

บทความวิจัย (Research Articles)

การกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า*

Defining Dominant Market Position

under Trade Competition Law

จุฬาลักษณ์ ดวงพุทธา**

นักศึกษาปริญญาโท สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Julalak Duangpudta

Master Student in Business Law, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 17 พฤศจิกายน 2564; วันที่แก้ไขบทความ 28 ธันวาคม 2564; วันที่ตอบรับบทความ 8 มกราคม 2565

บทคัดย่อ

การมีอำนาจเหนือตลาด คือ ความสามารถของผู้ประกอบการในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของตนให้สูงหรือต่ำกว่าระดับราคาของการแข่งขันทางการค้า ตลอดช่วงระยะเวลาหนึ่ง การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ได้มีความผิด โดยปกติของการประกอบธุรกิจแล้วผู้ประกอบการทุกรายล้วนต้องการกำไรหรือส่วนแบ่งตลาดในระดับสูง ทั้งนี้ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะมีความผิดก็ต่อเมื่อกระทำการอันมิชอบต่อการแข่งขันตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเป็นตัว

* บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีศาสตราจารย์ ดร.นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยขอนแก่น; อีเมลติดต่อ julalak.dua47@gmail.com

ละครที่สำคัญมากของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากกฎหมายพิจารณาเห็นว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดสามารถสร้างหรือทำลายการแข่งขันได้อย่างมีนัยสำคัญ ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ จึงให้ความสำคัญและกำหนดเกณฑ์การกำกับดูแลที่เข้มงวดต่อพฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าว เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจบางรายที่มีอำนาจเหนือตลาดมักจะมีพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองในการแสวงหากำไร จึงทำให้ไม่สามารถเกิดการแข่งขันกันได้เพราะผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยไม่มีความสามารถมากพอที่จะแข่งขันกับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของการที่จะกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของผู้ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต่อไป และผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดย่อมถูกควบคุมพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่มีความเข้มงวดมากกว่าผู้ประกอบธุรกิจทั่วไป เนื่องจากการกระทำเช่นเดียวกันของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกับผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดอาจเกิดผลกระทบต่อตลาดที่แตกต่างกันจากการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในปัจจุบันยังขาดความชัดเจน มีข้อบกพร่องและมีข้อจำกัด บทความนี้จึงได้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับสภาพปัญหาที่มีผลกระทบต่อข้อกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดของกฎหมายต่างประเทศ อาทิ สหภาพยุโรป สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ซึ่งพบว่าได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะแตกต่างกันออกไปตามบริบทของแต่ละประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศไทย และเสนอให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด, ปัจจัยสภาพการแข่งขัน

Abstract

Market dominance is the ability of business operators to price their products or services higher or less than the price level of commercial competition. Over the course of a period of time, being a market dominant under the competition law is not guilty. Usually, all business operators require a high level of profit or market share of business operations. However, this Market authority is guilty only if they commit unlawful acts of competition as required by law. Market dominated business operators are a very important character of competitive competition law enforcement because the law considers business operators with market dominance can make or break down significant competition. As a result, the competition law system in different countries is a priority and imposes strict regulatory criteria on the commercial behavior of such dominant market position. Since some dominant market positions often behave as anti-competitive to maintain their interests in pursuit of profit it is impossible to compete because small business operators are not competent enough to compete with market authority. Therefore, it is important to consider the criteria for determining the business operator, with market dominance. This is to guide the consideration of the unconstitutional actions of the business operators who dominate the market and are regulated by more rigorous business habits than ordinary business operators. Due to the same actions of both types of business operators, different market impacts may occur. Moreover, the unlawful use of market dominance will be difficult to control the unlawful behavior of market authority. Studies have shown that the criteria for determining business as a business operator who dominate the market under Thailand's current competition law are lacking in clarity, flawed, and limited. This article focuses on the problem conditions that affect the determination of business operators who dominates the market in accordance with Thailand's competition law as well as comparing the approach to determining business operators who dominate the market of

international rules and foreign laws such as the European Union, Republic of Germany, Japan and South Korea. It was found that different criteria are defined according to the context of each country. This could help provide guidelines for the development of Thailand's legal guidelines to propose a revision of the law, as well as relevant criteria and guidelines for effective enforcement of competition laws.

Keywords: Dominant Market Position, Competitive Conditions Factors

1. บทนำ

ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบผสมในประเทศไทย รัฐและเอกชนต่างมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ ปัจจัยการผลิตมีทั้งที่เป็นของรัฐและเอกชน รัฐจะเข้ามาควบคุมหรือเข้ามาดำเนินกิจการที่มีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เช่น กิจการสาธารณูปโภค อุตสาหกรรมหลัก และอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ ส่วนเอกชนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินบางอย่าง มีเสรีภาพในการเลือกผลิตหรือบริโภค กลไกราคาเข้ามาทำหน้าที่จัดสรรทรัพยากร มีการใช้ระบบของการแข่งขันทางการค้า

ปัจจุบันได้มีการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560¹ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่มีพื้นฐานมาจากหลักการทางเศรษฐศาสตร์เจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างโอกาสในการลงทุนและเสริมสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้ประกอบการธุรกิจทั้งในและต่างประเทศ สร้างบรรทัดฐานและกรอบจริยธรรมทางการค้า ดูแลผู้ประกอบการทุกระดับให้มีโอกาสแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยเฉพาะประเทศไทยที่มีผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญของการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและขีดความสามารถในการแข่งขันเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวมในท้ายที่สุด กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะใช้มาตรการการควบคุมผู้ประกอบการทั้งหลายให้ปฏิบัติตาม เพื่อให้มีการแข่งขันทางธุรกิจอย่างเป็นธรรมไม่ว่าจะเป็นการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเองหรือเป็นการปฏิบัติต่อผู้บริโภค และมีขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายอย่างกว้างขวางต่อ

¹ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับรูปแบบและพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นภายในกรมการค้าภายในกระทรวงพาณิชย์ จึงไม่มีความคล่องตัวและขาดความเป็นอิสระในการกำกับดูแล การแข่งขันทางการค้าทำให้การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรสมควรปรับปรุงมาตรการในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและมืองค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าที่มีความคล่องตัวและมีความเป็นอิสระ เพื่อให้ทันต่อพัฒนาการของรูปแบบและพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ธุรกิจหลายแขนง ไม่ว่าจะเป็นกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และอาจมีการกำหนดกิจการอื่นเพิ่มขึ้นมาก็ได้ โดยทางราชการ ผู้ประกอบธุรกิจในการดังกล่าวอาจเป็นผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย หรือผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการธุรกิจ²

อำนาจเหนือตลาด คือ ความสามารถของหน่วยธุรกิจในการตั้งราคาเหนือระดับราคาที่มีการแข่งขัน ซึ่งมักจะเป็นราคาที่มากกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม ในระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งความสามารถดังกล่าวยังคงอยู่ แม้ว่าผู้บริโภคอาจเปลี่ยนไปบริโภคสินค้าของหน่วยธุรกิจอื่น หรือมีการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ หรือความสามารถของหน่วยธุรกิจในการทำกำไรให้เพิ่มขึ้นโดยลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการและจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการนั้นในราคาที่สูงขึ้น การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่ถือว่าเป็นผู้ที่กระทำความผิดกฎหมายและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะมุ่งทำลายการมีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าว แต่ผู้ประกอบธุรกิจบางรายอาจมีการใช้อำนาจเหนือตลาดที่ตนมีอยู่อย่างไม่เป็นธรรมส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมีอำนาจทางตลาดที่จะกีดกันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดได้ในระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด มักจะมีพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองในการแสวงหากำไร โดยไม่คำนึงถึงผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยหรือผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่เพิ่งเข้ามาในตลาด เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยไม่มีความสามารถมากพอที่จะแข่งขันกับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมีผลกระทบกระเทือนโดยตรงต่อระบบเศรษฐกิจ จึงต้องมีกฎหมายบังคับผู้ประกอบธุรกิจทั้งหมดให้อยู่ในแนวปฏิบัติเดียวกันและมีกฎเกณฑ์ที่เข้ามาควบคุม กฎหมายมุ่งที่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้ประพฤติในทางที่มีชอบ ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของการที่จะกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของผู้ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต่อไปตามลำดับ

² สุธีร์ ศุภนิตย์ (แก้ไขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวินิชฎ์), หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 14.

การที่จะพิจารณาคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” นั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดคำนิยามเอาไว้ในมาตรา 5 ซึ่งจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนดโดยให้ใช้เกณฑ์ในการพิจารณา 3 หลักเกณฑ์ คือ ส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย และโดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาพิจารณาประกอบ ซึ่งผู้เขียนจะแบ่งแยกปัญหาย่อยออกเป็นดังนี้

1) ข้อบกพร่องหรือข้อจำกัดของกฎหมายปัจจุบันในการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่กำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดให้อิงเกณฑ์การพิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายไปพร้อมกัน พิจารณาจากประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 3 ที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายที่เป็นไปตามเกณฑ์เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยจะแบ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว และผู้ประกอบการหลายราย ดังนี้

1.1) อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว การที่ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการนำเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายมาพิจารณาไปพร้อมกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อธุรกิจในประเทศไทยที่ส่วนใหญ่เป็นธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก เนื่องจากว่าในกรณีที่เกิดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในปัจจุบันตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าส่วนใหญ่เป็นธุรกิจที่มี ยอดเงินขายไม่ถึงเกณฑ์หนึ่งพันล้านบาทตามที่คณะกรรมการฯ ประกาศกำหนด ยกตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจบางรายที่มีส่วนแบ่งตลาดมากเกินกว่าร้อยละห้าสิบ แต่ผู้ประกอบการรายนั้นมี ยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเพียงจำนวนเก้าร้อยล้านบาท ย่อมหมายความว่าผู้ประกอบการรายนั้นไม่เข้าหลักเกณฑ์การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ในความเป็นจริงแล้วเห็นได้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวอาจจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างแท้จริงที่สามารถกระทำการ อันส่งผลกระทบต่อตลาดหรือผู้ประกอบการรายย่อยอื่น ๆ ได้

1.2) อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย กรณีนี้เป็นการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแบบรวมกัน โดยประกาศคณะกรรมการการแข่งขัน

ทางการค้า กำหนดเอาไว้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือ บริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด ปัญหาคือความไม่ชัดเจนของผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก จะใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนดตัว ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรกในตลาด หรือหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีผู้ประกอบธุรกิจรายที่หนึ่ง มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละสิบห้าและมีผู้ประกอบธุรกิจอีกสองรายมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละยี่สิบต่อราย แต่กลับเข้าหลักเกณฑ์ว่าผู้ประกอบธุรกิจสองรายหลังนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดด้วย มีข้อสังเกตว่า การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาดังกล่าวอาจทำให้ผู้ที่ถูกกำหนดว่าเป็น ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดสามรายมีส่วนแบ่งตลาดที่แตกต่างกันมากและเป็นอุปสรรคต่อการ แข่งขันเป็นอย่างมาก ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจบางรายที่ไม่เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดที่แท้จริง แต่จะต้องตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลที่มากกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ

2) สถานะและเงื่อนไขในการบังคับใช้ “ปัจจัยและสภาพการแข่งขันในตลาด”

2.1) ความขัดแย้งระหว่างกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีแนวทางที่ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ให้ความสำคัญกับเกณฑ์ในการกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดทั้งสามเกณฑ์ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน คือ ส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย และปัจจัยสภาพ การแข่งขันในตลาด แต่การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้ออกประกาศคณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 อาศัยอำนาจตามมาตรา 5 และมาตรา 17 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง การค้า พ.ศ. 2560 โดยไม่ได้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันเข้ามาร่วมในการพิจารณาด้วย อาจทำ ให้เกิดลำดับชั้นของเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนั้น คุณค่าในทางกฎหมายของปัจจัยสภาพ การแข่งขันจะเท่ากับส่วนแบ่งตลาดและยอดขายหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณา

2.2) ความไม่ชัดเจนในการนำปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดไปบังคับใช้กับ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน กล่าวคือ การพิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันยังไม่มี การกำหนดแนวทางในการพิจารณาที่ชัดเจนและเพียงพอ แม้ว่าจะมีคำนิยามแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมี ลักษณะเป็นนามธรรม ความหมายของคำว่าปัจจัยสภาพการแข่งขันยังไม่มี ความครอบคลุม ภาครธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ย่อมต้องการหลักเกณฑ์ที่เข้าใจง่าย ชัดเจน แน่นนอน และสามารถคาดเห็นได้

บทความนี้ได้มุ่งเน้นทำการศึกษาถึงแนวทางการพิจารณาการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่เกิดขึ้นตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ออกตามกฎหมายดังกล่าว ทั้งในเรื่องของการนับส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย และปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาด โดยตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในปัจจุบันยังขาดความชัดเจน มีข้อบกพร่อง และมีข้อจำกัด จึงมีความจำเป็นจะต้องศึกษาการใช้การตีความกฎหมาย หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่มีอยู่และหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องให้มีความสอดคล้องกับลักษณะและความเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่แท้จริงในประเทศไทย โดยการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขหรือผ่อนคลายนโยบายหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้มีความเหมาะสม รวมถึงการนำมาปรับใช้กับบริบทในประเทศไทย เพื่อช่วยให้มีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและสามารถบังคับใช้ได้เหมาะสม

2. ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

การที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจใดเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดพบว่าวิธีในการวัดอำนาจทางการตลาดนั้นมีหลายวิธีชี้วัดที่แตกต่างกันไป เช่น Lerner's Index เป็นวิธีการวัดความสามารถในการทำกำไร แต่ Concentration Ratio (CR) เป็นการวัดการกระจุกตัวของตลาดซึ่งไม่ได้สัมพันธ์กับความสามารถในการทำกำไรได้เสมอไป การวัดสัดส่วนตลาด และการกระจุกตัวของตลาดเป็นสิ่งที่สะท้อนถึงการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด ส่วนแบ่งตลาด ยังสามารถแสดงให้เห็นถึงความสามารถในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ๆ ด้วย³

เมื่อใดก็ตามที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการโดยมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดหรือคงไว้ซึ่งอำนาจเหนือตลาด การกระทำนั้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าบัญญัติให้เป็นความผิด พฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด การกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดแสดงพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เช่น การกำหนดราคาต่ำกว่าทุน (predatory pricing)

³ ชรินทร์ มีโกศล, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 21.

การตั้งราคาแบบเลือกปฏิบัติ (price discrimination) การจำกัดสิทธิการจำหน่าย (exclusive dealing) การขายควบ (bundling) และการขายพ่วง (tying)⁴ เป็นต้น

3. หลักเกณฑ์ในการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ

การจะตรวจสอบว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ จำเป็นจะต้องรู้ก่อนว่าจะพิจารณาจากตลาดสินค้าหรือบริการใด และมีคู่แข่งใดอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นบ้าง โดยใช้หลักการทดแทนกันได้ในการกำหนดขอบเขตตลาด (Market Definition) ซึ่งจะพิจารณาจากตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) ได้แก่ ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (Relevant Product Market) คือ ตลาดสินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนกันได้ในมุมมองของผู้บริโภค เมื่อพิจารณาจากคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์ของการใช้งานของสินค้าหรือบริการ และตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (Relevant Geographic Market) คือ ตลาดที่ประกอบด้วยพื้นที่ที่ขายสินค้าหรือบริการซึ่งสามารถทดแทนกันได้ในมุมมองของผู้บริโภค โดยมีเงื่อนไขด้านการแข่งขันในลักษณะเดียวกัน⁵

3.1 การกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่กำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดให้อิงเกณฑ์การพิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายไปพร้อมกัน

3.1.1 อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว

การมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือผู้ประกอบการสามรายแรกในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมา

⁴ Gunnar Niels, Helen Jenkins and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 177.

⁵ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561

ตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป และมีให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ

ดังนั้น การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยสามารถแบ่งออกได้ 2 กรณีคือ

1) ผู้มีอำนาจเหนือตลาดรายเดียว ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาของสินค้าหรือบริการหนึ่งตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป และ

2) ผู้มีอำนาจเหนือตลาดสามรายแรก ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

หมายความว่าในการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายที่จะกล่าวต่อนั้น มีได้ 2 กรณีเช่นเดียวกัน กล่าวคือ การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกับการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่อยู่ในตลาดซึ่งได้ถูกจัดกลุ่มให้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด⁶

ข้อบกพร่องหรือข้อจำกัดของกฎหมายในปัจจุบันในการกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ทั้งสองเกณฑ์ทำให้เกิดสถานะสุญญากาศทางกฎหมายที่ควบคุมไม่ได้หรือเป็นช่องว่างของกฎหมาย ในประเทศไทยนั้นการประกอบธุรกิจนั้นจะเป็นรูปแบบของการประกอบธุรกิจในขนาดกลางและขนาดเล็กเป็นส่วนมาก การที่ยอดเงินขายของแต่ละธุรกิจในแต่ละปีจะถึงจำนวนหนึ่งพันล้านบาทตามเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดเอาไว้จึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากในทางปฏิบัติ และเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจากอดีตมาจนถึงปัจจุบันพบว่า มีเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้นที่จะถือได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และโดยส่วนใหญ่แล้วจะไม่เข้าหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เนื่องจากว่ายอดเงินขายในปีที่ผ่านมาไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท ยกตัวอย่างเช่น กรณีผู้มีอำนาจเหนือตลาดสินค้าอาหารแอสฟัลท์อิมัลชันปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม กรณีการจำหน่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ในราคา

⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์ (แก้ไขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวินิชกุล), หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 41.

ต่ำกว่าราคาต้นทุนผ่านสื่อสังคมออนไลน์ กรณีการตรวจสอบพฤติกรรมของบริษัทจำหน่าย กระจกรถยนต์ กรณีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้รับซื้อผลผลิตทางการเกษตร เขตพื้นที่จังหวัดแม่ฮ่องสอน กรณีการขนส่งสินค้าผ่านแดนในเขตพื้นที่จังหวัดตาก เป็นต้น ซึ่งทุกกรณีที่กำลังจะไปคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวิเคราะห์แล้วเห็นว่า เป็นผู้มีส่วนแบ่ง ตลาดเกินร้อยละห้าสิบแต่ยอดเงินขายของผู้ถูกร้องไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท จึงไม่ต้องด้วย องค์ประกอบของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2561 เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ถูกร้องไม่มีสถานะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ผู้ถูกร้อง จึงไม่อาจกระทำการที่ต้องห้ามตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กรณีจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยต่อไปว่า ผู้ถูกร้องได้กระทำการที่ต้องห้ามตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่อย่างไร

เมื่อพิจารณากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ที่ตราขึ้น เพื่อให้บริษัทขนาดกลางและขนาดเล็กในสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และผู้ประกอบการ ต่างชาติกล้าที่จะเข้ามาลงทุนในธุรกิจอุตสาหกรรม และเพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม ซึ่งจะทำให้เกิดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ นำไปสู่การยกระดับความสามารถในการแข่งขัน ในท้ายที่สุด The Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980 (MRFTA)⁷ มาตรา 2 ได้นิยามคำว่า “ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด” ไว้ว่า “ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือ ตลาด” หมายถึง ผู้ประกอบการรายใดมีอำนาจเหนือตลาดที่สามารถกำหนด รักษา หรือ เปลี่ยนแปลงราคา ปริมาณหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการ หรือข้อกำหนดและเงื่อนไขอื่น ๆ ของธุรกิจในฐานะผู้ขายหรือผู้ซื้อในพื้นที่ธุรกิจนั้น ๆ โดยตนเองหรือร่วมกับผู้ประกอบการรายอื่น ในการพิจารณาว่ามีผู้ประกอบการใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ส่วนแบ่งการตลาดของเขาและ

⁷ ศักดา ธนิตกุล และคณะ, โครงการการศึกษาวิจัยเพื่อจัดทำร่างกฎหมายลำดับรองที่ต้องออก ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560, (สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2562), หน้า 243-244.

การมีอยู่และขอบเขตอุปสรรคใด ๆ ในการที่จะเข้าสู่ตลาดของเขาและสัมพันธ์กับจำนวนของผู้ประกอบการคู่แข่งจะต้องถูกนำไปพิจารณาอย่างละเอียดด้วย⁸

ข้อสันนิษฐานการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในมาตรา 4⁹ ของ The Monopoly Regulation and Fair Trade Act มีการบัญญัติถึงข้อสันนิษฐานของการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้โดยเป็นข้อสันนิษฐานที่พิจารณาถึงส่วนแบ่งตลาดโดยมาตรา 4 วางหลักไว้ ดังนี้

ผู้ประกอบการใด (ไม่รวมถึงผู้ประกอบการที่ผลรวมประจำปีในธุรกิจด้านนั้น ๆ น้อยกว่าสี่พันล้านบาท) มีส่วนแบ่งตลาดในธุรกิจด้านนั้น ๆ ตามที่จะกล่าวต่อไปข้างต้นนี้ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ประกอบการนั้นเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

กรณีที่ 1 ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายหนึ่งเท่ากับร้อยละห้าสิบหรือมากกว่านั้น

⁸ Article 2 The term “market-dominating enterpriser” means any enterpriser who can determine, maintain, or change the prices, quantity or quality of commodities or services or other terms and conditions of business as a supplier or customer in a particular business area individually or jointly with other enterprisers. In deciding whether an enterpriser is a market-dominating enterpriser, his market share, whether and to what extent any barriers to enter into the market exist, and the relative size of competitive enterprisers shall be comprehensively taken into account;

⁹ Article 4 “An enterpriser (excluding the enterpriser whose annual amount of sales or purchase in a particular business area is less than 4 billion won) whose market share in a particular business area falls under any of the following subparagraphs shall be presumed a market-dominating enterpriser referred to in subparagraph 7 of Article 2:

1. Market share of one enterpriser is 50/100 or more;
2. The total market share of not more than three enterpriser is 75/100 or more: Provided, that those whose market share is less than 10/100 shall be excluded herefrom.”

กรณีที่ 2 ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการสามรายหรือน้อยกว่านั้น เมื่อรวมกันแล้ว เท่ากับร้อยละเจ็ดสิบห้าหรือมากกว่านั้น แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่าร้อยละสิบ¹⁰

อย่างไรก็ตาม นอกจากข้อพิจารณาในการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดข้างต้นนั้นแล้ว แม้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจจะไม่ถึงเกณฑ์ข้อสันนิษฐานดังกล่าว แต่อาจถือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้โดยการประเมินจากระดับการแข่งขัน ส่วนแบ่งตลาด และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด¹¹ โดยผู้ใช้กฎหมายจำเป็นต้องพิสูจน์เป็นรายกรณีว่าผู้ประกอบการดังกล่าวมีอำนาจเหนือตลาดจริงหรือไม่¹²

กฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีความยืดหยุ่นมาก กล่าวคือ ผู้บังคับใช้กฎหมายมีภาระในการพิสูจน์หักล้างหรือสนับสนุนข้อสมมติฐานว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ และแม้แต่ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละห้าสิบหรือผู้ประกอบการสามรายแรกที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่ถึงร้อยละเจ็ดสิบห้าแต่ผู้ใช้กฎหมายอาจพิจารณาหลักฐานอื่นเพื่อพิสูจน์หักล้างหรือสนับสนุนข้อสมมติฐานได้

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹³ กรณีผู้ประกอบการรายเดียวซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ได้กำหนดนิยามผู้ประกอบการรายเดียวซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ในมาตรา 18 วรรค 3 กรณี

¹⁰ Korea Fair Trade Commission, **Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position, Section II** [Online], 18 April 2020. Source: <http://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=501>

¹¹ Ibid.

¹² Joseph Seon, Hur, **The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea**, United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness and Development: Lessons From Developing Countries, p. 235.

¹³ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสหภาพยุโรปนั้น หากการจำกัดการแข่งขันที่เกิดผลขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีดังกล่าว มิได้ถึงขนาดส่งกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป กรณีดังกล่าวจะอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) เท่านั้น ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่มีการจำกัดการแข่งขันนั้นนอกจากจะเกิดผลในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้วยังส่งกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

กรณีแรก ผู้ประกอบการที่ไม่มีคู่แข่ง คือ ผู้ผูกขาด

กรณีที่สอง ผู้ประกอบการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การแข่งขันอันมีนัยสำคัญ คือ ผู้ประกอบการที่สามารถประพฤติตนได้อย่างอิสระจากคู่แข่ง เนื่องจากการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ไม่อาจจะทำหน้าที่หลักของตนในการจัดสรรทรัพยากรได้อีกต่อไปแล้ว¹⁴

และกรณีที่สาม ผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดสูงเมื่อเทียบกับคู่แข่ง¹⁵

มาตรา 18 (3) GWB ได้กำหนดปัจจัยต่าง ๆ สำหรับพิจารณาความมีอำนาจเหนือตลาดในกรณีดังกล่าวไว้ อันได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยว่ามีอำนาจเหนือตลาด ความแข็งแกร่งทางการเงิน การเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบหรือแหล่งขายสินค้า ปฏิสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจอื่น อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่นทั้งทางกฎหมายและ

สหภาพยุโรปด้วย การจำกัดการแข่งขันดังกล่าวก็จะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของมาตรา 101 หรือ 102 TFEU ด้วยเช่นกัน

การกระทำใด ๆ ที่เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 102 TFEU นั้น มาตรา 22 (3) GWB บัญญัติว่า ในกรณีดังกล่าวผู้ใช้กฎหมายอาจใช้บทบัญญัติต่าง ๆ ใน GWB กับกรณีก่อการดังกล่าวได้ด้วย ในกรณีเช่นว่านั้นผู้ใช้กฎหมายจะต้องใช้บทบัญญัตินั้น ๆ ควบคู่ไปกับการใช้มาตรา 102 TFEU อย่างไรก็ดี มีข้อพึงสังเกตประการสำคัญ คือมาตรา 3 (2) Council Regulation (EC) No 1/2003 ได้เปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกสามารถตราและใช้บทบัญญัติของรัฐสมาชิกเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมฝ่ายเดียวที่มีความเข้มงวดกว่าหรือมีสภาพบังคับรุนแรงกว่ามาตรา 102 TFEU ได้ ดังนั้นพฤติกรรมฝ่ายเดียวบางพฤติกรรมแม้ว่าจะไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 102 TFEU แต่อาจจะเป็นพฤติกรรมฝ่ายเดียวที่ GWB บัญญัติห้ามกระทำก็เป็นได้

ปัญหาที่พึงพิจารณาประการที่ต่อมา คือ เมื่อการจำกัดการแข่งขันที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นจะตกอยู่ภายใต้ทั้งขอบเขตการบังคับใช้ GWB และ TFEU กรณีดังกล่าวจะทำให้ BKartA ผู้บังคับใช้กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและคณะกรรมการการยุโรปดำเนินคดีคู่ขนานกันไปหรือไม่ ทั้งนี้ความวุ่นวายจะเกิดขึ้นทันทีเมื่อทั้งสององค์กรวินิจฉัยต่างกัน อย่างไรก็ตามปัญหาดังกล่าวไม่มีทางที่จะเกิดขึ้นได้ เนื่องจากมาตรา 11 (6) Council Regulation (EC) No 1/2003 บัญญัติให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายของรัฐสมาชิกหมดอำนาจดำเนินคดีนั้น ๆ ทันทีเมื่อคณะกรรมการยุโรปเริ่มดำเนินคดีดังกล่าว

¹⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

¹⁵ กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, **บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 47 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2561), หน้า 630.

ทางข้อเท็จจริง การแข่งขันโดยผู้ประกอบการอื่นทั้งตามที่เป็นอยู่จริงและที่อาจเกิดขึ้นได้ ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยว่ามีอำนาจเหนือตลาดในการปรับเปลี่ยนการขายของตนไปยังสินค้าอื่นหรือปรับเปลี่ยนการซื้อของตนไปยังสินค้าอื่น และโอกาสของผู้ร่วมตลาดที่อยู่ในฝั่งตรงกันข้ามกับผู้ประกอบการที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่จะเปลี่ยนไปติดต่อกำทำการค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น

อนึ่ง GWB ได้กำหนดข้อสันนิษฐานสำหรับการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ในมาตรา 18 (4) GWB อันได้แก่ ข้อสันนิษฐานว่าผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใดมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละสี่สิบขึ้นไปเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจรายที่ต้องสงสัยอาจพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้¹⁶

จะเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีการกำหนดให้พิจารณายอดขายเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด

ส่วนการมีอำนาจเหนือตลาดตามแนวการวินิจฉัยของศาลและคณะกรรมการยุโรป จะมีลักษณะที่แตกต่างออกไป คือ บทบัญญัติที่เป็นฐานทางกฎหมายที่สำคัญและถือได้ว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้แก่บทบัญญัติของ The treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) กฎเกณฑ์ที่ใช้กับผู้ประกอบการตามมาตรา 101 และ 102 ของ TFEU นั้นสะท้อนสาระสำคัญของมาตรา 85 และ 86 ของสนธิสัญญาประชาคมยุโรป 1957 EC Treaty¹⁷

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ได้วินิจฉัยถึงนิยามของการมีอำนาจเหนือตลาดในคดี United Brands และ Hoffmann-La Roche เอาไว้ดังต่อไปนี้

“ตำแหน่งซึ่งมีความแข็งแกร่งในทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการ ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการดังกล่าวสามารถทำให้การแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น

¹⁶ เรื่องเดียวกัน

¹⁷ บทบัญญัติกฎหมายที่เป็นรากฐานของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law) ของสหภาพยุโรปได้แก่ มาตรา 85 และมาตรา 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม (The Treaty of Rome) ต่อมาได้มีการแก้ไขตัวเลขเป็นมาตรา 81 และมาตรา 82 และเมื่อได้จัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป TFEU จึงได้มีการปรับแก้ไขเลขมาตราอีกครั้งเป็นมาตรา 101 และมาตรา 102

ไม่อาจถูกอ้างไว้ได้ โดยอาศัยอำนาจของตนต่อขอบเขตที่เกี่ยวข้องโดยปราศจากอิทธิพลของคู่แข่ง ลูกค้ำ และท้ายที่สุดคือผู้บริโภค”¹⁸

ในเชิงวิชาการ Richard Whish ได้แยกองค์ประกอบของการมีอำนาจเหนือตลาดออกเป็นสองส่วน ได้แก่ 1) อำนาจที่จะมีพฤติกรรมโดยอิสระจากคู่แข่ง ลูกค้ำ และผู้บริโภค และ 2) ความสามารถในการอ้างรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพในตลาดที่เกี่ยวข้อง¹⁹

มาตรา 102 ของ TFEU บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม หากพิจารณาองค์ประกอบของข้อห้ามดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรา 102 นั้นใช้กับกรณีที่ผู้ประกอบการจะต้องมีอำนาจเหนือในตลาดหนึ่งหรือหลายตลาด และผู้ประกอบการดังกล่าวนั้นจะต้องได้มีการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว คณะกรรมาธิการยุโรปได้ออกแนวทางในการประเมินการมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้ใน Guidance Paper โดยระบุว่าคณะกรรมาธิการจะนำปัจจัยดังต่อไปนี้มาประเมินความมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ

(1) ข้อจำกัดที่ถูกกำหนดโดยการจัดหาตำแหน่งในตลาดและคู่แข่งที่แท้จริง กล่าวคือ ตำแหน่งในตลาดของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดและของคู่แข่ง

(2) ข้อจำกัดที่ถูกกำหนดโดยภัยคุกคามต่อการขยายตัวในอนาคตที่เชื่อถือได้โดยคู่แข่งที่แท้จริงและโดยคนที่อาจเป็นคู่แข่งได้ กล่าวคือ การขยายตัวและคนที่เข้าแข่งขัน และ

(3) ข้อจำกัดที่ถูกกำหนดโดยความแข็งแกร่งในการต่อรองของลูกค้าของผู้ประกอบการ กล่าวคือ อำนาจในการได้รับการชดเชยของผู้บริโภค²⁰

3.1.2 อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย

ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายรายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย คือผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรกของตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง มีส่วนแบ่งตลาด

¹⁸ CJ, 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207, at 65 and 67 และ CJ, 85/76 Hoffmann La-Roche v Commission [1979] ECR 461, at 38.

¹⁹ Richard Whish, **Competition Law**, 5th ed. (London: Lexis Nexis-Butterworth, 2005), p. 179.

²⁰ Guidance Paper on abusive exclusionary conduct by dominant undertaking, para 12.

ในปีที่ผ่านมาเรามักเห็นรอยละเมิดสิทธิทำและมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ในกรณีผู้ประกอบการสามรายแรกนั้น เป็นการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดแบบรวมกัน

ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณา คือ คำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจสามรายแรก” อนึ่ง หากพิจารณาลงลึกไปถึงต้นกำเนิดของแนวคิดผู้ประกอบการหลายรายเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป จะพบว่า ในกรณีดังกล่าวกฎหมายสหภาพยุโรปจะหมายถึงการที่ผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ทั้งนี้ เงื่อนไขสำคัญที่จะตัดสินได้ว่า ผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นก็คือ ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องมีความผูกพันกันทางเศรษฐกิจอย่างแน่นแฟ้นจนทำให้เขาเหล่านั้นสามารถดำเนินการต่าง ๆ ในตลาดไปวิธีทางเดียวกันได้ ทั้งนี้ ความผูกพันดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี กล่าวคือ กรณีแรกผู้ประกอบการเหล่านั้นทำการตกลงกันว่าจะมีพฤติกรรมเช่นไร และกรณีที่สอง ผู้ประกอบการเหล่านั้นอยู่ในตลาดผู้แข่งขันน้อยรายซึ่งโดยสภาพตลาดดังกล่าวทำให้เขาเหล่านั้นมีพฤติกรรมไปในทางเดียวกันจนราวกับว่าเป็นหน่วยร่วมเดียวกันนั่นเอง

เมื่อพิจารณากฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว ในมาตรา 18 (5) GWB ได้บัญญัติไว้ว่า ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปอาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ หากระหว่างเขาเหล่านั้นไม่ได้มีการแข่งขันกันอย่างมีนัยสำคัญ และเมื่อพิจารณาเขาเหล่านั้นในฐานะเป็นองค์รวมแล้วปรากฏว่าครอบงำประกอบของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 18 (1) GWB อนึ่ง ตามมาตรา 18 (6) GWB ได้สร้างข้อสันนิษฐานไว้ว่า องค์รวมของผู้ประกอบการนั้นจะถูกพิจารณาว่ามีอำนาจเหนือตลาดเมื่อเข้าข่ายกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

กรณีแรก องค์รวมดังกล่าวประกอบด้วยผู้ประกอบการสามรายหรือน้อยกว่านั้น ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดร่วมกันร้อยละ 50 หรือ

กรณีที่สอง องค์รวมดังกล่าวประกอบด้วยผู้ประกอบการห้ารายหรือน้อยกว่านั้น ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดร่วมกัน 2 ใน 3

ทั้งนี้ ข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็ถูกหักล้างได้ตามมาตรา 18 (7) GWB โดยผู้ประกอบการที่ต้องสงสัยเหล่านั้นจะต้องพิสูจน์ให้ได้ความว่า ด้วยเงื่อนไขในการแข่งขันต่าง ๆ การแข่งขันอันมีนัยสำคัญระหว่างเขาเหล่านั้นอาจเกิดขึ้นได้ หรือองค์รวมของเขาเหล่านั้นไม่ได้มีอำนาจตลาดสูงเมื่อเทียบกับคู่แข่งรายอื่น พบว่ามีแนวทางในการพิจารณาที่สอดคล้องกันกับแนวทาง

ของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป กล่าวคือ นอกจากหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้พิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดได้ก็ต่อเมื่อเขาเหล่านั้นไม่มีการแข่งขันระหว่างกันด้วย สิ่งหนึ่งที่ต้องตระหนักเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ก็คือ นอกจากการพิจารณาผลรวมของส่วนแบ่งตลาดและยอดขายของผู้ประกอบการหลายรายในตลาดนั้น ๆ แล้ว ผู้ใช้กฎหมายยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีการดำเนินการต่าง ๆ ไปในตลาดทิศทางเดียวกันจนดูเหมือนไม่มีการแข่งขันกันหรือไม่ ทั้งนี้การไม่แข่งขันกันดังกล่าวอาจจะมีที่มาจาก การตกลงกัน หรือมีที่มาจากสภาพตลาดแบบผู้แข่งขันน้อยรายก็เป็นได้²¹

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาผู้ประกอบการหลายรายที่มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยจะมีลักษณะคล้ายกับหลักเกณฑ์ของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) เป็นอย่างมาก กล่าวคือ มีลักษณะของการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายโดยใช้ส่วนแบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบการสามรายแรกที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดและกำหนดอัตราส่วนแบ่งตลาดที่จะทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นถูกสันนิษฐานว่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ต่างหากจากกรณีผู้ประกอบการรายเดียว จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะมีความแตกต่างจากสหภาพยุโรปและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากลักษณะของเกณฑ์การพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของสหภาพยุโรปและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะของการร่วมกันเป็นอันดับแรก จึงจะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นทำให้เกิดการมีอำนาจเหนือตลาดขึ้นมาหรือไม่โดยมิได้แยกหลักเกณฑ์การพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายร่วมกันไว้ต่างหากจึงครอบคลุมไปถึงกรณีผู้ประกอบการหลายรายมีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันด้วย

นอกจากนี้ ประเทศไทยนั้นมิได้มีการกำหนดปัจจัยที่นำมาพิจารณาหาสถานะการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายในตลาดแต่อย่างใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ประเทศไทยยังไม่มีเงื่อนไขและรายละเอียดที่ชัดเจนว่า อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นผู้ประกอบการ

²¹ เรื่องเดียวกัน

สามรายแรกในตลาดสินค้าและบริการ โดยแนวปฏิบัติที่นั้นกำหนดให้เป็นหน้าที่ของ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่จะพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นมีผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกี่ราย ซึ่งยังขาดความชัดเจนในรายละเอียดของการพิจารณา ในข้อที่กล่าวมานี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยควรจะมีการบัญญัติเอาไว้โดยชัดเจนโดยให้มีการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจควบคู่ไปด้วย เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย

3.2 สถานะและเงื่อนไขในการบังคับใช้ “ปัจจัยและสภาพการแข่งขันในตลาด”

ปัจจัยสภาพการแข่งขัน ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ กฎระเบียบของภาครัฐ และปัจจัยอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

3.2.1 ความขัดแย้งระหว่างกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติคำนิยามของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้ โดยได้ให้ความสำคัญกับเกณฑ์ของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ทั้งหมด 3 เกณฑ์ด้วยกัน ได้แก่ เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด เกณฑ์ยอดเงินขายในปีที่ผ่านมา และเกณฑ์ปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง แต่ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องปัจจัยสภาพการแข่งขันเอาไว้ ดังนั้น ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงมีความขัดแย้งกันกับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

แนวทางพิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดจะมีความใกล้เคียงกับการพิจารณาของศาลสหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ซึ่งพิจารณาความเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจากปัจจัยหลากหลายไม่เฉพาะแต่เพียงส่วนแบ่งการตลาด

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 ใช้ถ้อยคำว่า “โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาประกอบการพิจารณา” แต่เมื่อลองพิจารณาหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจ

เหนือตลาดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง เกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 จะเห็นได้ว่าการระบุไว้อย่างเด็ดขาดว่า หากผู้ประกอบธุรกิจใดมีส่วนแบ่งการตลาดและยอดขายเกินกว่าที่กำหนดก็จะมีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยมีได้เปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายในแต่ละกรณีได้พิจารณาถึงปัจจัยสภาพการแข่งขันอื่นใดอีกเลย ทั้งที่ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เองได้ระบุในนิยามผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจนว่าให้พิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย อาจเกิดปัญหาที่ต้องตีความว่ากฎหมายให้อำนาจผู้ใดในการนำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดมาพิจารณา แม้ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเป็นไปตามเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดไว้ก็ตาม แต่เมื่อเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ให้อำนาจผู้ใช้กฎหมายในคดีนั้น ๆ สามารถนำปัจจัยสภาพการแข่งขันต่าง ๆ อาทิ จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ และกฎระเบียบของภาครัฐ เป็นต้น มาพิจารณาคำว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในคดีนั้น ๆ ได้ ดังนั้น เกณฑ์ดังกล่าวนอกจากจะต้องมีการกำหนดส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายแล้ว ยังจะต้องมีการบัญญัติเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายมีพื้นที่ในการวินิจฉัยโดยอาศัยการพิจารณาจากปัจจัยสภาพการแข่งขันต่าง ๆ ไว้ด้วยตามแนวทางการตีความเช่นนี้ เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของคณะกรรมการจะต้องไม่ใช่เกณฑ์ที่มีลักษณะเด็ดขาด แต่จะมีลักษณะเป็นเพียงแค่ข้อสันนิษฐานที่อาจถูกหักล้างได้โดยการพิจารณาของผู้ใช้กฎหมายในแต่ละคดี และในประกาศเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายนั้น ไม่อาจจะใช้ถ้อยคำในทำนองที่ว่า “ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ได้ เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้สะท้อนลักษณะการเป็นข้อสันนิษฐานแต่อย่างใด

3.2.2 ความไม่ชัดเจนในการนำปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดไปบังคับใช้กับข้อเท็จจริง

การนำปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดมาบังคับใช้ในประเทศไทยนั้น แม้ว่าตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะได้กำหนดค่านิยามของปัจจัยสภาพการแข่งขันเอาไว้ในมาตรา 5 แต่ในทางปฏิบัติปัจจัยสภาพการแข่งขันนั้นมีลักษณะเป็นนามธรรม

ที่ยังขาดความชัดเจนในการนำไปใช้งานและยังขาดแนวทางในการบังคับใช้ว่าจะนำไปปัจจัยสภาพการแข่งขันไปใช้บังคับได้อย่างไร มากน้อยเพียงใด

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดสูงเมื่อเทียบกับคู่แข่งนั้นมาตรา 18 (3) GWB ได้กำหนดปัจจัยต่าง ๆ สำหรับพิจารณาความมีอำนาจเหนือตลาดในกรณีดังกล่าวไว้ อันได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยว่ามีอำนาจเหนือตลาด ความแข็งแกร่งทางการเงิน การเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบหรือแหล่งขายสินค้า ปฏิสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจอื่น อุปสรรคในการเข้าตลาดของผู้ประกอบการรายอื่นทั้งทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริง การแข่งขันโดยผู้ประกอบการอื่นทั้งตามที่เป็นอยู่จริงและที่อาจเกิดขึ้นได้ ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยว่ามีอำนาจเหนือตลาดในการปรับเปลี่ยนการขายของตนไปยังสินค้าอื่นหรือปรับเปลี่ยนการซื้อของตนไปยังสินค้าอื่น และโอกาสของผู้ร่วมตลาดที่อยู่ในฝั่งตรงกันข้ามกับผู้ประกอบการที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่จะเปลี่ยนไปติดต่อทำการค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น

อนึ่ง สำหรับตลาดในปัจจุบันบางตลาดจะมีลักษณะเป็นตลาดหลายด้าน กล่าวคือเป็นตลาดที่มีการขายสินค้าหรือให้บริการแก่ลูกค้าอย่างน้อยสองกลุ่มขึ้นไป²² เช่น ตลาดระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์จะมีลูกค้ากลุ่มแรก คือ ผู้ใช้ระบบปฏิบัติการ และมีลูกค้าอีกกลุ่มคือ ผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ได้กับระบบปฏิบัติการดังกล่าว²³ เป็นต้น ตลาดดังกล่าวมีลักษณะสำคัญก็คือ ความต้องการใช้งานของลูกค้ากลุ่มหนึ่งจะขึ้นอยู่กับจำนวนของลูกค้าอีกกลุ่มหนึ่ง หรือที่เรียกกันว่า ผลเชิงเครือข่ายทางอ้อม²⁴ เช่น ในแง่มุมของผู้ใช้ระบบปฏิบัติการระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ใดก็ตามที่มีจำนวนโปรแกรมรองรับจำนวนมาก ระบบปฏิบัติการดังกล่าวจะยิ่งน่าสนใจที่จะนำมาใช้งาน ในทางกลับกันในมุมมองของผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ใดมีจำนวนผู้ใช้เยอะ จะยิ่งดึงดูดใจให้เขาพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถใช้กับระบบดังกล่าวได้²⁵

²² Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, (9 GWB-ÄndG), p. 47.

²³ Ibid., p. 49.

²⁴ Ibid., p. 47.

²⁵ Ibid.

สำหรับตลาดที่มีลักษณะเช่นว่า มาตรา 18 (3a) GWB ได้กำหนดปัจจัยที่ใช้สำหรับพิจารณาอำนาจตลาดไว้หลายประการ หนึ่งในนั้นก็คือ ผลกระทบเชิงเครือข่ายทางตรงและทางอ้อมสำหรับผลกระทบเชิงเครือข่ายทางตรงนั้น หมายถึง กรณีที่ความตั้งใจที่ใช้สินค้าหรือบริการนั้นจะยิ่งมากขึ้น หากมีผู้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นมีจำนวนมาก²⁶ ส่วนผลกระทบเชิงเครือข่ายทางอ้อมนั้นก็มักจะเป็นไปตามที่ได้อธิบายไว้แล้วก่อนหน้านี้ นอกจากนี้ในการพิจารณาอำนาจตลาดในตลาดที่มีลักษณะดังกล่าวมาตรา 18 (3a) GWB ยังกำหนดให้ต้องพิจารณาไปถึงโอกาสที่ผู้ใช้จะใช้บริการจากหลาย ๆ แหล่งคู่ขนานกันและต้นทุนที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ใช้ในการเปลี่ยนไปใช้บริการกับผู้ประกอบการรายอื่น การประหยัดต่อขนาดของผู้ประกอบการรายดังกล่าวซึ่งมีความสัมพันธ์กับผลกระทบเชิงเครือข่าย รวมทั้งการเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญในการแข่งขันด้วย และปัจจัยสุดท้ายที่ต้องนำมาพิจารณาก็คือ แรงกดดันจากการแข่งขันเชิงนวัตกรรม

สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) การที่จะสามารถพิจารณาได้ว่าผู้ประกอบการคนใดมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น มีหลายปัจจัยด้วยกันที่ต้องคำนึงถึง เช่น

- 1) ส่วนแบ่งตลาด
- 2) อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด
- 3) จำนวนของผู้ประกอบการคู่แข่ง เป็นต้น

หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นมีข้อพิจารณา 3 ข้อหลัก ๆ ดังที่ปรากฏในกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามยังมีข้อพิจารณาที่สำคัญเพิ่มเติมอีกหลายประการที่ปรากฏอยู่ใน Guidelines for the abuse of market dominant position อีกด้วย ดังนี้

- 1) ส่วนแบ่งตลาด

ข้อสันนิษฐานการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในมาตรา 4 ของ The Monopoly Regulation and Fair Trade Act ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

- 2) การดำรงอยู่และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด

หากผู้ประกอบการรายใหม่สามารถที่จะเข้าสู่ตลาดได้โดยง่ายในระยะเวลาไม่นาน ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดนั้นก็ไมถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

²⁶ Gallego, GRUR Int 2006, 16, 22; Kansak Bejrananda, *Die kartellrechtliche Beurteilung unternehmerischer Strategien gegen den Markteintritt konkurrierender Arzneimittel*, p. 158.

ความสามารถในการเข้าสู่ตลาดสามารถพิจารณาได้จากกฎหมายและธรรมเนียมที่เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด เงินทุนขั้นต่ำ เงื่อนไขเทคโนโลยีการผลิต รวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตร สภาพของสถานที่ตั้ง เงื่อนไขในการจัดหาวัตถุดิบ การจัดระบบการจำหน่ายของธุรกิจและราคาของการสร้างเครือข่ายการจำหน่าย ความแตกต่างของผลิตภัณฑ์ สัดส่วนของการนำเข้าและแนวโน้มของการเปลี่ยนแปลง อัตราศุลกากรและอุปสรรคที่ไม่ใช่ทางภาษีต่าง ๆ

การเข้าสู่ตลาดครั้งแรกของผู้ประกอบการรายต่อไปเป็นเรื่องง่ายหรือไม่นั้นพิจารณาได้จากผู้ประกอบการที่เข้าสู่ตลาดในช่วง 3 ปีที่ผ่านมา ผู้ประกอบการที่ประกาศแผนการลงทุนและความตั้งใจที่จะเข้าร่วมในตลาด และผู้ประกอบการที่สามารถเข้าตลาดได้เร็ว โดยที่ไม่มีค่าใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อเข้าหรือออกจากตลาด เมื่อมีการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญของราคาเป็นเวลานานในตลาด

อุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดหมายถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่จะอาจมีส่วนทำให้ผู้ผลิตรายใหม่ ๆ ในอุตสาหกรรมหรือตลาดสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่ง ๆ ไม่สามารถเข้าไปผลิตเพื่อแข่งขันกับหน่วยผลิตรายเดิมที่มีอยู่แล้ว ทำให้มีหน่วยผลิตรายเดียวหรือมีเพียงไม่กี่รายในช่วงเวลาหนึ่ง อุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดซึ่งเป็นสาเหตุแห่งการผูกขาด ได้แก่

(1) ผู้ผลิตในตลาดอาจจะควบคุมอุปทานของทรัพยากรการผลิตที่ใช้ในการผลิตสินค้าชนิดนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

(2) ผู้ประกอบการเป็นผู้ได้รับสัมปทานหรือตามกฎหมายให้เป็นผู้ดำเนินการแต่เพียงรายเดียว การคุ้มครองของกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคสำหรับรายอื่น ๆ ในการเข้ามาแข่งขัน

(3) ผู้ผลิตรายนั้นได้รับการจัดตั้งขึ้นภายใต้พหุฉันทสัญญาของรัฐบาลหรือบริษัทรายใหญ่ให้ดำเนินการในอนาคต

(4) ผู้ผลิตในอุตสาหกรรมที่ก่อให้เกิดการประหยัดจากขนาดหรืออุตสาหกรรมต้นทุนลด คือยิ่งขนาดของการผลิตจำนวนมากต้นทุนเฉลี่ยจะยิ่งลดลงเรื่อย ๆ ดังนั้น การมีผู้ผลิตเพียงรายเดียว เกิดประสิทธิภาพในการผลิตมากกว่าการมีผู้ผลิตหลายรายและกรณีนี้ผู้ผูกขาดอาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมมากกว่าตลาดแข่งขันสมบูรณ์ได้เช่นกัน การผูกขาดในกรณีนี้เรียกว่าการผูกขาดตามธรรมชาติ (natural monopoly) อุตสาหกรรมที่เข้าข่ายนี้

ได้แก่ ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ แก๊สธรรมชาติ เป็นต้น ในกรณีนี้รัฐบาลอาจยินยอมให้มีการผูกขาดได้แต่อาจมีการควบคุมราคาเพื่อให้ผู้ผูกขาดมีกำไรในระดับปกติเท่านั้น²⁷

อุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดส่วนใหญ่มักเป็นข้อกีดกันในช่วงระยะเวลาที่ไม่นานนัก เมื่อเวลาผ่านไปอุปสรรคเหล่านี้อาจลดระดับลง เช่น มีการสิ้นสุดของอายุการให้อนุญาตหรือสิทธิบัตร รวมทั้งการค้นพบเทคโนโลยี แหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่จะใช้ทดแทน²⁸

3) จำนวนของผู้ประกอบการคู่แข่ง

หากธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันมีขนาดใหญ่กว่าธุรกิจที่ถูกตั้งข้อสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาด ธุรกิจที่ถูกตั้งข้อสันนิษฐานก็อาจจะไม่เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็ได้

การประเมินขนาดของธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันจะต้องนำหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้มาพิจารณา

- (1) ส่วนแบ่งการตลาดของผู้แข่งขัน
- (2) กำลังการผลิตของผู้แข่งขัน
- (3) การจัดหาวัตถุดิบหรือมาตรการส่วนการจัดหาของผู้ประกอบการคู่แข่ง
- (4) ทรัพยากรของผู้แข่งขัน

หากมีผู้ซื้อหรือผู้ขายจำนวนมากในตลาด (ไม่รวมถึงกรณีและผู้ซื้อหรือผู้ขายที่เป็นบริษัทในเครือ) ผู้ประกอบการที่ถูกตั้งข้อสันนิษฐานก็อาจจะไม่มีอำนาจเหนือตลาด ผู้ซื้อหรือผู้ขายในที่นี้หมายถึง ผู้ซื้อหรือผู้ขายที่มีปริมาณการซื้อขายภายในประเทศตามเงื่อนไขส่วนแบ่งตลาดในมาตรา 4 ของข้อสันนิษฐานของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด²⁹

²⁷ Korea Fair Trade Commission, **Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position, Section II** [Online], 18 April 2020. Source: <http://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=501>

²⁸ ตลาดหลักทรัพ์แห่งประเทศไทย, **เศรษฐศาสตร์**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 183.

²⁹ Korea Fair Trade Commission, **Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position, Section II** [Online], 18 April 2020. Source: <http://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=501>

4) ความเป็นไปได้ที่จะมีการสมรู้ร่วมคิดในหมู่คู่แข่ง

หากมีการดำเนินการร่วมกันอย่างชัดเจนและมีนัยสำคัญเกี่ยวกับราคาและปริมาณของสินค้าระหว่างผู้ประกอบการที่แข่งขันกัน ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด

การปฏิบัติร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการจะต้องนำหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้มาพิจารณา

(1) ราคาซื้อขายในพื้นที่ธุรกิจเฉพาะในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก เมื่อเทียบกับราคาเฉลี่ยของสินค้าหรือบริการที่คล้ายคลึงกันที่อยู่ในธุรกิจเดียวกัน

(2) ราคาซื้อขายในประเทศสูงกว่าราคาส่งออกหรือนำเข้ามากหรือไม่ พิจารณาจากภาษีและค่าใช้จ่ายในการขนส่ง

(3) ผู้ประกอบการคู่แข่งมีส่วนแบ่งตลาดที่มั่นคงมาหลายปี และความต้องการสำหรับสินค้าหรือบริการที่ซื้อขายในพื้นที่ธุรกิจเฉพาะมีความผันผวนน้อยมาก

(4) สินค้าที่จัดทำโดยคู่แข่งนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกันมากและเงื่อนไขการผลิต การขายและการจัดซื้อระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้นมีความคล้ายคลึงกัน

(5) การรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมทางธุรกิจของคู่แข่งเป็นเรื่องง่าย

(6) มีการปฏิบัติเกี่ยวข้องกันที่ไม่เหมาะสมเกิดขึ้นในอดีตหรือไม่³⁰

5) ผลลัพธ์ที่คล้ายคลึงกันหรือตลาดที่ใกล้เคียง

เมื่อตลาดที่มีข้อสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดได้รับผลกระทบจากผลลัพธ์ที่คล้ายคลึงกันและตลาดที่ใกล้เคียง ผู้ประกอบการในตลาดนั้นจะไม่เป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด

พิจารณาส่งต่อไปนี้เพื่อประเมินการมีอยู่ของสินค้าที่คล้ายคลึงกันและตลาดใกล้เคียง

(1) ผลกระทบของสินค้าหรือบริการที่คล้ายกันในตลาด รวมถึงช่องทางการจำหน่ายและศักยภาพในการพัฒนาเทคโนโลยีการผลิตที่คล้ายคลึงกันแต่มีตลาดแยกต่างหาก เนื่องจากราคาและเหตุผลอื่น ๆ

(2) ผลกระทบของตลาดใกล้เคียงต่อขนาดตลาดของผู้ประกอบการในตลาดที่ใกล้เคียง ศักยภาพในการพัฒนาของเทคโนโลยีการขนส่ง การมีเทคโนโลยีการขนส่งและระยะห่างทางภูมิศาสตร์ระหว่างตลาด เมื่อแต่ละพื้นที่มีตลาดแยกต่างหาก³¹

³⁰ Ibid.

6) อำนาจตลาดและตลาดปลายน้ำ/ต้นน้ำ

อัตราการซื้อหรือจัดหาวัตถุดิบ กล่าวคือ ปริมาณการซื้อวัตถุดิบ หรือปริมาณการจัดหา ต่อปริมาณการจัดหาวัตถุดิบในประเทศทั้งหมดของผู้ประกอบการ รวมถึงบริษัทในเครือที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขส่วนแบ่งตลาดในมาตรา 4 ของข้อสันนิษฐานผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ผู้ประกอบการเหล่านั้นก็มีแนวโน้มที่จะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากที่สุด

7) ทรัพยากรทางการเงิน

หากผู้ประกอบการรายใดมีทรัพยากรมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นจำนวนมาก ผู้ประกอบการรายนั้นจะมีแนวโน้มที่จะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากที่สุด ในการประเมินนั้น ทรัพยากร ทุนหรือความสามารถในการระดมหนี้สิน การหมุนเวียน การขาย กำไร กำไรสุทธิ กระแสเงินสด ความเป็นไปได้ในการเข้าถึงตลาดทุน และทรัพยากรของบริษัทในเครือจะได้รับการพิจารณา³²

4. บทสรุปข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าเปรียบเทียบ ว่าด้วยมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด พบว่าการวางหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นสิ่งที่มีความมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องวางหลักการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ควบคุมให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งหลายแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม โดยรัฐเลือกที่จะเข้ามาควบคุมกิจกรรมของเอกชนผ่านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของสังคม

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่เหมาะสมต่อการบังคับใช้ในสภาพเศรษฐกิจปัจจุบันโดยเฉพาะในกรณีการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งผู้เขียนมีข้อเสนอแนะที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายและสภาพการณ์ของประเทศไทยรวมทั้งเหมาะสมกับการบังคับใช้ เพื่อความเข้าใจให้ถูกต้องตรงกันและเพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

³¹ Ibid.

³² Ibid.

อาจมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใหม่ ผู้เขียนจึงได้มีข้อเสนอแนะดังนี้

1) อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว

ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ต้องมีการบัญญัติเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายมีพื้นที่ในการวินิจฉัยโดยอาศัยการพิจารณาจากปัจจัยสภาพการแข่งขันต่าง ๆ ไปด้วย เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของคณะกรรมการจะต้องไม่ใช่เกณฑ์ที่มีลักษณะเด็ดขาด แต่จะมีลักษณะเป็นเพียงแค่ข้อสันนิษฐานที่อาจถูกหักล้างได้โดยการพิจารณาของผู้ใช้กฎหมาย และในประกาศดังกล่าว เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายนั้นไม่อาจจะใช้ถ้อยคำในทำนองที่ว่า “ให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ได้ เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้สะท้อนลักษณะการเป็นข้อสันนิษฐานแต่อย่างใด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขประกาศฯ ข้อ 3 (1) จากเดิมกำหนดว่า “ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป” เปลี่ยนเป็น “ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป อาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาพิจารณาประกอบ” ดังนั้น เมื่อมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดไว้ให้ต้องทบทวนเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายอย่างน้อยหนึ่งครั้งภายในระยะเวลาสามปี จึงเป็นช่องทางหนึ่งในการทบทวนเกณฑ์ยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาในอนาคต

การบัญญัติกฎหมายให้มีลักษณะเป็นเพียงข้อสันนิษฐานเบื้องต้นนั้น เห็นได้จากคำว่า “อาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือ” ก็เพื่อเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายได้มีโอกาสนำปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดอย่างหนึ่งอย่างใด หรือหลายอย่างแล้วแต่กรณี มาพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดด้วย เนื่องจากเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบการรายนั้น ๆ เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างแท้จริงในตลาดสินค้าหรือบริการ และเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการหรือผู้ใช้กฎหมายสามารถที่จะพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้หากว่าตนเองไม่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างแท้จริง ดังเช่นกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือแม้ว่าผู้ประกอบการรายนั้น

มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนดไว้แต่ก็อาจจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้จากการพิจารณาจากปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยให้ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถพิจารณาเป็นรายกรณีไปได้³³

2) อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องมีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่มีอำนาจเหนือตลาดในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ซึ่งอาจเป็นการนำแนวคิดผู้ประกอบธุรกิจหลายรายเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และกฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นแนวทาง กล่าวคือ อาจกำหนดว่า “ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายเหล่านั้นจะต้องมีความผูกพันกันทางเศรษฐกิจอย่างแน่นแฟ้นจนทำให้เขาเหล่านั้นสามารถดำเนินการต่าง ๆ ในตลาดไปวิถีทางเดียวกันได้” เพราะฉะนั้น สิ่งหนึ่งที่ต้องตระหนักเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ นอกจากการพิจารณาผลรวมของส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายแล้ว ต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นมีการดำเนินการต่าง ๆ ในตลาดทิศทางเดียวกันจนดูเหมือนไม่มีการแข่งขันกันหรือไม่ โดยนำแนวคิดเหล่านี้มากำหนดไว้ให้ชัดเจนเพื่อเป็นแนวทาง การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อให้สามารถทราบ

³³ ผู้เขียนจะได้ยกความเห็นของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจบางส่วน เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์หาข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

ประธานคณะกรรมการวิสามัญได้ให้ข้อมูลว่า ต่างประเทศจะพิจารณาส่วนแบ่งตลาด (market share) ไม่ได้พิจารณาจากขนาดของตลาด (market size) โดยหากพิจารณาจากหลักกฎหมายดั้งเดิมแล้ว จะพิจารณาจากฐานขนาดใหญ่อีกทั้งจะต้องพิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาดและขนาดตลาดควบคู่กันไป

เลขานุการคณะกรรมการวิสามัญ ประเด็นเรื่องผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะไม่พิจารณายอดเงินขายอีก เนื่องจากบางธุรกิจมียอดเงินขายไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนดไว้ แต่ธุรกิจนั้นมีขนาดใหญ่ในตลาดนั้น ดังนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงนำปัจจัยสภาพการแข่งขันมาประกอบการพิจารณาดังกล่าว ซึ่งจะเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

ได้ว่าเมื่อมีการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย ย่อมส่งผลให้เขาเหล่านั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดรวมกันได้ หากว่าเขาเหล่านั้นไม่มีการแข่งขันกันอย่างมีนัยสำคัญ

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามแนวทางของกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) แล้ว ประเทศไทยควรเปลี่ยนถ้อยคำในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ ดังกล่าว ในข้อ 3 (2) จากคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก” เป็นคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายหรือน้อยกว่า” เพื่อความชัดเจนและเพื่อป้องกันการตีความได้หลายกรณี โดยอาจแก้ไขประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ ข้อ 3 (2) จากเดิมกำหนดว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป” เปลี่ยนเป็นถ้อยคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายหรือน้อยกว่าในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาพิจารณาประกอบ อาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดรวมกันได้ หากระหว่างเขาเหล่านั้นไม่มีการแข่งขันกันอย่างมีนัยสำคัญ” ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเพียงสองรายที่มีอำนาจเหนือตลาดในธุรกิจประเภทนั้น ๆ การแก้ไขเป็นคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายหรือน้อยกว่า” เพื่อป้องกันปัญหาการตีความและป้องกันปัญหาของการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายที่สามที่มีส่วนแบ่งตลาดรองลงมาแต่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างแท้จริงจะตกต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลที่มากกว่าอย่างไม่เป็นธรรม

3) สถานะและเงื่อนไขในการบังคับใช้ปัจจัยและสภาพการแข่งขันในตลาด

การกำหนดแนวทางการพิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันที่มีความชัดเจนและครอบคลุม ประเทศไทยต้องมีการจัดทำแนวปฏิบัติในการพิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันให้มีความชัดเจนและครอบคลุม เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณา โดยอาจนำกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มาเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุง กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีข้อพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดที่สำคัญเพิ่มเติมอีกหลายประการที่ปรากฏอยู่ใน Guidelines for the abuse of market dominant position การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดได้จะต้องนำหลักเกณฑ์หลายประการมาพิจารณา อาทิ ส่วนแบ่งตลาด การดำรงอยู่และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด จำนวนของผู้ประกอบการคู่แข่ง ความเป็นไปได้

ที่จะมีการสมรู้ร่วมคิดในหมู่คู่แข่ง ผลกระทบที่คล้ายคลึงกันหรือตลาดที่ใกล้เคียง อำนาจตลาด และตลาดปลายน้ำ/ต้นน้ำ ทรัพยากรทางการเงิน และอื่น ๆ เช่น ความสามารถในการเปลี่ยน คู่ค้า นอกจากนี้เมื่อได้พิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วยังพบว่าได้มีการอธิบายรายละเอียด ในการบังคับใช้เงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน และเพียงพอต่อการพิจารณาของผู้ใช้ กฎหมาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นต้นแบบที่ดีในการพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ ประเทศไทยในอนาคต กฎหมายของประเทศไทยอาจกำหนดแนวปฏิบัติโดยการออกประกาศ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่ หรืออาจเพิ่มเติมแนวทางการพิจารณาปัจจัย สภาพการแข่งขันในตลาดในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ก็สามารถกระทำได้

บรรณานุกรม

- กมลชัย เวทีบุรณะ, **ขอบเขตการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558).

- กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, **บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 47 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2561).

- กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, **บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 47 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2561).

- ชนิษฐ์ มีโกคี, **เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554).

- ณิชฐนพัชร์ วิสุทธิแพทย์, **ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขาย**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561).

- เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, **Trade and Competition**, (รายงานการบรรยายทางวิชาการ จัดโดยคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549).

- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, **เศรษฐศาสตร์**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548).

- ธรรมรัตน์ วาศาโรจน์, **การศึกษาเปรียบเทียบ : มาตรการทางกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ประเทศเยอรมัน ประเทศกลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศไทย**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545).

- แพรชนก ศรีวิศาล, **ค่าเสียหายกรณีฝ่าฝืนมาตรา 25 และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).

- วิชญ วงศ์สินศิริกุล, **มีอำนาจเหนือตลาด...ใช่ว่าจะผิด** [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/649093>

- ศักดา ธนิตกุล และคณะ, **โครงการการศึกษาวิจัยเพื่อจัดทำร่างกฎหมายลำดับรองที่ต้องออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560**, (สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2562).

- ศักดา ธนิตกุล, **กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).

- ศิริศักดิ์ จีงถาวรธรม, **หลักเกณฑ์เรื่องผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549).

- ศุภสิริ คงเจริญ, **แนวทางการพิจารณามาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีผู้ประกอบการธุรกิจเป็นนิติบุคคลในเครือเดียวกัน**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).

- สรวิชญ์ รักชาติ, **วิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554).

- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, **ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และ พ.ศ. 2560** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/>

- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, **ความเป็นมากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย**, [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/history-of-thailands-trade-competition-law/>

- สุธีร์ ศุภนิตย์ (แก้ไขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวิชญ์), **หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555).

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, **Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**, (9 GWB-ÄndG).

- Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, **Modern Industrial Organization**, 4th ed. (New York: Pearson Addison Wesley, 2005), p. 642. see also Robert S.

Pindyck and Daniel L. Rubinfeld, **Microeconomic**, (New York: Mcmilan Publishing, 1989).

- E. Thomas Sullivan, **Herbert Hovenkamp and Howard A. Shelanski, Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems**, 6th ed. (New Jersey: LexisNexis, 2009).

- Gunnar Niels, Helen Jenkins and James Kavanagh, **Economics for Competition Lawyers**, (Oxford: Oxford University Press, 2011).

- Joseph Seon, Hur, **The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea**, United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness and Development: Lessons From Developing Countries.

- Korea Fair Trade Commission, **Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position, Section II** [Online], Source: <http://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=501>

- Mitsuo Matsushita and John D. Davis, **Introduction to Japanese Antimonopoly Law**, (Tokyo: Yuhikaku, 1990).

- Richard Whish, **Competition Law**, 5th ed. (London: Lexis Nexis-Butterworth, 2005).