



ปัญหาในการควบคุมพฤติกรรมการแข่งขันของธุรกิจดิจิทัล ที่ไม่เป็นธรรมภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ในยุคของ Big Data

The Problem on Controlling Behavior of Unfair Competition in Particular Digital Business under Thai Competition Law in the Era of Big Data

รุ่งนภา อติศรมงคล¹

ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ 50 ถนนงามวงศ์วาน เขตจตุจักร
กรุงเทพฯ 10900 เมล์ติดต่อ: Fsocrnp@ku.ac.th

Rungnapa Adisormmongkon

Department of Law, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University, 50, Ngamwongwan Road, Chatuchak,
Bangkok, 10900, E-mail: Fsocrnp@ku.ac.th

เศรษฐบุตร์ อธิธิธรรมวินิจ²

ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ 50 ถนนงามวงศ์วาน เขตจตุจักร กรุงเทพฯ
10900 เมล์ติดต่อ: Fsocsti@ku.ac.th

Setthabut Ittithamwinit

Department of Law, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University, 50, Ngamwongwan Road, Chatuchak,
Bangkok, 10900, E-mail: Fsocsti@ku.ac.th

Received: August 10, 2020; Revised: December 25, 2020; Accepted: January 25, 2021

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ (Department of Law, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University).

² ผู้ช่วยศาสตราจารย์, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ (Department of Law, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University).



บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงลักษณะของพฤติกรรมการกีดกันการแข่งขันในตลาดดิจิทัล และมาตรการในการควบคุมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปและประเทศเยอรมนี โดยพบว่า ลักษณะการกระทำที่เป็นการกีดกันการแข่งขันของธุรกิจดิจิทัลมีลักษณะแตกต่างจากการกีดกันการแข่งขันของธุรกิจปกติทั่วไป ธุรกิจทั่วไปส่วนกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการกำไรส่วนเกิน แต่สำหรับธุรกิจดิจิทัล เป็นการให้บริการผ่านแพลตฟอร์มและแอปพลิเคชันต่าง ๆ โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายจากผู้ใช้ แต่มีการจัดเก็บข้อมูลจนกลายเป็น Big data และจะมีการใช้มูลค่าที่อยู่ในข้อมูลเหล่านี้เพื่อสร้างรายได้จากการโฆษณา การกระทำเพื่อกีดกันการแข่งขันจึงเปลี่ยนเป็นกระทำการเพื่อมุ่งให้องค์กรธุรกิจได้มาซึ่งข้อมูลจำนวนมาก แต่ พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมเพื่อควบคุมการกีดกันการแข่งขันที่มีสาเหตุมาจาก Big data ในขณะที่กฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายเยอรมันมีบทบัญญัติเพื่อปรับใช้อย่างครอบคลุม งานวิจัยนี้จึงมีข้อเสนอแนะให้ปรับปรุง พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้าฯ โดย (1) ปรับหลักเกณฑ์พิจารณาการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และ (2) เพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นมาตรการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดดิจิทัลตามแนวทางของประเทศเยอรมนี

คำสำคัญ: ตลาดดิจิทัล ข้อมูลขนาดใหญ่ การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม การใช้อำนาจเหนือตลาด โดยไม่ชอบ



Abstract

This research aimed to study the behavior that impedes competition in the digital markets and the legal measure of Thai competition law for controlling such behavior comparing with the European and German laws. The finding revealed that anti-competitive conducts in the digital market are different from the traditional market. The anti-competitive conducts of a common undertaking aim excessive profit. However, the digital industries that offer their services via platforms and applications with zero-price to users collect data so called Big Data, and use the value in those data to monetize from the tailored advertising. So far, the possible anti-competitive conduct of the undertaking has changed to the acquirement of a huge amount of data to his own business. Nevertheless, the provisions of the Trade Competition Act B.E 2560 do not cover those kinds of conduct on the ground of Big Data, in the meanwhile, the European and German competition laws had the provisions for coping with this issue. This research proposed to amend the Trade Competition Act as (1) to revise the principle for considering a position of dominant undertaking and, (2) to add the provision of controlling measure on the behavior of the undertaking in the digital markets as the approach of Germany.

Keywords: Digital Market, Big Data, Unfair Competition, Abuse of Dominant Position



1. บทนำ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรมในทางเศรษฐกิจของบุคคลต่าง ๆ ที่อยู่ในระบบตลาด ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิต หรือองค์กรธุรกิจ ไม่ให้มีการผูกขาดในตลาด หรือผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดได้ไปซึ่งอำนาจตลาดที่สามารถควบคุมตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง โดยมีอำนาจกำหนดราคาและปริมาณสินค้าโดยปราศจากแรงกดดันจากตลาด ซึ่งทำให้เกิดสภาพการจำกัดการแข่งขัน อันเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ ทำให้สินค้าและบริการลดคุณภาพ ไม่มีการสร้างนวัตกรรม ทั้งเกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคโดยมีสินค้าหรือบริการให้เลือกซื้อน้อยลง และราคาสูง ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงต้องมีมาตรการในการควบคุมพฤติกรรมต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อการแข่งขัน โดยพฤติกรรมของธุรกิจที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันมี 4 รูปแบบหลัก คือ (1) การควบรวมกิจการ (2) การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบธรรม (3) การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ และ (4) การปฏิบัติทางการค้าในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม³

พฤติกรรมของธุรกิจทั่วไปที่ก่อให้เกิดการกีดกันการแข่งขัน หรือเกิดการกระจุกตัวของตลาด ใน 4 รูปแบบที่กล่าวนี้ มักมีวัตถุประสงค์ของการกระทำเพื่อต้องการกำไรส่วนเกิน เช่น ควบรวมกิจการเพื่อต้องการเพิ่มสัดส่วนตลาดและมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งจะทำให้มีโอกาสควบคุมตลาดได้ แต่ถ้ามีอำนาจเหนือตลาดอยู่แล้วโดยชอบ จะใช้อำนาจเหนือตลาดในทางไม่ชอบเพื่อควบคุมราคาและปริมาณสินค้าในตลาด เช่นเดียวกับการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการไม่ว่าจะอยู่ในระดับเดียวกันหรือไม่ก็ตาม จะร่วมกันทำข้อตกลงเพื่อมีวัตถุประสงค์ด้านราคาสินค้าหรือบริการ เกิดการควบคุมตลาดร่วมกัน หรือร่วมกันแบ่งพื้นที่เพื่อต้องการให้ตลาดสินค้าหรือบริการเป็นของผู้ประกอบการที่ตกลงร่วมกัน แต่ถ้าเป็นธุรกิจดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นตลาดหลายด้าน (multi-sided market) เช่น ธุรกิจเครื่องมือค้นหา Google จะมีตลาดระหว่าง Google กับผู้ใช้บริการ (user) และตลาดระหว่าง Google กับผู้โฆษณา ซึ่งธุรกิจดิจิทัลเป็นการให้บริการในรูปแบบต่าง ๆ ผ่านแพลตฟอร์มและแอปพลิเคชัน และส่วนใหญ่เป็นการให้บริการที่ไม่มีการคิดค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้ (user) ดังนั้น พฤติกรรมต่าง ๆ ของธุรกิจจึงไม่ได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการให้ได้กำไรส่วนเกินจากการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ เพราะบริการของธุรกิจไม่ได้มีการกำหนดราคา แต่ธุรกิจดิจิทัลสร้างรายได้จากข้อมูลของผู้ใช้บริการแพลตฟอร์ม และแอปพลิเคชัน ที่มีการเก็บรวบรวมจำนวนมากจนเป็น Big Data ด้วยการโฆษณาแบบมีเป้าหมายไปยังผู้ใช้บริการรายบุคคล จึงเห็นได้ว่าธุรกิจดิจิทัลไม่ได้สร้างมูลค่าจากผลิตภัณฑ์ที่

³ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ และประสพสุข สังข์บุญมาก, *Trade and Competition* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 8.

เป็นแพลตฟอร์มและแอปพลิเคชันของบริษัท ดังนั้น ในตลาดดิจิทัลจึงถือว่าข้อมูลเหล่านี้ คือสินทรัพย์รูปแบบใหม่ที่ธุรกิจต้องรักษา และใช้มูลค่าจากข้อมูลเหล่านี้ เพื่อสร้างประโยชน์สูงสุดให้แก่ธุรกิจ ดังนั้น ลักษณะของการกระทำในพฤติกรรมต่าง ๆ ของธุรกิจดิจิทัลเพื่อกีดกันการแข่งขันจึงมีลักษณะเปลี่ยนไปจากเดิม

อนึ่ง ในปัจจุบันถือเป็นยุคดิจิทัล เพราะบุคคลทำธุรกรรมและดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ผ่านระบบออนไลน์ ทำให้มีการจัดเก็บข้อมูลอยู่ตลอดเวลาจากหลากหลายแหล่ง ข้อมูลจึงมีจำนวนมาก และมีความทันสมัยอยู่ตลอดเวลา ทำให้เรียกว่าเป็นยุค Big Data กล่าวคือ เป็นยุคที่มีข้อมูลเกิดขึ้นจำนวนมาก โดยเฉพาะธุรกิจดิจิทัลที่ใช้ข้อมูลเป็นสิ่งขับเคลื่อนธุรกิจ เนื่องด้วยข้อมูลจำนวนมากนี้ ทำให้ผู้ประกอบการสามารถทราบถึงพฤติกรรมของผู้บริโภคในเชิงลึกอันนำไปใช้สร้างรายได้ และความได้เปรียบทางธุรกิจ ปัจจุบันจึงถือว่า Big Data หรือข้อมูลจำนวนมากเหล่านี้เป็นสินทรัพย์ประเภทหนึ่ง ซึ่งถ้าเปรียบเทียบคงกล่าวว่ามีน้ำหนัก คือ หัวใจของธุรกิจปิโตรเลียม ส่วนหัวใจของธุรกิจดิจิทัล คือ Big Data จึงส่งผลให้ผู้ประกอบการกระทำการในหลายลักษณะเพื่อผูกขาดข้อมูล ตลอดจนกีดกันการเข้าถึงข้อมูลของผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ทั้งเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ โดยเฉพาะเมื่อการกระทำเหล่านั้นเกิดจากการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายใหญ่หรือด้วยความมีสถานะเหนือตลาด โดยภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบธรรม

จากการศึกษาในคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าลักษณะการกระทำซึ่งเป็นพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมในธุรกิจดิจิทัล ล้วนแต่มีสาเหตุมาจาก Big Data เพราะ Big Data คือ ข้อมูลสารสนเทศที่ประกอบไปด้วยหลัก 4Vs⁴ ได้แก่ ขนาด (volume) ความหลากหลาย (variety) ความเร็ว (velocity) และความถูกต้อง (veracity) จึงสามารถนำมาใช้วิเคราะห์ผ่านอัลกอริทึม (algorithm) เพื่อให้ทราบพฤติกรรมของผู้บริโภคในเชิงลึกและสะท้อนความต้องการอย่างแท้จริงและเป็น real-time ซึ่งนำไปใช้ประโยชน์ในการหารายได้หลากหลายวิธี โดยพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจดิจิทัล ได้แก่ การรวบรวมหรือซื้อกิจการซึ่งไม่ได้กระทำเพื่อมุ่งให้มีอำนาจผูกขาดหรืออยู่ในสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเหมือนเช่นธุรกิจทั่วไป แต่กระทำเพื่อมุ่งถ่ายโอนข้อมูลระหว่างกันของธุรกิจที่รวบรวมหรือซื้อกิจการ ทั้งนี้ เมื่อรายได้ของธุรกิจดิจิทัล คือ การโฆษณา และในการโฆษณาได้ต้องใช้อข้อมูลของผู้ใช้บริการแพลตฟอร์ม ดังนั้น ถ้ามีข้อมูลจำนวนมากเท่าใดรายได้จากการโฆษณาก็จะมากขึ้นตามไปลำดับ อีกทั้ง เมื่อมีการรวบรวมเป็นหน่วยธุรกิจใหม่ ทำให้ธุรกิจมีปริมาณข้อมูลเพิ่มมากขึ้น

⁴ Daniel L. Rubinfeld and Michal S. Gal, "Access Barrier to Big Data," *Arizona Law Review* 59 (2017): 346-347.



และสิ่งหนึ่งที่เป็นผลมาจากการมีข้อมูลจำนวนมากของธุรกิจ คือ network effect (ผลเครือข่าย) ซึ่งประสิทธิภาพของเครือข่ายนี้จะก่อให้เกิดอุปสรรคแก่การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ ทั้งนี้เพราะผลลัพธ์จาก network effect คือ การสร้างอำนาจทางตลาดให้แก่ธุรกิจ ซึ่งประเด็นนี้เป็นสิ่งค้ำประกันของศาลสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาคดี United States v. Bazaarvoice ที่เป็นการรวบรวมกิจการของ Bazaarvoice กับ Power Reviews

นอกจากนี้ พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางไม่ชอบธรรมของธุรกิจดิจิทัลนี้ มิได้มีผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นเพียงเท่านั้น แต่เริ่มมีผลกระทบต่อผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ใช้แพลตฟอร์มและแอปพลิเคชัน ซึ่งเห็นในคดี Facebook ที่กำหนดเงื่อนไขการใช้บริการใหม่เชิงบังคับให้ผู้ใช้อินยอมเปิดเผยข้อมูลทุกอย่างที่เกิดขึ้นระหว่างการใช้แพลตฟอร์ม Facebook แม้เป็นการใช้เว็บไซต์ของบุคคลที่สามก็ตาม หรือกรณีที่ Facebook ทำการซื้อกิจการของ WhatsApp หลังจากนั้น WhatsApp กำหนดข้อตกลงเชิงบังคับกับผู้ใช้ออปพลิเคชันต้องยินยอมให้ WhatsApp ส่งข้อมูลทุกอย่างของผู้ใช้ให้แก่ Facebook ส่วนการกระทำที่มีผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่น ได้แก่ การปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงข้อมูลต่างๆ ที่บริษัทครอบครองอยู่ หรือใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากำหนดข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมขององค์กรธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของแพลตฟอร์ม เช่น กรณี Amazon ที่ทำข้อตกลงกับผู้ขายสินค้าในแพลตฟอร์มของบริษัทต้องยินยอมให้ Amazon ใช้ข้อมูลของผู้ขาย เพื่อสร้างความได้เปรียบในการขายสินค้าของบริษัท หรือกรณีของ Google Shopping ใช้อัลกอริทึม (algorithm) ของบริษัทแทรกแซงเพื่อให้ปรากฏการเปรียบเทียบราคาสินค้าของบริษัทในหน้าผลลัพธ์การค้นหาและปรากฏอยู่ในลำดับต้น ๆ ซึ่งเป็นการเอาเปรียบคู่แข่ง

จากกรณีที่กำลังกล่าวมาข้างต้น ถือได้ว่าพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในตลาดดิจิทัลไม่ใช่การกระทำลักษณะปกติ เนื่องจากมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงต้องควบคุมการกระทำดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่มีอยู่ใน พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังไม่ครอบคลุมลักษณะการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันของธุรกิจดิจิทัลที่มีสาเหตุจากการใช้ประโยชน์ใน Big data โดยงานวิจัยชิ้นนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษารูปแบบพฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดดิจิทัล และวิเคราะห์ปัญหาพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของธุรกิจในตลาดดิจิทัล กับการควบคุมพฤติกรรมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปและประเทศเยอรมนีเพื่อนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้เป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยให้มีความสมบูรณ์ต่อไป

2. ความสำคัญของ Big Data กับธุรกิจ

การเรียกว่า Big Data หรืออภิมหาข้อมูล เพราะข้อมูลมาจากหลากหลายแหล่งรวมกัน ในปริมาณมากจนมีขนาดใหญ่ และด้วยหลักสำคัญของ Big Data ที่ประกอบด้วย 4Vs⁵ ซึ่งนำไปใช้สร้างอำนาจทางการตลาดให้แก่ธุรกิจดิจิทัล อันได้แก่

- 1) Volume คือ ขนาด เนื่องด้วยข้อมูลมีขนาดมากมายอย่างมหาศาล
- 2) Variety คือ ความหลากหลาย เนื่องจากข้อมูลมีหลายประเภท แหล่งข้อมูลมาจากทั้งภายในและภายนอกองค์กร โดยอาจจะมาจากการกระทำของบุคคล เช่น ข้อมูลของผู้ใช้ใน Facebook WhatsApp หรืออาจจะมาจากเครื่องกล เช่น Internet of Things
- 3) Velocity คือ ความเร็ว โดยข้อมูลถูกสร้างขึ้นอย่างรวดเร็ว และสามารถนำไปใช้ได้ทันที
- 4) Veracity คือ ความถูกต้อง

ในตลาดออนไลน์ ณ ปัจจุบัน ถือว่าข้อมูลมีความสำคัญอย่างมากต่อการดำเนินธุรกิจ กล่าวคือ ข้อมูลต่าง ๆ เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นคำค้นหา (keyword) ในเครื่องมือค้นหา (search engine) เช่น Google การกดไลค์ กระจายการคลิกในลิงค์ต่าง ๆ (clickstream) การรีวิว หรือการเก็บข้อมูล cookie เหล่านี้ คือ สิ่งที่สามารถสะท้อนให้เห็นพฤติกรรมของผู้บริโภคในเชิงลึก ไม่ใช่เพียงทราบความสนใจสินค้าหรือบริการ แต่ทำให้ทราบถึงสาเหตุในความสนใจและความต้องการอันแท้จริงของกลุ่มลูกค้า เพื่อใช้ในการเปรียบเทียบสินค้าและราคาเสนอแก่ลูกค้า และเพื่อการโฆษณาอย่างมีเป้าหมาย ตัวอย่างเว็บไซต์เปรียบเทียบราคาและสินค้า เช่น pricegrabber.com หรือ google shopping ข้อมูลต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ค้าปลีกอีกนับร้อยราย ในธุรกิจเปรียบเทียบราคาและสินค้านี้สามารถสร้างรายได้จากการกดปุ่ม (click) ของผู้ใช้บริการให้แก่ผู้ค้าปลีกเพื่อการเสนอสินค้าหรือบริการ โดยไม่ต้องคำนึงว่าสินค้านั้นจะเป็นอะไร⁶

ปัจจุบันถือได้ว่าข้อมูลที่ได้จากบุคคลเป็นสิ่งที่ใช้แลกเปลี่ยนแทนเงินตรา (currency) ถึงแม้ในตลาดดิจิทัลเหมือนว่าผู้ใช้ไม่เสียค่าธรรมเนียมในการใช้บริการในแต่ละแพลตฟอร์ม แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้ต้องกรอกข้อมูลต่าง ๆ เพื่อแลกกับการเข้าถึงบริการของแพลตฟอร์มนั้น⁷

⁵ *Ibid.* 346-347.

⁶ Daniel M. Ringel and Bernd Skiera, "Visualizing Asymmetric Competition Among More Than 1,000 Products Using Big Search Data," *Market Science* 35, no.3 (2016): 522.

⁷ *Ibid.*



ดังนั้น ในความเป็นจริงแม้ไม่มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในรูปแบบเงินตรา เพื่อแลกกับการเข้าใช้บริการในเว็บไซต์หรือแพลตฟอร์มต่าง ๆ แต่ผู้ใช้ได้เสียค่าตอบแทนเป็นข้อมูลแทน ด้วยเหตุนี้ในตลาดดิจิทัลจึงถือว่า Big Data เป็นสินทรัพย์ประเภทหนึ่งซึ่งสามารถสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจ

ตลาดดิจิทัลถือว่าข้อมูลเป็นกุญแจสำคัญของการประสบความสำเร็จในกิจกรรมทางธุรกิจหลายประเภท และปริมาณที่มากขึ้นของ Big Data นี้เอง เมื่อผ่านการวิเคราะห์ด้วยอัลกอริทึม (algorithm) จะทำให้ข้อมูลเปลี่ยนเป็นเครื่องมือที่ทรงอำนาจในการประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะเมื่อข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่ยากในการสร้างให้เหมือนกันได้ และเมื่อปริมาณสารสนเทศ (information) มีจำนวนมากขึ้นย่อมก่อให้เกิดผลเครือข่าย หรือ network effects⁸ ที่ดึงดูดให้มีผู้ใช้หรือลูกค้าเพิ่มมากขึ้น จึงเห็นได้ว่า ผลเครือข่ายสามารถเพิ่มอำนาจทางการตลาด ตัวอย่างเช่น กรณีของ coupon.com ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มออนไลน์ในการส่งคูปองส่วนลดดิจิทัลและโปรโมชั่นต่าง ๆ ของลูกค้ากว่า 700 บริษัททั้งที่เป็นผู้ค้าปลีก หรือเป็นผู้ผลิตให้แก่ผู้บริโภคประมาณ 17 ล้านคนต่อเดือน หลักในการพิจารณาว่าผู้บริโภคคนใดต้องการคูปองสินค้าอะไรนั้น แพลตฟอร์มจะตรวจสอบข้อมูลว่าผู้บริโภคกำลังจะซื้อสินค้าใดและจะซื้อจากร้านใด เพื่อให้แพลตฟอร์มสามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้บริการ แพลตฟอร์มจึงเสนอแอปพลิเคชันในโทรศัพท์เคลื่อนที่เพื่อบริการรายการสินค้าของชำ โดยแอปพลิเคชันนี้จะค้นหาอัตโนมัติถึงคูปองที่เกี่ยวข้องกับรายการของชำที่ผู้บริโภคต้องการ และธุรกิจใช้ข้อมูลนี้ในการส่งคูปองดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคเป็นรายบุคคล⁹ จะเห็นได้ว่าธุรกิจ coupon.com สร้างรายได้จากข้อมูลที่ เป็นพฤติกรรมการใช้จ่ายของผู้บริโภค และเมื่อมีผู้ใช้บริการทั้งที่เป็นผู้บริโภคและผู้จำหน่ายสินค้าเพิ่มมากขึ้น ก็จะทำให้แพลตฟอร์มสามารถเก็บรวบรวมข้อมูลได้มากขึ้น จึงทำให้อำนาจทางการตลาดของธุรกิจเพิ่มมากขึ้นด้วย แม้อาจจะมองว่า coupon.com ประสบความสำเร็จ บริษัทอื่นจึงต้องการสร้างแพลตฟอร์มในลักษณะเหมือนกันบ้าง ซึ่งเป็นสิ่งง่ายที่บริษัทใหม่จะสร้างเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันเพื่อส่งคูปอง แต่ปัญหา คือ บริษัทใหม่ไม่มีข้อมูลของผู้บริโภค¹⁰ จึงเกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของธุรกิจใหม่

⁸ Network effect หรือ ผลเครือข่าย คือ ปรากฏการณ์ที่ทำให้มูลค่าของสินค้าหรือบริการต่อผู้ใช้หนึ่งคนเพิ่มสูงขึ้นจากการที่มีคนใช้สินค้าหรือบริการนั้นจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ จนถึงมวลวิกฤต ซึ่งเมื่อถึงจุดนั้นแล้วจะเป็นการยากในการที่ผู้ใช้จะเปลี่ยนใจไปใช้สินค้าหรือบริการของคู่แข่งรายอื่น เพราะสินค้าหรือบริการมีคุณค่าหรือประโยชน์ต่อผู้ใช้ ในขณะที่เดียวกันสิ่งที่ผู้ประกอบการได้รับจากผลเครือข่ายนี้ คือ อำนาจทางการตลาด และความเข้มแข็งของธุรกิจ

⁹ Coupon.Com Incorporated, "Coupon.Com 2014 Annual Report", (2014) cited by Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford: OUP, 2016), 191.

¹⁰ Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford: OUP, 2016), 192.

นักเศรษฐศาสตร์มองว่าข้อมูลเป็นสิ่งที่ใช้ประเมินอำนาจทางตลาดของกิจการได้ โดยเฉพาะกับอุตสาหกรรมออนไลน์ ทั้งนี้ลักษณะเฉพาะที่เกิดจากข้อมูล คือ พลวัตของตลาด (dynamic market) และผลของเครือข่าย (network effect)¹¹ ตลาดออนไลน์จะเป็นลักษณะของตลาดหลายด้าน (multi-sided market) คือ ตลาดที่มีลูกค้าหลายกลุ่มด้วยกัน เช่น Google ที่มีลูกค้าทั้งกลุ่มผู้ใช้บริการเครื่องมือค้นหา และกลุ่มลูกค้าที่เป็นผู้โฆษณาในตลาดออนไลน์ ซึ่งมูลค่าของเครือข่ายขึ้นอยู่กับปริมาณผู้ใช้ ถ้ามีผู้ใช้เพิ่มมากขึ้น จะส่งผลให้จำนวนผู้โฆษณาเพิ่มมากขึ้น ซึ่งผลของเครือข่ายมีผลกระทบทั้งด้านดีและไม่ดีต่อการแข่งขัน สำหรับด้านลบคือ การกีดกันการเข้าสู่ตลาดซึ่งเป็นปัจจัยทำให้การแข่งขันถูกจำกัด เมื่อจำนวนผู้ใช้เพิ่มมากขึ้น ข้อมูลที่เก็บรวบรวมจะมีมากกว่าคู่แข่ง โดยข้อมูลที่มากขึ้นจะนำมาซึ่งการเพิ่มคุณภาพสินค้าหรือบริการ และขณะเดียวกันเป็นการเพิ่มสัดส่วนตลาดของบริษัท ซึ่งเมื่อสัดส่วนเพิ่มมากขึ้น บริษัทนั้นจะกลายเป็นผู้ครองตลาดและเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในที่สุด หรือถ้าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่แล้วจะคงความยั่งยืนของการมีอำนาจเหนือตลาดต่อไป

3. ลักษณะการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันของธุรกิจดิจิทัล

การกระทำในทางธุรกิจที่เป็นพฤติกรรมอันจะก่อให้เกิดการผูกขาด หรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าที่กฎหมายห้าม มี 4 รูปแบบหลัก ดังต่อไปนี้

3.1 การใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ผู้มีอำนาจเหนือตลาด คือ ผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีฐานะเหนือกว่าผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดเดียวกัน มีความสามารถในการจำกัดการแข่งขันในตลาดด้วยความมีอิทธิพลเหนือตลาด และเหนือคู่แข่ง ซึ่งอาจเป็นเพราะมีส่วนแบ่งในตลาดจำนวนมาก มียอดขายสูง มีเทคโนโลยีที่ดีกว่าคู่แข่ง¹² เมื่อผู้ประกอบการอยู่ในสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด ผู้ประกอบการรายนั้นจะถูกตีกรอบความประพฤติอย่างเข้มงวดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น¹³ เนื่องจากผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีส่วนแบ่งในตลาดสูงกว่าจึงสามารถบังคับให้ผู้อื่นทำตามได้ ดังนั้นพฤติกรรมหลายกรณีของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะถูกควบคุมจากสำนักงานที่กำกับการแข่งขันทางการค้า เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรม โดยการกระทำอันไม่ชอบของผู้มี

¹¹ OECD, Data-Driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report, (October 2014) cited by Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 93.

¹² Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities. [1979] ECR 461.

¹³ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ และประสพสุข สังข์บุญมาก, *Trade and Competition*, 8.



อำนาจเหนือตลาดจะกระทำในสองกรณี ดังนี้¹⁴

1) การใช้อำนาจแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuses) โดยจะกระทำในลักษณะของการกำหนดราคาสินค้า และการขายพ่วง (tying arrangement)

2) การใช้อำนาจเพื่อขจัดการแข่งขัน (exclusionary abuses) โดยจะกระทำในลักษณะของการปฏิเสธในการทำการค้ากับคู่แข่ง (refusal to deal) การตัดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing) โดยตัดราคาให้ต่ำกว่าต้นทุนการผลิตสินค้าเพื่อมุ่งทำลายคู่แข่งที่มีเงินทุนน้อยกว่าให้ออกจากตลาด กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบการรายใหญ่ลดราคาสินค้าลงอย่างมาก ผู้ซื้อจะซื้อสินค้าที่มีการลดราคาซึ่งถูกกว่าและเมื่อเป็นสินค้าที่ทดแทนกันได้ ผู้ประกอบการรายอื่นจะต้องลดราคาลงตามเพื่อไม่ให้สูญเสียลูกค้า แต่ในที่สุดผู้ผลิตรายเล็กต้องประสบภาวะขาดทุนต่อเนื่องจนกระทั่งต้องปิดกิจการไปในที่สุด ทำให้คู่แข่งในตลาดลดน้อยลง และเมื่อผู้ประกอบการรายเล็กออกไปจากตลาดจนหมด ผู้ประกอบการรายใหญ่จะจำกัดปริมาณสินค้าและเพิ่มราคาสูงขึ้นเพื่อให้ต้นทุนที่เสียไปในการลดราคา ทำให้ได้กำไรเกินส่วนในระยะยาว¹⁵

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับลักษณะการกระทำของธุรกิจดิจิทัลอันมีผลกระทบต่อตลาด จะไม่มีลักษณะเหมือนในธุรกิจปกติที่มุ่งการกระทำเกี่ยวกับราคาสินค้าเพื่อกำไรส่วนเกินตามที่กล่าวมา ทั้งนี้ เพราะตลาดของธุรกิจทั่วไปจะเป็นตลาดด้านเดียว คือ มีผู้ซื้อและผู้ขาย แต่ในธุรกิจดิจิทัลจะเป็นลักษณะตลาดหลายด้าน (multi-sided market) และผลิตภัณฑ์ของธุรกิจดิจิทัลจะเป็นการให้บริการโดยไม่เรียกเก็บค่าธรรมเนียม ลักษณะการกระทำอันไม่ชอบจึงมีสาเหตุมาจาก Big Data หรือข้อมูล ตัวอย่างเช่น กรณี google shopping ใช้อัลกอริทึมของบริษัทเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้ปรากฏการเปรียบเทียบราคาสินค้าของบริษัทในหน้าผลลัพธ์การค้นหาในเขตเศรษฐกิจยุโรป (EEA) ซึ่งคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (European commission on competition) กังวลว่าการกระทำเช่นนี้ส่งผลให้ผู้บริโภคไม่ทราบผลลัพธ์ที่เกี่ยวข้องมากที่สุดในเรื่องที่ต้องการค้นหา ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคและเป็นการหลีกเลี่ยงไม่เปรียบเทียบราคาสินค้าของคู่แข่ง ทั้งเป็นการปิดกั้นนวัตกรรม เนื่องจากคู่แข่งไม่เกิดแรงจูงใจในการสร้างนวัตกรรมเพราะถึงแม้สินค้าของคู่แข่งจะดี แต่ก็ไม่ได้รับประโยชน์เหมือนกับสินค้าของ Google การกระทำของ Google ถือเป็นการหลีกเลี่ยงจากการเปรียบเทียบราคาสินค้าของคู่แข่งมาเป็นของบริษัทเอง ซึ่งเป็นการกีดกันการแข่งขัน คณะกรรมการการการแข่งขันของสหภาพยุโรปตัดสิน

¹⁴ สุธีร์ สุภนิธย์, *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), 45.

¹⁵ สรวิศ ลิ้มปริงซี, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543), 188.

ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) มาตรา 102 ทั้งนี้เพราะถือว่า Google เป็นผู้ใช้อำนาจเหนือตลาดในบริการค้นหาออนไลน์ทั่วไป ตลอดเขตเศรษฐกิจยุโรปทั้งหมดด้วยสัดส่วนตลาดมากกว่าร้อยละ 90¹⁶ หรือ กรณี Facebook บังคับใช้เงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการให้ต้องยอมรับเงื่อนไขทั้งหมดของ Facebook คือ การที่ผู้ใช้บริการต้องยินยอมอนุญาตเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้ที่ได้จากเว็บไซต์ของบุคคลที่สามด้วย โดยข้อมูลต่าง ๆ จะมีการส่งมายัง Facebook โดยผ่าน Application Programming Interface (APIs) ถึงแม้ว่าผู้ใช้บริการจะมีการตั้งค่าเพื่อขัดขวางการติดตามการใช้งานเว็บไซต์ในเบราว์เซอร์แล้วก็ตาม โดยสำนักงานป้องกันการผูกขาดประเทศเยอรมนีวินิจฉัยว่าข้อมูลที่เปิดเผยระหว่างการใช้อินเทอร์เน็ตหรือแอปพลิเคชันอื่นที่เชื่อมโยงกับ Facebook โดยตรงผ่านการฝังบริการของ Facebook เช่น ปุ่ม ไลค์ แชร์ การล็อกอินเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันผ่าน Facebook โดยไม่คำนึงว่าเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันนั้น Facebook จะเป็นเจ้าของหรือไม่ก็ตาม ส่งผลให้บริษัทมีการเก็บรวบรวมข้อมูลจำนวนมาก และนำไปใช้สร้างรายได้ให้ธุรกิจ ถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ¹⁷

3.2 การกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกัน (agreement)

โดยทั่วไปผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดจะมีการแข่งขันซึ่งกันและกันเพราะความกดดันของตลาด แต่ถ้าผู้ประกอบการละเว้นการแข่งขันและหันมาตกลงร่วมมือกัน ทำให้ตลาดสินค้าและบริการอยู่ในมือผู้ประกอบการรายหนึ่งซึ่งเป็นผลเสียต่อผู้บริโภคที่ไม่สามารถเลือกซื้อสินค้าในราคาถูก และเมื่อไม่มีการแข่งขันย่อมจะไม่มีการพัฒนาเทคโนโลยี ทำให้ไม่มีการแข่งขันด้านคุณภาพของสินค้าหรือบริการ โดยสามารถจำแนกลักษณะของการตกลงร่วมกันได้ 5 ลักษณะ คือ¹⁸

- 1) การร่วมกันกำหนดราคาขายหรือปริมาณสินค้า
- 2) การร่วมกันกำหนดราคาซื้อหรือปริมาณ

¹⁶ European Commission. "Fact Sheet: Commission Sends Statement of Objections to Google on Comparison Shopping Service," last modified April 15, 2015, accessed May 15, 2020, http://Europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781.en.htm.

¹⁷ European Competition Network, "Bundeskartellamt Initiates Proceeding Against Facebook on Suspicion of Having Abused its Market Power by Infringing Data Protection Rules," last modified 2015, accessed January 29, 2020, [https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/bundeskartellamt-initiates-proceeding-against-facebook-suspicion-having-abused-its-market-; Case Comp/M.7217 Facebook/WhatsApp, accessed March 20, 2020, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisionsm7217_20141003\)20310_3962132_EN.pdf](https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/bundeskartellamt-initiates-proceeding-against-facebook-suspicion-having-abused-its-market-; Case Comp/M.7217 Facebook/WhatsApp, accessed March 20, 2020, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisionsm7217_20141003)20310_3962132_EN.pdf).

¹⁸ สุธีร์ สุภณินต์, *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, 86-90.



- 3) การตกลงร่วมกันเข้าครอบครองหรือควบคุมตลาด
- 4) การตกลงร่วมมือกันในการประมูล (bid rigging)
- 5) การตกลงร่วมกันแบ่งพื้นที่ทำธุรกิจ

แต่สำหรับธุรกิจดิจิทัลนั้น ลักษณะของการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการจะไม่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ ไม่ได้มีการตกลงที่มีลักษณะเกี่ยวกับราคาหรือปริมาณสินค้า แต่เพื่อต้องการผูกขาดข้อมูลไว้ที่ธุรกิจของตนแต่ผู้เดียว จึงต้องการกีดกันการเข้าถึงข้อมูลของคู่แข่ง เช่นกรณีที่ Apple และ Google ร่วมมือกัน โดย Google มีผลตอบแทนทางธุรกิจจากการโฆษณาแบบมีเป้าหมาย จึงต้องการใช้ข้อมูลต่างๆ ของผู้ใช้บริการแพลตฟอร์มเพื่อรักษาความได้เปรียบทางการแข่งขันสำหรับการโฆษณา และเป็นสิ่งจูงใจให้ Google ขัดขวางไม่ให้คู่แข่งเก็บรวบรวมข้อมูล ซึ่งถ้าผู้ใช้งานกำลังใช้แอปพลิเคชันของคู่แข่ง ก็จะได้ข้อมูลของผู้ใช้งาน จึงทำให้บริษัทเสียรายได้จากการโฆษณา ดังนั้น ทั้งสองบริษัทจึงรวมตัวกันสร้างแอปพลิเคชันและขัดขวางไม่ให้แอปพลิเคชันของคู่แข่งอยู่บนแพลตฟอร์มสมาร์ตโฟนที่ใช้ระบบปฏิบัติการ iOS¹⁹ ซึ่งเป็นการขยายโอกาสในการเก็บข้อมูลในแอปพลิเคชันของบริษัทให้มากขึ้น และขณะเดียวกันถือเป็นการตัดโอกาสคู่แข่งในการเก็บรวบรวมข้อมูล ซึ่งคู่แข่งจะสูญเสียโอกาสในรายได้จากการโฆษณา

การที่ Google ร่วมมือกับ Apple นี้ เพราะต้องการขยายแพลตฟอร์มของบริษัทให้เข้าถึงผู้ใช้สมาร์ตโฟนกลุ่มใหญ่ เนื่องจากระบบปฏิบัติการในสมาร์ตโฟนมีสองระบบใหญ่ คือ android และ IOS ของ Apple ซึ่ง ณ ปัจจุบัน Google สามารถควบคุมผู้ใช้แอนดรอยด์ได้แล้ว โดยคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่าการกีดกันแอปพลิเคชันโทรศัพท์มือถือของคู่แข่งเป็นการกีดกันทางการค้ารูปแบบหนึ่ง²⁰

3.3 การรวมธุรกิจ (merger)

การควบรวมกิจการ คือ การรวมหน่วยทางธุรกิจสองหน่วยขึ้นไปเข้าเป็นกิจการเดียวกัน ผลเสีย คือ กระทบต่อการแข่งขันในตลาดเดียวกัน ถ้าการควบรวมกิจการเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างตลาดจะก่อให้เกิดการกระจุกตัวของตลาด และถ้าการควบรวมกิจการเป็นการเพิ่ม

¹⁹ Public Citizen, "Mission Creep-y: Google is Quietly Becoming One of the Nation's Most Powerful Political Forces While Expanding its Information-Collection Empire," accessed November 23, 2014, <https://www.citizen.org/documents/Google-Political-Spending-Mission-Creepy.pdf>. cited by Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes. *Big Data and Competition Policy*, 293.

²⁰ European Commission, "Fact sheet- Antitrust: Commission Opens Formal Investigation Against Google in Relation to Android Mobile Operating System," last modified April 15, 2015, accessed May 20, 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_4782.

อำนาจเหนือตลาดจะก่อให้เกิดการผูกขาดทางการค้า ผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะสามารถควบคุมตลาดได้ทั้งด้านราคาและกำหนดปริมาณสินค้าในตลาด ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคและขณะเดียวกันเป็นการขัดขวางการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่²¹ ในขณะที่การรวบรวมของธุรกิจดิจิทัลไม่ได้มุ่งเพื่อควบคุมตลาดด้านราคาหรือปริมาณสินค้า หรือมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อผูกขาดตลาด แต่รวบรวมหรือซื้อกิจการเพื่อต้องการถ่ายโอนข้อมูลซึ่งกันและกัน และต้องการให้มี network effect เช่น คดีการรวบรวมกิจการของ Bazaarvoice กับ Power Reviews ซึ่งเป็นธุรกิจบริการแพลตฟอร์มการจัดการ รวบรวมและแสดงเรตติ้งและรีวิวสินค้าออนไลน์ของผู้บริโภคเพื่อประโยชน์แก่ผู้จัดจำหน่ายและผู้ค้าปลีก โดยคดีนี้เป็นกรณีที่คณะกรรมการทางการค้าสหรัฐอเมริกา (federal trade commission) ไม่อนุญาตให้ Bazaarvoice รวบรวมกิจการกับ Power Reviews ดังนั้น Bazaarvoice จึงฟ้องร้องต่อศาลเพื่อขอให้ยกเลิกคำสั่งไม่อนุญาตให้ซื้อกิจการ โดยประเด็นที่ศาลเห็นว่าไม่ควรอนุญาตให้มีการซื้อกิจการในครั้งนี้ เพราะศาลพิจารณาว่ามีประเด็นของผลเครือข่าย (network effect) อย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งถ้าอนุญาต ทั้งสองบริษัทจะถ่ายโอนเนื้อหาของเรตติ้งและการวิวิธระหว่างผู้ผลิตและผู้จำหน่ายซึ่งกันและกัน และผลสะท้อนกลับ (feedback) ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายจะสร้าง network effect ซึ่งก่อให้เกิดความได้เปรียบทางการแข่งขันของ Bazaarvoice โดยหลังการรวบรวมกิจการ network effect ที่มีมาอยู่ก่อนนั้นจะมีประสิทธิภาพขึ้น เพราะลูกค้าของทั้งสองแพลตฟอร์มสามารถร่วมใช้ข้อมูลด้วยกันได้ ทำให้ลูกค้าไม่สามารถออกจาก Bazaarvoice ได้ ทั้งนี้ เมื่อมีการเชื่อมต่อระหว่างผู้จัดจำหน่ายและผู้ผลิตสินค้าจะส่งผลให้สามารถกีดกันการเข้าสู่ตลาดของคู่แข่งได้ เพราะบริษัทใหม่ที่จะเข้ามาในตลาดจะต้องตั้งต้นจากการทำให้ลูกค้าทั้งที่เป็นผู้จัดจำหน่าย และที่เป็นผู้ผลิตเชื่อมั่นในแพลตฟอร์ม ซึ่งเป็นเรื่องยากสำหรับบริษัทใหม่เพราะผู้ค้าส่วนใหญ่ซึ่งมีจำนวนมากใช้แพลตฟอร์มของ Bazaarvoice ศาลจึงไม่อนุญาตให้ซื้อกิจการ Power Reviews จะเป็นการขยาย network effect ของ Bazaarvoice และกำจัดคู่แข่งที่เหลืออยู่²²

3.4 การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice)

ความแตกต่างของอำนาจต่อรองระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายขึ้นอยู่กับขนาดของธุรกิจที่แตกต่างกัน ผู้ที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าซึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งผู้ซื้อหรือผู้ขายจะสร้างเงื่อนไขในการซื้อหรือขายสินค้าในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่ออีกฝ่ายหนึ่ง²³ ซึ่งมีผลกระทบต่อตลาด แต่สำหรับธุรกิจดิจิทัล การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจะเป็นลักษณะของการกีดกันผู้ประกอบการ

²¹ สุธีร์ สุภานิตย์, *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, 74-75.

²² United States v. Bazarvoice, Case No. 3:13-cv-00133-WHO, 2014 WL 203966 (US Dist Cr (ND Cal), 2014

²³ เตือนเต๋น นิคมบริรักษ์ และประสพสุข สังข์บุญมาก, *Trade and Competition*, 14.



รายอื่นไม่ให้เข้าถึงข้อมูลของผู้ประกอบการครอบครองอยู่ ไม่ใช่การสร้างเงื่อนไขเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าเหมือนเช่นธุรกิจทั่วไป เนื่องจากข้อมูลไม่ใช่ผลิตภัณฑ์หรือสินค้าขององค์กรธุรกิจ ซึ่งเห็นตัวอย่างได้จากคดีระหว่าง PeopleBrowser กับ Twitter²⁴ โดย PeopleBrowser คือ ธุรกิจในการดำเนินการตลาดโดยวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้จาก Twitter PeopleBrowser ได้ใช้เทคนิคเหมืองข้อมูล (data mining) ที่ได้มาจากข้อมูลเชิงลึกและจากสารสนเทศต่าง ๆ ที่สร้างไว้บน Twitter ซึ่ง PeopleBrowser ได้ให้คำตอบแทนแก่ Twitter จำนวน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปี เพื่อเข้าถึงทุกข้อความที่โพสต์บนหน้าแพลตฟอร์ม Twitter โดย PeopleBrowser ได้ใช้โปรแกรมเพื่อเชื่อมต่อกับข้อมูลสาธารณะที่อยู่ใน Twitter ซึ่งมีผู้โพสต์เฉลี่ย 340 ล้านข้อความต่อวัน PeopleBrowser วิเคราะห์สิ่งที่ผู้ใช้บริการ Twitter โพสต์เพื่อขายข้อมูลสารสนเทศ (information) ให้แก่ลูกค้าของ PeopleBrowser ซึ่งข้อมูลในเชิงลึกนี้ส่งผลต่อปฏิบัติการของผู้บริโภคที่มีต่อสินค้าและบริการ ดังนั้น Twitter จึงหาวิธีตัดช่องทางไม่ให้ PeopleBrowser เข้าถึงข้อมูลดังกล่าวโดยตรง

PeopleBrowser จึงฟ้อง Twitter โดยถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ PeopleBrowser อ้างว่าผลิตภัณฑ์ของบริษัทขึ้นอยู่กับการเข้าถึงข้อมูลที่อยู่ใน Twitter และบริษัทลงทุนปีละ 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการเข้าถึงดังกล่าว คดีนี้ศาลสหรัฐอเมริกาคัดสินให้ Twitter ต้องยินยอมให้ PeopleBrowser เข้าถึงข้อมูลที่โพสต์อยู่บน Twitter จนถึงสิ้นปี 2013 และหลังจากนั้นจะต้องได้รับอนุญาตเป็นตัวแทนจำหน่ายข้อความที่อยู่บนหน้าแพลตฟอร์ม Twitter²⁵

อีกตัวอย่างในกรณีคดี Amazon โดย Amazon มีสองบทบาทในแพลตฟอร์มซื้อขายสินค้าออนไลน์ บทบาทที่หนึ่ง มีฐานะเป็นผู้ค้าปลีกขายสินค้าในเว็บไซต์ของตนเอง และบทบาทที่สอง มีฐานะเป็นผู้จัดหาตลาดออนไลน์ให้แก่ผู้ขายที่ประสงค์จะขายสินค้าของตนเองให้แก่ผู้บริโภคโดยตรง ซึ่งในฐานะที่เป็นผู้จัดหาตลาด เนื่องจากการเป็นเจ้าของแพลตฟอร์ม Amazon ได้เก็บรวบรวมข้อมูลในกิจกรรมซื้อขายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นบนแพลตฟอร์มของบริษัทอย่างต่อเนื่อง Amazon จึงทำข้อตกลงกับผู้ขายในแพลตฟอร์มยินยอมอนุญาตให้ Amazon วิเคราะห์และใช้ข้อมูลของผู้ขายรายอื่นได้ ซึ่งการใช้ข้อมูลที่ได้จากการเก็บรวบรวมในฐานะเป็นเจ้าของแพลตฟอร์มเพื่อประโยชน์ในฐานะที่ตนเป็นผู้ค้าปลีก และ Amazon ใช้ข้อมูลจากกล่องซื้อสินค้า (Buy Box) เพื่อเสนอรายการสินค้าที่บริษัทเป็นผู้ค้าปลีกในกล่องซื้อสินค้า ซึ่งมีผลกระทบต่อการแข่งขัน การกระทำเช่นนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป จึงวินิจฉัยว่าเป็นกฤษฎาจารย์สำคัญสำหรับผู้ขายในการก่อให้เกิดการซื้อขายจำนวนมากที่กระทำผ่าน 'Buy Box'

²⁴ PeopleBrowser, Inc. v. Twitter, Inc. Case No C-12-6120 EMC, 2013 WL843032, (US District Cr (ND Cal), 2013).

²⁵ Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes, footnote n.10, 48.

ซึ่งการกระทำเช่นนี้เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 101 และ 102 TFEU กล่าวคือ มาตรา 101 TFEU ห้ามไม่ให้มีการตกลงที่เป็นการก่อให้เกิดการกีดกันการแข่งขัน และการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการในลักษณะเป็นการขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายในตลาดของสหภาพยุโรป มาตรา 102 ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางไม่ชอบ²⁶

4. ปัญหาการควบคุมพฤติกรรมกีดกันการแข่งขัน อันเนื่องมาจาก Big Data ภายใต้กฎหมายไทย

พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีการควบคุมพฤติกรรมที่เป็นการผูกขาดและกีดกันการแข่งขันอยู่ 5 มาตรา ได้แก่ มาตรา 50, 51, 54, 55, และ มาตรา 57 ซึ่งครอบคลุมในการควบคุมพฤติกรรมในลักษณะเดิม แต่ไม่สามารถปรับใช้กับการกระทำอันเป็นกีดกันการแข่งขันในตลาดดิจิทัลที่มีความซับซ้อนและมีสาเหตุมาจากการใช้ประโยชน์ใน Big data โดยอธิบาย ได้ดังนี้

4.1 การใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ตามมาตรา 50

มาตรา 50 เน้นพฤติกรรมในลักษณะของการกำหนดราคาเพื่อจำกัดคู่แข่ง โดยลดหรือระงับการผลิตสินค้าให้มีปริมาณต่ำกว่าความต้องการของตลาดเพื่อเพิ่มราคาให้สูงขึ้นในภายหลัง ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ต้องการสร้างกำไรส่วนเกิน ซึ่งไม่ตรงกับพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดในธุรกิจดิจิทัล ที่จะเป็นลักษณะของการกีดกันคู่แข่งไม่ให้เข้าถึงข้อมูล ไม่ว่าจะเป็นการปฏิเสธผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้าถึงข้อมูลที่บริษัทมี หรือการทำข้อตกลงกับคู่ค้าเพื่อต้องการผูกขาดข้อมูลไว้เพียงผู้เดียว ถ้าปรับมาตรา 50 กับการกระทำอันไม่เป็นธรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดอันเนื่องมาจากประเด็นของ Big Data ได้ใกล้เคียงที่สุด คือ การที่ธุรกิจใช้อำนาจเหนือตลาดกำหนดเงื่อนไขต่อคู่ค้าโดยปฏิเสธที่จะจำหน่ายสินค้าหรือบริการ เช่น การปฏิเสธไม่ให้คู่ค้าได้เข้าถึงข้อมูลของผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่จะมีประเด็นปัญหา กล่าวคือ ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 9 (4) วางเกณฑ์พิจารณาความไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลอันสมควรว่า ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สามารถรับฟังได้ด้วยเหตุผลอันชอบธรรมในทางธุรกิจ การตลาดหรือเศรษฐศาสตร์ ซึ่งประเด็นปัญหา คือ ข้อมูลที่

²⁶ European Commission, “Press Release- Antitrust: Commission Opens Investigation into Possible Anti-Competitive Conduct of Amazon,” last modified July 17, 2019, accessed January 29, 2020, http://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291.



ธุรกิจครอบครองนั้นมาจากการใช้ระยะเวลาและการลงทุนทางการเงิน การทดลองเทคโนโลยีที่ใช้ในการเก็บรวบรวมข้อมูล และวิเคราะห์ประมวลผล อีกทั้ง ข้อมูลสารสนเทศที่ไม่ใช่ข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้ (user) แต่เป็นผลลัพธ์จากการประมวลผลและวิเคราะห์ข้อมูล หรือเกิดจากการอนุมานจากข้อมูลที่มีนั้นเป็นสิ่งที่ธุรกิจสร้างขึ้นมาใหม่ และข้อมูลถือเป็นสินทรัพย์หลักในการสร้างรายได้แก่ธุรกิจ จึงเป็นความชอบธรรมด้วยเหตุผลในการลงทุนและความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิที่จะกีดกันไว้ใช้เพียงคนเดียว ถือเป็นความชอบธรรมทั้งทางกฎหมายและทางธุรกิจ ซึ่งไม่เป็นความผิดภายใต้มาตรา 50 อีกทั้งกฎหมายไทยไม่มีหลักทรัพยากรที่จำเป็น (essential facility) เหมือนเช่นสหภาพยุโรป จึงไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมในลักษณะดังกล่าวได้

โดยทั่วไปการปฏิเสธทำธุรกิจ ถือเป็นกรกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ถ้าผู้ประกอบการมีสิทธิโดยชอบในการปฏิเสธด้วยเหตุผลที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิโดยชอบตามกฎหมาย เช่น กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ย่อมถือเป็นความชอบที่จะปฏิเสธในการทำการค้า ด้วยเหตุผลที่จะผูกขาดสิทธิไว้ผู้เดียว แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายสหภาพยุโรปมีการใช้หลักทรัพยากรที่จำเป็น (essential facility) ซึ่งถึงแม้ผู้ประกอบการจะมีอำนาจผูกขาดทรัพยากรภายใต้กฎหมาย แต่ถ้าทรัพยากรนั้นเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นภายใต้หลักทรัพยากรที่จำเป็น (essential facility) นี้ ผู้เป็นเจ้าของสิทธิหรือทรัพย์สินซึ่งเป็นผู้ประกอบการจะไม่มีสิทธิปฏิเสธคู่แข่งในการใช้ทรัพยากรที่เป็นสาระสำคัญนั้น เพราะจะถือเป็นการกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่หรือจำกัดการแข่งขัน โดยกฎหมายสหภาพยุโรปได้วางหลักไว้ในคดี *Oscar Bronner*²⁷ เพื่อเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมในการปฏิเสธการทำธุรกิจกับคู่แข่งหรือลูกค้าของตนด้วยเหตุผลที่ผู้ประกอบการมีสิทธิผูกขาดด้วยความคุ้มครองของกฎหมายจะถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ ถ้า (1) การปฏิเสธแบ่งปันหรือเข้าถึงทรัพยากรที่จำเป็นนั้นเป็นการกีดกันสินค้าใหม่เข้าสู่ตลาด (2) การปฏิเสธนั้นมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (3) การปฏิเสธก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดปลายน้ำ

จากคดีของ Facebook ที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีผลกระทบต่อผู้บริโภค ในการกำหนดข้อตกลงเพื่อให้ผู้ใช้ยินยอมเปิดเผยข้อมูลระหว่างการใช้เว็บไซต์ของบุคคลที่สามที่เชื่อมโยงกับ Facebook ซึ่งเมื่อพิจารณาในบทบัญญัติของมาตรา 50 ที่เน้นพฤติกรรมในลักษณะของการกำหนดราคาเพื่อจำกัดคู่แข่ง การลด หรือระงับการผลิตสินค้าให้มีปริมาณต่ำกว่าความต้องการของตลาดเพื่อเพิ่มราคาให้สูงขึ้นในภายหลัง โดยเป็นการกระทำที่ต้องการสร้างกำไรส่วนเกิน จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่มีอยู่ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อควบคุมลักษณะ

²⁷ Case C-7/97 [1999] 4 CMLR 112.

การกระทำที่เกี่ยวกับข้อมูลหรือ Big Data ได้ ในขณะที่คดีนี้สำนักป้องกันการผูกขาดทางการค้าของเยอรมันมีคำวินิจฉัยขั้นต้นที่มีผลทางกฎหมายว่า Facebook ใช้อำนาจเหนือตลาดในทางไม่ชอบ เป็นการเอาเปรียบผู้ให้บริการโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นความผิดตาม section 19(1) และ (2) ของ Act Against Restraints of Competition²⁸

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ให้พิจารณาทั้งสัดส่วนตลาดและยอดขาย ซึ่งเมื่อนำมาปรับใช้กับธุรกิจดิจิทัลที่ส่วนใหญ่เป็นการให้บริการโดยไม่มีค่าเรียกเก็บค่าใช้จ่าย จึงไม่สามารถพิจารณายอดขายได้ด้วยตัวอย่างเช่น กรณีของคดี Facebook ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึงร้อยละ 90 แม้ถ้ามีการกระทำโดยไม่ชอบธรรมในตลาดของประเทศไทย จะไม่มีความผิดตามมาตรา 50 เพราะไม่เข้าหลักเกณฑ์การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้น จึงเห็นว่ากฎหมายยังไม่ครอบคลุมถึงธุรกิจดิจิทัล ไม่ว่าจะเป็ธุรกิจแพลตฟอร์มหรือแอปพลิเคชันต่าง ๆ ที่ให้บริการโดยไม่มีค่าธรรมเนียม ซึ่งมีจำนวนมากในปัจจุบัน เมื่อเทียบกับกฎหมายประเทศเยอรมนี ที่พิจารณาค่ามีอำนาจเหนือตลาดจากส่วนแบ่งตลาดเท่านั้น²⁹ และกฎหมายสหภาพยุโรปจะอาศัยการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์เป็นเกณฑ์³⁰ ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ตายตัวเหมือนของไทย

4.2 การควบรวมกิจการ ตามมาตรา 51

เพื่อป้องกันไม่ให้มีธุรกิจผูกขาดหรือรวมตัวกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด กฎหมายจึงต้องควบคุมการควบรวมและซื้อกิจการ โดยมาตรา 51 ให้พิจารณาตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ซึ่งจะพิจารณาจากผลการศึกษาวิเคราะห์ทั้งก่อนและหลังรวมธุรกิจ ว่าการรวมตัวกันจะมีผลกระทบต่อส่วนแบ่งตลาดและยอดขายหรือไม่ เพราะอาจเกิดการร่วมมือกันขึ้นราคาสินค้า หรือคุณภาพของสินค้าจะลดลงหรือไม่ เพราะเมื่อมีการรวมตัวจะทำให้การแข่งขันลดลง จึงไม่มีการพัฒนาคุณภาพสินค้า หรือเมื่อรวมธุรกิจทำให้มีส่วแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นจะเกิดการกระจุกตัวในตลาดหรือไม่ แต่อย่างไรก็ดีวัตถุประสงค์ในการรวมกิจการของธุรกิจดิจิทัลมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อยอดขายหรือสัดส่วนตลาด แต่เพื่อต้องการถ่ายโอนข้อมูลซึ่งกันและกันให้มีปริมาณมากขึ้น และด้วยปริมาณข้อมูลที่เพิ่มมากขึ้นนี้จะก่อให้เกิด network effect ตัวอย่างเช่น คดีการควบรวมกิจการระหว่าง Bazaarvoice กับ Power Reviews ซึ่งศาลไม่อนุญาตเนื่องจากการรวมกิจการจะมีผลกระทบต่อการแข่งขัน

²⁸ European Competition Network, footnote n.17.

²⁹ Act Against Restraint of Competition 2013, section 18(4).

³⁰ สุธีร์ คุณินต์ย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, 61.



โดยอ้อม เพราะการเพิ่มขึ้นของจำนวนข้อมูลและผู้ให้บริการแพลตฟอร์มส่งผลถึงประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นของ network effect

ซึ่งปัญหาของ network effect อาจเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดอุปสรรคแก่ผู้ประกอบการรายใหม่ที่มีผู้ให้บริการน้อยกว่า ข้อมูลที่เก็บรวบรวมจึงน้อยกว่า ทำให้ไม่สามารถเอาชนะคู่แข่งที่มี network effect ได้ เช่นนี้เมื่อปรับใช้ พ.ร.บ. การแข่งขันฯ มาตรา 51 กับประเด็นดังกล่าว จะเกิดความคลุมเครือในการพิจารณาอนุญาตการรวบรวมกิจการได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการรวมธุรกิจมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มี network effect ที่ไม่ใช่พฤติกรรมการขึ้นราคาสินค้าหรือลดคุณภาพสินค้าเพื่อให้มีกำไรเพิ่มขึ้น เพราะธุรกิจดิจิทัลส่วนใหญ่เป็นการให้บริการโดยไม่มีมูลค่าค่าบริการ และเมื่อปริมาณผู้ใช้และข้อมูลเพิ่มมากขึ้น network effect จะเข้มแข็ง ธุรกิจก็จะพัฒนาคุณภาพการให้บริการที่ดีมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม network effect มีผลทำให้การแข่งขันลดลงเพราะเมื่อคู่แข่งหน้าใหม่เข้ามาภายหลัง ข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองย่อมมีน้อยกว่า ธุรกิจจึงยังไม่มี network effect จึงเป็นการยากที่ผู้ประกอบการใหม่จะแข่งขันได้ เพราะฉะนั้น การพิจารณาผลศึกษาวิเคราะห์ในประเด็นเดิม ๆ ที่อาจมีกับตลาดปกติ จึงไม่สามารถนำมาใช้ได้กับธุรกิจในตลาดดิจิทัลได้

นอกจากนี้ การรวมกิจการเพื่อวัตถุประสงค์ในการถ่ายโอนข้อมูล เพื่อต้องการใช้ประโยชน์จากข้อมูลในการสร้างรายได้จากการโฆษณา มีตัวอย่างในกรณีของการซื้อกิจการ WhatsApp ของ Facebook โดยหลังจากซื้อกิจการแล้ว WhatsApp กำหนดข้อตกลงใหม่ให้ผู้ใช้ WhatsApp ยินยอมให้มีการแบ่งปันข้อมูลของผู้ใช้กับ Facebook เพื่อใช้ประโยชน์ในการสร้างรายได้จากการโฆษณา ซึ่งการซื้อกิจการนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดการผูกขาดตลาดเพราะลักษณะของแพลตฟอร์มมีความแตกต่างกันจึงอยู่คนละตลาดและไม่ได้ทำให้ Facebook มีอำนาจเหนือตลาด เพราะมีสถานะนั้นมาก่อนแล้ว แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศอิตาลี วินิจฉัยว่าการกระทำของ WhatsApp นั้นไม่ชอบธรรมต่อผู้ใช้ โดยเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม³¹ เช่นนี้การรวมธุรกิจด้วยวัตถุประสงค์ที่กล่าวจึงไม่สามารถทำได้ ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มุ่งที่จะควบคุมการควบรวมธุรกิจเฉพาะกรณีที่มีวัตถุประสงค์ต้องการให้เกิดการผูกขาดในตลาดหรือสร้างอำนาจเหนือตลาดเพียงอย่างเดียว แต่ถ้าการรวมกิจการไม่ได้มุ่งให้เกิดการผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดย่อมไม่ใช่เรื่องต้องห้ามตามมาตรา 51 ซึ่งถ้าพิจารณาคดีของ Facebook/WhatsApp ภายใต้กฎหมายไทย จะเห็นได้ว่าการซื้อกิจการกรณีนี้ไม่ได้ทำให้เกิดการผูกขาดตลาด และไม่มีการสร้างอำนาจเหนือ

³¹ Gabriele Accardo, "Big Data: Italian Authorities Launch Inquiries on Competition, Consumer Protection and Data Privacy Issues," last modified 1 Mar 2018, accessed May 20, 2020, <http://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/big-data-italian-authorities-launch-inquiries-on-competition/>.

ตลาด เพราะมีอำนาจเหนือตลาดมาก่อนแล้ว ซึ่งถ้าอนุญาตให้ซื้อกิจการได้ ก็อาจจะเกิดช่องโหว่ของกฎหมายได้ เพราะเมื่อผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดอยู่แล้ว ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้อำนาจเหนือตลาดที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยธุรกิจจะแบ่งปันข้อมูลของผู้ใช้ระหว่างกันเพื่อนำไปสร้างผลประโยชน์หรือรายได้ซึ่งเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดกฎหมายครอบคลุมถึงการควบรวมกิจการโดยมีวัตถุประสงค์อื่นด้วย

4.3 การกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน ตามมาตรา 54 และมาตรา 55

มาตรา 54 และมาตรา 55 ควบคุมการกระทำในลักษณะร่วมมือ โดยทำข้อตกลงในการกำหนดราคาและปริมาณสินค้า การสมรู้ร่วมกันในการประมูลหรือประกวดราคา ร่วมกันตกลงแบ่งพื้นที่ในการประกอบธุรกิจ ซึ่งการกระทำร่วมกันเหล่านี้ล้วนมีผลในเรื่องของราคาสินค้าหรือบริการ ซึ่งถ้าเป็นธุรกิจแพลตฟอร์มหรือแอปพลิเคชันให้บริการแบบไม่มีค่าใช้จ่าย การร่วมมือกันจะไม่มุ่งที่ราคาสินค้าหรือบริการ อีกทั้ง ไม่มีการตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งพื้นที่บริการ เพราะธุรกิจแพลตฟอร์มและแอปพลิเคชันต้องการให้มีผู้ใช้กันอย่างกว้างขวางและจำนวนมาก แต่การร่วมมือกันจะเป็นลักษณะเพื่อ lock-in ผู้ใช้ให้อยู่กับแพลตฟอร์มหรือแอปพลิเคชันบริษัทของท่านั้น เพื่อต้องการให้ธุรกิจของบริษัทได้เก็บข้อมูลผู้ใช้เพียงผู้เดียว เพื่อสร้างรายได้จากการโฆษณา เช่น กรณีที่ Google ร่วมมือกับ Apple หรือร่วมมือกับ Android เพื่อให้ผู้ใช้สมาร์ตโฟนที่ใช้ระบบปฏิบัติการทั้ง android และ IOS เข้าถึงบริการและแอปพลิเคชันต่างๆ ที่สร้างโดย Google เท่านั้น จึงเป็นการลดโอกาสของผู้ใช้สมาร์ตโฟนในการเข้าถึงแอปพลิเคชันของผู้ประกอบการรายอื่น

ซึ่งเมื่อนำบทบัญญัติในมาตรา 54 และ 55 มาปรับใช้กับกรณี ก็จะเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้าม ทั้งนี้เพราะไม่ได้มีการร่วมมือกันกำหนดราคาซื้อหรือขายสินค้าแต่อย่างใด หรือร่วมกันกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ที่มีผลต่อราคาสินค้าหรือบริการในตลาด เพราะแอปพลิเคชันส่วนใหญ่เป็นการให้บริการแบบไม่มีค่าธรรมเนียม อีกทั้ง ไม่มีประเด็นในการกำหนดแบ่งท้องที่ในการประกอบธุรกิจ ไม่มีการลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการถึงแม้การแข่งขันจะลดลง เพราะเมื่อแอปพลิเคชันให้บริการที่ไม่มีค่าใช้จ่าย ถ้าไม่มีการพัฒนาคุณภาพบริการก็จะมีความเสี่ยงต่อการเปลี่ยนใจของผู้บริโภคไปใช้บริการแอปพลิเคชันของคู่แข่งได้ง่าย ดังนั้น จึงเป็นปัญหาที่น่ากังวลว่าถ้ามีพฤติกรรมโดยร่วมมือกันในลักษณะนี้ ซึ่งมีผลเป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้าอย่างชัดเจน แต่การกระทำไม่เข้าลักษณะที่เป็นความผิดตาม พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้าฯ อนึ่งเมื่อพฤติกรรมของธุรกิจดิจิทัลมีความซับซ้อน เพราะฉะนั้น ถ้ากฎหมายไม่มีความยืดหยุ่นในการปรับใช้ก็จะเกิดปัญหาในการควบคุมพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันที่มีความซับซ้อนเหล่านี้ได้



4.4 การกระทำในลักษณะอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ตามมาตรา 57

มาตรา 57 เป็นการควบคุมการกระทำลักษณะอื่นของผู้ประกอบธุรกิจอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) เช่น การกำหนดราคาสินค้าหรือบริการอย่างไม่เป็นธรรม การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบคู่ค้า การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันไม่เป็นธรรมแก่คู่ค้า แต่สำหรับในตลาดดิจิทัลปัจจุบันที่เป็นธุรกิจขับเคลื่อนด้วยข้อมูล เนื่องจากข้อมูลเป็นปัจจัยหลักในการสร้างรายได้ของธุรกิจ ข้อมูลจึงมีมูลค่า ดังนั้นองค์กรธุรกิจต้องการเก็บรวบรวมข้อมูลจากผู้บริโภคให้ได้มากที่สุด จึงเกิดข้อตกลงต่าง ๆ ที่เอาเปรียบผู้บริโภค โดยใช้สถานะอำนาจเหนือตลาดหรือ network effect เช่นกรณี ของ WhatsApp และ Facebook ซึ่งศาลของประเทศอิตาลี และเยอรมนีวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า โดยเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดหรืออยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า³² แต่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทย กรณีนี้ไม่ใช่การปฏิบัติทางการค้าอันเป็นที่เสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น แต่ก่อให้เกิดความเสียหายของผู้บริโภค เพราะฉะนั้น จึงไม่อยู่ในขอบเขตการพิจารณาของมาตรา 57

อีกทั้งถ้าพิจารณาว่าเป็นการกำหนดข้อตกลงที่ผู้ประกอบการเอาเปรียบแก่ผู้บริโภค ควรมีการควบคุมข้อสัญญาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ไม่ได้กำหนดให้ธุรกิจดิจิทัลเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ข้อตกลงดังกล่าวสามารถกระทำได้ ผู้บริโภคมีเพียงสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเมื่อเกิดความเสียหายแล้วเท่านั้น ตามมาตรา 10, 39 หรือถ้ามีการนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคไปใช้โดยไม่ได้ออกกล่าวหรือได้รับความยินยอมจะอยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในการลงโทษผู้ประกอบการ แต่ถ้าได้รับความยินยอมแม้จะไม่เต็มใจก็ตาม ก็ไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น ถ้าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ไม่มีบทบัญญัติที่ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจดิจิทัล จะส่งผลให้ผู้ประกอบการใช้ประโยชน์ในทางการค้าเอาเปรียบผู้บริโภค ซึ่งจะไม่เกิดความคุ้มครองผู้บริโภคอย่างรอบด้าน

เมื่อธุรกิจมีการพัฒนา กฎหมายจึงควรมีการพัฒนาให้เท่าทันกับพฤติกรรมในลักษณะใหม่ด้วย อีกทั้งไม่ควรจำกัดบทบาทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้ควบคุมดูแลเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างธุรกิจกับธุรกิจ ส่วนกรณีซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคให้เป็นบทบาทของ

³² Case Comp/M.7217 Facebook/WhatsApp; European Competition Network, “Bundeskartellamt Initiates Proceeding Against Facebook on Suspicion of Having Abused its Market Power by Infringing Data Protection Rules.

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือถ้ามีการละเมิดข้อมูลของบุคคลให้เป็นบทบาทของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ต้องตระหนักว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามิได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองตลาดให้มีเสรีภาพทางการแข่งขัน โดยป้องกันไม่ให้เกิดการจำหน่ายสินค้าในราคาสูงหรือปล่อยสินค้าออกจำหน่ายในปริมาณต่ำกว่าความต้องการของตลาดเพื่อเรียกกำไรส่วนเกินเท่านั้น แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคด้วย ซึ่งหัวข้อถัดไปจะได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบถึงกฎหมายประเทศเยอรมนีและสหภาพยุโรป เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ของไทยต่อไป

5. การควบคุมพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันในตลาดดิจิทัล ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ

5.1 กฎหมายประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่ชื่อว่า “The Act Against Restraints of Competition 2013” และมีการแก้ไขเพิ่มเติม ปี ค.ศ 2017 มาตราการในการควบคุมพฤติกรรมผูกขาดและการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาด มีบัญญัติอยู่ใน 2 มาตราด้วยกัน คือ มาตรา 18 และ 19 โดยมาตรา 18 เป็นการกำหนดหลักพิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดเป็นหลัก ถ้าเป็นผู้ประกอบการรายเดียว ต้องมีส่วนแบ่งตลาดอย่างน้อยร้อยละ 40³³ ถ้าเป็นผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายหรือมากกว่านั้นจะถือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด เมื่อปรากฏว่าไม่มีการแข่งขันอย่างชัดแจ้งระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้นในสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือการบริการใดบริการหนึ่ง และผู้ประกอบการเหล่านั้นใช้อำนาจร่วมกันเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ³⁴ ถ้าผู้ประกอบการจำนวนสามรายหรือน้อยกว่า เมื่อได้รวมส่วนแบ่งตลาดเข้าด้วยกันแล้วได้ถึงร้อยละ 50 หรือ ผู้ประกอบการจำนวนห้ารายหรือน้อยกว่า เมื่อรวมส่วนแบ่งตลาดเข้าด้วยกันแล้วได้สองในสาม³⁵

ข้อสังเกต คือ กฎหมายเยอรมันมีการพิจารณาเพียงส่วนแบ่งตลาดในการสันนิษฐานว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ แต่กฎหมายไทยพิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาดและจำนวนเงินยอดขาย

³³ Act Against Restraint of Competition 2013, section 18(4).

³⁴ Act Against Restraint of Competition 2013, section 18(5).

³⁵ Act Against Restraint of competition 2013, section 18(6).



นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 2017 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศเยอรมนี มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อรองรับกรณีของตลาดดิจิทัล โดยเพิ่มข้อ 3(a) ในมาตรา 18 เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงในมุมมองแคบของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยมุ่งประเด็นเพียงส่วนแบ่งตลาด หรือผลกระทบใด ๆ ที่ทำให้เกิดการกระจุกตัวของตลาด จากข้อ 3(a) การพิจารณาตำแหน่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ ในกรณีที่เป็นตลาดหลายด้านและมีประเด็นเรื่อง network effect (ผลเครือข่าย) ซึ่งก็คือ ธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ให้พิจารณาถึงผลเครือข่ายไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม ต้นทุนการเปลี่ยนของผู้บริโภค (switching costs) ความสัมพันธ์ของการประหยัดต่อขนาดกับผลเครือข่าย การเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน และแรงกดดันทางการแข่งขันที่ขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรม³⁶ เช่นกรณีของคดี Facebook ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มที่เป็นสังคมเครือข่าย จึงมี network effect ที่เข้มแข็งด้วยจำนวนผู้ใช้ปริมาณมาก และถึงแม้จะเป็นแพลตฟอร์มที่ให้บริการโดยไม่มีการคิดค่าธรรมเนียม ซึ่งดูเหมือนว่าถ้าผู้ใช้บริการไม่พอใจย่อมสามารถเปลี่ยนไปใช้บริการแพลตฟอร์มอื่น ๆ เช่น Twitter ได้ง่ายเพราะไม่มีต้นทุนในการเปลี่ยน (switching costs) ก็ตาม แต่ความเป็นจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่เพราะต้นทุนในการเปลี่ยนของตลาดดิจิทัล คือ network effect และความสามารถในการติดต่อกับกลุ่มของผู้ใช้บริการ (user) ซึ่งถือว่ามีต้นทุนสูง เพราะถ้าผู้ใช้ Facebook เปลี่ยนไปใช้แพลตฟอร์มอื่นจะไม่สามารถติดต่อกับเพื่อนที่อยู่ในกลุ่ม Facebook ได้ ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะเลิกใช้ Facebook ซึ่งประเด็นนี้สามารถนำมาตรา 18 (3a) มาปรับใช้ได้

สำหรับมาตรา 19 เป็นบทบัญญัติที่ควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด กำหนดเป็นบททั่วไปอยู่ใน (1) ความว่า “การใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยผู้ประกอบการหนึ่งหรือหลายราย ถือเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย”³⁷ ซึ่งมีความยืดหยุ่น เพราะไม่ได้ระบุลักษณะการกระทำไว้อย่างเฉพาะ จึงสามารถปรับใช้กับพัฒนาการของการประกอบธุรกิจในปัจจุบันได้ ส่วนมาตรา 19 (2) ถือเป็นบทกฎหมายพิเศษที่กำหนดลักษณะการกระทำที่ต้องห้ามไว้โดยเฉพาะ เป็นต้นว่า การกระทำไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมที่ไม่เป็นธรรมเพื่อกีดกันผู้ประกอบการรายอื่น หรือ การปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงทรัพยากร ซึ่งเมื่อนำมาตรา 19 เปรียบเทียบกับมาตรา 50 พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้าฯ ของไทย ที่จำกัดประเภทของการกระทำไว้เฉพาะ 4 ลักษณะซึ่งไม่สามารถนำไปปรับใช้กับการปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงข้อมูลของผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ แต่ถ้าเป็นกฎหมายเยอรมันจะมีความผิดตามมาตรา 19 (2) อีกทั้ง ถ้าพิจารณากรณีคดีของ Facebook ที่กำหนดเงื่อนไขให้ผู้บริโภคต้องเปิดเผยข้อมูลระหว่างการใช้เว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชันอื่นที่เชื่อมโยงกับ Facebook

³⁶ Act Against Restraint of Competition 2013, section 18 (3a).

³⁷ Act Against Restraint of Competition 2013, section 19 (1).

เพื่อให้ได้ข้อมูลจำนวนมาก และนำไปสร้างรายได้ในการโฆษณา ซึ่งสำนักงานป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศเยอรมนีวินิจฉัยว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ โดยกำหนดข้อตกลงอันไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการ ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 19(1)

5.2 กฎหมายสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปมีการควบคุมพฤติกรรมในการแข่งขันที่กระทำภายในตลาดร่วมสหภาพยุโรป หรือระหว่างประเทศสมาชิก โดยกำหนดอยู่ใน The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) ในสองมาตราหลักด้วยกัน คือ มาตรา 101 และ 102

มาตรา 101 TFEU เป็นการห้ามการทำข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในแนวระดับเดียวกัน (horizontal agreements) หรืออยู่ต่างระดับกันในแนวดิ่ง (vertical agreements) โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในตลาด³⁸ ซึ่งคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่าข้อตกลงที่ขัดต่อมาตรา 101 TFEU จะมีผลเป็นโมฆะ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีผลกระทบต่อประสิทธิภาพของตลาดแท้จริงเช่นไร กระทบต่อระดับราคาสินค้าหรือไม่ หรือมีผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยตรงหรือไม่³⁹

ข้อสังเกต คือ แม้ว่ามาตรา 54 และมาตร 55 ของพ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้าฯ ของไทยจะมีบทบัญญัติคล้ายกับมาตรา 101 TFEU แต่ลักษณะของบทบัญญัติมีความยืดหยุ่นไม่เหมือนกัน โดยมาตรา 101(d) เป็นบทบัญญัติที่มีการบัญญัติไว้โดยกว้าง ความว่า “ 1. *The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertaking...*

(d) apply dissimilar condition to equivalent transactions with other trading parties thereby placing them at a competitive disadvantage.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to the Article shall be automatically void.” กล่าวคือ การใช้เงื่อนไขที่แตกต่างในสัญญากับคู่ค้าอื่น ๆ อันทำให้คู่ค้าเกิดความเสียเปรียบในการแข่งขันให้ถือเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมายซึ่งจะมีผลเป็นโมฆะ ซึ่งจะเห็นว่าแม้ปัจจุบันรูปแบบตลาดมีการปรับเปลี่ยน ไม่ใช่มีเพียงแค่ตลาดรูปแบบเดิม แต่มีตลาด

³⁸ ETSI Guidelines for Antitrust Compliance Version Adopted by Board #81 on 27 January 2011

³⁹ Case C-8/08 T-Mobile Netherlands [2009] ECR I-4529, para.43 อ้างถึงใน กนกนัย ถาวรพานิช. “แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โดกับอิทธิพลต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป,” สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2563, https://www.academia.edu/34220005/แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด_Ordoliberalism_กับอิทธิพลต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป.



ดิจิทัลซึ่งนับวันจะทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจจึงมีลักษณะที่เปลี่ยนไปจากรูปแบบเดิม การที่สหภาพยุโรปมีการบัญญัติกฎหมายโดยกว้างส่งผลให้เกิดความยืดหยุ่นในการปรับใช้ กฎหมายสามารถปรับใช้ได้เท่าทันพัฒนาการของการประกอบธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา

สำหรับมาตรา 102 TFEU เป็นการควบคุมพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่ไม่ชอบ ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดเป็นลักษณะเฉพาะของการกระทำอันต้องห้าม แต่แบ่งประเภทการกระทำในสองลักษณะใหญ่ คือ ประเภทแรก เป็นการกีดกันคู่แข่งออกจากตลาดโดยใช้อำนาจเหนือตลาด เช่น การจำกัดคู่ค้ารายอื่นออกไปจากตลาด การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยการขายพ่วง และประเภทที่สอง คือ การเอาเปรียบลูกค้า เช่น การตั้งราคาสูง หรือการเลือกปฏิบัติด้านราคาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร นอกจากนี้ หมายความว่ารวมถึงการใช้อำนาจเหนือตลาดลักษณะอื่นๆ เพื่อเอาเปรียบผู้บริโภคด้วย ทั้งนี้เพราะมาตรา 102(c) มีการบัญญัติในลักษณะกว้าง ระบุว่า “An abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited...”

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage.” ซึ่งมีบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 101 (d) ดังนั้น มาตรา 102 จึงไม่ได้ห้ามเฉพาะการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบที่มีผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการกระทำที่เป็นภัยต่อผู้บริโภคผ่านการกระทำที่กระทบต่อโครงสร้างของตลาดที่มีการแข่งขันด้วย⁴⁰ ในการที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจะพิพากษาว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่ผิดหรือไม่ จะพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของการกระทำว่าเป็นการกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาผลกระทบต่อประสิทธิภาพของตลาดแท้จริงว่าเป็นเช่นไร หรือจะกระทบต่อระดับราคาสินค้าหรือไม่⁴¹

การที่มาตรา 102 TFEU มีการบัญญัติเนื้อความไว้อย่างกว้างนี้ จึงมีความเหมาะสมในการปรับใช้กับพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดดิจิทัลยุคปัจจุบันที่การพิจารณาดำเนินความมีอำนาจเหนือตลาดไม่ใช่แค่พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดเท่านั้น แต่ขึ้นอยู่กับประสิทธิภาพของ network effect ด้วย

⁴⁰ Case 62/72 Continental [1973] ECR 215, para. 26; Case C-52/09 TeliaSonera Sverige [2011] ECR I-527, para. 24 อ้างถึงใน กนกนัย ถาวรพานิช. “แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โตกับอิทธิพลต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป”.

⁴¹ Case C-52/09 TeliaSonera Sverige [2011] ECR I-527, para. 34 อ้างถึงใน กนกนัย ถาวรพานิช. “แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โตกับอิทธิพลต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป”.

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ศึกษามาทั้งหมด พบว่า พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในการจำกัดการแข่งขันของตลาดดิจิทัลเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวคือ ไม่ได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์ทางตรงแบบเดิม แต่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น เนื่องจากพัฒนาการของรูปแบบธุรกิจ จากธุรกิจทั่วไปเป็นธุรกิจดิจิทัลซึ่งเป็นธุรกิจที่มีลักษณะของตลาดหลายด้าน และมีการใช้ข้อมูลในการสร้างมูลค่าให้แก่ธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ ลักษณะการกีดกันการแข่งขันทางการค้าของธุรกิจดิจิทัลจึงล้วนมีสาเหตุมาจากการใช้ Big Data และผลของ network effect ซึ่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ที่บังคับใช้ยังไม่สามารถปรับใช้ให้ครอบคลุมได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการควบคุมพฤติกรรมของธุรกิจในตลาดดิจิทัลซึ่งมีลักษณะการกระทำที่มีความซับซ้อน จึงมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

1) เพื่อควบคุมพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบของธุรกิจดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นตลาดหลายด้าน (multi-sided market) จึงควรแก้หลักเกณฑ์พิจารณาการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ในลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังนี้

1.1) แก้ไขหลักเกณฑ์โดยพิจารณาเพียงสัดส่วนของตลาดเพียงอย่างเดียว หรือ

1.2) เพิ่มบทบัญญัติเฉพาะเพื่อเป็นเกณฑ์พิจารณาการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในกรณีของตลาดดิจิทัล ดังเช่น มาตรา 18 วรรค 3(a) ใน Act Against Restraints of Competition ของประเทศเยอรมนี โดยประเมินสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดของธุรกิจ จากสิ่งดังต่อไปนี้

1.2.1) ผลเครือข่าย (network effect) ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม

1.2.2) ความสัมพันธ์ของการประหยัดต่อขนาดกับผลเครือข่าย

1.2.3) การเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน

2. ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นบททั่วไปอันมีลักษณะกว้าง ดังเช่น มาตรา 19(1) ใน Act Against Restraints of Competition ของประเทศเยอรมนี หรือ มาตรา 101(d) และ 102(c) TFEU ของสหภาพยุโรป โดยเพิ่มบทบัญญัติที่เป็นมาตรการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดดิจิทัลทั้งส่วนของ “การใช้สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดในทางไม่ชอบ” หรือ “การกระทำในลักษณะสมรู้หรือร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ” โดยไม่เจาะจงลักษณะของการกระทำที่ไม่ชอบธรรม เพื่อให้การกระทำใด ๆ ก็ตามอันมีผลกระทบต่อโครงสร้างตลาดเป็นความผิด จึงจะสามารถควบคุมพฤติกรรมของธุรกิจในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่ชอบได้ด้วย⁴²

⁴² งานวิจัยนี้ได้รับทุนสนับสนุนจากกองทุนพัฒนาบุคลากรคณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์



References

- Accardo, Gabriele. "Big data: Italian Authorities Launch Inquiries on Competition, Consumer Protection and Data Privacy Issues." Last modified March 1, 2018. Accessed May 20, 2020. www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/big-data-italian-authorities-launch-inquiries-on-competition/.
- Deunden Nikomborirak, and Prasopsuk Sungboonmak. *Trade and Competition*. Bangkok: Thammasart University Press, 2550. [in Thai]
- European Commission. "Fact sheet- Antitrust: Commission Opens Formal Investigation Against Google in Relation to Android Mobile Operating System." Last modified April 15, 2015. Accessed May 20, 2020. https://ec.europa/commission/presscorner/detail/MEMO_15_4782.
- European Commission. "Fact Sheet: Commission Sends Statement of Objections to Google on Comparison Shopping Service." Last modified April 15, 2015. Accessed May 15 2020. http://Europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781.en.htm.
- European Commission. "Press Release- Antitrust: Commission Opens Investigation into Possible Anti-Competitive Conduct of Amazon." Last modified July 17, 2019. Accessed January 29, 2020. http://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291.
- European Competition Network. "Bundeskartellamt Initiates Proceeding Against Facebook on Suspicion of Having Abused its Market Power by Infringing Data Protection Rules." Last modified 2015. Accessed January 29, 2020. <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief>.
- Kanokdanai Thavornpanich. "Ordoliberalism and the Influence to the European Competition Law". Accessed January 20, 2020. https://www.academia.edu/34220005/แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด_Ordoliberalism_กับอิทธิพลต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป. [in Thai]
- Ringel, Daniel M., and Skiera Bernd. "Visualizing Asymmetric Competition Among More Than 1,000 Products Using Big Search Data." *Market Science* 35, no. 3 (2016): 511-534.



Rubinfeld, Daniel L., and Gal, Michal S. "Access Barriers to Big Data." *Arizona Law Review* 59 (2017): 339-381.

Sorawit Limparungsri. *Competition on Trade Law: Basic Concept, Purpose, and Problems*. Bangkok: Nititham Publishing, 2543. [in Thai]

Stucke, Maurice E., and Grunes, Allen P. *Big Data and Competition Policy*. Oxford: OUP, 2016.

Suthee Supanit. *Principle and Doctrine of Competition on Trade Act B.E. 2542*. Bangkok: Thammasart University Press, 2555. [in Thai]