิชของห้างคาร์ฟูร์นั้น เป็นการอ้างอิงและใช้บัตรสมาชิก “ไอวิช” (I Wish) โดยไม่ได้รับอนุญาต อีกทั้งการที่เทสโก้โลตัสให้สิทธิประโยชน์แก่ลูกค้าสมาชิกบัตรไอวิชที่เพิ่งมาสมัครเป็นสมาชิกของเทสโก้โลตัส มากกว่าลูกค้าที่ได้เป็นสมาชิกของเทสโก้โลตัสอยู่แล้ว หรือลูกค้าที่เป็นสมาชิกของห้างอื่น แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสมีเจตนาที่จะแย่งชิงฐานลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์ให้มาเป็นลูกค้าของตน ซึ่งเป็นการกระทำที่มีใช้การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีใช้การดึงดูดลูกค้าโดยใช้วิธีการทางการค้าปกติ และทำให้เกิดความเสียหายต่อบิ๊กซีและเซ็นคาร์

แนวความเห็นที่สองเห็นว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้งสองรายการนี้ มิใช่กระทำที่เข้าข่ายการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 เนื่องจาก ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถเลือกใช้กลยุทธ์การส่งเสริมการขายได้ตามความเหมาะสมภายใต้หลักการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ดังนั้น การที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายที่มีรูปแบบเดียวกันกับการจัดรายการส่งเสริมการขายของบิ๊กซีและเซ็นคาร์จึงถือเป็นเรื่องปกติทางการค้า และการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้ เป็นเพียงกลยุทธ์

การแข่งขันทางการค้าปกติที่เป็นการแข่งขันด้านราคา โดยมุ่งเน้นให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อผู้บริโภค เป็นสำคัญ และเป็นการเพิ่มมูลค่า และเพิ่มทางเลือกให้แก่ลูกค้าที่ถือครองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ ให้สามารถนำมาใช้ที่ห้างเทสโก้โลตัสได้อีกทางหนึ่ง ทำให้ลูกค้าได้สิทธิประโยชน์มากขึ้น เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค มิใช่การแย่งชิงลูกค้า และมีได้เป็นการกลั่นแกล้งบักซีและเซ็นคาร์ให้เสียหาย อีกทั้งทำให้บักซีและเซ็นคาร์ได้รับประโยชน์มากขึ้นเนื่องจากการที่ลูกค้าจะได้รับคูปองส่วนลดจากห้างคาร์ฟูร์ เพื่อนำไปใช้เพิ่มมูลค่าที่ห้างเทสโก้โลตัสนั้น ลูกค้าต้องซื้อสินค้าที่ห้างคาร์ฟูร์อย่างน้อย 800 บาทก่อน จึงจะได้รับคูปองส่วนลดจากห้างคาร์ฟูร์ และเนื่องจากห้างบักซีและคาร์ฟูร์ขยายเวลาแจกคูปองส่วนลดออกไป ดังนั้น ยิ่งเป็นสิ่งที่ยิ่งเพิ่มแรงจูงใจให้ผู้บริโภคไปซื้อสินค้าที่ห้างคาร์ฟูร์มากขึ้น เพื่อจะไปนำคูปองส่วนลดนั้นไปใช้เพิ่มมูลค่าที่ห้างเทสโก้โลตัส และสำหรับการจัดรายการส่งเสริมการขายที่อ้างอิงบัตรไอวีนั้น เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่ประสงค์จะเชิญชวนผู้บริโภครายใหม่ให้มาใช้บริการที่ห้างเทสโก้โลตัสเพื่อเพิ่มฐานลูกค้าให้แก่ห้างเทสโก้โลตัสเท่านั้น ไม่ได้เป็นแผนแย่งชิงลูกค้าของบักซีและเซ็นคาร์เพราะไม่ได้มีเงื่อนไขให้ลูกค้าต้องทำลายบัตรคาร์ฟูร์ไอวีนและไม่ได้อ้างอิงเงื่อนไขที่เป็นการห้ามให้ลูกค้ากลับไปซื้อสินค้าที่ห้างบักซีและห้างคาร์ฟูร์ และถือเป็นสิทธิของลูกค้าที่จะเลือกสมัครสมาชิกกับห้างใดก็ได้ อีกทั้งข้อมูลที่ลูกค้าให้แก่เทสโก้โลตัสเพื่อใช้ในการสมัครสมาชิกบัตรคลับการ์ดนั้นก็ เป็นข้อมูลส่วนตัวของลูกค้าที่ลูกค้ามีสิทธิจะให้แก่ผู้ใดก็ได้ มิใช่ข้อมูลที่เป็นความลับหรือเป็นข้อมูล ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บักซีและเซ็นคาร์ และข้อมูลนั้นก็มิใช่ทรัพย์สินของบักซีและเซ็นคาร์

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 29 และพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ที่มุ่งป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ เกินขอบเขตการดำเนินธุรกิจปกติ จะเห็นได้ว่าการกระทำใด ๆ ที่มีใจเรื่องทางการค้าปกติที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำในการประกอบธุรกิจ หรือเป็นการกระทำที่ขัดต่อจรรยาบรรณในการค้า หรือจริยธรรมทางการค้า และการกระทำนั้นส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือการกระทำที่เป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้ผู้อื่นเสียหาย ย่อมมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม การจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์สำหรับผู้ถือครองคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คลับการ์ด” และรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวีนมีค่าอย่างถึง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวีนมีโอกาสรับ 200 บาท” ของเทสโก้โลตัส เมื่อพิจารณาลักษณะการกระทำของเทสโก้โลตัส และผลกระทบที่เกิดกับบักซีและเซ็นคาร์ ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตการดำเนินธุรกิจปกติ

และส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อบิ๊กซีและเซ็นคาร์ เนื่องจากหากเทสโก้โลตัสจะดึงดูลูกค้าหรือขยายฐานลูกค้าโดยการแข่งขันด้านราคา หรือการจัดรายการส่งเสริมการขาย หรือให้สิทธิประโยชน์แก่ลูกค้าที่มากกว่าคู่แข่งย่อมทำให้ลูกค้าสนใจไปเลือกซื้อสินค้าที่ห้างเทสโก้โลตัสมากกว่าห้างอื่น ๆ อยู่แล้ว โดยไม่มีความจำเป็นต้องอ้างอิงชื่อหรืออาศัยรายการส่งเสริมการขายของผู้อื่นแต่อย่างใด การที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายโดยอ้างถึงชื่อห้างคาร์ฟูร์, คุปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ และบัตรสมาชิกของคาร์ฟูร์ในการโฆษณา และใช้เครื่องมือในการจัดรายการส่งเสริมการขายของคาร์ฟูร์ไปใช้ในการจัดรายการส่งเสริมการขายของห้างเทสโก้โลตัสซึ่งไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ กับเทสโก้โลตัส โดยให้สิทธิประโยชน์กับเฉพาะลูกค้าที่เป็นลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์เท่านั้น และกระทำในช่วงระยะเวลาที่ใกล้เคียงกับการจัดรายการส่งเสริมการขายของห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ โดยเป็นช่วงเวลาที่ห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ ร่วมกันจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อสร้างความมั่นใจให้กับลูกค้าที่เป็นฐานลูกค้าเดิมของห้างคาร์ฟูร์ แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสจงใจที่จะจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อแย่งชิงฐานลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์มาจากบิ๊กซีและเซ็นคาร์ และดึงดูฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ให้เป็นลูกค้าของเทสโก้โลตัสด้วยวิธีการอันมิชอบ และเมื่อพิจารณาเงื่อนไขการใช้คุปองส่วนลดที่ลูกค้าสามารถใช้ คุปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาเป็นส่วนลดที่ห้างเทสโก้โลตัสได้มากถึง 5 ใบ ต่อการซื้อ 1 ครั้ง ซึ่งหมายถึงว่าลูกค้าจะได้รับส่วนลดมากถึง 800 บาท โดยที่ลูกค้าไม่ต้องซื้อสินค้าในครั้งแรกก่อนเพื่อให้ได้ส่วนลด แต่เป็นการให้ส่วนลดจากการซื้อสินค้าในครั้งแรก หรือเท่ากับว่าเทสโก้โลตัสมอบส่วนลดให้แก่ลูกค้าถึงร้อยละ 26.66 เป็นการผิดวิสัยทางการค้าปกติทั่วไป เนื่องจากไม่มีเหตุผลทางธุรกิจอื่นใดไม่ว่าจะเป็นการสร้างยอดขายหรือกำไรที่เทสโก้โลตัสจะจัดรายการส่งเสริมการขายเช่นนี้ อีกทั้งการที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาว่ารายการส่งเสริมการขายที่เพิ่มมูลค่าคุปองเป็นสองเท่าของเทสโก้โลตัสเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น เป็นการละเมิดต่อบิ๊กซีและเซ็นคาร์ โดยพิพากษาให้เทสโก้โลตัสชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บิ๊กซีและเซ็นคาร์ตามจำนวนค่าขาดกำไรที่เกิดจากการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสนั้น ย่อมแสดงให้เห็นได้การกระทำของเทสโก้โลตัสมุ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อบิ๊กซีและเซ็นคาร์ สำหรับการจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่างทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” เนื่องจากการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้ มีการอ้างอิงบัตรไอวิชของเซ็นคาร์มาใช้เป็นเครื่องมือในการขยายฐานลูกค้า ซึ่งมีใช่เรื่องทางการค้าปกติ และมีได้เป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างแท้จริง เพราะไม่มีความจำเป็นที่ต้องจัดรายการ

ส่งเสริมการขายโดยอ้างอิงบัตรไอวิชแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการจัดรายการส่งเสริมการขาย รายการนี้ เทสโก้โลตัสมุ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีและเซ็นคาร์มากกว่าการมุ่งเน้นขยายฐานลูกค้าด้วยวิธีการปกติ ทำให้เกิดความเสียหายแก่บิกซีซึ่งเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายเพื่อให้ได้ฐานลูกค้าและข้อมูลลูกค้าขึ้นมาโดยชอบ อีกทั้งแม้การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้ง 2 รายการนี้ จะมีใช้ลักษณะพฤติกรรมที่เป็นข้อห้ามตามแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 ที่ออกโดยสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าก็ตาม แต่เนื่องจากแนวปฏิบัติดังกล่าวนี้มิได้มีสถานะเป็นกฎหมาย เป็นเพียงตัวอย่างลักษณะพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 29 ดังนั้นจึงไม่สามารถนำมาเป็นข้อสรุปได้ว่าพฤติกรรมที่ไม่ได้มีบัญญัติไว้ในแนวปฏิบัตินี้ไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 29 หากแต่ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 เป็นหลักว่าการกระทำนั้นเป็นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ด้วยเหตุที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัส ทั้งสองรายการ เป็นการกระทำที่เกินขอบเขตการดำเนินธุรกิจอย่างปกติ โดยมุ่งเน้นให้เกิดความเสียหายต่อบิกซีและเซ็นคาร์มากกว่าจะเป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายปกติธรรมดา อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดลักษณะพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในลักษณะกว้าง ๆ โดยได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความไม่เป็นธรรมไว้ 3 ปัจจัย คือ 1) ต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค หรือ 2) ต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ และ 3) เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม หรือจริยธรรมด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศไทยมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคและประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ในส่วนของประเทศญี่ปุ่น การกำกับดูแลพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจทุกราย โดยที่ไม่ต้องพิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดย the Antimonopoly Act มาตรา 19 กำหนดว่าห้ามผู้ประกอบธุรกิจใช้วิธีปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และได้มีการกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่ถือว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ทั้งสิ้น 6 กลุ่ม และได้มีการออกแนวปฏิบัติที่เรียกว่า Designation of Unfair Trade Practices ปี 1982 เพื่อกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ทำให้รูปแบบการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ของประเทศญี่ปุ่นมีความชัดเจน อีกทั้ง กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นยังให้อำนาจคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมสามารถกำหนดการกระทำซึ่งมีแนวโน้มว่าจะกีดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรมได้ ทำให้กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมครอบคลุมลักษณะการกระทำต่าง ๆ และมีความยืดหยุ่นในการใช้บังคับมากกว่าประเทศไทย

กฎหมายที่กำกับดูแลพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ คือ Monopoly Regulation and Fair Trade Act 1980 มาตรา 23 ซึ่งกำหนดลักษณะการกระทำที่ถือเป็น การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่มีผลทำให้การค้าที่เป็นธรรมเสียหาย ไว้ทั้งสิ้น 8 ลักษณะ และได้ มีการออกแนวปฏิบัติเพื่อใช้ในการประเมินพฤติกรรมที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตาม มาตรา 23 ที่เรียกว่า Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices ปี 2012 โดยแนว ปฏิบัตินี้ได้มีการอธิบายทั้งวัตถุประสงค์ที่ห้ามการกระทำนั้น คำนิยาม หลักเกณฑ์การประเมิน ความผิด และตัวอย่างของการปฏิบัติที่อาจจะถือว่าผิดกฎหมายไว้อย่างละเอียด ทำให้กฎหมายใน เรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้มีความชัดเจนกว่าประเทศ ไทยเป็นอย่างมาก

สำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 ซึ่งเป็น การกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่กระทำการใด ๆ อันเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ นั้น ในเบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ประกอบการธุรกิจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือไม่

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย เป็นไปตาม ประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมี อำนาจเหนือตลาด โดยให้พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมา โดยหลักเกณฑ์นี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กับธุรกิจทุกประเภท แต่ประกาศดังกล่าวมิได้อธิบายว่าส่วนแบ่งตลาดและยอดเงิน ขายในปีที่ผ่านนั้นมีเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร มีเพียงแนวปฏิบัติตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งได้วางแนวทางในการพิจารณาขอบเขตตลาด และส่วนแบ่ง ตลาดและยอดเงินขายไว้ว่าจะต้องพิจารณา (ก) การแบ่งตลาดตามสภาพภูมิศาสตร์ โดยวิเคราะห์จาก ปัจจัยต่าง ๆ เช่น ต้นทุนการขนส่ง และความคงทนของสินค้า และ (ข) การแบ่งตลาดด้านสินค้า

โดยวิเคราะห์จากปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความสามารถในการทดแทนด้านอุปสงค์ ความสามารถในการทดแทนด้านอุปทาน การใช้งานขั้นสุดท้าย การรับรู้และการตอบสนองของผู้บริโภค ช่องทางการจำหน่าย ราคา หรือคุณภาพสินค้าหรือบริการ และลักษณะทางกายภาพ

การพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของเทสโก้โลตัส ผู้วิจัยเห็นว่า เป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากซับซ้อน เนื่องจากรูปแบบธุรกิจค้าปลีก-ค้าส่งในประเทศไทยมีหลายรูปแบบ ทั้งรูปแบบธุรกิจค้าปลีกแบบดั้งเดิม และธุรกิจค้าปลีก-ค้าส่งสมัยใหม่ ซึ่งยังไม่มี ความชัดเจน รวมทั้งยังไม่มีแนวทางการวินิจฉัย หรือ คำพิพากษาของศาลว่าการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของธุรกิจค้าปลีก-ค้าส่งมีเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร อีกทั้งการที่เทสโก้โลตัสมีรูปแบบการประกอบธุรกิจหลากหลายรูปแบบไม่เฉพาะธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ตทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาว่าจะพิจารณาเฉพาะจากรูปแบบธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ต หรือพิจารณาจากทุกรูปแบบธุรกิจของเทสโก้โลตัส ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้ยังไม่สามารถสรุปได้ว่าเทสโก้โลตัสเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่

ในส่วนของพฤติกรรมการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ต้องพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 (4) คือ 1 การกระทำนี้เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นหรือไม่ และ 2 เป็นการกระทำโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ แต่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าก็ได้ให้นิยามของคำว่า “การแทรกแซง” และ “ไม่มีเหตุผลอันสมควร” ไว้ มีเพียงแนวปฏิบัติตามมาตรา 25 ที่อธิบายว่า การแทรกแซง หมายถึง การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของคู่แข่งหรือผู้ประกอบการอื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม โดยไม่มีเหตุผลในทางการค้าปกติ ซึ่งส่งผลให้คู่แข่งไม่สามารถแข่งขันได้ หรือผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก จึงทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาว่า การจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์สำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คูปองคลับการ์ด” และรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่าทิ้ง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” ของเทสโก้โลตัส ถือเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ โดยสามารถพิจารณาได้เป็น 2 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นแรกเห็นว่า การอ้างถึงคู่มือของห้างคาร์ฟูร์ และบัตรคาร์ฟูร์ไอวิชเพื่อดึงดูดลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์ให้มาสมัครเป็นสมาชิกคลับการ์ดนั้น เป็นการเข้าไปก้าวก่ายกิจการของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ โดยมุ่งหวังจะได้ฐานลูกค้าของห้างคาร์ฟูร์ด้วยวิธีการอันมิชอบ โดยจงใจให้เกิดความเสียหายแก่บิ๊กซีและเซ็นคาร์ เป็นการใช้สิทธิเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ อีกทั้ง การที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับการจัดรายการส่งเสริมการขายของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ และเป็นช่วงเวลาที่ทั้งสองห้างเพิ่งมีการรวมกิจการกัน โดยรับเฉพาะคู่มือส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสมุ่งให้เกิดความเสียหายแก่บิ๊กซีและเซ็นคาร์เป็นการกระทำที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร

แนวความเห็นที่สองเห็นว่า การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้งสองรายการนี้ เป็นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีเหตุผลในทางการค้าปกติ มิใช่การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ เป็นเพียงการจัดรายการส่งเสริมการขายที่เป็นกลยุทธ์ทางการค้าปกติ และเป็นการจัดรายการส่งเสริมการขายในช่วงระยะเวลาที่สั้นจึงไม่ส่งผลถึงขนาดทำให้บิ๊กซีและเซ็นคาร์ไม่สามารถแข่งขันได้ อีกทั้งเทสโก้โลตัสก็ได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้คู่มือที่เป็นการห้ามมิให้ลูกค้าที่ใช้คู่มือนั้นกลับไปซื้อสินค้าที่ห้างบิ๊กซีและเซ็นคาร์อีกแต่อย่างใด การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการนี้จึงมิใช่การกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน อันเข้าข่ายเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา 25 และความหมายของการแทรกแซงตามแนวปฏิบัติมาตรา 25 ผู้วิจัยเห็นว่า การจัดรายการส่งเสริมการขายรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยสิทธิประโยชน์สำหรับผู้ถือคู่มือคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คู่มือคลับการ์ด” และรายการ “บัตรสมาชิกคาร์ฟูร์ไอวิชมีค่าอย่างถึง สมาชิกบัตรคาร์ฟูร์ไอวิช มีโอกาสรับ 200 บาท” ของเทสโก้โลตัส เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเนื่องจากช่วงเวลาที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายนั้นเป็นช่วงเวลาที่บิ๊กซีเพิ่งเข้าซื้อกิจการของเซ็นคาร์ จึงเป็นช่วงเวลาที่สำคัญต่อธุรกิจห้างไฮเปอร์มาร์เก็ตต่าง ๆ ในการแย่งชิงฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ การที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายโดยนำชื่อและเครื่องมือในการส่งเสริมการขายของคาร์ฟูร์เพียงห้างเดียวมาใช้ในการโฆษณา และมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าลูกค้าที่สามารถใช้คู่มือส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์มาใช้เพิ่มมูลค่าที่ห้างเทสโก้โลตัสได้ต้องเป็นสมาชิกบัตรคลับการ์ดของเทสโก้โลตัสเท่านั้น

แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสมีเจตนาที่จะพุ่งเป้าไปที่การดึงดูฐานลูกค้าเก่าของห้างคาร์ฟูร์ให้มาเป็นลูกค้าของเทสโก้โลตัส และการที่เทสโก้โลตัสจัดรายการส่งเสริมการขายโดยให้สิทธิประโยชน์มากกว่าห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ เทสโก้โลตัสย่อมทราบดีว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายดังกล่าวจะส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ แสดงให้เห็นว่าเทสโก้โลตัสเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ห้างบิ๊กซีและห้างคาร์ฟูร์ อีกทั้ง หากเทสโก้โลตัสต้องการที่จะจัดรายการส่งเสริมการขายโดยให้คูปองส่วนลดหรือบัตรของขวัญแก่ลูกค้า เทสโก้โลตัสก็สามารถทำได้ตามหลักเสรีภาพในการประกอบธุรกิจโดยไม่จำเป็นต้องนำชื่อ และเครื่องมือในการส่งเสริมการขายของคาร์ฟูร์ไปใช้ในการโฆษณาและจัดรายการส่งเสริมการขาย และการที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาโดยให้เหตุผลว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสรายการ “ยินดีต้อนรับลูกค้าคาร์ฟูร์ด้วยใจ สิทธิประโยชน์สำหรับผู้ถือคูปองคาร์ฟูร์นำมาเพิ่มมูลค่า 2 เท่า เมื่อใช้คูปองบัตรคลับการ์ด” จัดขึ้นหลังรายการส่งเสริมการขายของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ ย่อมส่งผลกระทบต่อตรงถึงยอดขายของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ เนื่องจากมีการให้ผลตอบแทนที่มากกว่า การกระทำของเทสโก้โลตัสที่แอบอ้างถึงคูปองของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ ย่อมเป็นการใช้สิทธิเพื่อเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายรายการนี้ของเทสโก้โลตัสเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์ ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การกระทำของเทสโก้โลตัสที่แอบอ้างถึงชื่อของคาร์ฟูร์ และเครื่องมือในการส่งเสริมการขายของคาร์ฟูร์เป็นการใช้สิทธิเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจของบิ๊กซีและเซ็นคาร์โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (4)

ทั้งนี้ การที่จะสามารถพิจารณาได้ว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสทั้งสองรายการเข้าข่ายการกระทำที่ความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25(4) หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามองค์ประกอบความผิด คือ 1. ผู้กระทำต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และ 2. การกระทำแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์การพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมายังไม่มีข้อมูลชัดเจน อีกทั้งรูปแบบการประกอบธุรกิจของเทสโก้โลตัสมีหลากหลายรูปแบบ จึงยังไม่สามารถสรุปได้ว่า เทสโก้โลตัสเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การจัดรายการส่งเสริมการขายของเทสโก้โลตัสอ้างถึงชื่อห้างคาร์ฟูร์, คูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์, และบัตรไอวิซมาใช้ใน

การโฆษณา รวมทั้งการให้ลูกค้านำคูปองส่วนลดของห้างคาร์ฟูร์ไปใช้เป็นส่วนลดในการซื้อสินค้านี้ ไม่เข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 (4) เพราะแม้ผู้วิจัยจะเห็นว่าการจัดรายการส่งเสริมการขายรายการทั้งสองรายการนี้เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นก็ตาม แต่เนื่องจากยังไม่สามารถสรุปได้ว่า เทสโก้โลตัสเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ การกระทำของเทสโก้โลตัสจึงยังไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ามาตรา 25 (4)

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศในเรื่องการควบคุมการผูกขาด พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเมืองค์ประกอบความผิดของการกระทำอันเป็นการผูกขาด คือ 1. ผู้กระทำต้องมีอำนาจผูกขาดอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง และ 2. ผู้มีอำนาจผูกขาดนั้นได้กระทำการใด ๆ โดยมีเจตนาให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดโดยใช้วิธีการอันมิชอบ ทั้งนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการออกแนวปฏิบัติที่ชื่อว่า Horizontal Merger Guidelines Department of Justice and Federal Trade Commission April 2, 1992, revised April 8, 1997 เพื่อกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ และขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์

ในส่วนของเกณฑ์การพิจารณาอำนาจทางการตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้อย่างชัดเจน โดยหลักเกณฑ์การพิจารณานั้นมีปัจจัยหลายประการด้วยกัน เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นของราคาสินค้าหรือบริการ แนวโน้มของการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ โครงสร้างตลาด เป็นต้น และลักษณะพฤติกรรมการกระทำที่เป็นการผูกขาด หรือพยายามกระทำการผูกขาดนั้น ก็ได้ระบุรายละเอียดว่าเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด โดยปล่อยให้เป็นที่ของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม และศาลเป็นผู้ตีความและวางหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจผูกขาด แต่ทั้งนี้ ต้องพิสูจน์ให้ได้ด้วยว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกล่าวหาานั้นมีเจตนาที่จะกระทำการผูกขาด หรือพยายามกระทำการผูกขาดโดยใช้วิธีการอันมิชอบ

ในส่วนของประเทศญี่ปุ่นการควบคุมการผูกขาดมุ่งห้ามถึงพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาด โดยมิได้พิจารณาสถานะการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่มุ่งควบคุมผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดมิให้มีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาด โดยมีองค์ประกอบ 3

ประการ คือ 1. ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการกีดกัน หรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น 2. การกระทำนั้นเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และ 3. ส่งผลทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง ทั้งนี้ การพิจารณารูปแบบการกระทำการผูกขาดไม่มีการกำหนดลักษณะรูปแบบไว้เฉพาะ แต่เป็นการพิจารณาการกระทำตามสภาพแวดล้อมและพฤติการณ์แต่ละกรณี ๆ ไป โดยต้องพิจารณาขอบเขตตลาดของสินค้าเพื่อพิจารณาว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำ ความผิดนั้นส่งผลทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่งหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาขอบเขตตลาดของสินค้าไม่มีหลักเกณฑ์มาตรฐานที่แน่นอน ต้องพิจารณาทั้งขอบเขตตลาดในเชิงสินค้าหรือบริการ, ขอบเขตตลาดในเชิงภูมิศาสตร์, ความคล้ายคลึงกันของสินค้า, การกระจายสินค้า, และประเภทของลูกค้า เป็นต้น

การควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ เป็นการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมิให้มีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งเป็นการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดมิให้มีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดเช่นเดียวกับของประเทศไทย ทั้งนี้ ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ได้มีบทบัญญัติในเรื่องข้อสันนิษฐานของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้โดยให้พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาคล้ายกับหลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย และได้มีการออกแนวปฏิบัติที่เรียกว่า “Guidelines for Review if the Abuse of Market Dominant Position” เพื่อใช้อธิบายถึงเกณฑ์สำหรับการกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง และในแนวปฏิบัตินี้ยังได้มีการกำหนดรายละเอียดและเกณฑ์สำหรับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดไว้ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้มีความชัดเจนมากกว่าประเทศไทย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในเรื่องของการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น ในประเด็นเรื่องการใช้และอ้างอิงชื่อของคู่แข่งในการโฆษณา และการใช้เครื่องมือในการส่งเสริมการขายของคู่แข่งมาใช้ในการจัดรายการส่งเสริมการขายของตนเอง จะเห็นได้ว่า

ประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องพฤติกรรมกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ถือว่าการกระทำผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะในเรื่องของการจัดรายการส่งเสริมการขายที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการอื่น ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากขึ้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้มีการปรับปรุงหลักกฎหมายและแนวทางปฏิบัติดังต่อไปนี้

ประการแรก เนื่องจากรูปแบบพฤติกรรมกรรมการแข่งขันทางการค้ามีการปรับเปลี่ยนตลอดเวลา ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการควบคุมพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 ที่มีลักษณะกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงบรรดาพฤติกรรมต่าง ๆ ที่เข้าข่ายเป็นพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อการนำมาตราดังกล่าวมาปรับใช้กับพฤติกรรมรูปแบบต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นมีความเหมาะสมกับประเทศไทยแล้ว แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่เคยมีบรรทัดฐาน หรือคำพิพากษาในเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 มีเพียงแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ซึ่งเป็นเพียงการยกตัวอย่างพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา แต่แนวปฏิบัตินี้ไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย ทำให้เกิดข้อถกเถียงกันว่าตัวอย่างตามแนวปฏิบัตินี้จะถือเป็นพฤติกรรมการค้าที่เป็นความผิดตามมาตรา 29 จริงหรือไม่ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจน ในการบังคับใช้กฎหมาย และเพื่อเป็นกรอบให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถทราบได้ว่าพฤติกรรมการค้าแบบใดที่ถือเป็นพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดตัวอย่างลักษณะพฤติกรรมการค้าที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าเป็นความผิดตามมาตรา 29 โดยอาจอ้างอิงลักษณะพฤติกรรมการค้าความผิดมาจากลักษณะพฤติกรรมการค้าความผิดตามที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้เหมือนอย่างเช่นประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐเกาหลีใต้ที่มีแนวปฏิบัติเพื่อกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยทั้งประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลีใต้กำหนดให้แนวปฏิบัตินี้มีสถานะบังคับใช้ได้เป็นกฎหมาย และเนื่องจากกฎหมายลำดับรองสามารถแก้ไขได้ง่ายกว่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ดังนั้น เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมก็จะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมตัวอย่างลักษณะพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ง่ายและรวดเร็วกว่า ทำให้การ

บังคับใช้กฎหมายในเรื่องการควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 มีประสิทธิภาพมากขึ้น

ประการที่สอง การที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 บัญญัติให้การพิจารณาหลักเกณฑ์การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในลักษณะกว้างที่ให้พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมา และให้ใช้หลักเกณฑ์นี้กับทุกธุรกิจ โดยไม่ต้องมีการแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายทราบว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าเหมาะสมกับประเทศไทยแล้ว เนื่องจากการทำให้ผู้ประกอบธุรกิจทุกรายประกอบธุรกิจด้วยความระมัดระวังไม่กระทำการอันเป็นการเข้าช่วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ดังนั้นการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างกว้าง ๆ โดยปล่อยให้เป็นการอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจใดเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดจึงเหมาะสมกับประเทศไทยแล้ว

ประการที่สาม จากการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในเรื่องการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมมิได้มีการให้คำนิยามของคำว่า “การแทรกแซงอย่างไม่เป็นธรรม” ไว้ มีเพียงแนวปฏิบัติตามมาตรา 25 ที่อธิบายถึงความหมายของการแทรกแซง แต่แนวปฏิบัติดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย ทำให้เกิดข้อถกเถียงกันว่าการกระทำเช่นใดที่จะถือเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 25(4) ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจน ผู้วิจัยจึงเห็นว่าสมควรให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดตัวอย่างลักษณะพฤติกรรมการกระทำที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าเป็นความผิดตามมาตรา 25(4) รวมทั้งควรมีการกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “การแทรกแซง” เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายมากขึ้น

ประการที่สี่ ผู้วิจัยเห็นว่าควรเพิ่มอำนาจให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 31 ให้อำนาจในการสั่งปรับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 25-29 เพิ่มเติมจากอำนาจในการสั่งระงับหยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวด้วย และควรแก้ไขโทษของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในกรณีที่คณะกรรมการมีคำสั่งตามมาตรา

31 จากโทษทางอาญาให้เป็นโทษทางปกครองแทน และเพิ่มอำนาจให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากหากเป็นการกระทำความผิดที่มีเฉพาะโทษทางอาญาซึ่งการสอบสวนต้องใช้พยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์การกระทำความผิดมาก ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่ได้รับความเสียหายนั้นไม่อยากเสียเวลา และเสียค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องคดี อีกทั้งขั้นตอนการสอบสวนที่ยาวนานอาจทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นมีมาก หรือทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้รับความเสียหายนั้นต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจไปก่อน ดังนั้น หากแก้ไขโดยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถลงโทษทางปกครองโดยสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าหยุดการกระทำนั้น และชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่ได้ผลกระทบได้ ก็จะสามารถช่วยให้มีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายกับผู้กระทำความผิด และมีผลบังคับใช้ได้ทันต่อเหตุการณ์มากยิ่งขึ้น และควรกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาเรื่องร้องเรียนแต่ละเรื่องของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไว้ โดยอาจให้ขยายระยะเวลาในการพิจารณาได้ แต่ต้องมีการกำหนดไว้ด้วยว่าให้สามารถขยายได้กี่ครั้ง ครั้งละกี่วัน เพื่อให้การพิจารณาเรื่องร้องเรียนในแต่ละเรื่องนั้นไม่ล่าช้าจนเกินไป

รายการอ้างอิง

- Abir, D, Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis. International Tax and Business Lawyer 13.
- "A Case of Unfairly Luring Customers by 17 Pharmaceutical Companies", Korea Fair Trade Commission, 2005.
- "Federal Trade Commission (Ftc), V. The Sperry and Hutchinson Company (S&H)", U.S. , 1972.
- Keith N. Hylton, Antitrust Law: Economy Theory&Common Law Evolution. Edited by 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Mann, R. A. a. R., Barry S., Essentials of Business Law and the Legal Environment. 7th 2001.
- กรมการค้าภายใน, "เอกสารประกอบการประชุม คณะทำงานศึกษาข้อมูลรองรับการปฏิบัติงานตามกฎหมาย ครั้งที่ 8/2542 ", 2542.
- คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กระทรวงพาณิชย์, "เอกสารสัมมนาว่าระหว่างไทยและญี่ปุ่น เรื่อง "กฎหมายเศรษฐกิจกับการพัฒนา", ห้องบอลรูม โรงแรมริเจนท์ กรุงเทพมหานคร.
- สุธีร์ ศุภนิตย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร. กมลวรรณ จิรวินิชย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- จิรัตน์ เขียวชอุ่ม, พฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจค้าปลีก, วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- ชกตมน ศรีแก้ว, "การขายต่ำกว่าต้นทุนของตนเอง", In <http://otcc.dit.go.th/pdf/know20.pdf>, edited by จุลสารสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, 2557.
- นิพนธ์ พัวพงศกร และคนอื่น ๆ, "รายงานการวิจัยเรื่อง การค้าปลีกของไทย: ผลกระทบของการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกขนาดใหญ่จากต่างประเทศ," ทุนอุดหนุนการวิจัยประเภทเพื่อแก้ไขปัญหาสำคัญของประเทศ สาขาเศรษฐศาสตร์จากสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ปีงบประมาณ 2544", 2544.
- พัลลภ รัตนจันทร์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย, Chulalongkorn Review ปีที่ 12 ฉบับที่ 46 (2543).

- รวินท์ ซีพำเป็น, แนวทางการพิจารณากำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในการค้าบนอินเทอร์เน็ตตาม
กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- ระพีพรรณ พรหมเรา, "แบบไหน? พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม." In <http://otccdit.go.th/pdf/know16.pdf>,
edited by จุลสารสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, 2557.
- รายงานประจำปี 2556 ของ บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน), 2556.
- พงศ์สิน ลักนากุล, การส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภค : กรณีศึกษาของ
ประเทศไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
2555.
- ธรรมรัตน์ วงศาโรจน์, การศึกษาเปรียบเทียบ : มาตรการทางกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจมิชอบ
ของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด ประเทศเยอรมัน ประเทศกลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศไทย,
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 19, กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- วารุณี ดันติวังศ์วานิช, ธุรกิจค้าปลีก Retailing Business, พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2552.
- วิทยา สุทธิพิตร และคณะ, "รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการ การพัฒนาจำแบบลงโซ่อุปทานใน
การทำงานร่วมกันระหว่างธุรกิจค้าส่ง-ค้าปลีก และการพัฒนาดัชนีชี้วัดสมรรถนะโซ่อุปทาน
ธุรกิจค้าปลีก, สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)", มีนาคม 2550.
- วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์, อำนาจการผูกขาด (Monopolization), วารสารกฎหมาย ปีที่ 22, เล่ม 1
(กรกฎาคม 2546).
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.
กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.
- ศิริศักดิ์ จิงถาวรณ, หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง
การค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.
- สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ
สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลีใต้ ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย" (การศึกษาทางด้าน
กฎหมาย) เสนอต่อ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์", สิงหาคม 2542.

สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย, "รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่าง ๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์."

สรวิศ ลิ้มปริงซี่, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ พ.ศ. 2542, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

สันติชัย เกียรติคุณโสภณ, "กลยุทธ์การแข่งขัน ธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง", In <http://otcc.dit.go.th/pdf/know17.pdf>, edited by จุลสารสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, 2557.

สันติธร ภูริภักดี, "กลยุทธ์การตลาดเพื่อการแข่งขันสำหรับธุรกิจค้าปลีก Competition Marketing Strategies for Retailing Business [", http://www.buacth/knowledgecenter/executive_journal/july_sep_11/pdf/aw31.pdf.

สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน, แนวปฏิบัติตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ, มกราคม 2552.

สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน. "แนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542".



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวชุตินาถ บุญญาอดุลยกิจ เกิดเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2527 สำเร็จการศึกษา ระดับปริญญาตรีจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ในปีการศึกษา 2548 สำเร็จ การศึกษาชั้นเนติบัณฑิต จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในปีการศึกษา 2549 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2556 ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งผู้จัดการอาวุโส แผนกกฎหมาย บริษัท บีคี่ ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน)

