

การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2565

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Algorithms concerted practices under Competition Law



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2022
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมภายใต้กฎหมายการ แข่งขันทางการค้า
โดย	น.ส.ณิชกร ขอนทอง
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.พรชัย วิสุทธิศักดิ์)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์)	
.....	กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)	

CHULALONGKORN UNIVERSITY

นิชากร ขอนทอง : การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. (Algorithms concerted practices under Competition Law) อ.ที่
 ปริญญาหลัก : ผศ. ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์

การกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลให้เกิดการลด จำกัด หรือผูกขาดการแข่งขัน อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 54 อย่างไรก็ตามประเทศไทยไม่ปรากฏคดีเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องด้วยถ้อยคำตามบทบัญญัติที่ไม่อาจตีความได้หากปราศจากพยานหลักฐานหรือพฤติการณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่จะชี้ถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ ส่งผลให้กฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นข้อบกพร่องในการกำกับดูแลการกระทำดังกล่าว

จึงควรมีการวางแนวทางหรือกำหนดมาตรการเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน หรือแนวทางพิจารณาการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม หรืออัลกอริทึม เพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทยและบทลงโทษจากการฝ่าฝืนมาตราดังกล่าว ได้แก่ โทษทางอาญาและโทษทางปกครอง เพื่อความเข้าใจของผู้ที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้กฎหมายและเท่าทันต่อเทคโนโลยีที่พัฒนาอย่างต่อเนื่อง มิเช่นนั้นจะเกิดสุญญากาศทางกฎหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจจะฉวยโอกาสในการแสวงหาประโยชน์ร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึม ทั้งนี้จากการศึกษาเห็นว่าแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการศึกษาแนวทางการตีความกฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือแนวทางการพิจารณาของศาลในประเทศต่างๆ ในประเด็นการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

สาขาวิชา นิติศาสตร์
 ปีการศึกษา 2565

ลายมือชื่อนิสิต
 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6480047734 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Algorithm, Concerted practices, Competition Law

Nichakorn Khonthong : Algorithms concerted practices under
Competition Law . Advisor: Asst. Prof. WIROTE WATINPONGPUN

Algorithm Concerted practices are the behavior that leads monopolize, reduction, and limitation of competition which violated Competition Law According to Article 54 of the Trade Competition Act, B.E. 2560. Despite the fact that Thailand there has never been such a case that Algorithm Concerted practices. This is because no explicit interpretation is applicable to the expressions contained therein without evidence or circumstances or anything else that indicates the existence of algorithms concerted practices. As a result, the legal cannot be enforced effectively and it is a defect in the supervision of such actions.

In this regard, guideline or measures should be established to obtain evidence. or approaches to guidelines for concerted practices by artificial intelligence or algorithm to comply with the legal system of Thailand and the penalties for violating such section include criminal and administrative penalties. For an understanding of those involved in legal enforcement and be aware of continuous improvement development of technology. Otherwise, there will gap in the law, and business operators will take advantage of the opportunity to rely on algorithms. Subsequent to the deliberation it was noticeable that such an approach aligned with the competition laws of other countries Therefore, it is highly necessary to study legal analysis and interpretation of the trade competition

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2022

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจเกิดขึ้นและสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี หากปราศจากครอบครัวของข้าพเจ้า บิดา มารดาและน้องสาว ซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่สร้างแรงผลักดัน แรงสนับสนุน และให้กำลังใจแก่ข้าพเจ้าตลอดระยะเวลาแห่งการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ข้าพเจ้าผ่านพ้นอุปสรรคและความยากลำบากที่ข้าพเจ้าพบตลอดการทำวิทยานิพนธ์อย่างง่ายดาย

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ เป็นอย่างสูงที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา เสียสละเวลาในการให้คำปรึกษา คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อีกทั้งกรุณาให้คำแนะนำ สั่งสอนข้าพเจ้าในเรื่องต่างๆ ตลอดระยะเวลาที่ได้ศึกษาอยู่ในคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.พรชัย วิสุทธิศักดิ์ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และเสียสละเวลาในการให้คำปรึกษา คำแนะนำให้แก่ข้าพเจ้าด้วยความเมตตาตลอดการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ ซึ่งกรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้เสียสละเวลาให้คำแนะนำที่มีคุณค่าในการจัดทำวิทยานิพนธ์แก่ข้าพเจ้า

สุดท้ายผู้เขียนขอขอบคุณ กลุ่มกินซิ่งบอกด้วย อันได้แก่ พี่ปอ พี่กิ้ง พี่แพร พี่ข้าง พี่เอย พี่เจ พี่เก๋ พี่มิน พี่เพิร์ล พี่เป้ พี่อาร์ท ปลายฟ้า นุ่น หลักสูตธนิตศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่คอยช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้อย่างอบอุ่นตลอดระยะเวลาการศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิต หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าประการใด ข้าพเจ้าขอขอบคุณดีทั้งหมดให้แก่อาจารย์ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ข้าพเจ้า แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ข้าพเจ้าขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ณิชากร ขอนทอง

สารบัญ

	หน้า
.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญรูปภาพ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตการวิจัย.....	4
1.5 วิธีการดำเนินวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง.....	5
บทที่ 2 ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับอัลกอริทึมและการประยุกต์ใช้อัลกอริทึมของ ผู้ประกอบธุรกิจ ..	7
2.1 ข้อมูลพื้นฐานของอัลกอริทึม.....	7
2.1.1 คำจำกัดความของอัลกอริทึม.....	7
2.1.2 คุณสมบัติของอัลกอริทึม.....	9
2.1.3 รูปแบบการเขียนอัลกอริทึม.....	9

2.1.4 ประเภทของอัลกอริทึม	10
2.1.5 ขั้นตอนกระบวนการวิธีการประมวลผลข้อมูลโดยอัลกอริทึม	11
2.1.5.1 คำจำกัดความของข้อมูลขนาดใหญ่ การเรียนรู้ของเครื่องจักร และ	11
การเรียนรู้เชิงลึก.....	11
ก.ข้อมูลขนาดใหญ่ (Big Data).....	11
ข.การเรียนรู้ของเครื่องจักร (Machine Learning).....	14
ค.การเรียนรู้เชิงลึก (Deep Learning)	14
2.5.1.2 ภาพรวมกระบวนการวิธีการประมวลผลข้อมูลโดยอัลกอริทึม	15
2.1.6 วิธีการสร้างอัลกอริทึม	16
2.2 การประยุกต์ใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ	18
2.1.1 นำไปใช้วิเคราะห์ข้อมูลในการทำนายหรือพยากรณ์ (Predictive Analytics)	19
2.1.2 นำไปใช้เพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจ	20
2.3 ประโยชน์ของอัลกอริทึมในมิติทางเศรษฐศาสตร์	21
2.3.1 ทางด้านอุปสงค์ (Demand Side)	21
2.3.2 ทางด้านอุปทาน (Supply Side)	23
2.4 ข้อสังเกตในการการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ประเทศไทย.....	24
2.5 รูปแบบการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ	27
2.5.1 การกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมอย่างชัดเจน (Explicit Algorithm Concerted practice).....	27
2.5.2 การกระทำร่วมกันโดยอาศัยศูนย์กลางและกลุ่มพันธมิตร (Hub and Spoke).....	27
2.5.3 การกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมโดยปริยาย (Tacit Algorithm Concerted practice).....	28
2.5.4 การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมซึ่งอัลกอริทึมได้พัฒนาและสามารถจะเรียนรู้ได้ด้วย ตนเอง (Self – Learning).....	28

2.6 ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ	29
2.6.1 ภาพรวมผลกระทบต่อผู้บริโภค	29
2.6.2 การกำหนดราคาเฉพาะบุคคล (Personalised Pricing)	32
2.7 บทสรุป	35
บทที่ 3 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมภายใต้บริบทของ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย	36
3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์	36
3.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับตลาดในมิติเศรษฐศาสตร์	41
3.1.2 แนวคิดที่กำกับดูแลสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ	42
3.1.2.1 แนวคิดโดยสำนักคิดพหุนิยม	42
3.1.2.2 แนวคิดโดยสำนักเสรีนิยม	43
3.1.2.3 แนวคิดโดยสำนักเสรีนิยมสมัยใหม่	44
3.1.3 ประเภทของตลาดในระบบเศรษฐกิจ	44
3.2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	48
3.2.1 ทฤษฎีในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม (Fair Competition)	48
3.2.2 แนวคิดในการต่อต้านการผูกขาด (Antitrust Concepts)	49
3.3 พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย	50
3.4 วัตถุประสงค์กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย	52
3.5 ลักษณะของการกระทำร่วมกัน (Concerted practice) ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	55
3.5.1 มาตรา 54 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560	55
ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากรณีองค์การ ข. สมาคม ค. และ	
บริษัทผู้นำเข้าวัคซีนร่วมกันกำหนดราคาวัคซีนทางเลือก	57
ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากรณีสมาคม ค. ร่วมกันกำหนดราคา	
ซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณ	58

3.5.2	ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัด การแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561	60
3.5.3	องค์ประกอบของการกระทำร่วมกันเพื่อลด ผูกขาด และจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560	61
3.5.3.1	องค์ประกอบของผู้กระทำ	61
	คำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคม ข.ร่วมกันกำหนดราคาราคาสินค้าไข่ไก่.....	62
3.5.3.2	องค์ประกอบของการกระทำร่วมกัน	62
3.5.4	ลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ	64
3.5.4.1	รูปแบบลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ	64
	ก. ลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวนราบ (Horizontal Agreement).....	65
	ข. ลักษณะการกระทำร่วมกันเชื่อมโยงในลักษณะแนวตั้ง (Vertical Agreement).....	65
3.5.4.2	วิธีพิจารณาการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่ว่าถือเป็นการกระทำร่วมกันแบบร้ายแรง และไม่ร้ายแรงของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า.....	66
	ก. หลักการที่ใช้พิจารณาการกระทำร่วมกัน	67
3.5.5	มาตรการทางกฎหมายกรณีกระทำร่วมกันอันเป็นการลด จำกัด และผูกขาด การแข่งขัน	68
3.5.5.1	การดำเนินคดีทางแพ่ง.....	68
3.5.5.2	การดำเนินคดีทางอาญา	69
3.5.5.3	การดำเนินคดีทางปกครอง	69
3.6	ผลกระทบของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจต่อผู้บริโภค.....	70
	ผลการวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคมข. ร่วมกันกำหนดปรับขึ้นราคาข้าวขนส่ง	70

3.7 บทสรุป	71
บทที่ 4 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ในกรณีกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมใน ต่างประเทศ.....	73
4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	74
4.1.1 พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	74
4.1.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน	78
4.1.3 ลักษณะของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ	85
4.1.4 คดีที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม	88
คดี Citicorp, JPMorgan Chase & Co., Barclays PLC, The Royal Bank of Scotland plc และ USB AG	88
คดี United States v. Airline Tariff Publ'g CO	90
คดี United States v. Topkins	91
คดี United States v. Deniel William Aston and Trod Limited	92
คดี Text Messaging Antitrust Litigation	93
4.2 สหภาพยุโรป	94
4.2.1 พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	94
4.2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน	98
4.2.3 คดีที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม	108
คดี E-TURAS and Others	108
คดี Case AT.40465 – ASUS.....	111
คดี Web taxi: The Luxembourg Competition Authority exempts an algorithmic price-fixing arrangement on efficiency grounds.....	113
คดี the UK Online Sales of Poster and Frames Case (Trod Ltd. (Trod) and GB eye. Ltd (GB eye))	114
4.3 ประเทศสิงคโปร์.....	116

4.3.1 พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	116
4.3.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน	120
คดี Collusive Tendering (bid-rigging) for Termite Treatment/Control Services by Certain Pest Control Operators in Singapore ของ CCCS	123
4.3.3 ข้อเท็จจริงที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม	124
4.4 ประเทศอินเดีย.....	126
4.4.1 พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	126
4.4.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน	127
4.4.3 คดีที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม	129
คดี Samir Agarwal v. ANI Technologies Pvt. Ltd.....	129
คดี Airlines Industry Cartel case.....	131
4.5 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	133
4.5.1 พัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าสหพันธ์รัฐเยอรมนี.....	133
4.5.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน	135
4.5.3 คดีที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม	140
คดี the German Retail Gasoline Market.....	140
4.6 บทสรุป	142
บทที่ 5 วิเคราะห์องค์ประกอบของบทบัญญัติทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และแนวทางการ กำกับดูแลการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจภายใต้บริบทกฎหมายไทยและ ต่างประเทศ.....	146
5.1 วิเคราะห์องค์ประกอบของบทบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการกำกับกรกระทำ ร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยใช้อัลกอริทึม	147
5.1.1 ลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจ (ผู้กระทำ).....	147
5.1.2 ลักษณะของการกระทำร่วมกัน (Concerted practices).....	150

คดี Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (Dyestuffs)	153
5.2 วิเคราะห์กฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศไทยในการควบคุมการกระทำร่วมกัน โดยใช้ อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ	154
5.2.1 ช่องว่างทางกฎหมายในการควบคุมกำกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของ ผู้ ประกอบธุรกิจ	154
5.2.2 ช่องว่างในการตีความบทบัญญัติทางกฎหมายในการควบคุมกำกับการกระทำร่วมกัน โดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ	158
ข้อสังเกตกรณีของการกระทำร่วมกันโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม	160
5.2.3 เกณฑ์การพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบ ธุรกิจอันถือว่าเป็นความผิดร้ายแรง.....	161
คดี United States v. United States Gypsum	161
5.2.3.1 การพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการลด จำกัด หรือ ผูกขาดการแข่งขัน แบบส่งผลกระทบต่อร้ายแรง (Hardcore Cartel).....	163
5.2.3.2 การพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อ ร้ายแรงต่อการแข่งขัน (Non-Hardcore Cartel).....	164
5.3 แนวทางการกำกับและควบคุมการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยอาศัยอัลกอริทึม ภายใต้บริบทของกฎหมายต่างประเทศ.....	165
5.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	166
5.3.2 สหภาพยุโรป.....	169
5.3.3 ประเทศเยอรมนี	171
5.3.4 ประเทศสิงคโปร์	172
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	182
6.1 บทสรุป	182
6.1.1 ประเด็นองค์ประกอบของการพิจารณาการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม	182
6.1.2 ประเด็นช่องว่างทางกฎหมายของมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560.....	186

6.2 ข้อเสนอแนะ	187
บรรณานุกรม.....	193
ภาคผนวก.....	201
ประวัติผู้เขียน.....	212



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญรูปภาพ

หน้า

รูปที่ 1 ผังการทำงานอัลกอริทึมของตู้กดเงินอัตโนมัติ (ATM)	8
รูปที่ 2 ประเภทของ Big Data	12
รูปที่ 3 การเรียนรู้เชิงลึกของเครือข่ายประสาทเทียม (ANN).....	15
รูปที่ 4 ผังภาพลำดับการทำงานประมวลผลข้อมูลโดยอัลกอริทึม	16
รูปที่ 5 ตัวอย่างการเขียนคำสั่งอัลกอริทึมในการทดสอบหาผู้ป่วยโรคเอดส์.....	18
รูปที่ 6 สถิติการตอบสนองราคาชั่วโมงรายวันของอัลกอริทึม.....	20
รูปที่ 7 การเปิดตัวระบบแซทบอทของสายการบินแอร์เอเชียอาร์ค โบ (Ask Bo)	22
รูปที่ 8 ระบบแซทบอทของบริษัทประกันภัยแลโมนาร์ด ประเทศสหรัฐอเมริกา	22
รูปที่ 9 อัตราโดยสารตัวเครื่องบินที่มีราคาสูงในช่วงเทศกาล	26
รูปที่ 10 กราฟแสดงจุดศูนย์กลางของตลาด.....	41

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 สรุป หลักเกณฑ์และองค์ประกอบในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ในบริบทของกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย และประเทศเยอรมนี	143
ตารางที่ 2 สถานการณ์ระหว่างความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติและการบังคับใช้ภายใต้กฎหมายการ แข่งขันทางการค้าของประเทศไทย	157
ตารางที่ 3 สรุปเกี่ยวกับขอบเขตของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ประเทศ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศอินเดีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนีและแนวทางการ กำกับการควบคุมการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ	174



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เทคโนโลยี ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence) จึงเข้ามาเป็นเครื่องมือช่วยอำนวยความสะดวกในการดำเนินชีวิตประจำวัน ซึ่งรูปแบบหนึ่งของปัญญาประดิษฐ์ที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือ นั่นคือ “อัลกอริทึม (Algorithm)” เป็นเครื่องมือช่วยอำนวยความสะดวกในการคำนวณ วิเคราะห์ข้อมูล รวมถึงการประมวลผลภายใต้ชุดคำสั่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้มีการกำหนดไว้ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล ตัวเลขที่ต้องการทราบ ซึ่งสามารถพบได้ในการดำเนินชีวิตประจำวันโดยทั่วไป เช่น การซื้อสินค้า หรือการเข้ารับบริการผ่านทางแพลตฟอร์มออนไลน์ต่างๆ ผู้บริโภคสามารถที่จะเข้าถึงและดำเนินการได้อย่างง่ายดาย เช่น การเข้าใช้บริการผ่านแอปพลิเคชันแกร็บ (Grab) ในการสั่งอาหาร ของใช้ การเดินทาง การจองที่พักผ่านเว็บไซต์บูคกิ้งดอทคอม (Booking.com) การสั่งซื้อสินค้าผ่านแอปพลิเคชันช้อปปี้ (Shopee) ในขณะเดียวกันอัลกอริทึมนั้นมิได้เข้ามามีอิทธิพลหรือแทรกซึมเข้ามาแต่เพียงผู้บริโภคเท่านั้น ทางฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจต่างได้นำเครื่องมือชนิดนี้เข้ามาเป็นเครื่องมือช่วยอำนวยความสะดวกในการดำเนินธุรกิจ เพื่อส่งเสริมการประกอบธุรกิจให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจเกี่ยวกับตลาดออนไลน์ คุณสมบัติของอัลกอริทึมที่มีความแม่นยำมากกว่ามนุษย์สามารถที่ช่วยในการส่งเสริมการดำเนินธุรกิจ เช่น การกำหนดทิศทางของการตรวจสอบการเปลี่ยนแปลงทิศทางของราคา การติดตามความเคลื่อนไหวทางด้านราคา ระหว่างผู้ประกอบการรายอื่นได้ตามที่ต้องการ เป็นต้น โดยผู้ประกอบการจะอาศัยการเขียนโปรแกรม คลื่นความถี่ กราฟแสดงผลเป็นสำคัญ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลตามที่ต้องการ อีกทั้งการประมวลผลภายใต้การทำงานของอัลกอริทึมยังสามารถคาดการณ์ผลลัพธ์ในอนาคต หรืออาจนำไปสู่การตัดสินใจเป็นไปโดยอัตโนมัติ ผ่านการเรียนรู้ด้วยตนเอง ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นย่อมถือว่ามีความเสี่ยงต่อผู้บริโภคและระบบตลาดได้¹

โดยการนำเครื่องมืออัลกอริทึม มาปรับใช้เป็นเครื่องมือซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหาร หรือการดำเนินธุรกิจย่อมเกิดทั้งคุณและโทษ ในทางเศรษฐศาสตร์เห็นได้ว่าการนำอัลกอริทึม มาเป็นส่วนหนึ่งในการกำหนดราคา หรือกระทำการต่างๆเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ

¹ OECD, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age," [Online] Accessed: 10 October 2022. Available from: [oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm](https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm)

เช่น ทางด้านอุปทาน (Supply Side) อัลกอริทึมเป็นเครื่องมือช่วยให้ผู้ประกอบการจะนำข้อมูลที่ได้จากการทำนายหรือประมวลผลมาปรับเข้ากับการดำเนินธุรกิจให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น การผลิตและจัดจำหน่ายสินค้า สามารถนำข้อมูลมาวิเคราะห์และกำหนดทิศทางของตลาด ทำให้สามารถควบคุมงบประมาณ ต้นทุนในการผลิตเพื่อประโยชน์สูงสุดของธุรกิจ ทางด้านอุปสงค์ (Demand Side) การเป็นเครื่องมือช่วยในการตัดสินใจของผู้บริโภคให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภคมากที่สุด เช่น การค้นหาโรงแรม ที่พัก เป็นต้น ในทางกลับกัน หากผู้ประกอบการนำเครื่องมือชนิดนี้มาใช้ในทางที่ผิดหรือนำมาใช้และส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคหรือระบบตลาด อันได้แก่ การตรวจสอบราคาของคู่แข่ง การควบคุมราคา การใช้อัลกอริทึมในการตกลงราคาสินค้าหรือบริการร่วมกัน การใช้กลยุทธ์การเลือกปฏิบัติด้านราคาในการกำหนดราคาเฉพาะบุคคล แม้การกระทำร่วมกันในรูปแบบต่างๆ รวมไปถึงการตกลงราคาร่วมกันจะเป็นอีกหนึ่งวิธีที่จะสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของธุรกิจหรือเพิ่มประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจได้ ซึ่งใช้ระยะเวลาอันสั้นและกระชับ แต่อย่างไรก็ตามหากมีผลกระทบเกิดขึ้นอันเป็นการสร้างความไม่เป็นธรรมแก่ระบบตลาดหรือผู้บริโภค จึงควรที่จะมีมาตรการในการป้องกันผลกระทบหรือขอบเขตที่ชัดเจนในการนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาปรับใช้

อย่างไรก็ตามการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในบริบทกฎหมายแข่งขันทางการค้าถือเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้า (Anti-competitive conduct) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวจะนำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคและระบบตลาด อาศัยตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 กำหนดไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (๑) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ” และเมื่อพิจารณาประกอบกับ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตามบทบัญญัติมาตรา 54 และ 55 ให้พิจารณาลักษณะของการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (1) ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด (2) การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่าง ๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญ ของสมาชิก เป็นต้น (3) การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏ

การตัดสินใจที่มีหลักฐาน ชัดเจนซึ่งจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบธุรกิจว่าได้กระทำการร่วมกัน”

การกระทำร่วมกันหรือการตกลงร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมจึงถือว่าผิดบทบัญญัติตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2561 ซึ่งยังคงมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันที่ครอบคลุมไปถึงการดำเนินการโดยปราศจากหลักฐาน หรือการกระทำโดยแยบยลโดยอาศัยอัลกอริทึม หรือ การเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม ด้วยมาตรการบดทอนโทษเกี่ยวกับการกระทำผิดเกี่ยวกับมาตรา 54 ถือว่ามีความผิดทางแพ่ง ความผิดทางอาญาและโทษทางปกครองตามมาตรา 72 จึงจำเป็นต้องให้ความสำคัญเกี่ยวกับพยานหลักฐานเป็นสำคัญในการกระทำ หากไม่มีการกระทำหรือหลักฐานที่ชัดเจน การตีความในมาตราดังกล่าวสามารถเกิดปัญหาได้ จึงไม่อาจทำให้ครอบคลุมไปถึงการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมที่ปราศจากหลักฐาน การกระทำที่มีความแยบยล หรือ การเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม อย่างไรก็ตาม การกระทำร่วมกันในลักษณะของการตกลงราคาร่วมกันถือเป็นข้อห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า ที่จะสร้างความไม่เป็นธรรม ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคได้และสร้างผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ

หากการกระทำร่วมกันไม่อยู่ในลักษณะของการกระทำใดๆโดยอาศัยอัลกอริทึมนั้นถือว่าสร้างความเสียหายต่อระบบตลาดและสร้างความไม่เป็นธรรมต่อระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ไม่ได้มีการกระทำร่วมกัน ในลักษณะของการตกลงราคาร่วมกันอย่างเป็นรูปธรรมหรือชัดเจน หรือปรากฏพยานหลักฐาน จึงควรที่จะมีการศึกษาหากเกิดการกระทำร่วมกันในลักษณะของการตกลงราคาร่วมกันโดยอัลกอริทึม รวมไปถึงกรณีรูปแบบของการกระทำร่วมกันใดๆที่จะสร้างความเสียหายต่อระบบตลาดและส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค เพื่อที่จะปรับใช้หลักเกณฑ์ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อเอาโทษแก่ผู้กระทำความผิดนี้ได้ รวมถึงการวางแนวทางการพิจารณาหรือการได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำ เมื่อตลาดนั้นไม่ได้ดำเนินไปอย่างเสรีควรมีการป้องกันการจำกัดหรือต่อต้านการแข่งขันในตลาดหาแนวทางข้อเสนอแนะ เพื่อให้เกิดประโยชน์และความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคมากที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาพฤติกรรมการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึม เป็นพฤติกรรมต่อต้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่ รวมไปถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำร่วมกัน

2. เพื่อศึกษาถึงผลกระทบและเสนอแนวทางการสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค หากพฤติกรรมดังกล่าวนี้เป็นต่อต้านกฎหมายแข่งขันทางการค้า

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในการควบคุมเกี่ยวกับการกระทำต่าง ๆ ในทางการค้าเพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคและกลไกตลาด แต่คาดว่าพฤติกรรมกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมในกรณีการกระทำร่วมกันโดยปริยาย ซึ่งยากต่อการปรากฏหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำร่วมกัน หรือการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม นำไปสู่สร้างความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค จะอยู่ภายใต้กฎหมายที่ควบคุมการกำหนดราคา โดยอัลกอริทึมร่วมกันอันได้แก่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นี้ อย่างไรก็ตามควรที่จะกำหนดแนวทางหรือคำอธิบายเกี่ยวกับหลักการตีความ รวมไปถึงการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับได้มาซึ่งพยานหลักฐาน หรือการรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำร่วมกัน เพื่อที่จะให้การบังคับกฎหมายใช้ต่อพฤติกรรมดังกล่าวครอบคลุมและชัดเจนมากยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตการวิจัย

การศึกษาวิจัยในเรื่องนี้ มุ่งศึกษาองค์ประกอบของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมอาศัยมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน พ.ศ.2560 โดยทำการศึกษาแนวทางการตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีตัวอย่าง หลักเกณฑ์ และกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาตรการ แนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย ประเทศเยอรมนี เป็นต้น เพื่อจะได้เปรียบเทียบกับองค์ประกอบของพฤติกรรม มาตรการการบังคับใช้กฎหมาย การตีความ มาปรับใช้อย่างเหมาะสมกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

1.5 วิธีการดำเนินวิจัย

ใช้การศึกษาจากเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ ตำรา วารสาร บทความ งานวิจัย ตลอดจนคำพิพากษา คำตัดสินทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้เกิดความชัดเจนหรือมองเห็นถึงช่องโหว่ของกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560
2. เพื่อให้เกิดการตระหนักถึงพฤติกรรมการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมที่เกิดขึ้นในประเทศไทย
3. เพื่ออาจใช้เป็นแนวทางในการอ้างอิงเพื่อปรับปรุง แก้ไขแนวปฏิบัติต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลด้านการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม

1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ศึกษาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องดังนี้

1. เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธ์. การกำหนดราคาร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม : ความท้าทายต่อการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากฎหมายเศรษฐกิจ. ใน กฎหมายกับเศรษฐกิจ : รวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นเกียรติแด่ ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล ครูของ พ ศักดา 60 ปี. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลาคม), 2561.

บทความนี้ได้วิเคราะห์เกี่ยวกับการกำหนดราคาร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจอันได้แก่ ประการแรก สถานการณ์ใช้อัลกอริทึมในการติดต่อสื่อสาร ประสานงาน สื่อสาร ประการที่สอง สถานการณ์ที่ใช้อัลกอริทึมในการกำหนดราคาโดยปราศจากหลักฐาน ประการที่สาม การใช้อัลกอริทึมจากการเรียนรู้ด้วยตนเอง รวมถึงการให้ความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดราคาร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม และตั้งประเด็นถึงคุณและประโยชน์ รวมถึงผลกระทบที่จะเกิดจากการกำหนดราคาร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม

2. พรชัย วิสุทธิศักดิ์. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2564.

หนังสือเล่มนี้ได้พูดถึงกฎหมายแข่งขันทางการค้า ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อธิบายเกี่ยวกับการพฤติกรรมต่างๆที่เกี่ยวข้องเป็นข้อห้ามของกฎหมายแข่งขันทางการค้า อันได้แก่ การควบรวมกิจการ การตกลงราคาร่วมกัน หรือการกระทำใดๆที่นำไปสู่การค้าที่ไม่เป็นธรรม รวมไปถึงพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

3. คักดา ธนิตกุลและคณาจารย์. กฎหมายแข่งขันทางการค้า ในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์: วิเคราะห์กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

หนังสือนี้ได้พูดถึงแนวคิดและหลักกฎหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้า หลักเกณฑ์การตีความ แนวทางการป้องกันการกระทำอันเป็นขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศอันได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ สหภาพยุโรป เกาหลีใต้ และ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

4. หัสณีย์ เพชรศรีกาญจน์. ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2560.

วิทยานิพนธ์เล่มนี้พูดถึงแนวคิดและหลักกฎหมายของการตกลงราคาร่วมกันซึ่งเป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 54 ในลักษณะใดจะถือได้ว่ามีความผิดตามมาตรา 54 ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศ

5. OECD. 2017. Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital age [Online]. Available from <https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>

บทความนี้พูดถึงแนวคิดของอัลกอริทึมรวมถึงการส่งผลกระทบต่อนโยบายการแข่งขันทางการค้าในยุคดิจิทัล โดยอธิบายถึงผลกระทบของอัลกอริทึมจะนำไปสู่ผลกระทบอย่างไรได้บ้าง

6. Competition & Markets Authority. 2021. How they can reduce competition and harm consumers [Online]. Available from <https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers>.

งานวิจัยนี้พูดถึงแนวทางการลดอันตรายและรูปแบบของการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่ผู้บริโภคภายใต้การอำนวยความสะดวกโดยอัลกอริทึม เช่น การกำหนดราคาเฉพาะบุคคลโดยอัลกอริทึม เป็นต้น

บทที่ 2

ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับอัลกอริทึมและการประยุกต์ใช้อัลกอริทึมของ ผู้ประกอบการธุรกิจ

2.1 ข้อมูลพื้นฐานของอัลกอริทึม

2.1.1 คำจำกัดความของอัลกอริทึม

คำว่า “อัลกอริทึม (Algorithm)” เกิดขึ้นจากนักคณิตศาสตร์ชาวเปอร์เซียชื่อว่า อะบู อับดิลลาห์ มุฮัมหมัด บิน มุซา อัลคาวาริซมีย์ (Abu Abdillah Muhammad binMusa al-Khwarizmi) ได้มีการกล่าวถึงอัลกอริทึม ที่ใช้เป็นเครื่องมือในการคำนวณ แก้ไขปัญหาทางคณิตศาสตร์ พยายามที่จะอธิบายเกี่ยวกับพีชคณิตสมัยใหม่ จากนั้นได้มีการแพร่กระจายเกี่ยวกับอัลกอริทึมในรูปแบบภาษาต่างๆ รวมถึงภาษาละติน ซึ่งอัลกอริทึมนี้มีการแปลมาจากคำว่า “อัลคาวาริซมีย์ (al-Khwarizmi)”²

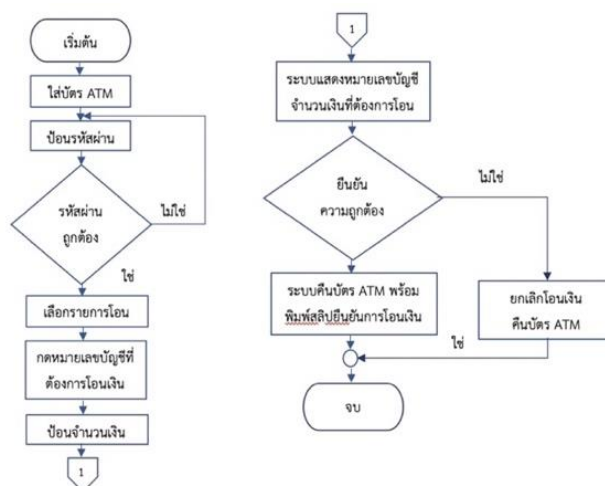
ราชบัณฑิตยสถานได้บัญญัตินิยามศัพท์คำว่า “อัลกอริทึม (Algorithm)” ด้วย “ขั้นตอนวิธี” หมายถึง ลำดับขั้นตอนในการแก้ไขปัญหา การคิดคำนวณด้วยระบบคอมพิวเตอร์

คำว่า “อัลกอริทึม (Algorithm)” หมายถึง ขั้นตอน หรือลำดับการประมวลผล ในการแก้ปัญหาใดปัญหาหนึ่งซึ่งจะช่วยให้ผู้พัฒนาโปรแกรมเห็นขั้นตอนการเขียนโปรแกรมอย่างง่ายขึ้น เป็นวิธีการ หรือขั้นตอนวิธี หรือกระบวนการแก้ไขปัญหาตามลำดับโดยการประมวลผล โดยเริ่มกระบวนการผ่านการนำเข้าสู่ข้อมูล (Input) หรือสร้างชุดคำสั่งด้วยภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะทำการคำนวณหรือประมวลผลภายใต้ชุดคำสั่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้ระบุไว้ โดยชุดคำสั่งนี้ เพื่อก่อให้เกิดผลลัพธ์อย่างใดอย่างหนึ่งมีการเป็นการจัดลำดับขั้นตอนวิธีการแก้ปัญหาหรือการจัดการความคิดให้เป็นขั้นตอน โดยจะเริ่มจากการเรียงลำดับความสำคัญของสิ่งที่ต้องการจะวางรูปแบบ ซึ่งในปัจจุบันได้นำมาใช้ในชีวิตประจำวันอย่างมาก เช่น กำหนดขั้นตอนเพื่อแก้ไขปัญหา การจัดเรียงเอกสารในแฟ้มข้อมูล เช่น การทำงานของหม้อหุงข้าว การจัดการข้อมูลนิติต, ขั้นตอนการใช้งานตู้กดเงินอัตโนมัติ (ATM)³ เป็นต้น รวมถึงการควบคุมโปรแกรมหรือแอปพลิเคชันต่างๆในชีวิตประจำวัน ทางด้านสุขภาพ ด้านการเงิน หรือด้านวิศวกรรม

² Wattcharapat Srikumweang, "Basic Algorithm and Plan " [Online]. Available from: <https://www.scimath.org/lesson-technology/item/8809-2018-09-21-02-51-34>

³ วิษณุ ช้างเนียม, คู่มือเรียนโครงสร้างข้อมูลและอัลกอริทึม (กรุงเทพฯ: ไอทีซี พรีเมียร์ จำกัด, 2555).

โดยอัลกอริทึมนั้นจะอาศัยการแสดงลำดับโดย ผังงาน หรือโฟลว์ชาร์ต (Flowchart)⁴ หรือรหัสเทียม (Pseudo code)⁵ ซึ่งเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการออกแบบระบบลำดับขั้นตอนต่างๆในการแก้ปัญหา ตรวจสอบความถูกต้องอีกทั้งยังสามารถช่วยให้บุคคลภายนอกหรือผู้ที่ไม่ได้มีความรู้ความสามารถในทางภาษาคอมพิวเตอร์เข้าใจถึงลำดับขั้นต่าง ๆ ได้ โดยอาศัยสัญลักษณ์ต่างๆ



รูปที่ 1 ผังการทำงานอัลกอริทึมของตู้กดเงินอัตโนมัติ (ATM)

จากนิยามข้างต้นอัลกอริทึมถือเป็นวิธีการหรือเครื่องมือในการทำงานที่มีลำดับการทำงานเป็นขั้นตอนชัดเจน เป็นระเบียบแบบแผน และปฏิบัติตามขั้นตอนแล้วได้ผลลัพธ์ที่ถูกต้อง เพราะได้มีการจัดเรียงเป็นขั้นตอนมีวิธีการและทางเลือกไว้ให้ ถือเป็นปัญญาประดิษฐ์รูปแบบหนึ่ง (Artificial intelligence)⁶ ที่จะให้คุณลักษณะด้านสติปัญญาและความฉลาดเหนือมนุษย์

⁴ ผังงาน หรือ โฟลว์ชาร์ต (Flowchart) คือ แผนภาพที่มีการใช้สัญลักษณ์รูปภาพและลูกศรที่แสดงถึงขั้นตอนการทำงานของโปรแกรมหรือระบบทีละขั้นตอน โดยแต่ละสัญลักษณ์ในแผนภาพ จะหมายถึงการทำงานหนึ่งขั้นตอน ส่วนลูกศรจะแทนลำดับการทำงานขั้นตอนต่างๆ รวมทั้งทิศทางไหลของข้อมูลตั้งแต่เริ่มจนได้ผลลัพธ์ตามต้องการ

⁵ รหัสเทียม (Pseudo code) เป็นโครงสร้างรหัสที่รวมทั้งภาษาเขียนกับคอมพิวเตอร์เข้าไว้ด้วยกัน เพื่อใช้ในการอธิบายโครงสร้างและลำดับขั้นตอนการทำงานของโปรแกรมโดยไม่อ้างอิงภาษาคอมพิวเตอร์ภาษาใดภาษาหนึ่ง เพื่อเป็นสื่อกลางแทนการเขียนด้วยโค้ดโปรแกรม (Code Program)

⁶ ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial intelligence) ประกอบด้วยปัญญา (Intelligence) และคำว่า ประดิษฐ์ (Artificial) เป็นศาสตร์แขนงหนึ่ง เป็นความฉลาดที่มนุษย์สร้างขึ้นให้กับสิ่งที่ไม่มีชีวิต เช่น เครื่องจักร หรือซอฟต์แวร์ โดยจะมีการทำให้คล้ายคลึงหรือเลียนแบบพฤติกรรมมนุษย์เกี่ยวกับการเรียนรู้ วิเคราะห์ ให้เหตุผล และการแก้ปัญหา

และสามารถที่จะคิดได้เองเช่นมนุษย์ เป็นแนวคิดที่มีเหตุและผล⁷ และมีการเรียนรู้ของเครื่องจักร (Machine Learning)⁸ ซึ่งจะกล่าวถึงในส่วนถัดไป

2.1.2 คุณสมบัติของอัลกอริทึม

คุณสมบัติที่สำคัญเพื่อให้การทำงานของอัลกอริทึมนั้นสามารถทำงานได้ โดยส่วนประกอบของอัลกอริทึมดังที่ได้กล่าวไปในส่วนนิยามของอัลกอริทึมประกอบไปด้วย ข้อมูล (Input) ตัวแปร (Variables) และกิจกรรม (Activities) ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้คุณสมบัติดังนี้

1. **ขอบเขตชัดเจน (Finiteness)** กล่าวคือ การทำงานของอัลกอริทึมนั้นต้องมีการนำเข้าซึ่งภาษาคอมพิวเตอร์เป็นลำดับขั้นตอน อัลกอริทึมจึงมีจุดเริ่มต้นในการทำงานและจุดสิ้นสุดของคำสั่ง รวมถึงขั้นตอนที่มีความแน่นอน ชัดเจน

2. **ความแน่นอน (Definiteness)** กล่าวคือ ทุกขั้นตอนการทำงานจะต้องมีความแน่นอนและชัดเจน โดยที่ไม่ต้องอาศัยการตีความมากกว่าหนึ่งรูปแบบ โดยอาศัยภาษาโปรแกรมเป็นสำคัญ เพื่อให้ใกล้เคียงกับภาษามนุษย์มากที่สุด

3. **มีประสิทธิภาพ (Effectiveness)** กล่าวคือ การทำงานของอัลกอริทึมสามารถดำเนินไปได้โดยไม่มีอุปสรรคต้องดำเนินไปอย่างราบรื่น

4. **ไม่เฉพาะเจาะจง (Generality)** กล่าวคือ การประมวลผลการทำงานของอัลกอริทึมนั้นจะไม่แก้เฉพาะทางใดทางหนึ่ง เพียงแนวทางการแก้ปัญหาเดียว แต่จะตอบโจทย์ได้หลายรูปแบบ เพื่อหาหนทางแก้ไขปัญหาที่ดีที่สุด

2.1.3 รูปแบบการเขียนอัลกอริทึม

สามารถดำเนินการเขียนหรือสร้างอัลกอริทึมได้ทั้งสิ้น 3 รูปแบบ⁹ ได้แก่

1. **รูปแบบลำดับ (Sequential)** เริ่มต้นกระบวนการในลักษณะการประมวลผลตามขั้นตอนลำดับก่อนไปหลังโดยการทำงานลำดับไปตามขั้นตอน จึงสามารถจะดำเนินการในลำดับต่อไปได้

⁷ ชูพันธ์ รัตนโกคา, "ความรู้เบื้องต้นทางปัญญาประดิษฐ์,"(2559).

⁸ ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร กรมจัดหางาน, "การจัดการความรู้ (Knowledge Management) เรื่อง ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ Big Data และ Machine Learning,"(2562).

⁹ ชูพันธ์ รัตนโกคา, "ความรู้เบื้องต้นทางปัญญาประดิษฐ์"

2. **รูปแบบทางเลือก (Decision)** กระบวนการการทำงานของรูปแบบนี้ อัลกอริทึมจะดำเนินการประมวลผลอย่างมีเงื่อนไขในการดำเนินกระบวนการแก้ไขปัญหา เช่น ใช่ (Yes) หรือไม่ใช่ (No)

3. **รูปแบบทำซ้ำ (Repetition)** กระบวนการการทำงานของอัลกอริทึมจะคล้ายคลึงกับรูปแบบทางเลือก โดยมีการตรวจสอบเงื่อนไข และหากกระบวนการได้ดำเนินการตามเงื่อนไขแล้ว จะมีการทำซ้ำอีกครั้ง จนกระทั่งไม่ตรงกับเงื่อนไขที่กำหนดจึงจะทำงานในลำดับถัดไป

2.1.4 ประเภทของอัลกอริทึม

ประเภทของอัลกอริทึมนั้นจะมีรูปแบบการดำเนินการแก้ไขปัญหาที่นำมาซึ่งผลลัพธ์ที่แตกต่างกันออกไป โดยแบ่งลักษณะประเภทของอัลกอริทึมดังต่อไปนี้¹⁰

1. **Brute Force algorithms** เป็นการแก้ปัญหาในรูปแบบของการให้อัลกอริทึมนั้นทำงานไปอย่างต่อเนื่อง จนได้คำตอบของปัญหาในทุกรูปแบบ เนื่องจากประมวลผลในความเป็นไปทุกรูปแบบ ซึ่งอาจไม่เหมาะกับข้อมูลในปริมาณมาก เพราะในการประมวลผลต้องใช้ระยะเวลาที่นานพอควรเพื่อที่จะได้ดำเนินการจนครบทุกรูปแบบ

2. **Divide and Conquer algorithms** เป็นรูปแบบของการทำงานของอัลกอริทึมมีหลักการคิดโดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่แก้ปัญหาเล็กน้อย โดยในส่วนนี้จะเริ่มกระบวนการทำงานก่อน และจึงนำผลของการแก้ปัญหานั้นมารวมกันใหม่

3. **Decrease and Conquer algorithms** เป็นประเภทที่ใช้อัลกอริทึมในการแก้ไขปัญหาด้วยการลดขนาดของปัญหาและเลือกขนาดของกลุ่มปัญหาที่ต้องการแก้ไขปัญหา โดยอาจยกเว้น ละเว้น บางส่วนไว้ก่อนเพื่อลดขนาดของปัญหาให้มีขนาดเล็กลง

4. **Transform and Conquer algorithms** เป็นการแก้ไขปัญหโดยการเปลี่ยนรูปแบบของปัญหาที่ต้องการแก้ไขให้อยู่ในรูปแบบอื่นก่อน เพราะหากเปลี่ยนรูปแบบแล้วอาจแก้ปัญหได้ง่ายขึ้นทำให้แก้ปัญหาได้ง่ายและรวดเร็ว เช่น นำข้อมูลมาจัดเรียงก่อนค้นหา

5. **Greedy algorithms** เป็นอัลกอริทึมที่มีลักษณะของการแก้ไขปัญหด้วยการเพิ่มประสิทธิภาพ และแก้ไขปัญหได้เหมาะสมที่สุด (Optimization problems)

¹⁰ ช้างเนียม, ว., คู่มือเรียนโครงสร้างข้อมูลและอัลกอริทึม.

โดยรูปแบบของการทำงานพยายามที่จะหาคำตอบที่ดีที่สุด เช่น ปัญหาการแก้ไขปัญหาทอนเหรียญ โดยเลือกหน่วยใหญ่ก่อน

6. Dynamic programming algorithms เป็นการทำงานของอัลกอริทึมประเภทของการแบ่งปัญหาส่วนเล็กๆแล้วนำผลของปัญหาเล็กๆมาแก้ไขปัญหาที่ใหญ่กว่า โดยเป็นการแก้ไขปัญหาจากล่างขึ้นบน (Bottom-up approach)

7. Backtracking algorithms เป็นอัลกอริทึมค้นหาวิธีทางแก้ไขปัญหาทุกเส้นทางที่จะเป็นไปได้ เพื่อทำการหาคำตอบของปัญหาที่ละส่วน ว่าผลลัพธ์นั้นผลลัพธ์ที่ถูกต้องหรือไม่ หากไม่ใช่คำตอบจะมีถอยหลังและคำนวณหาผลลัพธ์ใหม่

8. Branch and bound algorithms เป็นอัลกอริทึมประเภทเพิ่มประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาด้วยโครงสร้างทรี (Tree) โดยจะมีปัญหาหลักอยู่บนยอดสูงสุดของทรี และแบ่งออกเป็นส่วนๆ เรียกว่า โหนดราก โดยแต่ละโหนดจะแก้ไขปัญหาของตนเอง หากการแก้ไขปัญหามิ่ถูกต้องก็จะถูกจัดวางในตำแหน่งที่ไม่ถูกต้องแล้วนำกลับมาทำใหม่ จนสามารถแก้ปัญหาได้ เช่น การคำนวณการแก้ปัญหหาเส้นทางที่เหมาะสมของ ระบบจีพีเอส (GPS)

9. Recursive algorithms เป็นการแก้ไขปัญหาลงขั้นพื้นฐานโดยการใช้ตัวเองใช้ซ้ำๆ โดยข้อมูลปัญหาส่วนเล็กๆย่อย ๆ จะถูกนำกลับมาแก้ไขอีกครั้ง

10. Randomized algorithms เป็นอัลกอริทึมประเภทอาศัยการสุ่มข้อมูลแล้วนำข้อมูลที่เลือกสุ่มได้มากกระทำกับอัลกอริทึมในการใส่คำสั่งต่างๆ เพื่อให้ได้ผลตามต้องการ

11. Heuristic algorithms เป็นการคำตอบและแก้ไขปัญหที่เหมาะสมด้วยการใช้ค่าประมาณที่เหมาะสม (Suitable approximation) ซึ่งจะถูกนำมาใช้ในสถานการณ์ที่มีความจำกัด เช่น เวลา เป็นต้น

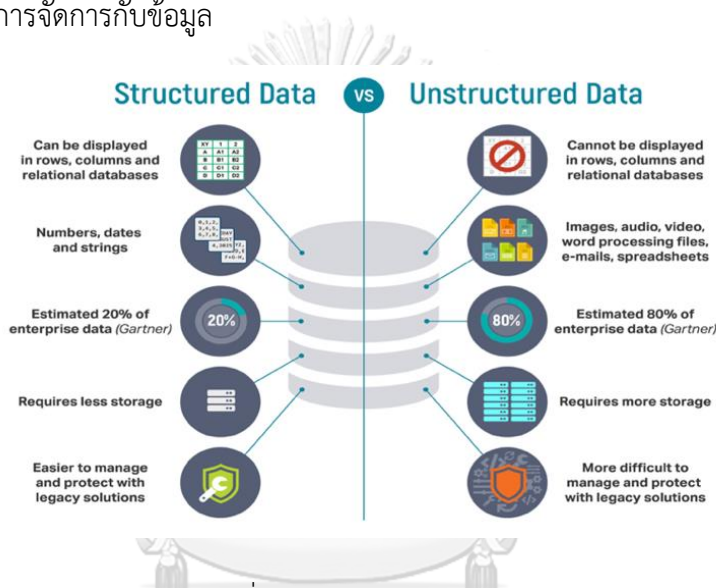
2.1.5 ขั้นตอนกระบวนการวิธีการประมวลผลข้อมูลโดยอัลกอริทึม

2.1.5.1 คำจำกัดความของข้อมูลขนาดใหญ่ การเรียนรู้ของเครื่องจักร และ การเรียนรู้เชิงลึก

ก. ข้อมูลขนาดใหญ่ (Big Data)

ข้อมูลขนาดใหญ่ (Big Data) (ซึ่งต่อไปนี้จะผู้เขียนเรียกว่า “Big data”) เป็นปริมาณข้อมูลขนาดใหญ่ไปจนถึงจำนวนมหาศาลสามารถรองรับการจัดเก็บข้อมูล โดยแบ่งประเภทเป็นข้อมูลที่มีโครงสร้างชัดเจน (Structured Data) เป็นข้อมูลที่มีลักษณะบ่งบอก

ชัดเจน สามารถเก็บไว้ได้รูปแบบระบบฐานข้อมูลเชิงสัมพันธ์ (Relational Database) โดยสามารถจัดเรียงได้อย่างเป็นรูปธรรมสามารถนำข้อมูลไปวิเคราะห์ได้ทันที และข้อมูลที่โครงสร้างไม่ชัดเจน (Unstructured Data) ข้อมูลที่ไม่สามารถระบุรูปแบบได้แน่นอน ในรูปแบบของข้อความ รูปภาพ วิดีโอ นอกเหนือจากประเภทระบบฐานข้อมูลเชิงสัมพันธ์ ซึ่งจะต้องมีส่วนที่สามารถรองรับการเพิ่มขึ้นขยายของข้อมูลได้¹¹ โครงสร้างข้อมูลทั้งสองประเภทข้างต้น สามารถที่จะขยายขนาดของข้อมูลไปได้อย่างไม่จำกัด Big Data เป็นที่รู้จักและแพร่หลายมากยิ่งขึ้น โดย จอห์น มาเชย์ (John Mashey) โดยในอดีตนั้น Big Data ถือเป็นข้อมูลที่มีจำนวนมหาศาล และมีความยากต่อการประมวลผล อย่างไรก็ตามในปี พ.ศ.2561 ได้มีการพัฒนา Big Data จนถือว่าเป็นเครื่องมือในการจัดการกับข้อมูล



รูปที่ 2 ประเภทของ Big Data

ที่มา: ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร กรมจัดหางาน

ผู้ประกอบการธุรกิจต่าง ๆ มีการนำ Big data เข้ามาปรับใช้เพื่อพัฒนาการดำเนินงานของบริษัทให้ดียิ่งขึ้นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคหรือลูกค้า การบริการต่าง ๆ ให้ดีมากยิ่งขึ้น สร้างแคมเปญ เพื่อกระตุ้นการเข้ารับบริการซื้อและบริการ รวมถึงการดำเนินการอื่น ๆ ที่จะเป็นการเพิ่มรายได้และกำไรให้กับทางธุรกิจ เนื่องจากการนำ Big data มาปรับใช้สามารถทำให้ผู้ประกอบการตัดสินใจทางธุรกิจได้รวดเร็วและมีข้อมูลมากขึ้น เนื่องจาก Big data ให้ข้อมูลเชิงลึกที่มีคุณค่าเกี่ยวกับลูกค้าที่ผู้ประกอบการสามารถนำมาใช้เพื่อการตลาด การโฆษณา การส่งเสริมการขาย รวมไปถึงข้อมูลย้อนหลัง Big data จึงสามารถนำไปวิเคราะห์เพื่อประเมินความเปลี่ยนแปลงของผู้บริโภคได้

¹¹ กรมจัดหางาน, ศ., "การจัดการความรู้ (Knowledge Management) เรื่อง ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ Big Data และ Machine Learning."

การพัฒนาของ Big Data ดังที่กล่าวไปข้างต้น ถือเป็นความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการประมวลผลและความจุในการจัดเก็บข้อมูล เพื่อที่จะทำให้สามารถสร้างและจัดการฐาน Big Data อย่างรวดเร็ว โดยใช้ระยะเวลาในการประมวลผลระยะสั้น และสามารถนำไปสู่การประยุกต์การใช้งานได้อีกหลายด้าน¹² Big data จะถือว่าเป็นข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะ ที่จะต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้¹³

ประการแรก ความเร็ว (Velocity) กล่าวคือ Big Data อาศัยความรวดเร็วในการประมวลผลและผลิตชุดข้อมูล เพื่อตอบโภทย์ในเรื่องระยะเวลาที่กระชับมากยิ่งขึ้น และสามารถนำเข้าข้อมูลแบบเรียลไทม์ (Real Time)¹⁴ ณ ขณะนั้นซึ่งอยู่ในช่วงเวลาที่กำลังดำเนินการประมวลผลอยู่ เช่น ข้อมูลอัตราการสั่งซื้อสินค้าหรือเรียกใช้บริการ ข้อมูลการสนทนา

ประการที่สอง ความหลากหลาย (Variety) กล่าวคือ ความหลากหลายของประเภทของข้อมูล ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการนำข้อมูลไปวิเคราะห์ ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นตัวหนังสือ รูปภาพ วิดีโอ หรือไฟล์ เป็นต้น

ประการที่สาม ปริมาณ (Volume) กล่าวคือ ปริมาณข้อมูลที่จะทำการประมวลผล ที่ได้มีการจัดเก็บไว้ได้ต้องมีขนาดใหญ่มาก เนื่องจากปริมาณของข้อมูลจำนวนมาก จะชี้ได้ถึงคุณภาพและประสิทธิภาพของข้อมูล และมีการพิจารณาว่าข้อมูลที่มีอยู่ถือว่าเข้าลักษณะ Big Data หรือไม่

เช่นนั้น Big Data จึงถือว่าเป็นเครื่องมือช่วยให้สามารถใช้ข้อมูลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ข้อมูลไม่ว่าจากแหล่งที่มาใด สามารถที่จะนำไปวิเคราะห์ ประมวลผลให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ตามต้องการ เพื่อให้ตรงกับความต้องการของผู้บริโภคดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น โดยผู้ประกอบการต่างต้องพึงพาการจัดการ Big data ขึ้นเรื่อย ๆ ปรับปรุงสินค้าหรือบริการด้วยลักษณะเฉพาะที่สามารถใช้ระยะเวลาสั้นในการทำงาน ย่อมส่งผลดีต่อการบริหารหรือดำเนินองค์กรหรือธุรกิจได้ เพราะสามารถที่จะช่วยลดต้นทุนในการบริหารจัดการธุรกิจได้

¹² University of Granada, "Big Data: Algorithms for Data Preprocessing, Computational Intelligence, and Imbalanced Classes," [Online]. Available from: <https://sci2s.ugr.es/BigData#Introduction%20to%20Big%20Data>

¹³ กรมจัดหางาน, ศ., "การจัดการความรู้ (Knowledge Management) เรื่อง ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ Big Data และ Machine Learning."

¹⁴ เรียลไทม์ (Real Time) หมายถึง ช่วงเวลาสั้นมากที่เกิดขึ้นขณะระบบคอมพิวเตอร์กำลังรับและจัดการข้อมูลเท่านั้นต่อเวลา ณ ขณะนั้น

ข. การเรียนรู้ของเครื่องจักร (Machine Learning)

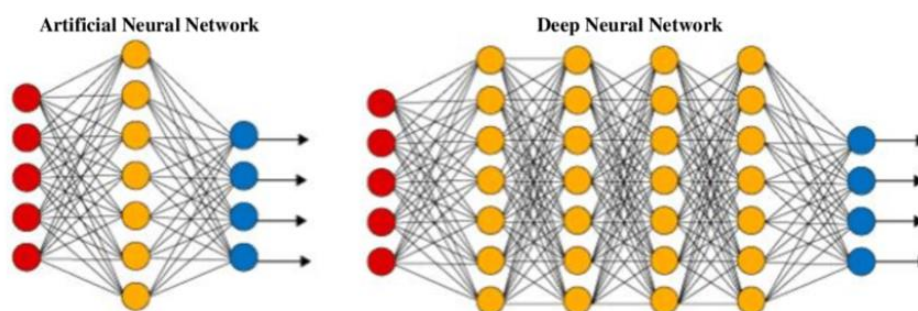
การเรียนรู้ของเครื่องจักร (Machine Learning) การริเริ่มในการศึกษา เริ่มต้นจาก นักวิทยาศาสตร์คอมพิวเตอร์ท่านหนึ่ง พยายามที่จะสอนคอมพิวเตอร์เล่นหมากรุก โดยได้มีการให้ข้อมูล วิธีการการแก้ไขปัญหาต่างๆ ทำให้คอมพิวเตอร์รับรู้ถึงวิธีการแก้ไขหรือเล่นหมากรุกได้หลากหลายรูปแบบ และสามารถจดจำรูปแบบต่างๆ ที่ซับซ้อนได้ แล้วจึงมีการประยุกต์ไปสู่สถานการณ์การแก้ไขปัญหาด้วยตัวเอง ดังนั้นการเรียนรู้ของเครื่องจักรนี้จึงเปรียบเสมือนความคิดระบบหนึ่งที่สามารถแยกแยะ ข้อมูลต่างๆ ซึ่งอยู่ในรูปแบบสมองปัญญาประดิษฐ์ ที่สามารถเรียนรู้ได้ด้วยตนเอง โดยปราศจากคำสั่งของผู้ควบคุม เรียนรู้ด้วยตนเองอาศัยประสบการณ์ และการพบเจออุปสรรคปัญหา เพื่อที่จะเมื่อเจอสถานการณ์ที่ไม่เคยเจอหรือแบบใหม่ จะสามารถเพิ่มความแม่นยำในการหาวิธีการแก้ไข¹⁵

ค. การเรียนรู้เชิงลึก (Deep Learning)

การเรียนรู้เชิงลึก (Deep Learning) เป็นการเรียนรู้ของปัญญาประดิษฐ์รูปแบบเพื่อใช้ในการประมวลผลของปัญญาประดิษฐ์อันได้แก่ “อัลกอริทึม” โดยมีลักษณะการทำงานหรือการเรียนรู้ที่คล้ายคลึงกับการทำงานระบบประสาทของสมองในมนุษย์ การประมวลผลนั้นจะอาศัยหน่วยย่อยของการเรียนรู้ของเครื่องจักร การทำงานนั้นมีลักษณะเป็นลำดับขั้นของเครือข่ายประสาทเทียม (Artificial Neural Network: ANN) ดังรูปที่ 3 โดยการประมวลผลแบบการเรียนรู้เชิงลึกจะวิเคราะห์ข้อมูลเชิงลึก ด้วยการเรียนรู้วิธีเสริมแรง (Reinforcement Learning)¹⁶ กล่าวคือ เป็นการเรียนรู้ประเภทนี้อาศัยการลองผิดลองถูกตั้งความน่าจะเป็นทางคณิตศาสตร์ โดยอิสระอย่างรวดเร็วยิ่งยวด คล้ายกับการประมวลผลการตัดสินใจภายในระบบประสาทของมนุษย์ ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นเพื่อเข้าสู่ดุลยภาพร่วมกัน เพื่อการสร้างรูปแบบผลลัพธ์การประมวลผลอย่างดีที่สุด โดยการเรียนรู้เชิงลึกนี้สามารถแบ่งการเรียนรู้จากการเรียนรู้ผ่านการเรียนรู้ที่ไม่มีผู้สอน หรือ Unsupervised Learning แม้เป็นการประมวลผล Big Data ข้อมูลที่โครงสร้างไม่ชัดเจน (Unstructured Data)

¹⁵ กรมจัดหางาน, ศ., "การจัดการความรู้ (Knowledge Management) เรื่อง ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ Big Data และ Machine Learning."

¹⁶ Timo Klein, "Autonomous Algorithmic Collusion: Q-Learning under Sequential Pricing," Tinbergen Institute Discussion Paper (November 2020).



รูปที่ 3 การเรียนรู้เชิงลึกของเครือข่ายประสาทเทียม (ANN)

ที่มา: Machine and Deep Learning Approaches in Genome: Review Article,
Wael A. Awad (2020)

2.5.1.2 ภาพรวมกระบวนการวิธีการประมวลผลข้อมูลโดยอัลกอริทึม

จากการศึกษาการดำเนินงานเพื่อประมวลผลของอัลกอริทึมนั้น จะประกอบไปด้วยทั้งสิ้น 3 ส่วน ได้แก่ ข้อมูลขนาดใหญ่ (Big Data), การเรียนรู้ของเครื่องจักร (Machine Learning) และการเรียนรู้เชิงลึก (Deep Learning) โดยมีอัลกอริทึมเป็นเครื่องมือในการประมวลผล

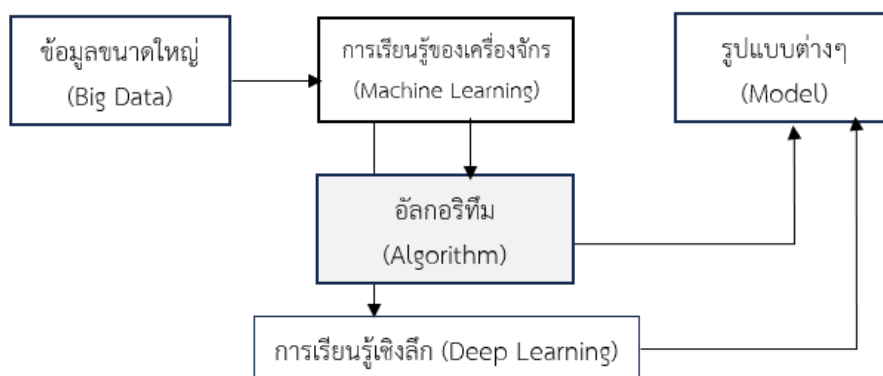
กระบวนการในการประมวลผลโดยอัลกอริทึมนั้นจะคล้ายกับระบบประสาทของมนุษย์โดยจะอาศัยการนำเข้าข้อมูลและการนำออกข้อมูลแสดงออกซึ่งผลลัพธ์จากการประมวลผล โดยแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอน

ขั้นตอนแรก ขั้นตอนจัดเก็บข้อมูล (Storage) รวบรวมข้อมูลจากแหล่งที่มาต่างๆ โดยนำเข้าได้โดยรูปแบบต่างๆ เช่น ตัวอักษร ไฟล์ รูปภาพ เสียงที่ถูกบันทึก

ขั้นตอนที่สอง ขั้นตอนการประมวลผลข้อมูล (Processing) ต้องมีการนำเข้าข้อมูล (Input) จาก Big Data ในการวิเคราะห์พฤติกรรมของลูกค้าโดยอาศัยข้อมูลจากข้อมูลพื้นฐาน ข้อมูลพฤติกรรมการใช้งานของผู้บริโภค เพื่อให้ได้แนวทางที่ดีที่สุดและอาจนำไปสู่การประมวลผลเพื่อนำเสนอให้กับผู้บริโภคได้ ผ่านการนำไปจัดกลุ่มในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน มีความสัมพันธ์กัน ให้ผลลัพธ์คล้ายคลึงกัน

ขั้นตอนที่ 3 ขั้นตอนการวิเคราะห์ข้อมูล (Analyst) การวิเคราะห์หารูปแบบต่างๆ (Model) โดยเรียงเรียงถึงความเกี่ยวเนื่องกัน และให้ได้ผลลัพธ์ที่ดีที่สุด เช่น แนวโน้มของการตลาด ความต้องการของลูกค้า แนวโน้มที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ประมวลผล

ออกมาในรูปแบบต่างๆ เช่น กราฟ แผนผัง เป็นต้น ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับอัลกอริทึม เพราะจะมีการแบ่งข้อมูลเพื่อให้เครื่องจักรสามารถที่จะเรียนรู้ จนได้รูปแบบที่สามารถมาทำนายหรือหาวิธีการ ดังนั้น อัลกอริทึมเป็นเครื่องมือที่จะช่วยในการประมวลผลให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ โดยอาจมีการอาศัยการเรียนรู้เชิงลึกของอัลกอริทึมได้



รูปที่ 4 ผังภาพลำดับการทำงานประมวลผลข้อมูลโดยอัลกอริทึม

2.1.6 วิธีการสร้างอัลกอริทึม

วิชญ์ ช่างเนียม ได้มีอธิบายขั้นตอนการสร้างอัลกอริทึม ประกอบด้วย 9 ขั้นตอน¹⁷ เพื่อที่จะทำหน้าที่อำนวยความสะดวกในการประมวลผล

ขั้นตอนแรก ระบุปัญหา (Statement of the problem) ต้องมีการระบุปัญหาให้มีความชัดเจน ถึงสภาพปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบางปัญหาที่มีความสลับซับซ้อนจนเกิดสถานะความว่างเปล่า (Garbage – in and Garbage – out (GIGO) situation)

ขั้นตอนที่สอง พัฒนาแบบจำลอง (Development of Model) แบบจำลองเป็นตัวแทนของสถานการณ์หรือปัญหาที่เกิดขึ้นจริงดังที่ได้กำหนดไว้ในขั้นตอนแรก ที่สามารถทำให้เข้าใจได้ง่ายในรูปแบบต่างๆ เช่น กราฟ สมการ ลำดับ ในทางคณิตศาสตร์

¹⁷ ช่างเนียม, ว., คู่มือเรียนโครงสร้างข้อมูลและอัลกอริทึม.

ขั้นตอนที่สาม ออกแบบอัลกอริทึม (Design of algorithm) จากที่กล่าวไปข้างต้นอัลกอริทึมมีการกำหนดด้วยขอบเขตที่ชัดเจนและผสมกับรูปแบบในการเขียนที่อาจจะกำหนดว่าจะไปในทิศทางใด เช่น การออกแบบคำสั่งให้ทำงานซ้ำ ต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนและเลือกใช้ประเภทของอัลกอริทึมให้ถูกต้องเพื่อนำมาใช้งานให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

ขั้นตอนที่สี่ ตรวจสอบความถูกต้องของอัลกอริทึม (Correctness of the algorithm) ซึ่งความถูกต้องของอัลกอริทึมในที่นี้ คือขั้นตอนคำสั่งที่ได้มีการเขียนหรือถูกให้คำสั่งไว้โดยทั่วไปแล้วจะมีขั้นตอนการทำงานที่มาก จึงต้องมีการตรวจสอบถึงผลลัพธ์ที่ได้กำหนดไว้

ขั้นตอนที่ห้า นำไปใช้จริง (Implementation) เมื่อได้มีการตรวจสอบอัลกอริทึมแล้ว ต้องมีการแปลงอัลกอริทึมให้อยู่ในรูปของโค้ด (Code) เพื่อที่จะนำไปใช้ในระบบคอมพิวเตอร์ได้

ขั้นตอนที่หก วิเคราะห์ความซับซ้อนของอัลกอริทึม (Analysis of complexity algorithm) เป็นการขั้นตอนการทำงานและรวมถึงระยะเวลาที่อัลกอริทึมต้องทำการวิเคราะห์ ประมวลผล แก้ไขปัญหาที่อาจจะเกิดกรณีที่ยากที่สุดที่อัลกอริทึมจะต้องแก้ไขปัญหา

ขั้นตอนที่เจ็ด ทดสอบโปรแกรม (Program testing) เป็นการตรวจสอบความถูกต้องของอัลกอริทึมที่ได้กำหนดไว้

ขั้นตอนที่แปด เปรียบเทียบคำตอบที่ได้กับอัลกอริทึมที่ดีที่สุด (Comparison with the best existing algorithm) ค้นหาวัตถุประสงค์ที่มันดีที่สุดจากอัลกอริทึมที่มีอยู่ ถ้าได้คำตอบใหม่ก็ควรที่จะละทิ้งคำตอบเดิม และย้อนไปถึงขั้นตอนที่ 4 ถึงขั้นตอนที่ 8 แต่ในกรณีที่ไม่พบ แสดงผลลัพธ์ว่ารูปแบบคำสั่งอัลกอริทึมที่มี ถือว่าดีอยู่แล้ว

ขั้นตอนสุดท้าย การบันทึก (Documentation) เป็นขั้นตอนสุดท้ายในการพัฒนาอัลกอริทึมเพื่อที่จะนำไปใช้งานจริงกับคอมพิวเตอร์

ดังนั้นการสร้างอัลกอริทึมไม่ว่าประเภทใดจะถูกนำมาใช้มากขึ้นในการวิเคราะห์เชิงคาดการณ์ ซึ่งวัดความเป็นไปได้ของเหตุการณ์ตามคุณสมบัติของประเภทนั้นๆ และสามารถใช้แบบจำลองเชิงคาดการณ์เพื่อประเมินสถานการณ์ต่างๆ รวมไปถึงบริษัทต่างๆ ที่ได้นำอัลกอริทึมไปปรับใช้ในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมไปถึงในทางสาธารณสุขได้ด้วยเช่นกัน เช่น การในตัวอย่างการทดสอบโรคเอดส์ โดยใช้ทฤษฎีของเบย์มาประกอบเพื่อการทดสอบเพื่อใช้ผลการทดสอบเพื่อสรุปว่าผู้ป่วยเป็นโรคหรือไม่ เพื่อที่จะได้ข้อมูลซึ่งการอนุมาน

Algorithm 1.1 Naive Bayes

```

Train( $\mathbf{X}, \mathbf{Y}$ ) {reads documents  $\mathbf{X}$  and labels  $\mathbf{Y}$ }
  Compute dictionary  $D$  of  $\mathbf{X}$  with  $n$  words.
  Compute  $m, m_{\text{ham}}$  and  $m_{\text{spam}}$ .
  Initialize  $b := \log c + \log m_{\text{ham}} - \log m_{\text{spam}}$  to offset the rejection threshold
  Initialize  $p \in \mathbb{R}^{2 \times n}$  with  $p_{1j} = 1, w_{\text{spam}} = n, w_{\text{ham}} = n$ .
  {Count occurrence of each word}
  {Here  $x_i^j$  denotes the number of times word  $j$  occurs in document  $x_i$ }
  for  $i = 1$  to  $m$  do
    if  $y_i = \text{spam}$  then
      for  $j = 1$  to  $n$  do
         $p_{0,j} \leftarrow p_{0,j} + x_i^j$ 
         $w_{\text{spam}} \leftarrow w_{\text{spam}} + x_i^j$ 
      end for
    else
      for  $j = 1$  to  $n$  do
         $p_{1,j} \leftarrow p_{1,j} + x_i^j$ 
         $w_{\text{ham}} \leftarrow w_{\text{ham}} + x_i^j$ 
      end for
    end if
  end for
  {Normalize counts to yield word probabilities}
  for  $j = 1$  to  $n$  do
     $p_{0,j} \leftarrow p_{0,j} / w_{\text{spam}}$ 
     $p_{1,j} \leftarrow p_{1,j} / w_{\text{ham}}$ 
  end for
  Classify( $x$ ) {classifies document  $x$ }
  Initialize score threshold  $t = -b$ 
  for  $j = 1$  to  $n$  do
     $t \leftarrow t + x^j (\log p_{0,j} - \log p_{1,j})$ 
  end for
  if  $t > 0$  return spam else return ham

```

รูปที่ 5 ตัวอย่างการเขียนคำสั่งอัลกอริทึมในการทดสอบหาผู้ป่วยโรคเอดส์
ที่มา: Alex Smola and S.V.N. Vishwanathan

2.2 การประยุกต์ใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบการธุรกิจ

อัลกอริทึมถือเป็นความก้าวหน้าของเทคโนโลยี โดยในปัจจุบันได้แทรกซึมอยู่ในชีวิตประจำวันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หรือได้เข้าเป็นส่วนหนึ่งในการดำเนินชีวิตประจำวัน หรือดำเนินกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่งเสมอ อัลกอริทึมสามารถที่จะประยุกต์ใช้เพื่อที่จะแก้ปัญหา ผ่านการเข้ารหัสภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น การประยุกต์ใช้ในการอำนวยความสะดวกการประมวลผลข้อมูล การประยุกต์ใช้ในการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและการบริการ การรายงานสถานการณ์ทางด้านราคา โดยการนำมาใช้นั้นจะต้องทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ระบบเศรษฐกิจให้กลไกตลาดนั้นสามารถดำเนินต่อไปอย่างไม่เกิดอุปสรรค และมุ่งเน้นที่ผู้บริโภคเป็นสำคัญ โดยรูปแบบต้องอยู่ในรูปของกระบวนการการเขียนรหัสเทียม หรือคำสั่งคอมพิวเตอร์เพื่อดำเนินการใน

ภายใต้โปรแกรมชุดคำสั่งอัลกอริทึมที่ผ่านกระบวนการออกแบบมาโดยสมบูรณ์ ซึ่งการอัลกอริทึมมาปรับใช้นั้นถือว่าเป็นเครื่องมือที่จะช่วยทำการคัดกรอง ควบคุมข้อมูล เพื่อที่จะช่วยปรับปรุงกิจกรรมต่างๆที่มีความต้องการได้ ไว้ เช่น ในทางธุรกิจการจับคู่ราคากับคู่แข่งด้วยราคาต่ำสุด การทำงานของอัลกอริทึมจะไม่สามารถดึงข้อมูลในอดีตมาได้ หรืออาศัยประสบการณ์ที่ผ่านมาในการวิเคราะห์ข้อมูล แต่จะทำการวิเคราะห์และเลือกราคาตามกฎที่กำหนดไว้ล่วงหน้า¹⁸ ด้วยคุณสมบัติของอัลกอริทึมที่มีความแน่นอนและชัดเจน หากไม่มีข้อผิดพลาดด้วยระหว่างขั้นตอนการสร้างอัลกอริทึมผลลัพธ์ที่ได้จากการที่นำอัลกอริทึมเข้ามามีส่วนช่วยถือว่ามี ความแม่นยำมากกว่ามนุษย์

2.1.1 นำไปใช้วิเคราะห์ข้อมูลในการทำนายหรือพยากรณ์ (Predictive Analytics)

อัลกอริทึมมีการบวนการประมวลผลคล้ายคลึงสมองของมนุษย์ที่สามารถเรียนรู้ข้อมูลต่างๆจากการใส่ชุดคำสั่งทางคอมพิวเตอร์รวมถึงสามารถให้ผลลัพธ์ แนวทางการตัดสินใจที่หลากหลายรูปแบบที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ข้อมูลที่ทำการทำนายหรือพยากรณ์จะช่วยในการตัดสินใจวิเคราะห์แนวทางในการประกอบธุรกิจให้เป็นไปในทิศทางที่ดีขึ้น โดยอาศัยอัลกอริทึมจะเป็นการสร้างโมเดลในอีกรูปแบบหนึ่งที่ได้มาจากการตัดสินใจในอดีตเพื่อจะหาโอกาสที่จะเกิดขึ้นของความเสียหาย เทคโนโลยี สามารถใช้แบบจำลองเชิงคาดการณ์เพื่อประเมินความต้องการ คาดการณ์การเปลี่ยนแปลงของราคา หรือทำนายพฤติกรรมและความพึงพอใจของลูกค้า ข้อมูลดังกล่าวสามารถใช้เพื่อปรับปรุงการตัดสินใจ ทำให้บริษัทต่างๆ สามารถวางแผนกลยุทธ์ทางธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น¹⁹ และการทำงานอัลกอริทึมสามารถช่วยการทำนายจำลองการทำนายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า²⁰ เช่น การดำเนินธุรกิจยอดขายหรือการผลิตในสถานการณ์การถดถอยของตลาด เป็นต้น ดังนั้นอัลกอริทึมช่วยให้มีความแม่นยำในเรื่องการวิเคราะห์โอกาสต่างๆซึ่งอาศัยองค์ประกอบต่างๆมาช่วยวิเคราะห์เช่น ข้อมูลทางสถิติ ความน่าจะเป็น เป็นต้น²¹

¹⁸Competition & Markets Authority, Pricing Algorithms: Economic Working Paper on the Use of Algorithms to Facilitate Collusion and Personalized Pricing (2018).p. 12-14.

¹⁹ International Competition Network, "Icn Cartel Working Group "Project on "Big Data and Cartels: The Impact of Digitalization in Cartel Enforcement", "(April 2020).

²⁰ Authority, C. M., Pricing Algorithms: Economic Working Paper on the Use of Algorithms to Facilitate Collusion and Personalized Pricing. p. 15-17.

²¹ ชนกานต์ กิ่งแก้ว, "การทบทวนการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงทำนายสำหรับข้อมูลขนาดใหญ่ในธุรกิจ," ปัญญาภิวัตน์ 5(พฤษภาคม 2557).

2.1.2 นำไปใช้เพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจ

ผู้ประกอบการธุรกิจต่างๆ มีการใช้เทคโนโลยีอัลกอริทึมปรับใช้อัลกอริทึมเพื่อกำหนดราคา ตอบสนองความต้องการของตลาด เพื่อสร้างรายได้และกำไรประโยชน์สูงสุดให้แก่ธุรกิจ จากที่กล่าวไปข้างต้นคุณสมบัติของอัลกอริทึมนั้นเป็นการดำเนินการลำดับขั้นที่แน่นอนเพื่ออำนวยความสะดวกตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคในด้านราคา เช่น การปรับเปลี่ยนราคา การอัปเดตราคา²² อีกทั้งยังทำให้เกิดการตรวจสอบได้บ่อยครั้งมากยิ่งขึ้น เนื่องจากอัลกอริทึมถือเป็นซอฟต์แวร์สามารถตรวจสอบราคาของคู่แข่งได้ดียิ่งขึ้น และสามารถหาทางออกสำหรับปัญหาการกำหนดราคาที่ยากได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าตัวแทนที่เป็นมนุษย์ ดังที่เคยได้กล่าวถึงคุณสมบัติข้างต้น เพราะสำหรับการคำนวณเชิงตัวเลข ตัวแทนที่เป็นมนุษย์อาจทำงานช้าและเกิดข้อผิดพลาดได้ง่าย และไม่สามารถกำหนดถึงความถี่ที่มีเสถียรภาพได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ต้องมีการตีความที่มากกว่า 1 รูปแบบ²³

อัลกอริทึมสามารถใช้ระยะเวลาอันสั้นในการตรวจสอบราคา รวมถึงการตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงราคาของคู่แข่ง โดยในแต่ละธุรกิจจะความแตกต่างกันด้านความถี่ในการเปลี่ยนแปลงราคา และธุรกิจหรือองค์กรที่ตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงราคาของคู่แข่งได้เร็วกว่า ให้สามารถปฏิบัติตามกลยุทธ์หรือปรับเปลี่ยนกลยุทธ์เพื่อกำหนดราคาที่ตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงราคา²⁴ ดังรูปที่ 6

Statistic	Retailer A	Retailer B	Retailer C	Retailer D	Retailer E	All Retailers
Count of Products	124.9	41.3	49.9	42.5	35.1	58.7
Observations per Product	20.9	20.4	19.0	21.1	19.1	20.1
Price: Mean	27.18	16.88	17.63	20.93	21.74	20.86
Price: 10th Percentile of Products	9.75	6.93	5.53	6.88	7.50	7.32
Price: 90th Percentile of Products	51.11	28.95	33.30	38.21	39.65	38.21
Mean Absolute Price Change	1.35	2.31	1.12	3.28	3.06	1.91
Price Changes per Product	1.89	0.28	0.01	0.02	0.03	0.45
Share of Products with a Price Change	0.373	0.089	0.008	0.020	0.024	0.103

Notes: Table displays the daily mean for each statistic across five major online retailers. Sample includes major brands of over-the-counter allergy drugs (Allegra, Benadryl, Claritin, Flonase, Nasacort, Xyzal, and Zyrtec) for the period April 10, 2018 to October 1, 2019. The price for each product was collected hourly, however the daily observations per product is less than 24 due to instances of incomplete data collection.

รูปที่ 6 สถิติการตอบสนองราคาชั่วโมงรายวันของอัลกอริทึม

ที่มา: Zach Y. Brown Alexander MacKay. (2021) Competition in Pricing Algorithm

²² Oxera, "When Algorithms Set Prices: Winners and Losers," (June 2017).

²³ กิ่งแก้ว, ช., "การทบทวนการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงทำนายสำหรับข้อมูลขนาดใหญ่ในธุรกิจ," ปัญญาวิวัฒน์.

²⁴ Zach Y. and MacKay Brown, Alexander, "Competition in Pricing Algorithm," Harvard Business School Working Paper 20(2021).

จากภาพดังกล่าวจะเห็นว่าเป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ว่า ธุรกิจหรือบริษัทค้าปลีกๆ มีความแตกต่างกันเกี่ยวกับความถี่ในการเปลี่ยนแปลงราคา รวมถึงการตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงราคา โดยมีอัลกอริทึมเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะทำหน้าที่อำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการประสานงานทางด้านราคาหรือการกระทำร่วมกัน

การที่ผู้ประกอบการต้องการทราบถึงการเปลี่ยนแปลงหรือเข้าถึงความต้องการของผู้บริโภค ในส่วนของการกำหนดราคาและมีแนวทางในการเลือกที่จะใส่ราคาตามความพึงพอใจของตนเองได้ เช่น การจองตั๋วเครื่องบินผู้บริโภคสามารถที่จะใส่ราคาต่ำที่สุดได้ เพื่อที่จะนำไปสู่คำสั่งให้อัลกอริทึมหาวิธีในการหาราคาที่ตอบสนองต่อความพึงพอใจของผู้บริโภค การกำหนดราคาเว็บไซต์ท่องเที่ยวที่พิก หรือ การกำหนดราคาค่าโดยสาร เช่น Webtaxi.com เป็นประเภทแพลตฟอร์มการจองบริการรถแท็กซี่ในประเทศหลักเช่นเบิร์กที่นำอัลกอริทึมมาปรับใช้ในการกำหนดราคา ดังนั้นการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมจึงถือว่าเป็นสิ่งที่พึงระวังและควบคุมเพื่อไม่ให้เป็นการสร้างความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

2.3 ประโยชน์ของอัลกอริทึมในมิติทางเศรษฐศาสตร์

2.3.1 ทางด้านอุปสงค์ (Demand Side)

ในมิติทางเศรษฐศาสตร์อัลกอริทึมสามารถให้ประโยชน์แก่ผู้บริโภค เนื่องจากทางผู้ประกอบการนั้นจะพยายามลดต้นทุนการผลิต ผ่านการพัฒนาการจัดสรรทรัพยากร หลังการใช้ อัลกอริทึมในการปรับแผนการดำเนินธุรกิจให้สอดคล้องกับผู้บริโภค เช่น ต่างนำเสนอราคาที่ต่ำกว่าให้กับผู้บริโภค เป็นต้น อัลกอริทึมจะระบุความต้องการโดยอัตโนมัติ ค้นหาข้อเสนอที่เหมาะสมที่สุดให้กับผู้บริโภค อัลกอริทึมทำให้ผู้บริโภคเข้าถึงได้ง่ายยิ่งขึ้นผ่านการเปรียบเทียบข้อมูลราคา แต่ยังคงรวมถึงมิติด้านคุณภาพอื่น ๆ ที่กว้างขึ้นของข้อเสนอที่สามารถเปรียบเทียบเพื่ออธิบายวัตถุประสงค์ในการแข่งขัน โดย เกล แอนด์ เอลคิน โครเรน (Gal and Elkin-Koren (2017)) ชี้ให้เห็นว่า การหลีกเลี่ยงอคติของผู้บริโภคที่อาจส่งผลให้เกิดการตัดสินใจที่ไม่เหมาะสม อัลกอริทึมจะช่วยให้ผู้บริโภคเอาชนะการตลาดที่บิดเบือนเทคนิค อัลกอริทึมอาจเพิ่มความเท่าเทียมกันในหมู่ผู้บริโภคเนื่องจากการดำเนินการด้วยตนเองได้²⁵

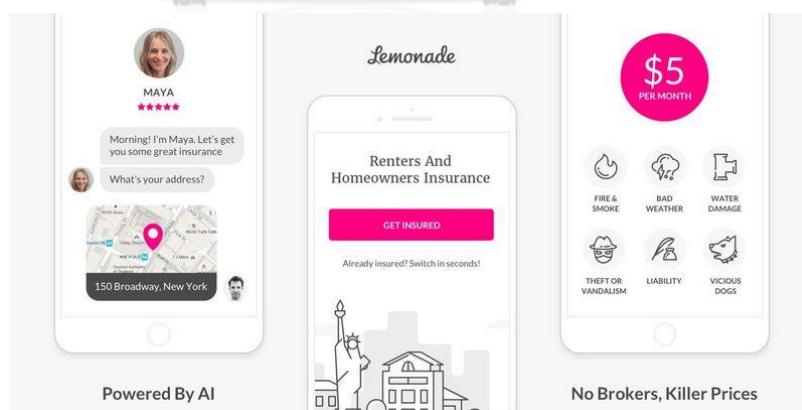
อัลกอริทึมสามารถช่วยผู้บริโภคเกี่ยวกับการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ เนื่องจากกระบวนการทำงานของอัลกอริทึมจะช่วยทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจโดยเอาชนะอคติและตัดสินใจอย่างมีเหตุผลมากขึ้น เสริมสร้างความเข้มแข็งให้ผู้บริโภค ซึ่งเทคโนโลยีอัลกอริทึมในปัจจุบันสามารถช่วยในการตัดสินใจและดำเนินการให้ผู้บริโภคได้อย่างโดยพลัน ให้สามารถสื่อสารโดยตรงกับระบบผ่านทางอินเทอร์เน็ต เช่น ระบบแชทบอท (Chat bot) ซึ่งมีหลายธุรกิจได้ปรับใช้อัลกอริทึมใน

²⁵ OECD, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age."

รูปแบบดังกล่าวอย่างแพร่หลายทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เช่น สายการบินแอร์เอเชีย (Air Asia) ในรูปแบบของอาร์คโบ (Ask Bo) ระบบแชทบอทบริการผู้โดยสารเพื่อตอบปัญหา หรือบริการข้อมูลต่าง ๆ เช่น การเปลี่ยนแปลงเที่ยวบิน การจองตั๋วเครื่องบิน เป็นต้น , บริษัทประกันภัยเลอโมนาร์ด ประเทศสหรัฐอเมริกา ระบบแชทบอทที่ช่วยในการตอบปัญหาผู้ใช้บริการเกี่ยวกับประกันภัยซึ่งหากเป็นข้อสงสัยหรือปัญหาที่เกินขอบเขตของการป้อนคำสั่งไว้นั้น จะมีพนักงานที่ได้รับมอบหมายในการให้บริการประสานไปยังผู้ใช้บริการรายนั้นในลำดับถัดไป ดังรูปที่ 7 และ รูปที่ 8



รูปที่ 7 การเปิดตัวระบบแชทบอทของสายการบินแอร์เอเชียอาร์ค โบ (Ask Bo)
ที่มา: AirAsia Newsroom



รูปที่ 8 ระบบแชทบอทของบริษัทประกันภัยเลอโมนาร์ด ประเทศสหรัฐอเมริกา
ที่มา: ลงทุนแมน

การนำอัลกอริทึมมาปรับใช้ อาจเป็นการรวมของความต้องการของผู้บริโภค โดยรวบรวมผู้บริโภคและสร้างแพลตฟอร์มการซื้อที่มีผู้ซื้อหรือผู้ใช้บริการมารวมกันจำนวนมาก เพื่อสามารถที่จะมีอำนาจต่อรองมากยิ่งขึ้น²⁶ อำนาจในการเลือกซื้อสินค้าและบริการที่เหมาะสมที่สุด เจรจาและดำเนินธุรกรรมและอาจสร้างแนวร่วมผู้บริโภค เพื่อรับข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ดีที่สุด ในส่วนนี้ยังช่วยลดต้นทุนการค้นหาและการทำธุรกรรมลงได้อย่างมาก ช่วยให้มีความเลือกและมีเหตุผลมากขึ้น และยังช่วยเพิ่มอำนาจของผู้บริโภคอีกด้วย²⁷

2.3.2 ทางด้านอุปทาน (Supply Side)

ในทางเศรษฐศาสตร์ทางด้านอุปทาน เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจนำอัลกอริทึมมาปรับใช้อัลกอริทึมจะสร้างช่วยเสริมสร้างให้การดำเนินธุรกิจนั้นมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น การวางแผนการตลาด การตรวจสอบราคาการเปลี่ยนแปลงทางด้านราคา การขนส่ง เป็นต้น ดังกรณีตัวอย่างที่ได้กล่าวถึงข้างต้น บริษัทประกันภัยลีโมนาร์ด (Lemonade Insurance Company)²⁸ บริษัทประกันภัยในนครนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งให้บริการประกันภัยผู้เช่า ประกันภัยเจ้าของบ้าน ประกันภัยรถยนต์ ประกันภัยสัตว์เลี้ยง และประกันชีวิตระยะยาว ทางบริษัทฯ มีความพยายามที่จะเปลี่ยนแปลงอุตสาหกรรมโดยการให้บริการประกันภัยผ่านแพลตฟอร์มแอปพลิเคชันในสมาร์ตโฟนและเว็บไซต์เท่านั้น ผลลัพธ์ที่ได้คือประสบความสำเร็จในการนำปัญญาประดิษฐ์รวมไปถึงอัลกอริทึมเข้าสู่หลายช่วงของรูปแบบธุรกิจ การปรับใช้อัลกอริทึมช่วยให้บริษัทฯ ประหยัดทรัพยากรที่สามารถที่จะการปรับปรุงขั้นตอนการผลิต การให้บริการ พัฒนาสินค้าและบริการในหลายๆ มิติ อัลกอริทึมที่ทำงานอยู่เบื้องหลังสามารถเรียนรู้จากการค้นหาคำ หรือการคลิกเมาส์ของผู้ใช้เครื่องมือ เช่น การค้นหาที่พัก หรือ การค้นหาร้านอาหารที่มีความต้องการ เป็นต้น อย่างไรก็ตามสามารถเข้าถึง เรียกดูข้อมูลการซื้อและประวัติการใช้บริการเพื่อให้ปรับแผนการดำเนินให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภคได้

²⁶ ibid.

²⁷ M Gal, and Elkin-Koren, "Algorithmic Consumers," *Harvard Journal of Law and Technology* 30(2017).

²⁸ Oxera, "The Risks of Using Algorithms in Business: Artificial Price Collusion," [Online]. Available from: <https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/the-risks-of-using-algorithms-in-business-artificial-price-collusion/>

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นอัลกอริทึมจะช่วยลดต้นทุนในการดำเนินธุรกิจ ได้แก่ การลดต้นทุนด้านแรงงาน²⁹ อัลกอริทึมซึ่งถือเป็นปัญญาประดิษฐ์รูปแบบหนึ่ง สามารถทดแทนแรงงานมนุษย์ได้ ดังการศึกษาวิจัยของนักวิจัยเกี่ยวกับการเรียนรู้ของเครื่องจักรได้มีการคาดการณ์ว่า การใช้ปัญญาประดิษฐ์รวมไปถึงอัลกอริทึม จะมีประสิทธิภาพเหนือมนุษย์ในหลาย ๆ กิจกรรม ภายในระยะเวลา 10 ปี เช่น การแปลภาษา การจับบรรจุ การทำงานเป็นศัลยแพทย์ (ซึ่งคาดการณ์ถึงอนาคตภายในปี พ.ศ.2593)³⁰ ในการปรับใช้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถที่จะป้อนข้อมูลหรือชุดคำสั่งคอมพิวเตอร์ในการป้อนข้อมูล และยากที่จะเกิดความคลาดเคลื่อนในข้อมูล โดยเฉพาะอัลกอริทึมในการใช้สัญญาชญาณ การคิดเชิงนามธรรม หรือการเคลื่อนไหวทางกายภาพที่มีความสลับซับซ้อน ดังนั้นจะสามารถประหยัดต้นทุนหากอัลกอริทึมสามารถปรับปรุงศักยภาพ หรือประสิทธิภาพของแรงงานได้ ในการดำเนินธุรกิจการรวบรวมข้อมูลจำนวนมากและการประมวลผลโดยอัลกอริทึม จะช่วยในการตัดสินใจของผู้ประกอบการได้ดียิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามอาจเกิดขึ้นกรณีที่มีการตัดสินใจไปโดยอัตโนมัติด้วยชุดคำสั่งทางคอมพิวเตอร์ อีกทั้งยังช่วยลดความเสียหาย เพิ่มประสิทธิภาพของตลาดนั้น สินค้าที่เน่าเสียง่าย เช่น ร้านขายของชำหรือตัวเครื่องบินจึงมีโอกาสน้อยที่จะสูญเปล่า เพราะที่สินค้าคงคลังที่เหลือไม่มีมูลค่าสำหรับผู้ขายแต่จะมีมูลค่าบางส่วนสำหรับผู้ซื้อที่อัลกอริทึมและการกำหนดราคานำมาใช้งานเพื่อบริหารจัดการคลังสินค้าได้ดียิ่งขึ้น

2.4 ข้อสังเกตในการการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศไทย

แม้ประเทศไทยนั้นได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามกระทำร่วมกันมาตั้งแต่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาจนถึงการแก้ไขปรับปรุงในฉบับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ทางคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ยังมิได้มีการกำหนดแนวทางการปฏิบัติในส่วนนี้ไว้แต่อย่างใด เนื่องจากที่กล่าวไปข้างต้น การกระทำร่วมกันนั้นสามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ จึงควรกำหนดขอบเขตหรือคำนิยามที่ชัดเจนที่มีต้องอาศัยการตีความเป็นสิ่งสำคัญหรืออาศัยการตีความให้น้อยมากที่สุด เพราะไม่อาจอ้างอิงตามคำพิพากษาดังระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้ เช่นนั้นยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันอยู่ตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบัน โดยเฉพาะ

²⁹ Authority, C. M., Pricing Algorithms: Economic Working Paper on the Use of Algorithms to Facilitate Collusion and Personalized Pricing.p.20.

³⁰ John Salvatier Katja Grace, Allan Dafoe, Baobao Zhang and Owain Evans, "When Will Ai Exceed Human Performance? Evidence from Ai Experts," Journal of Artificial Intelligence Research (2018).

ในปัจจุบันที่มีการนำเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งนำไปสู่การกระทำร่วมกันทั้งโดยเปิดเผยและไม่เปิดเผยทำให้การตีความหรือการพิจารณาถึงคำจำกัดความ หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าเป็นการกระทำร่วมกันหรือไม่ มีขอบเขตอย่างไร ข้อมูลขนาดใหญ่ และอัลกอริทึมอาจถูกนำมาเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวก เรื่องของข้อตกลงหรือการประสานงานที่แยกลด โดยดำเนินการผ่านระบบอัตโนมัติ³¹ ซึ่งจะเป็นการเพิ่มโอกาสในการประสานงาน การตรวจสอบ และการลงโทษ การสมรู้ร่วมคิด การสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกในการกระทำต่างๆ เพื่อต่อต้านการแข่งขันจึงต้องมีการศึกษาไปยังบทบัญญัติของของต่างประเทศเพื่อศึกษาถึงแนวทางการบัญญัติกฎหมาย การบัญญัติ นิยามคำจำกัดความ หรือขอบเขตของการกระทำร่วมกันเพื่อที่จะได้ซึ่งแนวทางที่เหมาะสมที่สุดแก่ประเทศไทย

ผู้เขียนเห็นว่าอีกประการอาจอันเนื่องมาจากยังไม่มีเหตุการณ์ พฤติการณ์ที่เกิดขึ้น และขัดแย้งเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันโดยสมรู้ร่วมคิดของประเทศไทยโดยอาศัยอัลกอริทึม แต่ผู้เขียนสังเกตและเห็นว่า พฤติการณ์เหล่านั้นได้เกิดขึ้นในสังคมโดยแยบยล อาจมีปัญหาในเรื่องการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน เช่น จากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยที่ในอาจะมีในหลายระยะเวลาที่มีราคาตัวเครื่องบินตามกลไกตลาด โดยอ้างถึงจำนวนเที่ยวบินที่ไม่ได้มาก หรือภาษีน้ำมัน ซึ่งจากสถานการณ์ในวันที่ 31 ธันวาคม 2564 ได้มีการเผยแพร่ข้อเท็จจริงผ่านรายการเรื่องเล่าเสาร์ – อาทิตย์ ทางสถานีโทรทัศน์ไทยทีวี ช่อง 3 กรณีที่ตัวเครื่องบินนั้นมีราคาสูงและแพงมากขึ้นร้อยละ 40-60 ในระยะเวลาช่วงเทศกาลหรือวันหยุด มากไปกว่านั้น ทิศทางราคาของสายการบินในประเทศไทยหลายบริษัทสายการบิน ได้มีการปรับราคาไปในทิศทางเดียวกัน โดยไม่อาจชี้ชัดได้ว่าการตรวจสอบราคาในลักษณะใดหรือไม่ และราคาที่สูงนั้นแม้จะมีเพดานอัตราค่าโดยสารที่กำหนดโดยสำนักงานการบินพลเรือน

อย่างไรก็ตามราคาที่ปรากฏในการจองตัวเครื่องบิน ก็ยังคงมีทิศทางราคาสูงและทิศทางราคาที่ใกล้เคียงกันอย่างมาก ซึ่งมีใช่แค่ที่ได้ปรากฏในปลายปี พ.ศ. 2564 แต่จากการศึกษาพบว่าประเด็นเหล่านี้ได้ถูกหยิบยกมาพูดถึง ตั้งแต่ปีพ.ศ. 2553 เกี่ยวกับราคาของตัวเครื่องบินแต่ก็ไม่ได้ปรากฏความคืบหน้าการนำเสนอข่าวหรือมีการพูดถึงประเด็นนี้แต่อย่างใด ด้วยระเบียบทางการกำหนดราคาที่ไม่ชัดเจนดังกรณีดังกล่าวก็ยังคงไม่สิ้นข้อสงสัยแต่อย่างใด

³¹ ICN CWG SG2 Project (2020) “Big data and Cartels” The impact of digitalization in cartel enforcement, p.5

10:24:57

อัตราค่าโดยสารตัวเครื่องบิน

กำหนดโดยสำนักงานการบินพลเรือน

อัตราค่าโดยสาร

	บริการต้นทาง (ไม่เกิน 9.40 นกน)	บริการเต็มรูปแบบ (ไม่เกิน 13 นกน)
กรุงเทพฯ - เชียงใหม่	5,320	7,358
กรุงเทพฯ - เชียงราย	6,345	8,775
กรุงเทพฯ - ภูเก็ต	6,561	9,074
กรุงเทพฯ - กระบี่	6,288	8,697
กรุงเทพฯ - สุราษฎร์ธานี	5,198	7,180
กรุงเทพฯ - อุบลราชธานี	4,549	6,290
กรุงเทพฯ - ขอนแก่น	3,647	5,040

ถ่ายทอดสด เรื่องเล่าเสาร์-อาทิตย์ วันที่ 31 ธันวาคม 2565

เรื่องเล่าเสาร์-อาทิตย์
9.73M subscribers

Subscribe

3.2K

Share

รูปที่ 9 อัตราโดยสารตัวเครื่องบินที่มีราคาสูงในช่วงเทศกาล

ที่มา : รายการเรื่องเล่าเสาร์ – อาทิตย์ ทางสถานีวิทยุโทรทัศน์ไทยทีวี ช่อง 3

อีกทั้งแม้ไม่ใช่ช่วงเทศกาล ราคาตัวเครื่องบินของสายการบินต่างๆ ก็ยังคงมีความใกล้เคียงกันอย่างไม่ทราบได้ว่าทำไมจึงมีราคาที่ใกล้เคียงกันอย่างมาก ซึ่งไม่เกี่ยวกับปัจจัยต่างๆ ที่ทางการบินพลเรือนได้ออกมาชี้แจงแต่อย่างใด ในเรื่องจำนวนเที่ยวบิน หรือ การรวมแพ็คเกจกระเป๋าสัมภาระของผู้โดยสาร ราคาในการเลือกโซนที่นั่งในเมื่อช่วงระยะเวลาใดๆ ราคาตัวเครื่องบินของสายการบินต่างๆ ก็ยังคงมีความใกล้เคียงกัน ซึ่งทางผู้เขียนได้ตรวจสอบผ่านเว็บไซต์ของบริษัทสายการบินดังกล่าว หน่วยงานการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย อันได้แก่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า หรือหน่วยงานที่มีส่วนรับผิดชอบในการตรวจสอบ อาจจะมีปัญหา ในกรณีการโต้ตอบของอัลกอริทึมในรูปแบบดิจิทัลแบบใหม่ระหว่างคู่แข่งในความสัมพันธ์นั้นๆ โดยจะมีความใกล้เคียงกับรูปแบบความเห็นพ้องต้องกัน (Concurrence of wills) ไปในทิศทางเดียวกัน³²

อย่างไรก็ตามในเมื่อจากสถานการณ์ที่ได้กล่าวไปทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถหาความสอดคล้องของการเห็นพร้อมต้องกัน หรือ เจตนารมณ์ร่วมกัน ระหว่างบริษัทที่ใช้เครื่องมือดิจิทัลในการกำหนดและปรับราคาได้ การมีอยู่ของผู้ติดต่อที่ชัดเจนซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในการแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำร่วมกันตกลงกันทางด้านราคาภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่³³

³² “Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada”, Canada Competition Bureau,

³³ ICN CWG SG2 Project. (2020). “Big data and Cartels” The impact of digitalization in cartel enforcement, p.6

2.5 รูปแบบการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ

ผู้ประกอบการนั้นได้กระทำร่วมกัน (Concerted practice) โดยนำเทคโนโลยีอัลกอริทึมเข้ามาช่วยอำนวยความสะดวกในการกระทำร่วมกันในรูปแบบต่างๆ เช่น การกำหนดราคาร่วมกัน การประสานงาน การตรวจสอบราคา รวมถึงรักษาระดับราคา เป็นต้น เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจให้ดียิ่งขึ้น อัลกอริทึมสามารถที่จะช่วยเป็นเครื่องมือที่ทำให้การกระทำร่วมกันนั้นมีความชัดเจน และมีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งหากพฤติกรรมนั้นทำให้เกิดการจำกัด ลดลงของการแข่งขัน ย่อมถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จากการศึกษาในรูปแบบการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมอำนวยความสะดวกในลักษณะดังต่อไปนี้

2.5.1 การกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมอย่างชัดเจน (Explicit Algorithm Concerted practice)

ผู้ประกอบธุรกิจโดยส่วนใหญ่ปรับใช้อัลกอริทึมในการตรวจสอบราคาของกลุ่มแข่งรายอื่น โดยประมาณ 2 ใน 3 ของผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะใช้อัลกอริทึมเพื่อปรับราคาโดยอัตโนมัติ ตามการตอบสนองของผู้นำเข้าข้อมูล ผู้ประกอบธุรกิจจึงมีการใช้อัลกอริทึมในการกำหนดราคา โดยตั้งโปรแกรมไว้ล่วงหน้าเพื่อประสานราคาในตลาดที่มีความแตกต่างกัน จากการศึกษาตัวอย่างของลักษณะนี้คือ การใช้ตัวแทนที่สามารถคาดการณ์ได้ (Predict Agent) ในการเข้าร่วมประชุมเพื่อรับทราบแนวทางหรือเตรียมการส่งสัญญาณ³⁴

2.5.2 การกระทำร่วมกันโดยอาศัยศูนย์กลางและกลุ่มพันธมิตร (Hub and Spoke)

ผู้ประกอบธุรกิจได้ใช้อัลกอริทึมในการเป็นศูนย์กลางและกลุ่มพันธมิตร (Hub and Spoke) โดยศูนย์กลาง หรือ ฮับ (Hub) จะประสานงานกับ กลุ่มพันธมิตร หรือปลายน้ำ (Spoke) เป็นการประสานงานอย่างไม่เป็นทางการในระดับเดียวกัน (การประสานงานด้านราคาแบบแนวนอน) เพื่อกำหนดราคา ตรวจสอบราคา ประสานราคาร่วมกัน อันเป็นการทำให้เกิดการผูกขาด ลดและจำกัดการแข่งขัน เช่น กรณีนี้ทางบริษัทได้มีการแบ่งกลุ่มผู้บริโภคตามเส้นทางและเวลาเฉพาะของวันที่เดินทาง และมีการเก็บเงินเพิ่มเติมจากบุคคลที่เดินทางระหว่างย่านที่ร่ำรวยทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางในการสมรู้ร่วมคิดอาศัยศูนย์กลางและกระจายราคา โดยแต่ละสายปลายน้ำอาจนำไปสู่ซึ่งการกำหนดราคาส่วนบุคคล (Personalization Pricing)³⁵

³⁴ OCED, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age." p.27.

³⁵ ibid. p.31.

2.5.3 การกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมโดยปริยาย (Tacit Algorithm Concerted practice)

การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยการใช้อัลกอริทึมโดยปริยายนี้ จากการศึกษาพบว่าอาจไม่ได้มีหลักฐานเชิงประจักษ์ในการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ไม่มีความชัดเจนในหลักฐาน การร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นการกระทำเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการแข่งขันในตลาด และพยายามที่จะรักษาระดับราคาให้อยู่ในระดับเดียวกันซึ่งระดับนั้นคือระดับราคาที่สูง³⁶ หรือผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายนั้นๆ จะสร้างอัลกอริทึมเพียงฝ่ายเดียวที่ติดตามและปรับกลยุทธ์การกำหนดราคาของอัลกอริทึมอื่นอย่างต่อเนื่อง โดยอาศัยการตั้งโปรแกรมให้ปรับเปลี่ยนตามความผันผวนของราคาซึ่งกันและกัน เป็นพฤติกรรมคู่ขนาน (Parallel) หรืออาศัยการส่งสัญญาณข้อความระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยวิธีต่าง ๆ³⁷

2.5.4 การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมซึ่งอัลกอริทึมได้พัฒนาและสามารถจะเรียนรู้ได้ด้วยตนเอง (Self – Learning)

ด้วยคุณสมบัติของอัลกอริทึมสามารถเรียนรู้ที่จะประมวลผลได้อย่างรวดเร็วและแม่นยำ ด้วยระบบการทำงานที่เหมือนกับสมองของมนุษย์เกี่ยวกับการประมวลผล และวิเคราะห์ข้อมูล สามารถมีการตัดสินใจเฉกเช่นมนุษย์ หรือกล่าวได้ว่าอาจมีความแม่นยำกว่ามนุษย์ การเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึมอาจนำไปสู่การเรียนรู้แยกแยะราคาบนพื้นฐานของข้อมูลของผู้บริโภคที่ได้มีการนำเข้าข้อมูลผ่านแอปพลิเคชันหรือช่องทางที่ทางผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้กำหนดไว้³⁸ เช่น เชื้อชาติ เพศ ประวัติการใช้บริการ เป็นต้น โดยอัลกอริทึมจะเรียนรู้รวมถึงความล้มเหลวในการเรียนรู้กลยุทธ์การแข่งขันที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้ราคาในตลาดที่แข่งขันกันนั้นสูงขึ้น การเรียนรู้ด้วยตนเองอัลกอริทึมอาจจบลงด้วยการเรียนรู้ว่าวิธีที่ดีที่สุดในการประสิทธิผลที่ดีที่สุด การรับประกันผลกำไรสูงสุดได้ คือการลดการแข่งขัน ซึ่งถือการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

³⁶ Authority, C. M., Pricing Algorithms: Economic Working Paper on the Use of Algorithms to Facilitate Collusion and Personalized Pricing. p.20.

³⁷ OECD, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age." p.32.

³⁸ Angelos Chronis Elite Sher, Ruairi Glynn "Self-Learning Algorithm as a Tool to Perform Adaptive Behaviour in Unpredictable Changing Environments – a Case Study," [Online] Accessed: 13 April. Available from: https://www.researchgate.net/publication/262248603_Selflearning_algorithm_as_a_tool_to_perform_adaptive_behaviour_in_unpredictable_changing_environments_a_case_study,

ดังนั้นจึงควรมีการศึกษาถึงลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยใช้นำอัลกอริทึมเข้ามาเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกจึงได้ทำการศึกษาพิจารณาบทบัญญัติทางกฎหมาย แนวทางต่าง ๆ เกี่ยวกับการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ เพื่อที่จะใช้ในการควบคุมการกระทำที่ส่งผลให้เกิดผลกระทบการแข่งขันที่ไม่เสรี และส่งผลต่อการผูกขาด ลด จำกัด การแข่งขันทางการค้า รวมถึงความเสี่ยงของอัลกอริทึม เพื่อที่จะได้นำมาเป็นกรณีศึกษาและปรับปรุงพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

2.6 ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ³⁹

2.6.1 ภาพรวมผลกระทบต่อผู้บริโภค

การปรับใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจเพื่ออำนวยความสะดวกไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบหรือการส่งสัญญาณทางด้านราคาเพื่อที่จะนำมาซึ่งการควบคุมทิศทางราคา ร่วมกันเพื่อลดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ อัลกอริทึมสามารถที่จะช่วยตรวจสอบการกระทำของคู่แข่ง อัลกอริทึมจะรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการตัดสินใจทางธุรกิจของคู่แข่ง การคัดกรองข้อมูล เพื่อค้นหาความเบี่ยงเบนที่อาจเกิดขึ้นรวมถึงการตอบโต้ในทันที ด้วยคุณสมบัติของอัลกอริทึมสามารถที่จะใช้ความถี่ของการโต้ตอบและความโปร่งใสของตลาดมาเป็นข้อมูลเข้าในการคำนวณวิเคราะห์ ประมวลผล

จากกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจปรับใช้อัลกอริทึมในบริบทการกำหนดราคา แม้ราคาจะปรากฏเปิดเผยต่อสาธารณะ แต่ข้อมูลที่ปรากฏต่อผู้บริโภคนั้นไม่ได้แปลว่าตลาดนั้นโปร่งใสเสมอไป บรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่ได้มีการร่วมกันควบคุมทิศทางราคาต้องรวบรวมข้อมูลดังกล่าวจากคู่แข่งทั้งหมด โดยอาศัยอัลกอริทึมที่จะให้รูปแบบข้อมูลที่ใช้งานง่ายและพร้อมใช้งานซึ่งจะประมวลผลได้ทันทีอย่างต่อเนื่อง ผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันกระทำร่วมการใด ๆ จึงสามารถที่จะตรวจสอบการกระทำของกันและกันได้มากขึ้นโดยใช้อัลกอริทึม เช่น อุตสาหกรรมน้ำมันในประเทศเยอรมนี โดยข้อเท็จจริงจะกล่าวถึงในบทที่ 4 เป็นตัวอย่างที่จะแสดงให้เห็นว่าการนำอัลกอริทึมมาปรับใช้อาจเป็นการสร้างอันตรายต่อระบบตลาด แม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจต่างๆ จะทำธุรกรรมผลิตภัณฑ์ที่เป็นเนื้อเดียวกัน ประเภทเดียวกัน แต่การกระจายของราคาก็มีแนวโน้มที่จะสังเกตเห็นได้ในสถานีบริการน้ำมันที่แข่งขันกัน ในขณะที่เว็บไซต์เปรียบเทียบราคาน้ำมันอยู่แล้ว ผู้รวบรวมเหล่านี้มักมีค่าใช้จ่ายจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวมราคาด้วยตนเองจากสถานีบริการน้ำมันต่างๆ

³⁹ Competition & Markets Authority, "Algorithms: How They Can Reduce Competition and Harm Consumers,"(2021).

จากการศึกษางานวิจัยของ ดอง (Dong) และทีมวิจัยคนอื่นๆ ได้เสนอ และทดสอบแอปพลิเคชันใหม่สำหรับเทคโนโลยี "เครือข่ายเซ็นเซอร์ไร้สาย" (Wireless Sensor Network : WSN) เป็นเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาขึ้นเพื่อการติดต่อสื่อสารระหว่างอุปกรณ์เซ็นเซอร์ (Sensor) ในปริมาณมากผ่านเครือข่าย แต่อยู่ในระดับพื้นที่แคบ ซึ่งสามารถใช้เพื่อนำระบบการรวบรวมข้อมูลอัตโนมัติมาใช้ ซึ่งจะช่วยให้ผู้บริโภคและบริษัทต่างๆ สามารถตรวจสอบราคาเชื้อเพลิงได้ใกล้เคียงกับเวลาจริง (Close-to-real time)⁴⁰ ซึ่งเป็นวิธีการที่แนบเนียนและแยบยบของผู้ประกอบการธุรกิจ ข้อมูลที่รวบรวมโดยวิธีการรวบรวมอัตโนมัตินั้นสามารถตรวจสอบและผลานการทำงานกับการกำหนดราคาโดยใช้อัลกอริทึม การดำเนินการของอัลกอริทึมจะตอบโต้การเบี่ยงเบนจากราคาที่ตกลงไว้โดยอัตโนมัติ ตัวอย่างเช่น บริษัทต่างๆ อาจตั้งโปรแกรมการกำหนดราคาโดยอัลกอริทึม เพื่อดำเนินการตามกลยุทธ์กระตุ้นอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งประกอบด้วยราคาที่ตกลงกันตรงเท่าที่คู่แข่งทางการค้าทั้งหมดทำเช่นเดียวกัน แต่เปลี่ยนกลับเป็นสงครามราคาทันทีที่คู่แข่งสามารถใช้อัลกอริทึมเพื่อตรวจสอบราคาของกันและกันและตั้งโปรแกรมปฏิกริยาทันทีต่อการเปลี่ยนแปลง โดยระดับราคาที่จะทำการวิเคราะห์ควรมีสร้างผลกระทบต่อผู้บริโภคมากยิ่งขึ้น

หากเป็นกรณีของธุรกิจที่ได้มีการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ และสินค้าหรือบริการที่ได้มีการกระทำร่วมกันเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของผู้บริโภค เช่น ยารักษาโรค⁴¹ ถือเป็นในกลุ่มสินค้าที่ยากต่อการหาทดแทน เพราะหากราคายารักษาโรคมียาที่สูงขึ้น ก็อาจนำไปสู่การขาดแคลนได้⁴² ดังในช่วงสถานการณ์การแพร่ระบาดของเชื้อโคโรนาไวรัส 2019 สิ่งที่เป็นจำเป็นในการดำรงชีวิต อันได้แก่ หน้ากากอนามัย ซึ่งหากสินค้าประเภทนี้มีราคาที่สูงขึ้นจากการกระทำร่วมกันเพื่อตกลงทางด้านราคาย่อมส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยตรง ดังนั้นจึงต้องป้องกันการต่อต้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องการตกลงการกระทำร่วมกันระหว่างกัน เพื่อให้ประโยชน์เกิดสูงสุดแก่ธุรกิจ แต่อย่างไรเสียต้องคำนึงถึงสภาพตลาดหรือกลไกของตลาด ที่ยังคงต้องดำเนินไปอย่างเสรีและเป็นธรรม

เมื่อตลาดมีการเปลี่ยนแปลงสูง บรรดาผู้ประกอบการธุรกิจต่าง ๆ นั้น มีขนาดของธุรกิจที่แตกต่างกันออกไป และใช้กลยุทธ์ทางธุรกิจที่แตกต่างกัน การกระทำร่วมกันโดยปริยายในรูปแบบของการสื่อสารที่ไม่โจ่งแจ้งนี้ จึงอาจมีความพยายามประสานงานกลยุทธ์ความร่วมมือที่ซับซ้อน

⁴⁰ OCED, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age."

⁴¹ หัสณีย์ เพชรศรีกาญจน์, "ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560). หน้า 31.

⁴² สมพร รุจิภิตดิษฐ์, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา: กรณีศึกษาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2553). หน้า 5.

มากขึ้นผ่านการส่งสัญญาณและการประกาศราคาฝ่ายเดียว การส่งสัญญาณถือเป็นอีกความสามารถของอัลกอริทึมในการอำนวยความสะดวกในการกระทำร่วมกัน หากผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งพยายามที่จะขึ้นราคาโดยคาดหวังว่าคู่แข่งจะทำเช่นเดียวกัน และพวกเขาทำ พฤติกรรมของบริษัทสามารถถูกสร้างเป็นแนวคิดได้ว่าเป็นข้อเสนอของสัญญาฝ่ายเดียวที่ผู้เสนอขายยอมรับโดยการขึ้นราคาของพวกเขา

อย่างไรก็ตามเป็นการยากที่จะกำหนดแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติต่อการส่งสัญญาณภายใต้กฎหมายการแข่งขัน เนื่องจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวในเชิงส่งเสริมและต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งทำให้หน่วยงานด้านการแข่งขันต้องประเมินว่า ผลด้านการแข่งขันของการเปิดเผยข้อมูลฝ่ายเดียวมีประสิทธิผลมากกว่าประสิทธิภาพใดๆหรือไม่ ผลกระทบที่ความโปร่งใสที่มากขึ้นในตลาดโดยทั่วไปคือการเพิ่มประสิทธิภาพ ขณะเดียวกันก็สามารถก่อให้เกิดผลกระทบในการต่อต้านการแข่งขันได้ด้วยการอำนวยความสะดวกในการร่วมกันกำหนดราคา หรือจัดหาจุดโฟกัสให้กับธุรกิจเพื่อปรับพฤติกรรม ดังคดี The airline tariff publishing company case จะกล่าวต่อไปในบทที่ 4 มีการส่งสัญญาณจะมีประสิทธิภาพมาก ไม่เพียงแต่ในการจัดตั้งกลุ่มพันธมิตรที่ไม่เป็นทางการเท่านั้น แต่โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการสนับสนุนการเจรจา ระหว่างบริษัทที่ผลประโยชน์ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกัน

อัลกอริทึมสามารถที่จะให้ประโยชน์และโทษแก่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ เพื่อให้ธุรกิจนั้นเกิดประสิทธิภาพ ในขณะที่เดียวกันอัลกอริทึมนั้นสามารถที่จะให้ประโยชน์มากมายแก่ผู้บริโภค เพราะด้วยปัจจุบันผู้คนสังคมใช้ชีวิตส่วนใหญ่บนออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นติดตามข่าวสารสั่งอาหาร หรือจัดการการท่องเที่ยว การจองที่พัก เป็นต้น เทคโนโลยีอัลกอริทึมสามารถที่จะให้คำแนะนำผู้บริโภคที่ต้องการความช่วยเหลือได้ อีกทั้งยังช่วยประหยัดเวลา และช่วยให้ผู้บริโภคสามารถโฟกัสกับสิ่งที่สำคัญสำหรับตนได้มากขึ้น ผลิตภัณฑ์จำนวนมากที่เปิดใช้งานกิจกรรมเหล่านี้ไม่สามารถดำรงอยู่ได้หากไม่มีอัลกอริทึมและข้อมูลที่ขับเคลื่อน ธุรกิจสามารถใช้ระบบอัลกอริทึมเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินการและส่วนประสานกับผู้บริโภค กล่าวคือ กระบวนการและผลลัพธ์ของการตัดสินใจออกแบบเกี่ยวกับวิธีนำเสนอทางเลือกต่อผู้คน และประสานผู้ใช้ในสภาพแวดล้อมออนไลน์ และผลกระทบของการนำเสนอขึ้นต่อผู้บริโภค การเพิ่มประสิทธิภาพดังกล่าวอาจเป็นประโยชน์ เนื่องจากอาจช่วยเพิ่มคุณภาพของผลิตภัณฑ์และบริการสำหรับผู้บริโภค และ ยังให้ประโยชน์แก่ผู้บริโภคทางอ้อมด้วยการเพิ่มประสิทธิภาพและประสิทธิผลในหลายๆ ด้าน ตัวอย่างเช่น ธุรกิจสามารถใช้ระบบอัลกอริทึมเพื่อปรับราคาของผลิตภัณฑ์หลายพันรายการแบบเรียลไทม์ และสามารถส่งต่อประสิทธิภาพด้านราคาไปยังลูกค้าได้ ในทางด้านประโยชน์ในส่วนนี้ ถือเป็นเพิ่มนวัตกรรมและการแข่งขัน และในขณะเดียวกันมีการใช้ระบบอัลกอริทึมสามารถใช้เพื่อตรวจสอบราคาระหว่างธุรกิจเพื่อให้แน่ใจว่าราคาสามารถแข่งขันได้อีกด้วยทำให้บริษัทต่าง ๆ

อาจต้องการกำหนดราคาเพื่อที่จะสามารถดึงดูดผู้บริโภค จึงต้องกำหนดราคาที่จะอยู่ในช่วงที่ต้องการตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคอย่างมากที่สุด

อย่างไรก็ตามเช่นเดียวกับคุณและโทษของอัลกอริทึมที่มีต่อผู้ประกอบการธุรกิจ อัลกอริทึมสามารถก่อให้เกิดอันตรายได้เช่นกันต่อผู้บริโภค จากการศึกษาพบว่าระบบการทำงานของอัลกอริทึมบางประเภท อัลกอริทึมแต่ละประเภทจะมีความสลับซับซ้อนของการทำงานที่แตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเภทที่มีความเกี่ยวข้องกับอัลกอริทึมการเรียนรู้ของระบบต่าง ๆ รวมถึงพฤติกรรมของมนุษย์ได้ และระบบอาจไม่สามารถคาดเดาได้อย่างสมบูรณ์แบบโดยนักพัฒนาและบริษัทต่างๆ อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นการป้องกันผลกระทบแก่ผู้บริโภค ผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่รับผิดชอบในการกำกับดูแลระบบดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งควรรวมถึงการกำกับดูแลที่เข้มงวด การประเมินผลกระทบแบบองค์รวม การติดตามและประเมินผลทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถปรับปรุงประสิทธิภาพตามหลักฐานเชิงประจักษ์

2.6.2 การกำหนดราคาเฉพาะบุคคล (Personalised Pricing)

เทคโนโลยีอัลกอริทึม ถือเป็นปัญญาประดิษฐ์ชนิดหนึ่งที่สามารถใช้เพื่อปรับแต่งประสบการณ์ของผู้บริโภคในการให้บริการ หากผู้บริโภคไม่ทราบว่ากำลังเกิดขึ้น หรือก่อให้เกิดผลกระทบที่ไม่เป็นธรรมหรือเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคที่อ่อนแอ หรือข้อมูลสามารถเข้าถึงได้ง่าย มีแนวโน้มที่จะถูกเอาเปรียบ นอกจากนี้ยังมีอันตรายต่อผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นซึ่งเกี่ยวข้องกับ การจัดลำดับและการออกแบบบริการออนไลน์ที่ไม่เป็นธรรมแทนซึ่งที่พบเจอได้อย่างมาก⁴³

หากผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริโภคหรือกลุ่มเป้าหมายได้มากเท่าไร การประมาณการโดยอัลกอริทึม ก็จะสามารถวิเคราะห์ถึงความเต็มใจจ่ายของผู้บริโภค จะมีความแม่นยำมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะยุคปัจจุบันการเข้าถึงข้อมูลของผู้บริโภคนั้นไม่ใช่เรื่องยากอีกต่อไป รวมไปถึงวิเคราะห์ขอบเขตที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจทางการตลาด สามารถกำหนดราคา que เลือกปฏิบัติได้จากการประมวลผลหรือวิเคราะห์จากอัลกอริทึม และมากกว่านั้นเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจนั้นได้นำ Big Data มาปรับใช้และพยายามตกลงราคาร่วมกันเพื่อให้ได้มาซึ่งราคาที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทวีความรุนแรงในสร้างความเสียหายในการกระทำร่วมกัน โดยการมุ่งเป้าไปยังผู้บริโภคโดยการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา การตั้งราคาในลักษณะเดียวกันหรือการเสนอราคาส่วนบุคคลให้กับผู้บริโภคแต่ละราย เพื่อที่ต้องการแบ่งผลประโยชน์อย่างเท่าเทียม เสมือนว่าผู้บริโภคจะสามารถเลือกสรรสิ่งที่เหมาะสมที่สุดสำหรับตนเอง แท้จริงแล้วจะนำมาซึ่งการแข่งขันที่ไม่เสรี

⁴³ Authority, C. M., Pricing Algorithms: Economic Working Paper on the Use of Algorithms to Facilitate Collusion and Personalized Pricing.

และสร้างความไม่เป็นธรรมให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งถือเป็นการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมโดยปริยาย (Tacit Collusion) ยากต่อการปรากฏพยานหลักฐาน และปฏิเสธไม่ได้ว่าในการกระทำในลักษณะดังกล่าวยากต่อการแสดงซึ่งหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำ

การกำหนดราคาแบบเฉพาะบุคคลสามารถกำหนดได้ว่าเป็นการสร้างความแตกต่างของราคาสำหรับสินค้าหรือบริการที่เหมือนกัน โดยอ้างอิงถึงศักยภาพของบุคคลในการชำระราคาสินค้าหรือบริการ โดยปัจจัยในการปรับเปลี่ยนราคาให้เหมาะกับแต่ละบุคคล แบ่งออกเป็น 3 ลำดับ **ลำดับแรก** ได้แก่ ลักษณะส่วนบุคคลของผู้บริโภคแต่ละราย **ลำดับที่สอง** ปริมาณของสินค้าหรือบริการ และ **ลำดับที่สาม** การเป็นสมาชิกในกลุ่มตลาดหรือกลุ่มผู้บริโภค เช่น สำหรับกลุ่มนักเรียน นักศึกษา เป็นต้น และเมื่อวิเคราะห์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของการปรับราคา กำหนดราคาเฉพาะบุคคลในการดำเนินการขั้นต้นจะขึ้นอยู่กับความเต็มใจที่จะจ่ายของผู้บริโภคที่สามารถอนุมานได้จากข้อมูลที่ผ่านมาการประมวลผลของอัลกอริทึม และเมื่ออัลกอริทึมประมวลผลได้ถึงราคาที่ผู้บริโภคต้องการจะจ่ายราคานั้นก็จะปรับให้เป็นส่วนบุคคลแบบอัตโนมัติ หรือหากลักษณะใดต้องมีการพิจารณาของผู้ประกอบธุรกิจ การประมวลผลไม่โดยอัตโนมัตินั้น จะผ่านการแทรกแซงของมนุษย์เข้ามามีส่วนร่วม ซึ่งทั้งนี้ในร่วมกันกำหนดราคาของผู้ประกอบธุรกิจก็สามารถที่จะทำความตกลงกัน หรือใช้อัลกอริทึมในการประสานงานได้เช่นกันอยู่ที่การป้อนข้อมูลหรือคำสั่งให้อัลกอริทึม

การกำหนดราคาแบบเฉพาะบุคคลถือเป็นการกระทำนี้เป็นอันตรายต่อผู้บริโภค การกำหนดราคาส่วนบุคคลรวมถึงการโฆษณาราคาที่แตกต่างกันกับผู้คนและแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกันซึ่งบรรลุผลเช่นเดียวกัน⁴⁴ อย่างไรก็ตาม มีสถานการณ์อื่นๆ ที่การกำหนดราคาเฉพาะบุคคลอาจนำไปสู่อันตรายต่อผู้บริโภค ซึ่งได้มีการระบุไว้ในเอกสารเศรษฐกิจศาสตร์ OFT ในปีพ.ศ.2555 (ค.ศ.2013) และรวมถึงกรณีที่มีการแข่งขันไม่เพียงพอ เช่น การเลือกปฏิบัติด้านราคาแบบผูกขาด ซึ่งการกำหนดราคาเฉพาะบุคคลมีความซับซ้อนเป็นพิเศษหรือขาดความโปร่งใสต่อผู้บริโภค ซึ่งมีค่าใช้จ่ายสูงมากสำหรับบริษัทที่จะดำเนินการ ซึ่งแน่นอนว่าต้องอาศัยอัลกอริทึมในการดำเนินการ⁴⁵ โดยนำอัลกอริทึมมาประยุกต์ใช้ในรูปแบบต่างๆ เช่นการคิดราคาสินค้าหรือบริการที่สูงขึ้นกับผู้บริโภคที่ยินดีจ่ายมากขึ้น การดูเบื้องหลัง เช่น รอยัลตี โปรแกรม (Royalty Program) โปรแกรมลูกค้าสมาชิก ที่เปลี่ยนลูกค้าที่เพิ่งเริ่มมาใช้บริการให้กลายเป็นลูกค้าประจำของแบรนด์โดยการมอบหรือเสนอรางวัลให้กับลูกค้าที่กลับมาใช้ซื้อสินค้าหรือใช้บริการอีกครั้ง ประวัติการใช้งาน หรือคุณลักษณะส่วนบุคคล เป็นต้น

⁴⁴ OCED, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age." p.8-10

⁴⁵ Office of Fair Trading (2013), 'The economics of online personalised pricing'. The CMA's position on personalised pricing is also set out in our contribution to an OECD discussion.

นอกจากนี้ การกำหนดราคาเฉพาะบุคคลอาจส่งผลเสียต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจโดยรวม หากทำให้ผู้บริโภคสูญเสียความไว้วางใจในตลาดออนไลน์ นอกจากนี้ยังอาจส่งผลเสียต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจเมื่อการกำหนดราคาเฉพาะบุคคลเพิ่มต้นทุนการค้นหาและการทำธุรกรรม เช่น ผู้บริโภคจำเป็นต้องซื้อของหรือใช้ขั้นตอนสำคัญหรือมีค่าใช้จ่ายสูงเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกเรียกเก็บเบี้ยประกันภัย⁴⁶ อย่างไรก็ตามยังคงเป็นประเด็นที่น่ากังวล แม้ว่าเงื่อนไขพื้นฐานสำหรับการกำหนดราคาเฉพาะบุคคลจะเป็นที่น่าพอใจในหลายตลาดของทางผู้ประกอบการธุรกิจ แต่ธุรกิจส่วนใหญ่ยังคงลังเลที่จะมีส่วนร่วมในการกำหนดราคาเฉพาะบุคคล⁴⁷ เนื่องจากกลัวว่าจะเสียชื่อเสียงหรือก่อให้เกิดปฏิกิริยาเชิงลบจากผู้บริโภค แต่กฎหมายแข่งขันทางการค้ายังคงต้องมีการเฝ้าระวังและมีมาตรการที่รัดกุมต่อการกระทำดังกล่าว จึงสรุปได้ว่าการนำอัลกอริทึมมาปรับใช้กำลังจะสร้างความเสี่ยงนำไปสู่การกำหนดราคาเฉพาะบุคคลได้ดังที่ได้ประเด็นศึกษาไว้ อัลกอริทึมยังช่วยให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทดสอบการตอบสนองของคู่แข่งต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาในช่วงที่มีความต้องการต่ำได้ เนื่องจากการตอบสนองของราคารุนแรงเร็วอย่างยิ่ง อัลกอริทึมจึงสร้างความเสี่ยงจากการนำอัลกอริทึมมาใช้ร่วมกันของผู้ประกอบการนำไปสู่การกระทำร่วมกันได้หลากหลาย รวมถึงการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม อีกทั้งการกระทำของปัญญาประดิษฐ์นี้ยากต่อการปรากฏหลักฐานว่ามีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ข้อกังวลที่สำคัญคืออัลกอริทึมอาจเรียนรู้ที่จะกำหนดราคาที่สูงขึ้น แม้ว่าจะไม่มีการสื่อสาร ข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ได้ตกลงร่วมกัน หรือการได้รับคำสั่งจากมนุษย์ ถือว่าเพิ่มความเสี่ยงของการลด หรือจำกัดการแข่งขัน ซึ่งขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ต้องการสร้างการแข่งขันเสรีและเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁶ Personalized Pricing in the Digital Era – Note by the European Union, paragraphs 27 to 36 provide a good summary of studies, surveys, and mystery shopping exercises carried out by EU competition and consumer protection authorities between 2013 to 2018. The most recent and largest of these, carried out on behalf of the European Commission’s Directorate-General for Justice and Consumers, found no evidence of consistent and systematic online personalized pricing across eight EU member states, including the UK. (Ipsos, London Economics & Deloitte, report for DG JUST (2018), ‘Consumer market study on online market segmentation through personalized pricing/offers in the European Union’, 19 July.)

⁴⁷ OECD, "Personalised Pricing in the Digital Era Background Note by the Secretariat," (2018).

2.7 บทสรุป

จากการศึกษาในบทนี้สามารถสรุปได้ว่าอัลกอริทึม ซึ่งถือเป็นปัญญาประดิษฐ์นั้นสามารถนำมาปรับใช้ให้เกิดประโยชน์กับผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคได้ ในทางผู้ประกอบธุรกิจสามารถอาศัยอัลกอริทึมช่วยประมวลผลข้อมูลได้ในปริมาณมากอันได้แก่ Big Data เพื่อให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์เพื่อนำไปสู่การกำหนดกลยุทธ์ทางการค้า การวางแผนการตลาดของธุรกิจ การติดตามการเปลี่ยนแปลงราคาตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงใดๆ ได้อย่างรวดเร็วตามสภาพตลาดเป็นการเสริมประสิทธิภาพให้กับธุรกิจ ซึ่งปัจจุบันธุรกิจต่างนำอัลกอริทึมมาปรับใช้ เช่น ธุรกิจอุตสาหกรรมสายการบิน การจองโรงแรม การขนส่งทางถนน เป็นต้น และในทางผู้บริโภคอัลกอริทึมช่วยให้การตัดสินใจและดำเนินการของผู้บริโภคนั้นสะดวกและง่ายมากยิ่งขึ้น เช่น การพูดคุยกับผู้ให้บริการผ่านแชทบอทเพื่อสอบถามเกี่ยวกับข้อมูลของสินค้าหรือบริการ ชุดคำสั่ง ผลลัพธ์จากการประมวลผลโดยอัลกอริทึม จะสามารถให้ผลลัพธ์ที่ตรงตามความต้องการของผู้บริโภคมากที่สุด และอัลกอริทึมอาจนำไปสู่การทำให้ผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงและจึงเป็นการเพิ่มแรงกดดันในการแข่งขันให้กับผู้ประกอบธุรกิจได้เช่นกัน

ในทางกลับกันอัลกอริทึมนั้นมีความอันตรายต่อระบบตลาดและผู้บริโภคที่จะก่อให้เกิดการค้าที่ไม่ธรรมอันเป็นการลด จำกัด และผูกขาดการแข่งขัน หากผู้ประกอบธุรกิจนำอัลกอริทึมนั้นมาปรับใช้โดยเป็นการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อจะกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในรูปแบบต่างๆ เช่น การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมแบบซัดแฉัง หรือการส่งสัญญาณทางด้านราคา หรือในกรณีของการพัฒนาของอัลกอริทึมในการเรียนรู้และดำเนินการด้วยตนเองโดยปราศจากคำสั่งของมนุษย์ จึงต้องมีการวิเคราะห์เกี่ยวกับการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งจะกล่าวถึงในส่วนถัดไป

บทที่ 3

แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมภายใต้บริบทของ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

ผู้ประกอบการธุรกิจได้นำอัลกอริทึมมาปรับใช้ในการดำเนินธุรกิจในลักษณะต่างๆ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจ ในทางกลับกันมีผู้ประกอบการกลุ่มหนึ่งได้ร่วมกันใช้อัลกอริทึมเพื่อสร้างผลประโยชน์ส่วนตนให้มากยิ่งขึ้น โดยอาจไม่ได้คำนึงผลกระทบของการกระทำซึ่งอาจนำไปสู่การผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขันได้

ในบทนี้ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาแนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยศึกษาถึงแนวคิดที่ใช้กำกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า รูปแบบของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ หลักเกณฑ์การพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อระบบตลาดหรือผู้บริโภค เพื่อทำความเข้าใจแนวคิดทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อจะนำมาพิจารณาในกรณีของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบการ โดยเริ่มต้นจากการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เพื่อแสดงให้เห็นว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นอาศัยศาสตร์อื่นๆ เข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจและพฤติกรรมของผู้ประกอบการ วัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และรูปแบบลักษณะของการกระทำร่วมกันอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์

กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นไม่อาจพิจารณาโดยแต่เพียงบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงผลกระทบทางเศรษฐศาสตร์มาประกอบกันตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่การกระทำต่างๆ ต้องไม่กระทบต่อตลาด เช่น แนวคิดเกี่ยวกับอุปสงค์และอุปทานของการดำเนินกิจกรรมทางการค้าและบริการ แนวคิดทางด้านราคา หากแต่พิจารณาแต่เพียงบทบัญญัติทางกฎหมายหรือที่มาของทางกฎหมาย (Source of law) ย่อมอาจจะทำให้ความเข้าใจนั้นไม่ครบถ้วนและเป็นสิ่งที่ไม่สามารถทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคปัจจุบันเกี่ยวกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ถือเป็นความท้าทายของกฎหมายที่จะต้องมี

การควบคุมเพื่อให้เท่าทันต่อการพัฒนาของเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ที่เข้ามามีส่วนหนึ่งของมนุษย์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

กฎหมายการแข่งขันทางการค้า¹ มีวัตถุประสงค์ที่มุ่งการแข่งขันที่เสรี โดยให้ตลาดสามารถดำเนินไปได้โดยที่รัฐอาจเข้าแทรกแซงในบางเรื่องเท่านั้น การแข่งขันเสรีจะส่งผลดีต่อผู้บริโภค หากพิจารณาตามหลักเศรษฐศาสตร์ รูปแบบตลาดที่มีการแข่งขันแบบเสรี¹ ถือเป็นนโยบายทางเศรษฐกิจที่ได้มีการยอมรับกันในกลุ่มประเทศที่มีเสรีภาพทางการค้า จะส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์สูงสุดเมื่อมีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ (Perfect Competition) เพราะผู้ประกอบการต่างแข่งขันกันผลิตสินค้าจนถึงจุดดุลยภาพ กล่าวคือเป็นจุดที่ราคาสินค้าจะเท่ากับต้นทุนส่วนเพิ่มของสินค้า (Marginal cost) และผู้ขายหรือผู้ประกอบการจะมีแรงจูงใจในการปรับปรุงประสิทธิภาพเพื่อให้ผู้บริโภคนั้นเลือกซื้อสินค้าของตน สามารถที่จะเลือกซื้อสินค้าได้อย่างมีคุณภาพ เพราะยิ่งต้นทุนต่ำกว่าผู้ประกอบการรายอื่นก็จะทำให้เกิดกำไรมากยิ่งขึ้นจนในที่สุดราคาสินค้าจะไปอยู่ที่ต้นทุนเฉลี่ยที่ต่ำที่สุด และจะไม่มีผู้เล่นรายใดมีกำไรส่วนเกินทางเศรษฐศาสตร์ กล่าวคือทุกคนได้รับผลตอบแทนที่เหมาะสมและผู้บริโภคจ่ายค่าสินค้าในราคาที่ถูกที่สุด แต่ปฏิเสธไม่ได้ว่าในบางธุรกิจที่มีลักษณะเป็นตลาดผูกขาดแบบธรรมชาติ (Natural monopoly) เช่น มีการลงทุนเริ่มต้นสูง อาจจะไม่เหมาะกับการมีผู้ผลิตมากเกินไป แม้ว่าจะเป็นการค้าอย่างเสรี แต่ในทางปฏิบัติถือว่ายังพบการปัญหาทางการผูกขาดการค้า และส่งผลให้ผู้ประกอบการขาดทุนทั้งหมด

อย่างไรก็ตาม ด้วยระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยนั้นเป็นระบบเสรีนิยม แนวคิดแบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนี้โดยมีเอกชนเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตและสามารถที่จะมีเสรีภาพในการซื้อขายแลกเปลี่ยน เพียงรัฐจะเข้าควบคุมหรือแทรกแซงบางประการเท่านั้น โดยหลักมีเอกชนเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ² เป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการต่างๆ อีกทั้งระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมจึงใช้นโยบายทางด้านราคาเป็นสำคัญ เพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาราคาสินค้าและบริการโดยสัมพันธ์กับอุปสงค์ของผู้บริโภค ที่จะเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงความต้องการสินค้าและบริการ หากมีสินค้าหรือบริการน้อยกว่าหรือต่ำกว่า อาจส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการนั้นมีราคาสูงขึ้น จึงเห็นได้ว่ามีปัจจัยที่สำคัญ ได้แก่ ความต้องการของผู้บริโภคที่จะอธิบายหรือทำให้เห็นได้ว่าทางผู้ประกอบการควรที่จะผลิตหรือจัดจำหน่ายสินค้าแบบใด เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภค และยังคงความเสรีภาพของการเลือกสินค้าหรือบริการได้ เพราะหากเกิดความเสรีมากประการใดในทางการค้า ย่อมถือว่าก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชน

¹ รูปแบบตลาดที่มีการแข่งขันแบบเสรี หมายถึง ลักษณะตลาดที่มีการแข่งขันแบบเสรี คือลักษณะตลาดที่มีผู้ซื้อและผู้ขายหลายราย ไม่มีใครมีอำนาจเหนือตลาด และไม่มีข้อจำกัดในการเข้าและออกจากตลาด

² ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ Law and Economics (ทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด) (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555).

และผู้บริโภค แต่หากไร้ซึ่งการแข่งขันของบรรดาผู้ประกอบการก็อาจจะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ³ จึงต้องมีการจำกัดออกมาตราการในการควบคุม รวมถึงบทบัญญัติทางกฎหมายซึ่งครอบคลุมอยู่ในกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งประเทศต้นแบบที่ได้มีการใช้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมนี้ อันได้แก่ สหราชอาณาจักร หรือประเทศอังกฤษ (ซึ่งต่อไปนี้จะใช้คำว่า “ประเทศอังกฤษ”)⁴ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะเลือกการบริโภค หรือตัดสินใจในการแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจผ่านระบบเศรษฐกิจหรือกลไกของตลาด ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ (English Common Law)⁵ จะมีการวางหลักเกณฑ์ภายใต้คำตัดสินของศาลที่ได้มีการวางหลักไว้ ซึ่งการวางหลักคำพิพากษาเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ได้มีการวางหลักไว้ว่าด้วยเรื่องของการห้ามจำกัดการค้า (Prohibition to Restraint of trade) ได้มีการใช้อย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน โดยถือเป็นหลักการที่ห้ามทำสัญญาเกี่ยวกับการค้าใดๆ ที่นำไปสู่การขัดแย้งของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งคดีตัวอย่างที่วางอยู่บนหลักห้ามจำกัดทางการค้าได้แก่ คดี Dyer’s Case 1414⁶

Dyer’s Case 1414 คดีที่ว่าด้วยเรื่องของ จอห์น ดายเออร์ รับจ้างย้อมสีผ้าได้มีการทำสัญญากับคู่สัญญาว่าจะไม่มีการทำการค้าหรือย้อมผ้าภายในเมืองเดียวกับคู่สัญญาเป็นระยะเวลา 6 เดือน แต่คู่สัญญาได้ทำการละเมิดสัญญาที่ได้มีตกลงกัน จอห์น ดายเออร์ จึงได้มีการฟ้องร้องต่อศาลให้ศาลนั้นตัดสินว่าคู่สัญญาของตนละเมิดสัญญา ศาลได้มีการวางหลักว่าการผิดสัญญาของนั้นไม่ได้ถือว่าเป็นการละเมิดสัญญา หรือกระทำผิดสัญญา เนื่องจากการกระทำดังกล่าวที่ทำสัญญาจำกัดห้ามการประกอบอาชีพนี้ถือเป็นการขัดต่อกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องห้ามจำกัดการค้า หรือการประกอบอาชีพ ซึ่งจะนำไปสู่การขัดต่อประโยชน์สาธารณะดังหลักกฎหมายของคอมมอนลอว์ ซึ่งศาลของประเทศอังกฤษก็ได้มีการวางหลักและนำมาปรับใช้จนถึงปัจจุบัน คำตัดสินของศาลอังกฤษได้พัฒนาการแข่งขันของตลาดในทางกฎหมายให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้น ซึ่งผู้ที่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับตลาดเสรีภายใต้ระบบเศรษฐศาสตร์ของ อัดัม สมิธ (Adam Smith) ที่ได้มีการนำเสนอเกี่ยวกับข้อเสนอสำคัญทางเศรษฐกิจที่มองว่ารัฐมีข้อจำกัดในการเข้ามายุ่งเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจโดยไม่สมเหตุสมผล ควรให้กลไกตลาด

³ ภูชิต โหมกขมรรคกุล, รายงานผลการวิจัย "กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย" (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2543).

⁴ พรชัย วิสุทธิศักดิ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564). หน้า 15-18.

⁵ ผู้เขียนระบุเป็น English Common Law เพื่อแสดงถึงกฎหมายคอมมอนลอว์ ของประเทศอังกฤษจากการศึกษาเนื่องด้วยปัจจุบันมีการใช้ ระบบคอมมอนลอว์ในหลายประเทศทั่วโลก ซึ่งมีอิทธิพลต่อสหภาพยุโรป (European Union)

⁶ Dyer’s Case, Y.B. Mich. 2 Hen. 5, f.5, pl. 26 C.P. 1414

ได้ดำเนินไป ภายใต้แนวคิด “มือที่มองไม่เห็น”⁷ สร้างให้เกิดพื้นฐานของเศรษฐกิจแบบตลาดเสรี (Free Market Economy) การแบ่งงานของแรงงาน (Division of Labor) การสร้างผลประโยชน์ของแต่ละคน (Self-Interest) และ เสรีภาพทางการค้า (Freedom of Trade)

ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีจึงถือว่าจะมีส่วนสำคัญที่จะทำให้เกิดการแข่งขันที่เสรี โดยเชื่อมโยงกับ ดร.ริชาร์ด เวลลิง (Dr. Richard Welling) ที่ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับ เศรษฐกิจแบบตลาดเสรี (Free Market Economy) ระบบเศรษฐกิจที่ปล่อยให้เกิดการซื้อขายแลกเปลี่ยนอย่างเสรีไร้อุปสรรคให้ตลาดนั้นสามารถขับเคลื่อนไปด้วยตัวเอง

หลักการของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี⁸ สามารถสรุปได้ดังนี้

1. การถือสิทธิในทรัพย์สินที่บุคคลมีไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน เนื่องจากระบบนี้ยอมรับในการครอบครองกรรมสิทธิ์ ให้ธุรกิจหรือปัจเจกชนนั้นสามารถที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินและปัจจัยการผลิตได้ จึงสามารถจะดำเนินการต่างๆตามทรัพย์สินที่ตนนั้นมีกรรมสิทธิ์อย่างไรก็ได้ ดังที่ปรากฏในมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁹

2. เสรีภาพในการประกอบกิจการ ทั้งปัจเจกชนและนิติบุคคลที่เป็นหน่วยองค์กรต่างๆ มีอิสระในการดำเนินกิจการของตน ปราศจากข้อบังคับใดๆ

3. กำไรถือเป็นสิ่งจูงใจ จะเห็นได้จากการบัญญัติเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท ภายใต้กฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มุ่งเน้นไปที่ผลตอบแทนที่ได้คือ กำไรของการประกอบกิจการ ดังนั้นในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีกำไรซึ่งเป็นส่วนของรายได้ที่เพิ่มขึ้นมาจากทุน โดยแต่ละหน่วยย่อมมีกลยุทธ์ การดำเนินกิจการ เพื่อให้ได้มาซึ่งกำไร โดยอาจเริ่มจากการลดต้นทุนการผลิตให้ต่ำที่สุด ส่วนผู้บริโภคจะยึดหลักเกณฑ์ตามความพึงพอใจส่วนบุคคล

4. กลไกของตลาดและราคา ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีมุ่งเน้นไปที่ราคา เป็นการตัดสินใจปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นในการผลิต เช่น ปริมาณการผลิต โดยดูแนวโน้มความต้องการของผู้บริโภคเป็นสำคัญ ต้องอาศัยจุดสมดุล วิเคราะห์ระดับราคาของผู้บริโภคมีความต้องการ

⁷ Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, (Jim Manisied., Pennsylvania State University. 1776 (2005)). p.345 – 346.

⁸ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนประจำชุดวิชาหลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2538).

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 บัญญัติไว้ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

5. บทบาทของอำนาจรัฐ ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี รัฐไม่ได้มีบทบาทหน้าที่ที่สำคัญแต่จะเพียงอำนวยความสะดวกหรือแทรกแซงในบางเหตุที่จำเป็น ต้องเป็นการบริการให้แก่ผู้บริโภค รวมถึงการป้องกันการเกิดการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค หน้าที่สำคัญคือการตีกรอบในการดำเนินธุรกิจในการดำเนินไปอย่างเสรีและมีประสิทธิภาพ โดยอาจมีการออกกฎหมายที่มีการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ได้เกิดการเสียเปรียบ หรือเอาเปรียบผู้บริโภค หรือกลุ่มผู้ประกอบการด้วยกัน

ระบบเศรษฐกิจที่มีความเสรีต้องมีการตรากฎหมายที่มีแนวคิดที่จะประคองให้เกิดความเสรีในทางการค้า (Free competition) รวมถึงป้องกันการกระทำต่างๆที่เป็นอันจะทำให้เกิดการผูกขาด หรือทำให้เกิดสภาพกพร่องทางการค้าเสรี ด้วยจุดที่ได้กล่าวไปข้างต้น หากตลาดนั้นมีความเสรีมากเพียงใด ก็จะส่งผลดีต่อผู้บริโภคเป็นสำคัญ และหากไม่มีการแข่งขันในตลาดหรือระบบเศรษฐกิจ ทางผู้ประกอบการต่างๆย่อมได้รับผลกระทบและถือว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อระบบเศรษฐกิจ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้า จะช่วยสนับสนุนให้มีการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม และส่งเสริมให้เกิดการลงทุนของผู้ประกอบการ การคุ้มครองจะทำให้ผู้ประกอบการนั้นจะมีการสร้างนวัตกรรมใหม่ๆทั้งจากผู้ประกอบการรายใหม่และผู้ประกอบการรายเดิม อีกทั้งจะช่วยปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค ป้องกันการควบรวมกิจการ การกีดกันการแข่งขัน การใช้อำนาจเหนือตลาด หรือการกระทำใดๆที่จะส่งผลเสียต่อผู้บริโภคและระบบเศรษฐกิจ¹⁰ จากที่ได้กล่าวไปข้างต้น อติမ် สมิต ได้ให้แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยได้กำหนดและหน้าที่ของรัฐให้มีอยู่เพียงการป้องกันประเทศจากการรุกราน ไม่ว่าจะภายในประเทศหรือนอกประเทศ ควรให้กลไกตลาดทำงานโดยปราศจากการควบคุม แนวคิดที่ไม่ควรมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ กลไกของตลาดจะทำให้ตลาดมีการแข่งขันที่เสรี โดยปราศจากอำนาจแทรกแซงของรัฐ¹¹

จึงเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและถือเป็นการวางกรอบ หลักการเพื่อที่จะสร้างความเป็นธรรมในระบบเศรษฐกิจหรือการดำเนินไปของตลาดฐานคำพิพากษาต่างๆได้มีการวางหลักได้มีการนำไปปรับเข้ากับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ ส่งผลให้เกิดเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งนำมาใช้ในประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ดำเนินนโยบายทางการค้าภายใต้การแข่งขันที่เป็นธรรม ประเทศไทยเองนั้นก็ได้มีการบัญญัติกฎหมาย

¹⁰ วิสุทธีศักดิ์, พ., กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. หน้า 1-10.

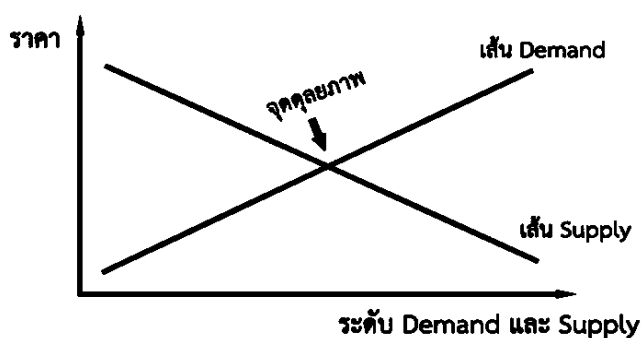
¹¹ ธนิตกุล, ศ., กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ Law and Economics (ทรัพย์สิน สัญญา ละเมียด) หน้า 4-

เพื่อคุ้มครองการแข่งขันทางการค้า อันได้แก่ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้มีการปรับปรุงแก้ไข นำมาสู่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อที่จะป้องกันอำนาจการผูกขาด หรือการกระทำใดๆที่จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการค้าและนำมาซึ่งการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

3.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับตลาดในมิติเศรษฐศาสตร์

แนวคิดเกี่ยวกับตลาด ถือเป็นอีกแนวคิดสำคัญที่กำกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในระบบเศรษฐกิจ ระบบตลาดจะมุ่งเน้นไปที่ราคาเป็นสำคัญ ดังนั้น ภายใต้ระบบเศรษฐกิจผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจจะตัดสินใจโดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดทางด้านราคาเป็นสำคัญ โดยทางผู้ประกอบธุรกิจต้องการผลิตสินค้าโดยใช้ต้นทุนที่เหมาะสม หรือในทางผู้บริโภคมองหาความต้องการซื้อในราคาที่ตนเองพึงพอใจมากที่สุด โดยมีการใช้มาตรฐานในการตัดสินใจที่หลากหลาย เพื่อให้ตนเองนั้นพึงพอใจมากที่สุด โดยราคาสินค้าหรือบริการนั้น จะถูกกำหนดจากอุปสงค์ (Demand Side) และอุปทาน (Supply Side) ของสินค้าหรือบริการนั้นๆ ในตลาด โดยจุดผลประโยชน์เป็นจุดที่มีความต้องการของทั้งสองฝ่ายนั้นมีความเท่ากันเรียกว่า “จุดดุลยภาพของตลาด (Equilibrium point)”¹² กล่าวคือ เป็นสถานการณ์ที่มีความพอดีตรงกันเท่ากันทั้งสองฝ่าย อันได้แก่ อุปสงค์และอุปทาน ดังรูปที่ 9 ถือเป็นจุดที่สถานการณ์มีความสมดุล มีปริมาณความต้องการซื้อและปริมาณการต้องการขายเท่ากันทุกฝ่ายต่างพึงพอใจในผลลัพธ์หรือสิ่งที่ตนได้รับความพึงพอใจที่จะซื้อของผู้บริโภค และพึงพอใจที่จะขายของผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้นถือว่าการแข่งขันที่สมบูรณ์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



รูปที่ 10 กราฟแสดงจุดดุลยภาพของตลาด

¹² ศิริศักดิ์ จิ่งถาวรธรรม, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก" (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549).

อุปสงค์ (Demand Side) หมายถึง ปริมาณความต้องการซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการชนิดใดชนิดหนึ่งที่ผู้บริโภคมีความเต็มใจที่จะซื้อ และสามารถซื้อหามาได้ในขณะใดขณะหนึ่ง ณ ระดับราคาต่างๆที่ตลาดกำหนดมาให้ โดยผู้บริโภคหรือผู้ซื้อที่มีอำนาจหรือความต้องการ (Want) และความสามารถในการซื้อ (Power) อีกทั้งในกรณีของความต้อการขายมากกว่าความต้อการซื้อไม่ถือว่าเป็นอุปสงค์แต่อย่างใด¹³

อุปทาน (Supply Side) หมายถึงปริมาณความต้องการเสนอขายสินค้าหรือบริการชนิดใดชนิดหนึ่ง ที่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการมีความเต็มใจที่จะเสนอขาย และสามารถจัดหาสินค้าหรือทำบริการเพื่อจัดจำหน่ายหรือให้บริการได้ในขณะใดขณะหนึ่ง ณ ระดับราคาต่างๆที่ตลาดกำหนด โดยมีความเต็มใจที่จะเสนอขายหรือบริการ ณ จุดราคาดังกล่าว ซึ่งการเปลี่ยนแปลงอุปทานสามารถเชื่อมโยงกับการคาดคะเนเกี่ยวกับราคาในอนาคตได้ (Expected prices) ถ้ามีการคาดการณ์ราคาสินค้าชนิดหนึ่งที่จัดจำหน่ายนั้นจะแพงขึ้นในอนาคต ผู้ประกอบธุรกิจอาจมีการกักตุนเพื่อเก็บไว้จัดจำหน่ายในอนาคตได้ ในทางกลับกัน หากคิดว่าราคาสินค้าถูกลงในอนาคต ผู้ประกอบธุรกิจก็จะเร่งการระบายสินค้าขายซึ่งการทำนายเกี่ยวกับอุปทานนี้สามารถมีการใช้เทคโนโลยีเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้¹⁴

3.1.2 แนวคิดที่กำกับดูแลสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ

หลักทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์นั้นเมื่อปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่มีนโยบายทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง และแนวคิดนี้จะอยู่กำกับฐานความคิดเกี่ยวกับเศรษฐกิจที่จะนำไปสู่การตัดสินใจที่แท้จริงที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า จากการศึกษาอาศัยแนวคิดจากประเทศสหรัฐอเมริกา แบ่งออกเป็น 3 แนวคิด

3.1.2.1 แนวคิดโดยสำนักคิดพหุนิยม

หลักการของสำนักคิดนี้คือ โครงสร้างตลาด (Market structure) เป็นปัจจัยในการกำกับการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น การกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ โดยการกระทำใดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะชี้ให้เห็นถึงประสิทธิภาพของตลาด ซึ่งเป็นตัวชี้วัดถึงการกระทำนั้น ๆ ว่าเป็นการสร้างประโยชน์ให้กับผู้บริโภคหรือไม่ เช่น กำไร ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เป็นต้น โดยสำนักคิดนี้เห็นว่าโครงสร้างหนึ่งจะนำไปสู่การเกิดขึ้นของการกระทำใด

¹³ นราทิพย์ ชุตินวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550). หน้า 25.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

การกระทำหนึ่ง หรือประสิทธิภาพของตลาดอีกทั้งโครงสร้างทางตลาดในแต่ละรูปแบบยังสามารถนำไปสู่การลด ผูกขาด และจำกัดการแข่งขัน อันเป็นการลดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ

แนวคิดของสำนักคิดนี้เห็นว่าการกระทำที่จะส่งผลให้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นจะทำให้การแข่งขันนั้นลดลง ส่งผลให้ประสิทธิภาพของการแข่งขันนั้นลดน้อยลงตามไปด้วย โดยเฉพาะในตลาดผู้ขายน้อยรายสามารถเกิดขึ้นได้ง่าย อย่างไรก็ตามการแข่งขันที่สมบูรณ์จะทำให้ประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจนั้นดียิ่งขึ้น การกำหนดนโยบายการแข่งขันทางการค้าจึงอาศัยหลักการของโครงสร้างตลาดในการจำแนกโครงสร้างของตลาดที่จะนำไปสู่การแข่งขันหรือไม่ และมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อที่จะป้องกันการลด ผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขัน รักษาซึ่งประสิทธิภาพของเศรษฐกิจ และมุ่งเน้นถึงประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นสำคัญ

การกำหนดนโยบายการแข่งขันทางการค้าจึงอาศัยหลักการของโครงสร้างตลาดในการจำแนกโครงสร้างของตลาดที่จะนำไปสู่การแข่งขันหรือไม่ และมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อที่จะป้องกันการลด ผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขัน รักษาซึ่งประสิทธิภาพของเศรษฐกิจ และมุ่งเน้นถึงประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นสำคัญ¹⁵

3.1.2.2 แนวคิดโดยสำนักเสรีนิยม

สำนักนี้เป็นแนวคิดบนพื้นฐานเศรษฐศาสตร์แบบตลาดเสรี มีแนวทฤษฎีราคาของนีโอคลาสสิก (Neo-Classic) แนวคิดนี้ต้องการประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรเป็นสำคัญ โดยไม่ได้มุ่งเน้นหรือให้ความสนใจกับการแข่งขันในตลาด โดยเห็นว่าเพียงอาศัยกลไกของตลาดในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจสามารถที่จะปรับเปลี่ยนไปตามธรรมชาติหรือสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเพื่อหาทางออกหรือสิ่งที่ดีที่สุดโดยไม่จำเป็นต้องมีการแทรกแซงโดยกฎหมายหรือภาครัฐ¹⁶

¹⁵ ผกาวิรี ผาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555). หน้า 25.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

3.1.2.3 แนวคิดโดยสำนักเสรีนิยมสมัยใหม่

สำนักคิดนี้ยอมรับถึงความซับซ้อนหรือความหลากหลายของการกระทำที่มากขึ้น อีกทั้งมีแนวคิดที่แสดงถึงความคิดที่เกิดขึ้นภายหลังแนวคิดเสรีนิยมได้แก่

ทฤษฎีเกม (Game Theory) การสร้างแบบจำลองของผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งจะจำลองถึงสถานการณ์การร่วมมือกันหรือความขัดแย้งเสมือนเวลาเล่นเกมในชีวิตจริงที่จะต้องวางแผนกลยุทธ์ของตนเอง เช่น การวางแผนการผลิต เป็นต้น¹⁷

แนวคิด Contestable market โดยแนวคิดนี้ต้องการให้เห็นถึงอิสระการเข้าและออกตลาด ไม่คำนึงถึงโครงสร้างของตลาด¹⁸

แนวคิด Raising rivals' costs เกี่ยวกับการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการเพิ่มต้นทุนของคู่แข่ง และการแทรกแซงคู่แข่งรายอื่นเพื่อให้กระทบถึงต้นทุน เพื่อเบี่ยงเบนความต้องการและความพึงพอใจของผู้บริโภคไม่ให้เปลี่ยนใจจากสินค้าเดิมหรือใช้บริการสินค้าหรือบริการอื่น¹⁹

แนวคิดต้นทุนทางธุรกรรม (Transaction Cost Economics) ต้องมีการวิเคราะห์ว่าต้องดำเนินการองค์กรในรูปแบบใดเพื่อสอดคล้องกับต้นทุนที่มีของธุรกิจ²⁰

3.1.3 ประเภทของตลาดในระบบเศรษฐกิจ

ตลาด (Market) หมายถึง สถานะการณ์ที่ผู้ซื้อ (ผู้บริโภค) และผู้ขาย (ผู้ประกอบการ) ติดต่อกันได้โดยคล่องเพื่อดำเนินการซื้อขายได้สำเร็จ จนสามารถทำการแลกเปลี่ยนการซื้อขายกันได้อย่างราบรื่น ซึ่งในบางครั้งผู้ซื้อและผู้ขายอาจไม่ได้พบหน้ากัน เช่น การซื้อขายผ่านระบบออนไลน์ การให้บริการบนระบบดิจิทัลแพลตฟอร์ม (Digital Platform) ซึ่งองค์ประกอบของตลาดนั้นประกอบด้วย ผู้ซื้อ ผู้ขาย ผลิตภัณฑ์ ราคาและสิ่งอำนวยความสะดวก²¹

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

¹⁹ พรลภัส สุวรรณรัตน์, "บริษัทจัดการส่งออกในประเทศไทย: ความสามารถในการลดต้นทุนธุรกรรมและผลการดำเนินงาน," วารสารจุฬาลงกรณ์ธุรกิจปริทัศน์ 37(2558).

²⁰ ผาติเวทย์, ผ., "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542." หน้า 28.

²¹ วรณี จิเจริญ, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 2 (มหาวิทยาลัยรามคำแหง). หน้า 97-106.

โดย N. Gregory Mankiw ได้ให้นิยามของ “ตลาด”²² หมายถึง กลุ่มผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าหรือบริการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตลาดมีหลายรูปแบบ เช่น ตลาดสินค้าเกษตร หรือกรณีตลาดไอศกรีม บรรดาผู้ซื้อไอศกรีมมิได้มีการรวมตัวหรือตั้งเป็นกลุ่มผู้ขายในบริเวณเดียวกัน เพื่อให้ผู้ซื้อเดินทางมา ณ แหล่งเดียวกันกับผู้ซื้อทั้งหลาย แต่ประการใดส่วนบรรดาผู้ขายไอศกรีมก็อยู่ต่างทำเล สถานที่ต่างกัน อีกทั้งผู้ขายมีสิทธิตั้งราคาได้ด้วยตนเอง และผู้ซื้อสามารถตัดสินใจด้วยตนเองว่าจะซื้อไอศกรีมแต่ละร้านในราคาและปริมาณเท่าใด บรรดาผู้ซื้อไอศกรีมจะเลือกซื้อไอศกรีมที่ตอบสนองความพึงพอใจของตนเองจากผู้ขายไอศกรีมที่มีอยู่หลากหลาย และผู้ขายไอศกรีมต่างแข่งขันกันเพื่อผู้ซื้อไอศกรีมกลุ่มเดียวกันนี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งกำไรและให้ธุรกิจประสบความสำเร็จ ดังนั้นแม้ตลาดจะเกิดขึ้นแบบมิได้มีผู้จัดตั้ง แต่กลุ่มผู้ซื้อที่กลุ่มผู้ขายไอศกรีมคือคนที่สร้างรูปแบบของตลาดขึ้นมา

นิยามของตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า²³ หมายความว่าถึง ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) โดยคำนึงถึงสภาพของกิจกรรมทางเศรษฐกิจและการกระทำที่เกิดขึ้นในตลาดว่าเกี่ยวข้องกับสิ่งที่กฎหมายกำกับดูแลไม่ ซึ่งจะพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตตลาด (Market Boundaries)

แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์จะแบ่งตลาดตามลักษณะของการแข่งขัน โดยอาศัยแบ่งตามจำนวนผู้ขาย และลักษณะของสินค้า สำหรับการวิเคราะห์ตลาด ของนักเศรษฐศาสตร์มุ่งให้ความสนใจในการแบ่งตลาด ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ (Competitive market) หรือ ตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ (Perfect or pure competition) ตลาดชนิดนี้เป็นตลาดที่ราคาสินค้าเกิดขึ้นจากแรงผลักดันของอุปสงค์และอุปทานโดยแท้จริง ไม่มีปัจจัยอื่นมาผลักดันในเรื่องราคา ลักษณะสำคัญของตลาดประเภทนี้ คือ

ประการแรก มีผู้ซื้อและผู้ขายจำนวนมาก แต่ละรายมีการซื้อขายเป็นส่วนน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนผู้ซื้อและผู้ขายทั้งหมดในตลาด การซื้อขายสินค้าของผู้ซื้อหรือผู้ขายแต่ละรายไม่มีอิทธิพลต่อการกำหนดราคาในตลาด กล่าวคือ ถึงแม้ ผู้ซื้อหรือผู้ขายจะหยุดซื้อหรือขายสินค้าของตนก็จะไม่กระทบกระเทือนต่อปริมาณสินค้าทั้งหมดในตลาด เพราะผู้ซื้อหรือผู้

²² N. Gregory Mankiw, หลักเศรษฐศาสตร์ (Principles of Economics) trans. รศ. คิม ไชยแสนสุข และ ดร. สุพรรณิกา ลือชาศรีศรี (กรุงเทพฯ: บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด, 2562). หน้า 63.

²³ วิสุทธิศักดิ์, พ., กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. หน้า 1-10.

แต่ละคนจะซื้อสินค้าหรือขายสินค้าเป็นจำนวนเล็กน้อย เมื่อเปรียบเทียบกับปริมาณสินค้าทั้งหมดที่มีอยู่ในตลาด

ประการที่สอง สินค้าที่ซื้อหรือขายจะต้องมีลักษณะเหมือนกัน (Homogeneity) สามารถที่จะใช้แทนกันได้อย่างสมบูรณ์ในทรศนะหรือสายตาของผู้ซื้อ ไม่ว่าจะซื้อสินค้าประเภทเดียวกันนี้จากผู้ขายคนใดก็ตามผู้ซื้อจะได้รับความพอใจเหมือนกัน เช่น ผงซักฟอก บะหมี่กึ่งสำเร็จรูป

โดยการติดต่อซื้อขายในตลาดแข่งขันสมบูรณ์จะต้องกระทำได้โดยสะดวกหมายความว่าทั้งผู้ซื้อและผู้ขายสามารถทำการติดต่อค้าขายกันได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว รวมถึงการเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิตจะต้องเป็นไปอย่างสะดวกและรวดเร็วด้วยหน่วยธุรกิจสามารถเข้าหรือออกจากธุรกิจการค้าโดยเสรี ตลาดประเภทนี้จะต้องไม่มีข้อจำกัดหรือข้อกีดขวางในการเข้าประกอบธุรกิจของนักธุรกิจรายใหม่ หรือผู้ขายรายใหม่ กล่าวคือ ผู้ผลิตหรือผู้ขายรายใหม่จะเข้ามาประกอบกิจการแข่งขันกับหน่วยธุรกิจที่มีอยู่ก่อนเมื่อใดก็ได้ หรือในทางตรงกันข้ามจะเลิกกิจการเมื่อใดก็ได้

2. ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (non-perfect competition market) ผู้ซื้อหรือผู้ขายในธุรกิจมีน้อยเกินไปจนกระทั่งมีอิทธิพลเหนือราคาที่กำหนด กล่าวคือ แทนที่จะเป็นผู้อยอมรับปฏิบัติตามราคาตลาดก็กลับเป็นผู้กำหนดราคาเสียเอง สินค้าที่ซื้อขายกันในตลาดจะมีอุปสรรคเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายไปยังที่ต่างๆ หรืออาจมีปัจจัยเกี่ยวกับสภาพถนนหรือการติดต่อสื่อสารที่ไม่ดี อีกทั้งยังมีกฎหมายการห้ามส่งสินค้าเข้าออกนอกเขต ประกอบกับผู้บริโภคไม่ค่อยจะรอบรู้ในสถานะของตลาดอย่างดีจึงทำให้ตลาดเป็นตลาดที่มีการแข่งขันอย่างไม่สมบูรณ์

ประเภทของตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ ได้ดังนี้

1. ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (monopolistic competition) ตลาดประเภทนี้มีลักษณะที่สำคัญ คือ มีผู้ซื้อและผู้ขายเป็นจำนวนมาก และทั้งผู้ซื้อและผู้ขายต่างมีอิสระเต็มที่ในการที่จะวางนโยบายการขายและการซื้อของตนโดยไม่กระทบกระเทือนคนอื่น แต่สินค้าที่ผลิตมีลักษณะหรือมาตรฐานแตกต่างกันถือเป็นสินค้าอย่างเดียวกัน แต่ก็มีหลายตรา หลายยี่ห้อ การบรรจุหีบห่อ การโฆษณาต่างกัน เป็นเหตุให้ผู้ซื้อชอบหรือพึงใจในสินค้ายี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่งโดยเฉพาะ ทำให้ผู้ขายสามารถกำหนดราคาสินค้าของตนได้ โดยผู้ขายในตลาดชนิดนี้ต้องแข่งขันกับผู้ขายรายอื่น เช่น สินค้าผงซักฟอก สบู่ ยาสีฟัน ฯลฯ

2. ตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย (oligopoly) ตลาดประเภทนี้อยู่ระหว่างพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจจะทำการผูกขาด หรือกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด ผู้ขายน้อยราย

จะมีผู้ประกอบการเพียงไม่กี่ราย และผู้ขายแต่ละรายจะขายสินค้าเป็นจำนวนมาก เมื่อเทียบกับปริมาณสินค้าทั้งหมดในตลาด ถ้าหากว่า ผู้ขายรายใดเปลี่ยนราคาหรือนโยบายการผลิตและการขายแล้วก็จะกระทบกระเทือนต่อผู้ผลิตรายอื่น ๆ เช่น บริษัทผู้ขายน้ำมันในประเทศไทย บริษัทให้บริการเครือข่ายสัญญาณโทรศัพท์ ซึ่งมีเพียงไม่กี่ราย ผู้ขายแต่ละบริษัทจะต้องวางนโยบายของตนให้สอดคล้องกับนโยบายของบริษัทอื่น ๆ เพื่อที่จะดำเนินการค้าร่วมกันอย่างราบรื่น และผู้ขายทุกคนก็มีอิทธิพลต่อการกำหนดราคาและปริมาณสินค้าในตลาดเปลี่ยนนโยบายการขายย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อสินค้าชนิดนั้น ๆ ทั้งหมด เช่น ถ้าบริษัทใดบริษัทหนึ่งลดราคา สินค้าของคู่แข่งนั้นก็ลดราคาลงด้วยเพื่อรักษาระดับการขายไว้

พฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดผู้ขายน้อยราย เนื่องจากลักษณะของตลาดที่มีผู้ขายอยู่น้อยราย ผู้ประกอบการมีอำนาจในการกำหนดราคา แต่การกำหนดราคานี้ อาจทำได้หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาด โดยพฤติกรรมกำหนดราคาในลักษณะต่าง ๆ ในตลาดของผู้ขายน้อยรายที่สำคัญ เช่น การกำหนดราคาเพื่อกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ (Entry-Limit pricing) หรือ การกำหนดราคาเพื่อกำไรสูงสุดในระยะยาว (Open Oligopoly) หรือ การกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (Predatory pricing) สอดคล้องกับการศึกษาเกี่ยวกับการนำอัลกอริทึมมาใช้ในการกำหนดราคาที่ใช้ อัลกอริทึม ปัญญาประดิษฐ์รูปแบบหนึ่งมาเพื่อกำหนดราคา รูปแบบของพฤติกรรมของผู้ผลิต คือ การกำหนดราคาโดยการบวกกำไรเข้าไปในต้นทุนการผลิต (Cost – plus-marketing pricing) และการกำหนดราคาโดยผู้นำทางราคา (Price Leadership)

พฤติกรรมที่สอดคล้องกับการวิจัยของผู้ประกอบการ คือ การร่วมกันกำหนดราคาของผู้ประกอบการ กล่าวคือ การที่ผู้ประกอบการร่วมกันกำหนดราคาในตลาดใดตลาดหนึ่ง เพื่อกำหนดระดับผลกำไรที่ต้องการ เพื่อลดระดับการแข่งขันระหว่างกัน

3. ตลาดผูกขาด (monopoly) คือตลาดที่มีผู้ขายอยู่เพียงคนเดียว ทำให้ผู้ขายมีอิทธิพลเหนือราคาและปริมาณสินค้าอย่างสมบูรณ์ในการที่จะเพิ่มหรือลดราคา และควบคุมจำนวนขายทั้งหมด (total supply) ได้ตามต้องการ ส่วนมากจะเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ ใช้เงินลงทุนมาก มีเทคโนโลยีที่ทันสมัย ทำให้ธุรกิจขนาดเล็กรายอื่น ๆ ไม่สามารถเข้ามาแข่งขันได้ ตลาดประเภทนี้ ได้แก่ บริษัทผลิตเครื่องบิน เครื่องจักรกล หรือกิจการสาธารณูปโภค เป็นต้น

3.2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

3.2.1 ทฤษฎีในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม (Fair Competition)

ในระบบเศรษฐกิจ การแข่งขันเสรีและการแข่งขันในตลาดที่ยุติธรรมถือเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้การผลิต การบริโภคและการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยแบ่งออกเป็น 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ในการระบบเศรษฐกิจต้องมีเสรีภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Freedom) โดยผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการสามารถที่จะเสนอขายหรือผลิตสินค้าหรือให้บริการอย่างใดก็ได้ โดยให้มีความเหมาะสมในคุณภาพหรือปริมาณ การแข่งขันทางการค้าที่เกิดขึ้นในการซื้อขายหรือเข้ารับการให้บริการจะเริ่มต้นขึ้นเมื่อได้มีการนำสินค้าหรือการบริการเข้าสู่ระบบตลาด และสามารถที่จะกำหนดราคาสินค้าหรือบริการได้ตามความต้องการ อีกทั้งในทางผู้บริโภคสามารถที่จะเลือกสินค้าหรือบริการได้ตามความพึงพอใจ

ประการที่สอง นิยามคำว่า “การแข่งขัน” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 อธิบายไว้ว่าต้องมีการชิงกันเพื่อให้ผู้ชนะหรือได้รางวัลหรือสิ่งที่ต้องการ²⁴ การแข่งขันในทางตลาดหรือทางการแข่งขันทางการค้า จึงต้องมีการแข่งขันกันเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือให้ได้มาซึ่งกำไร อำนาจตลาด หรือการเป็นผู้นำทางธุรกิจ โดยต่างมีวัตถุประสงค์อันเดียวกัน โดยคู่แข่งแต่ละฝ่ายมองว่าอีกฝ่ายเป็นฝ่ายตรงกันข้าม และมีความต้องการต่อสู้แข่งขันกัน โดยอาศัยกลยุทธ์หรือเทคนิคที่แตกต่างกันออกไป เช่น การกำหนดราคาสินค้าให้ต่ำที่สุดหรือการกำหนดราคาในระดับที่เสี่ยงต่อการขาดทุน เพื่อให้คู่แข่งทางการค้านั้นต้องลดราคาตาม ซึ่งในกรณีที่เป็นผู้ขายน้อยรายอาจพบกับผลกระทบที่เกิดขึ้นจนอาจทำให้ระบบของตลาดนั้นล้มเหลว การแข่งขันที่เป็นในลักษณะของการเพื่อเอาชนะและบรรลุเป้าหมายถือเป็นการแข่งขันโดยชอบ แต่จะต้องอยู่ภายในขอบเขต โดยไม่ทำร้ายให้อีกฝ่ายต้องได้รับความเสียหาย²⁵ ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบในทางเศรษฐศาสตร์ โดยตลาดสินค้าหรือบริการนั้นจะมีสภาพเป็นตลาดได้ต่อเมื่อ

1. ไม่มีการกีดกันทางการค้าให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นเข้ามาในตลาดหรือทำการแข่งขันหรือออกจากตลาด
2. ไม่มีกลุ่มผู้ผลิตใดหรือกลุ่มของธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือเหนือผู้ประกอบการด้วยกัน รวมถึงอำนาจในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

²⁵ อสัมภินพงค์ ฉัตราคม, ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง).

3. ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการ มีการประชาสัมพันธ์อย่างทั่วถึง
4. ผู้บริโภคไม่ได้รู้สึกถึงความแตกต่างกัน ระหว่างสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิต หรือผู้ขายกลุ่มเดียวกัน
5. ราคาของสินค้าหรือบริการดำเนินไปโดยกลไกของตลาด การทำงานของอุปสงค์ และอุปทาน

ในทางธุรกิจกลไกตลาดนั้นถือเป็นแรงบันดาลใจหรือกำลังใจให้ผู้ผลิตนั้นดำเนินการผลิตหรือประกอบกิจการอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด แม้ว่าจะต้องเผชิญคู่แข่งทั้งในประเทศ และภายนอกประเทศ รวมไปถึงการเกิดขึ้นของสินค้าใหม่ๆ²⁶ อีกทั้งกรณีที่มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง ที่ได้เข้ามาอำนวยความสะดวกให้กับผู้ผลิตมากมาย ดังนั้นประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าอาจเป็นอีกหนึ่งสิ่งที่กำหนดความสามารถในการทำกำไรของผู้ผลิตได้ เพราะสามารถที่จะชี้ว่าเส้นทางการประกอบธุรกิจยังสามารถที่จะไปต่อได้หรือไม่ ซึ่งการแข่งขันจะเกิดขึ้นมากหรือน้อย ขึ้นอยู่ในส่วนของอุปสรรคการเข้ามาในตลาด ไม่ว่าจะเป็นอุปสรรคตามธรรมชาติ (Natural barrier) สอดคล้องกับการอธิบายเกี่ยวกับต้นทุนการผลิตจะลดต่ำลง เมื่อปริมาณการผลิตเพิ่มขึ้น ดังนั้นจึงต้องมีต้นทุนการผลิตที่เพียงพอทั้งผลิตสินค้าและต่อสู้กับผู้ผลิตรายอื่นด้วย หรือการกระทำที่เป็นการกีดกันการเข้ามาในตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ เช่น การให้สิทธิเฉพาะราย หรือการกำหนดห้ามกิจการใหม่เพิ่มเติม ซึ่งบางทีอาจกำหนดโดยรัฐ ตลาดที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์ เพราะอาจมีการผูกขาดในบางลักษณะเกิดขึ้นอยู่ในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง แต่จะมีจำนวนมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับประเภทธุรกิจและสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

3.2.2 แนวคิดในการต่อต้านการผูกขาด (Antitrust Concepts)

อำนาจเหนือตลาด (Market Power)²⁷ หมายถึง ความสามารถในการลดปริมาณสินค้าหรือบริการ โดยผู้ค้ารายใดรายหนึ่งหรือมากกว่าสองรายรวมกันเพื่อสร้างอำนาจเหนือตลาดในเรื่องของการกำหนดราคา หรือการจัดสรรวัตถุดิบ โดยเฉพาะเหนือต้นทุนส่วนเพิ่ม (Marginal Cost) ในบางช่วงเวลา อีกทั้งอาจรวมไปถึงการแบ่งส่วนกำไร การประกอบธุรกิจโดยอาศัยการแบ่งพื้นที่ กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงมีส่วนสำคัญต่อการที่จะลดอำนาจเหนือตลาด อำนาจการผูกขาด ในการควบคุมตลาดการแข่งขันในตลาด

²⁶ สุธีร์ ศุภนิมิตร, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) หน้า 28.

²⁷ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนประจำชุดวิชาหลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8.

การพิจารณาถึงอำนาจเหนือตลาดหรือการผูกขาดจะพิจารณา 2 ส่วนสำคัญ ได้แก่ จำนวนผู้ประกอบการ สภาวะทดแทนของสินค้าในตลาด แลอุปสรรคต่อการที่ผู้ประกอบการอื่นๆ จะเข้ามาผลิตสินค้า ทดแทนหรือไม่ จึงต้องอาศัยโครงสร้างตลาดเป็นสำคัญ แต่มีข้อควรระวังในสถานการณ์ที่อาจมีผู้ขายน้อยราย หรือในตลาดนั้นมีผู้ประกอบการอยู่เพียงรายเดียว สินค้านั้นอาจไม่สามารถนำมาทดแทนได้หรือยากต่อมีสินค้ามาทดแทน ส่งผลให้มีผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาในตลาดได้ และอาจนำไปสู่การผูกขาดโดยสมบูรณ์ได้ แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ที่มีผู้ประกอบการน้อยราย หรือที่เรียกว่า ตลาดผู้ขายน้อยราย (Oligopoly) ลักษณะของตลาดอาจไม่ได้เกิดการแข่งขัน ย่อมนำมาสู่อำนาจการผูกขาดได้ อาจมีการตกลงกันเพื่อยุติการแข่งขัน หรือมีการตกลงราคาร่วมกัน หรือมีเช่นนั้นผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งอาจจะอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position)

ลักษณะการเกิดอำนาจผูกขาดนั้นจึงมีอยู่ 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบแรก เกิดจากการตกลงร่วมกันยุติการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาด (Concerted Actions) หรือเป็นการกระทำที่สมรู้ร่วมคิดระหว่างผู้ประกอบการ (Collusion) และรูปแบบที่สอง กรณีที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาด เช่น กรณีที่มีการตกลงราคาร่วมกัน (Price Fixing) หรือ การตกลงแบ่งตลาด หรือ การตกลงเข้าครอบครองตลาด เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวข้างต้นทุกการกระทำย่อมไปสู่การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด²⁸

ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจจึงจำเป็นต้องอาศัยหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาพิจารณาประกอบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อที่จะสามารถครอบคลุมความเสี่ยงที่เกิดขึ้นต่อระบบตลาดหรือผู้บริโภค

3.3 พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

เศรษฐกิจและบริบทสังคมทางการเมืองของประเทศไทยถือว่ามีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างมาก จากการศึกษาบริบทการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจของประเทศไทย²⁹ ตั้งแต่สมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ที่มีอาชีพเกษตรกรรมและสังคมธุรกิจขนาดย่อมเท่านั้น และหลังจากนั้นมีการเปลี่ยนยุคตั้งแต่การปกครองทางทหาร รัฐบาลมุ่งเน้นไปที่การทำเกษตรกรรม โดยต้องการแก้ไขป้องกันการแก้ไขการถูกเอาเปรียบ และเมื่อเข้าสู่ภาวะสงครามโลกครั้งที่ 2 ต้องเผชิญภาวะการณ์

²⁸ ศุภนิตย์, ส., หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542:หน้า 26.

²⁹ วิสุทธิศักดิ์, พ., กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. หน้า 49-51.

ทางเศรษฐกิจ โดยในช่วงปี พ.ศ.2516 ประเทศไทยประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ และอัตราเงินเฟ้อ ประกอบกับราคาน้ำมันในตลาดโลกสูงขึ้น ส่งผลในราคาสินค้าสูงขึ้นเกินควรรวมถึงราคาสินค้าอุปโภค หรือบริโภคประเทศไทยก็มีการเพิ่มขึ้นในช่วงนั้นได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไร เกินควร พ.ศ.2517 เพื่อที่จะจัดการกับการค้ากำไรเกินควร ซึ่งถือเป็นรากฐานแรกในการบัญญัติ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ขอบเขตของพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไร เกินควร พ.ศ.2517 นั้นไม่เพียงพอต่อการควบคุมจัดการกับธุรกิจผูกขาด จนกระทั่งในปี พ.ศ.2522 เริ่มมีการกระจายของผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันฮั้วราคา จึงได้มีการสนับสนุนให้ออกกฎหมายในการ แก่สินค้าราคาแพง ได้แก่ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 เพื่อที่ความต้องการที่จะรักษาประโยชน์ของผู้บริโภคและการป้องกันไม่ให้ราคาสินค้าและบริการต่างๆ มีการเพิ่มราคาสูงขึ้นเกินสมควร ซึ่งประกอบด้วย 2 มาตรการทางกฎหมาย อันได้แก่ มาตรการว่าด้วย การกำหนดราคาสินค้า เพื่อควบคุมสินค้าและบริการ (Price control measure) และ มาตรการ ว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด (Anti-monopoly measure)³⁰ แต่ยังคงไม่ครอบคลุมถึงการกระทำที่ ไม่เป็นธรรม และไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาด เมื่อประเทศไทย ขับเคลื่อนสู่การขยายตัวทางเศรษฐกิจ ในช่วงปี พ.ศ.2520 แต่ยังคงประสบปัญหาทางด้านการพัฒนา ที่กระจายอย่างไม่ทั่วถึง และมีอำนาจรวมอยู่ที่ตลาดผู้ขายน้อยรายเป็นสำคัญ ทำให้ไม่ได้เกิด ความเท่าเทียมและไม่สามารถต่อรองกับฝ่ายใด³¹ และภายหลังจากนั้นประเทศไทยได้ พยายามที่จะขับเคลื่อนเศรษฐกิจ รัฐบาลพยายามที่จะขับเคลื่อนตลาดเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ ของประเทศไทย และสามารถดึงดูดต่างชาติได้อย่างมาก ทำให้กลุ่มคนชนชั้นกลาง สามารถที่จะ ขยับฐานะของตนเองให้สูงขึ้น และเข้ามามีบทบาทสำคัญในระบบเศรษฐกิจอย่างมาก และ มองว่าความเสรีภาพทางเศรษฐกิจถือเป็นสิ่งสำคัญ และต้องมีมาตรการที่จะใช้ป้องกันการแข่งขัน³² จึงได้มีการร่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่อีกครั้ง

ต่อมาในปีพ.ศ.2534 ได้มีการพิจารณาและปฏิรูปกฎหมายการแข่งขันทางการค้า การ กระจายของผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันฮั้วราคา จึงได้มีการสนับสนุนให้ออกกฎหมาย อันได้แก่ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 นั้นไม่มีความเหมาะสม จึงนำมาสู่การบัญญัติพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 โดยอิงจากต้นแบบของประเทศ เกาหลีใต้ ไต้หวัน ญี่ปุ่น และเยอรมนี³³ เพราะมีความสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจของประเทศไทย

³⁰ ศุภนิตย์, ส., หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 หน้า 2-3.

³¹ วิสุทธีศักดิ์, พ., กฎหมายการแข่งขันทางการค้า.

³² Sutee Supanit, "Thailand Report" (Japan Fair Trade Commission, 2022), p.2.

³³ Sakda Thanitkul, "Competition Law in Thailand: A Preliminary Analysis," Washington University Global Study Law Review (2001). p.71.

โดยลักษณะจะเป็นตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (Monopolistic Market) ในช่วงที่มีการใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าภายใต้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 การปรับใช้กฎหมายฉบับนี้ยังคงมีช่องว่าง และขาดประสิทธิภาพ จึงได้มีการประชุมและพัฒนาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 อีกครั้งในปีพ.ศ.2559 โดยต้องการที่จะควบคุมความเป็นธรรม ความเสมอภาค และลดปัญหาความเหลื่อมล้ำ ปรับปรุงให้มีข้อยกเว้นมากขึ้น ข้อบัญญัติต่างๆ เพื่อป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมให้สามารถการแข่งขันของผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถที่จะประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรมและ เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็กมีโอกาสในการพัฒนาธุรกิจให้สามารถเข้ามาแข่งขันได้อย่างเป็นธรรม³⁴

3.4 วัตถุประสงค์กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดเพื่อให้เกิดกลไกทางตลาดที่เป็นธรรม³⁵ ตามทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ของเคนส์ กล่าวคือ จะสามารถทำความเข้าใจด้านอุปสงค์ ความต้องการของมนุษย์ รวมถึงวิธีแก้ปัญหาทางเศรษฐกิจ มีส่วนเกี่ยวข้องกับเศรษฐศาสตร์พฤติกรรมของผู้คน (ผู้ซื้อหรือผู้ขาย) และกลไกตลาด เพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ ดังนั้นจึงมีความเชื่อว่าการแข่งขันในตลาดจะนำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพสูงสุด เนื่องจากตลาดจะดำเนินไปตามกลไก โดยที่การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่มีการเข้าแทรกแซง ไม่ว่าจะในตลาดประเภทใดก็ตาม หรือไม่ว่าจะผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็กหรือขนาดใหญ่ต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า สำหรับประเทศไทยการพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้า นับตั้งแต่พระราชบัญญัติป้องกันการค้ำกำไรเกินควร พ.ศ.2490 มาจนถึงพระราชบัญญัติการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดในระบบเศรษฐกิจ จนกระทั่งในการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยยกเลิกพระราชบัญญัติก่อนหน้า³⁶ มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัด การแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี และป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็น

³⁴ คณะผู้แทนประเทศไทยประจำสหภาพยุโรป, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐ และเอกชนไทย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554). หน้า 21.

³⁵ วิสุทธีศักดิ์, พ., กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. หน้า 38-45.

³⁶ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายการค้าแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560).

ธรรม ในการประกอบธุรกิจ โดยมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแม่แบบอย่างประเทศเกาหลี และประเทศเยอรมนี

สำหรับประเทศไทยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นถูกบัญญัติขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุง แก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยมีเป้าหมายที่จะแก้ไขข้อบกพร่องที่ทำให้พระราชบัญญัติฉบับเดิมนั้นไม่มีประสิทธิภาพในการกำกับดูแลการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจเท่าที่ควร ทั้งในแง่ของกฎหมายบัญญัติ และในมิติของกฎหมายสารบัญญัติ และยังคงวัตถุประสงค์ในการเพื่อป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน ทั้งวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายดังกล่าวนี้ โดยได้มีการหมายเหตุไว้ด้านท้ายของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ได้ระบุไว้ว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับ รูปแบบและพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้น ภายในกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ จึงไม่มีความคล่องตัวและขาดความเป็นอิสระในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า ทำให้การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร สมควรปรับปรุงมาตรการในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และมีองค์การกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าที่มีความคล่องตัว และมีความเป็นอิสระ เพื่อให้ทันต่อพัฒนาการของรูปแบบและพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ดังนั้นจากท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ได้สรุปไว้เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายฉบับดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนซึ่งสอดคล้องกับ “หลักทางเศรษฐศาสตร์หรือหลักสากลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า”³⁷ โดยมีหลักที่ต้องการกำกับควบคุมดังต่อไปนี้

1. ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of a dominant power)

หากขนาดตลาดนั้นๆ มีจำนวนผู้ประกอบการหรือขนาดของตลาดไม่เพียงพอที่จะรองรับผู้ประกอบการจำนวนมาก จึงจำเป็นต้องยอมรับลักษณะตลาดที่มีลักษณะผู้ค้ำน้อยราย (Oligopoly) ดังที่กล่าวไปในข้อ 3.1.2 เพื่อให้ผู้ประกอบการได้รับประโยชน์จากการประหยัด

³⁷ ญัตติกรรณิชา เลอฟิลิแบร์ต, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: หลักสากล ประเทศไทย และประเทศในภูมิภาคอาเซียน," กฤษฎีกาสาร 10(2558).

ต่อขนาด (economy of scale)³⁸ ในกรณีนี้จึงมีผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งจะใช้อำนาจดังกล่าวในการขึ้นราคาสินค้าหรือกำหนดทิศทางราคาสินค้าจึงต้องมีการกำกับเรื่องการทำมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuses of a dominant power) กล่าวคือ การควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เช่น การขายพ่วง (tying) หรือ การแทรกแซงราคา เป็นต้น

2. ห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ชัดขวาง หรือจำกัดการแข่งขัน (Agreements that restrict competition)

เป็นกรณีการทำ ความตกลงร่วมกัน กระทำร่วมกัน ทั้งแบบเปิดเผยและไม่เปิดเผย เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างบริษัท การกระทำร่วมกันที่จะจำกัดการแข่งขัน อาทิ ราคา การผลิต การตลาด และลูกค้า ซึ่งการทำความตกลง ซึ่งโดยส่วนมากจะผลกระทบทางด้านราคาเป็นสำคัญเพื่อต้องการควบคุมผลประโยชน์ที่จะได้รับ จำกัดผลผลิต โดยอาจจะกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ได้

3. ห้ามการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการผูกขาด (Merger control)

เป็นกรณีที่กิจการไม่น้อยกว่าสองแห่งมารวมกัน หรือควบรวมเป็นกิจการเดียวกัน เพื่อใช้ทรัพยากร ให้เกิดผลตอบแทนสูงสุด แม้การควบกิจการจะทำให้สามารถลดต้นทุนการผลิตได้ แต่อาจทำให้การแข่งขัน ในตลาดลดลงหรือหายไปก็ได้ เป็นการเปลี่ยนโครงสร้างของตลาด เกิดการกระจุกตัว เกิดการผูกขาดในตลาด หรืออาจเป็นการกีดกันหรือขัดขวางการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ ดังนั้น จึงต้องมีการควบคุมจาก หน่วยงานการแข่งขันทางการค้า

4. ห้ามการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice)

เป็นบทบัญญัติซึ่งมีขอบเขตที่กว้างมากและมีวัตถุประสงค์เพื่อจับการกระทำผิดทุกกรณี (catch-all provision) การกระทำที่อาจเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่น การร่วมกันปฏิเสธที่จะทำธุรกรรม ด้วย (Concerted refusal to deal) การตั้งราคาที่แตกต่างกัน (Discriminatory pricing) เป็นต้น

³⁸ การประหยัดต่อขนาด (economy of scale) การที่ธุรกิจมีต้นทุนต่อหน่วยที่ต่ำลง เมื่อธุรกิจขยายขนาดการผลิตมากขึ้น เพราะมีการเฉลี่ยรายจ่ายที่เป็นต้นทุนคงที่ เช่น ที่ดิน เครื่องจักร ผู้บริหาร เป็นต้น

ดังนั้นหมายเหตุแนบท้ายที่อยู่ท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560³⁹ เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการทำการออกกฎหมายฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับประเด็นดังต่อไปนี้

1. เพื่อแยกบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและบริการ ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดออกจากกัน
2. เพื่อให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัด การแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ
3. ส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี
4. ป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ

ถือว่ามีคุณสมบัติคล้อยกับหลักสากลดังที่กล่าวไปข้างต้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการสร้างความเป็นธรรมให้กับทุกส่วนที่อยู่ภายใต้กลไกตลาด และอยู่ภายใต้กฎหมาย เพื่อที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างดีที่สุดไม่ว่าจะอยู่ในสถานะหรือแม้เป็นหน่วยงานรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ อีกทั้งวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายที่ต้องการจะควบคุมจะทำให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรี จะมีประสิทธิภาพ ดังทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่นักเศรษฐศาสตร์เริ่มทฤษฎีต่าง ๆ

3.5 ลักษณะของการกระทำร่วมกัน (Concerted practice) ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

3.5.1 มาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

ตามบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อห้ามตกลงทำกลางธุรกิจที่ก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Anti-Competition Agreement or Cartel) มาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560⁴⁰ ซึ่งบัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจได้ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะ หนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ

³⁹ ท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560.

⁴⁰ มาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560.

(2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิตหรือจำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน

(3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้า หรือบริการ

(4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่ายหรือซื้อสินค้า หรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือ ซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบการธุรกิจอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับการกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กัน ทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ”

เมื่อพิจารณามาตราดังกล่าวมุ่งเน้นการควบคุมลักษณะพฤติกรรมที่ทำให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ โดยลักษณะการกระทำร่วมกันเพื่อลดผูกขาด หรือการจำกัดการแข่งขัน (Concerted Practice) เพื่อกำหนดราคาสินค้าหรือราคาขายไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการ ถือว่ามีความผิดตามมาตรา 54 (1) แห่งพระราชบัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หากอาศัยหลักการหรือแนวคิดการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดความผิดนี้ การกระทำนี้จะเป็นข้อห้ามเด็ดขาด (Per se Rule) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งจะกล่าวถึงไปในส่วนถัดไป

ด้วยประเทศไทยนั้นถือตามระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงได้มีการศึกษาแนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อเป็นกรณีศึกษาในการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่เกิดขึ้นตามมาตรา 54 เกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาตั้งต่อไปนี้

ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากรณีองค์การ ข. สมาคม ค. และบริษัทผู้นำเข้าวัคซีนร่วมกันกำหนดราคาวัคซีนทางเลือก⁴¹

เมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2564 มีการร้องเรียนถึงคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าผู้ร้องพบว่า องค์การ ข. (ผู้ถูกร้องที่ 1) สมาคม ค. (ผู้ถูกร้องที่ 2) และบริษัทผู้นำเข้าวัคซีน (ผู้ถูกร้องที่ 3) ได้มีการประชุมร่วมกันเพื่อกำหนดราคาวัคซีนเครื่องหมายการค้า จ. ซึ่งผู้ถูกร้องทั้งสามได้ร่วมกันให้สัมภาษณ์และแถลงข่าวการกำหนดราคาต่อสื่อมวลชนอย่างแพร่หลาย จากข้อเท็จจริงผู้ถูกร้องที่ 1 ถือเป็นรัฐวิสาหกิจจึงมีหน้าที่ในการจัดหา ส่ง นำเข้าวัคซีนอย่างเร่งด่วน เพื่อนำมาป้องกันการแพร่ระบาดของเชื้อโคโรนาไวรัส-2019 โดยผู้ถูกร้องที่ 1 ชี้แจงข้อเท็จจริงว่าได้ทำสัญญาซื้อขายวัคซีนเครื่องหมายการค้า จ. กับผู้ถูกร้องที่ 3 และโรงพยาบาลเอกชนต่างๆ แต่ชี้แจงข้อเท็จจริงว่าไม่ได้มีการกำหนดราคาาร่วมกันแต่อย่างใด ในส่วนของการกำหนดราคาจำหน่ายวัคซีน จ. ขึ้นอยู่กับแต่ละโรงพยาบาล ซึ่งขึ้นอยู่กับค่าใช้จ่ายในการให้บริการของแต่ละโรงพยาบาล อีกทั้งการอ้างอิงถึงรายงานการประชุมวัคซีน จ. เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2564 โดยขอความร่วมมือโรงพยาบาลคิดค่าบริการทางการแพทย์ การบริการต่างๆ ให้อยู่บนความเหมาะสม ค่าบริการของโรงพยาบาลไม่ควรเกิน 1.5 เท่าของราคาวัคซีน และรับทราบว่าราคาวัคซีนที่จำหน่ายให้กับประชาชนนั้นลดลงอยู่ที่ 1,650 บาทต่อโดส โดยผู้ถูกร้องที่ 2 มีสถานะเป็นนิติบุคคลประเภทสมาคมที่ร่วมความคิดเห็นและร่วมงานระหว่างโรงพยาบาลเอกชน เพื่อส่งเสริมความก้าวหน้า ให้ดียิ่งขึ้น สมานให้เกิดความสามัคคี ส่งเสริมคุณภาพ สมรรถภาพและฐานะของโรงพยาบาลเอกชน เพื่อประโยชน์ส่วนรวม การได้มาของวัคซีน จ. ถือว่าเป็นกรณีเร่งด่วน และภาคเอกชนไม่สามารถสั่งซื้อได้จากผู้นำเข้าได้โดยตรง ต้องซื้อผ่านองค์กรของภาครัฐเท่านั้น ดังนั้นโรงพยาบาลเอกชนจึงต้องซื้อวัคซีน จ. ผ่านผู้ถูกร้องที่ 1 ผู้ถูกร้องที่ 2 ไม่ได้มีส่วนในการจัดหาแต่อย่างใด และผู้ถูกร้องที่ 3 เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจในการขายสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ทางการแพทย์ โดยเป็นผู้แทนจำหน่ายวัคซีน จ. จึงไม่ได้อยู่ในฐานะของการกำหนดราคาของสินค้าของวัคซีน จ. ในประเทศไทย มีหน้าที่เพียงประสานกับโรงพยาบาลในการให้ความรู้ของข้อมูลของวัคซีน

จากการสืบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นถึงประเด็นในการวินิจฉัยคือ 1. ผู้ถูกร้องที่ 1 ผู้ถูกร้องที่ 2 และผู้ถูกร้องที่ 3 เป็นผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และ 2.การกระทำของผู้ถูกร้องที่ 1 ผู้ถูกร้องที่ 2 และผู้ถูกร้องที่ 3 มีมูลเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่

⁴¹ "ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากรณีองค์การ ข. สมาคม ค. และบริษัทผู้นำเข้าวัคซีนร่วมกันกำหนดราคาวัคซีนทางเลือก," ใน มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า(2565).

โดยคำวินิจฉัยนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่า ผู้ถูกร้องที่ 1 และ 2 นั้นถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ และผู้ถูกร้องที่ 3 ไม่ถือว่าเป็นผู้ประกอบการทางการค้า โดยในรายงานการประชุมมีการกระทำที่เกี่ยวข้องทั้งสิ้น 3 ครั้งได้แก่ ครั้งที่ 1 ประชุมเพื่อกำหนดราคากลางค่าบริการวัคซีน ครั้งที่ 2 ประชุมร่วมกันเพื่อกำหนดราคาให้บริการวัคซีนทางเลือก จ. ของโรงพยาบาลเอกชนให้เท่าเทียมกัน โดยมีมติที่ประชุมรับทราบราคาจำหน่ายวัคซีนให้กับประชาชน และครั้งที่ 3 ยังคงเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดราคาให้บริการวัคซีนทางเลือก ซึ่งกำหนดราคาสุดท้ายในวันที่ 1 กรกฎาคม 2564 การกระทำดังกล่าวถือว่าเห็นว่าภาครัฐมีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องเข้ามาบริหารสถานการณ์ที่ฉุกเฉินเร่งด่วนโดยต้องอาศัยความร่วมมือจากทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการนำเข้ากระจายวัคซีน การกระทำของผู้ถูกร้องที่ 1 ได้รับการมอบหมายจากคณะรัฐมนตรีจากการประชุมเมื่อ 5 พฤษภาคม 2564 และวันที่ 6 กรกฎาคม 2564 ให้ดำเนินการจัดหาวัคซีนเพิ่มเติมรวมถึงทำสัญญาจัดหาวัคซีนทางเลือก จ. กับผู้ถูกร้องที่ 3 มีมติให้ควบคุมราคาการให้บริการการฉีดวัคซีนให้กับประชาชนอย่างสมเหตุสมผล การเข้าร่วมเพื่อกำหนดราคาวัคซีน จ. จึงเป็นการดำเนินการเพื่อควบคุมราคาวัคซีนและการให้บริการที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสมกับประชาชน ตามมติของคณะทำงาน รวมถึงข้อ 4 ของประกาศศูนย์ บ. เรื่องแนวทางการบริหารจัดการวัคซีน ลงวันที่ 8 มิถุนายน 2564 จึงถือเป็นการกระทำของรัฐวิสาหกิจซึ่งดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายและดำเนินการตามมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะในสถานการณ์วิกฤตฉุกเฉินขาดแคลนวัคซีน ถือว่าไม่ถือเป็นการกระทำที่ถือว่าการร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดจำกัด ผูกขาด การแข่งขันทางการค้า ตามมาตรา 54 (1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ถือว่าเข้าข่ายกเว้นตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากรณีสมาคม ค. ร่วมกัน
กำหนดราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณ⁴²**

วันที่ 20 กันยายน 2564 ผู้ร้องได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าสมาคม ค. (ผู้ถูกร้อง) มีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาซื้อและขายทองรูปพรรณซึ่งอาจเข้าลักษณะเป็นการฝ่าฝืนตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 โดยประเด็นในการวินิจฉัยในกรณีนี้ต้องพิจารณาประเด็นอันได้แก่ 1. สมาคมถือว่าเป็นผู้ประกอบการตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และ 2. การกระทำของผู้ถูกร้องมีมูลเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ จากข้อเท็จจริงสมาคม ค. นั้นถือเป็นนิติบุคคลประเภทสมาคม มีสมาชิก 1,000 คนโดยประมาณ มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการ

⁴² "ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคม ค. ร่วมกันกำหนดราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณ," ใน มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า(2565).

ประกอบวิสาหกิจเกี่ยวกับการค้าทองคำ สนับสนุนช่วยเหลือสมาชิกต่างๆ สอดส่องและติดตามความเคลื่อนไหวของตลาดการค้าทองคำทั้งภายในและนอกประเทศ ผู้ถูกร้องจึงไม่ถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 แต่อย่างไรก็ตามรายชื่อสมาชิกของผู้ถูกร้องนั้นมีการดำเนินธุรกิจลักษณะค้าปลีกและค้าส่งทองรูปพรรณและทองคำแท่งเพื่อประโยชน์ทางการค้า ดังเช่นนั้นแล้วสมาชิกของผู้ถูกร้องจึงถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หรือในส่วนของกรการกระทำร่วมกันเพื่อกำหนดราคานั้นมีเพียงการประกาศกำหนดราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณของผู้ถูกร้องเป็นการประกาศราคาแนะนำให้ร้านทองทราบเป็นเท่านั้น ซึ่งร้านทองสามารถกำหนดได้อย่างอิสระและการประกาศนี้ทำเพื่อเป็นข้อมูลอ้างอิงให้หน่วยงานราชการทราบ แต่ไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือมูลที่เพียงพอที่จะรับฟังได้ว่ามีพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ที่ได้มีการร่วมกันกำหนดราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณ

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพบว่า การพิจารณาข้อเท็จจริงและจะถือว่าองค์ประกอบความผิดของการกระทำร่วมกันในการจำกัด การแข่งขันซึ่งถือเป็นความผิดร้ายแรงและต้องห้ามเด็ดขาด ประกอบด้วย 2 องค์ประกอบความผิด ได้แก่

(1) ผู้กระทำผิดกรรมนั้นๆ ต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หากเป็นการกระทำของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายเดียว ถือว่าไม่ครบองค์ประกอบ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

(2) ต้องมีพฤติกรรมร่วมกันในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง อันเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามเด็ดขาดของมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 เช่น การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการ เป็นราคาเดียวหรือตามที่ตกลงกัน หรือรวมถึงการละเว้นการแข่งขัน จึงถือว่าเป็นการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันเพื่อยุติการแข่งขันทางด้านราคา โดยเฉพาะในกลุ่มผู้ขายน้อยราย ผู้ประกอบธุรกิจมีแนวโน้มที่จะพึ่งพาอาศัยกันในการกำหนดราคาและการตัดสินใจต่างๆ รวมถึงยอดขาย หรือยอดการผลิต ซึ่งย่อมทำให้เกิดกับผู้ประกอบธุรกิจที่อาจไม่ได้อยู่ในการกระทำร่วมกันนี้

3.5.2 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561

ในการพิจารณาเกี่ยวกับการการกระทำร่วมกันจะอาศัยการพิจารณาประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ซึ่งได้มีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565 ซึ่งในหมวด 1 บททั่วไป ข้อ 5⁴³ ซึ่งถือเป็นการให้คำอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำร่วมกัน ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตามบัญญัติมาตรา 54 และ 55 ให้พิจารณาลักษณะของการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้

1. ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือ ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด

2. การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบธุรกิจหลายรายร่วมกันที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่างๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก

3. การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะ หรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบธุรกิจว่าได้กระทำร่วมกัน”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประกาศฉบับนี้จะได้ทำการขยายความถึงลักษณะของการการกระทำร่วมกันให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยรวมไปถึงรูปแบบของข้อตกลงต่างๆ เช่น ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือ ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือ การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบธุรกิจหลายรายร่วมกันที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่างๆ แต่ทั้งนี้ย่อมต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงที่ปรากฏชัดในการพิจารณาว่ามีฝ่าฝืนมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ซึ่งจะมีการกล่าวถึงส่วนต่อไป

จากศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันได้แก่พฤติกรรมการกำหนดราคา

⁴³ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561, ข้อ 5

จะอาศัยมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 และประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ โดยพิจารณาผ่านองค์ประกอบ อันได้แก่ ผู้กระทำ และลักษณะของพฤติกรรมความผิดที่เกิดขึ้น โดยในการตีความของวิทยานิพนธ์นี้เห็นว่า คำว่า “การกระทำร่วมกัน (Concerted practices) ” ย่อมหมายความรวมถึงการสมรู้ร่วมคิด (Collusion) การร่วมกัน (Combination) การตกลงร่วมกัน (Agreement) ได้ไม่ว่าในรูปแบบใด โดยพบว่าจะมีการยกเว้นความผิดของการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กัน ทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ การพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ.2561⁴⁴ เท่านั้น ดังนั้นจะมีการอธิบายถึงองค์ประกอบของผู้กระทำและลักษณะของการกระทำต่อไป เพื่อใช้ในการ วิเคราะห์กฎหมายในการกำกับเกี่ยวกับการกระทำร่วมของผู้ประกอบการธุรกิจ

3.5.3 องค์ประกอบของการกระทำร่วมกันเพื่อลด ผู้กษาด และจำกัดการแข่งขัน ตาม มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

3.5.3.1 องค์ประกอบของผู้กระทำ

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติ มาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในการควบคุมการกระทำร่วมกันเพื่อลด ผู้กษาด และจำกัดการแข่งขัน ใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากมาตรา 5 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560⁴⁵ ซึ่งบัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่ายผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร เพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือ ผู้ให้บริการในธุรกิจ” ซึ่งหากผู้กระทำนั้นไม่ได้อยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้นิยามดังกล่าวจะถือว่าไม่มีความผิดตามมาตรา 54 เช่น สมาคม กรณีที่มีสถานะเป็นบริษัทแม่และบริษัทลูก เป็นต้น

⁴⁴ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561, ข้อ 9.

⁴⁵ มาตรา 5 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.

คำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคม ข.ร่วมกันกำหนดราคาสินค้าไข่ไก่⁴⁶

วันที่ 10 มกราคม 2565 ผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่า ผู้ถูกร้อง มีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาซื้อและราคาขายไข่ไก่คละ ซึ่งอาจเข้าลักษณะเป็นการฝ่าฝืน มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยผู้ถูกร้องถือเป็นนิติบุคคล ประเภทสมาคมการค้า ประเด็นในการพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของผู้ถูกร้องถือเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ โดยทั้งผู้ร้องและผู้ถูกร้องนั้นไม่ถือว่าเป็นผู้ประกอบการตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจากผู้ร้องเรียนนั้นเป็นเพียงผู้พบเห็นเหตุการณ์แต่หาใช่คู่ค้าหรือคู่แข่งแต่อย่างใด ในส่วนของผู้ถูกร้องมีการจดทะเบียนเป็นสมาคมการค้า เพื่อสร้างความเข้มแข็งในการจัดจำหน่ายการแข่งขัน และร่วมแก้ไขปัญหาราคาไข่ตกต่ำ แต่อย่างไรก็ตามสมาชิกผู้ถูกร้องยังคงเป็นผู้ประกอบการผลิตไข่ไก่หรือไข่ เป็นต้น ดังนั้นสมาชิกของผู้ถูกร้องจึงเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

จากการศึกษาคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับนิยามของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นถือว่าเป็นส่วนสำคัญอย่างมากในการพิจารณาพฤติกรรมการกระทำของผู้ประกอบการที่มีความผิดอันเป็นการลด จำกัด ผูกขาดการแข่งขันหรือไม่ แต่การนิยามเฉพาะว่าเป็นผู้ประกอบการ อาจจะเห็นได้ว่าอาจยังไม่ชัดเจนในการตีความ การอยู่ในขอบเขตนิยามของมาตรานี้หรือไม่ งานวิจัยนี้ได้มีการตั้งคำถามถึงการนำปัญญาประดิษฐ์มาปรับใช้ของผู้ประกอบการ พฤติกรรมที่มนุษย์นั้นถือว่าอยู่ในบทบาทผู้สั่งการถือว่าอยู่ในขอบเขตนิยามผู้ประกอบการด้วยหรือไม่ หากพิจารณาองค์ประกอบของผู้กระทำในกรณีอัลกอริทึมที่นั้นเรียนรู้ได้ด้วยตนเอง ซึ่งจะกล่าวถึงในส่วนถัดไป โดยมาตรา 5 นี้ อาจมีข้อกังวลว่าจะสามารถครอบคลุมถึงนิยามถึงการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึมได้หรือไม่

3.5.3.2 องค์ประกอบของการกระทำร่วมกัน

นิยามของการกระทำของร่วมกันนั้นไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หากไม่ปรากฏนิยามของการกระทำร่วมกันนั้นแสดงให้เห็นถึงปัญหาของการตีความว่ามีการกระทำร่วมกันเกิดขึ้นหรือไม่ จึงควรศึกษากฎหมายต่างประเทศ

⁴⁶ "ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคม ข.ร่วมกันกำหนดราคาสินค้าไข่ไก่," ใน มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (2565).

เพื่อศึกษาหาแนวทางในการพิจารณา หากพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันใน ตลาดเดียวกัน กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันใน ตลาดนั้นในลักษณะ หนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ

(2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน

(3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับ การประมูลหรือ ประกวตราราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อบังคับให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูล หรือประกวตราราคาสินค้า หรือบริการ

(4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลด การจำหน่าย หรือซื้อสินค้า หรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบธุรกิจ แต่ละรายจะจำหน่ายหรือ ซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบ”

ซึ่งในการพิจารณาเกี่ยวกับองค์ประกอบของ “การกระทำร่วมกัน” อันเป็น การลด ผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขัน ต้องพิจารณาร่วมกับ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทาง การค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็น เป็น การผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 เพื่อขยายให้เห็นถึงลักษณะ ของการกระทำใดของผู้ประกอบธุรกิจ ที่ถือว่าการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ซึ่งกำหนดไว้ว่า

1. ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำ เป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือ ระหว่างผู้ประกอบ ธุรกิจ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด

2. การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายรวมกันที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่างๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก

3. การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะ หรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบการว่าได้กระทำร่วมกัน

จากการศึกษาพบว่า คำว่า “การกระทำใดๆ” และ “การร่วมกันกระทำ” ยังคงมีช่องว่างในการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการในการนำอัลกอริทึมนั้นมาใช้ในทางที่ผิดด้วยความไม่ซัดจั้งหรืออาจมีเจตนาธรรม์ที่อยากตีความให้กว้าง ให้หมายความรวมถึงข้อตกลงการกระทำร่วมกัน การตัดสินใจร่วมกัน พฤติกรรมบางอย่างอาจทำให้เกิดความคลุมเครือในนิยามแนวทางการพิจารณา โดยเฉพาะการกระทำโดยปราศจากพยานหลักฐาน และอาจมีพฤติการณ์อันนำมาซึ่งความสงสัยในการวินิจฉัยของศาล เพราะกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเองก็ไม่ได้กำหนดไว้

หากต้องการตีความให้กว้างเพื่อที่จะอาศัยเจตนาธรรม์ เนื่องด้วยระบบกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่ได้อิงตามคำพิพากษาดังเช่นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงอาจต้องอาศัยการตีความใหม่ในทุกครั้งในการเกิดพฤติการณ์ที่เห็นได้ว่ามี “การกระทำ” หรือ “ร่วมกันกระทำ” หากไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน หากมิได้กำหนดย่อมนำมาซึ่งปัญหาในการตีความได้ถึงพฤติการณ์ที่แสดงถึงการกระทำร่วมกัน เช่น พฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาหรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ รวมไปถึงหลักฐานที่จะชี้ชัดถึงพฤติกรรมการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ

3.5.4 ลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ

3.5.4.1 รูปแบบลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ

ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดเกี่ยวกับข้อห้ามในการกระทำร่วมกันในลักษณะแนวนราบ (Horizontal Agreement) และกระทำร่วมกันเชื่อมโยงในลักษณะแนวตั้ง (Vertical Agreement) ที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นการกีดกัน จำกัดหรือทำลายการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ รวมถึงลักษณะการดำเนินธุรกิจ เช่น การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา (Pricing fixing) การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาด เป็นต้น

ก. ลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวราบ (Horizontal Agreement)

การกระทำตกลงร่วมกันในลักษณะแนวราบ เป็นการตกลงหรือกระทำร่วมกันระหว่างคู่แข่งที่อยู่ในระดับเดียวกัน เช่น การตกลงกันระหว่างผู้ผลิตกับผู้ผลิต ผู้จัดจำหน่ายกับผู้จัดจำหน่าย เป็นต้น⁴⁷ ข้อตกลงในแนวราบที่มีมุ่งหมายเพื่อการป้องกันการเข้ามาของรายอื่นๆ และเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด การบิดเบือน หรือการจำกัดการแข่งขันซึ่งถือเป็นการละเมิดโดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น การตกลงเข้าทำสัญญาวิจัย สัญญาจ้างผลิต ซึ่งบางกิจการอาจต้องการขยายตัวให้เติบโตด้วยการซื้อกิจการของธุรกิจอื่นที่มีความเกี่ยวข้อง กับธุรกิจของตน โดยการรวมหรือการกระทำร่วมกันในแนวราบมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มส่วนครองตลาด (Market Share) เพื่อเพิ่มรายได้ (Increase Revenues) การรวมตัวกันมีผลทำให้การดำเนินการหลายอย่างมีความยืดหยุ่นและคล่องตัวสูง ซึ่งหากเป็นการกระทำร่วมกันเพื่อหวังให้ความยืดหยุ่นและคล่องตัวสูง แม้จะเป็นการเสริมประโยชน์ให้กับธุรกิจ เพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินการของตลาด แต่หากการร่วมกันนี้เป็นการจำกัด ผูกขาด การแข่งขันในตลาด การกระทำร่วมกันนั้นนี้อาจสร้างความไม่เป็นธรรมและจำกัดเสรีภาพในการค้าต้องมีการพิจารณาถึงผลกระทบของคู่แข่งทางการค้าทำการตกลงร่วมกัน ดังนั้นสิ่งที่ต้องพิจารณา คือ ผลกระทบต่อตลาดเป็นสิ่งสำคัญ ว่ามีการบิดเบือน หรือสร้างไม่เป็นธรรมหรือไม่ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ข. ลักษณะการกระทำร่วมกันเชื่อมโยงในลักษณะแนวตั้ง (Vertical Agreement)

เป็นระบบความสัมพันธ์ที่มีความเชื่อมโยงในแนวตั้ง จากระดับบนสู่ระดับล่าง หรือระดับล่างขึ้นสู่ระดับบน ลักษณะเป็นลำดับชั้นโดยประกอบไปด้วย ผู้ผลิต ผู้ค้าส่ง เจ้าของวัตถุดิบ หรือ ผู้ค้าปลีก โดยมีความสัมพันธ์ร่วมกันในการผลิตเป็นลำดับชั้นต่างมีวัตถุประสงค์และต่างวิธิตัดในการดำเนินการและแต่ละลำดับชั้นนั้นต่างต้องการผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน โดยพยายามประสานให้การดำเนินงานอยู่ภายในทิศทางเดียวกัน เริ่มจากลำดับสูงซึ่งจะเป็นหัวเรือใหญ่ควบคุมให้อยู่ในกติกาและความร่วมมือซึ่งกันและกัน ซึ่งผู้ควบคุมทิศทางอาจจะเป็นตำแหน่งไหนก็ได้ในลำดับชั้น โดยอาจจะมีการกระทำร่วมกันเพื่อลดกระบวนการที่ซ้ำซ้อน เพื่อสร้างความแข็งแกร่งให้แต่ละฝ่าย หากกระทำร่วมกันในแนวตั้งเมื่อผู้ผลิตรายหนึ่งกระทำร่วมกันเพื่อเพิ่มความคล่องตัวและไร้อุปสรรคของการดำเนินธุรกิจ อาจจะเป็นการได้ประโยชน์ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง เช่นกันหากการร่วมกันนี้เป็นการจำกัด ผูกขาดการแข่งขันในตลาด การกระทำร่วมกันนั้นนี้อาจสร้างความไม่เป็นธรรมและจำกัดเสรีภาพในการค้า เช่น กรณีของผู้ผลิตรถยนต์ฮอนด้า

⁴⁷ ธนิตกุล, ศ., กฎหมายการค้าแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน. หน้า 55-60.

ตกลงจำหน่ายรถยนต์ให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรถยนต์โดยมีที่ผู้จัดจำหน่ายจะต้องไม่จำหน่ายรถยนต์ของผู้อื่นแต่อย่างใด⁴⁸ ซึ่งอาจมาในรูปแบบของ สัญญากำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance agreement) อาจตกลงกันเพื่อกำหนดราคาขายสินค้า หรือสัญญาจัดจำหน่ายเลือกสรร (Selective distribution system agreement) เป็นการตกลงร่วมกันจัดจำหน่ายเฉพาะสินค้าบางประเภทในร้านค้าแห่งหนึ่ง สัญญาส่วนแบ่งตลาด (Market partitioning agreement) การแบ่งส่วนทางตลาด

อย่างไรก็ตามการตกลงร่วมในความสัมพันธ์เชื่อมโยงในแนวตั้งจะไม่ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า เว้นแต่มีบทบัญญัติเฉพาะของสมาคม หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในบางประเทศได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการตกลงร่วมในความสัมพันธ์เชื่อมโยงในแนวตั้ง เป็นการจำกัดการแข่งขัน

3.5.4.2 วิธีพิจารณาการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่ถือว่าเป็นการกระทำร่วมกันแบบร้ายแรง และไม่ร้ายแรงของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

แม้จะมีการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจเกิดขึ้นในระบบตลาด แต่การกระทำร่วมกันในบางพฤติกรรมอาจนำมาซึ่งผลประโยชน์ หรือสร้างความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจหรือระบบตลาด จึงต้องมีแนวทางในการพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ได้มีกำหนดพิจารณาถึงผลกระทบของความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยจะต้องพิสูจน์ให้ชัดแจ้งว่า การกระทำแบบใดที่ถือสร้างความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจมากหรือน้อยเพียงใด หากอาศัยการพิจารณาตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ได้มีการกำหนดแนวทางของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า นั้นจะส่งผลให้เกิดผลกระทบความเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเป็นสำคัญ และอาศัยความสูญเสียในทางเศรษฐกิจ (Economic Loss) ในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น การสูญเสียมูลค่าตลาด (Market value)⁴⁹ ซึ่งควรที่จะนำมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจ 2 ประเภท ได้แก่ การกระทำร่วมกันแบบร้ายแรง และการกระทำร่วมกันแบบไม่ร้ายแรง

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

⁴⁹ ญัตติฉบับที่ ๒๒ พ.ร.บ. ๒๕๖๐, "การตีความบทบัญญัติมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ศึกษากรณีหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความเสียหาย."

ก. หลักการที่ใช้พิจารณาการกระทำร่วมกัน⁵⁰

1. พิจารณาจากข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด

2. มีการตัดสินใจของสมาคม หรือผู้ประกอบการหลายรายที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่างๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก เป็นต้น

3. มีการกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบการธุรกิจว่าได้กระทำการร่วมกัน

การกระทำร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันนั้นถือว่ามีความร้ายแรงอันได้แก่พฤติกรรมในการกำหนดราคา การจำกัดปริมาณผลผลิต การแบ่งเขตตลาด การฮั้วประมูล อีกทั้งการกระทำร้ายแรงนั้นยังได้มีการบัญญัติไว้เพิ่มเติมในรูปแบบของประกาศโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

แนวทางการพิจารณาการกระทำที่เป็นการลดการแข่งขัน

โดยพิจารณาถึงการแข่งขันที่ลดลงในตลาด เช่น จำนวนคู่แข่งในตลาดลดลง จำนวนสินค้า หรือบริการในตลาด ที่แข่งขันกันลดลง ทั้งนี้ให้พิจารณาเฉพาะกรณีผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละสิบขึ้นไป

แนวทางการพิจารณาการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน

โดยพิจารณาจากการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน ให้พิจารณาถึงการแข่งขันที่ถูกจำกัดในตลาดใดตลาดหนึ่ง ตัวอย่างเช่น คู่แข่งขันในตลาดรายหนึ่งถูกจำกัดสิทธิหรือโอกาสในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการในตลาด หรือถูกจำกัดสิทธิหรือโอกาสในการดำเนินการ

⁵⁰ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า, "วิธีพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการตกลงร่วมกันแบบร้ายแรง และไม่ร้ายแรง [ออนไลน์], " [Online] Accessed: 8 มีนาคม. Available from: https://www.tcct.or.th/view/1/Section_54_and_Section_55_mutual_agreement_monopoly_reduction_and_limitation_of_competition/TH-TH/

เพื่อแข่งขันในตลาด ทั้งนี้ให้พิจารณาเฉพาะกรณีผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละ สิบขึ้นไป

ซึ่งการวางแผนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจะนำไปสู่การพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ รวมถึงกรณีการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึม จะมีการวิเคราะห์ในบทที่ 5 มีความเหมาะสมหรือครอบคลุมการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมนี้ อยู่ในขอบเขตหรือไม่ สิ่งที่ต้องคำนึงถึงของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นได้แก่ ผลกระทบ ต่อผู้บริโภคและระบบเศรษฐกิจ ความสูญเสียทางในทางเศรษฐกิจ ซึ่งถือเป็นการทำลายระบบการ เศรษฐกิจและการแข่งขันเสรี และเป็นการฝ่าฝืนต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งผลกระทบต่อผู้บริโภคจะเสียผลประโยชน์ได้ในหลายลักษณะนั้นจะกล่าวถึงในส่วนถัดไป

3.5.5 มาตรการทางกฎหมายกรณีกระทำร่วมกันอันเป็นการลด จำกัด และผูกขาด การแข่งขัน

ตลาดที่มีการผูกขาดทางการค้าหรือการกระทำใดๆ ทำให้เกิดการค้าที่ไม่เป็นธรรม ระบบเศรษฐกิจนั้นไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างเสรี จะทำให้มีผลกระทบต่อกลไกตลาดอย่างรุนแรง มาก ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อกลไกตลาดจะไม่ทำงาน หรือตลาดล้มเหลว (Market failure) จะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ ดังนั้นจึงควรมีมาตรการในการบังคับใช้กฎหมาย ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หากมีผู้ใดเป็นการกระทำร่วมกันการกระทำ อันฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 54 (1) มีบทบัญญัติกำหนดโทษไว้ 3 ทาง ได้แก่การดำเนินคดีในทางแพ่ง การดำเนินคดีอาญา และการดำเนินคดีทางปกครอง⁵¹

3.5.5.1 การดำเนินคดีทางแพ่ง

ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติ ตามมาตรา 54 (1) อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 50 มาตรา 51 วรรคสอง มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 57 หรือมาตรา 58 มีสิทธิฟ้องร้องเป็นคดีแพ่ง โดยยื่นฟ้องที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศได้ด้วยตนเองเพื่อเรียกค่าเสียหาย จากผู้กระทำการฝ่าฝืนได้ตามบทบัญญัติมาตรา 69 วรรคแรก ของพระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ.2560

หรือในกรณีผู้เสียหายร้องเรียนไปยังสำนักคณะกรรมการการแข่งขันทาง การค้า มีผู้ประกอบการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือมูลนิธิ

⁵¹ วิสุทธิศักดิ์, พ., กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. หน้า 109.

ที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรองตามกฎหมายว่าด้วยคุ้มครองผู้บริโภค มีสิทธิฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภคหรือสมาชิกของสมาคม หรือมูลนิธิได้ ตามมาตรา 69 วรรคสอง โดยการใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายนั้นจะต้องดำเนินการ ในกำหนดหนึ่งปี นับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้หรือควรจะได้รู้ถึงเหตุดังกล่าว มิเช่นนั้นสิทธิในการฟ้องคดีย่อมระงับไป

3.5.5.2 การดำเนินคดีทางอาญา

กรณีฝ่าฝืนการกระทำร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อร้ายแรง ตามมาตรา 54 จะได้รับบทลงโทษทางอาญา โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 10% ของรายได้ ในปีที่เกิดความผิด หรือทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นกรณีที่เกิดความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

เป็นการใช้กฎหมายโดยรัฐเริ่มต้นเมื่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้รับเรื่องร้องเรียนจากผู้เสียหายแล้ว มีหน้าที่พิจารณาเรื่องร้องเรียนและสอบสวน การกระทำ ความผิดเพื่อหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิด

อีกทั้งในการนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจแต่งตั้ง คณะอนุกรรมการสอบสวนขึ้น ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะเป็นผู้ชี้ขาดว่าจะมีคำสั่งฟ้อง หรือสั่งไม่ฟ้อง ในขณะเดียวกัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า อาจมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระงับ หรือหยุดการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติได้ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

3.5.5.3 การดำเนินคดีทางปกครอง

หากผู้ประกอบธุรกิจกระทำร่วมกันอันเป็นลักษณะการกระทำตามมาตรา 54 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ ต้องชำระค่าปรับ ทางปกครองในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่เกิดความผิด ในกรณีที่เป็นการกระทำผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ ให้ชำระค่าปรับทางปกครองใน อัตราไม่เกินหนึ่งล้านบาท ตามมาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

3.6 ผลกระทบของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจต่อผู้บริโภค

การกระทำร่วมกันตามมาตรา 54 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ถือเป็นบทบัญญัติข้อห้ามในการลด จำกัด และผูกขาดการแข่งขัน เช่น การกำหนดราคาหรือการสร้างเกณฑ์ราคาไปในทิศทางเดียวกัน เป็นต้น รวมไปถึงการกระทำใดๆที่สร้างความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค เพราะผู้บริโภคต้องแบกรับภาระในข้อตกลงหรือการกระทำที่ได้มีการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่ได้ทำการเกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งโดยปกติแล้วผู้บริโภคควรที่จะเลือกซื้อสินค้าและบริการได้ด้วยตนเอง หรือการบริการที่ตนพอใจ ซึ่งสอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา⁵²

การกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึม ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือปราศจากพยานหลักฐาน ถือเป็นกรกระทำที่ขัดต่อหลักของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 เนื่องด้วยพฤติกรรมการกระทำร่วมกันดังกล่าว เป็นพฤติกรรมที่ทำให้ไม่มีการแข่งขันโดยตรง⁵³

ผลการวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคมฯ ร่วมกันกำหนดปรับขึ้นราคาค่าขนส่ง⁵⁴

ผู้ร้องเป็นพบบเห็นการกระทำว่าผู้ถูกร้องมีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาค่าขนส่งสินค้า โดยปรากฏตามข้อร้องเรียนให้ผู้ถูกร้อง (ประธานสมาคม) เป็นนิติบุคคลประเภทสมาคม ผู้ถูกร้องเรียนได้มีการแถลงข่าวต่อสื่อมวลชนเกี่ยวกับการเรียกร้องให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องรับผิดชอบต่อค่าขนส่งสินค้า โดยผู้ถูกร้องและสมาชิกชี้แจงว่าไม่เคยจัดประชุมการกำหนดราคาค่าขนส่งสินค้าและไม่มีหลักเกณฑ์หรือปัจจัยในการกำหนดราคาค่าขนส่งสินค้า รวมทั้งไม่มีการออกประกาศกำหนดราคาค่าขนส่งสินค้าในที่ประชุม การกำหนดราคาค่าขนส่งสินค้าเป็นข้อตกลงระหว่างสมาชิกและคู่ค้า เนื่องจากการกำหนดราคานี้เป็นสัญญาระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง ผู้ถูกร้องและสมาชิกของผู้ถูกร้องยอมรับว่าได้มีการได้ให้ข่าวต่อสื่อมวลชนว่าจะปรับขึ้นราคาค่าขนส่งสินค้า หากรัฐบาลยกเลิกการตรึงราคาเพื่อต้องการกดดันให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องออกมารับผิดชอบหรือบรรเทาความเดือดร้อนจากการปรับขึ้นของราคาน้ำมันดีเซล เพราะการขึ้นราคาของน้ำมันดีเซลมีปรับขึ้นราคานี้ทำให้ต้นทุนราคาค่าขนส่งสินค้าเพิ่มขึ้นและจากการตรวจสอบพฤติกรรมต่างๆผู้ร้องพบว่าภายหลังจากการที่ผู้ถูกร้องได้

⁵² Authority, C. M., "Algorithms: How They Can Reduce Competition and Harm Consumers." p.10.

⁵³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551). หน้า 141.

⁵⁴ "ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคมฯ ร่วมกันกำหนดปรับขึ้นราคาค่าขนส่ง," ใน มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า(2565).

ให้สัมภาษณ์กับสื่อมวลชนไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่าผู้ถูกร้องและสมาชิกของผู้ถูกร้องได้จัดประชุม เพื่อตกลงราคาค่าขนส่งสินค้าร่วมกันหรือพฤติกรรมร่วมกันปรับขึ้นราคาค่าขนส่งสินค้า ตามที่เป็นข่าว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงเห็นสมควรที่จะยุติเรื่อง

จากกรณีดังกล่าวเมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏพยานหลักฐานเพียงพอทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการยุติเรื่องเพราะไม่พบมูลที่ชี้ให้เห็นถึงพฤติกรรมที่อาจเข้าข่าย เป็นการร่วมกันกำหนดราคาค่าขนส่งสินค้าอันอาจเข้าลักษณะเป็นการต้องห้าม จึงแสดงให้เห็นถึงปัญหาของการตีความบทบัญญัติเมื่อบางพฤติกรรมนั้นอาจมีความแยบยล หรือแนบเนียนจนไม่มีพยานหลักฐานก็ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ปรากฏพยานหลักฐานและจะยุติเรื่องในที่สุด ถือเป็นปัญหาของบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การกระทำร่วมกันโดยการกำหนดราคาเป็นการทำให้ผู้บริโภคนั้นต้องรับภาระในราคาที่สูงขึ้นจากการกระทำที่ผู้ประกอบการต่างเห็นพ้องว่าควรที่จะขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ หรือปรับราคาสินค้าให้ไปในทิศทางเดียวกัน ไม่ว่าจะด้วยการกระทำโดยชัดแจ้ง หรือการกระทำด้วยปราศจากหลักฐานด้วยวิธีใด ๆ อย่างแยบยล หากมีพฤติการณ์เกิดขึ้นผู้ประกอบการไม่สามารถอ้างได้ว่าการกระทำร่วมกันที่สามารถตกลงราคากันได้นั้นเป็นการตกลงโดยไม่สมัครใจนั้นจากการกำหนดร่วมกันนี้ เพราะในมาตรานี้ได้มีวิธีการตีความกฎหมายปิดปากว่า หากเพียงมีพฤติการณ์เกิดขึ้นถือเป็นการต่อต้านกฎหมายแข่งขันทางการค้า ดังนั้นราคาที่กำหนดต้องมีความยุติธรรมบนพื้นฐานของการแข่งขันเสรี เนื่องจากระบบตลาดต่างให้ความสำคัญกับราคา ราคาสามารถที่จะกำหนดทิศทางแนวโน้ม หรือผลประโยชน์ต่างๆ การแข่งขันทางการค้าถือว่าเป็นเรื่องปกติ การปล่อยให้มีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการแล้วกลไกตลาดจะช่วยให้ราคาสินค้าอยู่ในระดับที่เหมาะสมกับปริมาณความต้องการของผู้บริโภค⁵⁵ นโยบายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงต้องมีการควบคุมผู้ประกอบการ โดยเฉพาะกลุ่มผู้ขายน้อยรายเป็นสิ่งสำคัญ

3.7 บทสรุป

การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นอาศัยองค์ประกอบได้แก่ ผู้กระทำ และการกระทำร่วมกัน โดยอาศัยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 และ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ อันเป็นเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5 ในการพิจารณาเกี่ยวกับพฤติกรรมของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการว่าการกระทำนั้นฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือไม่ รวมถึงการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม อันได้แก่ การกระทำร่วมกัน

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

โดยใช้อัลกอริทึมแบบชัดเจน แบบการประสานราคาไปยังพันธมิตร แบบโดยปริยาย รวมไปถึงการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึมก็ต้องใช้องค์ประกอบภายใต้มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณา

จากการศึกษาพบว่า การกระทำร่วมกันต้องมีการพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อระบบเศรษฐกิจหรือระบบตลาดของการกระทำนั้นๆ ด้วยแนวทางการพิจารณาแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งในบางการกระทำอาจไม่สอดคล้องกับบริบททางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจึงต้องมีการนำไปสู่การศึกษาของกฎหมายต่างประเทศถึงแนวทางการควบคุม หรือกรณีตัวอย่างต่อไป



บทที่ 4

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ในกรณีกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมในต่างประเทศ

บทบัญญัติ มาตรการ หรือแนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศมีการบังคับใช้กันอย่างแพร่หลายเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการกระทำของผู้ประกอบกิจการที่ส่งผลกระทบต่อทางเศรษฐกิจในรูปแบบใดๆ หรือการผูกขาดตลาด ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่ละประเทศนั้นย่อมมีความแตกต่างกันตามสภาพบริบททางสังคม เศรษฐกิจ ของประเทศนั้นๆล้วนมีพัฒนาการและการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้เท่าทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมการแข่งขันในตลาดของประเทศนั้นๆ จากการศึกษาในบางประเทศได้ให้ความสำคัญอย่างมากกับการแข่งขันที่เสรีและความเป็นธรรมในตลาด จึงได้กำหนดอำนาจแก่ผู้อำนวยการสำนักงานการแข่งขันทางการค้า ให้มีสถานะเทียบเท่ากับรัฐมนตรีไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและในการประชุมของการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรีทางผู้อำนวยการฯ จะต้องแสดงความคิดเห็นอย่างเป็นทางการต่อกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ รวมถึงเสนอนโยบาย หรือวิจารณ์นโยบายต่างๆที่มีความเกี่ยวข้องว่าจะมีข้อดีหรือข้อเสียต่อการแข่งขันในตลาดอย่างไร

กฎหมายการแข่งขันทางการค้า มีการริเริ่มพัฒนาและปรับใช้กันมาอย่างยาวนานและต่อเนื่องจนถึงปัจจุบันซึ่งอาจจะสามารถอิงจากข้อมูลทางประวัติศาสตร์กฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ (English Common Law) คำพิพากษาของศาลได้วางหลักเกี่ยวกับหลักการว่าด้วยการห้ามจำกัดการค้า (Prohibition to Restraint of trade) ไว้ในคดี Dyer's case¹ ดังที่ผู้เขียนกล่าวไปในบทที่ 3 ดังนั้นแล้วบทบัญญัติ มาตรการ หรือแนวทางการปฏิบัติของการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศต้องสนับสนุนให้มีเกิดการแข่งขันอย่างเสรี ตามเจตนารมณ์เดิมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และจะต้องก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภค พฤติกรรมการกระทำร่วมกันเพื่อกำหนดราคาร่วมกันหรือจำกัดการแข่งขัน ถือเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในตลาดและถือเป็นความผิดร้ายแรงของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จากที่กล่าวไปด้วยยุคสมัย ที่เปลี่ยนแปลงไป เทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในการดำเนินธุรกิจ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเข้ามามีส่วนร่วม ในการดำเนินธุรกิจรวมถึงกรณีการกำหนดราคาสินค้าและบริการ ซึ่งอาจนำไปสู่

¹ Letwin, W. L. (1954). The English common law concerning monopolies. *The University of Chicago Law Review*, 21(3), 355-385.

พฤติกรรมต่อต้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าเช่นกัน โดยเฉพาะการกระทำร่วมกันโดยไม่เปิดเผย และปราศจากหลักฐานกล่าวคือ มีการกระทำร่วมกันอย่างแยบยลที่จะส่งผลกระทบต่อการค้าอย่าง เสรีหรือความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์กระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในการกำหนดราคา หรือจำกัดการแข่งขันโดยอาศัยอัลกอริทึม ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ เช่น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เป็นต้น ซึ่งเป็นต้นแบบ ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศ รวมถึงเป็นต้นแบบกฎหมายของประเทศไทย เพื่อที่จะสามารถนำมาเปรียบเทียบและเป็นแนวทางในการพิจารณาการกระทำร่วมกันโดยอาศัย อัลกอริทึม อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมและมี ประสิทธิภาพในบังคับใช้

4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

4.1.1 พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่สองของโลก รองจากประเทศแคนาดาที่ได้ตรา กฎหมายป้องกันการแข่งทางการค้าและการผูกขาดโดยในปี ค.ศ. 1889² โดยประเทศแคนาดาได้ออก พระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและห้ามการร่วมกันจำกัดการค้า (The Prevention and Suppression of Combinations in Restraint of Trade) ซึ่งได้มีการออกกฎหมายป้องกันการ ผูกขาด ในปี ค.ศ. 1890 และมีผลใช้บังคับปี ค.ศ. 1891 โดยพฤติกรรมที่กฎหมายการแข่งขัน ทางการค้าห้ามกระทำ มี 2 ประการ ได้แก่ การร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (Cartel) และการผูกขาด หรือพยายามผูกขาด (Monopolization or attempt to monopolize) โดยกำหนดให้การกระทำ ที่ได้กล่าวไปทั้งสองพฤติกรรมถือเป็นการกระทำความผิดอาญา ซึ่งจัดให้มีคณะลูกขุนคณะใหญ่ (Grand jury) เพื่อพิจารณาปัญหา³

จากการศึกษาในปีค.ศ. 1830 (พ.ศ.2377) ประเทศสหรัฐอเมริกา เกิดรูปแบบของ การดำเนินธุรกิจรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงและผลกระทบต่อเศรษฐกิจต่อประเทศ สหรัฐอเมริกา คือ “ทรัสต์ (Trust)” โดย ทรัสต์⁴ ถือเป็นองค์กรทางธุรกิจที่เกิดจากการที่ภาคธุรกิจ

² วิสุทธิศักดิ์, พ., กฎหมายการแข่งขันทางการค้า.

³ William R. Anderson and Paul C. Roger III, "Antitrust Law: Policy and Practice " (1992).

⁴ ทรัสต์ คือ กลุ่มคณะบุคคล มีอำนาจในการบริหารโดยสมบูรณ์ โดยทรัสต์ สามารถได้รับการโอนหุ้นและมีสิทธิในการออกเสียง โดยจะสามารถเข้าครอบงำกิจการและอยู่ภายใต้การบริหารงานของทรัสต์แต่เพียงผู้เดียว

กลุ่มบริษัทต่างๆ ตกลงร่วมกันให้มีศูนย์รวมอำนาจการบริหารระหว่างสมาชิกที่ตกลงร่วมกันและการจัดการธุรกิจเป็นหนึ่งเดียวกัน โดยมีการมอบอำนาจให้แก่ “ทรัสต์ (Trustee)” ซึ่งถืออำนาจทางเศรษฐกิจอย่างมาก ซึ่งได้มีบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มีชื่อโดยรวมว่า “แอนติทรัสต์ ลอว์ (Antitrust Law)⁵ ด้วยรูปแบบการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา แบ่งการปกครองเป็นมลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐสามารถที่จะบังคับกฎหมายแตกต่างกันได้ มีการบัญญัติกฎหมายของตนเอง และไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายข้ามมลรัฐได้ ก่อให้เกิดปัญหาให้การบังคับใช้กฎหมายอย่างมาก เช่นกรณีตัวอย่าง พลเมืองสหรัฐอเมริกานั้นไม่พอใจในราคาสินค้าอุปโภค บริโภค เช่น น้ำตาล ข้าวสาร การก่อตั้งทรัสต์นั้นส่งผลให้สินค้านั้นมีราคาสูง การจัดตั้งทรัสต์มีการจัดตั้งอยู่ในหลายมลรัฐ ประชาชนจึงต้องเรียกร้องให้รัฐบาลกลางเป็นผู้ออกกฎหมายเพื่อลดการผูกขาดในสินค้า⁶ จนในที่สุด เซเนเตอร์ จอห์น เซอร์แมน (Senator John Sherman) วุฒิสมาชิก ได้เสนอร่างกฎหมายจำกัดการรวมกลุ่มทางการค้าและการผูกขาด ได้มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการ ในปีค.ศ.1890 (พ.ศ.2433) ชื่อว่า “The Sherman Act”⁷

The Sherman Act หรือกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ถือเป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับที่สองต่อจากประเทศแคนาดา ซึ่งมีวัตถุประสงค์ห้ามการผูกขาดทางการค้าและจำกัดการค้าอย่างเสรี เป็นพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามเด็ดขาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการผูกขาดของผู้ประกอบธุรกิจส่งผลเสียต่อระบบตลาดการค้าเสรีของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งนำมาบังคับใช้ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19⁸

ประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับการผูกขาดทางธุรกิจอย่างมาก เนื่องจากการผูกขาดนั้นจะส่งผลกระทบต่อการค้าเงินไปทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีหน่วยงานกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา (US Department of Justice หรือ “DOJ”) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “DOJ”) เป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบทางการบังคับใช้ในทางอาญา ทั้งนี้ DOJ และ คณะกรรมการว่าด้วย

⁵ สุธีร์ ศุภนิติย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564).

⁶ กมลวรรณ จิรวินิชฎ์, "การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา," กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสังคมไทย (2557). หน้า 5.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

การค้าแห่งสหพันธรัฐ (US Federal Trade Commission หรือ “FTC”) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “FTC”) เป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบทางการบังคับใช้ในทางแพ่ง⁹

ซึ่งในช่วงปลายศตวรรษที่ 1940 (พ.ศ.2483) และ 1950 (พ.ศ.2493) มีการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากมีการเจริญเติบโตของบริษัทสัญชาติอเมริกันพลเมืองสหรัฐฯ มองว่าเป็นการถูกคุกคามที่เกิดขึ้นต่อสวัสดิภาพทางสังคม (Public welfare) เจ้าหน้าที่ต่อต้านการผูกขาดจึงได้เริ่มการฟ้องร้องทางอาญาในช่วงเวลาดังกล่าว

DOJ และ FTC ได้ร่วมกันออกแนวปฏิบัติในการบังคับใช้กับกฎหมาย เกี่ยวกับพฤติกรรม การผูกขาดโดยภาครัฐ (The Antitrust Guideline for Collaborations Among Competitors, Guideline) เริ่มขึ้นในปีค.ศ.2000 (พ.ศ.2543) ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสร้างความมั่นใจแก่ผู้ประกอบการว่า ภาครัฐกำหนดกฎเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมการกระทำร่วมกันในทางธุรกิจว่าขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แม้ว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวอาจจะไม่สามารถตอบปัญหาได้ในทุกกรณี เป็นพฤติกรรมที่ภาครัฐบังคับใช้กับกฎหมายอย่างเข้มงวดเป็นพิเศษ¹⁰

อีกทั้ง DOJ และ FTC ยังได้กำหนดกรณีความร่วมมือผู้ประกอบการที่ถือว่า มีสถานะเป็นคู่แข่งทางการค้าซึ่งกันและกัน หากมีการการกระทำร่วมกันในลักษณะดังต่อไปนี้ จะไม่ถือเป็นการต่อต้านกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยเรียกข้อยกเว้นนี้ว่า “Safe Zone”

ประกอบไปด้วย 2 กรณี ได้แก่

- 1.ความร่วมมือของผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งในการทางการค้า เมื่อได้คำนวณส่วนแบ่งทางตลาดแล้วรวมกันไม่เกินร้อยละ 20 ของตลาดที่เกี่ยวข้อง
- 2.ความร่วมมือของผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกันในการการค้า พัฒนานวัตกรรมใหม่ๆ หากในตลาดนั้นยังคงมีคู่แข่งเกี่ยวกับนวัตกรรมนั้นๆ ตั้งแต่ 3 รายขึ้นไป

อย่างไรก็ตามหลักการยกเว้นการกระทำผิดต่อต้านกฎหมายแข่งขันทางการค้า ไม่อาจจะบังคับใช้กับกรณีที่เป็นความร่วมมือตกอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบในตัวเอง (per se) ซึ่งจะกล่าวในลำดับถัดไป หรือกรณีของการควมรวมกิจการจะไม่อยู่ภายใต้ Safe zone นี้¹¹

⁹ US Federal Trade Commission หรือ FTC ส่วนหนึ่งของโครงการริเริ่มของประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช ที่จะคลายความไว้วางใจทางธุรกิจแบบผูกขาด ปกป้องผู้บริโภคจากการดำเนินธุรกิจที่หลอกลวงและหลอกลวงและเพื่อจัดและป้องกันการดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมหรือต่อต้านการแข่งขัน

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

ประเทศสหรัฐอเมริกา ผ่านวิกฤตในการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด เนื่องจากในบางยุคภายใต้การกำกับดูแลของประธานาธิบดีบางท่านเกิดการผูกขาดส่งผลให้ตลาดได้รับผลกระทบ เช่น ในช่วงสมัยโรนัลด์ เรแกน (Ronald Ragan) มีการเปลี่ยนแปลงการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดโดยการดำเนินการลดงบประมาณของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดยังคงลดลงอย่างต่อเนื่องตลอดการบริหารของรัฐบาลเรแกน รวมถึงการบริหารงานของช่วงสมัยของจอร์จ ดับเบิลยู บุช (George W. Bush)

จนมาถึงในสมัยการทำงานของประธานาธิบดีบิล คลินตัน (Bill Clinton) ซึ่งเป็นผู้ร้องเรียนเรื่องการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่ถูกมาบังคับใช้น้อยลงกว่ายุคก่อน ในสมัยนั้นได้มีการเริ่มหันกลับมาดำเนินการฟ้องร้องอีกครั้ง โดยให้คำมั่นว่าจะมีการบังคับใช้อย่างจริงจัง จนกระทั่งถึงยุคการล่มสลายของเศรษฐกิจโลกช่วงปลายปีค.ศ. 2008 (พ.ศ.2551) การเลือกตั้งในสมัยของประธานาธิบดีบารัค โอบามา ทำให้การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดเริ่มฟื้นตัว แต่นักวิจัยยังวิพากษ์วิจารณ์ถึงความล้มเหลวของเศรษฐกิจ จึงกระตุ้นให้มีการบังคับใช้กฎหมายมากยิ่งขึ้น และการป้องกันการควบรวมกิจการที่ดีขึ้น และกฎหมายฉบับนี้ถูกมองว่าเป็นเครื่องมือที่จะใช้ปกป้องการล้มเหลวหรือเลิกกิจการของบริษัทขนาดใหญ่ และได้มีการแถลงการณ์ถึงทัศนคติการปฏิบัติเกี่ยวกับการผูกขาดที่เข้มงวด โดยหัวหน้าแผนกต่อต้านการผูกขาดของ DOJ ได้ปฏิเสธคำแถลงนโยบายเกี่ยวกับเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อการผูกขาดที่ออกโดยผู้ที่อยู่ในตำแหน่งซึ่งแต่งตั้งมาตั้งแต่สมัยของบุช คำแถลงดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางจากผู้สนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายว่ามีลักษณะผ่อนปรนมากเกินไปทาง FTC จึงได้มีความต้องการเพิ่มบังคับใช้มากกว่านี้

แนวทางของการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด แบ่งได้ 2 ประการ

ประการแรก การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดนั้นเพิ่มขึ้นและพัฒนาจนกลายเป็นระดับนานาชาติ ประเทศอื่นๆ โดยประเทศอื่นๆ เลือกรับกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาไปเป็นแบบอย่างเพื่อจัดทำกฎหมายการแข่งขันในประเทศของตนเอง

ประการที่สอง แม้จะมีการประกาศให้มีการฟ้องร้องการตกลงราคาร่วมกันกำหนดราคาระหว่างประเทศ แต่ไม่สามารถจัดการกำหนดราคาและการเสนอราคาร่วมกันได้¹²

¹² Broder Douglas, "U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction," Oxford University Press (2010).

ปัจจุบันนี้ มีความสำคัญในการตรวจจับและดำเนินคดีในกรณีของการตกลงร่วมกัน ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรง รวมถึงกรณีการกำหนดราคาในแนวนอน (Horizontal price fixing) การแบ่งส่วนตลาดในแนวนอน (Horizontal market allocation) และการร่วมกันเสนอราคาประมูล (Bid rigging)

โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกับกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อควบคุมการกระทำอันเป็นการผูกขาดทางการค้าหรือกฎหมายต่อต้านทรัสต์ (Antitrust Law) ประกอบไปด้วย

1. The Sherman Act 1890 กฎหมายที่ถือว่าอยู่ในลำดับพระราชบัญญัติที่กำหนดโดยรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อปราบปรามการผูกขาดกิจกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่จำกัดการแข่งขันระหว่างรัฐ มีความต้องการที่จะคุ้มครองผู้ประกอบการรายเล็กจากการถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการรายใหญ่

2. The Clayton Act 1914 เป็นกฎหมายที่ออกโดยสภาครองเกรสเพื่อดูแลการควบรวมธุรกิจและการต่อต้านการแข่งขันในรูปแบบต่างๆ

3. Federal Trade Act กฎหมายบังคับและควบคุมพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

4.1.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน

พระราชบัญญัติต่อต้านการผูกขาด (The Sherman Act) (ต่อไปนี้จะใช้คำว่า “The Sherman Act”) ได้วางหลัก หลักการของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติไว้ใน Section 1 หรือมาตรา 1 (ต่อไปนี้จะใช้คำว่า “มาตรา 1”)

มาตรา 1 ของ The Sherman Act จะมุ่งเน้นไปที่การกระทำที่มากกว่า 2 ฝ่าย ที่มีข้อตกลงและผู้ที่ทำความตกลงนั้นขาดความเป็นอิสระในการตัดสินใจ ถือว่าเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน โดยศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกา วางหลักเกี่ยวกับ “การกระทำที่ละเมิด” ในมาตราดังกล่าว เป็นการกระทำที่ร่วมกันในลักษณะของการตกลง ก่อให้เกิดความเสี่ยงในการต่อต้านการแข่งขัน การแย่งชิงอำนาจ การตัดสินใจ โดยมาตรานี้จะมีส่วนคล้ายคลึงกับ Article 101 หรือ มาตรา 101 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า Article 101) ของประชาคมยุโรป (European Community หรือ EC) สนธิสัญญาและกฎหมายการแข่งขันของนานาชาติซึ่งจะกล่าวในลำดับถัดไป

The Sherman Act มาตรา 1 บัญญัติว่า “บรรดาสัญญา หรือ การรวมตัวกัน (ทรัสต์)¹³ หรือการสมคบกัน ไม่ว่าในรูปแบบใด เพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ ถือว่าเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย บรรดาบุคคลที่ทำสัญญารวมตัวกัน หรือสมคบกันในลักษณะอันมิชอบด้วยกฎหมายข้างต้นถือว่ามีความผิด มีโทษปรับหนึ่งร้อยดอลลาร์ กรณีที่เป็นนิติบุคคล หรือกรณีที่เป็นบุคคลธรรมดาจะมีโทษปรับ หนึ่งล้านดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกินสิบปี หรือ ทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล”¹⁴ ดังนั้นทุกการกระทำร่วมกัน หรือข้อตกลงใด ๆ ที่อยู่ในรูปแบบของความร่วมมือไม่ว่าอยู่ในรูปแบบทรัสต์หรือรูปแบบอื่น หรือการสมคบคิดกันนี้ เพื่อจำกัดการแข่งขันในระหว่างรัฐหรือกับประเทศอื่นใด ถือว่าเป็นความผิด¹⁵

ด้วยการใช้ถ้อยคำว่า “บรรดาสัญญา หรือ การรวมตัวกัน หรือ การสมคบกัน ไม่ว่าในรูปแบบใดเพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ” การใช้ถ้อยคำนี้อาจสร้างความสับสนเนื่องจากไม่มีการกำหนดลักษณะของการกระทำอย่างชัดเจน เนื่องจากมาตรานี้ถือเป็นมาตราแรกที่จะพูดถึง “การกระทำร่วมกันไม่ว่ารูปแบบใดอันเป็นการจำกัดทางการค้าเสรี” จึงควรที่จะมีการวางกรอบนิยามหรือขอบเขตให้มีโอกาสยากต่อการตีความไปในทิศทางที่หลากหลายซึ่งหากเป็นเช่นนั้นดุลยพินิจของศาลจะมีผลอย่างมากต่อการพิจารณาคดี แต่ทางผู้เขียนเห็นว่าช่องโหว่ทางกฎหมาย ในการตีความอย่างกว้างในการกระทำ ด้วยระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) อาศัยแนวคำพิพากษาจะช่วยให้เป็นแนวบรรทัดฐานได้ว่าการกระทำใดนั้น เป็นความผิดหากได้เกิดขึ้นมาก่อนหน้า การตีความที่มีทิศทางที่หลากหลายก็จะกระชับมากยิ่งขึ้น และรัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงให้ศาลของรัฐบาลกลาง (Federal Court) กำหนดนิยามและความหมายของบทบัญญัติ มาตรา 1 ผ่านการตีความผ่านข้อเท็จจริงในแต่ละคดี เพราะการทำงานพิจารณากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จะช่วยเห็นส่วนที่มีได้ปรากฏใน The Sherman Act

¹³ ทรัสต์ (Trust) คือ “การรวมตัวกันทางด้านเงินทุนของกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจในอุตสาหกรรมประเภทเดียวกันภายใต้การควบคุมในระบบเดียวกัน ภายใต้การควบคุมในระบบเดียวกันโดยผู้ประกอบการต่างชาตความอิสระในตัวองค์กรทางกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อครองครองตลาดและครอบครองภายใน” อ้างถึงใน วิโรจน์ วาทินพงษ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22(2546) หน้า 183.

¹⁴ Sherman Act, Section 1

“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court

¹⁵ จีริวิศิษฐ์, ก., "การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา ,” กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสังคมไทย. หน้า 5.

อันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติ โดยในระยะแรกการตัดสินใจ หรือการพิจารณาการกระทำ ตามมาตรานี้ อาจมีการตีกรอบอย่างไม่สมเหตุผล เช่น ข้อจำกัดที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันในตลาด ดังคดี Standard Oil Co. of New Jersey v. United States¹⁶

คดี Standard Oil Co. of New Jersey v. United States

ในช่วงค.ศ.1880 บริษัทแสตนดาร์ด ออยล์ จำกัด (ต่อไปนี้จะใช้คำว่า บริษัทฯ) ได้ใช้ส่วนแบ่งตลาดขนาดใหญ่ในด้านความสามารถในการกลั่น ร่วมกับการสำรวจน้ำมัน การจ่ายน้ำมันดิบ และส่งต่อไปสู่การขายปลีกผลิตภัณฑ์ที่ผ่านการกลั่นไปยังร้านค้าและสถานบริการทั่วประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทฯ ถูกกล่าวหาว่าใช้อิทธิพลเพื่อตัดราคาคู่แข่งด้วยวิธีต่างๆ ที่ถูกพิจารณาว่า เป็นการต่อต้านการแข่งขัน รวมถึงการลดราคา และใช้อิทธิพลคุกคามซัพพลายเออร์และผู้จัดจำหน่ายที่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของบริษัทฯ รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาพยายามดำเนินคดีกับ บริษัทฯ ภายใต้กฎหมาย Sherman Antitrust Act ซึ่งมีประเด็นหลักก่อนที่ศาลจะพิจารณาว่าอยู่ในอำนาจของสภาองเกรสหรือไม่ที่จะป้องกันไม่ให้บริษัทหนึ่งซื้อกิจการอื่น ๆ จำนวนมาก ซึ่งวิธีการนั้นอาจถูกพิจารณาว่าถูกกฎหมายในกฎหมายทั่วไป แต่ก็ยังมีข้อจำกัดที่สำคัญในการแข่งขันโดยอาศัยอำนาจตามขนาดและ อำนาจตลาดตาม The Sherman Act

The Sherman Act มาตรา 1 จึงมีลักษณะการตีความที่ค่อนข้างกว้าง เนื่องด้วยระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) ศาลจึงมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจการใช้วิจารณ์ญาณในการตีความว่าการกระทำร่วมกันแบบใดนั้นจะถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันเสรี

แนวทางการพิจารณาความผิดตามมาตรา 1 ที่ได้ได้มีการวางแนวทางผ่านคดีข้างต้น นั้นผู้พิพากษามองว่า พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ต้องประกอบไปด้วย 2 องค์ประกอบดังต่อไปนี้ จึงจะถือว่ากระทำความผิดตามมาตรา 1 ได้แก่ การมีข้อตกลง การร่วมมือ กาสมคบคิด ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ และ ข้อตกลงต่างๆ หรือความร่วมมือนั้น เป็นการจำกัดการค้าเสรี¹⁷

¹⁶ "Standard Oil Co. Of New Jersey V. United States," (U.S. Supreme Court, 1911).

¹⁷ จีรวิศิษฐ์, ก., "การ "ฮั้ว" เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา," กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสังคมไทย. หน้า 6.

หลักการห้ามจำกัดทางการค้า (Restraints of Trade)

การพิจารณาการกระทำตาม มาตรา 1 ของ The Sherman Act เมื่อพิจารณาจาก บทบัญญัติดังกล่าว การผูกขาดหรือการตกลงร่วมมือใดๆจะถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา นี้ ในระยะแรกของการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ศาลฎีกานั้นอาศัยการพิจารณาตามลายลักษณ์อักษร หากพิจารณาเช่นนั้นการมีข้อตกลง การร่วมมือ กาสมคบคิด ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นการจำกัด การค้าเสรีจะเป็นความผิดทั้งสิ้นโดยหาไม่โดยภายหลังจากการพิจารณาคดี Trans-Missouri Freight Ass'n แนวทางการพิจารณานั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงโดยมีการกำหนด หลักเกณฑ์ในการตีความและการบังคับใช้กฎหมายไว้ ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป ในการวางแนวทางการพิจารณาผ่านคดี Standard Oil Co. of New Jersey v. United States นั้น นอกจาก 2 องค์ประกอบในการพิจารณา ทางศาลฎีกานั้นได้เพิ่มองค์ประกอบในการพิจารณาอีก 1 องค์ประกอบ ได้แก่ การกระทำใดๆ นั้นเป็นการจำกัดการค้าอย่างเสรีที่เกิดขึ้นต้องมีลักษณะที่ไม่ สมเหตุสมผล และต้องไม่ถือว่าเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจ (the unreasonable restraints of trade or commerce) จะเป็นความผิดตาม Section 1 ต้องมีข้อตกลง หรือการร่วมมือ หรือ การสมคบคิดที่เป็นการจำกัดการค้าเสรีที่ไม่สมเหตุสมผล แต่หากพฤติการณ์โดยรอบแสดงให้เห็นว่ามี การกระทำร่วมกันเพื่อการจำกัดการค้าเสรีและเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับราคาสินค้าหรือบริการ จะใช้พิจารณาโดยใช้หลักความผิดในตนเอง (Per Se) ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป และไม่จำเป็นต้องมองถึง ความสมเหตุสมผลของการกระทำร่วมกัน¹⁸ การผูกขาดทางการค้านั้นถือว่ามีความผิดต้องโทษ ปรับตามกฎหมาย

แนวทางการปฏิบัติของศาลรัฐบาลกลาง ของสหรัฐอเมริกา

ในปีค.ศ.2000 (พ.ศ.2543) DOJ และ FTC ได้ร่วมกันออกแนวทางการปฏิบัติ ในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดโดยภาครัฐ (The Antitrust Guideline for Collaborations Among Competitors, Guideline) แก่ศาลของรัฐบาลกลาง (Federal Courts) ได้กำหนดหลักปฏิบัติเพื่อพิจารณาการกระทำ ได้แก่ การกระทำผิดกฎหมายในตนเอง (Per Se) หลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) โดยเหตุธรรมชาติ (Inherently) หรือที่เห็นได้อย่างชัดเจน (Obviously) ได้แก่ **หลักความคิดในตนเองและหลักแห่งเหตุและผล (Per Se and Rule of Reason)**¹⁹ เป็นหลักที่ศาลของรัฐบาลใช้เป็นแนวทางการพิจารณา เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

¹⁹ Eleanor M. Fox, Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context, p. 116.

สิ่งใดที่จะเป็นแนวทางในการการปฏิบัติเพื่อไม่ให้เป็นการขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า²⁰ โดยจะอธิบายดังต่อไปนี้

หลักผิดกฎหมายในตนเอง (Per Se)

แนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับข้อตกลง การกระทำร่วมกันนั้นๆ ถือว่าเป็นการกระทำผิด โดยไม่จำเป็นต้องมีวัตถุประสงค์ หรือความสมเหตุสมผลในการกระทำ หรือผลกระทบที่เกิดขึ้น อาศัยเพียงเจตนาในการกระทำผิดของผู้กระทำ เช่น การตกลงกันในเรื่องราคาสินค้า หรือบริการ การขึ้นราคา การตรึงราคาหรือทำให้ราคาคงที่จากการตกลงกัน จำกัด ผลิต (output restrictions) การตกลงกันแบ่งพื้นที่การค้า (territorial market divisions) การตกลงกันกำหนดโควตาการค้า (quota allocations) การตกลงกันแบ่งลูกค้า (customer allocations) การตกลงกันแบ่งสายการผลิต (production fields divisions) หรือการร่วมการคว่ำบาตรทางการค้า (group boycotts)

การใช้หลักนี้จะทำให้ไม่ต้องเป็นการพิจารณาในลักษณะการใช้ดุลยพินิจในคดีต่อคดีที่จะต้องค้นหาพยานหลักฐานต่างๆ มาใช้ประกอบ โดยขอบเขตของหลักการนี้มีลักษณะที่กว้างในบางครั้งอาจสืบพิจารณาถึงผลประโยชน์ของการร่วมกันกระทำอันเป็นการส่งเสริมเศรษฐกิจหลักผิดกฎหมายในตนเองนี้เป็นความผิดเด็ดขาด การนำมาใช้ต้องอยู่ภายใต้การกระทำร่วมกันระดับสูง และจะสร้างผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่าสร้างประโยชน์ โดยได้มีการจำแนกออกถึงรูปแบบของการกระทำร่วมกันเช่น การร่วมกันจำกัดทางด้านราคา ซึ่งถือเป็นพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงหากพิจารณาแล้วว่ามีวัตถุประสงค์ในการกระทำร่วมกันถือว่ามีความผิดในตัวเองโดยไม่ม้อข้อยกเว้น²¹

หลักเหตุแลผล (Rule of Reason)

เป็นหลักการพิจารณาของศาลเกี่ยวกับพฤติกรรมการจำกัดการค้าอันเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม การพิจารณาในกรณีที่เป็นข้อตกลงการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งศาลไม่เคยวางการตัดสินว่าเป็นการตกลงกันในลักษณะที่เป็นหลักความผิดในตัวเอง (per se) มาก่อน และศาลไม่มีประสบการณ์หรือความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อตกลง หรือการกระทำนั้นไม่สามารถเล็งเห็น

²⁰ จีรวิศิษฐ์, ก., "การ "ฮั้ว" เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา," กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสังคมไทย. หน้า 7.

²¹ ผาติเวทย์, ผ., "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542."

ได้อย่างชัดเจน (Immediately obvious)²² จะใช้หลักนี้ในการวิเคราะห์ว่าข้อตกลงหรือการกระทำดังกล่าวเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือไม่ และพิจารณาว่าห้ามปฏิบัติการกระทำดังกล่าวหรือไม่ อีกทั้งโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำของจำเลยว่ามีผลกระทบอย่างไม่สมเหตุสมผลอย่างไร

ปฏิเสธไม่ได้ว่าในทางปฏิบัติความผิดในตนเอง (per se) จะเกี่ยวข้องกับข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นความลับระหว่างคู่แข่งโดยถูกออกแบบให้มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันและการควบคุมราคาสินค้า รวมถึงเรื่องดังต่อไปนี้²³

1. การกำหนดราคา (Price Fixing) เช่น ข้อตกลงซึ่งเป็นความลับระหว่างคู่แข่ง ซึ่งอ้างว่าเกี่ยวข้องกับราคาที่จะขายผลิตภัณฑ์หรือเกี่ยวกับข้อกำหนดหรือเงื่อนไขการขายอื่นๆ เช่น ส่วนลด ส่วนลดในการโฆษณา เงื่อนไขเครดิต หรือข้อกำหนดการรับประกัน

2. ข้อตกลงการเสนอราคาประมูล (Big Rigging) มีความเห็นว่าเป็นรูปแบบเดียวกับการกำหนดราคา

3. ข้อตกลงระหว่างคู่แข่ง โดยมีเจตนาที่จะจำกัดการผลิตหรือผลผลิตเพื่อสร้างความขาดแคลนซึ่งไม่เป็นไปตามกลไกตลาด

4. ข้อตกลงในการแบ่งตลาดหรือลูกค้า เช่น ข้อตกลงระหว่างคู่แข่งที่ไม่ให้แข่งขันกันเองในตลาด ขายโดยเลือกลูกค้าหรือกลุ่มของลูกค้า

5. ข้อตกลงที่มีลักษณะชัดแจ้งว่าจะไม่ค้าขายกับผู้จำหน่ายรายใดรายหนึ่ง ลูกค้าหรือผู้แข่งขันอื่นโดยเฉพาะ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

จากที่กล่าวไปข้างต้นการผูกขาด ลด จำกัดการแข่งขันจะถูกตัดสินโดยหลักเหตุและผล (Rule of reason) หากไม่เคยมีการพิจารณาด้วยหลักความผิดในตัวเอง (Per se) เมื่อต้องนำมาหลักเหตุและผลมาปรับใช้ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันอันเป็นผูกขาด ลด จำกัดการแข่งขัน จากที่กล่าวไปข้างต้นฝ่ายโจทก์ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริงและ

²² Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," Brooklyn Journal of Corporate Financial & Commercial Law.

²³ Douglas, B., "U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction," Oxford University Press.

เป็นอันตรายต่อการแข่งขันและเป็นอันตรายต่อตลาดที่เกี่ยวข้อง²⁴ ในฝ่ายจำเลยมีโอกาที่จะต่อสู้ถึงความชอบธรรมในการกระทำของตนเอง โดยสมเหตุสมผลในการกระทำมากกว่ามีจุดประสงค์ต้องการทำให้ตลาดเสียหาย เช่น คดี United States v. Addy-Ston Pipe, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), aff'd, 175 U.S. 211, 20 S. Ct. 96 (1899)²⁵

Section 1 ของ The Sherman Act นี้กำหนดแนวทางการพิสูจน์ของโจทก์ในกรณีของการใช้หลักเหตุและผล (Rule of reason) ต่อศาลว่า มีการกระทำร่วมกันนั้นเกิดขึ้นจริง²⁶

- (1) ต้องพิสูจน์ได้ว่ามีข้อตกลง
- (2) ระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นอิสระสองฝ่ายหรือมากกว่านั้น
- (3) ข้อตกลง หรือ การกระทำนั้นเป็นการจำกัดทางการค้า หรือการแข่งขันอย่างไม่สมเหตุสมผล
- (4) ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างมลรัฐ
- (5) ในกรณีที่เป็นกรกระทำของเอกชน และข้อตกลง หรือการกระทำดังกล่าวจะต้องทำให้ธุรกิจของโจทก์ได้รับความเสียหาย หรือ
- (6) ในกรณีจำเลยกระทำผิดทางอาญาจำเป็นต้องมีเจตนาทางอาญา

ซึ่งตามหลักเหตุและผล (Rule of Reason) ยังคงมีช่องว่างของบทบัญญัติเนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ได้นำมาพิจารณาถึงความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยห้ามการทำธุรกรรมสินค้านอกเหนือเวลาทำการ ซึ่งศาลของสหรัฐอเมริกาได้ใช้หลักเหตุและผลนี้ในการตัดสินโดยหลักการพิจารณาต่อไป²⁷

1. การพิจารณาจากองค์ประกอบสภาพแวดล้อม
2. การพิจารณาโดยอาศัยวิจรรย์ญาณของผู้พิพากษาในการตัดสิน ซึ่งถือว่าไม่มีบรรทัดฐานที่ชัดเจน

²⁴ “ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) หมายความว่า ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องและตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง

²⁵ จีรวิศิษฐ์, ก., "การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา," กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสังคมไทย.

²⁶ Broder Douglas, U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction, (Oxford University Press, April 2010), p.36.

²⁷ ผาติเวทย์, ผ., "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542." หน้า 101-101.

อีกทั้งหลักการใช้เหตุผลผลจะมีความเกี่ยวข้องกับหลักการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็ว (Quick look rule) พิจารณาควณไปที่มีลักษณะพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เมื่อนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาในศาล โจทก์นั้นเพียงแสดงให้เห็นถึงรูปแบบหรือพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ตลาดนั้นได้รับผลกระทบ ไม่ต้องพิสูจน์ถึงผลกระทบว่าได้ส่งผลในลักษณะใด และส่งผลต่อการแข่งขันทางการค้าอย่างไร²⁸

ดังนั้นจากการศึกษาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกันภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา “การกระทำร่วมกัน (Concerted Practices)” จะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยสองฝ่าย โดยอาจมีการเปิดเผยโดยชัดแจ้งหรือไม่ชัดแจ้งหรือตั้งข้อสังเกตได้ว่ามีพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นถึงการมีข้อตกลง ความร่วมมือ กาสมคบคิด ระหว่างผู้ประกอบการอันเป็นการจำกัดการค้าเสรีหรือผูกขาดการค้า เช่น การสมคบคิดกันระหว่างองค์กรซึ่งจะนำไปสู่การกระทำร่วมกันละเมิดถือเป็นความผิดตาม Section 1 ของ The Sherman Act 1 ซึ่งการกระทำร่วมกันนี้สามารถเกิดขึ้นได้ในรูปแบบของการกระทำร่วมกันทั้งแนวนอนและแนวตั้ง

4.1.3 ลักษณะของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ

การกระทำร่วมกันเป็นข้อตกลงแนวนอน (Horizontal Agreement)

เป็นการร่วมมือจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการธุรกิจต่างๆ ในแนวนอนโดยสภาพแล้วถือเป็นคู่แข่งทางการค้า แต่ผู้ประกอบการนั้นได้ร่วมมือกันกำหนดราคา การร่วมมือกันเพื่อแบ่งตลาด หรือร่วมมือกันเพื่อจำกัดปริมาณสินค้าในตลาด หากเป็นการกระทำเช่นนี้โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ชัดแจ้งในพฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น อีกทั้งจะใช้พยานหลักฐานโดยตรง หรือ พยานหลักฐานโดยพฤติการณ์ได้ ซึ่งเกิดขึ้นจากการประชุมโดยเจตนาซึ่งเป็นอิสระสองฝ่ายขึ้นไปซึ่งศาลฎีกาได้มีการวางหลักเกี่ยวกับการพิสูจน์ให้ได้ว่า “จำเลยมีเจตนา (Conscious) ที่จะผูกพันกับแผนการซึ่งหากบรรลุตามวัตถุประสงค์ก็จะเป็นสิ่งผิดกฎหมาย ในคดี *Moosanto Co. v. Spray-Rite Servs*²⁹

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

²⁹ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Servs. Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984).

คดี Moosanto Co. v. Spray-Rite Servs

บริษัทมอนซานโต (Monsanto Co.) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “บริษัท Monsanto”) ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์เคมีรายใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกา ปฏิเสธที่จะต่ออายุในการเป็นผู้จัดจำหน่าย กับ บริษัทสเปรย์ ไลท์ เซอร์วิส (Spray-Rite Service Corporation) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “บริษัท Spray-Rite Servi) ซึ่งเป็นผู้จัดจำหน่ายสารกำจัดวัชพืชนาขนาดเล็กในรัฐโอไฮโอ ประเทศสหรัฐอเมริกา

บริษัท Moosanto ทำการตลาดจัดจำหน่ายสารกำจัดวัชพืชผ่านตัวแทนจำหน่ายอิสระประมาณ 100 รายเป็นหลักและตัวแทนจำหน่ายอิสระนั้นจะขายต่อให้กับตัวแทนจำหน่ายรายย่อย รวมถึงร้านขายอาหารสัตว์และตัวแทนจำหน่ายเครื่องมือในฟาร์ม ที่จะจำหน่ายต่อให้กับเกษตรกรผู้จัดจำหน่ายแต่ละรายได้รับมอบหมาย “พื้นที่รับผิดชอบหลักตามทางภูมิศาสตร์” อย่างไรก็ตามการมอบหมายนั้นไม่มีข้อยกเว้น ผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับอนุญาตสามารถขายสารกำจัดวัชพืชของผู้ผลิตรายอื่นได้ ผู้จัดจำหน่ายสามารถขายนอกพื้นที่รับผิดชอบหลักที่ได้รับมอบหมาย และบริษัทมอนซานโตได้มอบหมายผู้จัดจำหน่ายประมาณ 10-20 รายในแต่ละพื้นที่

ในปี พ.ศ. 2511 Monsanto ตัดสินใจหยุดขายผลิตภัณฑ์กำจัดวัชพืชใดๆ ให้กับ Spray-Rite หลังจากมีการร้องเรียนจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นเกี่ยวกับราคาส่วนลดของ Spray-Rite ดังนั้น Spray-Rite หยุดดำเนินการในฐานะผู้จัดจำหน่ายสารกำจัดวัชพืชในปี พ.ศ. 2515 และต่อมาได้ยื่นฟ้องบริษัท Moosanto โดยกล่าวหาว่าบริษัท Monsanto ละเมิดมาตรา 1 ของ The Sherman Act เนื่องจากบริษัทมีการสมคบคิดกับผู้จัดจำหน่ายเพื่อกำหนดราคาผลิตภัณฑ์สารกำจัดวัชพืชของบริษัท Monsanto เนื่องจากการที่ผู้ผลิตยุติการเป็นผู้จัดจำหน่ายเพื่อตอบสนองต่อข้อร้องเรียนจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นเป็นหลักฐานเพียงพอที่จะอนุมานถึงการสมรู้ร่วมคิดในการกำหนดราคาขายต่อ³⁰ โดยสรุปศาลแขวง คณะลูกขุนตัดสินว่า Monsanto สมคบกันเพื่อกำหนดราคาและกลับคำตัดสินสำหรับ Spray-Rite ศาลอุทธรณ์ยืนยันคำตัดสิน โดยพบว่า มีหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนคำตัดสิน มอนซานโต Monsanto ยื่นอุทธรณ์และศาลฎีกาปฏิเสธการวิเคราะหดังกล่าว แต่ยืนยันการตัดสินตามมาตรฐานการพิสูจน์ที่เข้มงวดมากขึ้นซึ่งออกแบบมาเพื่อแยกแยะ “การกระทำที่เป็นกลางและอิสระโดยผู้ผลิต” จาก “ข้อตกลงการกำหนดราคา” ซึ่งได้มีการนำหลักเหตุและผลมาใช้

³⁰ LawPipe, "Monsanto Co. V. Spray-Rite Service Corp," [Online]. Available from: https://www.lawpipe.com/U.S.-Supreme-Court/Monsanto_Co_v_Spray-Rite_Service_Corp.html.

การกระทำร่วมกันเป็นข้อตกลงแนวตั้ง (Vertical Agreement)

การร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งระหว่างผู้ประกอบการซึ่งถือว่าไม่ได้เป็นคู่แข่งทางการค้า เกี่ยวกับการขายต่อ การขายพ่วง หรือข้อจำกัดอื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง ในการพิจารณาในการร่วมกันในแนวตั้ง จะถูกพิจารณาโดยหลักเหตุและผล ตามแนวการพิพากษาของศาล ผู้ผลิตอาจใช้ประกาศนโยบายการกำหนดราคาของตน ซึ่งมีการวางหลักไว้ใน **คดี Moosanto Co.** ว่า โจทก์ต้องจัดทำ “หลักฐานที่มีแนวโน้มว่าสามารถแยกดำเนินการโดยอิสระ” หากมีการกระทำที่เป็นพฤติกรรมการกระทำร่วมกันนำไปสู่ผูกขาดถือว่าการกระทำความผิดตาม Section 1 ของ The Sherman Act ผู้กระทำความผิดระวางโทษปรับไม่เกิน 1 ล้านเหรียญสหรัฐอเมริกาสำหรับบุคคลธรรมดา หรือไม่เกิน 100 ล้านเหรียญสหรัฐอเมริกาสำหรับนิติบุคคล และ/หรือโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี³¹

ดังนั้น จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ตาม มาตรา 1 The Sherman Act ผู้วิจัยพบว่าการตีความในการกระทำค่อนข้างกว้าง และไม่ได้กำหนดว่าจะควบคุมพฤติกรรมใดเป็นพิเศษ ให้นิยามโดยกว้างเพื่อที่จะสามารถคุ้มครองผู้บริโภค หรือผู้ประกอบการรายอื่น โดยอาศัยการใช้หลัก “The Rule of reason” และ Per Se” ในการวางแนวทางการพิจารณาประกอบกับ แนวทางการปฏิบัติที่ออกมาที่ทาง DoJ และ FTC ยังได้กำหนดกรณีที่มีความร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นคู่แข่งในทางการค้า ซึ่งจะไม่ถือว่าเป็นความผิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นจะไม่สามารถนำแนวทางปฏิบัติมาปรับใช้หรือนำมาพิจารณา หากอยู่ภายใต้หลักการให้เหตุผลในตนเอง หรือกรณีที่อยู่ภายใต้กฎหมายเรื่องการควบรวมกิจการ (Megger and Acquisition) การพิจารณาการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนั้นแม้จะเป็นคู่แข่งในทางการค้าต้องอาศัยการตีความตามหลักของกฎหมาย³² ทำให้ผู้ประกอบการทราบได้เป็นถึงลักษณะของการกระทำที่จะทำให้เป็นการขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งกำหนดไว้ในแนวปฏิบัติโดยสามารถสร้างประโยชน์และสามารถปรับเข้ากับสถานการณ์และสภาวะทางธุรกิจ เศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปรวมถึงการใช้อัลกอริทึมในการกระทำร่วมกันเพื่อกำหนดราคา หรือลด หรือ จำกัดการแข่งขันทางการค้า

³¹ “...on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

³² จีวีศิษฐ์, ก., "การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา," กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสังคมไทย. หน้า 8.

4.1.4 คดีที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม

คดี Citicorp, JPMorgan Chase & Co., Barclays PLC, The Royal Bank of Scotland plc และ USB AG³³

การสืบสวนนี้ดำเนินการโดยสำนักงานสอบสวนกลาง การฟ้องร้องนี้ ดำเนินการโดยแผนกต่อต้านการผูกขาด สำนักงานนิวยอร์กและแผนกบังคับใช้ทางอาญาอื่น ๆ และแผนกการฉ้อโกงของแผนกคดีอาญาพบว่าธนาคารยักษ์ใหญ่แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา อันได้แก่ Citicorp, JPMorgan Chase & Co., Barclays PLC, The Royal Bank of Scotland plc และ UBS AG ตกลงรับสารภาพในข้อหาก่ออาชญากรรมในการสมคบคิดเพื่อควบคุมราคาของดอลลาร์สหรัฐและยูโรที่แลกเปลี่ยนในตลาดรวมถึงอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ โดยได้อาศัยอัลกอริทึมใช้ในการสื่อสาร ร่วมกันกระทำเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน เพื่อให้สามารถที่จะกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่ใช้ในการอ้างอิง (Interest Rate Benchmark) ลักษณะการกระทำร่วมกันคือ การตกลงกัน ที่ทำการซื้อขายแบบกำหนดช่วงระยะเวลา และจะมีผู้ที่ปกป้องตำแหน่งการซื้อขายของกันและกัน โดยระงับอุปสงค์และอุปทานของสกุลเงินและระงับการแข่งขันในตลาดถือว่าเป็นพฤติกรรมการกระทำร่วมกันอย่างชัดเจน (Concerted action) ซึ่งถือเป็นพฤติกรรมที่ต่อต้านกฎหมายแข่งขันทางการค้า ตาม Section 1 ของ The Sherman Act

ธนาคารทั้งห้าแห่ง ตกลงที่จะสารภาพผิดในข้อหาสมรู้ร่วมคิดเพื่อกำหนดราคาและเสนอราคาอย่างเข้มงวดสำหรับดอลลาร์สหรัฐและยูโรที่แลกเปลี่ยนในตลาดภายในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ ธนาคารแต่ละแห่งตกลงที่จะจ่ายค่าปรับทางอาญาตามสัดส่วนของการมีส่วนร่วมในการสมรู้ร่วมคิด

โดยธนาคาร Citicorp, Barclays, JPMorgan และ RBS ต่างตกลงที่จะสารภาพผิดในข้อหาสมรู้ร่วมคิดเพื่อกำหนดราคาและเสนอราคาอย่างเข้มงวดสำหรับสกุลเงินดอลลาร์สหรัฐและยูโรที่แลกเปลี่ยนในตลาดเงินตราต่างประเทศในสหรัฐอเมริกาและที่อื่น ๆ ธนาคารแต่ละแห่งตกลงที่จะจ่ายค่าปรับทางอาญาตามสัดส่วนของการมีส่วนร่วมในการสมรู้ร่วมคิด ดังรายละเอียดดังต่อไปนี้

- ธนาคาร Citicorp มีส่วนเกี่ยวข้องตั้งแต่ต้นเดือนธันวาคม พ.ศ.2550 จนถึงอย่างน้อยเดือนมกราคม 2556 ได้ตกลงที่จะจ่ายค่าปรับ 925 ล้านดอลลาร์

³³ U.S. Department of Justice (2015). *Five Major Banks Agree to Parent-Level Guilty Pleas.*

- ธนาคาร Barclays ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องตั้งแต่ต้นเดือนธันวาคม พ.ศ.2550 จนถึงเดือนกรกฎาคม พ.ศ.2554 และจากนั้นตั้งแต่เดือนธันวาคม พ.ศ. 2554 จนถึงเดือนสิงหาคม พ.ศ.2555 ได้ตกลงที่จะจ่ายค่าปรับ 650 ล้านดอลลาร์
- ธนาคาร JPMorgan ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องตั้งแต่ต้นเดือนกรกฎาคม พ.ศ.2553 จนถึงเดือนมกราคม พ.ศ.2556 เป็นอย่างน้อย ได้ตกลงที่จะจ่ายค่าปรับ 550 ล้านดอลลาร์
- ธนาคาร RBS ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องตั้งแต่ต้นเดือนธันวาคม พ.ศ. 2550 จนถึงอย่างน้อยเดือนเมษายน พ.ศ. 2553 ได้ตกลงที่จะจ่ายค่าปรับ 395 ล้านดอลลาร์

ธนาคารทั้งห้าต่างตกลงที่จะคุมประพฤติบริษัทเป็นระยะเวลา 3 ปี ซึ่งหากได้รับอนุมัติจากศาล จะถูกควบคุมดูแลโดยศาล และกำหนดให้ต้องรายงานต่อเจ้าหน้าที่อย่างสม่ำเสมอ อีกทั้งธนาคารทั้งห้าแห่งจะยังคงให้ความร่วมมือในการสืบสวนอาชญากรรมของรัฐบาลอย่างต่อเนื่อง และไม่มีข้อตกลงใดที่จะป้องกันไม่ให้แผนกดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในข้อหาประพฤติมิชอบที่เกี่ยวข้องกับธนาคาร Citicorp, Barclays, JPMorgan และ RBS ได้ตกลงที่จะส่งประกาศการเปิดเผยข้อมูลไปยังลูกค้าและคู่สัญญาทั้งหมดที่อาจได้รับผลกระทบจากแนวทางปฏิบัติด้านการขายและการค้าที่อธิบายไว้ในข้อตกลง อีกทั้งธนาคารกลางสหรัฐได้ประกาศด้วยว่าได้เรียกเก็บค่าปรับจากธนาคารทั้ง 5 แห่งเป็นจำนวนเงินกว่า 1.6 พันล้านดอลลาร์ และ ธนาคาร Barclays ได้ตัดสิน ข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับ New York State Department of Financial Services (DFS), Commodity Futures Trading Commission (CFTC) และ United Kingdom's Financial Conduct Authority (FCA) สำหรับค่าปรับรวมกันเพิ่มเติมประมาณ 1.3 พันล้านดอลลาร์ เมื่อรวมกับข้อตกลงที่ประกาศไปก่อนหน้านี้ กับหน่วยงานกำกับดูแลในสหรัฐอเมริกาและต่างประเทศรวมถึงสำนักงานผู้ควบคุมเงินตราของสหรัฐอเมริกา (Office of the Comptroller of the Currency : OCC) และหน่วยงานกำกับดูแลด้านการตลาดและการเงินของสวิสเซอร์แลนด์ (Swiss Financial Market Supervisory Authority : FINMA)

คดี United States v. Airline Tariff Publ'g CO³⁴

เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2535 รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาได้ยื่นเรื่องร้องเรียน โดยตั้งเรื่องฟ้องร้องสายการบินจำนวน 8 แห่งของประเทศสหรัฐฯ และ บริษัท Airline Tariff Publishing Company หรือ ATPCO (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ATPO”) เป็นบริษัทสำนักพิมพ์เอกชนที่มีส่วนร่วมในการรวบรวมและแจกจ่ายข้อมูลค่าโดยสารและค่าโดยสารสำหรับสายการบินและอุตสาหกรรมการเดินทาง ได้มีการเผยแพร่ข้อมูลการเปลี่ยนแปลงราคาไปยังระบบคอมพิวเตอร์ของสายการบินและตัวแทนท่องเที่ยวอย่างรวดเร็ว รัฐบาลเชื่อว่าจำเลยใช้บริการเหล่านี้เพื่อแลกเปลี่ยนข้อเสนอ เจรจากการเปลี่ยนแปลงค่าโดยสาร และขึ้นค่าโดยสารในตลาดหนึ่งหรือหลายตลาดเพื่อขึ้นค่าโดยสารในตลาดอื่นและจำเลยตกลงที่จะสร้าง บำรุงรักษา ดำเนินการ และมีส่วนร่วมในระบบการเผยแพร่ ATP ในลักษณะที่เอื้อต่อความสามารถของจำเลยสายการบินและผู้สมรู้ร่วมคิด ในการประสานการเปลี่ยนแปลงค่าโดยสารโดยไม่จำเป็น รัฐบาลเชื่อว่าผลของข้อตกลงเหล่านี้ ผู้บริโภคต้องจ่ายค่าตัวเครื่องบินในราคาที่สูงขึ้น คำฟ้องขอให้มีการสั่งห้ามมิให้จำเลยทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่งเกี่ยวกับค่าโดยสาร และจากการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงค่าโดยสารที่เสนอให้จำเลยเพิ่มราคาโดยสมรู้ร่วมคิดและผิดกฎหมายซึ่งได้มีการเชื่อมโยงไปถึงการกำหนดราคาของสายการบินที่ทาง ATP ได้มีการพัฒนาระบบที่ซับซ้อนมากในรูปแบบอัลกอริทึมที่สามารถทำหน้าที่ในการสำรวจราคา สำหรับการกำหนดค่าโดยสาร กำหนดจำนวนที่นั่งว่างในแต่ละราคา และเผยแพร่ข้อมูลนี้แก่ลูกค้า ตัวแทนท่องเที่ยว และสายการบินอื่นๆ การเผยแพร่ข้อมูลการเปลี่ยนแปลงค่าโดยสาร ในแต่ละวัน สายการบินจะส่งข้อมูลไปยัง ATPCO เกี่ยวกับค่าโดยสารใหม่ที่จะเพิ่ม ค่าโดยสารเก่าที่จะลบออก และค่าโดยสารเดิมที่จะเปลี่ยนแปลง อย่างน้อยวันละครั้ง ATPCO จะรวบรวมข้อมูลการเปลี่ยนแปลงค่าโดยสารในอุตสาหกรรมทั้งหมด และส่งไฟล์คอมพิวเตอร์นั้น ซึ่งรวมถึงการเปลี่ยนแปลงค่าโดยสารหลายพันรายการไปยังรายชื่อผู้รับ

รัฐบาลสหรัฐฯ เรียกเก็บภาษีจากสายการบินภายในประเทศสหรัฐอเมริกา จำนวน 8 รายใหญ่และบริษัทเอกชนที่มีส่วนร่วมในการรวบรวมและแจกจ่ายข้อมูลค่าโดยสารและค่าโดยสารสำหรับสายการบินและอุตสาหกรรมการเดินทาง ถือเป็นการละเมิดต่อ มาตรา 1 ของ The Sherman Act โดยรัฐบาลกลางอ้างว่าจำเลยนั้นได้มีการใช้อัลกอริทึมในการแลกเปลี่ยนข้อเสนอ เจรจาเปลี่ยนแปลงค่าโดยสาร และขึ้นราคาผู้บริโภคได้จ่ายตัวเครื่องบินในราคาที่สูงขึ้น

อย่างไรก็ตาม คดีนี้ไม่เคยเข้าสู่การพิจารณาคดี ดังนั้นจึงไม่มีการกำหนดแบบอย่างที่เป็นทางการ ถึงกระนั้นคำให้การทางกฎหมาย การเจรจา และกฤษฎีกาความยินยอมขั้นสุดท้าย³⁵

³⁴ Salil K. Mehra, "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms.,"(2016).

คดี United States v. Topkins

เมื่อวันที่ 6 เมษายน 2558 DOJ ได้ประกาศดำเนินคดีทางอาญาครั้งแรกในคดีเกี่ยวกับตลาดอีคอมเมิร์ซ (E-commerce) ได้แก่ ตลาดเมซอน หรือ Amazon Marketplace (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “Amazon Marketplace”) โดยข้อตกลงร่วมกันของผู้ขายในการกำหนดราคาขายโปสเตอร์ที่มีความนิยมที่ซื้อขายบน Amazon Marketplace ซึ่งพบว่า มีอัลกอริทึมในการช่วยอำนวยความสะดวกในการกำหนดราคา หรือการเปลี่ยนแปลงราคาสอดคล้องระหว่างผู้ขาย

โดยผู้ขายเป็นผู้ควบคุมการตัดสินใจกำหนดราคาและการจัดส่งทั้งหมดสำหรับภาพโปสเตอร์ที่ผู้ขายเสนอขาย โดยปกติแล้วจะมีการกระทำซ้ำในหลายครั้ง โดยจะมีคนที่ได้รับผลกระทบจากสงครามราคา ได้แก่ ผู้ผลิต คู่แข่ง และผู้ซื้อ และความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ผลิตและคู่แข่งของคุณนั้นชัดเจนและแน่นอนว่าต้องเกิดขึ้น ราคาที่ลดลงจนเริ่มส่งผลกระทบต่ออัตรากำไรของผู้ผลิต และความจริงนั้นไม่ชัดเจนสำหรับผู้ซื้อ กรณีดังกล่าวคือ บริษัท A และบริษัทขายโปสเตอร์อื่นๆ ใช้ซอฟต์แวร์กำหนดราคาตามอัลกอริทึมที่มีจำหน่ายในท้องตลาด เพื่อตั้งราคาโปสเตอร์ที่ขายบน Amazon Marketplace³⁶ ซอฟต์แวร์นี้ทำงานโดยการรวบรวมข้อมูลการกำหนดราคาของคู่แข่งสำหรับภาพโปสเตอร์เฉพาะที่ขายบน Amazon Marketplace และใช้กฎการกำหนดราคาที่กำหนดโดยผู้ขายซึ่ง เดวิด ท็อปคินส์ (David Topkins) ซึ่งเป็นผู้ขายภาพโปสเตอร์ในแพลตฟอร์ม Amazon Marketplace ได้ร่วมกับผู้ขายรายอื่นในตลาด ได้เข้าร่วมในการสนทนาและสื่อสารกับตัวแทนของบริษัทขายโปสเตอร์อื่นๆ เพื่อหารือเกี่ยวกับราคาของโปสเตอร์ที่ตกลงร่วมกัน ซึ่งในระหว่างการสนทนาและการสื่อสารเหล่านั้น ท็อปคินส์และผู้ขายรายอื่น กระทำร่วมกันที่จะแก้ไขเพิ่มเติม รักษาและทำให้ราคาคงที่ของโปสเตอร์ที่ได้มีการตกลงร่วมกันกับผู้ขายรายอื่น โดยใช้อัลกอริทึมการกำหนดราคาเฉพาะสำหรับผู้กระทำร่วมกันโดยมีเป้าหมายในการประสานการเปลี่ยนแปลงราคาตามลำดับ โดยวิธีการเขียนรหัสคอมพิวเตอร์ที่สั่งให้ซอฟต์แวร์ที่ใช้อัลกอริทึมของบริษัท A ตั้งราคาของโปสเตอร์ที่ตกลงร่วมกันตามข้อตกลงนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการบรรลุข้อตกลงด้านราคา การบังคับใช้การปฏิบัติตามข้อตกลงที่บรรลุ และการตรวจสอบประสิทธิภาพของอัลกอริทึม โดยได้มี

³⁵ "U.S. V. Airline Tariff Publishing Company, Et Al.," This Court has jurisdiction of the subject matter of this action and of each of the parties consenting hereto. The Complaint states a claim upon which relief may be granted against the defendants under Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. § 1. (UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 1993).

³⁶ Seamus Berslin, "How to Avoid a Price War on Amazon," [Online] Accessed: 20 December. Available from: <https://www.repricerexpress.com/repricing-amazon-avoid-price-war/>

การรวบรวม แลกเปลี่ยน ตรวจสอบ และหารือเกี่ยวกับข้อมูลราคาและการขายของผู้ขายโปสเตอร์ ศาลมีการตัดสินพิพากษา ท็อปคินส์ และผู้ขายที่ได้กระทำร่วมกับกับเขายอมรับว่าได้มีการจำหน่าย แจกจ่าย และยอมรับการชำระเงินสำหรับโปสเตอร์ที่ตกลงกันไว้ในราคาที่มีผู้ร่วมคิดและไม่สามารถ แข่งขันได้บน Amazon Marketplace

DOJ ได้อธิบายว่าผู้ขายที่ได้ร่วมกันกำหนดราคาโดยใช้อัลกอริทึมในการ คำนวณราคาที่ต่ำที่สุดจากอีกผู้ขายอีกกลุ่มที่ไม่ได้เข้าร่วมในการกำหนดราคาและตั้งราคาของกลุ่มที่ไม่ได้เข้าร่วมไว้เป็นฐานด้านล่าง และทำให้ราคาของพวกเขาสามารถกำหนดให้ใกล้เคียงกับของ ข้อความค้นหาโดยไม่ต้องมีการแข่งขันกันแต่อย่างใด³⁷ โดยในการแถลงข่าวได้มีการระบุว่าคดีนี้เกิดขึ้น จากการสอบสวนต่อต้านการผูกขาดของรัฐบาลกลางมาอย่างต่อเนื่องเกี่ยวกับการกำหนดราคาในตลาดอีคอมเมิร์ซ ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในการสอบสวนและดำเนินคดีกับบุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรที่แสวงหาเหยื่อผ่านการค้าขายในตลาดอีคอมเมิร์ซ โดยจากคดีนี้จะเห็นได้ว่า อัลกอริทึมไม่ได้มีหน้าที่เพียงตรวจสอบราคาหรือกำหนดราคาเท่านั้นสามารถที่จะใช้ประสานงาน ระหว่างผู้ขาย เพื่ออำนวยความสะดวกให้การกระทำร่วมกันนั้นง่ายยิ่งขึ้นอย่างชัดเจน

คดี United States v. Daniel William Aston and Trod Limited

คดีนี้เป็นคดีระหว่างรัฐบาลสหรัฐฯ และ เดเนียล วิลเลียม แอทตัน (Daniel William Aston) และบริษัท ทอช จำกัด (Trod Limited) โดยบริษัทฯ เป็นบริษัทในสหราชอาณาจักรที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่เมืองเบอร์มิงแฮม ประเทศอังกฤษ ซึ่งขายภาพโปสเตอร์โดยตรงให้กับลูกค้าในสหรัฐอเมริกาผ่านทาง Amazon Marketplace (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “จำเลย”) เมื่อเดือนกันยายน 2556 มาจนถึง เดือนมกราคม 2557 โดยจำเลยและผู้สมรู้ร่วมคิดได้ร่วมกัน กำหนดราคาภาพโปสเตอร์บางรายการ โดยได้มีการตกลงกันไว้อย่างชัดเจน โดยขายในพื้นที่ Amazon Marketplace ของประเทศสหรัฐอเมริกา การรวมตัวและการร่วมการสมรู้ร่วมคิดของ จำเลยถือเป็นการยับยั้งการค้าระหว่างรัฐและการค้า หรือการนำเข้าของประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างไม่ สมเหตุสมผลซึ่งถือเป็นการละเมิด มาตรา 1 ของ The Sherman Act³⁸ โดยการดำเนินการร่วมกันนี้ มุ่งเน้นสำคัญคือการแก้ไข เพิ่ม รักษา และรักษาเสถียรภาพราคาของภาพโปสเตอร์ที่ได้ตกลงกันไว้

³⁷ John Egerton, "Doj Charges Poster Peddlers with Algorithmic Collusion on Amazon Marketplace," [Multichannel News](#).

³⁸ "U.S. V. Daniel William Aston and Trod Limited, D/B/a Buy 4 Less, D/B/a Buy for Less, D/B/a Buy-for-Less-Online," (UNITED STATES DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA SAN FRANCISCO DIVISION 2016).

โดยจำเลยได้ใช้ซอฟต์แวร์โดยอาศัยอัลกอริทึมเพื่อช่วยในการตกลงราคาโดยมีลักษณะของการกระทำดังต่อไปนี้

1. การเข้าร่วมการสนทนา การส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมเพื่อหารือเรื่องราคาและตกลงที่จะนำระบบอัลกอริทึมเพื่อใช้ในการกำหนดราคาให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

2. รวบรวม แลกเปลี่ยน ตรวจสอบของคู่แข่งทางการค้าใน Amazon Marketplace อภิปรายข้อมูลเกี่ยวกับราคาและการขายโปสเตอร์ที่ตกลงร่วมกันเพื่อวัตถุประสงค์ในการบรรลุข้อตกลงด้านราคา บังคับใช้การปฏิบัติตามข้อตกลงที่บรรลุ และติดตามประสิทธิภาพของการกำหนดราคาโดยอัลกอริทึม

3. ตกลงระหว่างการสนทนาและการสื่อสารต่างๆ เพื่อแก้ไข เพิ่ม รักษา และรักษาเสถียรภาพราคาของโปสเตอร์ที่ตกลงกันได้

4. ตกลงที่จะใช้อัลกอริทึมในการกำหนดราคาเฉพาะสำหรับข้อตกลงโปสเตอร์ที่มีเป้าหมายในการประสานงานการเปลี่ยนแปลงราคาตามลำดับ

โดยที่การพิจารณาอาจยังปรากฏหลักฐานของการสื่อสารและตกลงกันของคู่กรณีอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดของการกำหนดราคาตามหลักทั่วไป ถือเป็น การตกลงกระทำร่วมกันที่จะใช้อัลกอริทึมในการกำหนดราคาเฉพาะสำหรับผู้โพสต์ที่ตกลงร่วมกัน โดยมีเป้าหมายในการประสานงานการเปลี่ยนแปลงราคาที่เกี่ยวข้อง

คดี Text Messaging Antitrust Litigation

คดีนี้ผู้บริโภค (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “โจทก์”) ได้ยื่นฟ้องร้องดำเนินคดีแบบกลุ่มในศาลกับผู้ให้บริการโทรศัพท์ที่ไร้สายรายใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกา (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “จำเลย”) จำเลยถูกกล่าวหาว่ามีการสมรู้ร่วมคิดกันเพื่อกำหนดราคาบริการส่งข้อความโดยละเมิด มาตรา 1 ของ The Sherman Act กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา³⁹ โดยการกระทำซึ่งมีลักษณะผสมของพฤติกรรมแบบคู่ขนาน (Parallel) รายละเอียดของโครงสร้างอุตสาหกรรมและการปฏิบัติในอุตสาหกรรมที่จะช่วยอำนวยความสะดวก ในการสมรู้ร่วมคิด ไม่มีสิ่งใดที่มาขัดขวางการร่วมกันอาจมีการนำส่วนของเทคโนโลยีเกิดขึ้น โดยวัตถุประสงค์ในการกำหนด

³⁹ "In Re Text Messaging Antitrust Litigation," Holding plaintiffs plausibly stated a claim for conspiracy when complaint alleged that "defendants belonged to trade association and exchanged price information directly at association meetings (Appeal from the United States District Court for the Northern District of Illinois, 2010).

คือ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงกำหนดราคา หรือ อีกฝ่ายหนึ่งคาดหวังถึงผลที่ตามมา ระหว่างผู้ที่ตกลงร่วมกันจะไม่แข่งขันกันด้านราคา

โดยได้มีข้อกล่าวหาที่ร้องเรียนว่า จำเลยเป็นของสมาคมการค้าและ แลกเปลี่ยน ข้อมูลด้านราคาโดยตรงผ่านการประชุมของสมาคม ข้อกล่าวหาละเมิดการปฏิบัติที่ไม่ผิดกฎหมายใน ตนเอง แต่เป็นการปฏิบัติที่อำนวยความสะดวกในการกำหนดราคา โดยอาศัยเทคโนโลยี การนำเข้าข้อมูลมาเกี่ยวข้องซึ่งอาจเป็นการยากแก่เจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบ มีการร้องเรียนเพิ่มเติม อ้างว่าจำเลยพร้อมกับผู้ขายรายใหญ่อีกสองราย ซึ่งเป็นผู้ให้บริการส่งข้อความ ได้สร้างและทำให้ผู้ที่มี อภิสถิธิ (Elite) ได้พบซึ่งกันและกัน ใน “Leadership Council” โดยภายใน Leadership Council สมาคมระบุว่าภารกิจของสมาคมคือ การกระตุ้นให้สมาชิกเป็นตัวแทนใน “การร่วมมือกัน (Co-opetition)” เพื่อการแข่งขัน แน่นนอนว่าเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าเป็นการสมรู้ร่วมคิดไม่มี⁴⁰ พยานหลักฐาน อีกทั้งในข้อตกลง และไม่มีพยานในคดีนี้มีความแยบยลโดยไม่สงสัยว่ามี การสมรู้ร่วมคิดที่ผิดกฎหมาย คาดหวังว่าบริษัทคู่แข่งจะติดตามราคาและพฤติกรรมทางการตลาดอื่น ๆ ของกันและกันอย่างใกล้ชิด และมักจะพบว่า การเลียนแบบพฤติกรรมนั้นเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ ของตนเองแทนที่จะพยายามบ่อนทำลาย ซึ่งประการหลังคือ กลยุทธ์ที่มีความเสี่ยง มีแนวโน้มที่จะ เชิญชวนให้เกิดการตอบโต้ โจทก์ได้พยายามนำเสนอหลักฐานแวดล้อมที่สอดคล้องกับการอนุมาน ถึงการสมรู้ร่วมคิด แต่หลักฐานนั้นมีความสอดคล้องกับพฤติกรรมคู่ขนานที่เป็นอิสระเท่าเทียมกัน ข้อตกลงสามารถพิสูจน์ได้ด้วยหลักฐานแวดล้อม และโจทก์ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการ และทำการค้นพบหลักฐานดังกล่าวโดยสมบูรณ์ก่อนการพิจารณาคดี แต่การค้นหาของพวกเขา กลับไม่พบหลักฐานเพียงพอเกี่ยวกับการสมรู้ร่วมคิดอย่างชัดเจนในการดำเนินคดี

4.2 สหภาพยุโรป

4.2.1 พัฒนาการกฎหมายแข่งขันทางการค้า

สหภาพยุโรป (European Union) ก่อตั้งขึ้นมาเพื่อความรวมกลุ่มระดับภูมิภาค ที่มีขนาดใหญ่มากที่สุดและมีความก้าวหน้าที่สุดในโลก โดยมุ่งพัฒนาสู่การมุ่งมั่นในการยุติสงคราม และการสู้รบ หลังจากได้รับผลกระทบภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ต้องการรวมเป็นตลาดหนึ่งเดียว ทั่วสหภาพยุโรป อันนำมาสู่เสถียรภาพ ความมั่นคง และแข็งแกร่งในด้านเศรษฐกิจ การเมืองและสังคม

⁴⁰ LexisNexis, In re Text Messaging Antitrust Litig. - 630 F.3d 622 (7th Cir. 2010).

อีกทั้งสหภาพยุโรปยังมีบทบาทอย่างมากต่อทิศทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมระดับโลก โดยพบว่า มีผลิตภัณฑ์มวลรวมประเทศ (GDP)⁴¹ สูงที่สุดในโลก เป็นตลาดสินค้าและบริการ ตลาดการเงิน และผู้ลงทุนของต่างประเทศที่สำคัญ ซึ่งเหมือนว่าทาง สหภาพยุโรปจะสามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการมุ่งพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ การเป็นหนึ่งเดียว เสริมสร้างเสถียรภาพทางการค้า⁴² จึงแสดงให้เห็นว่าการรวมกลุ่มกันของสหภาพยุโรปนี้ ถือว่าเป็นการสร้างผลลัพธ์ที่ดีต่อประเทศสมาชิกเป็นอย่างมาก เพราะจะมีการพึ่งพาค้าขายกันในทวีป เสริมสร้างความมั่นคง แข็งแรง และปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ เมื่อต้องมีการเผชิญกับประเทศมหาอำนาจอย่างประเทศจีน หรือประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น การรวมกลุ่มกันของสหภาพยุโรปนี้จะเพิ่มอำนาจต่อรองและสามารถจัดซื้ออำนาจทางการเมืองหลังจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ในยุคนั้นได้รับอิทธิพลจากสำนักแบบออร์โด (Ordoliberalism) ซึ่งเป็นแนวคิดได้รับอิทธิพลจากสำนักความคิดเสรีนิยม มุ่งเน้นปล่อยการดำเนินการของตลาดโดยปราศจากการแทรกแซง จำกัดบทบาทของรัฐ โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันได้รับการพัฒนามาจากการสร้างหลักเกณฑ์ ในปี ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2496) การแข่งขันสำหรับอุตสาหกรรมถ่านหินและเหล็ก เพื่อสร้างประชาคมถ่านหินและเหล็กของยุโรป (European Coal and Steel Community หรือ ECSC) (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ECSC”)⁴³

ECSC ถือเป็นกฎเกณฑ์ที่จำเป็นสำหรับการแข่งขัน โดยห้ามมิให้ผู้ประกอบการสร้างการตกลงกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน และกลุ่มประเทศที่ได้สร้างข้อตกลง ECSC ซึ่งประกอบไปด้วย ประเทศเบลเยียม ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอิตาลี และประเทศลักเซมเบิร์ก ด้วยมุ่งเน้นที่จะห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นกระทำการร่วมกันอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน คล้ายคลึงกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่ตั้งแต่เริ่มรวมกลุ่มกันของสหภาพยุโรปซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 66 ของความตกลง ECSC กำหนดไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจสร้างความตกลง ตัดสินใจหรือสร้างแนวปฏิบัติใดๆ ที่เป็นการจำกัด ผู้ขาด ลดการแข่งขันตามปกติไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม” จากนั้นกลุ่มผู้กำหนดความตกลง ECSC เห็นควรที่จะขยายขอบเขตให้สอดคล้องกับการพัฒนาของอุตสาหกรรมให้มีผลบังคับแก่อุตสาหกรรมอื่นๆ ด้วยจึงได้มีการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อส่งเสริมการแข่งขันตามมาตรา 85 และ 86 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome หรือ EC Treaty)

⁴¹ GDP ย่อมาจาก Gross Domestic Product หมายถึง ผลิตภัณฑ์รวมในประเทศ

⁴² เพชรศรีกาญจน์, ห., "ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตาม มาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560." หน้า 147.

⁴³ ศักดา ธนิตกุลและคณะอาจารย์คณะนิติศาสตร์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562). หน้า 119.

การพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปต่อเนื่องมาในปี ค.ศ. 2004 (พ.ศ.2557) เริ่มต้นจากการตั้งหน่วยงานพิเศษด้านการปราบปรามการตกลงร่วมกัน โดยเฉพาะโดยมีหน้าที่ในการติดตาม สืบหาพยานหลักฐานการกระทำการตกลงร่วมกัน จากนั้นมีการพัฒนาในการใช้มาตรการลดหย่อนโทษ (Leniency program) เป็นมาตรการที่ช่วยสืบหาพยานหลักฐานของการกระทำผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า การใช้มาตรานี้จะเสริมให้สามารถให้ผู้ที่กระทำความผิด หรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิดจากการกระทำร่วมกันนั้นๆ เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือยอมรับในการกระทำผิดเพื่อที่จะได้รับการลดหย่อนโทษ บรรเทาโทษ สะท้อนให้เห็นว่ามาตรการสามารถเพิ่มประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ โดยมาตรา 85⁴⁴ ของ EC Treaty บัญญัติไว้เกี่ยวกับห้ามการรวมตัวกันของผู้ประกอบการเพื่อที่จะไม่ให้มีการแข่งขันทางเศรษฐกิจ ในลักษณะของการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการ หรือ การตัดสินใจโดยสมาคมของผู้ประกอบการ เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาด ป้องกัน จำกัด ขัดขวาง การแข่งขัน และมาตรา 86⁴⁵ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้มีการประกอบการโดยอำนาจเหนือตลาดเพื่อประโยชน์ของตนอย่างไม่เหมาะสม⁴⁶

แต่ในปัจจุบัน มาตรา 85 และ 86 ของ EC Treaty และ Regulation 17/62 นั้น ไม่มีผลใช้บังคับในกฎหมายสหภาพยุโรปอีกต่อไป แต่มีบทบัญญัติในปัจจุบันในการบังคับใช้อันได้แก่ มาตรา 101 ถึง 102 และมาตรา 107 ถึง 109 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป ซึ่งจะกล่าวถึงถัดไป

สหภาพยุโรปจึงมุ่งควบคุมทางด้านการค้า ผลประโยชน์เพื่อที่จะส่งผลดีให้กับประเทศสมาชิกอย่างมากที่สุดโดยมีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเป็นผู้ดูแลควบคุม ดังคำกล่าวของหัวหน้าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้มีการกล่าวสุนทรพจน์ในปีค.ศ. 2007 (พ.ศ.2550) “คณะกรรมการจะไม่ยอมให้ผลประโยชน์ในตลาดของสหภาพยุโรปถูกต่อต้านโดยการตกลงร่วมกัน (Cartel) รวมถึง การต่อต้านโดยรูปแบบอื่น โดยให้ความสำคัญในการจัดการกับการตกลงร่วมกันเป็นลำดับแรก”⁴⁷ ในปัจจุบันสหภาพยุโรปประกอบด้วยประเทศสมาชิกที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นต้องมีผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นสร้างความเสียหายต่อการค้าแก่ประเทศที่ไม่ได้อยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จะใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้นๆ ในการพิจารณา

⁴⁴ Treaty of Rome 1957, Article 85.

⁴⁵ Treaty of Rome 1957, Article 86.

⁴⁶ ธนิตกุลและคณาจารย์คณะนิติศาสตร์, ศ., กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์ หน้า 120.

⁴⁷ Neelie, the head of DG competition said in a speech in 2207.

ความผิดหรือดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งในปัจจุบันสหภาพยุโรปมีจำนวน 27 ประเทศ ประกอบไปด้วย ออสเตรีย เบลเยียม ไชปรัส เชก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ อิตาลี ลัตเวีย ลิทัวเนีย ลักเซมเบิร์ก มอลตา เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส สโลวาเกีย สโลวีเนีย โรมาเนีย บัลแกเรีย สเปน สวีเดน และสหราชอาณาจักร⁴⁸ สหภาพยุโรปสามารถสร้างการเข้าถึงได้ง่ายภายในตลาดเดียว ประเทศสมาชิกสามารถเคลื่อนย้ายดำเนินการต่างๆได้อย่างเสรีภายใต้ตลาดเดียว (Single Market) ถือเป็นกลไกอุปสรรคทางด้านต่างๆ เช่น การลงทุน ข้อแตกต่างทางกฎหมาย เป็นต้น

บทบัญญัติที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายขั้นปฐมภูมิของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้แก่ “**บทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป (The Treaty on the Functioning of the European Union : TFEU)**” (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “TFEU”) รวมไปถึงการออก Regulation ต่างๆ เพื่อจะสร้างการแข่งขันในตลาดที่เป็นธรรม การออกแนวปฏิบัติ (Guideline) การสื่อสาร (Communication) และการแจ้งเตือน (Notices) เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD)

องค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาเศรษฐกิจ (OECD)

องค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD) (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “OECD”) เป็นองค์การดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเป็นสำคัญ ซึ่งระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยส่วนใหญ่มีขอบเขตอยู่ในระดับชาติเท่านั้นซึ่งหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปเป็นข้อยกเว้น และมีผลบังคับใช้ประเทศสมาชิกของรัฐและประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (Contracting Stat European Economic Area : EEA) และ OECD ได้มีการออกข้อเสนอแนะ (Recommended of the Council concerning Action Against Hard Core Cartels) และร่วมมือที่จะต้องการป้องกันการกระทำร่วมกัน⁴⁹ โดยเรียกร้องให้ประเทศสมาชิกรับรองว่ากฎหมายภายในประเทศของสมาชิกมีประสิทธิภาพ

⁴⁸ Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of Thailand, "European Union – Eu," [Online] Accessed: 30 November. Available from: <https://www.mfa.go.th/th/content/5d5bcc2715e39c306000a35d?cate=5d5bcb4e15e39c3060006872>.

⁴⁹ คณะผู้แทนประเทศไทยประจำสหภาพยุโรป, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรัฐสำหรับภาครัฐและเอกชนไทย. หน้า 43-44.

ในการยับยั้งและตกลงร่วมกัน อีกทั้งยังมีประเด็นต่างๆที่ทาง OCED มาเผยแพร่อีกหลายฉบับ โดยเป็นองค์กรที่พยายามตีแผ่ให้รู้ถึงการกระทำที่เป็นการต่อต้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะส่งผลกระทบต่อระบบตลาดหรือเศรษฐกิจ (Whistleblowers)

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้นจึงครอบคลุมด้วยสนธิสัญญากรุงโรม บังคับกับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในประเด็นเกี่ยวกับการควบคุมเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า โดยมีองค์กรที่ควบคุมดูแลตลาดของสหภาพยุโรป อันได้แก่ คณะกรรมาธิการยุโรป ซึ่งควบคุมในระดับภูมิภาค และองค์กรการแข่งขันทางการค้า (NCAs)⁵⁰

4.2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน

บทบัญญัติทางกฎหมายที่เป็นฐานสำคัญเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ บทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป (The Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU (ซึ่งต่อไปนี้จะใช้คำว่า “TFEU”)) และ กฎต่างๆ (Regulation) อีกทั้งคณะกรรมาธิการร่างกฎหมายยังสามารถออกแนวปฏิบัติ (Guideline) การสื่อสาร (Communication) และการแจ้งเตือน (Notice) เพื่อปรับใช้ให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมที่อยู่โดยรอบ โดยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าใน TFEU สามารถแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับผู้ประกอบการ, กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับรัฐสมาชิก และกฎเกณฑ์เพื่อการบังคับกับผู้ประกอบการ

โดยบทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรปที่ใช้ในการควบคุมการจำกัด ลด หรือผูกขาดการแข่งขันทางการค้านั้นต้องพิจารณา **ตามมาตรา 101 และ 102 ของ TFEU** โดยพัฒนาการความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป⁵¹ ได้สะท้อนให้เห็นถึงสาระสำคัญของ มาตรา 85 และ 86 ของ EC Treaty⁵² ที่มีมาแต่เนิ่น เป็นข้อห้ามในการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อไม่ให้มีการแข่งขันทางเศรษฐกิจ (Cartel) ซึ่งเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ โดยสมาชิกจะตกลงร่วมกันจำกัด หรือกำจัดการแข่งขัน

⁵⁰ ผาติเวทย์, ผ., "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542." หน้า 171.

⁵¹ ธนิตกุล, ศ., คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 หน้า 121.

⁵² EC Treaty* เป็นการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อส่งเสริมการแข่งขันในมาตรา 85 และ 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome หรือ “EC Treaty”) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่จะจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปขึ้นหรือที่เรียกกันว่า European Community (EC)

เพื่อการเพิ่มราคาและกำไรของแต่ละบริษัทไม่เข้าร่วม และข้อห้ามผู้ประกอบการมิให้ใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อประโยชน์ของตนอย่างไม่เหมาะสม ซึ่งปัจจุบันไม่ได้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปอีกต่อไป รวมไปถึง Regulation 17/62 ดังที่กล่าวข้างต้นจึงมีมาตรา 101 และ 102 ของ TFEU และ Regulation 1/2003 เป็นบทบัญญัติที่ควบคุมเกี่ยวกับพฤติกรรมที่สร้างความไม่เป็นธรรม ป้องกันจำกัด ลด หรือผูกขาดการแข่งขันทางการค้า

มาตรา 101 TFEU⁵³ เป็นอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันในการกำหนดราคาอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน บัญญัติไว้ว่า

⁵³ The Treaty on the Functioning of the European Union, Article 101

1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

“1. ข้อตกลงระหว่างองค์กรธุรกิจ (Between Undertakings) การตัดสินใจของสมาคมขององค์กรธุรกิจ (Decisions by Associations of Undertakings) หรือการกระทำร่วมกันใด ๆ ระหว่างองค์กรธุรกิจ (Concerted Practices) ที่อาจกระทบต่อการค้า ระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปและมีวัตถุประสงค์ หรือมีผลเป็นการขัดขวาง จำกัด หรือ บิดเบือนการแข่งขันในตลาดย่อมเป็นการต้องห้ามโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ดังการกระทำดังต่อไปนี้

(ก) การกำหนดราคาซื้อขายหรือราคาขายทั้งหมดโดยตรงและโดยอ้อมหรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอื่นๆ

(ข) การจัด หรือ ควบคุมการผลิต ตลาด การพัฒนาเทคโนโลยีหรือการลงทุน

(ค) การแบ่งส่วนของตลาดหรือแหล่งวัตถุดิบ

(ง) การกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกัน สำหรับธุรกรรมเดียวกันต่อคู่ค้ารายอื่นๆ ซึ่งจะทำให้คู่ค้ารายนั้นเสียประโยชน์ในการแข่งขัน

(จ) การทำข้อสรุปของสัญญาภายใต้การยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีหน้าที่ซึ่งในทางการค้าปกติไม่มีการเกี่ยวข้องกับเป้าหมายของสัญญา

2. ข้อตกลงหรือคำสั่งที่ถูกห้ามตามมาตรานี้เป็นโมฆะ

3. บทบัญญัติในวรรค 1 อาจไม่ใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้

- ข้อตกลงใดๆ หรือประเภทของข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ (Undertaking)

- คำสั่งหรือประเภทของคำสั่งซึ่งเกิดจากการรวมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ

- ระเบียบปฏิบัติที่กระทำร่วมกัน หรือประเภทของระเบียบปฏิบัติ ทั้งนี้ ข้อตกลงต่างๆ อาจกระทำได้ หากข้อตกลง คำสั่ง หรือ แนวปฏิบัติดังกล่าว ทำให้เกิดการพัฒนาในการผลิต จำหน่าย หรือความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีหรือเศรษฐกิจ เปิดโอกาสให้ผู้บริโภคได้รับผลประโยชน์ที่เป็นธรรม โดยจะไม่ต้องมีข้อจำกัดซึ่งไม่เป็นธรรมต่อการบรรลุและไม่เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกำจัดการแข่งขันในส่วนที่สำคัญได้”

การพิจารณาองค์ประกอบของผู้กระทำ (ผู้ประกอบธุรกิจ)

โดยจึงต้องมีการวิเคราะห์องค์ประกอบดังต่อไปนี้เมื่อพิจารณาถึงคำว่า “ผู้กระทำ” ที่อยู่ในบทบัญญัติทางกฎหมายนั้น

“ผู้ประกอบธุรกิจ (Undertaking)” เป็นการให้นิยามแบบกว้างๆ โดยมีข้อสังเกตที่สำคัญคือบุคคลนั้นต้องได้ดำเนินการ หรือประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity) แต่หากกิจกรรมนั้น เป็นการกระทำหน้าที่ในรูปแบบของการกระทำของรัฐ โดยใช้อำนาจรัฐ จะไม่ตกอยู่ภายใต้ นิยามของคำว่า “บุคคล” และไม่อยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งหากมีการฝ่าฝืนจะตกเป็นโมฆะทันที

“องค์กร” หมายถึง องค์กรทุกรูปแบบที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานะทางกฎหมายหรือแหล่งที่มาของเงินทุนขององค์กรนั้น อีกทั้งต้องอยู่ในแนวเศรษฐกิจเดียวกัน ซึ่งได้มีการวางหลักและให้นิยามไว้ในแนวคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิการ (Commission) โดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี Hofner and Elser v. Macrotron⁵⁴ จากข้อเท็จจริงศาลยุติธรรมวางหลักข้อสังเกตตามบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการแข่งขัน

⁵⁴ "Klaus Höfner and Fritz Elser V Macrotron Gmbh," 1. Competition — Community rules — To whom addressed — Undertakings — Concept — Public employment agency engaged in employment procurement — Included (EEC Treaty, Arts 85 and 86)
2. Competition — Dominant position — Abuse — Undertaking with a statutory monopoly — Public employment agency engaged in employment procurement — Criteria for assessment (EEC Treaty, Arts 86 and 90(1) and (2))
3. Freedom to provide services — Treaty provisions — Situations internal to a Member State — Not applicable (EEC Treaty, Arts 7 and 59) (Sixth Chamber, 1991).

ดังนั้น บุคคลธรรมดา นิติบุคคล สมาคม องค์กร ภาครัฐหรือเอกชน ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นเพื่อแสวงหากำไรหรือไม่ หรือแม้ว่าเป็นเพียงส่วนหนึ่งของรัฐโดยมิได้มีสภาพบุคคลที่แยกเป็นอิสระ ก็อาจเป็นผู้กระทำการที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของ TFEU ได้เช่นกัน

คำว่า “**ผู้ประกอบการ (Undertaking)**” ตามมาตรา 101 ของ TFEU ถูกนำไปใช้กับข้อตกลงของผู้ประกอบธุรกิจ เป็นการพัฒนาขึ้นมาของคณะกรรมการ (Decision - making practice of the commission) และข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นในศาลดังคดี Hofner and Elser v. Macroton GmbH ศาลได้มีการวางหลักว่า “กรอบความคิดเกี่ยวกับผู้ประกอบการนั้น ครอบคลุมทุกบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร (Entity) ที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายของบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร และวิธีการจัดหาเงินทุน⁵⁵ ด้วยระบบของสหภาพยุโรปนั้นเปิดโอกาสการตีความแบบกว้าง เป็นการนิยามในลักษณะเปิดเพื่อให้ครอบคลุมทุกบุคคลตามการวางหลักของศาล โดยไม่ได้คำนึงสถานะทางกฎหมาย

การพิจารณาองค์ประกอบการกระทำร่วมกัน

การตกลงราคาร่วมกันระหว่างคู่แข่งทางธุรกิจ (Cartel) ตามมาตรา 101 ของ TFEU โดยคณะกรรมการยุโรปได้ให้นิยามของ “**พฤติกรรม (Cartel)** เป็นการที่ผู้ประกอบการซึ่งมีความเป็นอิสระต่อกันเพื่อกำหนดราคา จำกัดการผลิต ร่วมกันแบ่งตลาดของสินค้าหรือบริการ โดยถือเป็นการกระทำผิดกฎหมาย ในบางกรณีข้อตกลงบางอย่างอาจไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิด

ตามมาตรา 101 ของ TFEU เป็นข้อยกเว้นแก่ผู้ประกอบการ กล่าวคือไม่บังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจที่มาจาก “หน่วยเศรษฐกิจเดี่ยว (Single Entity)”⁵⁶ ภายในบริษัทลูกซึ่งไม่มีอิสระอย่างแท้จริงในการกำหนดแนวทางการดำเนินงานในตลาด และถูกกำหนดให้เกี่ยวข้องกับเฉพาะกับหน้าที่ที่ถูกจัดสรรไว้ตามข้อตกลงหรือแนวปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการ” โดยสรุปข้อตกลงที่มีการกระทำร่วมกันระหว่างบริษัทภายในหน่วยเดียวกันจะไม่อยู่ภายใต้

⁵⁵ The concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed

⁵⁶ หน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน (Single Economic Entity) การตกลงกันระหว่างกิจการ หรือระหว่างผู้ประกอบการและผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน จึงไม่ครอบคลุมการกระทำที่มาจากภายในกิจการ หากมีการปรากฏว่าภายในเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันหรือภายใต้กฎหมายแข่งขันถือว่าเป็นการจัดสรรภายในหน่วยงาน

มาตรา 101 ของ TFEU ซึ่งการร่วมกันของผู้ประกอบการต่างๆ ไม่ว่าจะลักษณะใด การตัดสินใจต่างๆ ล้วนมาจากการร่วมกันในแนวนอน (Horizontal agreement)

การตกลงร่วมกันในแนวนอน (Horizontal agreement)

การตกลงร่วมกันแนวนอน เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับเดียวกัน เช่น ผู้ผลิตกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายกับผู้จำหน่าย ดังที่เคยได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 โดยการตกลงร่วมกันนั้นอยู่รูปแบบของการซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยนข้อมูล ซึ่งสัญญาต่าง ๆ นี้ไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า หากการตกลงกันนั้นสร้างผลกระทบทางด้านราคา ผลผลิต ต่อระบบเศรษฐกิจและถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยข้อตกลงนั้น หมายถึงข้อตกลงด้วยวาจาหรือข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรแม้ไม่ได้มีความประสงค์จะผูกพันกันทางกฎหมายก็ตาม ในการพิสูจน์ของการกระทำนั้นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ามีการต้องตรงกันของเจตนา⁵⁷

การตกลงร่วมกันในแนวตั้ง (Vertical agreement)

การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งอยู่ในระดับต่างกัน จากระดับบนสู่ระดับล่าง เช่น ซัพพลายเออร์ (Supplier) และลูกค้า โดยการตกลงร่วมกันดังกล่าวอาจเป็นการจำกัดราคาหรือปริมาณการผลิต เป็นการจำกัดความสามารถในการแข่งขัน กล่าวคือ ผู้ผลิตเองก็จะผลิตให้ผู้จัดจำหน่ายเพียงรายเดียว และผู้จัดจำหน่ายจำกัดสินค้าที่ตนจัดจำหน่ายไว้เพียงจากผู้ผลิตเพียงหนึ่งเดียวเท่านั้น

การตกลงร่วมกันในแนวตั้งสามารถแบ่งออกเป็นประเภทต่าง ๆ⁵⁸ ดังนี้

1. รูปแบบสัญญากำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance agreement) ซึ่งเป็นการกำหนดทิศทางของราคาและรักษาระดับของราคาให้มีความเสมอกัน โดยมักเกิดการกระทำร่วมกันจากฝ่ายผู้ผลิตที่ต้องการควบคุมไปถึงต้นทุนของตนเอง

⁵⁷ คณะผู้แทนประเทศไทยประจำสหภาพยุโรป, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐ และเอกชนไทย. หน้า 37.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

2. สัญญาจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution system agreement) การตกลงร่วมกันจำหน่ายสินค้าบางประเภท พิจารณาจากรูปแบบหรือคุณภาพ เพื่อรักษาคุณภาพของสินค้าไว้

3. สัญญาส่วนแบ่งตลาด (Market partitioning agreement) การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ผลิตสินค้าในการแบ่งส่วนตลาด ถือว่าเป็นการกระทำต่อต้านกฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื่องจากขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า และตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ที่ต้องการรวมประเทศสมาชิกร่วมกันเพื่อประโยชน์ของประเทศสมาชิกร่วมกันมิใช่ประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

4. การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิเฉพาะ (Exclusive agreement) กรณีที่มีการตกลงร่วมกันในการดำเนินการผลิตให้กับคู่ค้าเพียงรายเดียวเท่านั้น เช่น ต้องการรักษามาตรฐานของร้าน หรือมีความต้องการจำกัดการแข่งขัน เพราะต้องการให้สินค้ามีเอกลักษณ์เฉพาะ

หากเป็นการตกลงร่วมกันลักษณะในแนวตั้งนี้ ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป จะกำหนดว่าไม่ถือเป็นการต้องห้าม เว้นแต่การตกลงร่วมกันในการกำหนดราคา หรือควบคุมราคา โดยเฉพาะการกำหนดราคาค้าปลีกต้องคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อบุคคลภายนอก ยังคงมีการตั้งข้อสังเกตว่าไม่ควรใช้มาตรา 101 กับข้อตกลงขององค์กรที่อยู่ต่างระดับกัน

การกระทำร่วมกัน (Concerted practice)

การกระทำร่วมกัน (Concerted practice) ถือเป็นพฤติกรรมที่ได้มีการกำหนดรวมไว้ใน มาตรา 101(1) ของ TFEU อาจเรียกได้ว่าเป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัย เพื่อให้สามารถให้ครอบคลุมพฤติกรรมต่าง ๆ ที่เป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันรวมถึงการสมรู้ร่วมคิดในรูปแบบต่างๆ ซึ่งอาจจะมีการปรากฏอยู่ในรูปแบบของการกระทำร่วมกันที่อาจไม่ได้อยู่ในรูปแบบของข้อตกลง หรือการตัดสินใจ โดยไม่ปรากฏพยานหลักฐานโดยชัดแจ้ง หรือการติดต่อโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ จึงควรมีการกำกับด้วยกฎหมายให้มีความครอบคลุม ประกอบกับการพิสูจน์ถึงการมีอยู่ให้เป็นที่ยอมรับซึ่งตามมาตรา 101 ของ TFEU

จากการศึกษาพบว่า ศาลสหภาพยุโรป หรือ Court of Justice of the European Union หรือ ECJ ยอมรับว่าแนวคิดของการกระทำร่วมกันตามมาตรา 101 (1) รวมถึงการที่ผู้ประกอบการธุรกิจวางแผนร่วมกัน (Concerting) ดำเนินการในตลาดและความสัมพันธ์ของเหตุและผลระหว่างการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจ แต่การที่ผู้มีส่วนร่วมทำการตามตกลงในตลาดอาจถูกสันนิษฐานได้ว่ามีการแลกเปลี่ยนข้อมูลกับบรรดาผู้แข่งขันเพื่อกำหนดพฤติกรรมในตลาด ซึ่งในคดี Huls⁵⁹

การตกลงราคาหรือการร่วมกันเกี่ยวกับการกำหนดราคาหรือเงื่อนไขทางการค้าอื่น ๆ โดยมี “ราคาหรือการกำหนดราคา” เป็นหัวใจสำคัญของการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการการตกลงร่วมมือกันระหว่างคู่แข่ง เพื่อกำหนดราคาหรือเงื่อนไขว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าในรูปแบบหนึ่ง *ความร่วมมือต่างๆไม่ว่าจะรูปแบบใดจะต้องมีวัตถุประสงค์เป้าหมายหรือมีผลกระทบเพื่อการกีดกัน การจำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดของสหภาพยุโรป รวมไปถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลต่างๆ* (The Object Or Effect Of Preventing Restricting Or Distorting Competition) เช่น ข้อมูลด้านราคา และอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกต่างๆในสหภาพยุโรป ซึ่งทั้งหมดถือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 101 TFEU⁶⁰

โดยคำตัดสินของศาลจะต้องพิจารณาองค์ประกอบของการพิจารณาในเรื่องความผิด การกระทำนั้นต้องส่งผลกระทบต่อตลาดอันเป็นเหตุที่จะนำไปสู่การกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน ส่วนประกอบในการพิจารณาคือ “วัตถุประสงค์” และ “ผลกระทบ”⁶¹ ถึงเป้าหมายในการพิจารณาเริ่มจากวัตถุประสงค์ของการตกลงเป็นลำดับแรก (หลัก By Object) โดยไม่จำเป็นต้องทำการตรวจสอบผลกระทบที่เกิดขึ้นว่าก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจริงหรือไม่ (หลัก By Effect)⁶²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภายใต้หลัก by object

ตามบทบัญญัติมาตรา 101(1) TFEU คำว่า “ภาวะวิสัย (Object)” มี 2 ความหมาย ได้แก่วัตถุประสงค์และเป้าหมาย โดยอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงไม่มีความเกี่ยวข้องกับจิตใจหรือความรู้สึก วัตถุประสงค์ โดยหากวัตถุประสงค์นี้ชัดเจนแล้วไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงผลกระทบ

⁵⁹ "Hüls Ag V Commission of the European Communities.," ใน European Court Reports 1999 I-04287(general court chambers (6th chambers), 2006).

⁶⁰ Alison Jones and Brenda Sufrin, "Ec Competition Law: Text Cases and Materials," Oxford University Press 4(2016).

⁶¹ ผาติเวทย์, ผ., "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542." หน้า 95.

⁶² Alison Jones and Brenda Sufrin, "Case56 and 58/64, Ecr 299 " (1996).

รวมไปถึงเจตนาของคู่สัญญานั้นไม่ใช่สาระสำคัญแต่อย่างใด ซึ่งศาลสหภาพยุโรปได้มีการตีถ้อยคำเกี่ยวกับ “การกระทำร่วมกัน (Concerted practice)” แบบกว้าง ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นเนื่องจากลักษณะมีหลากหลายรูปแบบจึงต้องพิจารณาหรือกำหนดรูปแบบของการกระทำร่วมกันอย่างเฉพาะเจาะจง เช่น ข้อสันนิษฐานที่ว่ากิจการมีส่วนร่วมในการกระทำร่วมกันโดยคำนึงจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน และไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าการกระทำร่วมกันนี้ก่อให้เกิดผลกระทบจริงในตลาด⁶³

ภายใต้หลัก by effect

คำว่า “Effect” ต้องพิจารณาถึงผลกระทบ สิ่งที่มาจากสิ่งใดสิ่งหนึ่งหรือสถานการณ์ใด สถานการณ์หนึ่ง จะนำมาใช้ในการพิจารณาต่อเมื่อไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ถึงวัตถุประสงค์ในการจำกัดการแข่งขัน จึงต้องปรับมาพิสูจน์ให้ได้ถึงผลกระทบของการกระทำที่จะนำมาสู่การจำกัดการแข่งขันอย่างไร อันนำไปสู่การจำกัด ผูกขาด หรือลดการแข่งขันไม่มากนักน้อย เช่น ราคา คุณภาพสินค้า เป็นต้น อีกทั้งการกระทำร่วมกันนั้นจะต้องอยู่ภายใต้ความอิสระในการตัดสินใจไม่ว่าจากการกระทำร่วมกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จึงสรุปได้ว่าหลักนี้จะนำมาใช้ต่อจากหลัก by object

โดยมาตรา 101(1) ของ TFEU เกี่ยวกับการตกลงร่วมกัน มีการบัญญัติห้ามพฤติกรรม 3 ประเภท ได้แก่ ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ การตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ และการกระทำร่วมกัน โดยได้มีการวางหลักเกี่ยวกับการพิสูจน์ ให้เพียงแสดงให้เห็นว่าระหว่างผู้ประกอบการและคู่แข่งนั้นมีเจตนากระทำให้ตลาดมีลักษณะที่แน่นอน โดยข้อตกลงและ/หรือการกระทำร่วมกัน ในการพิสูจน์นั้นไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ตลอดข้อตกลงว่าการกระทำร่วมกันมีตลอดระยะเวลาที่มีการละเมิด เช่น คดี Asnef-Equifax⁶⁴ เป็นเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยอ้อมระหว่างคู่แข่ง ได้ข้อสรุปว่าไม่จำเป็นต้องเป็นความร่วมมือกันแบบเฉพาะเจาะจงว่าเป็นข้อตกลงการกระทำร่วมกันหรือการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ

⁶³ Case C-49/92 Commission V. Anic Participazioni SpA [1999] ECRI-4125, para121.

⁶⁴ "Asnef-Equifax V. Ausbanc.," 1.The reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 81 EC.

2.The reference was made in proceedings between Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL ('Asnef-Equifax') and Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios ('Ausbanc') concerning a register of information between financial institutions on the solvency of customers ('the register') (Court of Justice of the European Union, 2006).

ผลกระทบต่อการแข่งขันของการตกลงร่วมกัน การตัดสินใจ หรือการกระทำร่วมกันของผู้กระทำจะต้องเป็นผลกระทบต่อการแข่งขันส่งผลกระทบต่อตลาด คณะกรรมาธิการได้ออกประกาศเรื่องข้อตกลงที่มีความสำคัญน้อยซึ่งไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างถึงขนาดตามมาตรา 101 (1) แห่ง TFEU (Commission Notice on agreement of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101 (1) of TFEU เพื่อให้ข้อเสนอแนะแก่ศาลและหน่วยงานกำกับดูแลสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยอาศัยส่วนแบ่งตลาดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา หากเป็นข้อตกลงที่เข้าเงื่อนไขตามประกาศถือเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันในนัยยะตามมาตรา 101 แห่ง TFEU โดยพิจารณาส่วนแบ่งเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

1. หากเป็นคู่แข่งกัน (Agreement between competitions) ส่วนแบ่งตลาดของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้สัญญาทั้งหมดจะไม่เกิน ร้อยละ 10 ของตลาดที่เกี่ยวข้องที่ได้รับผลกระทบจากการตกลงนั้น และ

2. หากไม่ได้เป็นคู่แข่งกัน (Agreement between non-competitions) ส่วนแบ่งตลาดของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้สัญญาทั้งหมดจะไม่เกินร้อยละ 15 ที่ได้รับผลกระทบจากการตกลงนั้น

ซึ่งการตกลงกันการแข่งขันที่ไม่ถึงขนาดและไม่เป็นความผิดตามมาตรา 101 ของ TFEU หากส่วนแบ่งเกินกว่าประกาศกำหนด จะถือว่าจำกัดการแข่งขันเลยหรือไม่ แต่เพียงไม่ได้รับประโยชน์ตามประกาศฉบับนี้ในลักษณะของพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรง (Hard Core Cartel) เป็นการตกลงไม่เป็นธรรมอันมีผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรงที่สุด โดยจะต้องเป็นในลักษณะการกีดกันทำลายระบบการแข่งขันนั้นเกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศและไม่ได้สร้างความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

สหภาพยุโรปเห็นว่า การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง มี 4 กรณี ได้แก่ การกำหนดราคา การแบ่งตลาดการจำกัดปริมาณผลผลิต และการตกลงร่วมกันเข้าประกวดราคา โดยล้วนเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้า

4.2.3 คดีที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม

คดี E-TURAS and Others

หน่วยงานด้านการแข่งขันระดับประเทศในลิทัวเนีย หรือ the national competition authority in Lithuania หรือ NCA (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “NCA”) ได้มีคำสั่งปรับผู้ประกอบการท่องเที่ยวหรือตัวแทนท่องเที่ยวจำนวน 30 ราย สำหรับการร่วมกันต่อต้านการแข่งขันในตลาดการขายแพ็คเกจทัวร์ที่ครอบคลุมอาณาเขตทั้งหมดของประเทศลิทัวเนีย การดำเนินการต่อต้านการแข่งขันถูกกล่าวหาว่าเกิดขึ้นภายในระบบ E-turas ซึ่งเป็นระบบจองออนไลน์สำหรับการค้นหาและจองแพ็คเกจทัวร์โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามที่อธิบายโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (*European Court of Justice* : ECJ) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ECJ”) ระบบอนุญาตให้ตัวแทนการท่องเที่ยวที่ได้รับใบอนุญาตดำเนินการ "เพื่อเสนอขายการจองการเดินทางบนเว็บไซต์ของตนโดยผ่านวิธีการนำเสนอแบบเดียวกันซึ่งกำหนดโดยระบบ E-turas" ซึ่งตัวแทนบริษัททัวร์ได้รับรู้ถึงการกำหนดส่วนลดราคาผ่านระบบอัลกอริทึม ซึ่งสามารถอนุมานได้ว่าจะมีการเข้าร่วมกันตกลงราคา นอกจากตัวแทนจะพิสูจน์ได้ว่าไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการตกลงราคาดังกล่าว⁶⁵

⁶⁵ "C-74/14 - Eturas and Others," The ECJ starts off recalling the principles that companies are to determine their behavior autonomously (27) and that “passive modes of participation” (i.e. complicity/facilitation) are also caught by Art. 101 (and refers here to the recent Judgment in *Treuhand* (28)) (our comment on that one is available here).

The Court nevertheless explains that, whereas there is a presumption that companies take into account the info exchanged with others for determining their behavior (33, citing the infamous *T-Mobile*), the question posed by the national Court is not really about that, but rather about an evidential issue (34). As recalled in paras. 29 to 32, issues pertaining to the standard of proof are not harmonized by Regulation 1/2003 and therefore remain a matter of the national law at issue provided that the principles of effectiveness and uniformity are respected.

The principle of effectiveness requires that national rules on evidence don't render the application of EU law impossible or excessively difficult; accordingly, it requires that not only direct evidence, but also indicia, be valid to prove an infringement (35-37). However, if, as in the case at issue, the national Court has doubts as to whether the travel agents became or must have become aware of the content of the system notification, then the presumption of innocence applies, in the sense that the mere sending of the notification cannot be in itself enough to infer awareness of its content (38-39). It could nonetheless be used in combination with other objective and consistent indicia to establish a rebuttable presumption of awareness (40).

The ECJ recalls that a “concerted practice” implies not only an element of concertation, but also an ensuing behavior on the market and a causal link between the two (42)

จากการสอบสวนที่ดำเนินการโดย NCA พิสูจน์ให้เห็นว่าบางครั้งก่อนที่จะมีการจำกัดที่ถูกกล่าวหา ผู้ดูแลระบบได้ส่งอีเมลไปยังคู่สัญญาเพื่อขอให้พวกเขาลงคะแนนความเหมาะสมของการลดจาก 4% เป็น 1%-3% ของส่วนลดที่เสนอ ให้กับผู้บริโภคที่ซื้อทัวร์ออนไลน์ผ่านระบบ ภายหลังจากนั้นไม่นาน แอดมินก็ส่งข้อความไปแจ้งให้คู่กรณีทราบอีกครั้ง

ในคดีนี้แนวทางการตัดสินคดีของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป⁶⁶ดังต่อไปนี้

ประการแรก พิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่าข้อความถูกส่งมีน้ำหนักของพยานหลักฐานมากพอที่จะพิสูจน์ว่าผู้รับได้รับหรือควรรับรู้ถึงเนื้อหาหรือไม่ และพวกเขายอมรับโดยที่ไม่คัดค้านในลักษณะที่จะทำให้พวกเขาต้องรับผิดชอบภายใต้กฎการแข่งขันหรือไม่

ECJ เริ่มต้นจากการระลึกถึงหลักการที่บริษัทต่าง ๆ ต้องกำหนดพฤติกรรมของตนด้วยตนเอง และ รูปแบบการมีส่วนร่วมแบบนิ่งเฉย (เช่น การสมรู้ร่วมคิด, การอำนวยความสะดวก) ซึ่งอยู่ภายใต้ Article 101 ของ TFEU อย่างไรก็ตาม ศาลอธิบายว่าในขณะที่มีข้อสันนิษฐานว่าบริษัทต่าง ๆ คำนึงถึงข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกับผู้อื่นเพื่อกำหนดพฤติกรรมของพวกเขา ซึ่งประเด็นเกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์ไม่สอดคล้องกันโดย Regulation 1/2003

หลักการของความมีประสิทธิผลกำหนดให้กฎเกณฑ์ระดับประเทศว่าด้วยหลักฐานต้องไม่ทำให้การใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปเป็นไปไม่ได้หรือยากเกินไป ด้วยเหตุนี้

After repeating the facts of the case (43), the ECJ holds that (a) those agents that were aware of the content of the system notification could be presumed to have tacitly acquiesced provided that the other elements (behavior + causal link) are met and thus be liable as from the moment of reception (44); and (b) those agents whose awareness cannot be established cannot be presumed to have participated in a concerted practice by virtue only of the implementation of the technical restriction (45).

A presumption of the participation of a given undertaking in a concerted practice can nonetheless be rebutted by publicly distancing itself from that practice or by reporting it to administrative authorities. In addition, the Court says that, according to the case law, in the absence of a collusive meeting there may be other ways of rebutting the presumption (46). (ECJ, 2016).

⁶⁶ Alfonso Lamadrid, "Ecj's Judgment in Case C-74/14, Eturas (on the Scope of "Concerted Practices" and on Technological Collusion)," [Online]. Available from: <https://chillingcompetition.com/2016/01/22/ecjs-judgment-in-case-c-7414-eturas-on-the-scope-of-concerted-practices-and-on-technological-collusion/>

ไม่เพียงแต่ต้องมีหลักฐานโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงตัวบ่งชี้ด้วย จึงจะพิสูจน์การละเมิดได้ อย่างไรก็ตาม หากในกรณีที่เป็นปัญหา ศาลามีข้อสงสัยว่าตัวแทนการทองเทียวเป็นหรือต้องรับรู้เนื้อหาของการแจ้งเตือนของระบบหรือไม่ ให้สันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ในแง่ที่ว่าเพียงการส่ง การแจ้งเตือนไม่สามารถอยู่ในตัวมันเองมากพอที่จะอนุมานถึงการรับรู้ถึงเนื้อหา อย่างไรก็ตาม มันสามารถใช้ร่วมกับวัตถุประสงค่อื่น ๆ และตัวบ่งชี้ที่สอดคล้องกันเพื่อสร้างข้อสันนิษฐานของการรับรู้ที่โต้แย้งได้

ประการที่สอง ในกรณีที่มีการตอบกลับในเชิงลบสำหรับคำถามแรก ควรคำนึงถึงองค์ประกอบใดบ้างในการพิจารณาว่าการดำเนินการที่เข้าร่วมในระบบทั่วไป เช่นเดียวกับที่เป็นประเด็นนั้นมีส่วนร่วมในการปฏิบัติร่วมกันหรือไม่

ECJ เห็นว่า "การกระทำร่วมกัน" ไม่เพียงบ่งบอกถึงองค์ประกอบของการประสานงานกัน แต่ยังรวมถึงพฤติกรรมที่ตามมาในตลาดและการเชื่อมโยงเชิงสาเหตุระหว่างทั้งสอง หลังจากการทำซ้ำข้อเท็จจริงของคดี ECJ ถือว่า

(ก) ตัวแทนเหล่านั้นที่รับทราบเนื้อหาของการแจ้งเตือนของระบบ อาจถูกสันนิษฐานว่ายินยอมโดยปริยายหากองค์ประกอบอื่น ๆ (พฤติกรรมและสาเหตุ) เป็นไปตาม และต้องรับผิดชอบตั้งแต่ตอนรับ และ

(ข) ตัวแทนเหล่านั้นซึ่งไม่สามารถสร้างความตระหนักรู้ได้นั้นไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่ามีส่วนร่วมในการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอำนาจตามข้อจำกัด

ข้อสันนิษฐานของการมีส่วนร่วมของการดำเนินการที่กำหนดในแนวทางปฏิบัติร่วมกันสามารถโต้แย้งได้โดยการปลุกตัวออกห่างจากการปฏิบัติที่ในที่สาธารณะหรือรายงานต่อหน่วยงานปกครอง นอกจากนี้ ศาลกล่าวว่า ตามกฎหมายกรณี หากไม่มีการประชุมสมรู้ร่วมคิด อาจมีวิธีอื่นในการหักล้างข้อสันนิษฐาน

สำหรับวิธีอื่นในการหักล้างข้อสันนิษฐานของการมีส่วนร่วมในการกระทำร่วมกันศาลระบุว่า ในสถานการณ์เช่นที่เป็นประเด็นการเชื่อมโยงเชิงสาเหตุอาจถูกหักล้างได้โดยการแสดงว่าบริษัทใช้ส่วนลดย่างเป็นระบบเกินกว่าขีดจำกัด

คดี Case AT.40465 – ASUS⁶⁷

คดีคำตัดสินนี้เกี่ยวข้องกับ AsusTek Computer Inc., เป็นผู้ผลิตฮาร์ดแวร์คอมพิวเตอร์และผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ข้ามชาติ ซึ่งเป็นเจ้าของบริษัทย่อยอันได้แก่ Asus Computer GmbH (Asus Germany) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า "Asus Germany") และ Asus France SARL (Asus France) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า "Asus France") โดยเมื่อกล่าวถึง AsusTek Computer Inc., Asus Germany และ Asus France (ต่อไปนี้จะใช้คำว่า “บริษัทเอซุส”) บริษัทเอซุสมีการจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่หลากหลาย รวมถึงโน้ตบุ๊ก แท็บเล็ต เดสก์ท็อป จอแสดงผล เมนบอร์ด ฯลฯ

บริษัทเอซุสจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ผ่านผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีกแบบไม่ผูกขาดเป็นหลัก บริษัทเอซุสได้พัฒนาและดำเนินกลยุทธ์ที่มุ่งรักษาราคาให้คงที่ในระดับราคาขายต่อที่แนะนำ (Recommend Resale Price :RRP) ผู้ค้าปลีกได้รับทราบนโยบายธุรกิจของ Asus และตกลงอย่างสม่ำเสมอที่จะคงราคาขายต่อไว้หรือเพิ่มเป็นระดับที่ต้องการ และได้มีการนำไปปรับใช้แก่บริษัทย่อยอันได้แก่ Asus Germany และ Asus France โดยผู้บริหารของ Asus Germany ตัวแทน Asus France รับทราบและอนุมัติการดำเนินการที่มุ่งควบคุมและแทรกแซงราคาขายต่อของผู้ค้าปลีก บริษัทเอซุสยังใช้วิธีการที่ซับซ้อนมากขึ้นรวมถึงอัลกอริทึมเพื่อใช้กลยุทธ์ในการตรวจสอบและควบคุมราคาขายต่อของผู้ค้าปลีก โดยเป็นการละเมิด Article 101 ของ TFEU ผ่านการปฏิบัติที่มุ่งจำกัดความสามารถของผู้ค้าปลีกในประเทศเยอรมนีและในฝรั่งเศสในการกำหนดราคาขายต่อ

โดย Asus Germany ดำเนินการตามกลยุทธ์โดยได้มีการตรวจสอบราคาขายต่อออนไลน์ของผู้ค้าปลีกในเชิงรุกอย่างเป็นระบบและต่อเนื่อง เพื่อตรวจจับการเบี่ยงเบนจากราคาขายต่อจากการแนะนำ การตรวจสอบราคาดำเนินการโดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านการสังเกตเว็บไซต์เปรียบเทียบราคาและเครื่องมือตรวจสอบ ทางบริษัทเอซุสได้มีผลิตภัณฑ์บางอย่างในการช่วยให้การตรวจสอบนั้นเท่าทันต่อการเปลี่ยนแปลง Asus Germany ได้เผยแพร่สิ่งที่เรียกว่า “แผนที่ออนไลน์ (Online-map)” ซึ่งมีภาพรวมการอัปเดตในทุกวันของระดับภูมิภาคและราคาออนไลน์ในประเทศเยอรมนี อีกทั้งการกระทำของ Asus Germany ได้มีการติดต่อไปผู้ค้าปลีกที่จำหน่ายในราคาต่ำเพื่อขอเพิ่มราคา ผู้ค้าปลีกที่ขายต่ำกว่าระดับราคาขายต่อที่ทางบริษัทเอซุสได้กำหนด จะถูกคุกคามและ/หรือถูกลงโทษโดย Asus Germany ภัยคุกคามและการลงโทษเหล่านี้

⁶⁷ "Asus (Case At.40465)," This decision is one of four decisions adopted by the European Commission ('Commission') on the same day that show a renewed interest of the Commission in vertical restraints (resale price maintenance) and maintaining intra-brand competition. On the same day, a decision was also adopted against Denon & Marantz (AT.40469), Philips (AT.40181) and Pioneer (AT.40182) for resale price maintenance. (European Commission, 2018).

ประกอบด้วยตัวอย่างการถอนการอนุญาตของผู้ค้าปลีกในการใช้โลโก้ Asus Online การตัดอุปทาน การตัดโบนัสเฉพาะ และการกีดกันจากโปรแกรมพันธมิตรบางโปรแกรม ซึ่งทาง Asus France นั้นได้อาศัยกลยุทธ์เดียวกันในการเข้าแทรกแซงกับผู้ค้าปลีกเป็นประจำเพื่อเพิ่มราคาขายต่อ หากผู้ค้าปลีกที่ไม่ได้ปฏิบัติตามระดับราคาขายต่อที่ต้องการก็จะถูกทางบริษัทเอซุสคุกคามและ/หรือลงโทษ

คณะกรรมการธิการเห็นว่าพฤติกรรมที่อธิบายไว้ข้างต้นประกอบด้วยข้อตกลงอย่างน้อยหนึ่งข้อและ/หรือแนวทางปฏิบัติร่วมกันภายใต้ความหมายของมาตรา 101(1) TFEU ยังคงเป็นไปตามคณะกรรมการธิการ Asus Germany และ Asus France จึงแสดงเจตจำนงที่จะดำเนินการกับผู้ค้าปลีกในเยอรมนีและฝรั่งเศสตามลำดับในลักษณะที่จะจำกัดการแข่งขันด้านราคาขายต่อ การกระทำนี้ถือเป็นการละเมิดครั้งเดียวและต่อเนื่องในเยอรมนีและฝรั่งเศส เนื่องจากข้อตกลงทั้งหมดมุ่งเป้าไปที่วัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันที่เหมือนกัน กล่าวคือเพื่อรักษาระดับราคาให้คงที่ในระดับของการขายต่อ การดำเนินการเป็นไปตามรูปแบบที่คล้ายคลึงกันตลอดช่วงเวลาที่เกี่ยวข้อง มีบุคคลคนเดียวเข้ามาเกี่ยวข้อง และมีวิธีการที่มีความสอดคล้องต่อเนื่องกัน

คณะกรรมการธิการได้ข้อสรุปว่าโดยธรรมชาติแล้ว พฤติกรรมดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขันตามความหมายของมาตรา 101(1) TFEU เนื่องจากเป็นการจำกัดความสามารถของผู้ค้าปลีกในการกำหนดราคาขายต่อของตนโดยอิสระ ประการสุดท้าย การกระทำดังกล่าวสามารถส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งหมายความว่าเงื่อนไขทั้งหมดสำหรับการฝ่าฝืนมาตรา 101(1) TFEU ได้ปฏิบัติตามแล้ว การละเมิดที่พบและค่าปรับที่กำหนดในร่างคำตัดสินนั้นทางบริษัทฯ รับทราบและยอมรับและยื่นข้อตกลงระงับคดี จำนวนค่าปรับลดลงร้อยละ 40⁶⁸ เนื่องจากบริษัทฯ ได้ร่วมมือกับคณะกรรมการธิการนอกเหนือจากข้อผูกพันทางกฎหมายในการดำเนินการดังกล่าวโดย:

(1) ให้หลักฐานเพิ่มเติมที่แสดงถึงมูลค่าเพิ่มที่สำคัญเกี่ยวกับหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของคณะกรรมการ ฐานดังกล่าวทำให้คณะกรรมการสามารถพิสูจน์การละเมิดได้ในระดับมาก

⁶⁸ European Union, "Final Report of the Hearing Officer Case At.40465 — Asus," Official Journal of the European Union C338/11(2018).

(2) รับทราบการละเมิดมาตรา 101 TFEU ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ และ

(3) สละสิทธิขั้นตอนบางอย่าง ซึ่งส่งผลให้การบริหารหรือการดำเนินการมีประสิทธิภาพ

คดี Web taxi: The Luxembourg Competition Authority exempts an algorithmic price-fixing arrangement on efficiency grounds⁶⁹

การกำหนดราคาโดยอัลกอริทึมผ่านเว็บไซต์ Webtaxi (เดิมชื่อ ProCap) ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มให้บริการการจองรถแท็กซี่ในลักเซมเบิร์ก ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มแบบตลาดแบบสองด้านโดยได้อาศัยอัลกอริทึมในการประมวลผลทางด้านราคา เมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2560 อัลกอริทึมทำการกำหนดราคาค่าโดยสารโดยจะแนะนำแต่เพียงราคาสูงสุดเท่านั้น โดย Webtaxi จะคำนวณค่าโดยสารโดยอัตโนมัติด้วยอัลกอริทึมที่พิจารณาจากพารามิเตอร์ต่างๆ ได้แก่ ราคาต่อกิโลเมตร ระยะทางและเวลาเดินทางของรถแท็กซี่ และสภาพการจราจร อัตราค่าโดยสารที่กำหนดโดยอัลกอริทึมนี้ผูกมัดทั้งคนขับรถแท็กซี่และลูกค้าที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เจรจาต่อรอง

โดยหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าของลักเซมเบิร์ก (Luxembourg Competition Authority หรือ LCA) ได้ทำการตรวจสอบและพบว่าการตรึงราคาหรือกำหนดราคาโดยอัลกอริทึมนี้ถือเป็นกีดกันการแข่งขัน โดยไม่ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นเมื่อพิจารณาถึงฟังก์ชันการเป็นตัวกลางระหว่างคนขับแท็กซี่และลูกค้าที่คาดหวังซึ่งดำเนินการโดย Webtaxi แล้ว LCA รับรองแพลตฟอร์มว่าเป็นตลาดแบบสองด้าน ประกอบด้วยความสัมพันธ์ระหว่าง Webtaxi และผู้ประกอบการแท็กซี่ที่เข้าร่วม แต่ยังคงรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการแท็กซี่และลูกค้าด้วย ภายใต้ของแพลตฟอร์ม ผู้ประกอบการแท็กซี่ตกลงที่จะร่วมกันกำหนดค่าโดยสารสำหรับการนั่งแท็กซี่ที่กำหนดโดย Webtaxi ผ่านเครื่องมือการกำหนดราคาแบบอัลกอริทึม ที่กล่าวว่า LCA รับทราบว่าแม้แต่ข้อตกลงที่เข้มงวดก็ไม่ถูกห้าม เนื่องจากข้อตกลงเหล่านี้อาจยังคงชอบธรรมภายใต้มาตรา 4 LCL หรือ The Luxembourg Centre for Logistics and Supply Chain Management⁷⁰

⁶⁹ "Web Taxi: The Luxembourg Competition Authority Exempts an Algorithmic Price-Fixing Arrangement on Efficiency Grounds," (Luxembourg Competition Authority, 2018).

⁷⁰ Michele Giannino, "Better Things Are in Smaller Packages: The Luxembourg Competition Authority Clears an Ai-Based Price-Fixing Arrangement on Efficiency Grounds,"

ดังนั้น LCA จึงประเมินว่าข้อตกลง Webtaxi เป็นไปตามการทดสอบตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่เพื่อให้การยกเว้นตามข้อกำหนดนี้ โดยจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไข 4 ประการ ได้แก่

1. ข้อตกลงนำมาซึ่งประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ
2. ส่วนแบ่งที่ยุติธรรมของผลประโยชน์เหล่านั้นเกิดขึ้นกับผู้บริโภค
3. ข้อตกลงนี้ขาดไม่ได้ จำเป็น และเป็นสัดส่วนเพื่อให้บรรลุประสิทธิภาพ
4. ข้อตกลงนี้ไม่ได้จัดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง

อนึ่ง คณะกรรมาธิการเห็นว่า การนั่งแท็กซี่เปล่าและมลพิษน้อยลง ทำยที่สุดแล้วเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภค โดยผู้บริโภคได้รับส่วนแบ่งที่ยุติธรรมจากการเพิ่มประสิทธิภาพเหล่านี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรูปแบบของการนั่งแท็กซี่ที่ถูกกว่าและเวลารอที่ลดลง⁷¹ Webtaxi เพียงร้อยละ 26 LCA จึงไม่เห็นว่าการแข่งขันจะถูกรักษาไว้ในตลาดที่เกี่ยวข้อง

การเกิดขึ้นของกรณี Webtaxi คือแม้จะมีข้อกังวลที่เพิ่มขึ้นของหน่วยงานด้านการแข่งขันที่มองว่าหน่วยงานเหล่านี้ก่อให้เกิดการสมรู้ร่วมคิดด้านราคา แต่อัลกอริทึมที่กำหนดราคาก็อาจส่งเสริมการแข่งขันได้เช่นกัน เนื่องจากภาคส่วนรถแท็กซี่ของลักเซมเบิร์กอยู่ภายใต้กฎระเบียบระดับประเทศลักเซมเบิร์ก และบริการรถแท็กซี่ไม่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป ข้อตกลงดังกล่าวจึงอยู่นอกเหนือขอบเขตของมาตรา 101 TFEU แต่ก็เป็นอุทธรณ์ชั้นดีว่าควรที่จะมีการระงับในเรื่องการกำหนดราคาให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะการตรึงราคานั้นน้อยครั้งที่จะเป็นการสร้างผลประโยชน์ให้กับผู้บริโภค⁷²

คดี the UK Online Sales of Poster and Frames Case (Trods Ltd. (Trods) and GB eye. Ltd (GB eye))

หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันของสหราชอาณาจักร (Competition and Markets Authority หรือ CMA) (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “CMA”) ได้มีการตรวจพบความผิดปกติ

[Online] Accessed: 11 April. Available from: <https://www.linkedin.com/pulse/better-things-smaller-packages-luxembourg-competition-giannino>

⁷¹ Elvinger Hoss Luxembourg Law, "Competition Law Exemption for Webtaxi Pricing Algorithm," [Online] Accessed: 14 April. Available from: <https://www.elvingerhoss.lu/publications/competition-law-exemption-webtaxi-pricing-algorithm>

⁷² Ibid.

ใน Amazon Marketplace ตลาดอีคอมเมิร์ซของสหรัฐอเมริกา โดยพบว่ามี การจองจำหน่ายโปสเตอร์และกรอบรูปออนไลน์ ซึ่งมีการร่วมกันทำข้อตกลงระหว่างผู้ขายที่จะไม่ตัดราคาโปสเตอร์และเฟรมของกันและกันในสหราชอาณาจักร ผู้ค้าทั้งสองได้แก่ บริษัท Trod และ บริษัท GB eye การกระทำร่วมกันโดยสร้างข้อตกลงที่จะไม่ตัดราคาซึ่งกันและกันในบางสถานการณ์สำหรับผลิตภัณฑ์บางอย่างที่ขายผ่านเว็บไซต์ดังที่ได้กล่าวไป เพื่อให้ข้อตกลงมีผล⁷³

โดยผู้ขายทั้งสองรายใช้ซอฟต์แวร์อัลกอริทึมในการกำหนดราคาใหม่อัตโนมัติเพื่อตรวจสอบและปรับราคา โดยราคาของภาพโปสเตอร์นั้นจะปรับตามการตั้งราคาที่กำหนดโดยผู้ขาย ซึ่งเรียกว่า “กฎการแข่งขัน” ผู้ใช้จะตั้งกฎการแข่งขันโดยสร้างโปรไฟล์การปรับราคา เมื่อผู้ใช้ตั้งค่าเรียบร้อยแล้ว ซอฟต์แวร์จะทำงานเพื่อปรับราคาของผู้ใช้โดยอัตโนมัติ (ทุกๆ 15 นาที) และจะตรวจสอบให้แน่ใจว่าไม่ได้ตัดราคากัน โดยทางผู้ขายทั้งสองได้มีการประสานงานกัน ติดต่อกัน เพื่อให้แน่ใจว่าข้อตกลงด้านราคาใช้งานได้จริงและเพื่อจัดการกับปัญหาเกี่ยวกับการทำงานของอัลกอริทึมในการปรับราคาใหม่⁷⁴ ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ห้ามบริษัทต่างๆ กำหนดราคาสินค้ากับคู่แข่ง เนื่องจากจะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบโดยการตรึงราคาหรือควบคุมราคาให้สูงขึ้น

พยานหลักฐานถูกค้นพบในวันที่ 14 เมษายน 2554 โดย CMA ตรวจสอบพบมีการพบการใช้ซอฟต์แวร์ของ GB eye อาศัยการทำงานโดยอัลกอริทึมในการดำเนินข้อตกลงกับบริษัท Trod⁷⁵ อีกทั้งการดำเนินงานเพื่อตรวจสอบบริษัท Trod นี้การค้นหาคำของ CMA ได้มีการประสานควบคุมไปกับการค้นหาที่ดำเนินการโดยตำรวจเวสต์ มิดแลนด์ (West Midlands) ในนามของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ (DoJ) (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “DoJ”) ซึ่งเชื่อมโยงกับการสอบสวนแยกต่างหากโดยแผนกต่อต้านการผูกขาดของ DoJ ซึ่งสอดคล้องกับการขายของตกแต่งผนังในสหรัฐอเมริกา ดังที่ได้กล่าวไปส่วน 4.3 โดยการสืบสวนของสหรัฐฯ ซึ่งเป็นการสืบสวนทางอาญาและเกี่ยวข้องกับทั้งบุคคลและธุรกิจ แยกจากการสอบสวนของ CMA ซึ่งเป็นการสืบสวนทางแพ่งในกิจกรรมของธุรกิจ

ในการพิจารณาเกี่ยวกับคดีนี้จะอยู่ภายใต้การพิจารณาและตัดสินของ CMA โดย CMA ได้ออกคำตัดสินโดยพบว่า Trod Limited และ GB eye Limited (ชื่อขายในนาม “GB Posters”) มีการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยการตกลงตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม 2554 ถึง 1 กรกฎาคม 2558 จากการกระทำที่บริษัททั้งสองจะไม่ตัดราคาโปสเตอร์และกรอบรูปของ

⁷³ Competition & Markets Authority, "Decision, the Competition and Markets Authority : Online Sales of Poster and Frames Case 50223," (2016).

⁷⁴ OCED, "Algorithms and Collusion - Note from the United Kingdom," (2017). p.6.

⁷⁵ Competition and Markets Authority (2016), Decision, the Competition and Markets Authority : Online Sales of Poster and Frames Case 50223. p.27

กันและกันที่ขายบนตลาดอีคอมเมิร์ซอันดับแรก UK Amazon Marketplace โดยกำหนดค่าปรับ Trod จำนวน 163,371 ปอนด์⁷⁶

4.3 ประเทศสิงคโปร์

4.3.1 พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในปีค.ศ. 1600 ในช่วงที่ประเทศอังกฤษต้องการเมืองท่าในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ได้มีการเดินทางมาพบเกาะแห่งหนึ่ง โดย เซอร์ โทมัส สแตมฟอร์ด แรฟเฟิล (Sir Thomas Stamford Bingley Raffles) แรฟเฟิลส์ได้แล่นเรือมาขึ้นเกาะ และได้มองเห็นศักยภาพและโอกาสเป็นอย่างมาก ที่จะใช้เป็นฐานที่ตั้งทางการค้าของบริษัทอินเดียตะวันออกของอังกฤษ แรฟเฟิลส์ได้ทำความตกลง และจึงได้ลงนามสนธิสัญญาอย่างเป็นทางการกับสุลต่านฮุสเซน ชาร์ ในนามของบริษัทอีสต์อินเดียเพื่อสร้างเป็นฐานที่ทำการค้าและการตั้งถิ่นฐาน เพื่อก่อตั้งฐานการค้าในสิงคโปร์ ประเทศสิงคโปร์ขยายตัว และเติบโตอย่างรวดเร็ว⁷⁷

ภายหลังจากช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เกิดกระแสชาตินิยมในการต่อต้านการรุกรานของประเทศล่าอาณานิคมอย่างประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ตัดสินใจเข้าร่วมสหพันธมลายูกับประเทศมาเลเซียเพราะเห็นว่าสามารถทำให้ประเทศได้รับเอกราชไปได้ด้วย อีกทั้งมาเลเซียต้องการที่จะถ่วงดุลอำนาจเพื่อป้องกันปัญหาคอมมิวนิสต์ จากนั้นประเทศสิงคโปร์มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็ว ภายหลังจากได้รับซึ่งเอกราช จึงต้องมีการปรับทิศทางทางดำเนินไปของประเทศในการต่อสู้ปัญหาต่างๆ ด้วยตนเอง ซึ่งนำโดยผู้นำประเทศของสิงคโปร์ ได้แก่ นายลี กวนยู การดำเนินประเทศของสิงคโปร์นับแต่นั้นจึงออกแบบนโยบายที่สามารถพัฒนาไม่จำเป็นต้องมีการพึ่งพาประเทศอื่นๆ เป็นลัทธิเศรษฐกิจแบบทุนนิยมภายใต้การกำกับของรัฐที่เลือกว่าระบบเศรษฐกิจกึ่งเสรี (Semi – Capitalist Economy)⁷⁸

โดยการดำเนินงานของรัฐบาลสิงคโปร์จะเน้นคนชาติ สร้างอุตสาหกรรมการผลิต การเงิน คมนาคม ฯลฯ พัฒนาอย่างต่อเนื่องจนประเทศสิงคโปร์กลายเป็นแหล่งการค้าสำคัญของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้⁷⁹ การพัฒนาทางสังคมและการเมืองควบคู่ไปกับการพัฒนา

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ ธนิตกุล, ศ., กฎหมายการค้าแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน หน้า 126.

⁷⁸ ชาญชัย จิตรเหล้าอาพร, "บทบาทกับยุทธศาสตร์การพัฒนาของประเทศสิงคโปร์," วารสารเศรษฐศาสตร์การเมืองบูรพา 2, 2 (2557). หน้า 24-25.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

เศรษฐกิจ โดยมีนโยบายที่เอื้อผลประโยชน์ให้กับองค์กรอิสระของรัฐในการเข้ามาลงทุนในอุตสาหกรรมต่างๆ หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจ⁸⁰ จนสามารถพัฒนาประเทศให้มีความก้าวหน้าทางสังคม เศรษฐกิจและการเมือง

ประเทศสิงคโปร์ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และได้มีการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition Act) โดยอาศัยกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศอังกฤษ (The United Kingdom Competition Act of 1998)⁸¹ โดยเหตุแห่งการตรากฎหมาย การแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้นประกอบด้วยปัจจัยภายในและปัจจัยภายนอกประเทศ⁸² อันเนื่องมาจากเหตุดังนี้

ประการแรก ปัจจัยภายในประเทศ ภายหลังจากการเข้าสู่ศตวรรษที่ 21 ประเทศสิงคโปร์เริ่มเปิดตลาดบางประเภท อันได้แก่ ธุรกิจโทรคมนาคม สื่อ พลังงาน และพาณิชย์ เป็นต้น โดยต้องการให้ให้ผู้ประกอบการต่างชาติและผู้ประกอบการในสิงคโปร์ สามารถเข้ามาแข่งขันได้ ซึ่งขณะนั้นประเทศสิงคโปร์อยู่ในรูปแบบความเชื่อมโยงรัฐบาลกับเอกชน ภายใต้อรูปแบบ GLC (Government – Link Company) สามารถที่จะสร้างผลผลิตสูงได้ถึง ร้อยละ 60 ของมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP)⁸³ ซึ่งเป็นการยากที่จะมีผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาทำการประกอบธุรกิจหากไม่ได้มีรัฐบาลนั้นให้การสนับสนุน ร่วมค้า หรือร่วมการลงทุน จึงต้องมีการตรากฎหมายที่จะใช้ในการกำกับดูแลธุรกิจโดยเฉพาะ (Sectoral regulation) รวมถึง กฎหมายเฉพาะเรื่องอื่นๆที่สามารถทำให้ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กลงนั้นสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจได้⁸⁴ ในสมัยรัฐบาลของ Goh Chok Tong ได้แต่งตั้งคณะกรรมการทบทวนเศรษฐกิจ (The Economic Review Committee) เพื่อทบทวนนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์รวมถึงการทบทวนบทบาทของบริษัท GLC โดยได้มีการเสนอการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยอนุกรรมการที่ทำหน้าที่ทบทวน บริษัท GLC เพื่อสภาวะแวดล้อมที่เอื้อต่อการดำเนินธุรกิจบริษัทกลางและขนาดเล็กให้สามารถแข่งขันกับบริษัท GLC ที่ได้รวมศูนย์ด้านต่าง ๆ ไว้ โดยเอื้อในด้านกฎหมายกำกับดูแลโทรคมนาคม กฎหมายกำกับดูแลธุรกิจการเงิน เป็นต้น เพื่อสร้างความเป็นธรรมในตลาด และยกระดับความสามารถในการแข่งขัน (Competitiveness) ของประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากได้มีการร้องเรียนของผู้บริโภคในประเด็นของการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32-34.

⁸¹ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน, หน้า 126.

⁸² สิทิม วิวัฒนวัฒนา และอาร์ม ตั้งนิรันดร, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562). หน้า 338-340.

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 338.

⁸⁴ ธนิตกุล, ศ., กฎหมายการค้าแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน, หน้า 128.

ประการที่สอง ปัจจัยภายนอกประเทศ ประเทศสิงคโปร์ได้มีการเจรจาและทำความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement) กับ ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ The US – Singapore Free Trade Agreement 2003 (USSFTA) ภายใต้อักษรย่อ “Anticompetitive Business Conduct : Designated Monopolies, and Government Enterprise” ทางประเทศสิงคโปร์จึงได้มีการตรากฎหมายแข่งขันทางการค้า เพื่อที่ลดบทบาทไม่ให้บริษัท GLC เข้ามาจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา ปริมาณ การควบคุมต่างๆที่กีดกันคู่แข่งทางด้านธุรกิจ⁸⁵ จากที่ได้กล่าวไปจากปัจจัยภายในว่าบริษัท GLC ถือส่วนครองอยู่ถึง ร้อยละ 60 ซึ่งทางรัฐบาลของสหรัฐอเมริกาเองก็มีความกังวลในการดำเนินกิจการของ บริษัท GL จึงได้มีการสร้างมาตรการที่เกี่ยวกับมาตรการการจัดการกับการกระทำที่เป็นการกีดกันทางการค้า พร้อมด้วยหน่วยงานที่จะทำหน้าที่กำกับดูแล ได้แก่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งสิงคโปร์ (The Competition of Singapore: CCS)

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าสิงคโปร์นั้นร่างโดยกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม (Ministry of Trade and Industry หรือ MTI) โดยจากที่ได้กล่าวไปยึดโครงสร้างมาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศอังกฤษ (The United Kingdom Competition Act of 1998) กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นเป็นกฎหมายที่ควบคุมธุรกิจโดยทั่วไปเท่านั้น หากเป็นธุรกิจเฉพาะ (Sector Law) จะมีการบัญญัติโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามประเทศสิงคโปร์ยังคงเจตนารมณ์ หรือแนวทางการดำเนินการทางสังคม เศรษฐกิจของประเทศเพื่อคนชาติ โดยยึดที่จะให้ครอบคลุมธุรกิจขนาดเล็กด้วยและเสรีภาพในการดำเนินธุรกิจ ได้รับความเห็นชอบในปีค.ศ. 2004 (พ.ศ.2547)

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ต้องการให้กลไกตลาดนั้นดำเนินการไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเพิ่มการแข่งขัน เพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจของประเทศ ประเทศสิงคโปร์จึงได้มีการออกกฎหมายเรื่องการต่อต้านการตกลงร่วมกันซึ่งเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันอันได้แก่ The Singapore Competition Act ซึ่งหน่วยงานที่กำกับดูแลการบังคับใช้กฎหมายโดยคณะกรรมการการแข่งขันของสิงคโปร์ (the Competition Commission of Singapore: CCS) ภายหลังได้มีการเปลี่ยนเป็น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและผู้บริโภคแห่งสิงคโปร์ (The Competition and Consumer Commission of Singapore : CCCS) (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “CCCS”)⁸⁶

⁸⁵ สิปิม วิวัฒนวัฒนา และอาร์ม ตั้งนิรันดร, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์, หน้า 340.

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 341.

The Singapore Competition Act มีขอบเขตการบังคับใช้กับ “ผู้ประกอบการ (Undertaking)”⁸⁷ ถือเป็นบุคคลใดๆ ไม่ว่าจะธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือองค์กรไม่ว่าจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม โดยห้ามผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาตามข้อตกลง การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือการรวมธุรกิจ หากข้อตกลงนั้นเป็นสิ่งที่ผิดหรือการรวมธุรกิจ เป็นการฝ่าฝืนหรือมีแนวโน้มที่จะฝ่าฝืน” กล่าวคือ ผู้ประกอบการ ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคล หรือองค์กรที่สามารถประกอบธุรกิจเชิงพาณิชย์ ไม่คำนึงถึงว่าเป็นชาติใด⁸⁸

โดยมีข้อห้ามตาม The Singapore Competition Act⁸⁹ ดังต่อไปนี้

1. ห้ามการตกลง การกำหนด และการปฏิบัติที่ขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในสิงคโปร์ ตามมาตรา 34 ของ The Singapore Competition Act
2. ห้ามการใช้อำนาจตลาดต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งเป็นการต่อต้านประสิทธิภาพในระยะยาวตาม มาตรา 37 ของ The Singapore Competition Act และ
3. ห้ามการรวมธุรกิจซึ่งลดการแข่งขันและส่งผลภายในตลาดใด ๆ ในสิงคโปร์ สำหรับสินค้าหรือบริการและไม่มี การชดเชยประสิทธิภาพ ข้อตกลงที่ส่งผลให้เกิดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน ตามมาตรา 54 ของ The Singapore Competition Act⁹⁰

โดยข้อห้ามตามมาตรา 34 เกี่ยวกับการตกลงร่วมกันและการกระทำอื่น ๆ ที่เป็นการขัดขวาง จำกัด บิดเบือนการแข่งขัน รวมถึงประเด็นศึกษาของงานวิจัยนี้ในการศึกษาการสมรู้ร่วมคิดกัน ในการพิจารณาการกำหนดลักษณะพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ห้ามกระทำนั้น แม้จะได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย ไอร์แลนด์ แต่มีข้อแตกต่างกันและไม่ได้นำอิทธิพลมาปรับใช้ทั้งหมด โดย CCCS มีวัตถุประสงค์หลักในการบังคับใช้กฎหมายกับการตกลงร่วมกัน พฤติกรรมกำหนดราคา การร่วมกันเสนอราคา การแบ่งตลาด และการควบคุมหรือจำกัดการผลิตระหว่างผู้ประกอบการ

⁸⁷ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน, หน้า 131.

⁸⁸ สิทธิ วิวัฒน์วัฒนา และอาร์ม ตั้งนรินทร์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์, หน้า 343.

⁸⁹ Section 33, The Singapore Competition Act 2004

⁹⁰ หัสณีย์ เพชรศรีกาญจน์, “ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560, หน้า เพชรศรีกาญจน์, ห., "ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560."47.

4.3.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน

พระราชบัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้าประเทศสิงคโปร์ (The Singapore Competition Act) ได้วางหลักถึงข้อห้ามการตกลง การกำหนด และการปฏิบัติที่ขัดขวาง จำกัด หรือปิดเป็นการแข่งขันตาม **มาตรา 34 ของ The Singapore Competition Act**⁹¹ บัญญัติไว้ดังนี้

“1. ภายใต้บังคับมาตรา 35 ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ การตัดสินใจของสมาคมของผู้ประกอบการหรือการกระทำร่วมกันที่มีเป็นวัตถุประสงค์หรือผลกระทบเป็น

⁹¹ Section 34 The Singapore Competition Act 2004

(1) Subject to section 35, agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within Singapore are prohibited unless they are exempt in accordance with the provisions of this Part.

(2) For the purposes of subsection (1), agreements, decisions or concerted practices may, in particular, have the object or effect of preventing, restricting or distorting competition within Singapore if they

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading
- (b) limit or control production, markets, technical development or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; or
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

(3) Any provision of any agreement or any decision which is prohibited by subsection (1) shall be void on or after 1st January 2006 to the extent that it infringes that subsection.

(4) Unless the context otherwise requires, a provision of this Act which is expressed to apply to, or in relation to an agreement shall be read as applying, with the necessary modifications, equally to, or in relation to, a decision by an association of undertakings or a concerted practice.

(5) Subsection (1) shall apply to agreements, decisions and concerted practices implemented before, on or after 1st January 2006.

การกีดกัน จำกัด หรือปิดเป็นการแข่งขันภายในสิงคโปร์เป็นสิ่งต้องห้าม เว้นแต่จะได้รับการยกเว้นตามบทบัญญัติของส่วนนี้

2. เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามอนุมาตรา (1) ข้อตกลง การตัดสินใจ หรือการกระทำร่วมกันที่อาจหรือโดยเฉพาอย่างยิ่งมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบในการป้องกัน จำกัด หรือปิดเป็นการแข่งขันภายในสิงคโปร์ หากผู้ประกอบการ

(ก) กำหนดราคาซื้อ ราคาขายทั้งทางตรงหรือทางอ้อม หรือกำหนดเงื่อนไข

(ข) จำกัดหรือควบคุมการผลิต ตลาด การปรับปรุงเทคนิคหรือการลงทุน

(ค) แบ่งตลาดหรือแหล่งจัดส่ง

(ง) การทำธุรกรรมที่เหมือนกับคู่ค้ารายอื่น ๆ แต่ใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกันทำให้คู่ค้ารายนั้นเกิดความเสียเปรียบในการแข่งขัน

(จ) ทำข้อสัญญาที่มีข้อผูกพันเพิ่มเติม ภายใต้การยอมรับจากฝ่ายอื่นโดยข้อผูกพันนั้นไม่มีความเชื่อมโยงกับสัญญาดังกล่าว

3. ข้อกำหนดใด ๆ ของข้อตกลงหรือการตัดสินใจใด ๆ ที่ถูกห้ามตามอนุมาตรา (1) จะเป็นโมฆะในหรือหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006 ในกรณีที่มีการละเมิดอนุมาตรานั้น

4. เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้นำไปปรับใช้กับสิ่งที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลง การตัดสินใจโดยสมาคมของผู้ประกอบการ หรือการกระทำร่วมกัน หากจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงให้ปฏิบัติอย่างเท่าเทียม

5. อนุมาตรา (1) ใช้บังคับกับข้อตกลง การตัดสินใจ และการกระทำร่วมกัน ที่ดำเนินการภายในหรือหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006”

โดยข้อห้ามตามมาตรานี้เกี่ยวกับการตกลงร่วมกันระหว่างคู่แข่งทางธุรกิจ โดยไม่มีอายุความจะมีการดำเนินคดีโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะสิ้นสุดลงเมื่อใด แต่หากผู้ประกอบการที่กระทำผิดได้ยุติการกระทำภายในระยะเวลา 6 เดือน จะถือว่าผู้กระทำไม่ถูกลงโทษ⁹²

⁹² สิทิม วิวัฒนวัฒนา และอาร์ม ตั้งนิรันดร, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์, หน้า 353.

การพิจารณาผู้กระทำ (ผู้ประกอบการ)

มาตรา 34 ได้มีการกล่าวถึง “ผู้ประกอบการ (Undertaking)” โดยจะเป็นความผิดในมาตรานี้ ในกรณีเฉพาะกับข้อตกลงและการกระทำใดๆร่วมกันระหว่าง ผู้ประกอบการ และการตัดสินใจโดยสมาคม ของผู้ประกอบการ โดยเป็นนิติบุคคล บุคคลธรรมดา หรือกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียน รวมไปถึงองค์กรใดๆ ที่มีความสามารถในการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ ซึ่งเป็นนิยามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ของ The Singapore Competition Act ทั้งนี้ ประกอบกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของ The Singapore Competition Act ซึ่งมีเงื่อนไขว่า ข้อห้ามตามมาตรา 34 จะไม่บังคับใช้กับกิจกรรมใดๆ ของรัฐบาลหรือบุคคลตามกฎหมายใด ๆ (Statutory body) ที่ทำข้อตกลง เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติการแข่งขันที่ดำเนินการโดยหน่วยงานกำกับดูแลในสิงคโปร์นอกเหนือจาก CCCS หรือกิจกรรมต่าง ๆ ที่ไม่รวมถึงกิจกรรมที่มีส่งผลกระทบ ภายในประเทศสิงคโปร์ตามข้อห้ามตามมาตรา 34⁹³

การพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ

โดย “การตกลง (Agreement)” นั้น มีความหมายกว้างมาก ๆ ซึ่งอาจหมายความรวมถึงการตกลงที่บังคับได้และบังคับไม่ได้ทางกฎหมายไม่ว่าเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจา อาจอยู่ในรูปแบบของการกระทำที่เป็นทางการ หรือมีการพบปะพูดคุย⁹⁴ หากมีผู้มีส่วนเกี่ยวข้องนั้น ร่วมอยู่ด้วยแม้ไม่ได้มีเกณฑ์ว่าต้องกระทำในลักษณะใด หรืออย่างน้อยเพียงใด หากเป็นส่วนหนึ่งถือว่ามีความผิด รวมถึงในกรณีที่เกิดต้นหรือไม่อาจปฏิเสธได้ โดยในการพิจารณาจะมีผลเกี่ยวกับเรื่องการลดค่าปรับ⁹⁵ ในส่วนของมติทางการค่านั้นมีการขัดแย้งกับมาตรา 34 ไม่ว่าจะอย่างไรสมาคมจะต้องเสียค่าปรับ และสมาชิกที่ปฏิบัติตามมติของสมาคมก็จะโดนลงโทษ⁹⁶

การกระทำร่วมกัน (Concerted practice) หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาถึงการกระทำใดๆที่เป็นลักษณะการกระทำร่วมกัน⁹⁷ ได้แก่

1. คู่แข่งขันทราบและรู้สำนึกว่ามีการกระทำร่วมกันหรือไม่
2. พฤติกรรมในตลาดเป็นผลมาจากการติดต่อ ประสานกัน (ไม่ว่าจะเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ) ของผู้ประกอบการ

⁹³ Richard Whish and David Bailey, "Competition Law 7th Edition " Oxford University Press (2012). p.83-99.

⁹⁴ CCCS Guideline on the section 34 prohibition (December,2016) at para 2.10

⁹⁵ CCCS Guideline on the section 34 prohibition (December,2016) at para 2.11

⁹⁶ CCCS Guideline on the section 34 prohibition (December,2016) at para 2.16

⁹⁷ CCCS Guideline on the section 34 prohibition (December,2016) at para 2.20

3. พฤติกรรมเป็นผลมาจากการติดต่อ ประสานกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ นำไปสู่การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

4. โครงสร้างตลาดที่เกี่ยวข้อง และลักษณะของสินค้าที่เกี่ยวข้อง

5. จำนวนของผู้ประกอบการในตลาด เป็นกรณีผู้ขายน้อยรายต้องพิจารณาว่ามีต้นทุนหรือโครงสร้างการผลิตที่ใกล้เคียงกันหรือไม่

โดยในการพิจารณาความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีการกระทำผิดจริง แต่หากมีพฤติการณ์ที่เข้าลักษณะและแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำร่วมกันนั้น ต้องพิจารณาการส่งผลกระทบต่อตลาดมากน้อยเพียงใด อีกทั้งไม่จำเป็นต้องมีทั้งวัตถุประสงค์และผล มีเพียงข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น ผ่านคำตัดสินของคดี Collusive Tendering (bid-rigging) for Termite Treatment/Control Services by Certain Pest Control Operators in Singapore ของ CCCS⁹⁸

คดี Collusive Tendering (bid-rigging) for Termite Treatment/Control Services by Certain Pest Control Operators in Singapore ของ CCCS⁹⁹

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ ได้ออกคำตัดสินการละเมิดครั้งแรกภายใต้ The Singapore Competition Act ต่อบริษัทควบคุมสัตว์รบกวน 6 แห่ง พบว่าบริษัทเหล่านี้ละเมิดมาตรา 34 ของ The Singapore Competition Act ห้ามการโกงการเสนอราคาหรือการสมรู้ร่วมคิดในการประมูล อันได้แก่ Aardwolf Pestkare (S) Pte Ltd, Alliance Pest Management Pte Ltd, Elite Pest Management Pte Ltd, Killeem Pest Pte Ltd, PestBusters Pte Ltd และ Rentokil Initial (S) Pte Ltd. บริษัทเหล่านี้สมรู้ร่วมคิดในการยื่น

⁹⁸ สิทิม วิวัฒนวัฒนา และอาร์ม ตั้งนิรันดร, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์, หน้า 356.

⁹⁹ "Collusive Tendering (Bid-Rigging) for Termite Treatment/Control Services by Certain Pest Control Operators in Singapore," The Competition Commission of Singapore ("the Commission") has today issued its first infringement decision under the Competition Act ("the Act") against six pest control companies. The companies were found to have infringed section 34 of the Act, which prohibits bid-rigging or collusive tendering.

The companies colluded to submit tenders or quotations for termite treatment projects involving the use of Agenda, which is a pesticide. The projects were Raffles Hotel, Alexandra Hospital, Temasek Junior College, a private school and two condominiums. (The Competition Commission of Singapore Commission, 2008).

ประกวดราคาหรือใบเสนอราคาสำหรับโครงการกำจัดปลวกที่เกี่ยวข้องกับการใช้ Agenda ซึ่งเป็นสารกำจัดศัตรูพืช ภายใต้โครงการต่างๆ ได้แก่ โรมแรมแรฟเฟิล (Raffles Hotel), โรงพยาบาลเล็กซานด้า (Alexandra Hospital), เทมาเส็ก จูเนียร์ คอลเลจ (Temasek Junior College) รวมไปถึงโรงเรียนเอกชน 1 แห่ง และคอนโดมิเนียม 2 แห่ง

การพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำ มีรูปแบบของการกระทำร่วมกันของสิงคโปร์มีดังลักษณะต่อไปนี้¹⁰⁰

1. การตกลงร่วมกันทางด้านราคา (Price - fixing) หมายถึง การร่วมกันตกลงราคาหรือการใดๆที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคา เช่น อัตราส่วนลด หรือการขึ้นเปอร์เซ็นต์ราคา การประสานกันทางด้านราคา ในรูปแบบใดๆที่เป็นอันให้สมาชิกรับทราบ อาจมาในรูปแบบของการตัวกลางในการสื่อสารทางด้านราคา

2. การร่วมกันกำหนดราคาในการเข้าร่วมประกวดราคา (Bid-rigging) การล่วงรู้ถึงราคาก่อนที่จะมีการประมูลราคา ทำให้เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

3. การแบ่งตลาด (Sharing of market) การที่ผู้ประกอบการตกลงร่วมกันที่จะแบ่งสัดส่วนการจำหน่าย หรือตลาดในการจัดจำหน่ายสินค้า

4. การจำกัดหรือควบคุมการผลิต (Output limitation) การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดผลผลิตหรือควบคุมการผลิตในรูปแบบของการกำหนดระดับการผลิตหรือร่วมไปถึงปัญหาการผลิตเกินตัว (Overcapacity) รวมไปถึง ข้อตกลงที่จำกัดปริมาณการผลิต ถือเป็น การจำกัดการแข่งขัน¹⁰¹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

4.3.3 ข้อเท็จจริงที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม

ด้วยประเทศสิงคโปร์นั้นยังไม่ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับกรณีการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมแต่ได้มีการเข้าจัดการของ CCCS ซึ่งในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 คณะกรรมการว่าด้วยเศรษฐกิจแห่งอนาคต หรือ the Committee on the Future Economy (CFE) ได้กำหนดกลยุทธ์หลักของสิงคโปร์เพื่อก้าวหน้าท่ามกลางสภาพอากาศโลกที่ท้าทาย รายงานของ CFE ระบุว่าโลกกำลังอยู่ใน “ยุคแห่งการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว” ซึ่งนวัตกรรมที่ก่อวนสามารถเปลี่ยนและท้าทายผู้ประกอบการตลาดด้วยเทคโนโลยีและรูปแบบธุรกิจใหม่ วิสัยทัศน์สำหรับเศรษฐกิจของสิงคโปร์มีรากฐานมาจากการเชื่อมต่อระหว่างประเทศของสิงคโปร์ที่สลับซับซ้อน

¹⁰⁰ CCCS Guideline on the section 34 prohibition (December,2016) at para 3.2

¹⁰¹ CCCS Guideline on the section 34 prohibition (December,2016) at para 3.25 –3.26

และหลากหลาย การสนับสนุนอย่างต่อเนื่องของตลาดเสรีและเปิด และความสามารถทางดิจิทัลที่ลึกซึ้งยิ่งขึ้น¹⁰²

อีกทั้ง CCCS ในเอกสารเป็นครั้งคราวเกี่ยวกับผลกระทบของ อีคอมเมิร์ซ (E-commerce) หรือตลาดออนไลน์ ต่อการแข่งขันและผลกระทบที่มีต่อนโยบายการแข่งขันได้กล่าวถึงข้อกังวลด้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากการศึกษาของ CCCS บริษัทต่างๆ อาจใช้ระบบที่ซับซ้อนในการตรวจสอบราคาออนไลน์ของคู่แข่งเพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่ตัดราคาคู่แข่ง คุณลักษณะและปัญหาที่ระบุบางอย่างมีแนวโน้มที่จะแพร่หลายมากขึ้นในตลาดออนไลน์ ด้วยเหตุนี้ CCCS จึงเน้นย้ำว่าตลาดดังกล่าวอาจต้องการความสนใจเป็นพิเศษเมื่อ CCCS ยังเน้นย้ำว่าข้อมูลราคาออนไลน์สามารถเอื้อต่อการสมรู้ร่วมคิดได้¹⁰³

ด้วยเหตุนี้ จึงยังไม่มีจุดยืนที่ชัดเจนในบางประเด็นที่เกี่ยวข้อง เช่น การประเมินความรับผิดทางกฎหมายสำหรับอัลกอริทึมการเรียนรู้ด้วยตนเอง ที่กล่าวว่าการใช้อัลกอริทึมโดยธุรกิจเพื่อสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกข้อตกลงต่อต้านการแข่งขันที่มีอยู่แล้วหรือตั้งใจไว้หรือการปฏิบัติร่วมกัน กรณีดังกล่าวตกอยู่ภายใต้กรอบการบังคับใช้ที่มีอยู่ สมรู้ร่วมคิดผ่านตัวกลางของบุคคลที่สาม สิ่งนี้จะถูกห้ามโดยมาตรา 34 เช่นกัน สถานการณ์ดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ด้วยอย่างเช่น เมื่อมีการใช้ผลิตภัณฑ์เดียวกันทั่วทั้งอุตสาหกรรม บุคคลที่สามรายเดียวกันเพื่อประสานกลยุทธ์การกำหนดราคาของพวกเขา¹⁰⁴

กล่าวโดยสรุปจากการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์นั้น เห็นว่า สาเหตุหลักประการหนึ่งที่ทำให้การสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายถูกต้องตามกฎหมายภายใต้กรอบการบังคับใช้การแข่งขันที่มีอยู่ หรือยังอยู่ภายใต้มาตรา 34 นั้นอาจเป็นเพราะขาดการแก้ไขการบัญญัติกฎหมายให้เท่าทัน เนื่องจากศาลไม่สามารถสั่งให้ผู้บริหารหลีกเลี่ยงกลยุทธ์การสมรู้ร่วมคิด หรือแม้แต่ตรวจสอบพฤติกรรมของพวกเขาสำหรับการใช้กลยุทธ์การสมรู้ร่วมคิดดังกล่าว ศาลไม่สามารถ ตั้งโปรแกรมให้ผู้บริหารทำเช่นนั้นได้ และแม้ว่าพวกเขาจะพยายามแล้วก็ตาม ค่าใช้จ่ายในการทำเช่นนั้นก็เป็นสิ่งที่ห้ามปราม ดังนั้น ดังที่แฮร์ริงตันและฮาร์เกอร์ได้ระบุไว้ในเอกสารของพวกเขา ความผิดกฎหมายจึงจำกัดเฉพาะกรณีที่มีการสื่อสารอย่างโจ่งแจ้ง ข้อตกลง ดังนั้นการแก้ไขทางศาล

¹⁰² Han Li Toh, "Singapore: Competition and Consumer Commission," *Global Competition Review (GCR)* (2019).

¹⁰³ OCED, "Algorithms and Collusion - Note from Singapore," (2017).

¹⁰⁴ Toh, H. L., "Singapore: Competition and Consumer Commission," *Global Competition Review (GCR)*.

คือการห้ามการกระทำที่โจ่งแจ้งดังกล่าวและการปฏิบัติที่เอื้ออำนวยอื่นๆ¹⁰⁵ ในทางตรงกันข้าม อัลกอริทึมอาจถูกตรวจสอบได้ง่ายเช่นกัน โดยการตั้งโปรแกรมเพื่อหลีกเลี่ยงกลยุทธ์การสมรู้ร่วมคิด โดยการออกแบบผ่านการเขียนโปรแกรมของกฎที่ชัดเจนหรือแม้แต่การเลือกอินพุตเข้าสู่ข้อมูล กล่าวอีกนัยหนึ่ง อาจมีวิธีแก้ไขที่สามารถบังคับใช้ได้เพื่อจัดการกับการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายของ อัลกอริทึม ดังนั้น ผู้กำหนดนโยบายควรทบทวนการบังคับใช้กฎหมายอย่างต่อเนื่องของการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายของอัลกอริทึมในตลาดดิจิทัล

4.4 ประเทศอินเดีย

4.4.1 พัฒนาการกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประเทศอินเดียนั้นได้เริ่มมีความสัมพันธ์ทางการค้า การลงทุน รวมทั้งให้ความร่วมมือทางเศรษฐกิจกับประเทศต่างๆมากขึ้น จากการที่ประเทศอินเดียได้เข้าร่วมความร่วมมือในระดับทวิภาคีกับประเทศต่างๆ ดังนั้นในปัจจุบันจึงทำให้ได้เห็นประเทศอินเดียสร้างความร่วมมือกับประเทศต่างๆในด้านการค้าและการลงทุน เช่น เขตการค้าเสรีระหว่างอินเดีย-สิงคโปร์ ความร่วมมือลุ่มน้ำโขง-ลุ่มน้ำคงคา เป็นต้น

The Competition Act 2002 หรือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2545 ผ่านรัฐสภาของประเทศอินเดียในปี พ.ศ. 2545 ซึ่งประธานาธิบดีได้ให้ความยินยอมในเดือนมกราคม พ.ศ. 2546 ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการแข่งขัน (แก้ไขเพิ่มเติม) พ.ศ. 2550 ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งอินเดีย (Competition Commission of India: CCI) โดยเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่หลักในการดูแลการประกอบธุรกิจให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม รวมถึงการให้ความเห็นเกี่ยวกับประเด็นการแข่งขันตามข้อมูลอ้างอิงที่ได้รับจากหน่วยงานตามกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายใด ๆ และดำเนินการสนับสนุนการแข่งขัน¹⁰⁶ การบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าขึ้นมานี้เพื่อแทนที่กฎหมายดั้งเดิมอันได้แก่ The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, 1969¹⁰⁷ ที่มีผลบังคับใช้ทั้งประเทศอินเดีย

¹⁰⁵ Joseph E. Harrington Jr, "Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Price-Setting Agents," (2017).

¹⁰⁶ Competition Commission of India, "About Cci | Competition Commission of India " [Online] Accessed: 1 March. Available from: www.cci.gov.in.

¹⁰⁷ The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, 1969. (1970).

ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าคณะกรรมการการแข่งขันของประเทศอินเดียได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อป้องกันกิจกรรมที่ส่งผลเสียต่อการแข่งขันในประเทศอินเดีย

The Competition Act 2002 หรือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2545 ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อให้มีขึ้นโดยคำนึงถึงการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันการปฏิบัติที่มีผลกระทบต่อการแข่งขัน เพื่อส่งเสริมและรักษาการแข่งขันในตลาด เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค และประกันเสรีภาพในการค้าที่ดำเนินการโดยผู้เข้าร่วมรายอื่นในตลาดในประเทศอินเดีย บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้านี้จึงมีความเกี่ยวข้องกับข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการแข่งขันและการละเมิดโดยใช้อำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหรือเหนือตลาดซึ่งพระราชบัญญัติการแข่งขัน พ.ศ. 2545 ได้รับการแก้ไขทั้งสิ้น 2 ครั้ง ได้แก่ พระราชบัญญัติการแข่งขัน (แก้ไข) พ.ศ. 2550 และอีกครั้งโดยพระราชบัญญัติการแข่งขัน (แก้ไข) พ.ศ. 2552

4.4.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน

The Competition Act 2002 ของประเทศอินเดีย ตามมาตรา 3(3)¹⁰⁸ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการห้ามกำหนดข้อตกลงบางประการ โดยการใช้อำนาจเหนือกว่าในทางที่ผิดหรือข้อบังคับของการรวมกัน โดยห้ามในการดำเนินการต่างๆ ดังนั้น มาตรา 3(3) ของ The Competition Act 2002 โดยบัญญัติว่า

¹⁰⁸ The Competition Act 2002, Section 3(3):

Any agreement entered into between enterprises or associations of enterprises or persons or associations of persons or between any person and enterprise or practice carried on, or decision taken by, any association of enterprises or association of persons, including cartels, engaged in identical or similar trade of goods or provision of services, which—

(a) directly or indirectly determines purchase or sale prices;

(b) limits or controls production, supply, markets, technical development, investment or provision of services;

(c) shares the market or source of production or provision of services by way of allocation of geographical area of market, or type of goods or services, or number of customers in the market or any other similar way;

(d) directly or indirectly results in bid rigging or collusive bidding, shall be presumed to have an appreciable adverse effect on competition: Provided that nothing contained in this sub-section shall apply to any agreement entered into by way of joint ventures if such agreement increases efficiency in production, supply, distribution, storage, acquisition or control of goods or provision of services.

“ข้อตกลงใด ๆ ที่ทำขึ้นระหว่างวิสาหกิจหรือสมาคม หรือบุคคล รวมไปถึงระหว่างบุคคลใด ๆ กับวิสาหกิจหรือการปฏิบัติที่ดำเนินการหรือการตัดสินใจดำเนินการโดยสมาคมใด ๆ ของวิสาหกิจหรือสมาคมของบุคคลใด ๆ รวมถึงกลุ่มพันธมิตรที่มีส่วนร่วมในแบบเดียวกันที่มีการค้าสินค้าหรือการให้บริการที่คล้ายคลึงกันโดย

ก. กำหนดราคาซื้อหรือขายโดยตรงหรือโดยอ้อม

ข. จำกัดหรือควบคุมการผลิต การจัดหา ตลาด การพัฒนาทางเทคนิคการลงทุนหรือการให้บริการ

ค. แบ่งปันตลาดหรือแหล่งการผลิตหรือการให้บริการโดย วิธีการจัดสรรพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ของตลาดหรือประเภทของสินค้าหรือบริการหรือจำนวนลูกค้าในตลาดหรือวิธีอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน

ง. ผลโดยตรงหรือโดยอ้อมในการโง่งการเสนอราคาหรือการเสนอราคาแบบสมรู้ร่วมคิด ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีผลเสียต่อการแข่งขัน โดยมีเงื่อนไขว่าไม่มีข้อความใดๆ ดังที่กล่าวข้างต้นที่ใช้บังคับกับข้อตกลงใดๆ ที่ทำขึ้นโดยการร่วมทุน หากข้อตกลงดังกล่าวเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิต การจัดหา การจัดจำหน่าย การจัดเก็บ การได้มาหรือการควบคุมสินค้าหรือการให้บริการ”

และเมื่อพิจารณาถึงการนำไปใช้ สำหรับมาตรา 3(3) ของ The Competition Act 2002 ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจะมีผลเสียต่อการแข่งขันโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์แต่อย่างใด โดยมีเครื่องมืออำนวยความสะดวกเสมือนเป็น ขาที่สามของการทดสอบดังกล่าวข้างต้นเป็นการตัดสินใจข้อเท็จจริง อีกทั้งมาตรานี้ยังมีความเกี่ยวข้องกับ "การห้ามตกลงร่วมกันกับการตกลงร่วมกันในแนวนอน" และพฤติกรรมที่อาจตกอยู่ภายใต้การห้ามตกลงร่วมกันกับการตกลงร่วมกันในแนวนอนนั้น มีขอบเขตที่กว้างอย่างมาก โดยการพิจารณามาตรา 3(3) ของ The Competition Act 2002 บทบัญญัตินั้นเกี่ยวข้องกับการสมรู้ร่วมคิด ส่วนนี้สามารถแบ่งออกเป็น 3 องค์ประกอบ¹⁰⁹

1. ต้องมีการเกิดขึ้นของข้อตกลงที่ทำขึ้น หรือ หรือการกระทำใดๆ หรือการตัดสินใจ กล่าวคือ คำจำกัดความของข้อตกลงที่ได้มีการตกลงกัน นั้นรวมถึงการกระทำใด ๆ ที่สอดคล้องกัน โดยการกระทำใดๆ นั้นยังมีคำจำกัดความกว้างๆ และรวมถึงการกระทำใดๆ

¹⁰⁹ Digvijay R. Singh, "Algorithmic Collusion: Can the Competition Act Protect against Self-Learning Algorithms," (2022).

ที่เกี่ยวข้องกับการค้าในลักษณะใดๆ ที่ดำเนินการโดยบุคคล หรือองค์กร ซึ่งการกระทำร่วมกันในอัลกอริทึมสมรู้ร่วมคิด 2 ประเภท คือ การคาดการณ์สถานการณ์ และการสอดส่องดูแลทางดิจิทัล อาจเกิดความกังวลขึ้นในกรณีคู่แข่งไม่ได้มีส่วนร่วมในการตั้งโปรแกรมซอฟต์แวร์ของตนอย่างชัดเจน เพื่อดำเนินการในลักษณะเฉพาะเจาะจงซึ่งอัลกอริทึมนั้นดำเนินการด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม การกระทำนั้นจะอยู่ภายใต้คำว่า "ข้อตกลง" เนื่องจากการคาดการณ์ได้

2. บุคคลหรือ สมาคมของบุคคล หรือวิสาหกิจ หรือสมาคมวิสาหกิจ โดยคู่สัญญาที่แข่งขันกันจะต้องรับผิดชอบเนื่องจากพวกเขามีส่วนร่วมในการเขียนโปรแกรมของอัลกอริทึมเพื่อตอบสนองในทำนองเดียวกันกับสถานะตลาดที่คล้ายคลึงกัน และดังนั้นจึงถือว่ามีส่วนร่วมในพฤติกรรมสมรู้ร่วมคิด

3. ซึ่งกำหนดราคาซื้อหรือขายโดยตรงหรือโดยอ้อม ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีผลเสียต่อการแข่งขัน

4.4.3 คดีที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม

คดี Samir Agarwal v. ANI Technologies Pvt. Ltd.¹¹⁰

คดีนี้เริ่มต้นโดยผู้ให้ข้อมูลเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอิสระ โดยยื่นคำร้องที่ส่งถึงคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของอินเดีย โดยเรียกร้องให้พิจารณาแนวทางปฏิบัติที่ต่อต้านการแข่งขันที่ถูกกล่าวหาของบริการรถแท็กซี่สองแห่งที่ให้บริการแพลตฟอร์มชื่อว่า ANI Technologies Pvt Ltd พร้อมด้วย Uber India Systems Pvt Ltd, Uber B.V. และ Uber Technologies Inc. หรือที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายในชื่อ Ola และ Uber ตามลำดับ โดยอ้างว่าอัลกอริทึมการกำหนดราคาที่ใช้โดยฝ่ายที่ถูกกล่าวหาในการคำนวณค่าโดยสารลดทอนเสรีภาพของคนขับรถแท็กซี่รายดังกล่าวในการแข่งขันกันเอง ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2545

เมื่อมีการร้องขอให้มีการไต่สวนข้อกล่าวหาดังกล่าวต่อหน้าคณะกรรมการการแข่งขันของอินเดีย ต่อหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดย The Competition Act 2002 ได้รับการยืนยันว่าไม่มีการตรวจพบการละเมิดที่ผิดกติการะหว่างผู้รวบรวมข้อมูล และด้วยเหตุนี้ ข้อกล่าวหาต่อต้านการแข่งขันทั้งหมดต่อ Ola และ Uber ถูกยกเลิก ส่งผลให้มีการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาในเดือนธันวาคม 2563 ประเด็นนี้ได้รับการตัดสินโดยผู้พิพากษาสามคนในศาลฎีกา

¹¹⁰ "Samir Agrawal Vs Ani Technologies Pvt. Ltd.," (COMPETITION COMMISSION OF INDIA, 2018).

ซึ่งในคดีนี้มีประเด็นต้องตั้งข้อสงสัย¹¹¹ โดยทางคณะกรรมการการแข่งขันของอินเดีย ได้มีการออกคำสั่งภายใต้มาตรา 26(2)¹¹² ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อได้รับข้อมูลจากรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลของรัฐหรือหน่วยงานตามกฎหมายหรือข้อมูลที่ได้รับตามมาตรา 19 แล้ว คณะกรรมการเห็นว่าไม่มีมูลให้จำหน่ายคดี และมีคำสั่งเป็น เห็นสมควรและส่งสำเนาคำสั่งไปยังรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลแห่งรัฐหรือหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมายหรือฝ่ายที่เกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี” ซึ่งถือว่าอยู่ในขั้นตอนของการสอบสวน ตาม The Competition Act 2002 ทางคณะกรรมการได้ตัดสินว่าไม่มีมูลคดีฟ้องร้องคนขับรถแท็กซี่ ผู้รวบรวมการมีส่วนร่วมของกิจกรรม/การดำเนินการของพันธมิตรผ่านแพลตฟอร์ม Ola/Uber ใน Samir Agrawal กับ ANI Technologies Pvt. Ltd คณะกรรมาธิการมีโอกาสที่จะตัดสินใจว่าการใช้อัลกอริทึมเดียวกันโดยผู้ขับขี่ผ่านการใช้แพลตฟอร์มทั่วไปจะนำไปสู่การร่วมกันกระทำหรือประสานงานภายใต้กฎหมายหรือไม่

รวมถึงข้อกล่าวหาอื่นๆ ผู้ให้ข้อมูลระบุว่าผู้ขับขี่ที่ติดอยู่กับเครือข่ายของ Ola/Uber ไม่ได้ทำหน้าที่เป็นพนักงานของตน แต่ทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการอิสระจากภายนอก บนพื้นฐานของโครงสร้างนี้ ผู้รวบรวมกำลังทำหน้าที่เป็นศูนย์กลาง (Hub and Spoke) ที่ร่วมสมรู้ร่วมคิดราคาโดยใช้อัลกอริทึม ซึ่งทางผู้ให้ข้อมูลยังเสนอว่าเนื่องจากผู้ขับขี่เป็นผู้รับจ้างอิสระ และไม่ได้มีความสัมพันธ์แบบตัวแทน/พนักงาน พวกเขาไม่ได้ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานทางเศรษฐกิจเดียว ความร่วมมือระหว่างคนขับที่รวบรวมหรือกระจายโดย Ola/Uber ทำให้เกิดการกระทำร่วมกัน ภายใต้มาตรา 3(3)(a) ที่อ่านร่วมกับมาตรา 3(1) ของ The Competition Act 2002

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศอินเดีย ตั้งข้อสังเกตว่าการจัดศูนย์กลาง (Hub and Spoke) หมายถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ละเอียดอ่อนระหว่างคู่แข่งผ่านบุคคลที่สามที่เอื้อให้เกิดพฤติกรรมกระทำร่วมกัน เพื่อให้มีคุณสมบัติเป็นข้อตกลงที่ต้องใช้ศูนย์กลาง และใช้แพลตฟอร์มของบุคคลที่สาม เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ละเอียดอ่อน รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับราคาที่สามารถอำนวยความสะดวกในการกำหนดราคา ดังนั้น การมีอยู่ของการสมรู้ร่วมคิดเพื่อกำหนดราคาได้อาศัยอัลกอริทึมเป็นสำคัญ

¹¹¹ Basu Chandola (2019), Algorithms and Collusion: Has the CCI got it wrong?

¹¹² The Competition Act 2002, Section 26(2)

“Where on receipt of a reference from the Central Government or a State Government or a statutory authority or information received under section 19, the Commission is of the opinion that there exists no *prima facie* case, it shall close the matter forthwith and pass such orders as it deems fit and send a copy of its order to the Central Government or the State Government or the statutory authority or the parties concerned, as the case may be.”

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าระบุว่า การกำหนดราคาโดยใช้ อัลกอริทึมโดยแพลตฟอร์ม Ola/Uber ไม่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นการสมรู้ร่วมคิดระหว่างผู้ขับขี่ยานพาหนะ ถือได้ว่าการตกลงร่วมกันหรือการกระทำร่วมกันโดยอาศัยตัวกลางจะต้องมีข้อตกลงระหว่างผู้ขับขี่ทั้งหมดเพื่อกำหนดราคาผ่านแพลตฟอร์ม หรือข้อตกลงสำหรับแพลตฟอร์มเพื่อประสานราคาระหว่างกัน เนื่องจากไม่มีข้อตกลงดังกล่าวเพื่อมอบอำนาจการกำหนดราคานี้ให้กับแพลตฟอร์ม คณะกรรมาธิการจึงไม่พบการละเมิดมาตรา 3(3)(a) ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2545 อีกทั้งคณะกรรมการฯ เห็นว่าการประมาณค่าโดยสารผ่านแอปนั้นทำโดยอัลกอริทึมบนพื้นฐานของชุดข้อมูลขนาดใหญ่บนพื้นฐานของปัจจัยหลายประการ ดังนั้นราคาที่กำหนดโดยอัลกอริทึมสำหรับผู้ขับขี่ที่แตกต่างกันจึงแตกต่างกัน และราคาดังกล่าวไม่เหมือนกับมีศูนย์กลางที่เข้าใจกันแบบดั้งเดิม ความเข้าใจเกี่ยวกับการใช้อัลกอริทึมสำหรับการสมรู้ร่วมคิดนี้อาจไม่ถูกต้องที่สุด¹¹³

คดี Airlines Industry Cartel case

การกระทำร่วมกันระหว่างสายการบินภายในประเทศหลายแห่งในประเทศอินเดีย ที่ได้มีการตรวจสอบบทบาทของอัลกอริทึมในซอฟต์แวร์ที่ใช้โดยสายการบินเหล่านี้ ซึ่งส่งผลกระทบต่อ การกำหนดราคาตั๋ว ทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศอินเดีย ตั้งข้อสังเกตว่าบุคลากรที่ทำงานในทีมจัดการรายได้ของแต่ละสายการบินกำหนดอัลกอริทึมและราคาตั๋วสุดท้าย และการมีส่วนร่วมของซอฟต์แวร์นั้นจำกัดเฉพาะในขอบเขตที่ช่วยเหลือทีมจัดการรายได้ให้ได้ราคาสำหรับรายได้ที่เหมาะสมที่สุดเท่านั้น¹¹⁴ ซึ่งสอดคล้องกับในกรณี *Suo motu*¹¹⁵ ในปีพ.ศ. 2558 ทางคณะกรรมการได้สั่งให้มีการสอบสวนถึงแนวทางปฏิบัติที่ต่อต้านการแข่งขันที่ถูกกล่าวหา หลังจากพบว่าการเสนอตั๋วราคาใกล้เคียงกันในบางเส้นทางโดยสายการบิน เช่น Indigo, Air India, SpiceJet, GoAir และที่เลิกใช้แล้วอย่าง เจ็ทแอร์เวย์. ซึ่งรายงานดังกล่าวครอบคลุมช่วงเวลาตั้งแต่ FY11-FY16 เนื่องจากมีการใช้ซอฟต์แวร์เพื่อกำหนดราคาซึ่งมากกว่าไปนั้น ความเท่าเทียมของราคา

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Singh, D. R., "Algorithmic Collusion: Can the Competition Act Protect against Self-Learning Algorithms."

¹¹⁵ Gaurav Noronha, "Cci Finds No Proof of Cartelisation among 5 Airlines, Ends Ticket Price Fixing Probe," [Online] Accessed: 1 March. Available from: https://economictimes.indiatimes.com/industry/transportation/airlines/-aviation/no-evidence-of-cartelisation-among-5-airlines-cci/articleshow/81167341.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst

ได้กลายเป็นผลลัพธ์ตามธรรมชาติ แต่ไม่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นผลจากข้อตกลงหรือการกระทำใดๆ ที่สอดคล้องกัน

ซึ่งในปีพ.ศ.2561 อัลกอริทึมที่ใช้งานซอฟต์แวร์นั้นขึ้นอยู่กับข้อมูลจากนักวิเคราะห์เส้นทางที่ทำงานในสายการบินเกี่ยวกับพารามิเตอร์ต่างๆ เช่น ความถี่ของเที่ยวบิน ความจุของเครื่องบิน ฤดูกาล ค่าโดยสารของคู่แข่ง ช่วงเวลา และอื่นๆ สิ่งของ ซึ่งถูกกำหนดโดยบุคลากรที่ทำงานในทีมจัดการรายได้ของแต่ละสายการบินและมองว่าการใช้ซอฟต์แวร์นั้นจำกัดเพียงการช่วยเหลือทีมจัดการรายได้ เพื่อให้ได้ราคาที่จะช่วยเพิ่มรายได้

จากคำตัดสินหรือการพิจารณานั้นถือเป็นการบรรเทาทุกข์ให้กับภาคธุรกิจการบิน เนื่องจากการค้นพบที่ไม่พึงประสงค์อาจส่งผลให้ต้องเสียค่าปรับสูงสุด 3 เท่าของกำไรที่ทำได้ในแต่ละปีจากราคาคงที่ หรือร้อยละสิบของรายได้ต่อปี

จากกรณีดังกล่าวซึ่งสามารถบ่งชี้ได้ว่าสายการบินยังคงพยายามรักษาเสถียรภาพของส่วนแบ่งการตลาดในระดับหนึ่ง ทั้งในช่วงที่มีผู้โดยสารจำนวนน้อย และฤดูกาลท่องเที่ยวที่มีผู้โดยสารในปริมาณมาก ในช่วงระยะเวลาที่ตรวจสอบในกรณีดังกล่าวที่เกิดขึ้นพบว่าโครงสร้างต้นทุนที่คล้ายกันได้รับการสังเกตเพื่ออำนวยความสะดวกในการสมรู้ร่วมคิดทางด้านราคาที่จะเรียกเก็บจากผู้โดยสาร และในทางตรงกันข้ามกับโครงสร้างต้นทุนที่แตกต่างกัน ซึ่งบริษัทต้นทุนต่ำมักจะแข่งขันกับบริษัทต้นทุนสูงในด้านราคาเพื่อช่วงชิงส่วนแบ่งตลาดที่มากขึ้น ข้อสังเกตที่สำคัญก็คือแม้จะมีความแตกต่างในค่าโดยสารอื่นๆ แต่ค่าโดยสารปลายทางที่สายการบินเรียกเก็บสำหรับตัวนั้นเกือบจะใกล้เคียงกันทั้งหมด¹¹⁶

ดังนั้นการกระทำร่วมกันโดยการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายอยู่ภายใต้กฎหมาย The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, 1969 และขณะนี้ยังอยู่ภายใต้ The Competition Act 2002 มาตรา 3(3) คำจำกัดความของ “ข้อตกลง” ครอบคลุมถึง ข้อตกลงโดยปริยายไม่ว่าข้อตกลง ความเข้าใจ หรือการกระทำดังกล่าวจะเป็นทางการหรือเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม หรือ ไม่ว่าข้อตกลง ความเข้าใจ หรือการกระทำดังกล่าวจะมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับโดยกระบวนการทางกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ดังที่กล่าวไปข้างต้น การรับมือกับการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายเป็นเรื่องยากเพราะข้อตกลงโดยปริยายไม่สามารถพิสูจน์ได้เสมอ เนื่องจากขาดหลักฐานอยู่เช่นกัน

¹¹⁶ Bhumika Indulia... "Cci | Cartelisation in the Airlines Industry? Role of Route Analysts, Softwares and Algorithms Decoded || Detailed Report ..."(February 25, 2021 - 2021).

โดยข้อกำหนดเบื้องต้น 2 ประการเกี่ยวกับการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยาย **ประการแรก** ควรมีหลักฐานที่สมเหตุสมผลว่ามีข้อตกลงจริง และ **ประการที่สอง** ข้อตกลงดังกล่าวมีพฤติกรรมสมรู้ร่วมคิด อย่างไรก็ตาม ถือเป็นเรื่องยากมากที่จะตัดสินว่ามีข้อตกลงหรือไม่ ในบางสถานการณ์ดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ในกรณีของ Ghai Enterprise Ltd และ Quality Ice creams MRTPC ได้เชื่อมโยงข้อตกลงโดยปริยายกับราคาคู่แข่งกัน ทั้งสองบริษัทไอศกรีมซึ่งถือหุ้นร้อยละ 80 ของส่วนแบ่งตลาด ได้เสนอส่วนลดที่คล้ายคลึงกันและคงราคาไว้เท่าเดิม The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act, 1969 สังเกตว่า “ความน่าจะเป็นมีมากกว่า” ในกรณีนี้ นำไปสู่ข้อสรุปว่ามีความพยายามร่วมกันระหว่างบริษัทและด้วยเหตุนี้จึงเป็นการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยาย

4.5 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

4.5.1 พัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าสหพันธ์รัฐเยอรมนี

ภายหลังสงครามโลกที่ 2 ประเทศผู้ชนะสงครามได้มีการลงนามใน สัญญาพอดส์ดัม (Potsdamer Abkommen) เพื่อประโยชน์ในด้านการเมืองและในทางเศรษฐกิจ โดยสหพันธ์รัฐเยอรมนี หรือ ประเทศเยอรมนี (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ประเทศเยอรมนี”) ซึ่งอยู่ในกลุ่มของประเทศผู้แพ้สงครามทำให้นโยบายต่างๆในการบริหารประเทศนั้นได้รับอิทธิพลมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการแข่งขันตามนโยบายการป้องกันการผูกขาด เนื่องจากประเทศผู้ชนะสงครามอันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศสได้ นั้นได้พยายามที่จะควบคุมพื้นที่ครอง จึงได้ตรากฎหมายสลายการผูกขาดมาบังคับใช้พื้นที่ภายใต้การยึดครอง จึงได้มีการตรากฎหมายสลายการผูกขาด (Dekartellierungsrecht) อาศัยต้นแบบจาก The Sherman act ของประเทศสหรัฐอเมริกา¹¹⁷

อย่างไรก็ตามประเทศเยอรมนีได้พยายามที่จะวางแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าแบบใหม่ โดยอาศัยแนวคิดจาก งานวิชาการแนวเสรีตามระเบียบ (Ordoliberalism)¹¹⁸ ของสำนักวิชาการไฟร์บวร์ก นำโดย วอวเลอร์ เอิร์กเคน (Walter Eucken) เป็นต้นแบบในการเสนอร่างใหม่ หวังให้เป็นแนวคิด การวางฐานที่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมให้กฎหมายสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ จึงมีบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของ

¹¹⁷ กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์และจุฑาพร ชัยเดชสุริยะ, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2562). หน้า 183-186.

¹¹⁸ เสรีนิยมตามระเบียบ (Ordoliberalism) แนวคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้กับระบบเศรษฐกิจแบบตลาด โดยมีประสบการณ์อันเข้มข้นในสมัยนาซีที่รัฐมีอำนาจล้นเกินเป็นบทเรียน

เยอรมนี (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen หรือ GWB (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “GWB”)) โดยรัฐได้ตรากฎหมายเพื่อให้เห็นถึงความโปร่งใสและความเสรีภาพในการเข้าสู่ตลาด โดยมีการปรับปรุงอย่างต่อเนื่อง เช่น การเพิ่มมาตรการควบคุมการเข้าร่วมธุรกิจ การใช้อำนาจเหนือตลาด เป็นต้น และการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญที่เกิดขึ้นของ GWB ได้แก่ การแก้ไขให้ไปในทิศทางของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (TFEU) ในปี ค.ศ. 1998 และมีคณะกรรมการยุโรปได้ออกแนวทางการพิจารณาหลายฉบับ โดยมุ่งเน้นให้ความสำคัญกับผลทางเศรษฐศาสตร์ (More Economic Approach) เป็นสำคัญ มาแทนที่แนวคิดของ Ordoliberalism การพัฒนาของ GWB นั้นยังคงพัฒนาต่อเนื่องรวมถึงการรับรองเศรษฐกิจในยุคดิจิทัลในปี ค.ศ. 2017 (พ.ศ. 2560)¹¹⁹

โดยในปัจจุบัน GWB นี้มีจุดมุ่งหมายขอบเขตในการปกป้องการร่วมกันจำกัดการแข่งขันในรูปแบบต่างๆ รวมถึงพฤติกรรมกรรมการร่วมกัน โดยอาศัยเครื่องมือสำคัญอันได้แก่

- มาตรา 1 GWB การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน
- มาตรา 19 และมาตรา 20 GWB การใช้อำนาจเหนือตลาดและเลือกปฏิบัติ
- มาตรา 35 – 43a การควบรวมธุรกิจ

ทางด้านราคา

โดยอยู่ภายใต้ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมนี (Bundeskartellamt) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า คณะกรรมการการฯ)

หลักเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเยอรมนี

คณะกรรมการฯ นั้นได้ออกประกาศเพื่อให้ชัดเจนในหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับข้อกักขังในการอำนาจของคณะกรรมการฯ อันได้แก่ ประกาศว่าด้วยการไม่ดำเนินคดีกับการร่วมกันอันกระทบต่อการแข่งขันเพียงเล็กน้อย (Bagatellbekanntmachung), ประกาศว่าด้วยมาตรฐานในการพิจารณา (Gutachtenstandard) และประกาศว่าด้วยการให้โบนัส (Bonusregelung)¹²⁰

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 186-189.

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 190.

ประกาศว่าด้วยการไม่ดำเนินคดีกับการร่วมกันอันกระทบต่อการแข่งขันเพียงเล็กน้อย (Bagatellbekanntmachung) คือการชี้แจงเกี่ยวกับดุลพินิจในการพิจารณาการเริ่มคดีของคณะกรรมการฯ หากมีการกระทำของผู้ประกอบการที่แสดงให้เห็นถึงข้อสันนิษฐานว่าการกระทำนั้นเป็นการขัดต่อ GWB หรือไม่ ถ้าผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นเล็กน้อย อาจมีการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการฯได้ว่าจะไม่ดำเนินคดี¹²¹

ประกาศว่าด้วยมาตรฐานในการพิจารณา (Gutachtenstandard) การรับประกันเกี่ยวกับการพิจารณาเชิงเศรษฐศาสตร์ในข้อเท็จจริงจะโปร่งใสและเป็นเอกภาพ¹²²

ประกาศว่าด้วยการให้โบนัส (Bonusregelung) การละเว้นค่าปรับทางปกครองหรือลดค่าปรับให้ผู้ประกอบการ ย่อมถือว่าเป็นอำนาจของคณะกรรมการฯ¹²³

4.5.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกัน

โดยบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันเยอรมนีเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันนั้นอยู่ในมาตรา 1 GWB กำหนดไว้ว่า “ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ การตัดสินใจโดยมติของสมาคมผู้ประกอบการ และการปฏิบัติร่วมกันซึ่งมีจุดประสงค์หรือมีผลในการป้องกัน การจำกัด หรือการบิดเบือนการแข่งขันเป็นสิ่งต้องห้าม”¹²⁴ เป็นการกำหนดพฤติกรรมต้องห้ามที่นำไปสู่การร่วมกันจำกัดแข่งขัน ได้แก่ การตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการ (Vereinbarungen) มติของสมาคมผู้ประกอบการ (Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) และพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ (Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) พฤติกรรมที่ได้กล่าวไปคือการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการที่มีวัตถุประสงค์ความต้องการเป็นการขจัด จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน ให้รวม

¹²¹ Bundeskartellamt, Bagatellbekanntmachung vom 13. März 2007, para 1.

¹²² Bundeskartellamt, Standard für ökonomische Gutachten vom 20 Oktober 2010, p.2.

¹²³ Bundeskartellamt, Bonusregelung vom 7. März 2006, para 1.

¹²⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB, Section 1

“Agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition are prohibited.” Translation provided by the Language Service of the Bundeskartellamt in cooperation with Renate Tietjen.

การร่วมกันของคู่ค้า และมีผลบังคับใช้กับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทั้งในแนวนอนและในแนวตั้ง หรือแนวตั้ง¹²⁵ ของผู้ประกอบการ¹²⁶ จะอยู่ภายใต้บังคับประกอบเดียวกันของมาตรานี้

การพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกัน จากมาตรา 1 GBW มีด้วยกันมีทั้งสิ้น 3 รูปแบบ

การตกลงระหว่างผู้ประกอบการ เป็นการแสดงเจตนาที่เห็นพ้องต้องกัน (Einigung) ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร เอกสาร หรือปากเปล่าได้ คล้ายคลึงบนพื้นฐานหลักการทำสัญญาทางแพ่ง¹²⁷

มติของสมาคมผู้ประกอบการ กล่าวคือมาตรการใดๆ ที่ทางสมาคมได้มีการหาหรือประชุมหรือข้อกำหนดใดๆ ที่มีผู้กผันสมาชิกของสมาคมต้องปฏิบัติตาม แต่ไม่ถือว่าสมาชิกได้ตกลงร่วมกันในการกระทำโดยตรง เพราะถือเป็นคำสั่งจากสมาคม และสมาชิกบางรายอาจไม่ได้ร่วมประชุมในการหาหรือข้อกำหนดต่างๆ¹²⁸

พฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ กล่าวคือ แสดงให้เห็นถึงทิศทางของตลาดและทิศทางการดำเนินการของผู้ประกอบการที่ไปในทิศทางเดียวกันแม้จะไม่ปรากฏว่าตกลงกัน เช่น อาจมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน เป็นต้น¹²⁹ ซึ่งเป็นประเด็นการวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

การดำเนินคดีและถือว่าการกระทำนั้นถือเป็นการกระทำผิดตามมาตรา 1 GBW นั้น ต้องเป็นการกระทำร่วมกันที่มีวัตถุประสงค์ในการขจัด จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันในรูปแบบของการกำหนดตัวแปรร่วมกัน เช่น การกำหนดราคา ร่วมกัน เป็นต้น หากมีฝ่ายใดถูกได้รับผลกระทบจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันถือว่าเป็นความผิดตาม

¹²⁵ การร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง คือ การทำให้ธุรกิจที่มีความเชื่อมโยงกับธุรกิจที่ผูกขาดในห่วงโซ่ อุปทานของ สินค้าหรือบริการเดียวกัน จำเป็นต้องตกอยู่ใต้อาณาจออย่างไม่มีทางเลือก และไม่สามารถสร้างความสัมพันธ์กับ ธุรกิจอื่นได้ (ทศพล ทรรศนกุลพันธ์, 2554)

¹²⁶ กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ และจุฑาพร ชัยเดชสุริยะ, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยคู่ขนาน สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์, หน้า 210.

¹²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 211.

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 211.

¹²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 211.

มาตรา 1 GWB ไม่ว่าในลักษณะการกระทำร่วมกันในลักษณะใดก็ตาม มาตรานี้ถูกบัญญัติให้สอดคล้องกับมาตรา 101 (1) (a) – (e) ของ TFEU ตัวอย่างพฤติกรรมต่างๆ ที่ TFEU เห็นว่าเป็นการกระทำที่ความผิดนั้นสามารถที่จะนำมาปรับใช้กับมาตรา 1 GWB ได้¹³⁰ ดังนั้นในทางวัตถุประสงค์ก็จะมีผลคล้ายคลึงการตีความกับ TFEU ตามหลัก More Economic Approach ที่ได้กล่าวไปข้างต้น

โดยพฤติกรรมการกระทำร่วมกันนั้นๆ ต้องมีคุณลักษณะให้เห็นว่าได้ทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอยู่บนข้อเท็จจริง เจื่อนไขที่เป็นความจริง โดยไม่ขึ้นอยู่กับจิตใจ ไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาเจตนาภายในแต่อย่างใด ต้องนำพฤติการณ์ทางเศรษฐกิจและทางกฎหมาย รวมถึงโครงสร้างของตลาด ซึ่งเป็นแนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการยุโรป¹³¹ ดังที่กล่าวไปข้างต้นต้องมีการพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นของพฤติกรรมนั้น ผ่านประกาศว่าด้วยการไม่ดำเนินคดีกับการร่วมกันอันมีผลกระทบเล็กน้อย (Bagatellbekanntmachung)

หากการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นสามารถสร้างประโยชน์ให้กับทางเศรษฐกิจเป็นการส่งเสริมและพัฒนาการผลิตสินค้า การส่งออก โดยผู้ประกอบการได้มีส่วนร่วมในประโยชน์ดังกล่าวอย่างเหมาะสมอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อที่จะสร้างความแน่ใจว่าจะไม่มีการเอาเปรียบผู้ประกอบการหรือหาประโยชน์จากผู้บริโภคอยู่ฝ่ายเดียว และต้องไม่เป็นการทำลายการแข่งขัน จึงจะถือว่าไม่ผิดตามมาตรา 1 GWB ซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 2(1) GWB¹³² ซึ่งมีทิศทางไปในทิศทางเดียวกันมาตรา 103 ของ TFEU และยังคงต้องนำแนวทางการพิจารณา

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 212 – 213.

¹³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 214.

¹³² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB, Section 2(1)

“(1) Agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which contribute to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which do not

1. impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives, or

2. afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question shall be exempted from the prohibition under Section 1,” Translation provided by the Language Service of the Bundeskartellamt in cooperation with Renate Tietjen.

ของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปมาพิจารณาว่ารวมถึงแนวทางคำพิพากษาของศาลสหภาพยุโรป¹³³

การลงโทษผู้ฝ่าฝืนมาตรา 1 GWB ร่วมกันในการมีวัตถุประสงค์ในการขจัด จำกัด หรือปิดเป็นการแข่งขันนี้ จะส่งผลในทางกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ ให้การตกลงกันหรือกระทำร่วมกันนั้นเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี (BGB)¹³⁴ และไม่ได้ระงับไปซึ่งสิทธิในการฟ้องร้องผู้ที่ฝ่าฝืนการกระทำตามมาตรา 33 (1)¹³⁵ และ 33a¹³⁶ ของ GWB และมีโทษทางปกครอง

¹³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 215.

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 220.

¹³⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB, Section 33(1)

“(1) Whoever violates a provision of this Part or Article 101 or Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (infringer) or whoever violates a decision issued by the competition authority shall be obliged to the person affected to rectify the harm caused by the infringement and, where there is a risk of recurrence, to desist from further infringements,” Translation provides by the Language Service of the Bundeskartellamt in cooperation with Renate Tietjen.

¹³⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB, Section 33a

(1) Whoever intentionally or negligently commits an infringement pursuant to Section 33(1) shall be liable to pay damages for any harm arising from the infringement.

(2) There is a rebuttable presumption that a cartel results in harm. A cartel within the meaning of this Section is an agreement or concerted practice between two or more competitors aimed at coordinating their competitive behaviour on the market or influencing the relevant parameters of competition. Such agreements or concerted practices include

1. the fixing or coordination of purchase or selling prices or other trading conditions,
2. the allocation of production or sales quotas,
3. the allocation of markets and customers, including bid-rigging, restrictions on imports or exports or
4. anti-competitive actions against other competitors.

There is a rebuttable presumption that legal transactions with undertakings participating in a cartel regarding goods or services that fall within the scope of a cartel in terms of product type, time period and geographic area were covered by that cartel.

(3) Section 287 of the German Code of Civil Procedure [Zivilprozessordnung] shall apply to quantifying the harm caused by the infringement. In quantifying the harm, account may, in particular, be taken of the proportion of the profit which the infringer has derived from the infringement of subsection (1).

(4) The debtor shall pay interest on its pecuniary debts pursuant to subsection (1) from the time the harm occurred. Sections 288 and 289 sentence 1 of the German Civil Code shall

ตามมาตรา 81 GWB ถือว่าผู้ประกอบการได้ทำการละเมิด TFEU ไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจากการบรรลุข้อตกลง การตัดสินใจ รวมถึงการมีส่วนร่วมในการกระทำที่ขัดต่อมาตรา 101(1) TFEU และการกระทำโดยมิชอบตาม มาตรา 102 จากการฝ่าฝืนมาตรา 1 โดยมีการกำหนดไว้ในมาตรา 81(1) และ (2) BGW¹³⁷ โดยผู้กระทำความผิดต้องทำการชำระค่าปรับทางปกครอง

ความเกี่ยวข้องระหว่าง GWB และ TFEU นั้นมีความสัมพันธ์กันด้วยเนื่องจากประเทศเยอรมนีถือว่าเป็นประเทศที่เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป (European Union) จึงมีการต้องมีการพิจารณาบทบัญญัติของ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union) ประกอบการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันที่เกิดขึ้น รวมถึงกรณีของการกระทำร่วมกันโดยอัลกอริทึม ทั้งนี้ในส่วนการพิจารณาว่าอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาที่ผลกระทบที่เกิดขึ้นโดยหากผลกระทบที่เกิดขึ้นต้องสร้างความเสียหายต่อการค้าแก่ประเทศที่ไม่ได้อยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป¹³⁸ จะอยู่ภายใต้ขอบเขตการดำเนินคดีและการบังคับใช้ของ GWB หากเป็นกรณีที่เกิดผลกระทบต่อประเทศเยอรมนีและส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปด้วยการจำกัดการแข่งขันนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตบังคับใช้ของมาตรา 101 หรือ 102 ของ TFEU

apply mutatis mutandis.” Translation provides by the Language Service of the Bundeskartellamt in cooperation with Renate Tietjen.

¹³⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB, Section 81(1) และ (2)

(1) An administrative offence is committed by whoever violates the Treaty on the Functioning of the European Union in the version published on 9 May 2008 (OJ no C 115 of 9 May 2008, p. 47), by intentionally or negligently

1. reaching an agreement, making a decision or engaging in concerted practices contrary to Article 101(1) or
2. abusing a dominant position contrary to Article 102 sentence 1.

(2) An administrative offence is committed by whoever intentionally or negligently

1. violates a provision under Sections 1, 19, 20(1) to (3) sentence 1, Section 20(3a) or (5), Section 21(3) or (4), Section 29 sentence 1 or Section 41(1) sentence 1 concerning the prohibition of an agreement referred to in such provision, of a decision referred to in such provision, of a concerted practice, of an abuse of a dominant position, of an abuse of a market position or of superior market power, of an unfair hindrance or differential treatment, of the refusal to admit an undertaking, of the exercise of coercion, of the infliction of an economic disadvantage or of the implementation of a concentration,

¹³⁸ สหภาพยุโรป (European Union) ก่อตั้งขึ้นเพื่อเสริมสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการเมืองระหว่างประเทศในทวีปยุโรป ประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปประกอบด้วย 27 ประเทศ คือ ออสเตรีย เบลเยียม เดนมาร์ก ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ไอร์แลนด์ อิตาลี ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส สเปน สวีเดน สหราชอาณาจักร ไชปรัส เช็ก เอสโตเนีย ฮังการี ลัตเวีย ลิทัวเนีย มอลตา โปแลนด์ สโลวีเนีย สโลวาเกีย โรมาเนีย และ บัลแกเรีย

อย่างไรก็ตามในบทบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนียังคงได้รับต้นแบบจาก TFEU เป็นสำคัญ

4.5.3 คดีที่เป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม

คดี the German Retail Gasoline Market

ตลาดน้ำมันค้าปลีกในประเทศเยอรมนีมีบริษัทผู้ให้บริการสถานีปั้มน้ำมันอย่างหลากหลายซึ่งบริษัทที่ได้รับความนิยมอย่างมากในประเทศเยอรมนี คือ ARAL และ Shell ถือสัดส่วนในการครองตลาดมากกว่าร้อยละ 25 ของสถานีให้บริการน้ำมันในประเทศเยอรมนี อีกทั้งยังมีบริษัทอื่นๆที่ให้บริการสถานีน้ำมันขนาดใหญ่อื่นๆ ได้แก่ Esso, Total, Avia, Jet, Star, BFT, Agip, Raiffeisen และ Hem เป็นต้น และในส่วแบ่งตลาด เมื่อรวมสัดส่วนของบริษัท ARAL, Shell, Jet, BFT, Total และ Esso รวมกันเป็นร้อยละ 84 ของการจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงในตลาดน้ำมันค้าปลีก โดยมีลักษณะ 2 ประการที่สำคัญของการแข่งขันในตลาดน้ำมันค้าปลีกของเยอรมนี ได้แก่ เรื่องความโปร่งใสทางด้านราคา เนื่องจากความโปร่งใสทางด้านราคา คือการเปิดเผยข้อมูลด้านราคา เพราะในโลกยุคปัจจุบันที่มีอินเทอร์เน็ตเข้ามาเกี่ยวข้อง ธุรกิจต่างๆ นั้นสามารถเช็คราคาของสินค้าได้ทั่วโลกและทราบถึงการปรับเปลี่ยนราคาได้อย่างต่อเนื่องและนโยบายการจับคู่ราคาโดยบริษัทที่ริเริ่มคือ Shell ในปีพ.ศ. 2558 (ค.ศ.2015) ความโปร่งใสทางด้านราคาได้เริ่มมีการสืบหาในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2558 (ค.ศ.2013) เพื่อให้ทันต่อสถานการณ์การร่วมกันของผู้ประกอบการในการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยาย และราคาผู้บริโภคที่สูงขึ้น โดยหน่วยงานกำกับดูแลของเยอรมนี¹³⁹

ประการแรก การตรวจสอบความโปร่งใสทางด้านราคานี้เริ่มจากสถานีที่มีการเปลี่ยนแปลงทางด้านราคาที่มีการรายงานสถานการณ์ทางด้านราคาแบบตามเวลาปัจจุบัน (in real time) ไปยังหน่วยตรวจสอบทางด้านความโปร่งใสตลาดเยอรมนีทางด้านน้ำมัน โดยการเปลี่ยนแปลงราคานี้จะมีการกระจายไปยังผู้ให้บริการข้อมูลที่จะทำหน้าที่ติดต่อกับผู้บริโภค โดยจะรวมเข้ากับแอปพลิเคชันมือถือ หรือระบบ GPS ในยานพาหนะ เช่น TomTom เป็นต้น การใช้ข้อมูลเหล่านี้จะทำให้ผู้ขับขี่นั้นได้รับข้อมูลเกี่ยวกับราคาน้ำมันเชื้อเพลิง ซึ่งในปัจจุบันสามารถที่จะค้นหาสถานีให้บริการน้ำมันที่ถูกที่สุดในบริเวณใกล้เคียงหรือตามเส้นทางเฉพาะที่ผู้ใช้กำหนดไว้ และเพื่อเพิ่มการแข่งขันในตลาดน้ำมันค้าปลีกเสมือนว่าจะมีหลักฐานที่ขัดแย้งเกี่ยวกับผลกระทบของนโยบายความโปร่งใสทางด้านราคาและส่วนต่างในประเทศเยอรมนี

¹³⁹ Robert Clarkb Stephanie Assada, Daniel Ershovc and Lei Xud "Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market.," (2021).

ประการที่สอง เหตุการณ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้านั้น คือ การรับประกันการจับคู่ราคาของบริษัท Shell ในพ.ศ.2558 โดยสถานีให้บริการน้ำมัน Shell แต่ละสถานีจะจับคู่ราคาต่ำสุดของสถานีที่ใกล้ที่สุด 10 แห่งภายในระยะเวลา 30 วินาที โดยอาศัยอัลกอริทึมในการช่วยจับคู่ราคา ซึ่งนโยบายนี้ไม่ได้ใช้กับผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการทุกคน โดยการศึกษาของ ดีเวนเทอร์ และ สเวิร์ฟ (Dewenter และ Schwalbe) (2016) และ แคมเปียล และคณะ (Cabral et al) (2018) แสดงให้เห็นว่ามีราคาน้ำมันขายปลีกเฉลี่ยเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ซึ่งมีศึกษาผลกระทบเพิ่มเติมของการกำหนดราคาโดยอัลกอริทึมในตลาดที่มีความโปร่งใสด้านราคา และการจับคู่ราคาของเซลล์ ผู้ค้าปลีกน้ำมันเชื้อเพลิงนั้นมีการใช้กลยุทธ์ลับเป็นเครื่องมือในการกำหนดราคาหรือดำเนินธุรกิจอันได้แก่ การกำหนดราคาโดยอาศัยเทคโนโลยีซึ่งได้แก่ อัลกอริทึม โดยในทางเลือกหนึ่งคือไม่จำเป็นต้องดำเนินการด้วยตนเอง จึงอาศัยบริษัทเอกชนเป็นผู้ให้บริการซอฟต์แวร์อัลกอริทึม ซึ่งคือฝ่ายรู้ข้อมูลของผู้บริโภคไว้ โดยโครงสร้างของตลาดซอฟต์แวร์นี้ของการกำหนดราคาโดยอัลกอริทึมที่เรียกว่า “อัปสตรีม (Upstream)” โดยเป็นวิธีการที่แยบยลและไม่มีวิธีใดที่จะวัดส่วนแบ่งตลาดของผู้ให้บริการซอฟต์แวร์นี้รายใดรายหนึ่งได้ จากการศึกษากรณีนี้ได้มีการกล่าวถึงบริษัท a2i หรือระบบ a2i บริษัทสัญชาติเดนมาร์ก และ บริษัท Kantify บริษัทสัญชาติเบลเยียมในฐานะผู้ให้บริการที่มีชื่อเสียง รวมถึงยังมีบริษัทอื่น ๆ ที่ปรากฏบนโลกอินเทอร์เน็ตในฐานะผู้ให้บริการซอฟต์แวร์อัลกอริทึม ได้แก่ Kalibrate (Kalibrate.com), Revionics (Revionics.com) และ PDI (PDIsoftware.com)

จากกรณีนี้ทำให้เห็นว่าการใช้ซอฟต์แวร์ในการกำหนดราคาแบบอัลกอริทึมในตลาดค้าปลีกน้ำมันเชื้อเพลิงในยุโรปเริ่มขึ้นในช่วงต้นปีพ.ศ.2553 (ค.ศ.2010) บริษัท a2i ได้ทำการจำหน่ายซอฟต์แวร์ให้กับบริษัทค้าปลีกน้ำมันเชื้อเพลิงของเดนมาร์กได้แก่ OK Benzin อย่างไรก็ตาม การเจาะระบบหลักของการเรียนรู้ของเครื่องและซอฟต์แวร์การกำหนดราคาตามปัญญาประดิษฐ์ซึ่งใกล้เคียงกับการตีพิมพ์เผยแพร่ของหนังสือพิมพ์หลายฉบับ โดยในประเทศเยอรมนี Tankstop ฉบับเดือนธันวาคม ปี2017 ซึ่งถือเป็นสิ่งพิมพ์ทางการค้าสำหรับภาคธุรกิจค้าปลีกน้ำมันเบนซินของประเทศเยอรมนี ได้มีการเผยแพร่และระบุว่าซอฟต์แวร์ของ a2i มีให้บริการสำหรับผู้ประกอบการสถานีบริการน้ำมันในเยอรมนี อีกทั้งเว็บไซต์ของบริษัท Kalibrate อ้างถึงตลาดของประเทศเยอรมันว่า ได้รับประโยชน์จากการกำหนดราคาแบบ “คล่องแคล่วว่องไว” ซึ่งได้แก่ลักษณะของอัลกอริทึม บริษัท Kalibrate มีสัญญาฉบับบริษัทให้บริการน้ำมันค้าปลีกในเยอรมนีได้แก่ Orlen และ Tamoil/HEM



รูปที่ 11 การเผยแพร่ใน TANKSTOP Trade Magazine ในประเด็นของ a2i ซอฟต์แวร์

ที่มา: Stephanie Assada, Robert Clarkb, Daniel Ershovc and Lei Xud (2021), Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market.

4.6 บทสรุป

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศอื่นได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย และสาธารณรัฐเยอรมนี พบว่าแต่ละประเทศจะมีบทบัญญัติทางกฎหมายในการควบคุมเกี่ยวกับพฤติกรรมกรกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ โดยแต่ละประเทศมีการกำกับควบคุมด้วยบัญญัติกฎหมาย โดยเน้นองค์ประกอบที่จะใช้พิจารณาการกระทำทั้งสิ้น 2 องค์ประกอบเป็นสำคัญ อันได้แก่ ผู้กระทำ (ผู้ประกอบธุรกิจ) และลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ โดยแต่ละประเทศมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปตามระบบกฎหมายหรือบริบทของประเทศนั้น ๆ ดังตารางที่ 1 โดยจะมีการนำไปพิจารณาต่อในบทที่ 5 ว่าจะสามารถใช้บังคับเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมได้ครอบคลุมหรือไม่

ตารางที่ 1 สรุป หลักเกณฑ์และองค์ประกอบในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในบริบทของกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย และประเทศเยอรมนี

ประเทศ	กฎหมายที่บังคับใช้ และควบคุม	แนวทางการพิจารณา		กรณีตัวอย่าง
		องค์ประกอบส่วนของผู้กระทำ	องค์ประกอบส่วนการกระทำร่วมกัน	
ประเทศ สหรัฐอเมริกา	The Sherman Act มาตรา 1	พิจารณาลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจจากการกระทำที่เกิดขึ้นดำเนินการโดย บุคคลหรือนิติบุคคลใดๆ ที่ทำสัญญาร่วมกัน หรือสมคบคิดกัน	พิจารณาภายใต้มาตรา 1 The Sherman Act ประกอบกับ หลักความผิดในตนเองและ หลักเหตุและผล (Per Se and Rule of reason) ซึ่งจะเรียงลำดับการพิจารณาเกี่ยวกับ หลักความผิดในตนเองที่เป็นหลักความผิดเด็ดขาด หากการกระทำยังไม่ชัดเจนหรือเป็น กรณีที่ศาลไม่เคยมีประสบการณ์ในการพิจารณามาก่อน จึงพิจารณาหลักเหตุและผล	คดี Citicorp, JPMorgan Chase & Co., Barclays PLC, The Royal Bank of Scotland plc และ USB AG, คดี United States v. Airline Tariff Publ'g CO
สหภาพยุโรป	The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) มาตรา 101	พิจารณาลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งจะครอบคลุมทุกบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร (Entity) ที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมาย และวิธีการจัดหาเงินทุน	พิจารณาถึงหลักฐานของการกระทำร่วมกันโดย เริ่มจากการกระทำร่วมกันตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการกระทำร่วมกัน อาจพิสูจน์ในลักษณะของการกระทำร่วมกันในการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือส่งสัญญาณซึ่งกันและกันภายใต้การพิจารณาหลัก by object	คดี E-TURAS and Others, คดี Case AT.40465 - ASUS

ประเทศ	กฎหมายที่บังคับใช้และความคุ้มครอง	แนวทางการพิจารณา		กรณีตัวอย่าง
		องค์ประกอบส่วนของผู้กระทำ	องค์ประกอบส่วนการกระทำร่วมกัน	
สหภาพยุโรป (ต่อ)			พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ก่อน หากพิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์ไม่ได้ จึงนำมาสู่การพิจารณาหลัก by effect พิจารณาถึงผลกระทบต่อระบบตามลำดับ	
ประเทศสิงคโปร์	The Singapore Competition Act มาตรา 34	ผู้ประกอบการเป็นบุคคลใด ๆ ไม่ว่าจะธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือองค์กรไม่ว่าจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม	พิจารณาการกระทำร่วมกันจาก มาตรา 34 Guideline ไม่ได้มีนิยามที่ชัดเจน อาจเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา มุ่งเน้นที่ต้องเกิดขึ้นพร้อม และรับอิทธิพลมาจากสภาพยุโรป โดยพิจารณาจาก <ol style="list-style-type: none"> 1. มีการร่วมกันจริงหรือไม่ และมีความสัมพันธ์ในการกระทำร่วมกันหรือไม่ 2. ทิศทางของตลาดได้รับอิทธิพลหรือไม่ ว่าทางตรงหรือทางอ้อม 3. การกระทำคู่ขนานนั้นทำให้เกิดการแข่งขันที่ผิดปกติในตลาดหรือไม่ 4. จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจ 	ไม่ปรากฏคดีตัวอย่าง แต่มีการกำหนดแนวทางการควบคุม

ประเทศ	กฎหมายที่บังคับใช้และความคุ้มครอง	แนวทางการพิจารณา		กรณีตัวอย่าง
		องค์ประกอบส่วนของผู้กระทำ	องค์ประกอบส่วนการกระทำร่วมกัน	
ประเทศไทย	The Competition Act 2002 มาตรา 3(3)	บุคคลหรือ สมาคมของบุคคล หรือ วิชาชีพ หรือสมาคมวิชาชีพ	ข้อตกลงของผู้ประกอบธุรกิจมีขอบเขตที่กว้างอย่างมาก มุ่งเน้นไปที่การตีความเป็นสำคัญ ข้อตกลงครอบคลุมถึงข้อตกลงโดยปริยาย ไม่ว่าจะข้อตกลง ความเข้าใจ หรือการกระทำร่วมกันในลักษณะแนวนอนเท่านั้นดังกล่าวจะเป็นทางการหรือเป็นลัทธิกึ่งอ้อม	คดี Samir Agarwal v. ANI Technologies Pvt. Ltd. และ คดี Airlines Industry Cartel case
เยอรมนี	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) มาตรา 1	พิจารณาจากกการกระทำร่วมกันของบุคคลที่เป็นผู้ประกอบการ หรือ สมาคม	พิจารณาตามทฤษฎีทางกฎหมาย มาตรา 1 GWB เป็นการแสดงเจตนาที่เห็นพ้องต้องกันซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร เอกสาร หรือปากเปล่าได้ คล้ายคลึงกับพื้นฐานหลักการทำสัญญาทางแพ่ง การกระทำร่วมกันนั้นจะต้องแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มทิศทางของตลาดและของดำเนินกรความร่วมมือของผู้ประกอบที่ไปในทิศทางเดียวกันแม้จะไม่ปรากฏว่าตกลงกันก็ตามถือว่าเป็นการกระทำตามผลิตตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	คดี the German Retail Gasoline Market

บทที่ 5

วิเคราะห์องค์ประกอบของบทบัญญัติทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และแนวทางการกำกับดูแลการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ ภายใต้บริบทกฎหมายไทยและต่างประเทศ

ผู้ประกอบการนั้นได้กระทำร่วมกัน (Concerted practice) โดยนำเทคโนโลยีอัลกอริทึมเข้ามาช่วยอำนวยความสะดวก คำนวณ และประมวลผล Big Data ตามลักษณะข้อมูลคำสั่งที่ได้นำเข้าด้วยภาษาคอมพิวเตอร์ โดยกระทำร่วมกันในรูปแบบต่างๆ เช่น การกำหนดราคาร่วมกัน การประสานงาน การตรวจสอบราคา รวมถึงรักษาระดับราคา เป็นต้น แม้อัลกอริทึมจะสามารถช่วยอำนวยความสะดวกเป็นเครื่องมือที่ทำให้การกระทำร่วมกันนั้นมีความชัดเจน และมีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น แต่หากผู้ประกอบธุรกิจนั้นร่วมกันใช้ทำให้เกิดการจำกัด ลดลงของการแข่งขัน ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ ย่อมถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จากการศึกษาสามารถจัดแบ่งการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีทั้งสิ้น 4 รูปแบบ ได้แก่

- (1) การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมอย่างชัดเจน
(Explicit Algorithm Concerted practice)
- (2) การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมเป็นศูนย์กลางในการประสานงาน
ไปยังพันธมิตร (Hub and Spoke Concerted practice)
- (3) การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมโดยปริยายหรือแบบยล
(Tacit Algorithm Concerted practice)
- (4) การกระทำร่วมกันโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม
(Self – Learning Algorithm)

ดังนั้นในบทนี้จึงเป็นการศึกษา วิเคราะห์เกี่ยวกับองค์ประกอบในการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ปัญหาของการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า และแนวทางการกำกับดูแลการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจผ่านรูปแบบการกระทำที่ได้กล่าวไปข้างต้น โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย ประเทศเยอรมนี เพื่อที่จะนำไปเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

5.1 วิเคราะห์องค์ประกอบของบทบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการกำกับการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยใช้อัลกอริทึม

5.1.1 ลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจ (ผู้กระทำ)

ตามบทบัญญัติพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 54 ได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับข้อห้ามเกี่ยวกับการผูกขาด จำกัด และลดการแข่งขัน ซึ่งกำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน กระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้น ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด”¹ ได้แก่ ผู้ประกอบธุรกิจ (Undertaking) บริษัท (Enterprise) สมาคมของผู้ประกอบธุรกิจ (Associations of undertaking) หรือบุคคลธรรมดาที่ได้กระทำการร่วมกันซึ่งในแต่ละบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจะได้มีการกำหนด คำนียามของผู้ประกอบธุรกิจไว้

ประเทศไทย ได้มีการกำหนดนิยามของผู้ประกอบธุรกิจไว้ ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายความว่า ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร เพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจ” โดยนิยามของมาตรานี้มีความสอดคล้องกับประเทศเยอรมนี โดยมีลักษณะของระบบกฎหมายเช่นเดียวกันได้แก่ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ประเทศสหรัฐอเมริกา ธุรกิจจะสามารถการดำเนินการได้โดยบุคคลหรือนิติบุคคลใดๆ ที่ทำสัญญาร่วมกัน หรือสมคบคิดกัน

สหภาพยุโรป ผู้ประกอบธุรกิจนั้นครอบคลุมทุกบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร (Entity) ที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายของบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร และวิธีการจัดหาเงินทุน ซึ่งได้มีการวางแนวทางการตัดสินไว้ในคดี Hofner and Elser v. Macroton GmbH ซึ่งการกำหนดนิยามของผู้ประกอบธุรกิจของประเทศอินเดียถือว่ามีแนวคิดที่ใกล้เคียงกับสหภาพยุโรป

¹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560, มาตรา 54.

ประเทศสิงคโปร์ ผู้ประกอบธุรกิจเป็นบุคคลใดๆ ไม่ว่าจะธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือองค์กรไม่ว่าจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม

จากการศึกษาพบว่าปัจจัยที่สำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่ละฉบับมี 3 ปัจจัย ได้แก่

1. ต้องเป็นกระทำการอันเป็นการประกอบธุรกิจและมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ จะต้องส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ตอบสนองต่อความต้องการของมนุษย์ อันได้แก่

การผลิต (Production) การสร้างสินค้าหรือการบริการที่จะสามารถตอบสนองความต้องการของมนุษย์ได้ เช่น อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย ยารักษาโรค พลังงาน ร้านอาหาร โรงเรียน การตัดผม เป็นต้น

การบริโภค (Consumption) การใช้สินค้าหรือบริการเพื่อให้ตรงกับความต้องการมากที่สุด เช่น ห้างสรรพสินค้า โรงพยาบาล การให้บริการขนส่งสาธารณะ เป็นต้น

การกระจายสินค้า (Distribution) การแจกจ่ายกระจายสินค้าที่ได้ผลิตขึ้นไปยังผู้บริโภคหรือตัวแทนต่าง ๆ รวมไปถึงการแบ่งสรรปันส่วนรายได้ให้ผู้มีส่วนร่วมในการผลิต

การแลกเปลี่ยน (Exchange) การนำสิ่งที่มีอยู่นั้นมาสลับหรือเปลี่ยนการเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ โดยนำไปแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการเพื่อให้ตรงกับความต้องการหรือความต้องการมากที่สุด

2. ธุรกิจนั้นๆ อยู่ในลักษณะของหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน (Single Economic Entity) เกี่ยวกับการพิจารณาบริษัทแม่บริษัทลูกที่ถือว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน ซึ่งตามบทบัญญัตินั้น จะอาศัยการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจมากกว่า 2 คนขึ้นไป ซึ่งหากเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันนั้น จะถือว่าไม่เข้าองค์ประกอบของผู้ประกอบธุรกิจในการกระทำร่วมกัน

3. ข้อยกเว้นอื่นๆ เช่น การใช้อำนาจของรัฐ การเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่ไม่ได้สร้างหลักเกณฑ์ทางเศรษฐกิจ โดยเป็นหลักเกณฑ์จากสหภาพยุโรปและสิงคโปร์

โดยบทบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศนั้นจะเห็นได้ว่า สถานะของบุคคลต่างๆ เหล่านี้ หากมีการกระทำร่วมกันเกิดขึ้นจากกลุ่มบุคคลต่อไปนี้ สามารถถือว่าเป็นความผิดครอบงำประกอบในส่วนของผู้กระทำความผิด (ผู้ประกอบการธุรกิจ) ได้แก่

สมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจ (Associations of undertaking) เป็นถ้อยคำของสหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย และประเทศเยอรมนี แม้สมาคมจะไม่ได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ แต่หากมีการร่วมดำเนินการใดๆ ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ จึงพิจารณาถึงคุณสมบัติให้ถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจได้

แม้ในบางประเทศจะไม่ได้ให้นิยามเกี่ยวกับสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจไว้ เช่น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย และประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ไม่ปรากฏถ้อยคำเกี่ยวกับสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจในนิยามของผู้ประกอบการธุรกิจ สามารถใช้วิธีการอื่นๆ ในการพิจารณาสถานะดังกล่าวได้ เช่น ดุลยพินิจของศาล ประกาศจากหน่วยงานที่รับผิดชอบ หรือบทบัญญัติกฎหมายอื่นมาประกอบการพิจารณาได้ ดังตัวอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) การพิจารณาของศาลสามารถใช้ดุลยพินิจของศาลในการพิจารณาความเกี่ยวข้องในข้อเท็จจริงได้ หรืออาศัยคำพิพากษาของศาลในการตีความให้ครอบคลุมไปถึงลักษณะของการเป็นสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจ และภายใต้กฎหมายของประเทศไทย หากข้อเท็จจริงปรากฏถึงสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจ แม้ประเทศไทยนั้น ไม่ปรากฏการกล่าวถึงสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจไว้ในมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 แต่สามารถพิจารณาตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5(2)² เกี่ยวกับการตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบการหลายคน และสามารถตีความได้ว่าสมาชิกของสมาคมนั้นอยู่ในนิยามของ “ผู้ประกอบการ”

² ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5(2) “ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามบทบัญญัติมาตรา 54 และ 55 ให้พิจารณาลักษณะของการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(2) การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบการหลายรายที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่างๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก เป็นต้น”

จากการศึกษาเห็นว่านิยามของ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” นั้นอาจทำให้เป็นการกำหนดกรอบในการตีความ จากประเด็นการศึกษาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งรวมถึงรูปแบบการกระทำร่วมกันโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองอัลกอริทึม (Self-Learning Algorithm) ซึ่งในอนาคตการพัฒนาของอัลกอริทึมที่จะสามารถดำเนินการได้โดยไม่ผ่านการรับคำสั่งผ่านมนุษย์ นิยามของผู้ประกอบการธุรกิจจะสามารถครอบคลุมถึงการกระทำของปัญญาประดิษฐ์ได้หรือไม่ ดังเช่นการพิจารณาถึงการกระทำของสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งโดยหลักแล้วจะไม่ถือว่าเป็นสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ แต่ได้พิจารณาต่อถึงการตัดสินใจของสมาชิกนั้นก็ถือว่าเป็นสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจได้ แสดงให้เห็นว่าสิ่งนี้คือช่องว่างทางกฎหมาย และต้องพิจารณาให้ลึกซึ้งกว่าเดิมในส่วนที่การที่อัลกอริทึมดำเนินการด้วยตนเองนั้นโดยไม่ได้อยู่ภายใต้คำสั่งของมนุษย์

การกำหนดนิยามของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นจึงควรกำหนดขึ้นเพื่อให้ครอบคลุมทุกๆ หน่วยตามบริบทของประเทศนั้น ๆ เช่น บุคคล นิติบุคคล บริษัท องค์กร โดยไม่คำนึงถึงรูปแบบของการได้มาของทุน และต้องพิจารณาความเกี่ยวข้องกักิจกรรมทางเศรษฐกิจ จึงจะนำมาสู่การพิจารณาการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในลำดับถัดไป

5.1.2 ลักษณะของการกระทำร่วมกัน (Concerted practices)

การพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจได้มีการกำหนดรูปแบบที่แตกต่างกันไปในลักษณะของบริบทของแต่ละประเทศตามระบบกฎหมาย หรือวิธีพิจารณาคดีของประเทศนั้นๆ

ประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 54 กำหนดไว้เกี่ยวกับการกระทำใดๆ และการร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ แต่ไม่ได้มีการให้นิยามในการกระทำใดของผู้ประกอบการธุรกิจ เพียงแต่ให้ลักษณะต้องห้ามของการกระทำว่าต้องไม่เป็นลักษณะใด โดยอาศัยการตีความจาก ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5 ซึ่งได้มีการอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ ตามมาตรา 54 ดังต่อไปนี้

“ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามบทบัญญัติมาตรา 54 และ 55 ให้พิจารณาลักษณะของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

(1) ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย โดยจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา ทั้งนี้ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด

(2) การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบการหลายรายรวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่างๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก เป็นต้น

(3) การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจว่าได้กระทำร่วมกัน”

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นกำหนดบทลงโทษในกรณีที่ผู้ประกอบการละเมิดทำการฝ่าฝืนมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า จะต้องรับโทษการดำเนินคดีทางแพ่ง ทางอาญา และเมื่อเป็นโทษทางอาญา ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่ต้องการให้เกิดความเสียหายและไม่กล้ากระทำความผิดนั้นซ้ำๆ เนื่องจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นจะทำให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อการแข่งขันเสรี จึงต้องการปราบปรามพฤติกรรมนั้น³

การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมจึงถือว่าเป็นความผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมทางเศรษฐกิจ (Economic Regulations) ซึ่งทำให้เกิดอุปสรรคทางการค้า โดยการกระทำร่วมกันนั้นๆ อาจไม่ได้ทำให้เห็นผลชัดเจนในทันที และอาจไม่สามารถระบุได้ถึงผู้เป็นตัวการให้การกระทำดังกล่าว เช่น การกำหนดราคา การติดตามความเคลื่อนไหวทางราคา เป็นต้น นักวิชาการต่างเห็นว่าการกระทำดังกล่าวสามารถที่จะถือว่าเป็นการกระทำความผิดโดยอาศัยเจตนาของการกระทำ แต่การกระทำความผิดอาญาจะต้องมีความชัดเจนในลักษณะของการกระทำ เพราะอีกฝ่ายนั้นย่อมสามารถที่จะต่อสู้ในการดำเนินคดีว่ามีได้ประพุดติเช่นนั้น⁴

³ อภิวัฒน์ สุตสา, "การกำหนดโทษอาญา ตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย," *จุลนิติ* (มีนาคม - เมษายน 2561)(2561). หน้า 114 -115.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 117.

จึงจำเป็นต้องอาศัยพยานหลักฐานเพื่อที่จะระบุว่ามีการกระทำผิดจริงเกิดขึ้น การได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่จะชี้ชัดให้เห็นถึงการกระทำผิดนั้นจึงเป็นสิ่งสำคัญ เพื่อที่จะหลบหนีช่องว่างทางกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจ

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีวางหลักเกี่ยวกับข้อตกลงนี้ไว้ในคดี Monsanto Co. (1984) ดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ 3 โดยต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาของจำเลยว่ามีความเกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกันใดๆ และชี้ให้เห็นว่าเมื่อการกระทำนั้นเสร็จสร้างความไม่เป็นธรรมในระบบตลาดหรือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยมีแนวทางการพิจารณาไว้ว่าฝ่ายโจทก์ต้องพิสูจน์ว่ามีการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้เป็นไปโดยอิสระ กล่าวคือมีเจตนาผูกพันกับการตกลงร่วมกันใดๆ และเมื่อได้มีการบรรลุข้อตกลงนั้นจะเป็นการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันการค้า

สหภาพยุโรป มีวางหลักเกี่ยวกับข้อตกลงนี้ไว้ในคดี HOV SVZ/MCN (1994) อาศัยการเห็นตรงกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยความเต็มใจและความยินยอมของผู้ประกอบธุรกิจ ถือเป็นข้อตกลงตามมาตรา 1 (1)

ประเทศสิงคโปร์ อาศัย Section 34 Guideline ไม่ได้มีนิยามที่ชัดเจน อาจเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา มุ่งเน้นที่ต้องเกิดฉันทมติระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ ด้วยประเทศสิงคโปร์มีอิทธิพลทางกฎหมายจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป จึงได้ยอมรับหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรป อันได้แก่ คดี Dyestuffs (1972)⁵ อธิบายถึงลักษณะของการกระทำร่วมกันอาจมีอยู่ในรูปแบบของการร่วมมือกันอย่างไม่เป็นทางการ หรือปราศจากข้อตกลง

⁵ F. A. Mann, "The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities " Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law 22.

คดี Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (Dyestuffs)⁶

คดีนี้ บริษัทจำกัดได้แก่ “Imperial Chemical Industries Ltd.” (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “Imperial”) (ฝ่ายจำเลย) เป็นผู้ผลิตสีย้อมผ้าที่จดทะเบียนนอกสหภาพยุโรป อิมพีเรียลเป็นผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทในเครือหลายแห่งที่ตั้งอยู่ในรัฐสมาชิกของยุโรป ในปี พ.ศ. 2515 อิมพีเรียลสั่งให้บริษัทในเครือในยุโรปขึ้นราคาสีย้อมผ้า คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรป (โจทก์) ได้ปรับอิมพีเรียลเนื่องจากละเมิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของยุโรป โดยกล่าวหาว่าอิมพีเรียลสมรู้ร่วมคิดอย่างผิดกฎหมายกับผู้ผลิตสีย้อมรายใหญ่รายอื่นเพื่อเพิ่มราคาในยุโรป อิมพีเรียลยื่นอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป โดยโต้แย้งว่าแม้ว่าจะตกลงกำหนดราคากับผู้ผลิตรายอื่นแล้ว แต่การดำเนินการดังกล่าวก็อยู่นอกเขตอำนาจของคณะกรรมาธิการ เนื่องจากอิมพีเรียลไม่ได้ตั้งอยู่ในยุโรป คณะกรรมการยืนยันว่าอิมพีเรียลสั่งให้บริษัทในเครือขึ้นราคาอันเป็นผลมาจากข้อตกลงของบริษัทแม่กับผู้ผลิตสีย้อมรายอื่น และอิมพีเรียลและบริษัทสาขาเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียว ดังนั้น พฤติกรรมของบริษัทย่อยในยุโรปอาจถูกใส่ความต่อบริษัทแม่ในต่างประเทศ ส่งผลให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันในยุโรป ซึ่งคณะกรรมการมีอำนาจเหนือศาล

ประเทศอินเดีย ข้อตกลงของผู้ประกอบธุรกิจมีขอบเขตที่กว้างอย่างมาก มุ่งเน้นไปที่การตีความเป็นสำคัญ ข้อตกลงครอบคลุมถึงข้อตกลงโดยปริยายไม่ว่าข้อตกลง ความเข้าใจ หรือการกระทำดังกล่าวจะเป็นทางการหรือเป็นลายลักษณ์อักษร

ประเทศเยอรมนี เป็นการแสดงเจตนาที่เห็นพ้องต้องกันซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร เอกสาร หรือปากเปล่าได้ คล้ายคลึงบนพื้นฐานหลักการทำสัญญาทางแพ่ง ประกอบกับแนวโน้มทิศทางการตลาดและของดำเนินการร่วมกันของผู้ประกอบการที่ไปในทิศทางเดียวกันแม้จะไม่ปรากฏว่าตกลงกันก็ตาม ถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจตีความจากลักษณะของข้อตกลงที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่ต้องตรงกันระหว่างทั้งสองฝ่ายที่เกิดขึ้น

⁶ "Imperial Chemical Industries Ltd. V Commission of the European Communities. - Case 48-69.," 1.UNDER ARTICLE 69 (2) OF THE RULES OF PROCEDURE THE UNSUCCESSFUL PARTY SHALL BE ORDERED TO PAY THE COSTS.
2.THEREFORE IT MUST BE ORDERED TO BEAR THE COSTS.
3.THE APPLICANT HAS FAILED IN ITS SUBMISSIONS . (European Union Court of Justice, 1972).

จากการศึกษา ข้อตกลงนั้นสามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะในรูปแบบลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ ได้มีการให้คำนิยามหรือคำจำกัดความผ่านแนวทางการพิจารณาต่างๆ ที่ออกโดยหน่วยงานที่รับผิดชอบหรือจากคำพิพากษาของศาล อย่างไรก็ตาม หากต้องพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยใช้อัลกอริทึมนั้น องค์ประกอบหลักที่สำคัญในการพิจารณาคือ (1) มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจ (2) มีเจตนาต้องตรงกันโดยชัดแจ้ง หรือปริยายตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป อันส่งผลกระทบต่อธุรกิจ ระบบเศรษฐกิจ หรือระบบตลาดแข่งขันเสรี

5.2 วิเคราะห์กฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศไทยในการควบคุมการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ใช้ในการควบคุมการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม ได้แก่ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5 เมื่อพิจารณาตามองค์ประกอบตามมาตรา 54 จากการศึกษาที่ยังคงพบช่องว่างที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถอาศัยช่องว่างนี้ในการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม เช่น การร่วมกันกำหนดราคา การร่วมกันแบ่งส่วนแบ่งทางการตลาด เป็นต้น

5.2.1 ช่องว่างทางกฎหมายในการควบคุมกำกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ

การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมที่กล่าวไปข้างต้น ไม่ว่าจะในรูปแบบใด อาจมีวัตถุประสงค์ที่จะลด ผูกขาด และจำกัดการแข่งขัน นำไปสู่ผลกระทบต่อระบบตลาด และการแข่งขันที่ไม่เสรี หากพิจารณาตามองค์ประกอบของ “ผู้ประกอบธุรกิจ” อาจไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีของการกระทำร่วมกันโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึมที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะตั้งข้อสังเกตในส่วนนี้ เนื่องจากการประมวลผลของอัลกอริทึมนั้นอาจไม่ได้ทำภายใต้คำสั่งของผู้ประกอบธุรกิจ

การพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำร่วมกัน การไม่ได้กำหนดนิยามของ “การกระทำร่วมกัน” (Concerted Practice) ไว้อย่างชัดแจ้ง จะนำมาซึ่งปัญหาในการพิสูจน์ถึงพฤติกรรมการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ จากการศึกษาแนวทางการตัดสินของคณะกรรมการการ

แข่งขันทางการค้า ในประเด็นลักษณะของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจเช่น การตกลงเจรจา หรือร่วมกันกำหนดราคา หรือ กระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน หากผู้ประกอบการนำอัลกอริทึมมาปรับใช้ในการดำเนินธุรกิจและการกระทำนั้น มีสิ่งบ่งชี้ได้ว่าส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หรือระบบเศรษฐกิจ เช่น หลักฐานชี้ชัดในการใช้อัลกอริทึมในการตรวจสอบราคา ติดตามราคา หรือการประสานราคาแก่ผู้บริโภค เป็นต้น จะถือว่าการกระทำนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันผู้ประกอบธุรกิจนั้นพยายามร่วมกันที่จะใช้อัลกอริทึมเพื่อหาผลประโยชน์แก่กันและกัน เพื่อลดการแข่งขันในตลาดในรูปแบบของการกระทำโดยปริยายอยู่ในรูปแบบของการแลกเปลี่ยนข้อมูล โดยแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ละเอียดอ่อน เช่น ราคาสินค้า ข้อมูลผู้บริโภค หรือแผนการดำเนินทางด้านการตลาดระหว่างคู่แข่งที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อตลาดที่มีการแข่งขัน การแลกเปลี่ยนดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ตกลงกระทำร่วมกัน(ซึ่งแท้จริงมีสถานะเป็นคู่แข่งทางการค้า) สามารถกำหนดราคาได้ง่ายขึ้นโดยอาศัยอัลกอริทึมในการประสานงานทางด้านราคาไปยังพันธมิตรต่างๆ บรรดาผู้ประกอบธุรกิจประสานราคาร่วมกันในลักษณะที่เป็นประโยชน์ร่วมกันเพื่อเก็บเกี่ยวผลกำไรสูงสุดอย่างเนียบเนียนซึ่งยากที่จะปรากฏหลักฐาน เช่น การใช้อัลกอริทึมทำงานแบบคู่ขนาน (Parallel) เป็นต้น

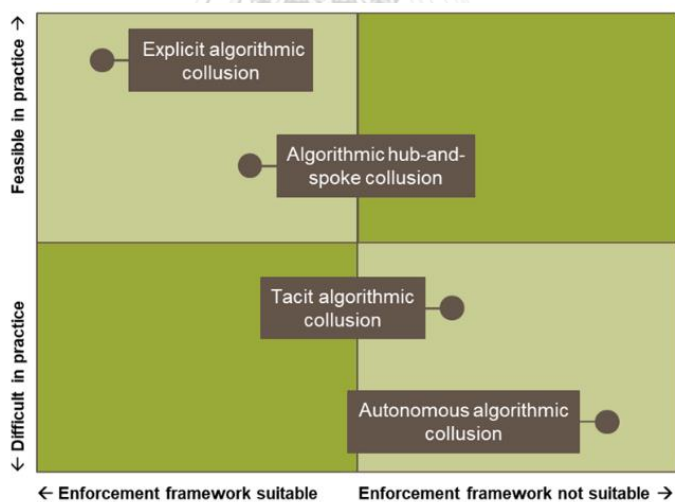
การใช้อัลกอริทึมทำงานแบบคู่ขนาน (Parallel)

ถือเป็นความเสี่ยงของการใช้อัลกอริทึมที่ผู้ประกอบธุรกิจร่วมกันปรับใช้เป็นเครื่องมือที่จะช่วยในการอำนวยความสะดวกการกำหนดราคาร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ โดยการใช้อัลกอริทึมแบบคู่ขนานนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะมีการสร้างอัลกอริทึมให้ทำงานไปแบบคู่ขนานกัน เพื่อที่จะได้ส่งสัญญาณและปรับเปลี่ยนได้อย่างทันท่วงที โดยปรับใช้ในตลาดที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่องของอุปสงค์และอุปทาน โดยจะส่งผลให้ตลาดมีการผันผวนของราคา หรือต้องมีการปรับราคา ผลผลิต และเงื่อนไขของการซื้อขายแลกเปลี่ยนบ่อยครั้ง ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างๆ พยายามจะรักษาผลประโยชน์ของการกระทำร่วมกัน⁷ เช่น การกำหนดราคาค่าโดยสารเครื่องบิน

การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยใช้อัลกอริทึมถือเป็นความเสี่ยงต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 เนื่องจากการทำงานของอัลกอริทึมนั้นยากต่อการตรวจสอบและตรวจจักษ์ว่ามีการกระทำร่วมกันเกิดขึ้น

⁷ OECD, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age."

การตัดสินใจจากมนุษย์ไปยังคอมพิวเตอร์ ดังเช่นการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมโดยปริยาย หรือการกระทำร่วมกันโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึมนั้น ไม่เพียงแต่หลีกเลี่ยงการสื่อสารที่โจ่งแจ้งในระหว่างขั้นตอนการดำเนินการ ตั้งแต่จุดเริ่มต้นไปยังจุดจบ แต่ยังสามารถปลดเปลื้องจากภาระในการสร้างโครงสร้างใดๆ รวมถึงกลไกการส่งสัญญาณ เนื่องจากรูปแบบการกระทำร่วมกันในบางรูปแบบ ต้องอาศัยการประสานงานไม่ว่าด้วยตัวแทนหรือสิ่งใด สามารถจะปรากฏพยานหลักฐานหรือสิ่งที่จะแสดงให้ว่ามีการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม ดังนั้นพฤติกรรมเหล่านี้เปรียบเสมือนเป็นช่องว่างทางกฎหมายในการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ที่ไม่อาจใช้มาตรา 54 และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5 ในการควบคุมได้ อีกทั้งประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ ที่ได้กล่าวถึงนั้นแม้อาศัยต้นแบบจากสหภาพยุโรปในการกำหนดลักษณะของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ แต่อย่างไรก็ตามด้วยระบบการพิจารณาที่แตกต่างกัน จึงไม่สามารถนำแนวทางการพิจารณาของศาลสหภาพยุโรปมาใช้ในการพิจารณาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ในระบบกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งใช้ระบบกฎหมายซิวิลอว์



รูปที่ 12 สถานการณ์ระหว่างความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติและการบังคับใช้
ที่มา: Oxera

จากรูปที่ 12 เป็นการสรุปเกี่ยวกับขอบเขตสถานการณ์ที่เป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมาย การแข่งขันทางการค้าที่ไม่อาจครอบคลุมได้ในบางลักษณะการกระทำ โดยจากการศึกษาและวิเคราะห์ความน่าจะเป็นได้ 2 รูปแบบ

รูปแบบที่ 1 หากเป็นการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมอย่างชัดเจน (Explicit algorithm concerted practice) หรือ การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมเป็นศูนย์กลางไปยังพันธมิตร (Algorithm Hub and Spoke concerted practice) (ทางฝั่งซ้าย) ย่อมมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนว่ามีพฤติกรรมที่ปรากฏชัดและอยู่ในขอบเขตของกฎหมายมาตรา 54 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

รูปแบบที่ 2 หากเป็นการกระทำร่วมกันโดยปริยาย (Explicit algorithm concerted practice) หรือ การเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม (Self-Learning Algorithm) (ทางฝั่งขวา) หากไม่สามารถชี้ชัดได้ถึงพยานหลักฐานเกี่ยวกับการมีอยู่ของการกระทำร่วมกัน ย่อมไม่อยู่ในขอบเขตของ มาตรา 54 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

ตารางที่ 2 สถานการณ์ระหว่างความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติและการบังคับใช้ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

ลักษณะของ บทบัญญัติ กฎหมายการ แข่งขัน ทางการค้า	ลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม				
	การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม อย่างชัดเจน (Explicit Algorithm)			การเรียนรู้ด้วย ตนเองของ อัลกอริทึม (Self - Learning)	การสมรู้ ร่วมคิดโดย ปริยาย (Tacit Algorithms)
	อาศัย ศูนย์กลาง (Hub and Spoke	อาศัยการ ส่ง ข้อความ (Messenger	ตัวแทนที่ คาดการณ์ได้ (Predictable Agent)		
มาตรา 54 พระราชบัญญัติ การแข่งขันทาง การค้า พ.ศ. 2560	✓	✓	✓	✗	✗ กรณีไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่า มีการกระทำเกิดขึ้น

ลักษณะของ บทบัญญัติ กฎหมายการ แข่งขัน ทางการค้า	ลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม				
	การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม อย่างชัดเจน (Explicit Algorithm)			การเรียนรู้ด้วย ตนเองของ อัลกอริทึม (Self - Learning)	การสมรู้ ร่วมคิดโดย ปริยาย (Tacit Algorithms)
	อาศัย ศูนย์กลาง (Hub and Spoke)	อาศัย การส่ง ข้อความ (Messen ger)	ตัวแทนที่ คาดการณ์ได้ (Predictable Agent)		
ประกาศ คณะกรรมการการ แข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางการปฏิบัติ ในการพิจารณา การกระทำร่วมกัน ของผู้ประกอบ ธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือ ลดการ แข่งขัน หรือจำกัด อำนาจ ในการแข่งขัน ในตลาด พ.ศ.2561	✓	✓	✓	✗	✗

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

5.2.2 ช่องว่างในการตีความบทบัญญัติทางกฎหมายในการควบคุมกำกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ

จากตารางที่ 2 จะเห็นว่าบทบัญญัติทางกฎหมายตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ในการกำกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ จะไม่สามารถครอบคลุมไปถึงการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมแบบปริยายหรือการกระทำร่วมกันโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึมได้ เนื่องจากรูปแบบการกระทำทั้งสองนั้นจะไม่ปรากฏพยานหลักฐานที่จะชี้ให้เห็นว่ามีการกระทำร่วมกันเกิดของผู้ประกอบธุรกิจ โดยทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะเป็นผู้รับผิดชอบในการรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดการค้าที่ไม่เป็นธรรม

จากการศึกษาแนวทางคำตัดสินเกี่ยวกับกรณีการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า การร่วมกันกำหนดราคาไก่ไข่ ซึ่งได้กล่าวไปในบทที่ 3 คำตัดสินคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากรณีโรงน้ำแข็งตกลงร่วมกันในการกำหนดราคาจำหน่ายน้ำแข็ง⁸ โดยพบหลักฐานในการกระทำความผิด ได้แก่พยานเอกสารสำเนาหนังสือชมรมโรงน้ำแข็งฯ ทั้ง 3 ฉบับ ซึ่งปรากฏลายมือชื่อและบุคคลที่ร่วมกระทำความผิด ผู้มีส่วนร่วมรับผิดชอบบุคคล และปรากฏข้อความในพยานเอกสารที่ระบุว่าได้มีการตกลง ร่วมกันปรับราคาน้ำแข็งหลอดและน้ำแข็งหลอดบดให้เป็นราคาเดียวกัน เป็นต้น จะเห็นได้ว่าการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายึดถือในพยานหลักฐานหรือสิ่งที่ชี้ชัดให้เห็นถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกันเป็นสำคัญ แม้ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า⁹ นั้น จะกำหนดเกี่ยวกับลักษณะของข้อตกลงที่ไม่ชัดแจ้งก็ตาม แต่ยังคงต้องมีมูลหรือสิ่งใดที่ชี้ให้เห็นถึงพฤติกรรมจากการใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ

แนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น ด้วยระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ การตีความจึงอาศัยลายลักษณ์อักษรหรือลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ อันได้แก่ บทบัญญัติทางกฎหมาย และยึดในการปรากฏซึ่งลักษณะของการกระทำร่วมกันว่าได้เกิดขึ้นจริงแม้กำหนดว่าจะพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ แต่การสร้าง ความตระหนักรู้สามารถดำเนินการได้อย่างแยบยลและไม่ปรากฏพยานหลักฐานได้ เช่น การปรับใช้อัลกอริทึมแบบคู่ขนาน ผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันกำหนดราคานั้น จะสร้างอัลกอริทึมของแต่ละฝ่าย แต่มีการส่งสัญญาณหรือลงโค้ดโปรแกรมในลักษณะเดียวกัน เสมือนว่าต่างฝ่ายต่างดำเนินการให้ลักษณะของตนเอง¹⁰ โดยได้มีการจำลองสถานการณ์ของการทำงานคู่ขนานอย่างรู้สำนึกว่า ได้มีการทำงานในลักษณะดังกล่าวโดยตั้งใจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะเป็นการหลบเลี่ยงการปรากฏพยานหลักฐานจึงอาศัยการหาจุดสมดุลทางด้านราคา

⁸ ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีโรงน้ำแข็งตกลงร่วมกันในการกำหนดราคาจำหน่ายน้ำแข็ง, เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2564.

⁹ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5 (3)

“(3) การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะ หรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบธุรกิจว่าได้กระทำร่วมกัน”

¹⁰ OCED, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age."

จากการศึกษา เหตุผลอีกประการหนึ่งในการให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานของ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เมื่อผู้ประกอบการได้ฝ่าฝืนมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 นั้น จะต้องได้รับโทษการดำเนินคดีทางแพ่ง ทางอาญา และทาง ปกครอง เมื่อเป็นโทษทางอาญา ในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจึงต้องขัดแย้งด้วยพยานหลักฐาน และไม่สามารถกล่าวอ้างโดยไม่มีพยานหลักฐาน มิเช่นนั้นจะขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา กล่าวโดยสรุปคือ พยานหลักฐานคือสิ่งสำคัญในการที่จะพิจารณาถึงขั้นต่อไปว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หรือไม่ หากผู้ได้รับผลกระทบ ไม่สามารถมีพยานหลักฐานหรือสิ่งชี้ชัดถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกัน เสมือนว่ากระบวนการนั้น ล้มเหลวตั้งแต่เริ่ม ถือเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่ผู้ประกอบการจะร่วมกันดำเนินการอย่างแบบล หรือโดยปริยาย เนื่องจากข้อมูลบางประเภทนั้นเป็นข้อมูลภายใน หรือข้อมูลเชิงลึกซึ่งผู้บริโภคหรือผู้ ประกอบธุรกิจที่ได้รับผลกระทบนั้นยากต่อการเข้าถึงข้อมูล

ข้อสังเกตกรณีของการกระทำร่วมกันโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม

ในกรณีผู้เขียนตั้งข้อสังเกตไว้ทั้งสิ้น 2 ประการ

ประการแรก การเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึมนั้นเกิดจากการที่ผู้ประกอบการนั้น บ่อนคำสั่ง หรือผู้ประกอบการสามารถสังเกตเห็นผลได้ว่าอัลกอริทึมจะดำเนินการด้วยตนเอง หากเป็นมองว่าอัลกอริทึมนั้นมีมนุษย์ ซึ่งได้แก่ “ผู้ประกอบการ” เป็นเจ้าของอัลกอริทึม ก็ถือว่าผู้ประกอบการนั้นได้กระทำร่วมกันและจะอยู่ภายใต้ขอบเขตการควบคุมตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ทั้งนี้ต้องปรากฏชัดแจ้งด้วยหลักฐาน ว่าผู้ประกอบการได้ร่วมกันอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม อย่างไรก็ตาม หากไม่ปรากฏ ซึ่งพยานหลักฐานหรือสิ่งชี้ชัดว่ามีการกระทำร่วมกันนั้น ก็ไม่อาจอยู่ภายใต้มาตรา 54 นี้ได้

ประการที่สอง ในอนาคตอีกอัลกอริทึมสามารถพัฒนาด้วยสมองกลที่จะสามารถ เรียนรู้และดำเนินการต่างๆได้ด้วยตนเอง โดยปราศจากการบ่อนคำสั่งจากมนุษย์ จากการศึกษาพบว่า ปัญญาประดิษฐ์สามารถสร้างผลงานได้หลายรูปแบบ หลายประเภท โดยในต่างประเทศได้มีการผลิต แอปพลิเคชันโดยอาศัยอัลกอริทึม ในการสร้างสรรค์งานศิลปะ หรือบริษัท Google ได้ทำการพัฒนา อัลกอริทึมในการสร้างเพลงอาศัยการเรียนรู้จากเสียง ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจะไม่สามารถเข้า องค์ประกอบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้เพราะไม่ถือว่าเป็นการกระทำของมนุษย์ เนื่องจากองค์ประกอบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นได้กำหนดว่าผู้กระทำนั้น คือ “ผู้ประกอบการ” หรือ “บุคคล นิติบุคคล” เป็นต้น ดังนั้นจึงไม่สามารถบังคับการกระทำ

ดังกล่าวภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ อีกทั้งการพัฒนาหรือการกระทำของปัญญาประดิษฐ์ก็ยากต่อการปรากฏหลักฐานทำให้เป็นสิ่งที่ท้าทายว่าจะบังคับใช้กฎหมายได้อย่างไร¹¹

5.2.3 เกณฑ์การพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจอันถือว่าเป็นความผิดร้ายแรง

ด้วยการพัฒนาของเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence: AI) และความสามารถในการเรียนรู้ของเครื่องจักร (Machine Learning) ซึ่งเป็นสมองของปัญญาประดิษฐ์ที่ต้องอาศัยอัลกอริทึมในการประมวลผลข้อมูล อัลกอริทึมสามารถที่จะช่วยผู้ประกอบธุรกิจโดยเฉพาะภาคอุตสาหกรรมในการอำนวยความสะดวกเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินการสามารถดำเนินการทดแทนความสามารถของมนุษย์ ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจได้นำเครื่องมือชนิดนี้มาปรับใช้ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเพื่อเพิ่มกำไร หรือผลตอบแทน รัฐอาจต้องเข้าแทรกแซงเพื่อระมัดระวังไม่ให้ปัญญาประดิษฐ์สร้างผลกระทบต่อระบบตลาด ระบบเศรษฐกิจ หรือระบบการแข่งขันเสรี¹² การนำอัลกอริทึมมาปรับใช้ของผู้ประกอบธุรกิจในบางกรณีอาจเป็นคุณเสียมากกว่าการเป็นโทษจึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำนั้นถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อมาตรฐานกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่น คดี United States v. United States Gypsum

คดี United States v. United States Gypsum¹³

บริษัทของจำเลยเป็นผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ยิปซัม ได้แก่ แผ่นยิปซัม ไม้ระแนงยิปซัมแผ่นผนังยิปซัม และปูนปลาสเตอร์ยิปซัม จำเลยจำหน่ายผลิตภัณฑ์ทั้งสามโดยวางจำหน่ายในตลาดรัฐทางตะวันออกของเทือกเขาร็อกกี ("พื้นที่ทางตะวันออก") เกือบทั้งหมด และส่วนใหญ่

¹¹ ดร.สลิทธร ทองมินสุข, "ลิขสิทธิ์เป็นของใคร เมื่อ 'ai' เป็นผู้สร้างสรรค์,"(TDRI, 2564).

¹² Thanisara GG Ruangdej, "ความยุติธรรมที่ยังล้าหลังคงไม่ทันการ : เมื่อโลกเดินหน้าสู่ถึงการสร้างกฎหมายสำหรับ Ai," [Online] Accessed: 10 กรกฎาคม. Available from: <https://thematter.co/science-tech/the-1st-ai-law/141295>

¹³ "United States V. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422," A summary judgment, under Rule 56, was a permissible on remand. It was allowed, as the last paragraph of the preliminary statement of the decree shows, on the court's understanding that our opinion 'held that the defendants acted in concert to restrain trade and commerce in the gypsum board industry and monopolized said trade and commerce among the several states in that section hereinafter referred to as the eastern territory of the United States.As heretofore explained, that conclusion followed from our decision, if no evidence that controverted our ruling was offered. It is therefore necessary to examine briefly the offer of evidence. (U.S. Supreme Court, 1972).

ปูนพลาสเตอร์จะจัดจำหน่ายในพื้นที่เดียวกัน โดยมียอดขายต่อปีประมาณ 42 ล้านดอลลาร์ นับตั้งแต่ก่อตั้งในปี พ.ศ. 2444

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2469 การจัดจำหน่ายยิปซัมของสหรัฐอเมริกาได้มีการเสนอใบอนุญาตภายใต้สิทธิบัตรแก่ผู้ผลิตรายอื่นในอุตสาหกรรม ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2472 ใบอนุญาตยิปซัมของสหรัฐอเมริกาทั้งหมดมีข้อกำหนดว่ายิปซัมของสหรัฐอเมริกาควรกำหนดราคาขั้นต่ำที่ผู้รับอนุญาตขายผลิตภัณฑ์ยิปซัมที่รวมสิทธิบัตรไว้ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2472 ยิปซัมของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดราคาคงที่ซึ่งจำเลยที่เป็นบริษัทนอกเหนือได้ขายแผ่นยิปซัมของตน

ก่อนปี พ.ศ. 2455 แผ่นยิปซัมถูกผลิตขึ้นโดยปล่อยให้แกนยิปซัมเปิดออกทั้งสี่ด้าน ในปี พ.ศ. 2455 ยิปซัมของสหรัฐอเมริกาได้รับสิทธิบัตรซึ่งครอบคลุมทั้งกระบวนการและคำกล่าวอ้างผลิตภัณฑ์บนแผ่นยิปซัมแบบมีขอบปิด โดยกระดาษซับจะถูกพับไว้เหนือแกนยิปซัมที่เปลือยเปล่า บอร์ดขอบปิดมีคุณภาพดีกว่าบอร์ดขอบเปิด เนื่องจากมีต้นทุนการผลิตที่ถูกกว่า ไม่แตกหักง่ายในการขนส่ง และไม่เกิดการแตกร้าวที่ขอบเมื่อตอกตะปูเข้าที่ ต่อจากนั้น ยิปซัมของสหรัฐอเมริกาได้รับสิทธิบัตรอื่นๆ อีกจำนวนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำแผ่นกระดานปิดขอบ สหรัฐอเมริกาจึงได้ฟ้องผู้ผลิตแผ่นยิปซัมหลายรายในข้อหาละเมิดสิทธิบัตร ฟ้องร้องดำเนินคดี และตกลงกับจำเลยโดยให้ใบอนุญาตโดยมีเงื่อนไขกำหนดราคาเป็นสำคัญ

คดีนี้ได้มีการใช้เทคโนโลยีอย่างอัลกอริทึมในการกำหนดราคาเป็นการช่วยส่งเสริมการขาย และสร้างประโยชน์ให้กับระบบเศรษฐกิจมากกว่าเป็นการสร้างความเสียหายให้กับระบบเศรษฐกิจ¹⁴ ซึ่งศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป และศาลยุติธรรมแห่งประเทศสหรัฐอเมริกานั้นวิเคราะห์ถึงการสร้างประโยชน์ของอัลกอริทึม พิจารณาถึงการกระทำว่าสร้างผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจจริงหรือไม่ จากการพิจารณาผ่านข้อข้อเท็จจริง และเจตนาของการกระทำทั้งสิ้น 2 ประการ ได้แก่ มีเจตนาในการใช้อัลกอริทึมเพื่อให้เกิดผลโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และสามารถสังเกตเห็นผลได้หรือไม่ว่าจะมีผลกระทบเกิดขึ้น

¹⁴ เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธ์, การกำหนดราคาร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม : ความท้าทายต่อ การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2561).

จึงได้ทำการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่จะศึกษาถึงแนวทางการพิจารณา หรือวิเคราะห์ว่าการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยอาศัยอัลกอริทึม นั้นได้สร้างผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ ระบบตลาด หรือระบบการแข่งขันเสรีของกฎหมายไทยอย่างไร

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดร้ายแรงของการกระทำร่วมกัน อันเป็นการลด จำกัด หรือผูกขาดการแข่งขัน

โดยในการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต่อกรณีการกระทำใดการกระทำหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงกรณีการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม จะพิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ อันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันอย่างไร โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 แนวทางได้แก่ การพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการลด จำกัด หรือผูกขาดแบบส่งผลกระทบต่อร้ายแรง และ การพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการลด จำกัด หรือผูกขาดแบบไม่ส่งผลกระทบต่อร้ายแรง¹⁵

5.2.3.1 การพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการลด จำกัด หรือผูกขาดการแข่งขัน แบบส่งผลกระทบต่อร้ายแรง (Hardcore Cartel)

เป็นลักษณะพฤติกรรมต้องห้ามเด็ดขาดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วย 2 องค์ประกอบความผิด ได้แก่

(1) ผู้กระทำผิดกรรมนั้นๆ ต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หากเป็นการกระทำของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายเดียว ถือว่าไม่ครบองค์ประกอบ

(2) ต้องมีพฤติกรรมร่วมกันในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง อันได้แก่

1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อมที่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการ

¹⁵ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (Trade Competition Commission of Thailand), "การกำกับและควบคุมการตลาด (Market Domination) การควบรวมกิจการ (Merger and Acquisition) และ Single Firm " การอบรมเสวนาการค้ากับตลาดและส่งเสริมการแข่งขันในกิจการพลังงาน, 29 เมษายน 2565.

2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน

3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือ ประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้า หรือบริการ

4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้า หรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือ ซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่าย หรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น

การกระทำได้กล่าวข้างต้นถือเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามเด็ดขาดของ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 เช่น การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการ เป็นราคาเดียวหรือตามที่ตกลงกัน หรือรวมถึงการละเว้นการแข่งขัน จึงถือว่าเป็นการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันเพื่อยุติการแข่งขันทางด้านราคา โดยเฉพาะในกลุ่มผู้ขายน้อยราย ผู้ประกอบการก็มีแนวโน้มที่จะพึ่งพาอาศัยกันในการกำหนดราคาและการตัดสินใจต่างๆ รวมถึงยอดขาย หรือยอดการผลิต ซึ่งย่อมทำให้เกิดกับผู้ประกอบการที่อาจไม่ได้อยู่ในการกระทำร่วมกันนี้ ดังนั้นหากผู้ประกอบการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมและมีพฤติกรรมตามบทบัญญัติตาม มาตรา 54 (1) โดยเฉพาะการใช้อัลกอริทึมในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ ถือเป็นการกระทำ ความผิดร้ายแรงและห้ามเด็ดขาด ไม่ได้จำเป็นต้องพิจารณาถึงส่วนแบ่งทางการตลาดหรือปริมาณ รายได้ ผลตอบแทนที่ได้รับแต่อย่างใด

5.2.3.2 การพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการที่ไม่ได้ส่งผลกระทบร้ายแรงต่อการแข่งขัน (Non-Hardcore Cartel)

เป็นการกระทำร่วมกันร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการโดยไม่ได้สร้างข้อจำกัดเกินความจำเป็น หรือจำกัดการแข่งขันอย่างมาก โดยหากการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการโดยใช้อัลกอริทึมนั้น อยู่ในลักษณะดังต่อไปนี้ จะไม่ใช่ความผิดร้ายแรง ประกอบด้วย 2 องค์ประกอบความผิด ได้แก่

(1) ผู้กระทำผิดกรรมนั้นๆต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หากเป็นการกระทำของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายเดียว ถือว่าไม่ครบองค์ประกอบ

(2) ต้องมีพฤติกรรมร่วมกันในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง อันได้แก่

1) การร่วมกันกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้า ระหว่างผู้ประกอบการ ธุรกิจที่มีคู่แข่งในตลาดเดียวกัน

2) ร่วมกันลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยจำหน่ายหรือให้บริการ

3) ร่วมกันกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือ การบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน

ทั้งนี้ยกเว้นกรณีที่กฎหมายหรือกฎระเบียบของทางราชการจะยกเว้นหรือกำหนดไว้ เช่น การกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ หรือการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้าและ การส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

อย่างไรก็ตามภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ยังไม่ได้มีการออกแนวทางในการพิจารณา ควบคุมพฤติกรรมการใช้อัลกอริทึมแต่อย่างใด จึงได้ทำการศึกษาแนวทางการกำกับควบคุมของต่างประเทศในประเด็นการกระทำร่วมกันโดยผู้ประกอบการธุรกิจนั้นอาศัยอัลกอริทึมเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกเพื่อปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

5.3 แนวทางการกำกับและควบคุมการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยอาศัยอัลกอริทึม

ภายใต้บริบทของกฎหมายต่างประเทศ

ด้วยเทคโนโลยีอัลกอริทึมที่ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นนำมาปรับใช้เพื่ออำนวยความสะดวก เป็นมิติใหม่ของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในการกำกับดูแลให้ครอบคลุมไปถึงปัญญาประดิษฐ์ ด้วยลักษณะของการทำงานของปัญญาประดิษฐ์สามารถที่จะเรียนรู้และพัฒนาต่อยอดได้อย่างรวดเร็ว แม่นยำ ซึ่งสามารถที่จะพัฒนาไปสู่การเรียนรู้ด้วยตนเองได้ จึงได้ทำการศึกษาลงถึงแนวทางการควบคุม กำกับ “การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม” ที่นานาอารยประเทศต่างให้

ความสนใจการพัฒนาหรือความสามารถปัญญาประดิษฐ์ชนิดนี้ เพื่อเป็นแนวทางให้กับกฎหมายการ
แข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

5.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวทางการกำกับและการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมโดย
อาศัยการพิสูจน์ถึงการจำกัดทางการค้าระหว่างรัฐเป็นอันเพียงพอ โดยการพิจารณาภายใต้
“หลัก Per se และ Rule of Reason” เป็นสำคัญประกอบกับแนวทางการพิสูจน์ต่างๆ

โดย โบรวด์อร์ ดัสลาส (Broder Douglas) ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมาย
ต่อต้านการผูกขาด (Antitrust) ได้มีการรวบรวมหลักเกณฑ์ในคำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกา โดย
เป็นบรรทัดฐานของการพิสูจน์เกี่ยวกับการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ในประเด็นดังต่อไปนี้

- (1) ต้องพิสูจน์ว่ามีข้อตกลง
- (2) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ตกลงกันมีความเป็นอิสระจากกัน เช่น ไม่ปรากฏว่า
มีความสัมพันธ์ในการเป็นบริษัทแม่และบริษัทลูก
- (3) ข้อตกลงนั้นเป็นการจำกัดทางการค้า
- (4) ส่งผลกระทบต่อผู้จำหน่ายระหว่างรัฐ
- (5) หากเป็นการกระทำของเอกชน และข้อตกลงนั้นทำให้ธุรกิจของโจทก์นั้นได้รับความ
ความเสียหาย
- (6) ในกรณีที่จำเลยนั้นกระทำผิดกฎหมายอาญา ต้องมีการพิสูจน์ถึงเจตนาใน
ทางคดีอาญา

ในการต่อสู้คดีนั้นจำเลยย่อมมีสิทธิในการพิสูจน์ถึงการกระทำของตนเองว่าชอบด้วยกฎหมายและไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคแต่อย่างใด ด้วยศาลสหรัฐอเมริกาที่เปิดช่องในการรับฟังหลักฐานแวดล้อมกว้างมาก หลักฐานใดๆ ที่จะแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของการตกลงร่วมกันหรือกระทำร่วมกัน เช่น คดี United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.

คดี United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.¹⁶

บริษัทน้ำมันและกลุ่มคนจำนวนมากถูกตัดสินว่ามีความผิดภายใต้คำฟ้องที่กล่าวหาว่าพวกเขาได้กระทำร่วมกันในการกำหนดราคา โดยจะขึ้นและรักษาราคาน้ำมันเบนซินในตลาดซื้อขายจริงและราคาต่อผู้ใช้แรงงานและผู้บริโภคใน "พื้นที่มิดเวสต์" (Midwestern Area) ซึ่งถือเป็นการละเมิดมาตรา 1 ของ The Sherman Act และมีหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวหาของคำฟ้องที่พิสูจน์ได้ว่าจำเลยที่มีเจตนาจะขึ้นและรักษาราคาได้วางแผนและดำเนินโครงการตรวจสอบปริมาณน้ำมันเบนซินที่ตลาดอย่างสม่ำเสมอ

คดีนี้เป็นตัวอย่างคำพิพากษาที่ได้มีการวางหลักให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถพิสูจน์ว่ามีเจตนาสร้างแนวโนมของตลาดที่ผิดกฎหมาย โดยไม่สนใจถึงความสมเหตุและสมผล พิสูจน์ให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ในการกระทำที่จะเห็นถึงข้อตกลงคดี Monsanto Co.

จากนั้นทางศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการพิจารณาเกี่ยวกับ “ปัจจัยเสริม (Plus factor)¹⁷” ที่ช่วยให้สามารถเห็นถึงการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ได้แก่

(1) การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก แตกต่างจากปกติ

(2) ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้รับการร้องขอให้ปฏิบัติเป็นแนวทางเดียวกัน

¹⁶ "United States V. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150," (U.S. Supreme Court, 1940).

¹⁷ Robert C. Marshall William E. Kovacic, Leslie M. Marx, and Halbert L. White, "Plus Factors and Agreement in Antitrust Law," *Michigan Law Review* December 2011(2011).

(3) ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำร่วมกันได้มีส่งสัญญาณเพื่อร่วมกันกระทำการใดๆ เช่น การกำหนดราคาร่วมกัน

(4) ต้องการที่จะเพิ่มพูนผลประโยชน์หรือจัดสรรผลประโยชน์ในการกระทำร่วมกัน

(5) ผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกล่าวหาหรือฟ้องร้องนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำใดๆ ที่เป็นอันกระทำร่วมกัน

(6) การดำเนินการของผู้ประกอบธุรกิจนั้นแสดงให้เห็นถึงขั้นตอนการร่วมกัน การพึ่งพาอาศัยกัน

ซึ่งสามารถที่จะนำไปใช้ในการตรวจสอบพฤติกรรมการกระทำร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นครอบคลุมสามารถนำไปตรวจสอบ การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมแบบปริยายได้ ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของการกระทำแบบคู่ขนาน (Parallel) ได้ โดยสามารถพิจารณาจากสิ่งต่างๆ เหล่านี้

(1) เหตุจูงใจในการกระทำร่วมกัน เช่น ผลกำไร ค่าตอบแทน การจัดแบ่งสัดส่วน

(2) บริษัทกระทำเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทนั้นๆ เป็นสำคัญ แต่อาศัยการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ

(3) ทิศทางการเปลี่ยนแปลงไปของตลาดที่อธิบายยาก เช่น การเปลี่ยนแปลงราคาใน ทิศทางเดียวกัน

(4) การละเมิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่ได้มีการบังคับใช้ก่อนหน้านี้

(5) มีหลักฐานเกี่ยวกับการสื่อสารหรือตกลงร่วมกัน

(6) การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน ไม่ว่าจะนิติบุคคลธรรมดา การผ่านตัวแทน หรือสมาคมต่างๆ

(7) รูปแบบของราคา และทิศทางของการเปลี่ยนแปลงที่คล้ายกันของผู้ประกอบธุรกิจ

(8) โครงสร้างของระบบอุตสาหกรรมของตลาดผู้ขายน้อยราย และมีจำนวนผู้บริโภคจำนวนมาก บนพื้นฐานของลักษณะสินค้าหรือบริการแบบเดียวกัน โดยอาจมีสังเกตหรือสำรวจเกี่ยวกับการทราบราคาคู่แข่งจะช่วยให้การอำนวยความสะดวกได้ดียิ่งขึ้น¹⁸

ซึ่งจากข้อ (6) แสดงให้เห็นว่ายังคงต้องอาศัยการปรากฏเกี่ยวกับการสื่อสารระหว่างกัน หากปรากฏหลักฐานชัดแจ้งการบังคับใช้กฎหมายย่อมไม่มีปัญหาในการตีความใดๆ แต่หากผู้บริโภคไม่สามารถถึงพยานหลักฐานได้ จะนำมาซึ่งปัญหาของการกระทำร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึมแบบแยกย่อยจากการไม่ปรากฏพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตามการตีความด้วยระบบคอมพิวเตอร์ ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะอาศัยคำตัดสินเป็นสำคัญดังนั้นสามารถย้อนกลับไปยังหลักการพิจารณา “หลัก Per se และ Rule of Reason” ได้

5.3.2 สหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปได้มีการออกแนวการปฏิบัติ “Guideline on Horizontal Cooperation Agreements” แนวปฏิบัตินี้ถูกบัญญัติขึ้นจากคดี E-Turas ที่ได้กล่าวไปในบทที่ 3 เพื่อมุ่งเน้นให้ความสำคัญการกระทำร่วมกันในรูปแบบของการเป็นศูนย์กลางและประสานงานไปยังพันธมิตร (Hub and Spokes) ที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำมาแลกเปลี่ยนข้อมูลต่าง ๆ ระหว่างกัน หรือการส่งตัวแทนของฝ่ายนั้นๆ ในการเข้าร่วมประชุมเพื่อแลกเปลี่ยนหรือส่งสัญญาณ¹⁹

แนวทางการพิจารณาของศาลจะพิจารณาภายใต้แนวปฏิบัตินี้ เพื่อดูความรับผิดชอบของผู้เข้าร่วมในตลาด โดยจะถูกกำหนดเป็นรายกรณีด้วยการวิเคราะห์โดยละเอียดเกี่ยวกับบทบาท

¹⁸Chang Su Choe, “Antitrust Economics for proof of Concerted Price fixing: Practical Points for U.S. And Korean Antitrust Jurisprudence, Brigham Young University International Law & Management Review 8, 2(2012): 7.

¹⁹ Publications Office of the European Union, "Guidelines on Horizontal Cooperation Agreements,"(EUR-LEX Access to European Union Law, 2020).

ของผู้เข้าร่วมแต่ละคน ผู้เข้าร่วมในการแลกเปลี่ยนข้อมูลผ่าน Hub and Spokes รับผิดชอบต่อการสมรู้ร่วมคิดหรือการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ หากผู้เข้าร่วมดังกล่าวตระหนักถึงวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการแข่งขันที่ดำเนินการโดยการแลกเปลี่ยนดังกล่าว และตั้งใจที่จะมีส่วนร่วมในวัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วยการกระทำของตนเอง ซึ่งนำหลัก By Object พิจารณาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการกระทำแม้การกระทำนั้นอาจยังไม่บรรลุผล และต้องมีเจตนาที่ตรงกัน โดยหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาตามมาตรา 101 TFEU และความพ้องต้องกันนี้สามารถอยู่ในทั้งรูปแบบลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจา และไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม²⁰

“วัตถุประสงค์ (หลัก By Object)” และ “ผลกระทบ (หลัก By Effect)” ถือเป็นหัวใจสำคัญของหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแห่งสหภาพยุโรป ในการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ โดยหลักการพิจารณาหากไม่ปรากฏว่ามีวัตถุประสงค์อันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มีการกำหนดขั้นตอนต่อไปคือ การพิจารณาผลกระทบว่าจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ เปรียบเทียบสถานการณ์ว่าผลกระทบของการกระทำร่วมกัน รวมไปถึงบริบทสภาพเศรษฐกิจ

อีกทั้ง OECD ได้กำหนดแนวทางการพิจารณารูปแบบและทิศทางของตลาดเมื่อได้มีการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ²¹ ในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมจะเกิดขึ้นกับกลุ่มบริษัทที่ผลิตหรือจัดจำหน่ายในตลาดผู้ขายน้อยราย จะปรากฏการร่วมมือกันที่สะดวกกว่าการมีผู้ขายจำนวนมาก

(2) การร่วมมือกันจะเกิดขึ้นกับบริษัทที่มีโครงสร้างทุน วิธีการดำเนินธุรกิจในแนวตั้งหรือลักษณะของผลิตภัณฑ์หรือการให้บริการที่คล้ายคลึงกัน

(3) ลักษณะของผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะเหมือนกัน (Homogenous) จะทำให้เกิดการรวมกลุ่มและตกลงกันได้ง่ายยิ่งขึ้น

²⁰ Antonina Yaholnyk, "Algorithmic Alignment of Prices: The Eu Approach Towards Liability," [Online] Accessed: 6 July. Updated: 30 June 2023. Available from: <https://chambers.com/articles/algorithmic-alignment-of-prices-the-eu-approach-towards-liability-13>

²¹ OECD, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age."

(4) หากผลิตภัณฑ์นั้นๆ สามารถทดแทนได้ด้วยสิ่งอื่นๆ การขึ้นราคาจะส่งผลให้มีการปรับเปลี่ยนการบริโภค

(5) ในกรณีที่ความต้องการของผู้บริโภคยากต่อการเปลี่ยนแปลง และไม่มีคาดการณ์ได้ว่าราคาของผลิตภัณฑ์นั้นๆ จะไม่มีการเปลี่ยนแปลง จะสามารถนำไปสู่การร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจก็จะง่ายยิ่งขึ้น

(6) กรณีที่มีข้อมูลปริมาณมากเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ จะทำให้สามารถออกแบบการวางแผนทางการตลาดหรือการกระทำร่วมกันได้ง่ายยิ่งขึ้น และสามารถนำไปสู่การกระทำร่วมกันได้

(7) ตลาดนั้นเกี่ยวข้องกับภาระการประมูล เพราะการเสนอราคาจะนำไปสู่การกระทำร่วมกันในการกำหนดราคาให้อยู่ในจุดสมดุลร่วมกัน

แนวทางการพิจารณา: ภาระการพิสูจน์ (The burden of proof)

ศาลสหภาพยุโรปพิพากษา (ECJ) เห็นว่าภาระในการสืบเสาะพยานหลักฐานที่แสดงถึงการติดต่อกับคู่แข่งว่ามีการกระทำร่วมกันหรือไม่ ทั้งสองฝ่ายมีภาระการพิสูจน์จนสิ้นสงสัยว่าได้มีการกระทำร่วมกันหรือไม่ เปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถอ้างพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งข้อสันนิษฐานได้²²

5.3.3 ประเทศเยอรมนี

หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของประเทศเยอรมนี (the German Monopolies Commission) ได้วางแนวทางว่า ในการตรวจสอบเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมนี้ มุ่งเน้นไปที่การทำงานของอัลกอริทึม โดยจะทำการตรวจสอบผ่านระยะเวลาการใช้งานของอัลกอริทึมอาศัยช่วงระยะที่ค่อนข้างนาน โดยอาจย้อนไปถึงจุดเริ่มต้นในการเริ่มใช้อัลกอริทึม เพื่อติดตามการทำงานในอดีตของอัลกอริทึมเพื่อระบุว่าการจัดตำแหน่งราคาเป็นผลมาจากการเรียนรู้ด้วยตนเองหรือการปรับด้วยตนเอง

²² เพชรศรีกาญจน์, ห., "ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560."

อีกทั้งหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของเยอรมันได้ร่วมกับและฝรั่งเศสตั้งข้อสังเกตว่าวิธีที่จะสามารถตรวจสอบการจัดตำแหน่งราคาด้วยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม หรือการกระทำใดๆ ที่ปรับใช้อัลกอริทึม ต้องอาศัยวิธีการเชิงรุก ได้แก่ การร้องขอข้อมูล การจับกุมและการสัมภาษณ์²³ พวกเขาเห็นว่าหน่วยงานที่กำกับดูแลสามารถขอให้องค์กรธุรกิจให้คำอธิบายของหลักการการใช้อัลกอริทึมรวมถึงคำอธิบายของอินพุตและเอาต์พุต รูปแบบการใช้งานของอัลกอริทึม ความถี่ของการเรียนรู้ การปรับเปลี่ยนใหม่หรือการปรับด้วยตนเอง เป็นต้น อีกทั้งหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดสามารถขอเอกสารภายใน เช่น ข้อกำหนดสำหรับอัลกอริทึมคู่มือผู้ใช้ หรือรหัสที่ใช้ในขั้นตอนการพัฒนา เจ้าหน้าที่ยังสามารถขอซอร์สโค้ดของอัลกอริทึมเพื่อประมาณค่าหรือสร้างอัลกอริทึมขึ้นใหม่ในสถานะควบคุม เพื่อทำความเข้าใจว่าอัลกอริทึมถูกตั้งโปรแกรมให้สมรู้ร่วมคิดหรือไม่²⁴

5.3.4 ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์อาศัยเพียงแนวทางของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ได้กำหนดไว้เกี่ยวกับการกระทำร่วมกันซึ่งกำหนดแนวทางไว้ใน Section 34 Guideline ดังนี้

- (1) มีการร่วมกันจริงหรือไม่
- (2) ทิศทางของตลาดได้รับอิทธิพลหรือผลกระทบจากการกระทำร่วมกันไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม
- (3) การกระทำที่คู่ขนานไปที่เกิดจากการประสานงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนำไปสู่การแข่งขันที่ผิดปกติหรือไม่
- (4) โครงสร้างของตลาดและผลิตภัณฑ์

²³ Charley Connor, "Franco-German Study Reveals Collusive Algorithm Concerns," [Online] Accessed: 6 July. Available from: <https://globalcompetitionreview.com/article/franco-german-study-reveals-collusive-algorithm-concerns>

²⁴ The Monopolies Commission, "Algorithms and Collusion," (2018).

(5) จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น กรณีตลาดผู้ขายน้อยรายสัมพันธ์กับปริมาณการผลิต

ทางคณะกรรมการการแข่งขันและผู้บริโภคแห่งประเทศสิงคโปร์ (Competition and Consumer Commission of Singapore: CCCS) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “CCCS”) CCCS ได้สังเกตว่า การใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ ในการสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกต่อการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ในรูปแบบต่างๆ เช่น ข้อตกลงต่อต้านการแข่งขันที่มีอยู่แล้วหรือตั้งใจไว้หรือแนวทางปฏิบัติร่วมกัน กรณีดังกล่าวตกอยู่ภายใต้กรอบการบังคับใช้ที่มีอยู่ภายใต้มาตรา 34 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสิงคโปร์ โดยความรับผิดสำหรับการละเมิดข้อห้ามในมาตรา 34 อาจถูกกำหนดขึ้นตามหลักฐานของข้อตกลงพื้นฐานหรือการปฏิบัติร่วมกัน เช่น คู่แข่งใช้อัลกอริทึมการกำหนดราคาของบุคคลที่สามทั่วไปเพื่อประสานราคา (Hub and Spokes)

CCCS ได้ระบุข้อกังวลบางประการว่ากรอบการบังคับใช้การแข่งขันที่มีอยู่นั้น มีความพร้อมเพียงพอที่จะจัดการกับการพัฒนาในอนาคตที่เกี่ยวข้องกับอัลกอริทึมหรือไม่ ในประเด็นการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึมที่จะนำไปสู่คุณภาพการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมโดยปริยาย กล่าวคือ การบรรลุข้อตกลงสมรู้ร่วมคิดโดยไม่มีสื่อสารที่ชัดเจนระหว่างคู่แข่ง ซึ่งอาจอยู่นอกขอบเขตปัจจุบันของการบังคับใช้การแข่งขัน ข้อกังวลอื่น ๆ เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเหตุผลทางธุรกิจที่เป็นอิสระและสมเหตุสมผลขององค์กรสำหรับการใช้อัลกอริทึมการกำหนดราคาของบุคคลที่สามเทียบกับผลต่อต้านการแข่งขันใด ๆ ที่อาจเป็นผลมาจากการใช้งานดังกล่าว และความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นสำหรับการตัดสินใจโดยอิสระใด ๆ ที่เป็นผลจากผลลัพธ์ที่สมรู้ร่วมคิดในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับอัลกอริทึมการเรียนรู้ด้วยตนเอง CCCS ได้ตั้งข้อสังเกตว่า กรอบการวิเคราะห์ปัจจุบันมีการติดตั้งเพื่อประเมินการดำเนินการต่อต้านการแข่งขันที่เกี่ยวข้องกับอัลกอริทึม แต่ยังไม่ปรากฏจุดยืนใด ๆ เกี่ยวกับข้อกังวลดังกล่าว ด้วยเหตุนี้จึงยังคงประเด็นที่มีการพัฒนาต่อไป²⁵

²⁵ KENJI LEE JIA JUINN, "Algorithmic Collusion & Its Implications for Competition Law and Policy."

ตารางที่ 3 สรุปเกี่ยวกับขอบเขตของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศอินเดีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเยอรมนีและแนวทางการกำกับดูแลการแข่งขันของผู้ประกอบการร่วมกันโดยใช้ข้อตกลงของทีมของผู้ประกอบการ

ประเทศ	บทบัญญัติกฎหมาย เพื่อพิจารณา การกระทำร่วมกัน	แนวทางกำกับดูแล การกระทำร่วมกัน	การครอบคลุมลักษณะการกระทำร่วมกันโดยใช้ข้อตกลงของทีม			
			การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ ข้อตกลง ทีม แบบชัดเจน	อาศัย ข้อตกลง ทีม ประสานงาน ราคาไปยัง พันธมิตร	การกระทำ ร่วมกันโดย ใช้ข้อตกลง ทีม โดยปริยาย	การกระทำ ร่วมกัน โดยอาศัย การเรียนรู้ ด้วยตนเองของ ข้อตกลง ทีม
ประเทศไทย	มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 และ ประกาศ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางการปฏิบัติ ในการพิจารณาการกระทำ ร่วมกันของผู้ประกอบการ ซึ่ง อันเป็นการผูกขาด หรือ ลดการแข่งขัน หรือ	1. การพิจารณาการกระทำร่วมกัน ของผู้ประกอบการที่ส่งผลกระทบร้ายแรงต่อการแข่งขัน (Hardcore Cartel) 2. การพิจารณาการกระทำร่วมกัน ของผู้ประกอบการที่ไม่ได้ส่งผลกระทบร้ายแรงต่อการแข่งขัน (Non-Hardcore Cartel)	✓	✓	✗	✗
					กรณีไม่ปรากฏพยานหลักฐาน ว่ามีการกระทำเกิดขึ้น หรือมีอยู่ของการกระทำร่วมกัน	

ตารางที่ 3 (ต่อ)

ประเทศ	บทบัญญัติกฎหมาย เพื่อพิจารณา การกระทำร่วมกัน	แนวทางกำกับดูแล การกระทำร่วมกัน	การครอบคลุมลักษณะการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม			
			การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึม แบบชัดเจน	อาศัย อัลกอริทึม ประสานงาน ราคาไปยัง พันธมิตร	การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึม โดยปริยาย	การกระทำ ร่วมกัน โดยอาศัย การเรียนรู้ ด้วยตนเองของ อัลกอริทึม
ประเทศไทย (ต่อ)	จำกัดการแข่งขันใน ตลาด พ.ศ.2561					
ประเทศ สหรัฐอเมริกา	มาตรา 1 The Sherman Act	ทางศาลสูงสุดของประเทศ สหรัฐอเมริกา ได้มีการวาง แนวทางโดยใช้หลัก Per se และ Rule of Reason ในการพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ ของการกระทำโดยอาศัยแนว ทางการพิจารณาที่ดีที่เคย เกิดขึ้น หากปรากฏทำการ	✓	✓	✓	✗

ตารางที่ 3 (ต่อ)

ประเทศ	บทบัญญัติกฎหมาย เพื่อพิจารณา การกระทำร่วมกัน	แนวทางกำกับดูแลการ กระทำร่วมกัน	การครอบคลุมลักษณะการกระทำร่วมกันโดยใช้ข้อตกลงรื้อทีม			
			การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ ข้อตกลงรื้อทีม แบบชัดเจน	อาศัย ข้อตกลงรื้อทีม ประสานงาน ราคาไปยัง พันธมิตร	การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ ข้อตกลงรื้อทีม โดยปริยาย	การกระทำ ร่วมกัน โดยอาศัย การเรียนรู้ ด้วยตนเองของ ข้อตกลงรื้อทีม
ประเทศ สหรัฐอเมริกา (ต่อ)		พิจารณาตามหลักเกณฑ์ใน การพิสูจน์การกระทำความผิด และ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติม ในการพิจารณาเกี่ยวกับ “ปัจจัยเสริม (Plus factor) เพื่อชี้ให้เห็นถึงการกระทำ ร่วมกัน	✓	✓	✓	✗
สหภาพยุโรป	มาตรา 101 The Treaty on the Functioning of	Guideline on Horizontal Cooperation Agreements	✓	✓	✓	✗

ตารางที่ 3 (ต่อ)

ประเทศ	บทบัญญัติกฎหมาย เพื่อพิจารณา การกระทำร่วมกัน	แนวทางกำกับดูแลการ กระทำร่วมกัน	การครอบคลุมลักษณะการกระทำร่วมกันโดยใช้ข้อตกลงรื้อทีม			
			การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ ข้อตกลงรื้อทีม แบบชัดเจน	อาศัย ข้อตกลงรื้อทีม ประสานงาน ราคาไปยัง พันธมิตร	การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ ข้อตกลงรื้อทีม โดยปริยาย	การกระทำ ร่วมกัน โดยอาศัย การเรียนรู้ ด้วยตนเองของ ข้อตกลงรื้อทีม
สหภาพยุโรป (ต่อ)	the European Union: TFEU	ในการพิจารณาการกระทำ ร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ จากวัตถุประสงค์และ ผลกระทบของการกระทำ ตามลำดับในการพิจารณา การกระทำร่วมกัน ภายใต้ หลัก By Object และ By Effect อีกทั้ง OECD ได้กำหนดแนวทาง การพิจารณา รูปแบบ และลักษณะของบรรดา	ลักษณะ ของการกระทำ ที่สหภาพยุโรป ออก Guideline เพื่อควบคุม		ยังคงเป็น ประเด็นที่ คณะกรรมการสิทธิการ แห่งสหภาพยุโรป กำลังศึกษา และ พัฒนาการ กำหนดแนวทาง ในการควบคุม	

ตารางที่ 3 (ต่อ)

ประเทศ	บทบัญญัติกฎหมาย เพื่อพิจารณา การกระทำร่วมกัน	แนวทางกำกับดูแลการ กระทำร่วมกัน	การครอบคลุมลักษณะการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม			
			การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึม แบบชัดเจน	อาศัย อัลกอริทึม ประสานงาน ราคาไปยัง พันธมิตร	การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึม โดยปริยาย	การกระทำ ร่วมกัน โดยอาศัย การเรียนรู้ ด้วยตนเองของ อัลกอริทึม
สหภาพยุโรป (ต่อ)		ผู้ประกอบธุรกิจที่จะมี ความเสี่ยงของการกระทำ ร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม เช่น การกระทำร่วมกันโดย ใช้อัลกอริทึมจะเกิดขึ้น กับกลุ่มบริษัทที่ผลิตหรือ จัดจำหน่ายในตลาดผู้ขาย น้อยราย หรือ ลักษณะของ ผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะ เหมือนกัน (Homogenous) เป็นต้น				การกระทำด้วย ตนเองของ อัลกอริทึมโดย ปราศจากคำสั่ง ของมนุษย์

ตารางที่ 3 (ต่อ)

ประเทศ	บทบัญญัติกฎหมาย เพื่อพิจารณา การกระทำร่วมกัน	แนวทางกำกับดูแล การกระทำร่วมกัน	การครอบคลุมลักษณะการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม			
			การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึม แบบชัดเจน	อาศัย อัลกอริทึม ประสานงาน ราคาไปยัง พันธมิตร	การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึม โดยปริยาย	การกระทำ ร่วมกัน โดยอาศัย การเรียนรู้ ด้วยตนเองของ อัลกอริทึม
ประเทศเยอรมนี	Gesetz gegen Wettbewerbsbes Chrankungen หรือ GWB มาตรา 1 เป็นการแสดงเจตนาที่เห็น พ้องต้องกันซึ่งอาจอยู่ ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร เอกสาร หรือ ปากเปล่าได้ คล้ายคลึงกับพื้นฐาน หลักการทำสัญญาทางแพ่ง	พิจารณาลักษณะของการ กระทำต้องส่งผลกระทบต่อ หรือมีแนวโน้มต่อทิศทาง ของตลาดไปในทิศทาง เดียวกัน ประกอบกับ นโยบายเชิงรุก เช่น การร้อง ขอข้อมูลเกี่ยวกับการสร้าง อัลกอริทึม หรือ การ ดำเนินการของอัลกอริทึม การจู่โจมและ การสัมภาษณ์	✓	✓	✓	✗

ตารางที่ 3 (ต่อ)

ประเทศ	บทบัญญัติกฎหมาย เพื่อพิจารณา การกระทำร่วมกัน	แนวทางกำกับดูแลการกระทำ ร่วมกัน	การครอบคลุมลักษณะการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม			
			การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึม แบบชัดเจน	อาศัย อัลกอริทึม ประสานงาน ราคาไปยัง พันธมิตร	การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ อัลกอริทึม โดยปริยาย	การกระทำ ร่วมกัน โดยอาศัย การเรียนรู้ ด้วยตนเองของ อัลกอริทึม
ประเทศสิงคโปร์	The Singapore Competition Act มาตรา 34	อาศัยการพิจารณาด้วยมาตรา 34 โดยพิจารณา เช่น การมีอยู่ ของการร่วมกัน และ ทิศทาง ของตลาดได้รับอิทธิพลหรือ ผลกระทบจากการกระทำ ร่วมกันไม่ว่าโดยตรงหรือโดย อ้อม หรือ นำไปสู่การแข่งขันที่ ผิดปกติหรือไม่ ทาง CCCS มองว่ากฎหมายการแข่งขันทาง การค้ามาตรา 34 สามารถ ควบคุมการกระทำต่างๆ ได้	✓	✓	✓	✗ ยังคงเป็น ประเด็นในการ พัฒนาและ ศึกษาต่อในการ กระทำด้วย ตนเองของ อัลกอริทึมโดย ปราศจากคำสั่ง ของมนุษย์

ประเทศ	บทบัญญัติกฎหมาย เพื่อพิจารณา การกระทำร่วมกัน	แนวทางกำกับดูแลการกระทำ ร่วมกัน	การครอบคลุมลักษณะการกระทำร่วมกันโดยใช้ข้อตกลงรื้อทีม			
			การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ ข้อตกลงรื้อทีม แบบชัดเจน	อาศัย ข้อตกลงรื้อทีม ประสานงาน ราคาไปยัง พันธมิตร	การกระทำ ร่วมกันโดยใช้ ข้อตกลงรื้อทีม โดยปริยาย	การกระทำ ร่วมกัน โดยอาศัย การเรียนรู้ ตัวตนเองของ ข้อตกลงรื้อทีม
ประเทศอินเดีย	The Competition Act 2002 มาตรา 3(3)	พิจารณาจาก 1. ต้องพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของ ข้อตกลงที่เพิ่มขึ้น หรือการ กระทำใด ๆ การตัดสินใจที่ ดำเนินการโดยบุคคล หรือองค์กร 2. คู่สัญญาที่แข่งขันกันจะต้อง รับผิดชอบจากพวกเขามีส่วน ร่วมในการเขียนโปรแกรม ของข้อตกลงรื้อทีมเพื่อตอบสนอง ในทำนองเดียวกันกับสถานะ ตลาดที่คล้ายคลึงกัน	✓	✓	✗	✗

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

6.1.1 ประเด็นองค์ประกอบของการพิจารณาการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม

การพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นของการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม จึงดำเนินการพิจารณาและวิเคราะห์ตามองค์ประกอบตามบทบัญญัติทางกฎหมาย อันได้แก่ ในส่วนของผู้กระทำ และในส่วนของกรกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด จำกัดการแข่งขัน

การพิจารณาในมุมมองของผู้กระทำ จากการศึกษาพบว่า นิยามของ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ได้มีการกำหนดไว้ อาจนำมาซึ่งปัญหาอย่างไม่สิ้นสุด จึงได้ทำการเสนอหลักเกณฑ์โดยอาศัยจากการศึกษาการตีความ นิยามตามแนวทางการพิจารณาและคำตัดสินของประเทศที่ได้ทำการศึกษาเพื่อให้ครอบคลุม ลักษณะของผู้ประกอบการธุรกิจ ให้สอดคล้องข้อเท็จจริงในปัจจุบันรวมถึงกรณีการมีส่วนร่วมของปัญญาประดิษฐ์ในการดำเนินธุรกิจ หรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขอบเขตการตีความ นิยามผู้ประกอบการธุรกิจของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรที่จะต้องผ่านหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. นิยามของผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องครอบคลุมทุกๆหน่วย
2. ผู้ที่ถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ
3. การมีอิสระในการตัดสินใจในการดำเนินกิจกรรมในตลาด

เมื่อมีครบหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการ แล้วจะถือว่าเป็นผู้ประกอบการภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากกรกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบการธุรกิจนี้สามารถนำไปสู่การกระทำร่วมกันโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม (Self – Learning) และสามารถเกิดขึ้นได้ในอนาคต หากกรกระทำหรือ การดำเนินการในการประมวลข้อมูล มาจากการกระทำของอัลกอริทึมโดยปราศจากคำสั่งของมนุษย์ หากเป็นเช่นนั้น เสมือนว่าการกระทำในรูปแบบนี้อาจไม่ครอบคลุมด้วยคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามนิยามที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ได้ จึงควรมีการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาถึงการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึมที่อัลกอริทึมคือผู้ดำเนินการด้วยตนเอง โดยมีได้มองว่ามนุษย์เป็นผู้นำเข้าข้อมูล หรือเป็นเจ้าของ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตและ

เห็นว่าในต่างประเทศก็กำลังศึกษา พัฒนาแนวทางในทางกฎหมายเพื่อที่จะให้ครอบคลุมลักษณะการกระทำโดยอัลกอริทึม

การพิจารณาการกระทำร่วมกัน หากพิจารณาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ของประเทศไทย จากประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ได้มีการอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำร่วมกัน ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ อันได้แก่ ข้อตกลงที่อาจเกิดได้ทั้งในรูปแบบลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจา การตัดสินใจของสมาคม และการกระทำร่วมกันที่ปรากฏพยานหลักฐานหรือไม่ปรากฏพยานหลักฐานอย่างชัดเจน โดยสามารถวิเคราะห์ถึงรายละเอียดที่ควรอยู่ในขอบเขตการพิจารณาดังต่อไปนี้

ขอบเขตการพิจารณาการกระทำร่วมกัน

จากการศึกษาพบว่า การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยใช้อัลกอริทึม อาจเกิดขึ้นในลักษณะนี้ ซึ่งมีความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ หรือการแข่งขันเสรีได้

ประการแรก ต้องมีผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อยสองรายขึ้นไปที่ได้กระทำร่วมกัน ซึ่งรูปแบบการกระทำร่วมกันนั้นอาจเกิดได้ทั้งในรูปแบบลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจา นั้น จากการศึกษาสถานการณ์ของการเปลี่ยนแปลงหรือไม่อาจพิสูจน์ได้ถึง การกระทำร่วมกันนั้นๆ โดยไม่อิสระ โดยเข้าร่วมการดำเนินการโดยสมัครใจ

ประการที่สอง เกิดการเปลี่ยนแปลงและสภาพการณ์ของตลาด หรือเศรษฐกิจ ซึ่งเกิดเป็นลักษณะเด่นที่แตกต่างไปจากเดิมที่เป็นอยู่ เช่น การเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางเดียวกัน เป็นต้น

ประการที่สอง ผู้ประกอบธุรกิจมีการประสาน ส่งสัญญาณ หรือเจรจา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะผูกขาด ลด จำกัดการแข่งขัน อีกทั้งมีผลกระทบที่เกิดขึ้นและรับอิทธิพลไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม หรือการร้องขอความร่วมมือในดำเนินการในลักษณะเดียวกัน

ประการที่สาม การกระทำร่วมกัน อาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งด้วยพยานหลักฐาน หรือการกระทำร่วมกันโดยปริยาย ซึ่งควรที่จะสามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำร่วมกันโดยปริยายของผู้ประกอบธุรกิจได้อย่างแยกแยะ

ประการที่สี่ แม้จะไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำร่วมกัน หากมีพยานหลักฐานที่แสดงได้ว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะข้อมูลด้านราคา อาจสันนิษฐานว่ามีการแลกเปลี่ยนข้อมูล และต้องการที่จะส่งสัญญาณกระจายข้อมูลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

ประการที่ห้า ในการพิจารณาควรพิจารณาส่วนวัตถุประสงค์ของการกระทำร่วมกัน พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการร่วมกัน และไม่จำเป็นต้องถึงขั้นผลสำเร็จ หากแต่ได้เริ่มกระบวนการถือเป็นการกระทำร่วมกันแล้วและเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประการที่หก ผลประโยชน์ของการกระทำร่วมกันโดยมีสิ่งจูงใจร่วมกัน เช่น ผลตอบแทน อัตราส่วนแบ่งของตลาด เป็นต้น

ประการที่เจ็ด พฤติกรรมคู่ขนาน เป็นอีกพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำร่วมกัน ต้องอาศัยปัจจัยต่างๆ เพื่อพิสูจน์ถึงการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน ไม่ว่าจะในรูปแบบของการประชุม หรือการส่งสัญญาณ

ประการที่แปด การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะเป็นข้อมูลเชิงลึก

ขอบเขตการพิจารณาการตัดสินใจของสมาคม

แม้สมาคมจะไม่มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจแต่จากสมาชิกหรือการตัดสินใจของสมาชิกถือเป็นการกระทำร่วมกันรูปแบบหนึ่งโดยอาศัยอัลกอริทึมได้ โดยพิจารณาจาก

ประการแรก ไม่มีการจำกัดประเภทของสมาคม เพราะนิยามของสมาคมนั้นกว้างขวาง

ประการที่สอง การตัดสินใจขอบเขตยังอยู่ลักษณะกว้าง โดยหมายถึงข้อกำหนดระเบียบ ข้อบังคับ ข้อตกลงที่ทำโดยสมาคม หรือสมาชิกรับได้ยอมรับในการตัดสินใจของสมาคม

ประการที่สาม การตัดสินใจนั้นจะไม่ผูกพันสมาชิกของสมาคมที่ไม่ได้เข้าร่วมประชุม ในข้อตกลงที่อันเป็นการกระทำร่วมกัน ข้อตกลงร่วมกันของสมาคมในการตัดสินประสงคที่จะผูกขาด จำกัดการแข่งขัน อย่างไรก็ตามหากภายหลังผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมประชุมนั้นได้ดำเนินการตามความตกลงนั้นๆ ย่อมอาจสันนิษฐานได้ว่ามีความเกี่ยวข้องกับความตกลงนั้นของสมาคม หรือต้องการพิสูจน์ว่าตนนั้นไม่ได้มีความเกี่ยวข้องโดยอาศัยพยานหลักฐานเป็นสำคัญ

การพิจารณาผลกระทบของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ด้านสำคัญในการพิจารณาการกระทำความผิดภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศไทย

โดยการกระทำร่วมกันนั้นทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 กำหนดไว้เกี่ยวกับการกระทำร่วมกันอย่างร้ายแรง (Hardcore cartel) และการกระทำร่วมกันที่ไม่ได้ส่งผลอย่างร้ายแรง (Non – Hardcore) เพื่อที่จะเป็นหลักเกณฑ์ป้องกันการกระทำอันจะส่งผลกระทบต่อระบบตลาด หรือการแข่งขันเสรี โดยจะครอบคลุมในลักษณะของการกระทำร่วมกันแบบแนวนอน ซึ่งคล้ายคลึงกับประเทศอินเดีย และประเทศสิงคโปร์ แม้ประเทศไทยจะได้นำต้นแบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมาเป็นแนวทางการพิจารณา แต่กฎหมายของสหภาพยุโรปสามารถที่จะนำไปพิจารณาในการกระทำร่วมกันในแนวตั้งได้ในมาตราเดียวกัน จากการศึกษาจึงสรุปได้ว่า อัลกอริทึม ปัญญาประดิษฐ์รูปแบบหนึ่งที่สามารถเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจในการคำนวณประมวลผล วิเคราะห์ข้อมูลขนาดใหญ่ ด้วยความแม่นยำ หรือสามารถสร้างประโยชน์ให้กับผู้บริโภค ให้ได้การซื้อสินค้าหรือการเข้ารับบริการอย่างตรงตามความต้องการ แนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับความร้ายแรงผลกระทบของการกระทำจะเป็นเสมือนด่านตรวจจกกันที่จะสามารถป้องกันระบบตลาด หรือการแข่งขันเสรี จากการกระทำรูปแบบต่างๆ ของการกระทำร่วมกัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมอย่างชัดแจ้ง (Explicit Algorithm Concerted practices), การกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมเป็นตัวกลางและกระจายไปยังพันธมิตร (Hub and Spoke), การกระทำร่วมโดยอาศัยอัลกอริทึมแบบปริยาย (Tacit Algorithm Concerted practices) และ การกระทำร่วมโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม (Self – Learning Algorithms)

6.1.2 ประเด็นช่องว่างทางกฎหมายของมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

การกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมสามารถที่จะอยู่ภายใต้ขอบเขตของบทบัญญัติการแข่งขันทางการค้า อันได้แก่ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5 แต่มีประเด็นในการพิจารณาถึงการกระทำร่วมกันของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการตัดสินและพิจารณาข้อเท็จจริง เนื่องด้วยระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) การพิจารณาข้อเท็จจริงย่อมอาศัยการตีความผ่านบทบัญญัติทางกฎหมาย อันได้แก่ องค์ประกอบของมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5 ที่ได้อธิบายลักษณะของการกระทำขยายถึงองค์ประกอบของการกระทำให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งในการพิจารณาหากพบว่าขาดองค์ประกอบ ย่อมถือว่าคดีเป็นที่ยุติ ซึ่งหนึ่งในองค์ประกอบที่สำคัญนั้นคือ “พยานหลักฐานหรือสิ่งที่สามารถชี้ได้ถึงมีการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยใช้อัลกอริทึม”

“พยานหลักฐาน” สิ่งสำคัญในการชี้การกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจ

จากการศึกษาผ่านคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ในการพิจารณานั้นตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยต้องการตีความผ่านบทบัญญัติทางกฎหมาย ประกอบกับมาตรานี้ กำกับโทษทางอาญาไว้หากผู้ประกอบการทำการฝ่าฝืนตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หากต้องมีการร้องเรียน ผู้ร้องไม่ว่าผู้บริโภคที่ได้รับผลกระทบหรือ ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ได้รับผลกระทบ จึงจำเป็นต้องอาศัยพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริง สิ่งบ่งชี้ที่ถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกันได้เกิดขึ้นจริง ดังนั้นการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมในบางรูปแบบโดยเฉพะการกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมแบบโดยปริยาย หรือการกระทำร่วมกันโดยอาศัยการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม จึงไม่สามารถที่จะดำเนินการร้องเรียนได้ เนื่องมาการไม่ปรากฏพยานหลักฐาน มูลเหตุ ข้อเท็จจริง ที่จะทำให้อ้างอิงถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกันเกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการ ในประเด็นนี้ผู้เขียนพบว่าเป็นปัญหาและเป็นช่องว่างของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า พยานหลักฐานหรือข้อมูลที่จะชี้ชัดได้นั้น จะถูกจำกัดด้วยข้อจำกัดหลายประการในการเข้าถึงข้อมูล เนื่องจากลักษณะข้อมูลที่จะชี้ชัด เช่น ข้อมูลการดำเนินงานของอัลกอริทึม ซึ่งเป็นซอฟต์แวร์ภายในของบริษัท แผนการตลาดของบริษัท ข้อมูลของผู้บริโภค เป็นต้น เป็นข้อมูลที่บุคคลธรรมดาอื่นไม่สามารถที่จะเข้าถึงได้เพราะถือเป็น

ความลับทางการค้าของบริษัท การเข้าถึงข้อมูลอย่างยากลำบาก จึงทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจอาศัย ช่องว่างในส่วนนี้ในการกระทำร่วมกัน จึงทำให้ไม่สามารถนำไปสู่การพิจารณาข้อเท็จจริงได้ ส่งผลให้ ผู้บริโภคและระบบตลาดจะได้ระบบผลกระทบ อันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ นั้นด้วยระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่จะสามารถพิจารณาโดยผ่านวัตถุประสงค์หรือลักษณะผลกระทบต่อระบบตลาด เสรี หรือการค้าเสรีได้ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เป็นต้น

แม้ระบบกฎหมายของประเทศไทยจะใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ย่อมไม่สามารถจะมีการพิจารณาได้เช่นเดียวกับประเทศที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ควรมีการหาแนวทางการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน หรือ การรับฟังพยานหลักฐาน การตรวจสอบของหน่วยงานที่รับผิดชอบเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของระบบกฎหมายของประเทศไทย กล่าวโดยสรุป การกระทำร่วมกันโดยอาศัยอัลกอริทึมนี้สามารถ สร้างคุณประโยชน์และโทษ เมื่อผู้ประกอบการนำอัลกอริทึมมาประยุกต์ใช้และต้องการปรับทิศทาง หรือหวังผลประโยชน์จากการอาศัยอัลกอริทึมความเสี่ยงจะนำไปสู่การกระทำร่วมกันได้หลากหลาย รวมถึงการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม การกระทำของปัญญาประดิษฐ์ของอัลกอริทึมนี้ ยากต่อการปรากฏหลักฐานว่ามีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในทางปฏิบัติการเรียนรู้การทำงานของอัลกอริทึม รวมถึงการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม ยังคงมีข้อจำกัดอยู่ และสามารถที่จะทบทวนเพื่อหาแนวทาง วิธีการป้องกันโดยพลันให้เหมาะสมกับ บริบทของประเทศไทย เพื่อใช้ในการพิจารณาป้องกันการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อระบบตลาดและผู้บริโภค

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่าด้วยระบบกฎหมายซีวิลลอว์ของประเทศไทย ส่งผลให้มีช่องว่างทางกฎหมายสำหรับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าพ.ศ. 2560 มาตรา 54 เกี่ยวกับ พยานหลักฐานหรือพฤติการณ์ สิ่งที่ยังชี้ถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกัน ช่องว่างนี้อาจเป็นหลุมพรางที่ทำให้การร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับการกระทำ ร่วมกันของผู้กระประกอบธุรกิจนั้นต้องสะดุดลง จึงควรมีการศึกษาหาพิจารณาหาแนวทาง มาตรการที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย โดยไม่เป็นการจำกัด หรือขัดต่อการพัฒนาของ เทคโนโลยีเพราะเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์สามารถที่จะก่อให้เกิดได้ทั้งประโยชน์และโทษ ดังนี้

ประการแรก การนำหลัก By Object และ หลัก By Effect ของสหภาพยุโรปมาใช้เป็นต้นแบบ เพิ่มแนวทางการพิจารณาการกระทำร่วมกันของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5¹ เพื่อให้ครอบคลุมถึงรูปแบบการกระทำและสามารถอุดช่องว่างได้มากยิ่งขึ้น โดยอาจมีการเพิ่มแนวทางการพิจารณาให้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อที่จะสามารถช่วยลดความร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นต่อระบบเศรษฐกิจ หรือต่อผู้บริโภค ควรมีการกำกับไว้โดยที่ไม่จำเป็นต้องให้มีผลกระทบเกิดขึ้นจึงจะสามารถนำไปสู่การพิจารณาได้

ลักษณะการกระทำร่วมกันที่อาจไม่ได้ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน สามารถเกิดขึ้นได้หลากหลายและไม่สามารถจำกัดถึงแนวทางการพิจารณาจึงเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่สร้างความกังวลและความท้าทายต่อการบังคับใช้กฎหมาย การเพิ่มแนวทางการพิจารณาวัตถุประสงค์ของการกระทำ หรือ แนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ควรพิจารณาจากการตระหนักรู้ของผู้ประกอบธุรกิจในการกระทำร่วมกันว่าจะสามารถ คาดการณ์หรือเล็งเห็นผลกระทบของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจได้ ดังเช่น หลัก By Object ของสหภาพยุโรป ผู้เขียนเห็นว่าจะสามารถควบคุมการกระทำร่วมกันโดยใช้หลักการนี้ได้ ในกรณีมีการติดต่อตัวกลางประสานไปยังพันธมิตร (Hub and Spoke) หรือรวมถึงการกระทำที่ไม่ปรากฏการติดต่อระหว่างกันอย่างชัดเจน เนื่องจากการปรับ

¹ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5

“ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตามบทบัญญัติมาตรา 54 และ 55 ให้พิจารณาลักษณะของการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด

(2) การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่ รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการ ที่เกิดเป็นข้อสรุปต่างๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญ ของสมาชิก เป็นต้น

(3) การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐาน ชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบธุรกิจว่าได้กระทำการร่วมกัน”

² การตระหนักรู้ของผู้ประกอบธุรกิจ การกำหนดเพื่อที่จะพิสูจน์เจตนาของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น การตระหนักรู้อย่างคู่ขนาน (Conscious parallelism) ของต่างประเทศ โดยพิจารณาจาก เหตุจูงใจของการกระทำ การทำเพื่อประโยชน์ใดๆ สถานการณ์ของตลาด เป็นต้น

ใช้อัลกอริทึมอำนวยความสะดวกในการประมวลผล อย่างไรก็ตามในยุคปัจจุบันจะต้องอาศัยการป้อนคำสั่งจากมนุษย์ หรือผู้ประกอบการ เพื่อเริ่มต้นในการวิเคราะห์และประมวลผล อัลกอริทึมจะดำเนินการเพื่อให้ได้ผลลัพธ์เป็นแนวทางในการดำเนินการ ซึ่งผู้ประกอบการก็มีทางเลือกว่าจะดำเนินการตามที่อัลกอริทึมนั้นได้คาดการณ์หรือพยากรณ์หรือไม่ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการปรับใช้หลัก By Object และ หลัก By Effect ของสหภาพยุโรปจะช่วยในการควบคุมการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการโดยใช้อัลกอริทึมเพื่อป้องกันการลด จำกัด หรือผูกขาดการแข่งขัน

ประการที่สอง การกำหนดแนวทางการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยให้อำนาจรัฐในการเข้าแสวงหาพยานหลักฐาน (การกำกับดูแลเชิงรุก)

หากพิจารณาบทบัญญัติ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ประกอบกับ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ข้อ 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ในการพิจารณาองค์ประกอบของความผิดให้ครบองค์ประกอบอันได้แก่ 1. ผู้ประกอบการตามมาตรา 5 และ 2. ลักษณะการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ ซึ่งอาศัยพยานหลักฐานหรือสิ่งบ่งชี้ถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นเพื่อการพิสูจน์ถึงการกระทำระหว่างผู้ประกอบการ เช่น ตัวแทนเข้าร่วมประชุมเพื่อพูดคุยการให้สัญญาเพื่อสื่อสารกันหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน หรือกำหนดราคาร่วมกัน ประกอบกับมาตรานี้กำหนดบทลงโทษทางอาญา ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 แนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงอยู่บนหลักการที่จะต้องปรากฏพยานหลักฐานที่สามารถที่จะกล่าวหาได้โดยที่ไร้ซึ่งพยานหลักฐาน ด้วยหลักทฤษฎีของกฎหมายอาญา เช่น ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) การลงโทษนั้นจะต้องสามารถทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นเกิดความเกรงกลัว และไม่กระทำความผิดซ้ำ เกรงกลัวต่อโทษที่ตนจะได้รับ และเป็นการข่มขู่ยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นกระทำซ้ำ เพราะเกรงกลัวในโทษที่จะได้รับ³

อย่างไรก็ตามข้อมูลที่จะเป็นพยานหลักฐาน หรือการบ่งชี้ถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการนั้น โดยทั่วไปบุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลภายใน หรือทราบได้ถึงงานของบริษัทหรือองค์กรของผู้ประกอบการ เนื่องจากอาจเป็นความลับทางการค้าของบริษัทหรือองค์กรนั้นที่ไม่ต้องการเปิดเผยให้กับบุคคลภายนอกได้ทราบ ผู้เขียนขอเสนอว่าต้องมีการวาง

³ ธรรมนูญวัฒน์ สุทธิโยธิน, กฎหมายอาญาและอาญาวิทยาชั้นสูง ทฤษฎีการลงโทษ หน่วยที่ 6 กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2555.

แนวทางการพิจารณาเกี่ยวกับพยานหลักฐานหรือพฤติการณ์ที่จะบ่งชี้ถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกัน เช่น แนวทางเกี่ยวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน ให้สามารถเข้าถึงข้อมูล หรือสามารถจับสังเกตเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมได้ง่ายยิ่งขึ้น เพื่อกำจัดการกีดกันทางการเข้าถึงข้อมูลอย่างเปิดเผย โปร่งใส ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวทางที่จะสามารถให้เข้าถึงข้อมูลหรือการได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้น สามารถเข้าถึงได้ผ่านหน่วยงานของรัฐที่จะเป็นผู้ตรวจสอบ หรือเก็บข้อมูล หรือพยานหลักฐาน ที่สามารถชี้ให้เห็นถึงการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ดังเช่นแนวทางการกำกับควบคุมของประเทศเยอรมนีให้การให้อำนาจรัฐในการดำเนินการเชิงรุก การร้องขอข้อมูล การจับกุมเข้าตรวจสอบ การสัมภาษณ์ ดังนั้น การพิจารณาการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย จึงควรมีการให้อำนาจแก่หน่วยงานสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ทำหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถขอตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับการสร้างหรือการดำเนินการของอัลกอริทึมได้ ซึ่งทางสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจมีการแต่งตั้งส่วนงานที่ดูแลและกำกับเกี่ยวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานเพื่อเป็นอีกช่องทางที่จะสามารถเข้าถึงข้อมูลการดำเนินงานของบริษัทหรือองค์กร ที่ผู้ร้องเรียน ไม่ว่าจะเป็นผู้บริโภคที่อาจได้รับผลกระทบทางด้านราคา หรือผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มหนึ่งให้สามารถเข้าถึงข้อมูลเชิงลึกได้ผ่านทางเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานที่รับผิดชอบที่รับช่วงต่อในการแสวงหาพยานหลักฐานหรือตรวจสอบความสงสัยหรือความผิดปกติตามที่ผู้ร้องเรียนได้ตั้งเรื่องร้องเรียน หากมีการให้อำนาจรัฐจริงยังคงคล้ายคลึงกับกฎหมายอาญาที่จะมีมาตรการในการกำกับดูแลการแจ้งข้อร้องเรียนเพื่อป้องกันการร้องเรียนโดยที่มีข้อเท็จจริง

อีกรูปแบบหนึ่งคือการออกกฎระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ เพื่อใช้บังคับเพื่อป้องกันการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจนั้น เช่น แนวทางการรับฟังพยานหลักฐานหรือการได้มาซึ่งพยานหลักฐานของบุคคลทั่วไป ควรที่จะมีลักษณะที่ปรับตัวง่าย หรือยืดหยุ่นสามารถที่จะปรับเปลี่ยนแปลงได้ตามสถานการณ์ ไม่ถ่วงรั้งให้เทคโนโลยีพัฒนาไปข้างหน้าด้วยกรอบของกฎหมายที่กำหนดออกมา และจะต้องมีการติดตามอย่างสม่ำเสมอ

ประการที่สาม กำหนดแนวทางการเฝ้าระวังหรือการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้ปัญญาประดิษฐ์ในด้านความเกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ผู้เขียนมีความเห็นว่าเพื่อที่จะสามารถตรวจสอบการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยอาศัยอัลกอริทึมได้ไม่ว่ารูปแบบใดนั้น จะต้องแก้ที่แกนปัญหาอย่างปัญญาประดิษฐ์ ซึ่งเป็นอีกวิธีที่จะสามารถควบคุมการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ

หากย้อนกลับไปการที่ผู้ประกอบการนั้นจะใช้อัลกอริทึมในการกระทำร่วมกัน ย่อมต้องผ่านกระบวนการของการสร้างหรือเขียนแบบจำลองอัลกอริทึมด้วยภาษาคอมพิวเตอร์มาก่อนให้มีคุณสมบัติหรือรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปตามที่ต้องการ การกำหนดแนวทางเกี่ยวกับการควบคุมการออกแบบอัลกอริทึมที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยอาจบูรณาการกับหน่วยงานอื่นๆ ที่อาจได้มีการออกกฎหมาย ระเบียบ หรือแนวทางในการควบคุม เพื่อกำกับดูแลการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการที่ใช้อัลกอริทึม เช่น ประกาศสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ เรื่อง แนวปฏิบัติจริยธรรมด้านปัญญาประดิษฐ์⁴ จากสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) เพื่อใช้เป็นแนวปฏิบัติในการวิจัย ออกแบบ พัฒนา ประยุกต์ใช้ และ ถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านปัญญาประดิษฐ์ และวิทยาศาสตร์ข้อมูลที่ใช้ปัญญาประดิษฐ์หรืออัลกอริทึมที่ซับซ้อน ด้วยข้อมูล ให้อยู่ภายใต้หลักการด้านจริยธรรม ปัญญาประดิษฐ์ที่เป็นสากล คำนึงถึงบริบททางสังคมและ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงป้องกันและลดผลกระทบหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น แม้ประกาศฉบับนี้ยังไม่ได้บังคับใช้กับบุคคลทั่วไปที่ได้ ออกแบบปัญญาประดิษฐ์ แต่ผู้เขียนเห็นว่าทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรที่จะมีความร่วมมือกับหน่วยงานอื่นๆ หากมีหน่วยงานที่รับผิดชอบหรือมีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ต้องการเข้าควบคุม โดยความร่วมมือนี้จะช่วยผลักดันให้เกิดแนวทางหรือมาตรการการควบคุมที่สุดท้ายผลลัพธ์จะสามารถช่วยป้องกันอันตรายจากปัญญาประดิษฐ์ เช่น แนวทางการตรวจสอบการกำหนดราคา หรือ ภาวะเปียบ หลักเกณฑ์ในการออกแบบอัลกอริทึม เป็นต้น

ประการสุดท้าย การให้อำนาจศาลในการเข้าถึงพยานหลักฐานหรือการแสวงหาพยานหลักฐานจากการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการที่ใช้อัลกอริทึม

ด้วยรูปแบบของการพิจารณาคดีของประเทศไทย หากผู้บริโภคนั้นได้รับความเสียหาย และต้องการดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องความเสียหายด้วยการฟ้องร้องต้องฟ้องกับเขตอำนาจศาลแพ่งแผนกคดีผู้บริโภค แม้วิธีพิจารณาคดีในคดีผู้บริโภคจะใช้ระบบไต่สวน ซึ่งเป็นระบบที่ศาลมีบทบาท

⁴ ประกาศสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) เรื่อง แนวปฏิบัติจริยธรรมด้านปัญญาประดิษฐ์ฉบับนี้ จัดทำขึ้นโดยอ้างอิงจากแนวทางจริยธรรมสำหรับปัญญาประดิษฐ์ที่น่าเชื่อถือ (Ethics guidelines for trustworthy AI) โดยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญระดับสูงด้านปัญญาประดิษฐ์ของคณะกรรมการการยุโรป (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence) และเอกสารแนวปฏิบัติจริยธรรมปัญญาประดิษฐ์ (Thailand AI Ethics Guideline) ของสำนักงานคณะกรรมการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม บังคับใช้กับบุคลากรของ สวทช. ผู้ที่ร่วมวิจัยหรือรับทุนวิจัยของ สวทช. ภาคเอกชนที่ใช้พื้นที่ภายในอุทยาน วิทยาศาสตร์ประเทศไทย และเขตนวัตกรรมระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก (EECI) รวมถึงผู้รับจ้างช่วง ที่เกี่ยวข้อง

สำคัญในการแสวงหา ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ชี้ให้เห็นถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกัน ก็ควรมีการกำหนดแนวทางการรับฟังพยานหลักฐาน หรือการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยให้อำนาจศาลในเรียกให้เปิดเผยข้อมูลของบริษัทเชิงลึก เช่น แผนการตลาดของบริษัท ระบบซอฟต์แวร์ของบริษัท รวมถึงเครื่องมือที่ใช้ในการอำนวยความสะดวกอย่างอัลกอริทึม ศาลอาจแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมด้วยการนัดไต่สวนคู่กรณีหรือเรียกพยาน บุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ จึงถือว่าเป็นการสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค มิเช่นนั้นผู้บริโภคไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลหรือพยานหลักฐานต่างได้จึงนำมาซึ่งปัญหาของประเด็นวิจัยที่ไม่สามารถจับผิดเกี่ยวกับการกระทำร่วมกัน โดยปริยายได้

โดยสรุปผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. การนำหลัก By Object และ หลัก By Effect ของสหภาพยุโรปมาปรับใช้เป็นต้นแบบเพิ่มแนวทางการพิจารณาการกระทำร่วมกันของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า
2. การกำหนดแนวทางการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยให้อำนาจรัฐในการเข้าแสวงหาพยานหลักฐาน (การกำกับดูแลเชิงรุก)
3. กำหนดแนวทางการเฝ้าระวังหรือการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้ปัญญาประดิษฐ์ในด้านความเกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า
4. การให้อำนาจศาลในการเข้าถึงพยานหลักฐานหรือการแสวงหาพยานหลักฐานจากการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยใช้อัลกอริทึม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Chulalongkorn University

ข้อเสนอแนะที่ได้กล่าวไปข้างต้นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าหากได้มีการกำหนดแนวทางมาตรการต่างๆ เพื่อกำกับหรือควบคุมการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ภาครัฐหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบควรมีการติดตาม ประเมินผลเชิงรุกกับบริษัทหรือผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ประยุกต์ใช้อัลกอริทึมในการประกอบธุรกิจ เช่น เพื่อที่จะติดตามว่าความเสี่ยงหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจ ภายหลังจากการออกกฎหมาย การออกแนวทาง มาตรการต่างๆ จะสามารถควบคุมหรือกำกับอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ หรือจะส่งผลให้สถานการณ์โดยภาพรวมแย่ลงกว่าการที่ไม่มีการควบคุมหรือกำกับการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ⁵

⁵ OECD. Regulatory Effectiveness in the Era of Digitalisation. (2019).

บรรณานุกรม

- "Asnef-Equifax V. Ausbanc.". Court of Justice of the European Union, 2006.
- "Asus (Case At.40465)." European Commission, 2018.
- Authority, C. M. "Algorithms: How They Can Reduce Competition and Harm Consumers." 2021.
- . Decision, the Competition and Markets Authority : Online Sales of Poster and Frames Case 50223. (2016).
- . Pricing Algorithms: Economic Working Paper on the Use of Algorithms to Facilitate Collusion and Personalized Pricing. 2018.
- Bailey, R. W. a. D. Competition Law 7th Edition Oxford University Press (2012): 83-99.
- Berslin, S. How to Avoid a Price War on Amazon [Online]. 2020. Available from: <https://www.repricerexpress.com/repricing-amazon-avoid-price-war/> [20 December.
- Brown, Z. Y. a. M., Alexander. Competition in Pricing Algorithm. Harvard Business School Working Paper 20 (2021).
- "C-74/14 - Eturas and Others." ECJ, 2016.
- "Collusive Tendering (Bid-Rigging) for Termite Treatment/Control Services by Certain Pest Control Operators in Singapore." The Competition Commission of Singapore Commission, 2008.
- Commission, T. M. Algorithms and Collusion. (2018).
- Competition Commission of India. About Cci | Competition Commission of India [Online]. 2015. Available from: www.cci.gov.in. [1 March.
- Connor, C. Franco-German Study Reveals Collusive Algorithm Concerns [Online]. 2019. Available from: <https://globalcompetitionreview.com/article/franco-german-study-reveals-collusive-algorithm-concerns> [6 July.
- Davis, R. T. Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation. Brooklyn Journal of Corporate Financial & Commercial Law.
- Douglas, B. U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction. Oxford

- University Press (2010).
- Egerton, J. "Doj Charges Poster Peddlers with Algorithmic Collusion on Amazon Marketplace." Multichannel News.
- Elite Sher, A. C., Ruairi Glynn Self-Learning Algorithm as a Tool to Perform Adaptive Behaviour in Unpredictable Changing Environments – a Case Study [Online]. 2023. Available from: https://www.researchgate.net/publication/262248603_Selflearning_algorithm_as_a_tool_to_perform_adaptive_behaviour_in_unpredictable_changing_environments_a_case_study, [13 April.
- Gal, M., and Elkin-Koren. Algorithmic Consumers. Harvard Journal of Law and Technology 30 (2017).
- Giannino, M. Better Things Are in Smaller Packages: The Luxembourg Competition Authority Clears an Ai-Based Price-Fixing Arrangement on Efficiency Grounds [Online]. 2018. Available from: <https://www.linkedin.com/pulse/better-things-smaller-packages-luxembourg-competition-giannino> [11 April.
- Granada, U. o. Big Data: Algorithms for Data Preprocessing, Computational Intelligence, and Imbalanced Classes [Online]. Available from: <https://sci2s.ugr.es/BigData#Introduction%20to%20Big%20Data>
- "Hüls Ag V Commission of the European Communities." In European Court Reports 1999 I-04287: general court chambers (6th chambers), 2006.
- III, W. R. A. a. P. C. R. Antitrust Law: Policy and Practice (1992).
- "Imperial Chemical Industries Ltd. V Commission of the European Communities. - Case 48-69.". European Union Court of Justice, 1972.
- "In Re Text Messaging Antitrust Litigation." Appeal from the United States District Court for the Northern District of Illinois, 2010.
- Indulia..., B. "Cci | Cartelisation in the Airlines Industry? Role of Route Analysts, Softwares and Algorithms Decoded || Detailed Report ...". February 25, 2021, 2021.
- Jr, J. E. H. Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Price-Setting Agents. (2017).
- Katja Grace, J. S., Allan Dafoe, Baobao Zhang and Owain Evans. When Will Ai Exceed Human Performance? Evidence from Ai Experts. Journal of Artificial Intelligence

- Research (2018): 729-754.
- "Klaus Höfner and Fritz Elser V Macrotron Gmbh." Sixth Chamber, 1991.
- Klein, T. Autonomous Algorithmic Collusion: Q-Learning under Sequential Pricing.
Tinbergen Institute Discussion Paper (November 2020).
- Lamadrid, A. Ecj's Judgment in Case C-74/14, Eturas (on the Scope of "Concerted Practices" and on Technological Collusion) [Online]. 2016. Available from:
<https://chillingcompetition.com/2016/01/22/ecjs-judgment-in-case-c-7414-eturas-on-the-scope-of-concerted-practices-and-on-technological-collusion/>
- Law, E. H. L. Competition Law Exemption for Webtaxi Pricing Algorithm [Online]. 2018.
Available from: <https://www.elvingerhoss.lu/publications/competition-law-exemption-webtaxi-pricing-algorithm> [14 April].
- LawPipe. Monsanto Co. V. Spray-Rite Service Corp [Online]. Available from:
https://www.lawpipe.com/U.S.-Supreme-Court/Monsanto_Co_v_Spray-Rite_Service_Corp.html.
- LEE JIA JUINN, K. Algorithmic Collusion & Its Implications for Competition Law and Policy.
- Mankiw, N. G. หลักเศรษฐศาสตร์ (Principles of Economics) Translated by ลือชาวัฒน์, ร. ค. โ. แ. ด. ส.
พ. กรุงเทพฯ: บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด, 2562.
- Mann, F. A. The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities
Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law 22.
- Mehra, S. K. "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms.",
2016.
- Network, I. C. "Icn Cartel Working Group "Project on "Big Data and Cartels:
The Impact of Digitalization in Cartel Enforcement"." April 2020.
- Noronha, G. Cci Finds No Proof of Cartelisation among 5 Airlines, Ends Ticket Price Fixing Probe [Online]. 2021. Available from:
https://economictimes.indiatimes.com/industry/transportation/airlines/-aviation/no-evidence-of-cartelisation-among-5-airlines-cci/articleshow/81167341.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=te

- [t&utm_campaign=cppst](#) [1 March].
- OCED. Algorithms and Collusion - Note from Singapore. (2017).
- . Algorithms and Collusion - Note from the United Kingdom. (2017).
- . [Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age](#) [Online]. 2017. Available from: [oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm](https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm) [10 October 2022].
- . Personalised Pricing in the Digital Era Background Note by the Secretariat. (2018).
- Oxera. [The Risks of Using Algorithms in Business: Artificial Price Collusion](#) [Online]. November 2020. Available from: <https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/the-risks-of-using-algorithms-in-business-artificial-price-collusion/>
- . When Algorithms Set Prices: Winners and Losers. (June 2017).
- Ruangdej, T. G. [ความยุติธรรมที่ยังล้ำหลังคงไม่ทันการ : เมื่อโลกเดินหน้าคุณถึงการสร้างกฎหมายสำหรับ Ai](#) [Online]. 2021. Available from: <https://thematter.co/science-tech/the-1st-ai-law/141295> [10 กรกฎาคม].
- "Samir Agrawal Vs Ani Technologies Pvt. Ltd.". COMPETITION COMMISSION OF INDIA, 2018.
- Singh, D. R. Algorithmic Collusion: Can the Competition Act Protect against Self-Learning Algorithms. (2022).
- Srikumweang, W. [Basic Algorithm and Plan](#) [Online]. 2563. Available from: <https://www.scimath.org/lesson-technology/item/8809-2018-09-21-02-51-34>
- "Standard Oil Co. Of New Jersey V. United States." U.S. Supreme Court, 1911.
- Stephanie Assada, R. C., Daniel Ershovc and Lei Xud Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market. (2021).
- Sufrin, A. J. a. B. Case56 and 58/64, Ecr 299 (1996).
- . Ec Competition Law: Text Cases and Materials. [Oxford University Press](#) 4 (2016): 178.
- Thailand, M. o. F. A. o. t. K. o. [European Union – Eu](#) [Online]. Available from: <https://www.mfa.go.th/th/content/5d5bcc2715e39c306000a35d?cate=5d5bcb4e>

[15e39c3060006872](#). [30 November.

Thailand), ส. ท. C. C. o. "การกำกับและควบคุมการตลาด (Market Domination) การควบรวมกิจการ (Meger and Acquisition) และ Single Firm " In การอบรมเสวนาการกำกับตลาดและส่งเสริมการแข่งขันในกิจการพลังงาน: สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (Trade Competition Commision of Thailand), 2565.

Thanitkul, S. Competition Law in Thailand: A Preliminary Analysis. Washington University Global Study Law Review (2001): 71.

Toh, H. L. Singapore: Competition and Consumer Commission. Global Competition Review (GCR) (2019).

"U.S. V. Airline Tariff Publishing Company, Et Al.". UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 1993.

"U.S. V. Daniel William Aston and Trod Limited, D/B/a Buy 4 Less, D/B/a Buy for Less, D/B/a Buy-for-Less-Online." UNITED STATES DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA SAN FRANCISCO DIVISION 2016.

Union, E. Final Report of the Hearing Officer Case At.40465 — Asus. Official Journal of the European Union C338/11 (2018).

Union, P. O. o. t. E. "Guidelines on Horizontal Cooperation Agreements." EUR-LEX Access to European Union Law, 2020.

"United States V. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150." U.S. Supreme Court, 1940.

"**United States V. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422.**" U.S. Supreme Court, 1972.

"Web Taxi: The Luxembourg Competition Authority Exempts an Algorithmic Price-Fixing Arrangement on Efficiency Grounds." Luxembourg Competition Authority, 2018.

William E. Kovacic, R. C. M., Leslie M. Marx, and Halbert L. White. Plus Factors and Agreement in Antitrust Law. Michigan Law Review December 2011 (2011).

Yaholnyk, A. Algorithmic Alignment of Prices: The Eu Approach Towards Liability [Online]. 2023. Available from: <https://chambers.com/articles/algorithmic-alignment-of-prices-the-eu-approach-towards-liability-13> [6 July. 30 June 2023]

กรมจัดหางาน, ศ. "การจัดการความรู้ (Knowledge Management) เรื่อง ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ Big Data และ Machine Learning." 2562.

กิ่งแก้ว, ช. การทบทวนการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงทำนายสำหรับข้อมูลขนาดใหญ่ในธุรกิจ. ปัญญาภิวัฒน์ 5 (พฤษภาคม

2557).

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า. วิธีพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการตกลงร่วมกันแบบร้ายแรง และไม่ร้ายแรง
[ออนไลน์]. [Online]. Available from:
https://www.tcct.or.th/view/1/Section_54_and_Section_55_mutual_agreement_monopoly_reduction_and_limitation_of_competition/TH-TH/ [8 มีนาคม].

คณะผู้แทนประเทศไทยประจำสหภาพยุโรป. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐ และเอกชนไทย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

จิเจริญ, ว. เศรษฐศาสตร์จุลภาค 2. มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

จิตรเหล่าอาพร, ช. บทบาททฤษฎีเศรษฐศาสตร์การพัฒนาของประเทศสิงคโปร์. วารสารเศรษฐศาสตร์การเมืองบูรพา 2, 2 (2557): 24-25.

จิรวินิชฎ์, ก. การ “ฮั้ว” เพื่อการส่งออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา. กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสังคมไทย (2557).

จึงถาวรณ, ศ. หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตามพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก. วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.

ฉัตราคม, อ. ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ชัยเดชสุริยะ, ก. เ. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์ กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

ช่างเนียม, ว. คู่มือเรียนโครงสร้างข้อมูลและอัลกอริทึม. กรุงเทพฯ: ไอทีซี พรีเมียร์ จำกัด, 2555.

ตั้งนรินทร์, ส. ว. เ. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

ตั้งสถาพรพันธ์, เ. การกำหนดราคาความร่วมมือโดยใช้อัลกอริทึม : ความท้าทายต่อ การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2561.

ทองมีนสุข, ด. ส. "ลิขสิทธิ์เป็นของใคร เมื่อ'ai'เป็นผู้สร้างสรรค์." TDRI, 2564.

ธนิตกุล, ศ. กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ Law and Economics (ทรัพย์สิน สัญญา ละเมียด). กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555.

———. กฎหมายการค้าแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

———. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

ธนิตกุลและคณาจารย์คณะนิติศาสตร์, ศ. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้และสิงคโปร์ กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

นราทิพย์ ชูติวงศ์. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

"ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคม ข. ร่วมกันกำหนดปรับขึ้นราคาค่าขนส่ง." In มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, 2565.

"ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคม ข. ร่วมกันกำหนดราคาสินค้าไข่ไก่." In มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า 2565.

"ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีสมาคม ค. ร่วมกันกำหนดราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณ." In มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, 2565.

"ผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากรณีองค์การ ข. สมาคม ค. และบริษัทผู้นำเข้าวัคซีนร่วมกันกำหนดราคาวัคซีนทางเลือก." In มติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, 2565.

ผาดิเวทย์, ผ. ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมกรตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2555.

พรหมแก้ว, ณ. การตีความบทบัญญัติมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ศึกษากรณีหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความเสียหาย.

เพชรศรีกาญจน์, ห. ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2560.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารการสอนประจำชุดวิชาหลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2538.

โมกขมรรคกุล, ภ. รายงานผลการวิจัย "กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย". มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต: 2543.

รัตนโกคา, ช. "ความรู้เบื้องต้นทางปัญญาประดิษฐ์." 2559.

รุจิศักดิ์อังศุธร, ส. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา: กรณีศึกษาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง. 2553.

เลอพิไลแบร์ต, ณ. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: หลักสากล ประเทศไทย และประเทศในภูมิภาคอาเซียน,. กฎหมายสาร 10 (2558).

วาทีนพงศ์พันธ์, ว. อำนาจการผูกขาด (Monopolization). วารสารกฎหมาย 22 (2546): 181-214.

วิสุทธิศักดิ์, พ. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564.

ศุภณิตย์, ส. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. Edited by จิรวินิชฎ์, ก. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

———. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564.

สุตสาว, อ. การกำหนดโทษอาญา ตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. จลนิตี (มีนาคม - เมษายน 2561) (2561).

สุวรรณรัตน์, พ. บริษัทจัดการส่งออกในประเทศไทย: ความสามารถในการลดต้นทุนธุรกรรมและผลการดำเนินงาน. วารสารจุฬาลงกรณ์ธุรกิจปริทัศน์ 37 (2558): 4.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



ประกาศสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ
เรื่อง แนวปฏิบัติจริยธรรมด้านปัญญาประดิษฐ์

เพื่อให้การกำกับดูแลงานด้านปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence : AI) ที่ดำเนินการโดยบุคลากรของสำนักงาน ผู้ที่ร่วมวิจัยหรือรับการสนับสนุนการวิจัยจากสำนักงาน ภาคเอกชนที่ใช้พื้นที่ภายในอุทยานวิทยาศาสตร์ประเทศไทย และอาคารอื่น ๆ ของสำนักงาน และผู้รับจ้างช่วงที่เกี่ยวข้อง เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ อันจะนำไปสู่ความเชื่อมั่นในงานด้านปัญญาประดิษฐ์ให้มีการดำเนินงานอย่างเหมาะสม

ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายจริยธรรมด้านปัญญาประดิษฐ์ของสำนักงาน คณะกรรมการจริยธรรมปัญญาประดิษฐ์ของสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ จึงได้มีมติเห็นชอบให้มีแนวปฏิบัติจริยธรรมด้านปัญญาประดิษฐ์ของสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ สำนักงานจึงออกประกาศแนวปฏิบัติจริยธรรมด้านปัญญาประดิษฐ์ รายละเอียดปรากฏตามเอกสารแนบ

ทั้งนี้ ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

ประกาศนี้ใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีผลใช้บังคับได้

ประกาศ ณ วันที่ ๓๑ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๕

(นายณรงค์ สิริเลิศวรกุล)

ผู้อำนวยการ

สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ

แนวปฏิบัติจริยธรรมด้านปัญญาประดิษฐ์
ของสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ

บทที่ 1 บทนำ

ปัญญาประดิษฐ์ (artificial intelligence) เป็นเทคโนโลยีที่ถูกใช้อย่างแพร่หลาย และกำลังได้รับความนิยมอย่างมาก เนื่องด้วยศักยภาพของปัญญาประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้กับหลากหลายวงการ ขณะเดียวกัน หากผู้ที่เกี่ยวข้อง วิจัย ออกแบบ พัฒนา หรือใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง ละเมิดกฎหมายหรือจริยธรรมพื้นฐาน ทั้งที่ตั้งใจ หรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์ก็ตาม ผลลัพธ์ของปัญญาประดิษฐ์ รวมถึงวิทยาศาสตร์ข้อมูล (data science) ที่ใช้ปัญญาประดิษฐ์ เช่น การเรียนรู้ด้วยเครื่อง (machine learning) การเรียนรู้เชิงลึก (deep learning) หรือใช้อัลกอริทึมที่ขับเคลื่อนด้วยข้อมูล (data-driven algorithm) ที่พัฒนาอย่างรวดเร็วนี้ ก็อาจนำมาซึ่งภัยร้ายแรงต่อมนุษย์ สังคม และสิ่งแวดล้อมได้เช่นกัน หากไม่มีการกำกับดูแลอย่างเหมาะสม

แนวปฏิบัติจริยธรรมด้านปัญญาประดิษฐ์ ของสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) ฉบับนี้ จัดทำขึ้นโดยอ้างอิงจากแนวทางจริยธรรมสำหรับปัญญาประดิษฐ์ที่น่าเชื่อถือ (Ethics guidelines for trustworthy AI) โดยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญระดับสูงด้านปัญญาประดิษฐ์ของคณะกรรมการการยุโรป (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence) และเอกสารแนวปฏิบัติจริยธรรมปัญญาประดิษฐ์ (Thailand AI Ethics Guideline) ของสำนักงานคณะกรรมการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เพื่อใช้เป็นแนวปฏิบัติในการวิจัย ออกแบบ พัฒนา ประยุกต์ใช้ และถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านปัญญาประดิษฐ์ และวิทยาศาสตร์ข้อมูลที่ใช้ปัญญาประดิษฐ์หรืออัลกอริทึมที่ขับเคลื่อนด้วยข้อมูล ให้อยู่ภายใต้หลักการด้านจริยธรรมปัญญาประดิษฐ์ที่เป็นสากล คำนึงถึงบริบททางสังคมและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงป้องกันและลดผลกระทบหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น โดยเป็นหลักปฏิบัติสำหรับบุคลากรของ สวทช. ผู้ที่ร่วมวิจัยหรือรับทุนวิจัยของ สวทช. ภาคเอกชนที่ใช้พื้นที่ภายในอุทยานวิทยาศาสตร์ประเทศไทย และเขตนวัตกรรมระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก (EECI) รวมถึงผู้รับจ้างช่วงที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาที่รวดเร็ว และไม่เป็นอุปสรรคหรือทำให้เกิดความล่าช้า ข้อปฏิบัติในแนวปฏิบัติฉบับนี้ จึงถูกแบ่งออกเป็นกลุ่ม ๆ ซึ่งมีระดับการบังคับที่แตกต่างกัน เพื่อให้สอดคล้องกับกลุ่มความเสี่ยงของระบบปัญญาประดิษฐ์ และระยะของโครงการ โดยหากเป็นข้อปฏิบัติที่ต้องอาศัยการพิจารณาเลือกแนวทางการดำเนินงาน แนวปฏิบัติฉบับนี้ ได้กำหนดให้นักวิจัย ผู้ช่วยวิจัย หรือผู้ปฏิบัติงานขอรับคำปรึกษาและคำแนะนำจากผู้บังคับบัญชา หรือคณะกรรมการประจำองค์กรที่เกี่ยวข้องก่อน เพื่อเลือกแนวทางการดำเนินงานที่เหมาะสมสำหรับการปฏิบัติงานต่อไป

บทที่ 2 นิยาม

ระบบปัญญาประดิษฐ์ (artificial intelligence system, AI system) หมายถึง ซอฟต์แวร์ที่ถูกพัฒนาขึ้นด้วยเทคนิคในทางปัญญาประดิษฐ์ที่สามารถให้ผลลัพธ์ต่าง ๆ เช่น การคาดการณ์ การให้คำแนะนำ หรือการตัดสินใจ ซึ่งมีอิทธิพลต่อสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ต้องเป็นการทำงานเพื่อวัตถุประสงค์ที่มนุษย์ได้กำหนดไว้โดยเทคนิคทางปัญญาประดิษฐ์ ได้แก่¹

- การเรียนรู้ด้วยเครื่อง (machine learning) ประกอบด้วย การเรียนรู้แบบมีผู้สอน (supervised learning), การเรียนรู้แบบไม่มีผู้สอน (unsupervised learning) และการเรียนรู้แบบเสริมกำลัง (reinforcement learning) โดยมีการใช้เทคนิคที่หลากหลาย รวมถึงการเรียนรู้เชิงลึก (deep learning)
- เทคนิคที่อาศัยการใช้ตรรกะและองค์ความรู้ ประกอบด้วย การแทนความรู้ (knowledge representation), การโปรแกรมตรรกะเชิงอุปนัย (inductive (logic) programming), ฐานความรู้ (knowledge base), เครื่องอนุมานและการให้เหตุผลเชิงนิรนัย (inference and deductive engine), การให้เหตุผลเชิงสัญลักษณ์ (symbolic reasoning) และระบบผู้เชี่ยวชาญ (expert system)
- เทคนิคทางสถิติ ประกอบด้วย การประมาณค่าพารามิเตอร์แบบเบย์ (Bayesian estimation) และการค้นหาและการหาค่าที่เหมาะสมที่สุด (search and optimization methods)
- ศาสตร์หุ่นยนต์ (robotics) ที่จัดเป็นหุ่นยนต์อัจฉริยะ ซึ่งมีการรับรู้, มีตัวตรวจจับ, มีความสามารถในการตัดสินใจ, มีตัวจับเคลื่อนของตัวเองที่ใช้ปัญญาประดิษฐ์เป็นตัวควบคุม หรือมีการประยุกต์เทคนิคอื่น ๆ ร่วมกับระบบไซเบอร์-กายภาพ (cyber-physical system)²

ทั้งนี้ ระบบปัญญาประดิษฐ์สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ตามระดับความสามารถ ได้แก่³

1. **Artificial narrow intelligence (ANI) หรือ weak AI** คือ ปัญญาประดิษฐ์ที่มีระดับความสามารถในการทำงานอยู่ในวงจำกัด ยังไม่มีความสามารถที่ใกล้เคียงกับมนุษย์ โดยปัญญาประดิษฐ์ที่ใช้งานในปัจจุบันทั้งหมดจัดอยู่ในประเภท ANI เช่น ระบบการจดจำใบหน้า (facial recognition), ระบบจดจำเสียงพูด (speech recognition) ระบบการสั่งงานด้วยเสียง (voice assistant) และรถยนต์ไร้คนขับ เป็นต้น

¹ DLA Piper. (2021). *The Future Regulation of Technology: EU AI Regulation Handbook*. https://www.dlapiper.com/~/_media/files/insights/publications/2021/05/ai-regs-handbook.pdf

² High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. (2019). *A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines*.

³ O'Carroll, B. (2017). *What are the 3 types of AI? A guide to narrow, general, and super artificial intelligence*. Retrieved 22 March from <https://codebots.com/artificial-intelligence/the-3-types-of-ai-is-the-third-even-possible>

2. Artificial general intelligence (AGI) หรือ strong AI คือ ปัญญาประดิษฐ์ที่มีระดับความสามารถเทียบเท่ากับสติปัญญาของมนุษย์ มีความสามารถในการเรียนรู้ แก้ปัญหา คิดวิเคราะห์ เข้าใจ และทำสิ่งใด ๆ ได้เหมือนกับที่มนุษย์ทำได้ ซึ่งในปัจจุบัน นักวิจัยยังไม่สามารถพัฒนา AGI ขึ้นมาได้

3. Artificial super intelligence (ASI) คือ ปัญญาประดิษฐ์ที่มีระดับความสามารถเหนือสติปัญญาของมนุษย์ ในทางทฤษฎี ASI สามารถทำทุกอย่างได้ดีกว่ามนุษย์ เช่น มีความสามารถในการจดจำและวิเคราะห์ข้อมูลได้ดีและรวดเร็วกว่า มีความสามารถในการตัดสินใจ และแก้ปัญหาได้เหนือกว่าที่มนุษย์ทำได้ รวมถึงมีความคิดสร้างสรรค์ทางวิทยาศาสตร์ ภูมิปัญญา และทักษะทางสังคม⁴

ความเสี่ยงของระบบปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง ผลกระทบหรือเหตุการณ์ที่ไม่พึงประสงค์ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการพัฒนาและ/หรือการนำปัญญาประดิษฐ์ไปใช้งาน โดยสามารถแบ่งได้เป็น 4 กลุ่ม ได้แก่⁵

1. กลุ่มที่มีความเสี่ยงที่ไม่สามารถยอมรับได้ (unacceptable risk) เช่น ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่เป็นอันตรายคุกคามต่อความปลอดภัย ความเป็นอยู่ หรือ ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน
2. กลุ่มที่มีความเสี่ยงสูง (high risk) ดังต่อไปนี้ ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามข้อปฏิบัติ และหลักการจริยธรรมที่เกี่ยวข้องอย่างเคร่งครัด จึงจะสามารถวางขายในตลาดได้
 - 2.1. เทคโนโลยีที่ใช้ในการระบุตัวตน
 - 2.2. โครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อชีวิตและสุขภาพของประชาชน เช่น การคมนาคม
 - 2.3. การศึกษาและการอบรมวิชาชีพที่อาจเป็นตัวกำหนดโอกาสการเข้าถึงการศึกษา เช่น การให้คะแนนสอบ
 - 2.4. การจ้างงาน และการบริหารจัดการทรัพยากรบุคคล เช่น ซอฟต์แวร์ที่ใช้ในการคัดเลือกเอกสารประวัติการทำงาน (CV)
 - 2.5. การเข้าถึงบริการภาคเอกชน และบริการสาธารณะที่จำเป็น เช่น เครื่องมือในการประเมินคะแนนเครดิตสำหรับพิจารณาการให้สินเชื่อ
 - 2.6. การบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งอาจละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น การประเมินความน่าเชื่อถือของหลักฐาน
 - 2.7. การอพยพ ถิ่นภัย การจัดการคนเข้าเมืองและการผ่านแดน เช่น การตรวจสอบเอกสารเดินทาง
 - 2.8. กระบวนการยุติธรรม และประชาธิปไตย เช่น เครื่องมือที่ช่วยในการพิจารณาคดี
3. กลุ่มที่มีความเสี่ยงจำกัด (limited risk) เช่น ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่ต้องมีความโปร่งใสมากเป็นพิเศษ ตัวอย่างเช่น แชทบอต (chatbot)

⁴ Bostrom, N. (1998). How long before superintelligence? *International Journal of Futures Studies*, 2. <https://www.nickbostrom.com/superintelligence.html>

⁵ European Commission. (2021). *Europe fit for the Digital Age: Commission proposes new rules and actions for excellence and trust in Artificial Intelligence*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_1682

4. กลุ่มที่มีความเสี่ยงต่ำ (minimal risk) เช่น วิธีโอเพนที่ใช้ระบบปัญญาประดิษฐ์ หรือโปรแกรมกรองจดหมายขยะ (spam filter)

วิทยาศาสตร์ข้อมูล (data science) หมายถึง สาขาวิชาที่ใช้วิธีการในสาขาวิชาต่าง ๆ เช่น คณิตศาสตร์ สถิติ ปัญญาประดิษฐ์ อัลกอริทึม และวิธีทางวิทยาศาสตร์ ในการสกัดข้อมูลหรือองค์ความรู้สำคัญจากข้อมูลขนาดใหญ่ที่เก็บรวบรวมมา โดยวิทยาศาสตร์ข้อมูลครอบคลุมตั้งแต่การเตรียมข้อมูลสำหรับการวิเคราะห์และประมวลผล (เช่น การทำความสะอาดข้อมูล การรวบรวมและจัดการข้อมูล) การวิเคราะห์ข้อมูลขั้นสูง และการนำเสนอผลและรูปแบบองค์ความรู้ที่ซ่อนอยู่ในข้อมูลดังกล่าว เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ต่อไป⁶

ปัญญาประดิษฐ์ที่ไว้วางใจได้ (trustworthy AI) หมายถึง ปัญญาประดิษฐ์ที่ประกอบไปด้วย 3 องค์ประกอบ ที่สามารถพบได้ตลอดวงจรชีวิตของระบบปัญญาประดิษฐ์⁷ ได้แก่

1. ความชอบด้วยกฎหมาย
2. มาตรฐานจริยธรรม
3. ความทนทาน ทั้งจากมุมมองเทคนิคและสังคม แม้จะเกิดความผิดพลาดก็ไม่ก่อให้เกิดอันตราย หรือความเสียหายใด ๆ โดยไม่ตั้งใจ

ผู้วิจัยปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง ผู้ค้นคว้าหาองค์ความรู้ปัญญาประดิษฐ์ใหม่ ๆ หรือเพื่อประยุกต์ใช้องค์ความรู้ปัญญาประดิษฐ์ที่มีอยู่ โดยมีกระบวนการคิดอย่างเป็นระบบ และใช้วิธีการหรือเทคนิคที่ได้รับการยอมรับจากทุกศาสตร์ที่เกี่ยวข้องว่ามีความน่าเชื่อถือ⁸

ผู้ออกแบบปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง ผู้มีหน้าที่ศึกษาและวิเคราะห์ความต้องการของผู้ใช้งานปัญญาประดิษฐ์มาจัดทำแบบแผนในการสร้างปัญญาประดิษฐ์ เพื่อให้สามารถใช้งานได้จริงและตรงตามความต้องการของผู้ใช้งานปัญญาประดิษฐ์⁹

ผู้พัฒนาปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง ผู้มีหน้าที่พัฒนาปัญญาประดิษฐ์ตามแบบแผนที่ผู้ออกแบบปัญญาประดิษฐ์ออกแบบไว้ และทำการทดสอบการใช้งานปัญญาประดิษฐ์เพื่อตรวจสอบว่าปัญญาประดิษฐ์สามารถใช้งานได้จริงและตรงตามความต้องการ¹⁰

ผู้ใช้งานปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง บุคคลหรือกลุ่มบุคคลผู้เป็นผู้รับบริการปัญญาประดิษฐ์ โดยมีหน้าที่ระบุปัญหาและความต้องการที่ต้องการให้ปัญญาประดิษฐ์ให้ความช่วยเหลือและแก้ไขปัญหาให้ โดยหมายความรวมถึงประชาชนทุกคนและกลุ่มคนส่วนน้อย เช่น ผู้ด้อยโอกาส ผู้พิการ และผู้ทุพพลภาพ¹¹

⁶ IBM Cloud Education. (2020). Data Science. <https://www.ibm.com/cloud/learn/data-science-introduction>

⁷ Commission, E. (2019). Ethics guidelines for trustworthy AI. Retrieved 22 March from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

⁸ สุภางค์ เปียรสิน, มนต์ศิริ จันทอริราชกูร, ปริญญ์ สว่างาม, & อุกฤษณ์ อุนทะวิทวิทย์. (2021). เอกสารแนวปฏิบัติจริยธรรมปัญญาประดิษฐ์ (Thailand AI Ethics Guideline). สำนักงานคณะกรรมการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม.

4. กลุ่มที่มีความเสี่ยงต่ำ (minimal risk) เช่น วิธีเอนกมที่ใช้ระบบปัญญาประดิษฐ์ หรือโปรแกรมกรองจดหมายขยะ (spam filter)

วิทยาศาสตร์ข้อมูล (data science) หมายถึง สาขาวิชาที่ใช้วิธีการในสาขาวิชาต่าง ๆ เช่น คณิตศาสตร์ สถิติ ปัญญาประดิษฐ์ อัลกอริทึม และวิธีทหวิทยาศาสตร์ ในการสกัดข้อมูลหรือองค์ความรู้สำคัญ จากข้อมูลขนาดใหญ่ที่เก็บรวบรวมมา โดยวิทยาศาสตร์ข้อมูลครอบคลุมตั้งแต่การเตรียมข้อมูล สำหรับการวิเคราะห์และประมวลผล (เช่น การทำความสะอาดข้อมูล การรวบรวมและจัดการข้อมูล) การวิเคราะห์ข้อมูลขั้นสูง และการนำเสนอผลและรูปแบบองค์ความรู้ที่ซ่อนอยู่ในข้อมูลดังกล่าว เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ต่อไป⁶

ปัญญาประดิษฐ์ที่ไว้วางใจได้ (trustworthy AI) หมายถึง ปัญญาประดิษฐ์ที่ประกอบไปด้วย 3 องค์ประกอบ ที่สามารถพบได้ตลอดวัฏจักรชีวิตของระบบปัญญาประดิษฐ์⁷ ได้แก่

1. ความชอบด้วยกฎหมาย
2. มาตรฐานจริยธรรม
3. ความทนทาน ทั้งจากมุมมองเทคนิคและสังคม แม้จะเกิดความผิดพลาดก็ไม่ก่อให้เกิดอันตราย หรือความเสียหายใด ๆ โดยไม่ตั้งใจ

ผู้วิจัยปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง ผู้ค้นคว้าองค์ความรู้ปัญญาประดิษฐ์ใหม่ ๆ หรือเพื่อประยุกต์ใช้ องค์ความรู้ปัญญาประดิษฐ์ที่มีอยู่ โดยมีกระบวนการคิดอย่างเป็นระบบ และใช้วิธีการหรือเทคนิค ที่ได้รับการยอมรับจากทุกศาสตร์ที่เกี่ยวข้องว่ามีความน่าเชื่อถือ⁸

ผู้ออกแบบปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง ผู้มีหน้าที่ศึกษาและวิเคราะห์ความต้องการของผู้ใช้งาน ปัญญาประดิษฐ์มาจัดทำแบบแผนในการสร้างปัญญาประดิษฐ์ เพื่อให้สามารถใช้งานได้จริงและตรงตาม ความต้องการของผู้ใช้งานปัญญาประดิษฐ์⁹

ผู้พัฒนาปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง ผู้มีหน้าที่พัฒนาปัญญาประดิษฐ์ตามแบบแผนที่ผู้ออกแบบ ปัญญาประดิษฐ์ออกแบบไว้ และทำการทดสอบการใช้งานปัญญาประดิษฐ์เพื่อตรวจสอบว่าปัญญาประดิษฐ์ สามารถใช้งานได้จริงและตรงตามความต้องการ¹⁰

ผู้ใช้งานปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง บุคคลหรือกลุ่มบุคคลผู้เป็นผู้รับบริการปัญญาประดิษฐ์ โดยมี หน้าที่ระบุปัญหาและความต้องการที่ต้องการให้ปัญญาประดิษฐ์ให้ความช่วยเหลือและแก้ไขปัญหาให้ โดยหมายความรวมถึงประชาชนทุกคนและกลุ่มคนส่วนน้อย เช่น ผู้ด้อยโอกาส ผู้พิการ และผู้ทุพพลภาพ¹¹

⁶ IBM Cloud Education. (2020). Data Science. <https://www.ibm.com/cloud/learn/data-science-introduction>

⁷ Commission, E. (2019). Ethics guidelines for trustworthy AI. Retrieved 22 March from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

⁸ สุภาภรณ์ เกียรติสิน, มนต์ศิริ จันทสุริยาราชู, ปรีชญ์ สว่างงาม, & อรุณพงศ์ อุนนทศิริพันธ์. (2021). เอกสารแนวปฏิบัติจริยธรรมปัญญาประดิษฐ์ (Thailand AI Ethics Guideline). สำนักงานคณะกรรมการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม.

ความสามารถในการสืบย้อน (traceability) หมายถึง ความสามารถในการตรวจสอบย้อนกลับไปถึงต้นแหล่งที่มาของชุดข้อมูล กระบวนการทำงานและการตัดสินใจของปัญญาประดิษฐ์ เพื่อใช้ในการเฝ้าระวัง ตรวจสอบความผิดปกติที่พบ และสามารถวินิจฉัยปัญหาที่ทำให้เกิดความผิดพลาดล้มเหลวได้⁸

สินค้าที่ใช้ได้สองทาง (dual-use item) หมายถึง เทคโนโลยีที่สามารถนำมาใช้ได้ทั้งในทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์ และก่อให้เกิดโทษหรืออันตราย เช่น ปัญญาประดิษฐ์ที่สามารถนำมาใช้เพื่อให้เกิดความสงบสุข ในขณะที่เดียวกันก็สามารถนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านปฏิบัติการทางทหารได้เช่นกัน⁹

ระยะเริ่มต้นของการพัฒนาปัญญาประดิษฐ์ หมายถึง ระยะเริ่มต้นของการวิจัย มีการเก็บรวบรวม และประมวลผลข้อมูลเพื่อใช้สอนและพัฒนาปัญญาประดิษฐ์

ระยะทดสอบการใช้งานในวงแคบ หมายถึง ระยะที่เริ่มนำปัญญาประดิษฐ์ที่พัฒนาขึ้น มาทดสอบในสภาพแวดล้อมควบคุม ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงระบบให้มีความถูกต้องมากขึ้นและหลีกเลี่ยงอคติ

ระยะที่นำไปใช้งานในวงกว้าง หมายถึง ระยะที่นำปัญญาประดิษฐ์ที่พัฒนาขึ้น ไปใช้งานจริง เป็นการทั่วไปนอกสภาพแวดล้อมควบคุม โดยอาจเป็นการนำไปใช้งานในเชิงธุรกิจ หรือการให้บริการสาธารณะ

บทที่ 3 หลักการที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมปัญญาประดิษฐ์ (AI Ethics Principles)

นอกจากการดำเนินงานวิจัย ออกแบบ พัฒนา ประยุกต์ใช้ และถ่ายทอดเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ จะต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว การดำเนินงานดังกล่าวยังต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการด้านจริยธรรมปัญญาประดิษฐ์ที่เป็นสากล รวมถึงคำนึงถึงบริบททางสังคมด้วย หลักการด้านจริยธรรมที่ควรคำนึงถึงมี 7 ข้อ ดังนี้

1. ความเป็นส่วนตัว (privacy)
2. ความมั่นคงและปลอดภัย (security and safety)
3. ความไว้วางใจ (reliability)
4. ความเป็นธรรม เท่าเทียม และไม่แบ่งแยก (fairness and non-discrimination)
5. ความโปร่งใสและอธิบายได้ (transparency and explainability)
6. ภาระความรับผิดชอบ (accountability)
7. มนุษย์เป็นผู้ควบคุมปัญญาประดิษฐ์ เพื่อความยั่งยืนของมนุษยชาติ (human oversight and human agency)

1. ความเป็นส่วนตัว (privacy)

ปัญญาประดิษฐ์ควรถูกออกแบบ ให้สามารถปกป้องความเป็นส่วนตัว และเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล การนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใดไปใช้งาน รวมถึงการเผยแพร่และใช้ประโยชน์ผลลัพธ์

⁸ Brundage, M., Avin, S., Clark, J., Toner, H., Eckerley, P., Garfinkel, B., Dafoe, A., Schame, P., Zeitoff, T., Filar, B., Anderson, H., Roff, H., Allen, G., Steinhardt, J., Flynn, C., hEigeartaigh, S., Beard, S., Belfield, H., Farquhar, S., & Amodio, D. (2018). The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention, and Mitigation.

6

จากการประมวลผลและการตัดสินใจของปัญญาประดิษฐ์ ต้องแจ้งให้ผู้ใช้งานปัญญาประดิษฐ์ทราบล่วงหน้า ถึงข้อมูลที่จะถูกเก็บรวบรวมและลักษณะการนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ ซึ่งต้องได้รับการยินยอมจากเจ้าของข้อมูลก่อน

การออกแบบและพัฒนาปัญญาประดิษฐ์ควรอยู่บนพื้นฐานของการปกป้องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีของมนุษย์ให้คงอยู่ และต้องเคารพต่อกฎ ระเบียบ หรือกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นต้น นอกจากนี้ ยังรวมถึง การเคารพต่อกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น General Data Protection Regulation (GDPR) ด้วย

2. ความมั่นคงและปลอดภัย (security and safety)

ปัญญาประดิษฐ์ควรถูกสร้างให้มีความมั่นคงและปลอดภัย รวมถึงป้องกันภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อมนุษย์ สิ่งแวดล้อม สังคม เศรษฐกิจ และประเทศ จากการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ที่มากเกินไป (overused) และที่ไม่ถูกต้องเหมาะสม (misused) โดยการใช้งานและการตัดสินใจของปัญญาประดิษฐ์ ความวิตกกังวลจากความตั้งใจของมนุษย์ หรือมีกลไกให้มนุษย์สามารถแทรกแซงการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อลดความเสี่ยงจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้น เช่น การตัดสินใจที่ผิดพลาด การคุกคามจากผู้ไม่ประสงค์ดี และการนำไปใช้ในทางที่ผิด ซึ่งรวมถึงการใช้เสมือนเป็นอาวุธ (weaponization) และการทำให้เข้าใจผิด หรือให้ข้อมูลที่นำไปสู่การเข้าใจผิด (misinformation)

เนื่องจากในการวิจัย ออกแบบ และพัฒนาปัญญาประดิษฐ์ อาจใช้ชุดข้อมูลที่อ่อนไหว ชุดข้อมูลที่เป็นความลับ หรือชุดข้อมูลที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งหากถูกเข้าถึงโดยผู้ไม่ประสงค์ดีแล้ว ก็อาจนำมาซึ่งความเสียหายต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้ จึงควรคำนึงถึงหลักการรักษาความมั่นคงปลอดภัยและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเช่นกัน

3. ความไว้วางใจ (reliability)

ผู้วิจัย ออกแบบ หรือพัฒนาปัญญาประดิษฐ์จะต้องสามารถสร้างความไว้วางใจและความเชื่อมั่นในการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ ซึ่งยังไม่ทราบผลกระทบจากการตัดสินใจของระบบที่จะเกิดขึ้นได้แน่ชัด ให้แก่สาธารณชนได้ โดยการวิจัยและพัฒนากระบวนการวิเคราะห์ ประมวลผล และตัดสินใจของปัญญาประดิษฐ์ ให้แม่นยำถูกต้อง สร้างผลลัพธ์ที่เชื่อถือได้ และสร้างผลลัพธ์แบบเดียวกันใหม่ได้ (reproducible) รวมถึงมีการควบคุมคุณภาพของข้อมูลที่นำมาใช้งาน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการตัดสินใจที่ผิดพลาด ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของระบบปัญญาประดิษฐ์ได้

4. ความเป็นธรรม เท่าเทียม และไม่แบ่งแยก (fairness and non-discrimination)

ปัญญาประดิษฐ์ควรออกแบบ และนำไปใช้งานเพื่อส่งเสริมความเป็นธรรม ความเท่าเทียม ความหลากหลาย ความสามัคคี และความยุติธรรมของคนทุกกลุ่มในสังคม โดยที่ไม่เกิดความอคติ หรือความเอนเอียงใด ๆ รวมถึงการให้โอกาสประชาชนทุกคนในสังคม เช่น กลุ่มคนด้อยโอกาส ผู้พิการและผู้ทุพพลภาพ ให้ได้รับประโยชน์จากปัญญาประดิษฐ์ได้อย่างทั่วถึงและเท่าเทียม โดยไม่แบ่งแยกเชื้อชาติ สีผิว และไม่ก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางสังคม

5. ความโปร่งใสและอธิบายได้ (transparency and explainability)

ปัญญาประดิษฐ์ควรได้รับการออกแบบและนำไปใช้ โดยให้มนุษย์สามารถรู้ได้ว่ากำลังใช้ปัญญาประดิษฐ์อยู่ เข้าใจได้ว่าข้อมูลถูกนำไปใช้อย่างไร เข้าใจได้ถึงกระบวนการการตัดสินใจ การคาดการณ์การกระทำต่าง ๆ ได้ และกำกับดูแลและตรวจสอบปัญญาประดิษฐ์ได้ โดยควรทำให้มีการแสดงผลการดำเนินการของระบบให้เป็นข้อมูลที่สามารถอธิบายและเข้าใจได้โดยมนุษย์ สามารถตรวจสอบย้อนกลับไปยังแหล่งที่มาของชุดข้อมูลที่ได้รับ กระบวนการทำงาน และการตัดสินใจของปัญญาประดิษฐ์ รวมถึงสถานที่ เวลา และวิธีการนำปัญญาประดิษฐ์ไปใช้ เพื่อให้เฝ้าระวัง ตรวจสอบความผิดปกติ วินิจฉัยปัญหา และหาผู้รับผิดชอบได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งเพื่อช่วยสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ใช้งานปัญญาประดิษฐ์

การสื่อสารคำอธิบายผลการดำเนินการ ความสามารถ และข้อจำกัดของปัญญาประดิษฐ์ ควรทำอย่างทันการณ์และเหมาะสมกับระดับความเชี่ยวชาญของผู้ที่ต้องการข้อมูลดังกล่าว

6. ภาวะความรับผิดชอบ (accountability)

การวิจัย ออกแบบ หรือพัฒนาปัญญาประดิษฐ์ ต้องมีกลไกที่ทำให้เกิดความมั่นใจถึงการรับผิดชอบ ต่อผลกระทบที่เกิดจากปัญญาประดิษฐ์ของผู้ที่มีส่วนร่วมในการวิจัย ออกแบบ พัฒนา และนำไปใช้งาน ซึ่งต้องสามารถตรวจสอบย้อนกลับถึงผู้รับผิดชอบได้โดยชัดเจน รวมถึงมีกลไกแก้ไขปัญหา หรือรับผิดชอบ ต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ตามภาระหน้าที่ของตนได้อย่างเพียงพอ

อีกทั้งควรตระหนักถึงบทบาทสำคัญของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกคนที่มีส่วนร่วมในการออกแบบ พัฒนา และนำไปใช้งาน ซึ่งผู้ที่มีส่วนได้ส่วนเสียเหล่านั้น จะต้องมีการปรึกษาร่วมกันเกี่ยวกับการทำงาน ของปัญญาประดิษฐ์อย่างเหมาะสม รวมถึงมีการวางแผนถึงการบริหารจัดการความเสี่ยง หรือผลกระทบ ในระยะยาวที่อาจเกิดขึ้น

7. มนุษย์เป็นผู้ควบคุมปัญญาประดิษฐ์ เพื่อความยั่งยืนของมนุษยชาติ (human oversight and human agency)

ในการออกแบบและการนำปัญญาประดิษฐ์ไปใช้งานนั้น ควรกำหนดให้คำนึงถึงมนุษย์ เป็นหลัก (human centric) และคงไว้ซึ่งความสามารถในการควบคุมปัญญาประดิษฐ์และสิทธิให้มนุษย์ เป็นผู้ตัดสินใจ ในขั้นตอนการตัดสินใจที่เป็นกระบวนการสำคัญ

นอกจากนี้ ระบบปัญญาประดิษฐ์จะต้องถูกออกแบบ และนำมาใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อ มนุษยชาติ ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อมนุษย์ คำนึงถึงความเป็นอยู่ที่ดี และส่งเสริมคุณค่าของมนุษย์ รวมถึง เป็นการนำปัญญาประดิษฐ์มาใช้เพื่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืน ต่อทั้งสังคมและสิ่งแวดล้อม ตลอดจนทำให้เกิดการพัฒนาในด้านอื่น ๆ ต่อไป

บทที่ 4 แนวปฏิบัติจริยธรรมด้านปัญญาประดิษฐ์

4.1 แนวปฏิบัติสำหรับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกลุ่มวิชาการ

แนวปฏิบัติสำหรับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกลุ่มวิชาการ แบ่งออกเป็น 3 ระดับ โดยใช้ความรุนแรงของผลกระทบต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง สังคม และสิ่งแวดล้อม เป็นเกณฑ์ โดยแบ่งได้ดังนี้

• **ระดับที่ 1 เป็นแนวปฏิบัติที่ต้องปฏิบัติตาม** ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติพื้นฐานที่ไม่สามารถละเว้นได้ เนื่องจากหากไม่ปฏิบัติตามอาจก่อให้เกิดผลกระทบ อันตราย และความเสียหายต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง สังคม และสิ่งแวดล้อม ในวงกว้าง และอยู่ในระดับที่ร้ายแรง โดยมีสัญลักษณ์แสดงระดับการปฏิบัติตาม ดังนี้

- ✓✓ หมายถึง กำหนดให้ปฏิบัติตามโดยไม่มีข้อยกเว้น
- ✓ หมายถึง กำหนดให้ปฏิบัติเพื่อเตรียมพร้อมให้กับการวิจัยในขั้นต่อไป

• **ระดับที่ 2 เป็นแนวปฏิบัติที่ควรปฏิบัติตาม** ซึ่งสามารถพิจารณาได้ตามความเหมาะสม ความจำเป็น หรือข้อจำกัดที่มี โดยหากไม่ปฏิบัติตามอาจก่อให้เกิดผลกระทบ อันตราย และความเสียหายต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง สังคม และสิ่งแวดล้อมบางส่วน และอยู่ในระดับที่ไม่ร้ายแรง โดยมีสัญลักษณ์แสดงระดับการปฏิบัติตาม ดังนี้

- ✓✓ หมายถึง ควรปฏิบัติเพื่อลดโอกาสการเกิดปัญหา หรือผลกระทบต่าง ๆ ต่อสังคม
- ✓ หมายถึง ชื่นแนะนำให้พิจารณาปฏิบัติตาม (highly recommended)

• **ระดับที่ 3 เป็นแนวปฏิบัติที่ดี (best practices)** ที่จะนำไปสู่ความเป็นเลิศตามเป้าหมาย ทำให้เป็นที่ยอมรับในวงการปัญญาประดิษฐ์ โดยมีสัญลักษณ์แสดงระดับการปฏิบัติตาม ดังนี้

- ✓✓ หมายถึง การปฏิบัติเพื่อสนับสนุนให้มีการดำเนินงานที่สอดคล้องตามมาตรฐานสากล และนำไปสู่การเป็นที่ยอมรับในวงการปัญญาประดิษฐ์
- ✓ หมายถึง การปฏิบัติเพื่อลดโอกาสการถูกตั้งคำถามด้านจริยธรรมปัญญาประดิษฐ์

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ณิชากร ขอนทอง
วัน เดือน ปี เกิด	10 มิถุนายน 2566
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ที่อยู่ปัจจุบัน	77/10 หมู่ที่ 6 ตำบลสระแก้ว อำเภอเมือง จังหวัดกำแพงเพชร
ผลงานตีพิมพ์	1.บทความ "ปัญหาทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการควบคุมการกำหนดราคาร่วมกันโดยใช้อัลกอริทึม : ศึกษากรณีการเรียนรู้ด้วยตนเองของอัลกอริทึม" ใน วารสารประชุมวิชาการระดับชาติครั้งที่ 4 เรื่อง "Legal Tech and Sustainable Development" คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2.ปัญหาการใช้อัลกอริทึมของผู้ประกอบธุรกิจเป็นเครื่องมือนำไปสู่การกำหนดราคาเฉพาะบุคคลอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ใน วารสารงานประชุมวิชาการและนิทรรศการระดับชาติ สาขามนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ครั้งที่ 5 ภายใต้หัวข้อ “มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์: ราชภัฏยุคใหม่บนความแตกต่างหลากหลายทางสังคม” ณ มหาวิทยาลัยราชภัฏวไลยอลงกรณ์ ในพระบรมราชูปถัมภ์ จังหวัดปทุมธานี
รางวัลที่ได้รับ	รางวัลการนำเสนอบทความดีเด่น งานประชุมวิชาการและนิทรรศการระดับชาติ สาขามนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ครั้งที่ 5 ภายใต้หัวข้อ “มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์: ราชภัฏยุคใหม่บนความแตกต่างหลากหลายทางสังคม” ณ มหาวิทยาลัยราชภัฏวไลยอลงกรณ์ ในพระบรมราชูปถัมภ์ จังหวัดปทุมธานี