

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ในปัจจุบันการแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างเสรี ทำให้ในตลาดมีการดำเนินกิจการไปอย่างแพร่หลายในทุก ๆ ประเทศ อย่างไรก็ตาม การผูกขาดตลาดโดยผู้ประกอบการรายใหญ่ที่เคยมีอำนาจผูกขาดหรือเข้าสู่ตลาดมาก่อน ยังคงดำรงสถานะเดิมอยู่ในตลาด จึงอาศัยความมีอำนาจเหนือตลาด (Market Dominance หรือ Significant Market Power: SMP) หรือข้อได้เปรียบจากการเป็นผู้ประกอบการธุรกิจเดิมในตลาด (Advantages of the Incumbent Operator) ทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยมีการดำเนินพฤติกรรมกีดกันการแข่งขัน ได้แก่ การใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อประโยชน์ส่วนตน (Exploitative Abuses) และ การใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อกีดกันคู่แข่ง (Exclusionary Abuses) เช่น การกำหนดราคาที่สูงเกินควร (Excessive Pricing) การจำกัดการให้บริการ (Restriction of Supply) เป็นต้น รวมถึงการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมระหว่างคู่แข่ง

นอกจากนี้ ผู้ประกอบการรายเดิมหรือผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดยังอาจกำหนดข้อบังคับหรือเงื่อนไขในการแข่งขันฝ่ายเดียวที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม (Unfair Treatment) การทำความตกลงระหว่างคู่แข่งที่ก่อให้เกิดการจำกัดความสามารถในการแข่งขันของคู่แข่ง (Restrictive Agreement) และมีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม (Unjust Discrimination) อันเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่และผู้ประกอบการรายเล็กที่มีส่วนแบ่งในตลาดน้อยไม่สามารถแข่งขันได้ โดยที่ผู้ประกอบการรายเล็กจำเป็นต้องรับข้อกำหนดหรือเงื่อนไขดังกล่าวของผู้ประกอบการรายใหญ่ โดยมีอาจปฏิเสธหรือมีทางเลือกอื่นใดและผู้ประกอบการรายใหญ่สามารถเลือกปฏิบัติในข้อกำหนดต่าง ๆ ที่มีต่อผู้ประกอบการอื่นเพื่อเพิ่มอำนาจในการแข่งขันและให้บริการของตนในการเพิ่มจำนวนลูกค้าให้มาใช้บริการของตนมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้กลไกตลาดเปลี่ยนแปลงไปและสร้างความเสียหายให้แก่การแข่งขันในตลาดโดยรวม

จากการศึกษาพบว่า การพิจารณาปัญหาของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในส่วนนี้ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ โดยแบ่งประเด็นปัญหาในการศึกษาออกเป็น 4 ประเด็น ดังนี้

- ประเด็นที่ 1 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด
- ประเด็นที่ 2 วิเคราะห์ปัญหาการมีสถานะผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด
- ประเด็นที่ 3 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 50 และมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560
- ประเด็นที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาการใช้พฤติกรรมอย่างไม่ธรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

จากการศึกษาพบว่า คำนิยามของ ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 5 คือ ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด ทั้งนี้ เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยต้องเป็นผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ เป็นผู้ประกอบการสามรายแรก ในตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ดังนี้จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวยังมีความไม่ชัดเจน และเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการที่จะกำหนดให้ใครเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด แม้ว่าจะได้มีการขยายความเพิ่มเติมโดยเพิ่มคำนิยามในมาตรา 5 โดยให้คำนึงปัจจัยสภาพการแข่งขัน ซึ่งจะต้องพิจารณาจำนวนผู้ประกอบการในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ กฎระเบียบของภาครัฐ และปัจจัยอื่นตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนดไว้ ทั้งยังกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณา ทบทวนเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดอย่างน้อยหนึ่งครั้งภายในระยะเวลาสามปีนับแต่วันออกประกาศด้วย อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังคงใช้หลักเกณฑ์ตามประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวซึ่งประกาศตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 โดยไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ใด ๆ เกี่ยวกับการหาส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาให้ครอบคลุมถึงสภาพการแข่งขันทางการค้าที่แท้จริงในปัจจุบัน ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันไม่ให้มีการผูกขาดการค้าโดยผู้ประกอบการ

คนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างมีระบบ และคำนึงถึงความเป็นธรรมในการควบคุมให้ผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันไม่เอารัดเอาเปรียบระหว่างกันเอง

ดังนั้น ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า หลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด คือ ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมี ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด โดยมีมาตรา 50 พระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดข้อห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งต้อง กระทำโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น โดยกำหนดไว้ดังนี้

1) ห้ามกำหนดหรือรักษาราคาสินค้าหรือบริการอย่างไม่เป็นธรรม คือตรึงราคาไว้ อย่างไม่เป็นธรรม เช่น ขอมขายต่ำกว่าทุนเพื่อให้ผู้ประกอบการรายอื่น ไม่สามารถขายสินค้าได้

2) กำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมให้คู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า และต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือ ให้บริการจากผู้ประกอบการอื่น

3) กระทำการใด ๆ เพื่อระงับ ลดปริมาณของสินค้าให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด เช่น การลดการผลิต ลดการนำเข้า หรือทำลายสินค้าให้น้อยลง โดยไม่มีเหตุอันควร

4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุสมควร

จากปัญหาดังกล่าว จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดยังไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจของประเทศไทยในปัจจุบัน กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ เป็นผู้ประกอบการสามรายแรก ในตลาดที่มีส่วนแบ่ง ตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นไปได้ยากและไม่เหมาะสมกับสภาพ เศรษฐกิจ เนื่องจากในปัจจุบันมีผู้ประกอบการรายใหญ่มีการกระทำตามความในลักษณะของ มาตรา 50 แต่เมื่อผู้ประกอบการดังกล่าวยังไม่เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว จึงไม่ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดโดย พิจารณาจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินในปีที่ผ่านมา ย่อมถือว่าเป็นเกณฑ์พิจารณาที่มีส่วนแบ่ง การตลาดสูงเกินควร อีกทั้งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ใช้มาเป็นระยะเวลายาวนาน ไม่เหมาะสมกับสภาพ การแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในปัจจุบัน ดังนั้น จึงควรปรับลดส่วนแบ่งตลาดที่สูงเกินควรจาก

เดิมที่ต้องมีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป โดยแก้ไขใหม่เป็นให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละสี่สิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทต่อปีขึ้นไป ย่อมเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดทันที ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดและมีอิทธิพลมากในตลาด ไม่สามารถกระทำการอันเป็นการผูกขาดในสินค้าหรือบริการ หรือกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมรวมทั้งใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่ผู้ประกอบการขนาดเล็กลง ซึ่งอาจเป็นผลดีต่อผู้บริโภคหรือประชาชน ทำให้ได้รับความเป็นธรรมในด้านราคา และคุณภาพของสินค้าหรือบริการ จึงจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว หากเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกาพบว่า Sherman Act 1890 มาตรา 2 ได้ให้ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาดคือการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งสามารถที่จะมีอำนาจเหนือตลาดได้ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการดังกล่าวจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 100 ก็ตาม นอกจากนั้นมาตรการ Monopolization ตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act 1890 จะเน้นการกระทำของผู้ประกอบการรายเดียวเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาจึงไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจน โดยให้เป็นดุลพินิจของศาลและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในการตีความ โดยพิจารณาจากปัจจัยหลายประการ เช่น ส่วนแบ่งตลาด พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ หรือโครงสร้างตลาด เป็นต้น

ประเทศแคนาดา ตาม Competition Act 1985 ได้มีการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดในมาตรา 79 นั้นว่าบุคคล หรือกลุ่มบุคคล ควบคุมอำนาจผูกขาดอย่างสำคัญหรือควบคุมอำนาจผูกขาดทั้งหมดในประเทศแคนาดา หรือพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง (Throughout Canada or any Area thereof) หรือควบคุมธุรกิจประเภทใด ๆ (A class or Species of Business) แต่ไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจน โดยให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดหากมีส่วนแบ่งตลาดสูงกว่าร้อยละ 35 ก็จะเข้าข่ายการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยพิจารณาข้อมูลโครงสร้างตลาดอื่นประกอบ เช่น อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด ต้นทุนจม กำไรของผู้ประกอบธุรกิจ เป็นต้น

สหภาพยุโรป กำหนดความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ใน Single European Act 1987 ซึ่งให้ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจในการหยุดยั้งการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและอำนาจที่สามารถกระทำการใดที่เป็นอิสระไม่ขึ้นอยู่กับผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งในระดับเดียวกัน อย่างไรก็ตาม สหภาพยุโรปไม่ได้บัญญัติถึงการ

พิจารณากำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดไว้ แต่จากคำตัดสินต่าง ๆ ของศาลและคณะกรรมการสิทธิแล้วมีเพียงข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าหากมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปก็จะถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด

สาธารณรัฐเกาหลี ตามกฎหมาย The Monopoly Regulation and Fair Trade Act 1980 (MRFTA) ได้ใช้หลัก Substantive Criteria กล่าวคือ ไม่ได้ยึดถือเอาส่วนแบ่งตลาดมาเป็นเกณฑ์เพียงอย่างเดียว แต่จะพิจารณาถึงยอดเงินขายและสถานะของการแข่งขันในตลาดเป็นองค์ประกอบในกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้น กฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสหภาพยุโรป ไม่มีหลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างชัดเจน โดยให้เป็นดุลพินิจของศาลและคณะกรรมการแข่งขันทางค้า และพิจารณาข้อมูล โครงสร้างตลาดอื่น ๆ ประกอบด้วย ส่วนสาธารณรัฐเกาหลีใช้หลักเกณฑ์กำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเหมือนกับประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การไม่มีหลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจนและให้เป็นดุลพินิจของศาลและคณะกรรมการแข่งขันทางค้านั้นจะทำให้การกำหนดตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเกิดปัญหาและความยุ่งยากในเชิงการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ หรือการวิเคราะห์ถึงการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาดที่จะนำมาพิจารณาในการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในแต่ละครั้งได้ จึงเห็นควรให้ประเทศไทยใช้หลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเป็นหลัก เพราะเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอนจึงไม่เกิดความยุ่งยากในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

4.2 วิเคราะห์ปัญหาการมีสถานะผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

จากการศึกษาพบว่า สถานะของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามคำนิยามในมาตรา 5 คือ ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด ทั้งนี้เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยต้องเป็นผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ เป็นผู้ประกอบการธุรกิจสามรายแรก ในตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ถือว่าผู้ประกอบการรายนั้นมีสถานะ

เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว จึงต้องมีการควบคุมพฤติกรรมหรือลงโทษผู้ประกอบธุรกิจที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

จากการศึกษา ผู้เขียนจึงพบปัญหาจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใดมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแล้วยังไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายจนกว่าจะได้กระทำตามความในมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กล่าวคือ (1) มีการกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม มีลักษณะอย่างไร (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม (3) มีการระงับ ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบการนำเข้ามาในราชอาณาจักร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (4) มีการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้มีภาระปัญหาที่จะต้องไปพิสูจน์กันอีกว่ามีพฤติกรรมจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันหรือไม่และมีความเสียหายอย่างไร จึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ทันทั่วถึง ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกันได้รับผลกระทบจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดทำการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการใด กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม รวมทั้งกีดกันหรือจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจอื่น อีกทั้งผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าข่ายเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดทราบแต่เพียงว่าธุรกิจของตนนั้นมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเท่าใด แต่ไม่อาจทราบว่าผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกันมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเท่าใดรวมทั้งยอดเงินขายทั้งหมดของตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่ทราบส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาของตนนั้นเกินกว่าประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดไว้หรือไม่

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดให้มีสถานะของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เมื่อผู้ประกอบธุรกิจรายใดเข้าหลักเกณฑ์การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดแล้ว ให้เจ้าหน้าที่ของกระทรวงพาณิชย์ที่มีข้อมูลส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาของตลาดสินค้าหรือบริการนั้นแจ้งให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทราบเพื่อให้ออกหนังสือเตือนไปยังผู้ประกอบธุรกิจที่มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดได้ทราบถึงการมีสถานะดังกล่าวเพื่อเป็นการป้องกันในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการฝ่าฝืน มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยอ้างความไม่รู้ถึงการมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมาเป็นข้ออ้างให้ตนไม่ต้องรับโทษ และเป็นการป้องกันการกระทำที่ก่อให้เกิดการผูกขาดตลาดหรือจำกัดการแข่งขันในการ

ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบ จะทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจเพื่อแข่งขันได้ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจการค้า การลงทุน ตลอดจนสังคมส่วนรวมของประเทศ อีกทั้งเพื่อเป็นการรักษาสมดุลให้เป็นไปได้ตามหลักกลไกตลาด รวมทั้งให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจเข้ามาตรวจสอบผู้ประกอบการธุรกิจที่มีสถานะดังกล่าวได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก่อนหรือให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นดำเนินการร้องเรียนถึงการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำสั่งให้ หยุด เปลี่ยนแปลงแก้ไข ลดการกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในตลาด โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดถึงบทลงโทษของผู้มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้

ในประเด็นนี้ หากเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกา ไม่ได้กำหนดถึงการมีสถานะผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้

สหภาพยุโรป ไม่ได้กำหนดถึงการมีสถานะผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้

ประเทศแคนาดา ไม่ได้กำหนดถึงการมีสถานะผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้
สาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้กำหนดถึงการมีสถานะผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้

จากที่กล่าวมาข้างต้น กฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา สหภาพยุโรป และสาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้กำหนดถึงการมีสถานะผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้

4.3 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 50 และมาตรา 54 แห่ง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 50 และมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้พยายามปรับปรุงองค์กรและโครงสร้างคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้มีการดำเนินการที่เป็นอิสระ และให้มีการดำเนินการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องมีกลไกในการติดตาม ประเมินผลการดำเนินงานขององค์กรที่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวและรายงานผลต่อสาธารณชนด้วย เพื่อให้เกิดความ โปร่งใสและตรวจสอบได้ อีกทั้งเพิ่มขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย เช่น ให้ครอบคลุมถึงรัฐวิสาหกิจที่มีการประกอบธุรกิจกับภาคเอกชน อย่างไรก็ตาม ปัญหาของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือผู้ประกอบการใดที่ร่วมกับผู้ประกอบการอื่น

ที่แข่งขันในตลาดเดียวกันกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขัน สามารถพบเห็นอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนตามมาตรา 50 และ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงมีบทลงโทษทางอาญาในมาตรา 72 ว่า ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 50 หรือ มาตรา 54 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกินร้อยละ 10 ของรายได้ในปีที่กระทำความผิด หรือทั้งจำทั้งปรับ และในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เพื่อลงโทษผู้ฝ่าฝืนให้เด็ดขาด

ดังนั้น ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า การพิจารณาคดีอาญา ศาลต้องพิเคราะห์ถึงพยานหลักฐานให้สิ้นข้อสงสัยก่อนพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด เนื่องจากการลงโทษทางอาญาจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ส่วนการลงโทษหนักเบาเพียงใดขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดและดุลพินิจของศาล ดังนั้น โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงต้องนำบทบัญญัติทั่วไปในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและกระบวนการการฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 จะนำหลักการ Rule of Reason มาพิจารณาถึงผลแห่งการกระทำความผิดด้วย แต่การพิจารณาคดีที่มีโทษทางอาญาไม่ได้สอดคล้องกับหลักการ Rule of Reason ซึ่งหลักการดังกล่าวพิจารณาจากผลแห่งการกระทำความผิดที่เป็นการผูกขาดและลดการแข่งขัน แม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจกระทำความผิดไม่สำเร็จ ยังต้องรับโทษทางอาญาฐานพยายามกระทำความผิด ซึ่งการลงโทษทางอาญานี้ย่อมเป็นการรบกวนการแข่งขันทางการตลาด ซึ่งการพิจารณาคดีตามกระบวนการทางอาญาต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน จึงไม่อาจแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ทันทั่วทั้งที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจในวงกว้าง อาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจอาจต้องออกจากตลาดหรือสูญเสียความสามารถทางการแข่งขันตลอดจนผู้ลงทุนจากต่างประเทศอาจไม่มีความมั่นใจที่จะมาลงทุนในประเทศต่อไปในอนาคต

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจรายใดมีการฝ่าฝืนตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 หรือ มาตรา 54 ซึ่งต้องรับโทษตามมาตรา 72 จึงควรเพิ่มบทลงโทษ คือ ค่าปรับทางปกครองโดยการพิจารณาออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองโดยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งพฤติกรรมที่ได้กระทำความผิดเช่นเดียวกับที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 80 ถึงมาตรา 85 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ได้แก้ไขใหม่ โดยให้มีการพิจารณาโทษปรับทางปกครองซึ่งคำนวณจากสัดส่วนของรายได้ของผู้ประกอบธุรกิจที่ได้กระทำการฝ่าฝืนข้อกฎหมาย ทั้งนี้ให้ยกเลิกโทษปรับไม่เกินร้อยละ 10 ของรายได้ในปีที่กระทำความผิด

ตามความในมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้มีผลเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่มีการฝ่าฝืนได้ทันที อีกทั้งยังทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการแข่งขันมีอำนาจพิจารณาการกระทำดังกล่าวได้รวดเร็วขึ้นด้วย

ในประเด็นนี้ หากเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกา กำหนดให้มีค่าปรับเป็น 3 เท่าของมูลค่าความเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับ (ค่าเสียหายเชิงลงโทษ) รวมทั้งมีการลดหย่อนค่าปรับได้ในกรณีที่มีการยอมรับผิดและให้ความร่วมมือกับทางภาครัฐ เช่น การให้ข้อมูลของตนเอง หรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ อีกทั้งในสหรัฐอเมริกาในความผิดเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดจะไม่นำโทษทางอาญามาบังคับใช้ แม้ Sherman Act 1890 นั้นจะมีบทบัญญัติลงโทษทางอาญา แต่กฎหมายเกี่ยวกับป้องกันการผูกขาดก็มิใช่มีนโยบายในการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 2 ซึ่งเป็นคดีแพ่งเท่านั้น เนื่องจากคดีแพ่งของสหรัฐอเมริกานั้นสอดคล้องกับหลัก Rule of Reason ที่มุ่งพิจารณาถึงผลแห่งการกระทำว่ามีผลเป็นต่อการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ หากผลของการกระทำไม่กระทบถึงการการแข่งขันทางการค้าก็จะไม่มีบทลงโทษ และการเยียวยาในคดีแพ่งนั้น ศาลสามารถสั่งให้หยุดการกระทำที่เป็นการป้องกันการผูกขาดได้ โดยไม่ต้องลงโทษทางอาญาที่มีความรุนแรงและอาจส่งผลให้เป็นการหยุดการแข่งขันได้

ประเทศแคนาดา ได้มีการยกเลิกบทบังคับโทษทางอาญาและบังคับใช้เฉพาะบทบัญญัติทางแพ่งเท่านั้น การพิสูจน์ความผิดในการผูกขาดนั้นเหมาะที่จะใช้หลัก Rule of Reason เพราะสามารถจัดการกับการเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจในประเทศแคนาดาได้ ซึ่งรวมไปถึงผลกระทบที่แตกต่างกันในแต่ละอุตสาหกรรม

สหภาพยุโรป มีมาตรการลงโทษจำคุก และโทษปรับ รวมถึงมีโทษปรับทางปกครองด้วย แต่มีการยกเว้นและลดหย่อนค่าปรับทางปกครอง และหากมีการชำระค่าปรับทางปกครองแล้วองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายไม่ส่งฟ้องต่อเป็นคดีอาญา

สาธารณรัฐเกาหลี ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (KFTC) สั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นหยุดเปลี่ยนแปลงการกระทำหรือสั่งปรับทางปกครองเท่านั้น ไม่มีบทกำหนดโทษในทางอาญาเอาผิดแก่การกระทำความผิด

จากที่กล่าวมาข้างต้น สรุปได้ว่า การลงโทษทางอาญาอาจทำให้ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลาย ๆ ประเทศ ซึ่งต้องการให้ระบบเศรษฐกิจมีการพัฒนาและเจริญเติบโตอย่างต่อเนื่อง เช่นนี้ การลงโทษทางอาญาควรลงโทษเฉพาะกรณีคดีที่มีความผิดร้ายแรงและชัดเจน เช่น การสมคบคิดกันลดการแข่งขันและใช้อำนาจผูกขาดเพื่อเพิ่มกำไร เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีที่มีโทษทางอาญาต้องพิสูจน์จนถึงขั้นสงสัยตามสมควร ตามมาตรา 227 แห่ง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยการกระทำผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า บางกรณีอาจทำการพิสูจน์จนสิ้นสงสัยนั้นต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน จึงไม่อาจแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ทันทั่วถึงที่ ส่งผลให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจในวงกว้าง อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจอาจต้องออกจากตลาดหรือสูญเสียความสามารถทางการแข่งขัน

4.4 วิเคราะห์ปัญหาการใช้พฤติกรรมอย่างไม่ธรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้กำหนดการห้ามผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกำหนดหรือรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการ และกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 (1) และ (2) ซึ่งเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่สมควรกระทำต่อผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตน จนทำให้ผู้ประกอบการอื่นนั้นขาดอิสระในการประกอบธุรกิจในตลาดของตน สร้างความเสียหายต่อผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของผู้ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถแข่งขันในตลาดของตนได้ การที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเข้าแทรกแซงไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม อันเป็นเรื่องที่ไม่มีความยินยอมโดยสมัครใจ หรือไม่มีทางเลือกอื่นใด ย่อมไม่ชอบธรรม เพราะถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองโดยแท้

ดังนั้น ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 ที่กำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด กระทำการกำหนดหรือรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการอย่างไม่เป็นธรรม รวมทั้งการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น โดยให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่จะพิจารณาถึงพฤติกรรมดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงพฤติกรรมที่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม แต่ให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเพียงอย่างเดียว ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความไม่ชอบธรรมขึ้นได้ ดังนั้นควรมีหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมเพื่อยึดถือหลักเกณฑ์เป็นแนวทางต่อไป

จากปัญหาดังกล่าว ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลกได้แนะนำทางปฏิบัติในการพิจารณาพฤติกรรมต่าง ๆ ว่าเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมอย่างไร ผู้เขียนพบว่ามีหลายพฤติกรรม ดังนี้ผู้เขียน

จึงขอยกตัวอย่างเพียง 3 พฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการ
แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เท่านั้น มีดังต่อไปนี้¹

1) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance) มีวิธีการและขั้นตอนการพิจารณา
ดังนี้

(1) ให้พิจารณาว่าธุรกิจต้นทางและปลายทางมีอำนาจตลาดในตลาดต้นทางและ
ปลายทางที่เกี่ยวข้องหรือไม่

(2) ให้พิจารณาว่าธุรกิจปลายทางที่มีอำนาจตลาดได้บังคับให้ผู้ผลิตต้องกำหนด
เงื่อนไขเกี่ยวกับราคาขายต่อให้แก่ธุรกิจปลายทางอื่น ๆ ที่ไม่มีอำนาจตลาดต้องปฏิบัติตามหรือไม่

(3) พิจารณาต่อไปว่าราคาขายต่อดังกล่าวเกิดจากการร่วมกันกำหนดราคาขายต่อ
ของธุรกิจขายปลีกปลายทางหรือไม่ หากมีการกำหนดราคาขายต่อติดต่อกันเป็นเวลานานก็มี
โอกาสสูงที่ธุรกิจขายปลีกปลายทางทั้งหลายร่วมกันกำหนดราคาขายต่อ

(4) พิจารณาต่อไปว่าการร่วมกันกำหนดราคาขายต่อก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้บริโภค
หรือไม่ โดยนำปัจจัยที่ว่าพฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อในบางกรณีเป็นการส่งเสริมให้มี
ประสิทธิภาพ ได้แก่ 1) คว้าธุรกิจต้นทางมีอำนาจตลาดเหนือสินค้าซึ่งมีการกำหนดราคาขายต่อ
หรือไม่ 2) คว้าการกำหนดราคาขายต่อไปก่อให้เกิดการร่วมกันกำหนดราคาโดยชัดแจ้งหรือโดย
ปริยายระหว่างธุรกิจปลายทางหรือไม่ หากมีการรักษาราคาขายต่อเป็นเวลานาน โอกาสที่การ
กำหนดราคาขายต่อเป็นการร่วมกันกำหนดราคาจะสูงขึ้น 3) พิจารณาว่าการร่วมกันกำหนดราคาขาย
ต่อมีผลเสียต่อผู้บริโภคหรือไม่

2) การกำหนดให้ขายเฉพาะสินค้าของผู้มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น (Exclusive Dealing)
มีวิธีการและขั้นตอนการพิจารณา ดังนี้

(1) ให้พิจารณาว่าธุรกิจ หรือกลุ่มธุรกิจต้นทางมีอำนาจตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง
หรือไม่

(2) ให้พิจารณาว่าการกำหนดให้ขายเฉพาะสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจ
ตลาดยิ่งทำให้มีอำนาจตลาดสูงขึ้น และทำให้คู่แข่งต้องออกจากตลาด หรือทำให้คู่แข่งเข้าสู่ตลาด
ไม่ได้หรือไม่ อำนาจตลาดจะเพิ่มสูงขึ้นหากมีข้อกำหนดให้ขายเฉพาะสินค้าของผู้มีอำนาจตลาด
เป็นเวลานาน

(3) ให้พิจารณาว่าการที่คู่แข่งต้องออกจากตลาดหรืออาจต้องออกจากอุตสาหกรรม
นั้นมีผลทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งหรือไม่ โดยต้องพิจารณาปัจจัยว่าการกำหนดให้ขาย

¹ ศักดา ธนิตกุล. (2553). *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 98.

เฉพาะสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีผลเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพในบางกรณี ประกอบด้วย

3) การขายพ่วงสินค้า (Tie-in) มีวิธีการและขั้นตอนการพิจารณา ดังนี้

(1) ให้พิจารณาว่าธุรกิจใดซึ่งมีอำนาจตลาดจะมีอำนาจตลาดในตลาดของสินค้าขายพ่วง (Tying Product) หรือไม่

(2) ให้พิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีอำนาจตลาดสูงขึ้นในตลาดของสินค้าที่ถูกพ่วง (Tie-product) โดยการใช่วิธีการขายพ่วงดังกล่าวหรือไม่

(3) ให้พิจารณาว่าการขายพ่วงดังกล่าวมีผลทำให้คู่แข่งต้องออกจากตลาดหรืออาจต้องออกจากตลาดหรือป้องกันไม่ให้คู่แข่งรายใหม่เข้าสู่ตลาดหรือไม่

(4) ให้พิจารณาว่าการออกจากตลาดของคู่แข่งหรือคู่แข่งอาจต้องออกจากตลาดนั้น มีผลเสียต่อผู้บริโภคหรือไม่²

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า ควรเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมในการกระทำตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายมีความชัดเจน เนื่องจากในปัจจุบันมีเพียงแนวทางปฏิบัติเท่านั้น ทำให้ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่สามารถทราบได้ว่าการดำเนินธุรกิจอย่างไรที่จะเข้าข่ายว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม และจะได้ตระหนักถึงหลักในการดำเนินธุรกิจที่ไม่เอารัดเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดเดียวกัน รวมถึงผู้บริโภคที่อาจได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวด้วย จึงเห็นควรให้กำหนดถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาดังกล่าวให้ชัดเจนว่าพฤติกรรมอย่างไรเป็นการกระทำที่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นและสามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างครอบคลุมและชัดเจน

ในประเด็นนี้ หากเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกา ไม่ได้ระบุรายละเอียดว่าเช่นใดจึงจะถือว่าการผูกขาดหรือการพยายามผูกขาด หรือเป็นใช้พฤติกรรมอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จึงเป็นหน้าที่ของศาลมีหน้าที่เป็นผู้ตีความและเป็นผู้วางหลักเกณฑ์ว่าเป็นการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด หรือเป็นใช้พฤติกรรมอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่อย่างไร

ประเทศแคนาดา ไม่ได้ระบุรายละเอียดว่าพฤติกรรมเช่นใดถือเป็นการใช้พฤติกรรมอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จึงเป็นหน้าที่คณะกรรมการแข่งขัน

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

ทางการค้าจะพิจารณาประกอบกับช่วงระยะเวลาที่มีผู้ประกอบการถูกกล่าวหาว่ามีการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด

สหภาพยุโรป ไม่ได้ระบุรายละเอียดว่าพฤติกรรมเช่นใดถือเป็นการใช้พฤติกรรมอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จึงเป็นหน้าที่ของศาลและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่จะตีความว่าเช่นใดจึงจะถือว่าการใช้อำนาจเพื่อที่จะเข้าไปอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือในสถานะที่ได้เปรียบกว่าผู้ประกอบการรายอื่น

สาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้ระบุรายละเอียดว่าพฤติกรรมเช่นใดถือเป็นการใช้พฤติกรรมอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จึงเป็นหน้าที่ของกองควบคุมการผูกขาด (Monopoly Regulation Bureau) มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ