

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค
จากการโฆษณาที่แฝงมาในรูปของบทวิจารณ์สินค้า และบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต



นางสาวณัฐวรรณ เจริญรัตน์พรชัย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

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

LEGAL MEASURES TO PROTECT THE CONSUMERS
FROM COVERT ADVERTISING IN ONLINE PRODUCT AND SERVICE REVIEWS

Miss Nattawan Charoenrattanaornchai



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

| | |
|---------------------------------|---|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาที่แฝงมาในรูปแบบของบทวิจารณ์สินค้า และบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต |
| โดย | นางสาวณัฐวรรณ เจริญรัตนพรชัย |
| สาขาวิชา | นิติศาสตร์ |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก | ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชยันติ ไกรกาญจน์ |

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชยันติ ไกรกาญจน์)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุ่มปา)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์)

ณัฐวรรณ เจริญรัตนพรชัย : มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาที่แฝงมา
 ในรูปของบทวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต. (LEGAL MEASURES TO PROTECT
 THE CONSUMERS FROM COVERT ADVERTISING IN ONLINE PRODUCT AND SERVICE
 REVIEWS) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ชยันตี ไกรกาญจน์, 274 หน้า.

การโฆษณาที่แพร่หลายในรูปของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยไม่ชี้แจงว่า
 เป็นการโฆษณาและแสดงตนเองเป็นผู้บริโภค ส่งผลให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนและหลงผิดในสถานะของผู้
 วิจารณ์และเข้าใจว่าการวิจารณ์นั้นไม่ใช่การโฆษณา ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค เนื่องจาก
 เป็นการโฆษณาจูงใจด้วยวิธีที่หลอกลวงซึ่งเป็นการบิดเบือนต่อการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของ
 ผู้บริโภคอีกทั้งยังเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งส่งผลเสียหายต่อผู้ประกอบการธุรกิจอื่น

จากการศึกษาวิจัยกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาของไทยพบว่ายังไม่มีบทบัญญัติครอบคลุม
 ถึงการโฆษณาที่แฝงมาในรูปของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเพื่อจูงใจผู้บริโภคไว้อย่าง
 ชัดเจน ทำให้เกิดความแพร่หลายของการทำโฆษณาในลักษณะดังกล่าวที่กระทบต่อสิทธิของผู้บริโภค และยัง
 ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นจากการโฆษณาในลักษณะดังกล่าวซึ่งถือเป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่
 เป็นธรรม โดยกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของไทยยังขาดความชัดเจนเกี่ยวกับรูปแบบพฤติกรรมทาง
 การค้าที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้รูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทาง
 การค้าจัดทำไว้ยังไม่มียุทธวิธีที่สามารถนำมาปรับใช้กับการโฆษณาในลักษณะดังกล่าวได้ อีกทั้งรูปแบบที่
 จัดทำไว้นั้นไม่มีสถานะในทางกฎหมาย เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร
 อาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐสิงคโปร์ พบว่าการโฆษณาโดยวิธีใดๆ ที่ไม่ชี้แจงว่าเป็น
 การโฆษณาและการโฆษณาที่แสดงตนเองเป็นผู้บริโภคถือเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคและเป็นการ
 กระทำที่ผิดกฎหมาย โดยกฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถือว่าไม่
 เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการธุรกิจอื่นด้วย

ผู้วิจัยจึงเสนอแนะเพิ่มเติมบทบัญญัติ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ให้การ
 โฆษณาด้วยข้อความหรือวิธีการใดๆ ที่ประชาชนอาจหลงผิดเข้าใจว่าไม่ใช่การโฆษณาจะต้องมีถ้อยคำชี้แจง
 กำกับว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณาเพื่อสร้างความชัดเจนแก่ผู้บริโภคว่าการกระทำหรือข้อความใดเป็นการ
 โฆษณา และเสนอแนะแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ให้มี
 อำนาจในการออกกฎกระทรวงกับเรื่องอื่นๆ ได้ โดยเฉพาะการโฆษณาแฝงในรูปของการวิจารณ์สินค้าและ
 บริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ประกอบการธุรกิจว่าพฤติกรรมทางการค้าใดที่ถือว่ามี
 ความผิดตามกฎหมาย และนำรูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขัน
 ทางการค้าจัดทำไว้ มาบัญญัติเป็นกฎกระทรวงเพื่อให้มีผลทางกฎหมาย รวมถึงเสนอให้เพิ่มเติมรูปแบบ
 พฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมเพื่อนำมาบังคับใช้กับการโฆษณาที่แฝงมากับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบ
 อินเทอร์เน็ต

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2556

ลายมือชื่อนิติ

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

5585978734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: CONSUMER PROTECTION / COMPETITION / UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES / REVIEW / ONLINE CONSUMER REVIEW / CONSUMER OPINION / OPINION SPAM / ADVERTISING

NATTAWAN CHAROENRATTANAPORNCHAI: LEGAL MEASURES TO PROTECT THE CONSUMERS FROM COVERT ADVERTISING IN ONLINE PRODUCT AND SERVICE REVIEWS. ADVISOR: ASST. PROF. CHAYANTI GREIGARN, 274 pp.

Widespread advertising in online product and service reviews that do not disclose the fact that they are advertisements and mislead the audience into believing that they are written by real consumers, confuses the consumers. Such practice is deemed to be unfair to consumers because it is deceptive and affects the consumer decision-making. It is also an unfair trade practice and causes adverse effect to other business operators.

Upon studying Thai law on consumer protection against advertising, it is found that there is no specific provision regarding covert advertising in online product and service reviews. It leads to the popularity of this advertising method and affects consumer rights. This advertising method also causes adverse effect to other business operators and it is deemed to be unfair trade competition. However, the mean of unfair trade practices under Thai competition law still lacks clarity. The guideline on unfair trade practices provided by the Office of Thai Trade Competition Commission does not cover this advertising method. Besides, such guideline is not regarded as law. In contrast, the laws of the United States, the European Union, the United Kingdom, the Federal Republic of Germany, and the Republic of Singapore provide that any advertisement that does not disclose the fact that it is an advertisement and the advertisement that misleads the audience into believing that it is a genuine review by a consumer is unfair to the consumers and illegal. And the laws of the United States, the European Union, and the Federal Republic of Germany stipulate that it is unfair to other business operators as well.

The researcher proposes that the Consumer Protection Act B.E.2522 (A.D.1979) be amended. A statement or any other method of advertising that could mislead people into believing that it is not an advertisement must contain the disclosure that it is an advertisement for the sake of clarity. It is also proposed that section 29 of Competition Act B.E.2542 (A.D.1999) be amended by granting power to regulate the ministerial regulations regarding any other matters especially the covert advertising in online product and service reviews. It is to clarify the scope of illegal business practices to business operators. In addition, the guideline on unfair trade practices provided by the Office of Thai Trade Competition Commission should be regulated as a ministerial regulation so that it becomes enforceable. Other means of unfair practices should be added to the law so that it covers the covert advertising in online product and service reviews as well.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2013

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้เนื่องจากได้รับความช่วยเหลือและกรุณาอย่างยิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชยันติ ไกรกาญจน์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา รวมทั้งให้ความกรุณาตรวจทานแก้ไขความถูกต้อง และปรับแต่งโครงร่างวิทยานิพนธ์และเนื้อหาจนสำเร็จลุล่วงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์เล่มนี้ และศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ที่กรุณารับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ และสละเวลาตรวจแก้ไขคำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุมปา และอาจารย์ชาญณรงค์ ปราณจิตต์ ซึ่งนอกจากจะรับเป็นกรรมการสอบโครงร่างวิทยานิพนธ์แล้ว ยังได้กรุณาให้คำแนะนำข้อมูลเพิ่มเติมต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์ ที่ให้คำแนะนำ ความเมตตา และกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้วิจัย

นอกจากนี้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่อาจสำเร็จได้หากไม่ได้รับความช่วยเหลือในการค้นหาข้อมูล และแลกเปลี่ยนความคิดเห็นจากคุณมนชิตา รุจิกัณหะ และคุณไตรรัตน์ จันทโรทัย ตลอดจนกำลังใจจากเพื่อนๆ ของผู้วิจัยทุกท่าน

ท้ายนี้ผู้วิจัยขอขอบพระคุณครอบครัวของผู้วิจัยที่คอยเป็นกำลังใจ เชื้อมั้น และให้การสนับสนุนผู้วิจัยในการศึกษาชั้นปริญญาโทและการทำวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีคุณค่าและจะเป็นประโยชน์ประการใดแล้ว ผู้วิจัยขอมอบเป็นกตเวทิตาแต่บิดา มารดา รวมทั้งบูรพาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้วิจัย และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องเป็นประการใดแล้ว ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวทั้งสิ้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญ

หน้า

| | |
|---|----|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ฉ |
| สารบัญ..... | ช |
| บทที่ 1 บทนำ | 1 |
| 1.1 ความสำคัญและสภาพปัญหา..... | 1 |
| 1.2 สมมติฐานการวิจัย | 4 |
| 1.3 วัตถุประสงค์การวิจัย | 5 |
| 1.4 ขอบเขตการทำวิจัย | 5 |
| 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย | 5 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ | 6 |
| บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาและการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต | 7 |
| 2.1 แนวคิดพื้นฐานของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา..... | 11 |
| 2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา | 11 |
| 2.1.2 วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา | 18 |
| 2.1.3 สิทธิของผู้บริโภค..... | 21 |
| 2.2 แนวคิดพื้นฐานของการแข่งขันทางการค้า..... | 25 |
| 2.3 ความหมายและรูปแบบของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต | 26 |
| 2.3.1 ความหมายของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต..... | 26 |
| 2.3.2 รูปแบบของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต..... | 38 |
| 2.3.3 พฤติกรรมของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต..... | 43 |
| 2.4 ความเกี่ยวพันระหว่างการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตกับการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ..... | 45 |
| บทที่ 3 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต..... | 47 |
| 3.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของสหรัฐอเมริกา | 47 |
| 3.1.1 Federal Trade Commission Act of 1914..... | 47 |

| | |
|--|-----|
| 3.1.2 The Commission’s Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising | 48 |
| 3.1.3 Dot Com Disclosures : How to Make Effective Disclosures in the Digital Age..... | 59 |
| 3.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของสหภาพยุโรป | 61 |
| 3.2.1 Unfair Commercial Practices Directive..... | 62 |
| 3.2.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป | 65 |
| 3.2.2.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของสหราชอาณาจักร..... | 65 |
| 3.2.2.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | 70 |
| 3.3 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของสาธารณรัฐสิงคโปร์..... | 72 |
| 3.3.1 Consumer Protection (Fair Trading) Act 2003 | 72 |
| 3.3.2 Consumer Protection (Trade Descriptions and Safety Requirements) Act of 1975 | 75 |
| 3.3.3 Singapore Code of Advertising Practice 2008..... | 77 |
| 3.4 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย | 78 |
| 3.4.1 กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค | 78 |
| 3.4.1.1 การคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา | 78 |
| 3.4.1.2 หลักสุจริตในการฟ้องคดีผู้บริโภคและการประกอบธุรกิจ | 93 |
| 3.4.1.3 การควบคุมการแข่งขันทางการค้าให้เป็นอย่างเสรีและเป็นธรรม..... | 97 |
| 3.4.2 กฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์..... | 101 |
| 3.4.3 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต | 105 |
| 3.4.3.1 การวิจารณ์กับความสำคัญผิด | 105 |
| 3.4.3.2 การวิจารณ์กับการถูกกลั่นแกล้ง | 107 |

| | |
|--|-----|
| 3.4.3.3 การวิจารณ์กับการขายตามคำพรรณนา | 109 |
| 3.4.3.4 การวิจารณ์กับการกระทำละเมิด | 110 |
| 3.4.3.5 การวิจารณ์กับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของ | 114 |
| บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของ ประเทศไทย เปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และ สาธารณรัฐสิงคโปร์..... | 118 |
| 4.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่กระทบต่อผู้บริโภคตาม กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค..... | 118 |
| 4.1.1 การโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมและวิธีการโฆษณา | 118 |
| 4.1.2 การชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าเป็นข้อความโฆษณา..... | 126 |
| 4.1.3 นิยามของคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” | 131 |
| 4.1.4 ความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์..... | 134 |
| 4.1.5 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจ..... | 142 |
| 4.1.6 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการโฆษณา..... | 145 |
| 4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่กระทบต่อการแข่งขันทาง การค้าของผู้ประกอบการธุรกิจอื่น..... | 147 |
| 4.3 สรุปประเด็นปัญหาและกฎหมายของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐสิงคโปร์..... | 155 |
| บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ | 163 |
| 5.1 บทสรุป..... | 163 |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ..... | 165 |
| รายการอ้างอิง | 178 |
| ภาคผนวก..... | 184 |
| ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ | 274 |

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญและสภาพปัญหา

เนื่องจากสภาพสังคมในยุคปัจจุบันที่การสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทในชีวิตประจำวันของผู้คนในสังคมเพิ่มมากขึ้น ทำให้เราสามารถทำกิจกรรมต่างๆ ในชีวิตประจำวันผ่านระบบอินเทอร์เน็ตได้ ไม่ว่าจะเป็นการทำธุรกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือที่เรียกว่าการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อสร้างความบันเทิง เพื่อประโยชน์ทางวิชาการ หรือเพื่อหาข้อมูลที่ต้องการ โดยถือได้ว่าอินเทอร์เน็ตและการสื่อสารด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่เป็นปัจจัยสำคัญต่อการดำรงชีวิตของผู้คนในสังคมมากขึ้น โดยเฉพาะเมื่อผู้บริโภคใช้ระบบอินเทอร์เน็ตเพื่อหาข้อมูลของสินค้าหรือบริการที่ตนเองสนใจ ทำให้ผู้บริโภคมีความเป็นอิสระในการค้นหาข้อมูลโดยปราศจากการถูกชักจูงด้วยข้อมูลเพียงฝ่ายเดียวจากผู้ประกอบธุรกิจ เช่นกรณีของการโฆษณาทางโทรทัศน์ วิทยุ หรือสื่อสิ่งพิมพ์ เป็นต้น และด้วยเหตุที่ระบบอินเทอร์เน็ตทำให้ผู้คนในสังคมติดต่อกัน แลกเปลี่ยน และโต้แย้งข้อมูลต่างๆ ต่อกันได้โดยง่ายและทั่วถึง โดยผู้คนในสังคมอาจติดต่อกันผ่านสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) เช่น บล็อก เว็บไซต์ หรือเว็บไซต์เครือข่ายสังคมออนไลน์ เช่น Facebook และ Instagram ทำให้บุคคลที่อยู่ห่างไกลกันโดยระยะทางสามารถแบ่งปันข้อมูล ให้คำปรึกษา หรือแสดงความคิดเห็นของตนต่อบุคคลอีกฝ่ายได้อย่างรวดเร็วในทันที โดยไม่จำกัดระยะทางและระยะเวลา ต่อมาจึงเกิดพฤติกรรมของผู้บริโภคที่พูดคุย และแลกเปลี่ยนประสบการณ์ของตนเองที่มีต่อสินค้าและบริการ หรือกิจกรรมต่างๆ ของผู้ประกอบธุรกิจ กับครอบครัว เพื่อน หรือผู้คนที่อยู่ในเครือข่ายสังคมออนไลน์ของตน หรืออาจเป็นการสนทนากับคนแปลกหน้าที่มีความสนใจหรือความต้องการคล้ายกัน ดังนั้นระบบอินเทอร์เน็ตจึงเข้ามามีบทบาทให้ผู้บริโภคสามารถหาข้อมูลของสินค้าหรือบริการที่ตนสนใจได้มากเท่าที่ต้องการเพื่อประกอบการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการ พฤติกรรมของผู้บริโภคในลักษณะนี้ทำให้รูปแบบการเข้าถึงข้อมูลของสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายรับข้อมูลเพียงฝ่ายเดียวจากการโฆษณาโดยผู้ประกอบธุรกิจ หรือการโฆษณาชักจูงใจจากพนักงานในร้านค้าหรือสถานบริการ ไปสู่ยุคใหม่ที่ผู้บริโภคเข้าถึงข้อมูลของสินค้าหรือบริการจากการบอกเล่าข้อเท็จจริง ประสบการณ์ และความคิดเห็นของผู้บริโภคคนอื่นที่ได้ใช้สินค้าหรือเข้ารับบริการนั้นจริง ประกอบกับพฤติกรรมของผู้บริโภคที่ให้ความไว้วางใจและเชื่อถือในโฆษณาของสินค้าและบริการที่ปรากฏตามสื่อแบบดั้งเดิมน้อยลง ตลอดจนใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาข้อมูลนั้นมากขึ้น เนื่องจากเป็นข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจเพียงฝ่ายเดียว แต่ให้ความไว้วางใจและเชื่อถือในข้อมูลของสินค้าหรือบริการจากผู้ที่มีประสบการณ์

จริงมากกว่า ทั้งนี้ในปัจจุบันมีเว็บไซต์ที่มีลักษณะเป็นแหล่งรวมบุคคลผู้มีความสนใจในเรื่องเดียวกันไว้เป็นชุมชนออนไลน์ ยกตัวอย่าง เว็บไซต์ www.pantip.com ซึ่งมีลักษณะเป็นเว็บบอร์ดที่เป็นชุมชนออนไลน์ที่ใหญ่ที่สุดแห่งหนึ่งของประเทศไทยโดยมีการจัดกลุ่มผู้ใช้งานแบ่งออกเป็นห้องตามความสนใจ เช่น ห้อง Blueplanet สำหรับแบ่งปันและสอบถามข้อมูลเกี่ยวกับการท่องเที่ยว ที่พัก และการเดินทาง ห้องโต๊ะเครื่องแป้งสำหรับข้อมูลด้านความสวยความงามทั้งเครื่องสำอาง ครีมบำรุง หรือบริการดูแลรักษาผิวพรรณ และห้องกันครัวสำหรับความสนใจเกี่ยวกับร้านอาหารและวิธีทำอาหาร เป็นต้น โดยรูปแบบการใช้งานของเว็บไซต์ดังกล่าว มีลักษณะเป็นสถานที่ที่ผู้บริโภคซึ่งมีความสนใจคล้ายกัน มาพบปะเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลให้แกกันในฐานะผู้บริโภคที่ได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นด้วยตนเองแล้วนำประสบการณ์ที่ได้รับมาวิจารณ์หรือบอกต่อแก่เพื่อนสมาชิกหรือผู้ใช้บริการเว็บไซต์ท่านอื่น กรณีที่สินค้าหรือบริการใดได้รับคำวิจารณ์ในแนวทางลบย่อมจะทำให้ผู้บริโภครายอื่นๆ เกิดความสนใจในสินค้าหรือบริการนั้น แต่ในทางกลับกันหากผู้บริโภคใช้สินค้าหรือบริการแล้วไม่พึงพอใจ และได้วิจารณ์ในแนวทางลบย่อมก่อผลเสียแก่ผู้ประกอบการธุรกิจเช่นเดียวกัน

กรณีที่ผู้บริโภครายใดวิจารณ์สินค้าหรือบริการได้นำสนใจและนำติดตามประกอบกับการส่งสมความน่าเชื่อถือเป็นระยะเวลาหนึ่ง ส่งผลให้ผู้วิจารณ์รายนั้นได้รับความไว้วางใจและความเชื่อถือจากผู้อ่าน ทำให้การวิจารณ์นั้นมีอิทธิพลต่อผู้อ่านให้เลือกซื้อสินค้าและเข้ารับบริการตามผู้วิจารณ์ รวมตลอดถึงกรณีที่ผู้วิจารณ์สินค้าหรือบริการนั้นเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงซึ่งมีผู้ชื่นชอบและติดตามความเคลื่อนไหวเป็นจำนวนมาก การวิจารณ์นั้นย่อมมีอิทธิพลต่อผู้ที่ชื่นชอบหรือติดตามบุคคลดังกล่าว กระทั่งเกิดช่องทางการทำการตลาดรูปแบบใหม่ที่สามารถเข้าถึงผู้บริโภคกลุ่มเป้าหมายได้อย่างเฉพาะเจาะจงและเสียค่าใช้จ่ายน้อยคือการทำการตลาดที่แฝงไปกับบทวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยผู้ประกอบการก็จะให้คำตอบแทนหรือประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้วิจารณ์ที่มีชื่อเสียงหรือได้รับความนิยมในสังคมอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะผู้วิจารณ์ที่มีอิทธิพลต่อความคิดและการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภคกลุ่มเป้าหมาย โดยผู้วิจารณ์จะจัดทำบทวิจารณ์สินค้าและบริการซึ่งมีลักษณะว่าผู้วิจารณ์ได้ใช้สินค้าหรือเข้ารับบริการนั้นด้วยตนเองและกำลังบอกเล่าประสบการณ์ของตนนั้นให้ผู้อื่นทราบ ตลอดจนการบรรยายสรรพคุณในแนวทางสนับสนุนให้แก่สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการ และเผยแพร่บทวิจารณ์นั้นผ่านระบบอินเทอร์เน็ตด้วยบัญชีชื่อส่วนตัวของผู้วิจารณ์เพื่อจูงใจผู้ที่ติดตามให้เกิดความสนใจและคล้อยตามผู้วิจารณ์ นำมาซึ่งการเพิ่มยอดขายจำหน่ายสินค้าและบริการของผู้ประกอบการ

เมื่อแต่เดิมผู้วิจารณ์ทำการวิจารณ์สินค้าและบริการโดยอิสระในฐานะที่เป็นผู้บริโภคคนหนึ่ง แบ่งปันข้อมูลให้แก่ผู้บริโภคคนอื่นๆ ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต เปลี่ยนแปลงเป็นผู้วิจารณ์ทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการในแนวทางสนับสนุนให้แก่ผู้ประกอบการ เนื่องจากได้รับคำตอบแทนหรือผลประโยชน์อื่นๆ จากผู้ประกอบการรวมถึงกรณีที่ผู้วิจารณ์เป็นลูกจ้าง หุ่นส่วนหรือมีความสัมพันธ์

กับผู้ประกอบธุรกิจ ทำให้การวิจารณ์นั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ จึงเกิดประเด็นปัญหาว่าการวิจารณ์คือรูปแบบหนึ่งของการทำการตลาดหรือการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจ แต่ผู้วิจารณ์กลับไม่ชี้แจงให้ผู้อ่านทราบตลอดจนยังแสดงออกว่าตนเองเป็นผู้บริโภคอีกด้วย ทำให้ประชาชนที่รับทราบบทวิจารณ์ดังกล่าวไม่สามารถทราบได้เลยว่า การวิจารณ์นั้นเป็นการโฆษณาหรือเป็นการกระทำอันมีเจตนาในทางพาณิชย์ของผู้ประกอบธุรกิจแฝงอยู่หรือไม่ แต่ผู้บริโภคมีแนวโน้มเข้าใจว่าพฤติกรรมการวิจารณ์เหล่านี้เป็นการบอกเล่าประสบการณ์ของผู้วิจารณ์อิสระซึ่งอยู่ในฐานะผู้บริโภคที่แท้จริงเนื่องจากได้ซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการด้วยตนเอง ไม่ใช่การโฆษณาประชาสัมพันธ์ให้กับผู้ประกอบธุรกิจ จึงส่งผลเป็นการแทรกแซงและบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการของผู้บริโภคที่ได้อ่านหรือได้รับทราบบทวิจารณ์ดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการจูงใจผู้บริโภคด้วยวิธีการที่ก่อให้เกิดความหลงผิดเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจและตัดสินใจทำธุรกรรมกับผู้ประกอบธุรกิจตามการวิจารณ์นั้น

ตัวอย่างข้อเท็จจริงในสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 2010 คำตัดสินของ Federal Trade Commission ต่อ Reverb Communications, Inc., และ Tracie Snitker โดยที่ Reverb เป็นบริษัทที่ให้บริการทางด้านโฆษณา การประชาสัมพันธ์ การตลาด และจัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้พัฒนาวิดีโอเกมส์แอปพลิเคชันและเกมส์แอปพลิเคชันบนโทรศัพท์มือถือ และมี Tracie Snitker เป็นพนักงานในตำแหน่งกรรมการของบริษัท ในระหว่างเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2008 ถึงเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2009 จำเลยทั้งสอง(บริษัท และ Tracie Snitker) ได้ทำการเผยแพร่บทวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเกี่ยวกับวิดีโอเกมส์ของผู้ประกอบธุรกิจที่จำเลยทำการตลาดให้ โดยบทวิจารณ์นั้นถูกเผยแพร่ใน iTunes Store ด้วยการใส่ชื่อผู้วิจารณ์ที่ทำให้ผู้อ่านเข้าใจว่าเป็นการวิจารณ์จากผู้บริโภคที่ชื่นชอบและประทับใจในวิดีโอเกมส์นี้ การที่จำเลยไม่ได้เปิดเผยว่าผู้วิจารณ์เหล่านั้นถูกจ้างมาให้ทำการประชาสัมพันธ์วิดีโอเกมส์และได้รับค่าตอบแทนเป็นส่วนแบ่งของยอดขาย ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงสำคัญสำหรับผู้บริโภคที่กำลังประเมินคำรับรองสนับสนุนสินค้าและกำลังตัดสินใจที่จะซื้อเกมส์แอปพลิเคชัน การกระทำของจำเลยถือเป็นการโฆษณาที่หลอกลวงและผิดกฎหมายอันฝ่าฝืนข้อกำหนดของ Federal Trade Commission Act of 1914 เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้วิจารณ์ไม่ใช่ผู้วิจารณ์โดยอิสระ หรืออยู่ในฐานะผู้บริโภคจริงๆ แต่เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ¹

เมื่อพิจารณาในเบื้องต้นเกิดปัญหาว่าพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตดังกล่าวเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่กระหนาบสิทธิของผู้บริโภคทำให้ผู้บริโภคหลงผิดว่าผู้วิจารณ์บอกเล่าประสบการณ์ของตนเองในฐานะผู้บริโภคจริงๆ มิใช่การโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ

¹ Federal Trade Commission, "Reverb Communications, Inc.," [Online] Accessed: 19 July 2013. Available from: www.ftc.gov/enforcement/cases-and-proceedings/cases/2010/11/reverb-communications-inc

หรือมิใช่การกระทำที่มีเจตนาทางพาณิชย์แฝงอยู่ ทำให้เกราะป้องกันการรับข้อมูลข่าวสารรวมถึงการพิจารณาถึงความถูกต้องในข้อมูลของสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคลดน้อยลง จนกระทั่งตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามผู้วิจารณ์ แม้ว่าการวิจารณ์สินค้าหรือบริการของบุคคลใดๆ ถูกมองว่าเป็นเรื่องขอสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามรัฐธรรมนูญและเป็นความขึ้นชอบส่วนบุคคล แต่หากพิจารณาในประเด็นของการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคแล้วการวิจารณ์ที่ปกปิดความสัมพันธ์ลักษณะนี้ถือเป็นการหลอกลวงผู้บริโภคจากความไว้วางใจในสถานะของผู้วิจารณ์ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายคือผู้บริโภคไม่อาจทราบได้ว่าบทวิจารณ์ใดเป็นการบอกเล่าประสบการณ์ของผู้บริโภคที่แท้จริง หรือเป็นโฆษณาแฝงของผู้ประกอบธุรกิจ อีกทั้งเมื่อพิจารณาในด้านของการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นเรื่องระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน การโฆษณาที่แฝงมาเกี่ยวกับบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งก่อความหลงผิดแก่ผู้บริโภคและสร้างประโยชน์ต่อยอดขายและภาพลักษณ์ของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการที่ได้รับการวิจารณ์นั้น ถือได้ว่าพฤติกรรมการวิจารณ์ลักษณะนี้เป็นการแย่งส่วนแบ่งทางการตลาดด้วยวิธีการการค้าที่เอาเปรียบผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจอื่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงได้กำหนดพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมจากการวิจารณ์ที่แสดงตนเองเป็นผู้บริโภคทั้งที่แท้จริงแล้วผู้วิจารณ์เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ โดยออกเป็นกฎหมายห้ามผู้ประกอบการทางการค้าด้วยพฤติกรรมดังกล่าว

ทั้งนี้หากสังคมไทยยังมองเรื่องของการวิจารณ์เป็นสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่มีการควบคุมตรวจสอบแล้วจะทำให้ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจอื่นถูกละเมิดสิทธิและถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการโฆษณาแฝงมากับการวิจารณ์สินค้าหรือบริการ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรดำเนินการศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการวิจารณ์สินค้าและบริการด้วยพฤติกรรมดังกล่าวตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐสิงคโปร์ เพื่อหาแนวทางพัฒนากฎหมายของประเทศไทยให้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคและสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจอื่นให้ได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น

1.2 สมมติฐานการวิจัย

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่มีบทบัญญัติครอบคลุมถึงการโฆษณาที่แฝงมาในรูปของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเพื่อจูงใจผู้บริโภคไว้อย่างชัดเจน จึงอาจทำให้เกิดการบิดเบือนต่อการตัดสินใจของผู้บริโภคและไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการอื่น

1.3 วัตถุประสงค์การวิจัย

- 1.3.1 เพื่อศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต
- 1.3.2 เพื่อศึกษาถึงพฤติกรรมของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้บริโภค
- 1.3.3 เพื่อศึกษาถึงพฤติกรรมของการวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตในฐานะที่เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการรายอื่น
- 1.3.4 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่และหาแนวทางกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้กับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต
- 1.3.5 เพื่อศึกษาถึงความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ ผู้ประกอบการธุรกิจ และผู้ประกอบการโฆษณา
- 1.3.6 เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการปรับปรุงและพัฒนามาตรการทางกฎหมายของไทยในการควบคุมการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

1.4 ขอบเขตการทำวิจัย

มุ่งศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้กับการโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต เช่นพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา ละเมิด และตัวแทน เปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐสิงคโปร์ ตลอดจนศึกษาถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ ผู้ประกอบการธุรกิจ และผู้ประกอบการโฆษณาต่อการโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่กระทบสิทธิของผู้บริโภคและผู้ประกอบการอื่น

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้จะทำการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายสำหรับนำมาปรับใช้กับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต รวมทั้งหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์และผู้ประกอบการ ทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ โดยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ เอกสาร บทความ วารสาร สิ่งตีพิมพ์ต่างๆ และคำพิพากษารวมถึงสื่ออิเล็กทรอนิกส์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทราบกฎหมายและปัญหาที่เกิดขึ้นจากการวิจารณ์สินค้าและบริการ ในฐานะที่เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นและกระทบต่อสิทธิของผู้บริโภคโดยรวม
- 1.6.2 ทราบกฎหมายต่างประเทศสำหรับเป็นแนวทางในการแก้ไขและเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาในปัจจุบัน
- 1.6.3 ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ทั้งผู้วิจารณ์และผู้ประกอบธุรกิจ ทราบถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของตนตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค
- 1.6.4 สร้างองค์ความรู้ให้กับนิสิต นักศึกษา และผู้สนใจทั่วไป

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาและการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

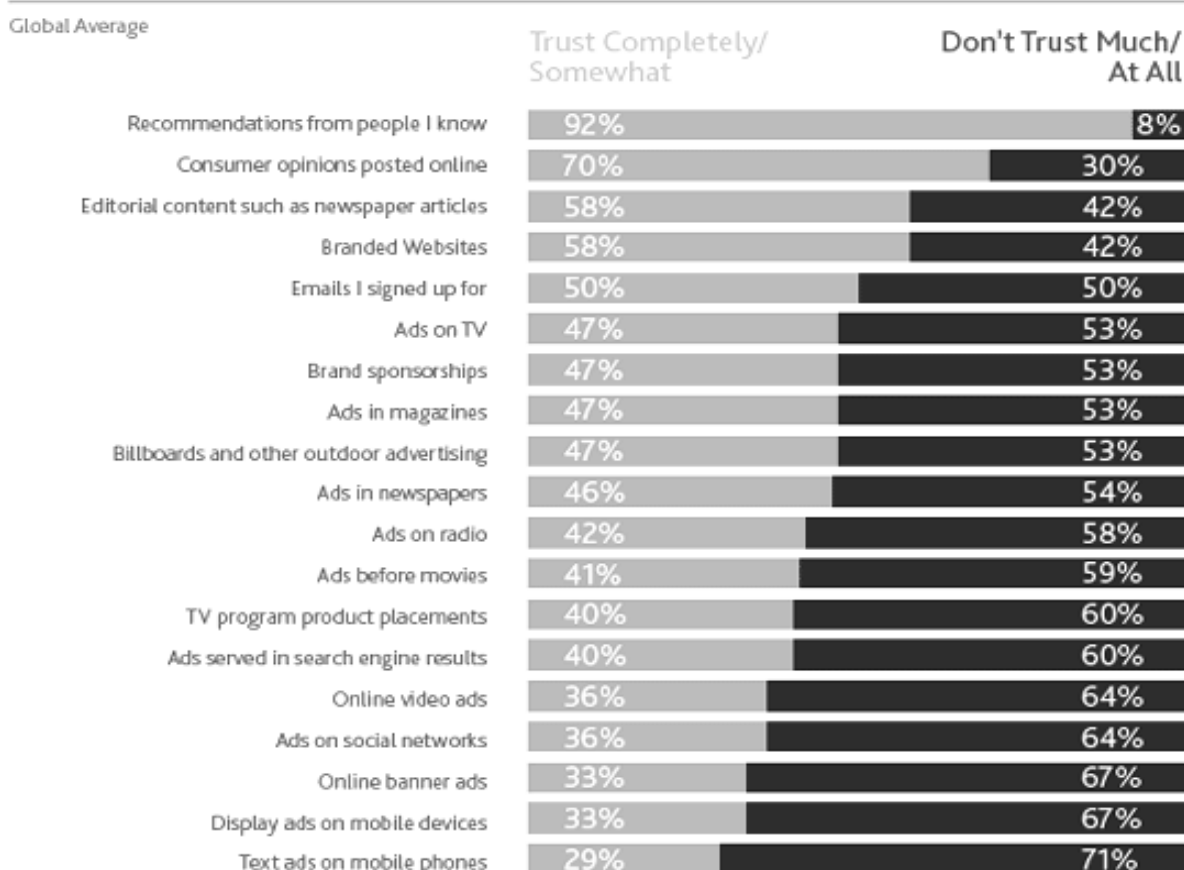
ปัจจุบันผู้ประกอบการต่างๆ ได้ใช้การโฆษณาด้วยรูปแบบที่แตกต่างกันไปเพื่อประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจูงใจให้ผู้บริโภคสนใจและตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของตน แต่แนวโน้มที่ผู้บริโภคในปัจจุบันต้องการเพื่อใช้ในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการคือ ข้อมูลและคำแนะนำจากผู้มีความรู้ ประสบการณ์ หรือเป็นบุคคลที่ตนเชื่อถือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่ตนเองรู้จัก คู่ค้า หรือเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงและเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ โดยผู้บริโภคมีแนวโน้มที่จะเชื่อถือข้อมูลจากผู้บริโภคเช่นตนเองมากกว่าข้อมูลจากโฆษณาของผู้ประกอบการ² จนเป็นที่ยอมรับกันว่าคำพูดแบบปากต่อปาก (Word of Mouth – WOM) ไม่ว่าจะคำพูดดังกล่าวจะเป็นในแง่บวกหรือในแง่ลบย่อมมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจซื้อสินค้าและบริการของผู้ที่ได้อ่านและได้ฟังเสมอ ประกอบกับยุคที่เทคโนโลยีสารสนเทศและระบบอินเทอร์เน็ตมีความเจริญก้าวหน้าและได้รับความนิยมในใช้อย่างแพร่หลาย ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตได้อย่างง่ายดาย อีกทั้งยังสามารถสร้างข้อมูลออนไลน์ของตนเองได้โดยไม่จำเป็นต้องพึ่งข้อมูลจากสื่อโฆษณาในแบบดั้งเดิมเพียงอย่างเดียว รูปแบบใหม่ของคำพูดแบบปากต่อปากหรือการสื่อสารแบบสองฝ่ายผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจึงแพร่หลายและได้รับความนิยมในการติดต่อสื่อสารถึงกันได้ทั่วโลกอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะในเครือข่ายสังคมออนไลน์และเว็บไซต์ต่างๆ ที่มีการวิจารณ์ ส่งต่อความคิดเห็น และประสบการณ์ของตนเองต่อผู้คนบนโลกอินเทอร์เน็ตจึงเป็นช่องทางการสื่อสารใหม่ที่ทำให้บุคคลสามารถส่งต่อและค้นหาข้อมูลต่างๆ ผ่านเว็บไซต์ บล็อก เว็บบอร์ด หรือสื่อสังคมออนไลน์ เพื่อแบ่งปันและโต้แย้งหรือเสาะหาข้อมูลเกี่ยวกับการวิจารณ์สินค้าและการบริการเฉพาะเรื่องได้นอกเหนือจากการเข้าถึงและการแบ่งปันข้อมูลผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ได้โดยง่ายแล้ว ยอดขายสินค้าและบริการของผู้ประกอบการในปัจจุบันเกี่ยวพันกับความพึงพอใจของผู้บริโภคเป็นสำคัญ หากผู้บริโภคประทับใจในสินค้าและบริการนั้นๆ ย่อมเกิดกระแสการบอกปากต่อปาก สู่กลุ่มคนอีกกลุ่มหนึ่ง และขยายขนาดของความพึงพอใจและความประทับใจโดยผ่านระบบอินเทอร์เน็ต เช่น เว็บไซต์หรือเครือข่ายสังคมออนไลน์ กระทั่งผู้อ่านหรือผู้รับสารเกิดความสนใจในสินค้าหรือบริการนั้นๆ แม้ในขณะแรกผู้อ่านอาจจะยังไม่มี ความสนใจเลยก็ตาม โดยอาจเรียกกระบวนการดังกล่าวว่าการตลาดแบบปากต่อปาก (Word-of-mouth marketing หรือ WOMM)

ทั้งนี้ยังมีรายงานการวิจัยเกี่ยวกับความไว้วางใจและเชื่อถือของผู้บริโภคต่อโฆษณาจากสื่อแหล่งต่างๆ ได้แก่ “Nielsen Global Trust in Advertising Report” ซึ่งเก็บข้อมูลในช่วงไตรมาสที่ 3 ของปี ค.ศ. 2011 จากผู้บริโภคผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจำนวน 28,000 คน จาก 56 ประเทศ พบว่า ผู้บริโภคมีความเชื่อถือในคำแนะนำจากบุคคลที่ตนรู้จักถึงร้อยละ 92 และกว่าร้อยละ 70 เชื่อถือในการแสดงความคิดเห็นผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของผู้บริโภคคนอื่นๆ โดยที่การโฆษณาบนหน้าเว็บไซต์

² Lucille M. Ponte, "Mad Men Posing as Ordinary Consumers: The Essential Role of Self-Regulation and Industry Ethics on Decreasing Deceptive Online Consumer Ratings and Reviews," *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* (2013): 465-466.

ของผู้ประกอบธุรกิจเองมีความน่าเชื่อถือร้อยละ 58 ในขณะที่การโฆษณาผ่านสื่อแบบดั้งเดิมอย่าง โทรทัศน์และนิตยสารมีความน่าเชื่อถือเพียงร้อยละ 47 ส่วนสื่อหนังสือพิมพ์ความน่าเชื่อถือมีเพียง ร้อยละ 46 และการโฆษณาบนวิทยุความน่าเชื่อถืออยู่ที่ร้อยละ 42 ซึ่งแสดงให้เห็นว่านักการตลาด ต้องเริ่มมองหาช่องทางการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการของตนผ่านสื่อที่ผู้บริโภคไว้วางใจ และเชื่อถือมากขึ้น

To what extent do you trust the following forms of advertising?



Source: Nielsen Global Trust in Advertising Survey, Q3 2011

CHULALONGKORN UNIVERSITY

รูปภาพที่ 1 ความน่าเชื่อถือของสื่อต่างๆ จากผลสำรวจของ Nielsen³

นอกจากนี้ Nielsen ยังได้สำรวจในประเด็นของ “รูปแบบโฆษณาที่ทำให้เกิดการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตาม” ช่วงระหว่างวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2013 ถึงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 2013 โดยมีผู้เข้าสำรวจผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจำนวนกว่า 29,000 คน จาก 58 ประเทศหลากหลายทวีปทั่วโลก

³ The Nielsen Company, "Consumer Trust in Online, Social and Mobile Advertising," [Online] Accessed: 2 September 2013. Available from: <http://www.nielsen.com/us/en/newswire/2012/consumer-trust-in-online-social-and-mobile-advertising-grows.html#advertising-grows.html>

ได้ผลสำรวจสรุปว่ารูปแบบของการแนะนำแบบปากต่อปาก (Word-of-mouth Formats) จากคนรู้จัก ครอบครัว และเพื่อนมีผลสำรวจที่สูงที่สุดในอัตราร้อยละ 84 รองลงมาคือความคิดเห็นของผู้บริโภคที่เผยแพร่ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตในอัตราร้อยละ 70 โฆษณาทางโทรทัศน์ร้อยละ 68 เว็บไซต์ของผู้ประกอบการร้อยละ 67 และโฆษณาในนิตยสารร้อยละ 65⁴

จากผลสำรวจของ Nielson ทั้ง 2 กรณีแสดงให้เห็นว่าการวิจารณ์และการแสดงความคิดเห็นของผู้บริโภคผ่านระบบอินเทอร์เน็ตมีผลต่อความสนใจในสินค้าหรือบริการ ตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเมื่อ พ.ศ. 2547 มีกระแสสังคมออนไลน์กับภาพยนตร์ไทยเรื่อง “โหมโรง” ซึ่งเป็นภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับดนตรีไทยโดยมีตัวละครเอกเป็นนักดนตรีระนาดเอก ภาพยนตร์ดังกล่าวในการเปิดตัวช่วงแรกไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรเนื่องจากมีผู้สนใจเข้าชมจำนวนน้อยมากจนโรงภาพยนตร์ลดจำนวนรอบฉายลงและเตรียมที่จะยกเลิกการฉาย แต่ด้วยความประทับใจในภาพยนตร์ของผู้ที่ได้รับชมจนเกิดกระแสการบอกต่อผ่านสื่อบนระบบอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะกระแสจากเว็บบอร์ดในเว็บไซต์ชื่อดัง www.pantip.com ห้องเฉลิมไทยที่เป็นแหล่งรวมผู้คนที่ชื่นชอบการชมภาพยนตร์ ละคร และการแสดงต่างๆ โดยช่วงเวลาดังกล่าวได้มีการวิจารณ์รวมถึงการแสดงความคิดเห็นถึงความประทับใจและความสนุกของภาพยนตร์ “โหมโรง” ทำให้ในเวลาต่อมาผู้ที่ได้อ่านบทวิจารณ์และข้อความแสดงความคิดเห็นต่างๆ สนใจเข้ารับชมภาพยนตร์ “โหมโรง” เพิ่มมากขึ้นจนได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ทำให้ในภายหลังโรงภาพยนตร์ได้เพิ่มรอบฉาย กระทั่งมีการกล่าวขานถึงปรากฏการณ์ ณ ขณะนั้นว่า “โหมโรงฟีเวอร์”

ตัวอย่างการวิจารณ์และแสดงความคิดเห็นของผู้บริโภคในต่างประเทศที่กระทบต่อความไว้วางใจและความน่าเชื่อถือของผู้ประกอบการ ได้แก่ กรณีของ Dave Carroll นักดนตรีชาวแคนาดา เมื่อปี ค.ศ. 2008 เขาเดินทางมาแสดงดนตรีที่สหรัฐอเมริกาด้วยสายการบินยูไนเต็ด เมื่อถึงปลายทางพบว่าขณะที่มีการขนย้ายสัมภาระนั้น กีตาร์ของเขาถูกโยนจนเสียหายใช้การไม่ได้⁵ Dave พยายามติดต่อสายการบินให้รับผิดชอบต่อสิ่งที่เกิดขึ้นจนระยะเวลาผ่านไปกว่า 9 เดือนจึงได้ข้อสรุปว่าสายการบินจะไม่รับผิดชอบต่อความเสียหายในกีตาร์ของเขา Dave จึงตอบโต้สายการบินโดยการแต่งเพลงชื่อ “United Breaks Guitar” และเผยแพร่ลงเว็บไซต์ www.youtube.com จนเกิดเป็นกระแสที่มีผู้เข้าชมและรับฟังจำนวนกว่า 13,000,000 คน⁶ และส่งต่อเพลงดังกล่าวผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเป็น

⁴ The Nielsen Company, "Just Do It? Consumer Trust in Advertising and Willingness to Take Action," [Online] Accessed: 11 October 2013. Available from: <http://www.nielsen.com/us/en/newswire/2013/just-do-it-consumer-trust-in-advertising-and-willingness-to-ta.html>

⁵ Dave Carroll, "Full Story of United Breaks Guitar," [Online] Accessed: 1 October 2013. Available from: <http://www.davecarrollmusic.com/music/ubg/story/>

⁶ Sons of Maxwell, "United Breaks Guitar," [Online] Accessed: 1 October 2013. Available from: <http://www.youtube.com/watch?v=5YGc4zOqozo>

จำนวนมาก ผลสุดท้ายทางสายการบินติดต่อ Dave เพื่อขอโทษและตกลงชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่กิตาร์ของ Dave ด้วยการบริจาคเงินเพื่อการกุศลสาธารณะตามความต้องการของ Dave⁷

จากที่ได้ยกตัวอย่างไว้ข้างต้น การวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตถือได้ว่าเป็นการแสดงออกของผู้บริโภคที่สามารถส่งผลได้ในด้านบวกและด้านลบต่อผู้ประกอบการธุรกิจทั้งสิ้น และเป็นช่องทางการตลาดยุคใหม่ที่นักการตลาดและนักประชาสัมพันธ์จะส่งต่อข้อมูลของสินค้าและบริการของตนไปยังผู้บริโภค ประกอบกับผลสำรวจความไว้วางใจและความน่าเชื่อถือของโฆษณาโดย Nielsen ยังชี้ให้เห็นถึงพฤติกรรมของผู้บริโภคที่ให้ความไว้วางใจในแหล่งข้อมูลที่แตกต่างไปจากในอดีตนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการโฆษณา ประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการของผู้ประกอบการธุรกิจในยุคปัจจุบัน

การตลาดยุคใหม่ คือการทำธุรกิจเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการตั้งแต่เริ่มต้นผลิต นำเข้า จัดจำหน่าย โฆษณา และส่งเสริมการขาย โดยอาศัยเทคโนโลยีทางการผลิตและการสื่อสารสมัยใหม่ และด้วยเทคโนโลยีและการสื่อสารในยุคใหม่นี้ ส่งผลให้การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคอาจไม่เหมาะสมเท่าทันสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ในแง่ของการสื่อสารข้อมูลทางการตลาดที่ใช้เทคโนโลยีในปัจจุบันเพื่อสื่อสารตรงไปยังผู้บริโภคโดยใช้ข้อความสั้นๆ ทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือการส่งต่อข้อมูลผ่านระบบอินเทอร์เน็ตไปยังกลุ่มบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจง ถือได้ว่าการตลาดแบบถึงตัวผู้บริโภคเป็นรายบุคคลได้เข้ามาแทนที่การตลาดแบบเหวี่ยงแหในสื่อแบบดั้งเดิม เช่น สื่อสิ่งพิมพ์ และวิทยุโทรทัศน์ สังเกตว่ากลไกของกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันจะสามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างเหมาะสมกับสภาพสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วได้มากน้อยเพียงใด⁸ เป็นประเด็นที่ควรจะต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 3

เมื่อพฤติกรรมของผู้บริโภคเปลี่ยนไปโดยเริ่มมีการรวมกลุ่มพูดคุยและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นซึ่งกันและกันทำให้ผู้ประกอบการเริ่มนำตนเองหรือหาวิธีการเพื่อให้ธุรกิจของตนเข้าไปสู่แหล่งรวมผู้บริโภค โดยที่ผู้ประกอบการตระหนักได้ถึงการนำเสนอสินค้าและบริการรวมถึงการประชาสัมพันธ์องค์กรธุรกิจ ด้วยข้อมูลจากผู้ประกอบการเองเพียงฝ่ายเดียวเริ่มได้รับความน่าเชื่อถือจากผู้บริโภคน้อยลงจึงเกิดการปรับเปลี่ยนรูปแบบการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการให้ได้รับการยอมรับและความเชื่อถือจากผู้บริโภคมากขึ้น เช่น การให้บุคคลผู้เป็นที่รู้จักในกลุ่มผู้บริโภคเป้าหมาย รับรองหรือแสดงตนเองว่าเป็นผู้ใช้สินค้าหรือบริการและแสดงผลการใช้สินค้าหรือบริการนั้นในแนวทาสันับสนุน เป็นต้น ทั้งนี้รูปแบบดังกล่าวยังนำไปสู่อีกวิธีหนึ่งในการหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา กล่าวคือการนำเสนอและประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการในลักษณะที่หาช่องทางที่ไม่ชัดเจนของกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกตรวจสอบโฆษณาจากหน่วยงานราชการที่

⁷ ภิเชก ชัยนิรันดร์, *E-commerce และ Online Marketing* (พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โปรวิชั่น, 2556), หน้า 134.

⁸ สุขุม ศุภนิติย์, "กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในสถานการณ์การตลาดยุคใหม่," *วารสารกฎหมาย* ปีที่ 28 ฉบับที่ 2 (สิงหาคม 2554): 1-2.

เกี่ยวข้องด้วยวิธีการให้คำตอบแทนหรือผลประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดแก่ผู้วิจารณ์ เพื่อให้ผู้วิจารณ์รับรองหรือประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจในแนวทางสนับสนุนซึ่งช่องทางที่ได้รับความนิยมอย่างมากคือการกระทำผ่านระบบอินเทอร์เน็ตต่างๆ เช่นเว็บไซต์และสื่อสังคมออนไลน์อันถือเป็นช่องทางที่ดีที่สุด ณ ขณะนี้ ในการทำการตลาดสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจด้วยค่าใช้จ่ายที่ต่ำกว่าการโฆษณาทางสื่อสิ่งพิมพ์หรือวิทยุ โทรทัศน์ แต่ได้ผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพมากกว่า⁹ ดังมีคำกล่าวที่ว่าเมื่อมีผู้บริโภครวมตัวกันอยู่ที่ใด การตลาดย่อมตามไปหาผู้บริโภค และกฎหมายก็จะตามมาควบคุมในส่วนสุดท้าย ในบทนี้จึงได้วิเคราะห์ถึงแนวคิดพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับโฆษณาและการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ทั้งในส่วนของ การคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา การคุ้มครองผู้ประกอบการรายอื่นในการแข่งขันทางการค้า และความหมายของคำที่เกี่ยวข้อง

2.1 แนวคิดพื้นฐานของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา

2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา

2.1.1.1 ทฤษฎีความศักดิ์สิทธิ์แก่การแสดงเจตนา (Autonomy of Will)

เริ่มต้นที่ปัจเจกชนนิยมที่มีแนวคิดว่าคุณแต่ละคนมีคุณค่าในตัวเอง เอกชนหรือปัจเจกชนจึงมีสิทธิและเสรีภาพในการตัดสินใจเรื่องของตนเองโดยอิสระเพราะปัจเจกชนแต่ละคนมีเหตุผลในการกระทำที่แตกต่างกันและย่อมรู้ถึงความต้องการของตนเองได้ดีที่สุด ก่อให้เกิดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักอิสระในทางแพ่งกล่าวคือ อำนาจของปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายของตนเองทั้งในเรื่องส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน¹⁰ เป็นแนวคิดที่รัฐควรปล่อยให้เอกชนดำเนินการทำนิติกรรมสัญญา รวมถึงการทำธุรกิจและการค้าอย่างอิสระ โดยรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซง หลักการนี้เหมาะสมกับสภาพสังคมที่คู่สัญญาทุกฝ่ายมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกันและมีระบบการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์ ทฤษฎีความรับผิดชอบคู่สัญญาอันเป็นทฤษฎีที่มีผลสืบเนื่องจากเสรีภาพในการทำสัญญานั้น ย่อมเหมาะสมกับสถานะที่คู่สัญญาที่มีความสามารถในการต่อรองเท่าเทียมกันและโดยที่ปัจเจกชนทุกคนย่อมต้องแสดงเจตนาของตนตามหลักสุจริต โดยที่แต่เดิมมาหลักสุจริตนั้นเป็นเรื่องของความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของคนในสังคมมากกว่าที่จะเป็นผลโดยตรงของกฎหมาย ต่อมาจึงพัฒนาเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายโรมัน

⁹ Lucille M. Ponte, "Mad Men Posing as Ordinary Consumers: The Essential Role of Self-Regulation and Industry Ethics on Decreasing Deceptive Online Consumer Ratings and Reviews", *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* (2013): 467.

¹⁰ จำปี โสถถิพันธ์, *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, , 2548), หน้า 177.

อันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายแพ่งในปัจจุบันทำให้หลักสุจริตเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของระบบกฎหมายทุกระบบ โดยที่หลักสุจริตสามารถแยกออกได้เป็น 2 ความหมาย คือ

- 1) หลักสุจริตในความหมายทางอรรถวิสัย คือการพิจารณาถึงความสุจริตทั้งในด้านสภาพร่างกายและสภาพจิตใจของผู้กระทำเองว่ารู้หรือไม่ว่าตนได้ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น
- 2) หลักสุจริตในความหมายทางภาวะวิสัย คือหลักเกณฑ์ที่คู่สัญญาทุกคนจะต้องปฏิบัติต่อกันเช่นเดียวกับคู่สัญญาอื่นๆ ซึ่งมีนิติสัมพันธ์ลักษณะเดียวกัน นอกจากเป็นหลักที่จะไม่ก่อความเสียหายแก่คู่สัญญาและบุคคลอื่นแล้ว ยังพัฒนาสู่หลักการช่วยเหลือซึ่งกันและกันในสัญญา เพราะนอกจากจะไม่ก่อความเสียหายแล้วยังจะต้องช่วยเหลือและรักษาผลประโยชน์แก่คู่สัญญาแต่ไม่จำเป็นต้องกระทบถึงผลประโยชน์ของตนหรือขนาดผลประโยชน์ของตน

ในนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคย่อมอยู่บนพื้นฐานของสัญญาซื้อขายหรือสัญญาบริการโดยไม่ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันหรือไม่ก็ตาม หลักสุจริตย่อมต้องถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานในการเจรจาและทำสัญญา รวมถึงการให้ข้อมูลของสินค้าและบริการที่กระทำโดยผู้ประกอบการด้วย และด้วยสภาพสังคมในอดีตที่โดยส่วนใหญ่แล้วปัจเจกบุคคลมีสถานะทางเศรษฐกิจและมีความรู้เท่าเทียมหรือใกล้เคียงกัน การกอนิติสัมพันธ์ทางการซื้อขายจึงอยู่บนหลักที่ว่าผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat Emptor) เป็นหลักกฎหมายโรมันตั้งแต่ยุคที่เริ่มมีการค้าขายถือหลักที่ว่าผู้ซื้อผู้ขายเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน แต่แต่ละฝ่ายสามารถตัดสินใจเลือกซื้อหรือขายสินค้าได้ด้วยตนเองมีการสอบถามข้อมูลกันได้โดยตรง ไม่จำเป็นต้องมีการแทรกแซงจากรัฐ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นบุคคลย่อมต้องรับผิดชอบในการตัดสินใจของตนเอง เช่นกรณีที่ทำการซื้อขายสินค้ากันแต่ผู้ซื้อไม่ทำการตรวจสอบทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมซื้อขายนั้น เป็นกรณีที่ผู้ซื้อประมาทเล่นเองหรือความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมสามารถเห็นได้ชัดเจน ณ ขณะที่ได้รับมอบทรัพย์สินแต่ผู้ซื้อก็ยังรับมอบทรัพย์สินไปโดยไม่อิดเอื้อนถือได้ว่าผู้ซื้อเป็นผู้บกพร่องในหน้าที่และขาดความระมัดระวังเอง ความเสียหายที่เกิดขึ้นผู้ซื้อจึงต้องรับผิดชอบด้วยตนเอง ผู้ขายไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องนั้น เช่นหลักกฎหมายของไทยในมาตรา 473¹¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473 บัญญัติว่า

“ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน

(2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบและผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน

(3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด”

เนื่องจากสภาพสังคมที่ปัจเจกชนทุกคนมีความสามารถเท่าเทียมกันเป็นเพียงสภาพสังคมในอุดมคติไม่สามารถเกิดขึ้นจริงได้ในยุคปัจจุบัน ประกอบกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีทางอุตสาหกรรมที่เจริญก้าวหน้าและมีกระบวนการผลิตที่สลับซับซ้อนซึ่งยากที่บุคคลทั่วไปจะเข้าใจหรือมีความรู้เท่าทัน ส่งผลให้ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค มีสถานะ ความรู้ และอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือหากเป็นข้อมูลของสินค้าหรือบริการที่ลงลึกไปในรายละเอียดแล้วผู้บริโภคซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการค้าในด้านนั้นๆ และไม่มีผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับสินค้าและบริการชนิดนั้น ย่อมไม่สามารถทราบถึงข้อมูลต่างๆ ได้ นอกเสียจากจะได้รับรู้จากผู้ประกอบธุรกิจที่แจ้งให้ทราบเท่านั้น ดังนี้แล้วหากจะทำการคุ้มครองผู้บริโภคโดยนำทฤษฎีเรื่องอิสระในทางแพ่งหรือหลักผู้ซื้อต้องระวังในการทำสัญญามาใช้ เหมือนเช่นการทำนิติกรรมทางแพ่งทั่วไป ย่อมทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบเพราะรู้ไม่เท่าทันผู้ประกอบการจนเกิดภาวะจำยอมในการทำนิติกรรม เพราะฉะนั้นในการคุ้มครองผู้บริโภคจึงไม่ให้ความสำคัญกับหลักอิสระในทางแพ่งและหลักผู้ซื้อต้องระวัง แต่พัฒนาเป็นหลักผู้ขายต้องระวังด้วยเหตุตามที่กล่าวมาแล้ว อีกทั้งสภาพธุรกิจในยุคปัจจุบันที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ผลิตอาจมิใช่คู่สัญญากับผู้บริโภคโดยตรง กล่าวคือผู้ผลิตสินค้าคือบุคคลหนึ่งแต่ผู้ขายซึ่งเป็นคู่สัญญาในนิติกรรมซื้อขายกับผู้บริโภคอาจเป็นอีกบุคคลหนึ่ง ดังนั้นหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีความรับผิดในความเสียหายที่ต้องอาศัยนิติสัมพันธ์ทางสัญญาที่กฎหมายแพ่งทั่วไปรับรองจึงเป็นอุปสรรคต่อผู้บริโภคที่จะได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหาย เนื่องจากผู้ผลิตมิใช่ผู้มีนิติสัมพันธ์กับผู้บริโภคตามสัญญา ดังนั้นการกำหนดว่าผู้บริโภคคือใครจึงไม่ได้กำหนดโดยอาศัยนิติสัมพันธ์ทางสัญญา แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจึงก่อให้เกิดการปฏิเสธทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญาและความรับผิดเฉพาะคู่กรณีโดยสิ้นเชิง กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงบัญญัติขึ้นมาเพื่อขยายความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่มิใช่คู่สัญญากับผู้บริโภค รวมถึงความรับผิดของผู้ขายที่ขยายไปสู่บุคคลอื่นๆ ซึ่งมีมิใช่ผู้ซื้อที่เป็นคู่สัญญากับตน เช่น ให้ผู้ขายรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าจากการใช้งานตามปกติและเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย และอนามัยของบุคคลในครอบครัวของผู้ซื้อด้วยเป็นต้น¹²

2.1.1.2 ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดภายใต้บทสันนิษฐานความผิดของกฎหมาย

หลักความรับผิดทางละเมิดเป็นหลักความรับผิดที่มีวัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย โดยในบางกรณีแม้มิใช่ผู้กระทำละเมิดแต่หากกฎหมายกำหนดหน้าที่และความรับผิดไว้ เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นย่อมทำให้ผู้ที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้ต้องรับผิดชดเชยเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากละเมิดหรือที่เรียกว่าบทสันนิษฐานความผิดโดยมีทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปอยู่ 2 หลัก คือ

¹² สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 11.

1) หลักความรับผิดเมื่อมีความผิด (Fault Liability) กล่าวคือผู้กระทำละเมิดจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้กระทำนั้นต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย

2) หลักความรับผิดโดยกฎหมายสันนิษฐานว่ามีความผิด เนื่องมาจากหลักความรับผิดเมื่อมีความผิดนั้นอาจไม่เหมาะสมเพราะสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป หลักการกำหนดความรับผิดในทางละเมิด จึงเปลี่ยนเป็นความรับผิดที่อยู่บนข้อสันนิษฐานของกฎหมาย กล่าวคือเมื่อมีความเสียหายย่อมต้องมีความรับผิดโดยไม่ต้องอาศัยความผิด แม้ผู้กระทำจะมีได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่บางกรณีกฎหมายสันนิษฐานให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีความรับผิดโดยไม่มีข้อยกเว้นและไม่สามารถนำสืบหักล้างได้ (Strict Liability) หรืออาจกำหนดให้มีการนำสืบหักล้างบทสันนิษฐานที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ เรียกว่าความรับผิดเด็ดขาด (Absolute Liability) หลักความรับผิดเด็ดขาดได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากโดยเฉพาะกรณีที่ความเสียหายเกิดจากผลิตภัณฑ์ที่มีการผลิตที่สลับซับซ้อนและมีการใช้เทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์ขั้นสูง โดยที่กระบวนการในการบริโภคประกอบด้วยผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก และจึงส่งมายังผู้บริโภคเป็นกระบวนการที่มีหลายขั้นตอนทำให้ยากแก่ผู้บริโภคที่จะพิสูจน์ว่าความบกพร่องเกิดขึ้นในช่วงใด หากเป็นการใช้หลักความรับผิดทางละเมิดเมื่อมีความผิด หน้าที่ในการพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ประกอบธุรกิจย่อมเป็นหน้าที่ของผู้บริโภคซึ่งไม่มีความรู้ ความสามารถ และกำลังทรัพย์เพียงพอในการพิสูจน์ความผิดนั้นจึงส่งผลให้ผู้บริโภคอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดนี้จึงถูกนำมาใช้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ผลิต หรือผู้ขายเป็นผู้ที่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคจากการใช้สินค้าหรือเข้ารับบริการนั้นๆ โดยปราศจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงเป็นการเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในยุคปัจจุบัน ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ผลิต หรือผู้ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดนี้อาจพิสูจน์นำสืบหักล้างบทสันนิษฐานความรับผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ เช่น กรณีที่สินค้ามีฉลากติดวิธีการใช้งานอย่างละเอียดและถูกต้องแล้วแต่ความเสียหายเกิดขึ้นจากผู้บริโภคใช้สินค้าโดยไม่ถูกวิธีตามที่ฉลากติดเอาไว้หรือความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้บริโภคเอง เป็นต้น¹³ ดังนั้นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงเป็นกฎหมายที่ผลักภาระการพิสูจน์จากผู้กล่าวหาคือผู้บริโภค ไปยังผู้ถูกกล่าวหาคือผู้ประกอบธุรกิจ

2.1.1.3 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค¹⁴

เศรษฐศาสตร์คือการจัดสรรทรัพยากรในสังคมที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด โดยรัฐควรปล่อยให้มือที่มองไม่เห็น (Invisible Hand) กล่าวคือ “กลไก

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

¹⁴ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ และ สุธีร์ ศุภนิตย์, การคุ้มครองผู้บริโภค (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายการวิจัยเศรษฐกิจรายสาขา สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย, 2541), หน้า 1-2.

ตลาด” เข้ามาแก้ไขปัญหาทางเศรษฐศาสตร์ 3 ปัญหา อันได้แก่ปัญหาว่าจะผลิตอะไร ผลิตอย่างไร และผลิตเพื่อใคร โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐเว้นแต่ว่ากลไกตลาดล้มเหลวหรือเพื่อความยุติธรรมของสังคม รัฐอาจเข้าแทรกแซงกลไกตลาดด้วยการใช้ภาษี การให้การอุดหนุนโดยรัฐ การให้ข้อมูล การควบคุมราคา หรือการใช้กฎหมายเข้าแทรกแซง¹⁵ ทั้งนี้ความล้มเหลวของกลไกตลาดส่งผลให้รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ดังต่อไปนี้

1) การผูกขาดตลาด (Monopoly Market) คือการที่ตลาดสินค้าและบริการ มีผู้ผลิตเพียงรายเดียว (Monopoly) หรือมีน้อยราย (Oligopoly) จนเกิดผู้มีอำนาจเหนือตลาดอันส่งผลให้กลไกตลาดไม่ทำงานและระบบการจัดการทรัพยากรเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพซึ่งอาจทำให้การใช้ทรัพยากรเป็นไปอย่างสิ้นเปลืองไม่สมประโยชน์ หากกรณีผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นมีพฤติกรรมใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรมด้วยวิธีกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้ามาแข่งขันกับตน การผูกขาดส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคในด้านราคาคือหากกลไกตลาดทำงานปกติมีผู้ผลิตหลายรายแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม ผู้บริโภคจะสามารถซื้อสินค้าและบริการด้วยราคาที่เหมาะสมและเป็นธรรมเพราะผู้ขายหรือผู้ให้บริการจะพยายามแข่งขันกันด้านราคาเพื่อแย่งชิงตลาดจนเกิดราคาที่เหมาะสมและไม่เอาัดเอาเปรียบผู้บริโภคจนเกินไป อีกทั้งการแข่งขันทางการตลาดนั้นจะส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจสนใจพัฒนาสินค้าและบริการของตนให้มีคุณภาพและประสิทธิภาพที่ดีขึ้น นอกจากนี้การผูกขาดตลาดจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคแล้วยังส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการด้วยกันเองด้วย ในกรณีที่ผู้ประกอบการซึ่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจในตลาดตกเป็นผู้เสียเปรียบจนอาจต้องปิดกิจการรวมถึงผู้ประกอบการรายใหม่ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นเนื่องจากไม่สามารถแข่งขันกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ นอกจากนี้ผลกระทบที่มีต่อสังคมส่งผลให้ทรัพยากรที่มีอย่างจำกัดถูกใช้ไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ

2) ความเหลื่อมล้ำทางด้านข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค (Asymmetric Information) โดยทั่วไปแล้ว รายละเอียดของสินค้าและบริการนั้นผู้บริโภคไม่สามารถทราบได้เพียงการมองจากภายนอกของสินค้าหรือสถานบริการเท่านั้น ผู้บริโภคย่อมต้องได้รับข้อมูลของสินค้าและบริการจากผู้ประกอบการ เมื่อผู้บริโภคไม่มีข้อมูลหรือมีข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่เพียงพอย่อมรู้ไม่เท่าทันและเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบการเอาัดเอาเปรียบผู้บริโภค โดยอาจจำหน่ายสินค้าที่ไม่มีคุณภาพหรือมีปริมาณบรรจุน้อยกว่าที่ระบุหรือเป็นกรณีที่สถานบริการอาจมีการเรียกเก็บค่าบริการเกินกว่าที่ได้ตกลงไว้ เป็นต้น ดังนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวรัฐจึงเข้ามาแทรกแซงโดยการควบคุมผู้ประกอบการเกี่ยวกับหน้าที่ในการชี้แจงข้อมูลของสินค้าและบริการอย่างถูกต้องและเพียงพอแก่ผู้บริโภค เช่น การคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา โดยการโฆษณาจะต้องไม่เป็นข้อมูลที่เกินจริงหรือเกินความจริงและการคุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลากที่ต้องมีการระบุข้อความตามที่

¹⁵ ศักดา ธนิตกุล, แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), หน้า 1-16.

กฎหมายกำหนด เป็นต้น อีกทั้งยังต้องเป็นข้อมูลที่ไม่ก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดแก่ผู้บริโภค ด้วยพฤติกรรมการค้าอันไม่เป็นธรรม เช่น การโฆษณาที่ปกปิดไม่ชี้แจงว่าเป็นการโฆษณา หรือ การวิจารณ์สินค้าและบริการที่ผู้วิจารณ์มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ หากแสดงตัวเป็นผู้บริโภค ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

3) การควบคุมดูแลด้านความปลอดภัยและสุขภาพของผู้บริโภคโดยเฉพาะ สินค้าอาหารและยาซึ่งมีความจำเป็นและอาจเป็นอันตรายต่อชีวิตและอนามัยของผู้บริโภค รัฐจึงเข้ามาควบคุมให้มีการผลิตและจำหน่ายอาหารและยาที่มีคุณภาพและกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ ทั้งนี้อาจรวมถึงการกำหนดช่องทางการจำหน่ายและวิธีการหรือข้อความสำหรับการโฆษณาประชาสัมพันธ์ สินค้าและบริการด้วย นอกจากอาหารและยาแล้ว สถานบริการ เช่น สถานเสริมความงามต่างๆ ที่มีเครื่องมือสำหรับให้บริการอันอาจเกิดอันตรายต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้บริโภคได้โดยตรง รัฐจึงต้องเข้ามาแทรกแซงด้วยการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบถึงมาตรฐานการให้บริการไว้เพื่อความปลอดภัยแก่ชีวิตและอนามัยของผู้บริโภค

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเมื่อเทคโนโลยีและกระบวนการผลิตสินค้าหรือการให้บริการมีความเจริญก้าวหน้าและมีเทคโนโลยีที่สลับซับซ้อนมากขึ้น การขายสินค้าและบริการในยุคปัจจุบันมีวิวัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงไป จากแต่เดิมเป็นการขายโดยผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ผลิตเอง กล่าวคือผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ผลิตเป็นคู่สัญญากับผู้ซื้อหรือผู้บริโภค เปลี่ยนเป็นการขายสินค้าผ่านตัวแทนนายหน้าหรือพ่อค้าคนกลาง โดยเฉพาะมีการโฆษณาชักชวนด้วยวิธีการต่างๆ ความระมัดระวังของผู้บริโภคในระดับทั่วไปย่อมไม่สามารถป้องกันหรือระวังต่อผลของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ เหตุเพราะผู้ซื้อหรือผู้บริโภคไม่มีความรอบรู้เท่าทันเทคโนโลยีที่สลับซับซ้อน ผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจจึงมิใช่ผู้ที่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกันจึงเกิดแนวคิดในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาขึ้นมา แต่ด้วยแนวคิดของนานาอารยประเทศเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูดและการโฆษณา นั้น รวมถึงแนวคิดในเรื่องดังกล่าวของประเทศไทยซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในลำดับศักดิ์กฎหมายที่กฎหมายใดๆจะขัดหรือแย้งไม่ได้

“ มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

ฯลฯ ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว การแสดงความคิดเห็นไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ รวมถึงการโฆษณา ย่อมได้รับการคุ้มครองโดยรัฐ แต่อย่างไรก็ดีในมาตรา 45 วรรคสองได้บัญญัติถึงอำนาจในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ

- (ก) เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ
- (ข) เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น
- (ค) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (ง) เพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

ดังนั้นการจำกัดเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นนี้หากเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ รัฐย่อมสามารถกระทำได้ ตัวอย่างการจำกัดเสรีภาพในการโฆษณาตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยอันจะเป็นการกระทบสิทธิของผู้บริโภค เช่นการโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินจริงจะกระทำไม่ได้ เนื่องจากในมุมมองของผู้บริโภคแล้วเสรีภาพในการเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการ ควรได้รับการคุ้มครองจากรัฐโดยควบคุมการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะโฆษณาที่จะทำให้ผู้บริโภคหลงเข้าใจผิดหรือเกิดความไม่ปลอดภัยหรือเกิดความไม่เป็นธรรม เช่นการกำหนดข้อความที่ไม่เป็นธรรมในการโฆษณา การควบคุมเวลาออกอากาศโฆษณาสำหรับสินค้าบางประเภท และการกำหนดการตรวจสอบโฆษณาก่อนเผยแพร่แก่ผู้บริโภคหรือระบบการติดตามตรวจสอบโฆษณาภายหลังที่มีการเผยแพร่ไปแล้ว เป็นต้น ทั้งนี้นอกจากการจำกัดเสรีภาพในการโฆษณาจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคไม่ให้เกิดอันตรายต่อผู้บริโภคแล้ว ยังเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรม ระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันอีกด้วย¹⁶ โดยมาจากแนวคิดที่ว่า การคุ้มครองผู้บริโภคเป็นส่วนหนึ่งของการค้าหรือการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) จึงถือว่าการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ยกตัวอย่าง The Act against Unfair Competition ของประเทศเยอรมันซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้แข่งขันในทางการค้า ผู้บริโภคและผู้มีส่วนร่วมในตลาด จากการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม ในขณะเดียวกันได้คุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะในการแข่งขันทางการค้าไม่ให้เกิดบิดเบือนด้วย¹⁷ โดยเป็นการคุ้มครองบุคคลทุกฝ่ายในวงจรทางการค้า ทั้งนี้ได้กำหนดถึงการโฆษณาในรูปแบบต่างๆ ที่ถือเป็นการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมไว้ โดยหากพิจารณากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยใน ส่วนของการโฆษณาอันไม่เป็นธรรมกับการคุ้มครองสิทธิของผู้แข่งขันทางการค้าหรือผู้ประกอบการ

¹⁶ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2550), หน้า 9-12.

¹⁷ Section 1 of The Act Against Unfair Competition.

รายอื่น คงจะต้องพิจารณาผู้แข่งขันทางการค้าหรือผู้ประกอบการให้อยู่ในฐานะของผู้บริโภค ผู้ประกอบการจึงจะสามารถเป็นผู้ร้องเรียนเกี่ยวกับการโฆษณาอันไม่เป็นธรรมตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย เนื่องจากมีแนวคิดที่ว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคควรกำหนดแยกออกเป็นการเฉพาะจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าและกฎหมายในเรื่องอื่นๆ

2.1.2 วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา

2.1.2.1 วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองผู้บริโภค

การคุ้มครองผู้บริโภคมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและป้องกันสิทธิของผู้บริโภค โดยการกำหนดคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการ รวมถึงการกำหนดหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคและการผลักภาระการพิสูจน์ในเรื่องทางเทคโนโลยีทางการผลิตต่างๆ หรือขั้นตอนกระบวนการทางธุรกิจที่สลับซับซ้อนเกินกว่าที่ผู้บริโภคจะมีความรู้ความเข้าใจเท่าทันให้เป็นที่น่าพอใจของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้าเป็นผู้พิสูจน์ โดยหน้าที่พิสูจน์ของผู้บริโภคมีเพียงอย่างเดียวคือตนได้รับความเสียหายจากการใช้สินค้าหรือเข้ารับบริการโดยไม่เป็นธรรมอย่างไรเท่านั้น

2.1.2.2 วัตถุประสงค์ของการโฆษณา

การโฆษณา คือ ช่องทางในการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการโดยการนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจ อันได้แก่ลักษณะหรือคุณสมบัติเด่น ประโยชน์และความสำคัญของสินค้าหรือบริการ เป็นต้น เพื่อสร้างจุดเด่นให้เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวของสินค้าหรือบริการ จนกระทั่งผู้บริโภคสามารถจดจำชื่อหรือตราสัญลักษณ์ของสินค้าหรือบริการนั้นได้ ทำให้สินค้าหรือบริการนั้นอยู่ในความนึกคิดของผู้บริโภค เช่นกรณีของร้านสะดวกซื้อเซเว่นอีเลฟเว่นที่มีคำโฆษณาที่ติดหูผู้บริโภคว่า “หิวเมื่อไหร่ก็แวะมา เซเว่นอีเลฟเว่น” เมื่อผู้บริโภคได้ยินประโยคดังกล่าวย่อมนึกถึงร้านสะดวกซื้อรายนั้นในทันที อีกทั้งยังอยู่ในความนึกคิดของผู้บริโภคว่าเป็นร้านค้าที่มีจำหน่ายอาหารตลอดเวลา โฆษณาจึงส่งผลให้เกิดเป็นแรงจูงใจและกระตุ้นให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าหรือบริการซึ่งจะนำไปสู่กระบวนการตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการนั้น นอกจากการโฆษณาจะเป็นไปเพื่อจูงใจให้ผู้บริโภคเลือกซื้อสินค้าหรือบริการแล้ว โฆษณายังมีเพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการใช้สินค้าหรือบริการที่มีอยู่แล้วให้เพิ่มมากขึ้น เป็นการแข่งขันในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการกับคู่แข่งที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกัน เป็นการเพิ่มยอดขายหรือเพิ่มการถือครองตลาดและขยายตลาดสินค้าหรือบริการนั้นให้กว้างยิ่งขึ้น ทั้งนี้ในบางกรณีโฆษณาไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการหรือเพื่อเพิ่มยอดขายโดยตรง แต่เป็นการโฆษณาเพื่อสร้างภาพลักษณ์ที่ดีให้กับองค์กรของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ผลิตสินค้าหรือบริการนั้น อีกทั้งยังเป็นการสร้าง

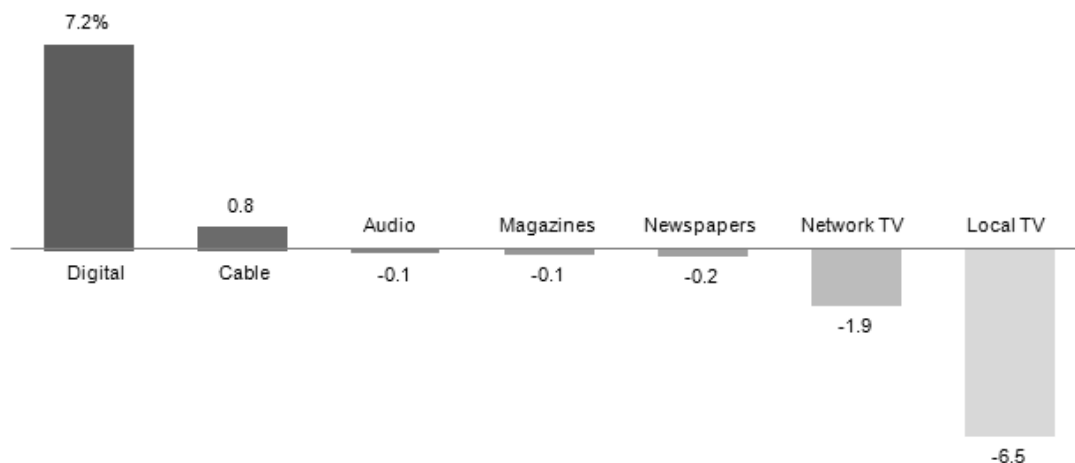
ความน่าเชื่อถือในสินค้าหรือบริการให้เป็นที่ยอมรับอันจะส่งผลถึงการจำหน่ายสินค้าหรือบริการชนิดใหม่ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจหรือผู้ผลิตรายเดียวกัน

เนื่องด้วยการโฆษณาผ่านสื่อแบบดั้งเดิม เช่น โทรทัศน์ วิทยุและหนังสือพิมพ์ เป็นการสื่อสารที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายรับข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจเพียงฝ่ายเดียวและการโฆษณาผ่านสื่อแบบดั้งเดิมยังเป็นการสื่อสารไปถึงกลุ่มคนจำนวนมากอย่างไม่เฉพาะเจาะจง โดยที่การโฆษณาและประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจผ่านทางสื่อแบบดั้งเดิม ไม่สามารถกำหนดกลุ่มผู้ชมที่เป็นผู้บริโภคกลุ่มเป้าหมายได้ สิ่งที่น่าโฆษณาและนักประชาสัมพันธ์จะทำได้คือการสำรวจว่ากลุ่มผู้บริโภคซึ่งเป็นกลุ่มเป้าหมายของตนเองนั้น มีความสนใจในสื่อแบบดั้งเดิมชนิดและช่องทางใดรวมตลอดถึงช่วงเวลาในการรับสื่อ เช่น กลุ่มผู้บริโภคที่เป็นผู้หญิงวัยทำงานและสถานภาพโสดอาจมีการเก็บข้อมูลสำรวจได้ว่ากลุ่มคนดังกล่าวชื่นชอบและเลือกซื้อสินค้ารายการหนึ่งมากกว่ารายการอื่น ๆ ย่อมทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจทำการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของตนในช่องทางนั้น แต่วิธีการดังกล่าวยังมีช่องว่างที่กลุ่มผู้บริโภคของตนซึ่งไม่ได้อ่านนิตยสารฉบับดังกล่าวจะไม่รับทราบการประชาสัมพันธ์ในครั้งนั้น ตลอดจนการเสียค่าใช้จ่ายให้กับการโฆษณาประชาสัมพันธ์ไปยังกลุ่มผู้บริโภคที่มีไม่กลุ่มเป้าหมายด้วย ในขณะที่การโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเป็นการปฏิสัมพันธ์กับผู้บริโภคในวิถีทางที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายเข้าหาข้อมูลเอง โดยเมื่อผู้บริโภคสนใจสินค้าหรือบริการชนิดใด จะเริ่มเสาะหาข้อมูลด้วยวิธีต่างๆ ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็น เว็บไซต์วิจารณ์และให้คะแนนสินค้าและบริการ เช่น www.agoda.com www.fragrantica.com และ www.tripadvisor.com หรือเว็บบอร์ดต่างๆ วิธีการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถส่งสารเกี่ยวกับข้อมูลของสินค้าและบริการของตนไปยังกลุ่มผู้บริโภคที่เฉพาะเจาะจงได้ เช่น ผลิตภัณฑ์สินค้าที่เป็นน้ำหอม ผู้ประกอบธุรกิจอาจทำการโฆษณาลงในเว็บไซต์ www.fragrantica.com เนื่องจากเป็นเว็บไซต์ที่ผู้บริโภคกลุ่มที่สนใจน้ำหอมเข้าไปหาข้อมูลที่มีผู้แบ่งปันไว้เพื่อประกอบการตัดสินใจเลือกซื้อ เป็นต้น ประกอบกับผู้บริโภคในยุคปัจจุบันใช้เวลาส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันกับอินเทอร์เน็ตมากกว่าการรับชมรับฟังสื่อแบบดั้งเดิม ดังเช่นผลวิจัยเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของจำนวนผู้ชมสื่อชนิดต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา ในรูปภาพที่ 2 เห็นได้ว่าผู้ชมในสหรัฐอเมริกาในระหว่าง ค.ศ.2011 ถึง ค.ศ.2012 นั้น จำนวนผู้ชมสื่อผ่านระบบอินเทอร์เน็ต (Digital) มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นถึงร้อยละ 7.2 หลังจากที่มิมีจำนวนเพิ่มขึ้นมาอย่างต่อเนื่องจากค.ศ. 2010 ถึงค.ศ. 2011 และผู้ชมในสื่อแบบดั้งเดิมอย่างเช่น โทรทัศน์ท้องถิ่น หนังสือพิมพ์ และวิทยุ มีจำนวนผู้ชมลดลงอย่างต่อเนื่อง นอกจากจำนวนผู้บริโภคที่หันไปสนใจสื่อผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ แล้ว การโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตยังมีต้นทุนที่ต่ำ สามารถจัดทำได้หลากหลายรูปแบบ เจาะจงกลุ่มผู้บริโภคได้ง่าย สามารถวัดผลเกี่ยวกับจำนวนผู้เข้าชมได้ทันทีและสามารถเลือกโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตใน

โทรศัพท์มือถือโดยเชื่อมโยงกับ GPS เพื่อระบุให้โฆษณาปรากฏแก่ผู้บริโภคที่อยู่ในพื้นที่ที่กำหนดไว้ได้¹⁸

Audience Key Findings

Percentage Change in Audience, 2011 to 2012



Source: Nielsen Media Research, comScore, Alliance for Audited Media and Arbitron*

PEW RESEARCH CENTER'S PROJECT FOR EXCELLENCE IN JOURNALISM
2013 STATE OF THE NEWS MEDIA

รูปภาพที่ 2 การเปลี่ยนแปลงของจำนวนผู้ชมในสื่อชนิดต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา¹⁹

ด้วยวัตถุประสงค์ของการโฆษณา คือการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการของผู้ประกอบธุรกิจไปสู่ผู้บริโภค แม้จะมีระบบการตรวจสอบโฆษณาที่ห้ามเป็นเท็จ หลอกลวง หรือใช้ข้อความอันไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคแล้ว แต่ด้วยวิธีการตรวจสอบแบบ Monitoring กล่าวคือการตรวจสอบโฆษณาภายหลังจากที่โฆษณาถูกเผยแพร่ออกไปแล้วนั้น แม้โฆษณาจะถูกระงับและห้ามเผยแพร่ต่อผู้บริโภคอีกต่อไปแต่โฆษณาย่อมทำหน้าที่ของตนเองครบถ้วนเรียบร้อยแล้วเช่นกัน ประกอบกับการโฆษณารูปแบบใหม่ๆ ถือกำเนิดขึ้นทำวัน แต่กฎหมายยังคงอยู่กับที่ย่อมเกิดเป็นช่องว่างให้ผู้ประกอบธุรกิจหลีกเลี่ยงการถูกตรวจสอบโฆษณาได้

2.1.2.3 วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา

จากที่ได้ศึกษาถึงแนวคิดของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณามาแล้ว พิจารณาได้ว่าโดยหลักแล้ว ประชาชนทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ไม่ว่าจะเป็นการพูด การโฆษณาหรือการสื่อสารใดๆ โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ เว้นแต่จะเป็นไปเพื่อเหตุที่กฎหมายกำหนด รัฐจึงจะสามารถเข้ามาแทรกแซงได้และโดยที่สิทธิของผู้บริโภค ในการบริโภคสินค้าและ

¹⁸ ภิกษุ ชัยนรินทร์, E-commerce และ Online Marketing, หน้า 76 -77.

¹⁹ Pew Research Center, "Key Findings," [Online] Accessed: 29 September 2013. Available from: <http://stateofthemediamedia.org/2013/overview-5/key-findings/>

บริการในยุคปัจจุบันอาจถูกกระทบได้โดยง่ายจากการโฆษณาด้วยวิธีการสมัยใหม่ที่ข้อมูลข่าวสารในตลาดสินค้าและบริการมีความสำคัญอย่างมาก ในการติดต่อถึงกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค²⁰ ประกอบกับข้อความชักจูงใจที่แนบเนียนจนผู้บริโภคไม่สามารถล่วงรู้ได้เท่าทันว่าเป็นการหลอกลวงหรือเป็นข้อมูลเท็จหรือไม่ ทำให้รัฐจำต้องเข้าแทรกแซงโดยการบัญญัติกฎหมายต่างๆ เพื่อป้องกันสิทธิของผู้บริโภคไม่ให้ถูกกระทบจากการโฆษณาอันไม่เป็นธรรม โดยประเทศไทยมีการบัญญัติถึงการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเท่านั้น แต่สำหรับในบางประเทศ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดถึงวิธีการโฆษณาอันไม่เป็นธรรมไว้ใน The Act against Unfair Competition ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลทุกคนในวงจรรวมทั้งผู้แข่งขันทางการค้ารายอื่นและผู้บริโภค รวมถึงป้องกันประโยชน์สาธารณะด้วย ดังนั้นแล้วการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาจึงมีวัตถุประสงค์ให้มีการปฏิบัติทางการค้าอย่างเป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน ระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค และระหว่างผู้ประกอบการกับประโยชน์ส่วนรวมของรัฐด้วย โดยเป็นไปตามนโยบายของแต่ละประเทศ

2.1.3 สิทธิของผู้บริโภค

2.1.3.1 สิทธิของผู้บริโภคในมาตรฐานสากลโดยสหพันธ์องค์กรผู้บริโภคสากล (Consumer International หรือ CI) ได้แก่

- 1) สิทธิที่จะเข้าถึงสินค้าและบริการที่จำเป็นในการดำรงชีวิตขั้นพื้นฐาน เช่น อาหาร เสื้อผ้า เครื่องนุ่งห่ม การพยาบาล ดูแลสุขภาพ และบริการสาธารณสุขและสาธารณสุขประเภทต่างๆ
- 2) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยในสุขภาพ ชีวิต และร่างกายจากการบริโภคสินค้าและบริการโดยสินค้าหรือบริการในท้องตลาดต้องได้มาตรฐานและมีคุณภาพ ไม่เกิดความเสียหายและอันตรายจากการใช้งานตามปกติ
- 3) สิทธิที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารอย่างถูกต้องครบถ้วนและเพียงพอรวมถึงได้รับการคุ้มครองจากการทุจริต หลอกลวง หรือหลงผิดที่เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ กล่าวรวมถึงการโฆษณาและฉลากต่างๆจะต้องเป็นความจริงไม่เป็นความเท็จด้วย
- 4) สิทธิในการเลือกสินค้าและบริการอย่างอิสระเสรี ปราศจากวิธีการจูงใจจากผู้ขายด้วยวิธีอันไม่เป็นธรรมหรือการผูกขาดทางการค้า
- 5) สิทธิที่จะร้องเรียนขอความเป็นธรรมต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง จากการบริโภคสินค้าหรือบริการ

²⁰ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 23.

6) สิทธิที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ จากกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค โดยอาจมีการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภครวมถึงการฟ้องร้องผู้ประกอบการแทนผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการบริโภคสินค้าหรือบริการนั้นๆ

7) สิทธิที่จะได้รับความรู้เกี่ยวกับการบริโภคสินค้าหรือบริการ ทั้งความรู้เกี่ยวกับตัวสินค้าและบริการและยังรวมถึงสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของผู้บริโภคเองด้วย

8) สิทธิที่จะอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่สะอาดปลอดภัยทั้งสภาพแวดล้อมในที่อยู่อาศัย รวมถึงสถานที่ทำงาน²¹

2.1.3.2 สิทธิของผู้บริโภคในกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 4 มีดังนี้

1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้ทราบข้อความโฆษณาจากสื่อด้วยความจริงและถูกต้อง รวมถึงการแสดงฉลากตามความเป็นจริงและปราศจากการหลอกลวงผู้บริโภค รวมถึงตลอดถึงข้อมูลที่ไม่ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดในการซื้อสินค้าหรือรับบริการโดยไม่เป็นธรรม ยกตัวอย่างกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจทราบว่าผู้บริโภคมีความไว้วางใจและเชื่อถือข้อมูลของสินค้าหรือบริการจากแหล่งข้อมูลใด ย่อมจะใช้แหล่งข้อมูลดังกล่าวเพื่อเข้าถึงผู้บริโภคจนเกิดกรณีที่มีชื่อเสียง เช่นบล็อกเกอร์ หรือดารารวมตลอดถึงบุคคลธรรมดา ได้รับค่าตอบแทน สิ่งของ หรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการในแนวทางสนับสนุนด้วยการแสดงตัวเองเป็นผู้บริโภคหรือปกปิดไม่ชี้แจงว่าการวิจารณ์ของตนเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งบุคคลเหล่านี้มักจะเป็นแหล่งข้อมูลที่ผู้บริโภคให้ความไว้วางใจและเชื่อถือ อีกทั้งยังมีอิทธิพลต่อผู้บริโภคในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ ส่งผลให้ผู้บริโภคหลงผิดเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามผู้วิจารณ์ เป็นต้น²²

2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการเป็นเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาหรือนิติกรรม เพื่อการบริโภคสินค้าและบริการของผู้บริโภค กล่าวคือผู้บริโภคมีสิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าและรับบริการ ด้วยความสมัครใจและปราศจากการชักจูงใจอันไม่เป็นธรรมจากการให้

²¹ Consumer International, "Consumer rights " [Online] Accessed: 16 August 2013. Available from: <http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights#.Ug55sJJ7K48>

²² วรวิทย์ ฤทธิพิศ, "ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค," *ตุลพาท* 56, 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2552): 91-93.

ข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจ เช่นการโฆษณาที่หลอกลวง หรือเป็นการชักจูงใจผู้บริโภคด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรมย่อมเป็นการกระทบบสิทธิผู้บริโภคในข้อนี้²³

3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการตามคำแนะนำหรือความระมัดระวังตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้นแล้ว กล่าวคือเมื่อผู้บริโภคใช้สินค้าหรือเข้ารับบริการโดยการใช้งานตามปกติ ผู้บริโภคจึงต้องได้รับการดูแลให้ปลอดภัยจากการใช้งานสินค้าหรือการเข้ารับบริการนั้นหรือสินค้าหรือบริการต้องมีความปลอดภัย มีสภาพและคุณภาพได้มาตรฐานเหมาะสมแก่การใช้งาน ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยหรือทรัพย์สิน

4) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา กล่าวคือในบางกรณีผู้บริโภคอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่าไม่สามารถต่อรองข้อความในสัญญาหรือปกป้องสิทธิของตนเองได้ กฎหมายจึงกำหนดสิทธิในการทำสัญญาโดยไม่ให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจเอาไว้ ซึ่งหากผู้บริโภคถูกระทบบสิทธิดังกล่าวย่อมจะได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหาย

5) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ได้แก่สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและชดใช้เยียวยาความเสียหาย จากผลของการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคตามข้อ 1) ถึง 4) ข้างต้น โดยเมื่อผู้บริโภคได้ร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้วจะมีการพิจารณาเพื่อฟ้องคดีแทนผู้บริโภคจากหน่วยงานของรัฐดังกล่าวด้วย

ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบสิทธิของผู้บริโภคตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย กับสหพันธองค์กรผู้บริโภคสากลแล้ว พบว่าประเทศไทยยังคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคไม่ครบถ้วน ทัดเทียมสิทธิของผู้บริโภคตามสหพันธองค์กรผู้บริโภคสากล กล่าวคือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยยังขาดในส่วนของสิทธิที่จะได้รับความรู้เกี่ยวกับการบริโภคสินค้าหรือบริการ สิทธิที่จะเข้าถึงสินค้าและบริการที่จำเป็นในการดำรงชีพขั้นพื้นฐาน สิทธิที่จะร้องเรียนเพื่อความเป็นธรรมอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ และสิทธิที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่สะอาดและปลอดภัย อย่างไรก็ตามแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ในหมวดของสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 51²⁴ ได้กำหนดสิทธิของประชาชนในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐไว้ แต่ผู้วิจัยมีความเห็นว่ายังไม่อาจครอบคลุมได้ถึงสิทธิของผู้บริโภคที่เป็นการกระทำระหว่างเอกชนด้วยกัน เนื่องจากในมาตรา 51 เป็นการกำหนดสิทธิของรัฐต่อประชาชนเท่านั้น

²³ เรื่องเดียวกัน

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

“มาตรา 51 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่เหมาะสมและได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขจากรัฐซึ่งต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐอย่างเหมาะสมโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายและทันต่อเหตุการณ์”

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของผู้บริโภคกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตแล้ว กรณีที่ผู้วิจารณ์ได้รับคำตอบแทนหรือได้รับผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้วิจารณ์เป็นส่วน ลูกจ้าง หรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ประกอบธุรกิจได้ทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการในแนวทางสนับสนุนด้วยพฤติกรรมที่ไม่เปิดเผยถึงความสัมพันธ์ของตนเองกับผู้ประกอบธุรกิจ หรือไม่แจ้งให้ผู้รับสารทราบว่าการวิจารณ์ดังกล่าวเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ หรือการวิจารณ์นั้นเป็นการโฆษณา ประกอบกับลักษณะเฉพาะของการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ส่วนใหญ่จะกระทำผ่านเว็บไซต์ส่วนตัวหรือบัญชีชื่อส่วนตัวของผู้วิจารณ์เอง ผู้บริโภคจึงไม่สามารถทราบได้ว่าสิ่งที่ผู้วิจารณ์ส่งต่อข้อความ คำบรรยาย รูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว หรือการสื่อสารรูปแบบอื่นๆ ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้น เป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการรายดังกล่าวหรือไม่ แต่สิ่งที่เกิดขึ้นคือ ผู้บริโภคเข้าไปแล้วว่าการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเหล่านั้นเป็นการบอกต่อประสบการณ์จริงจากผู้ที่อยู่ในฐานะผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนโดยที่ไม่ได้รับคำตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดเพื่อการวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุนนั้น จึงเป็นการที่ผู้บริโภคถูกจูงใจจากบทวิจารณ์ดังกล่าว ให้สนใจและเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามผู้วิจารณ์ แม้ในขณะที่แรกผู้บริโภคที่ได้รับสารจากผู้วิจารณ์อาจจะยังไม่มี ความสนใจในสินค้าหรือบริการรายดังกล่าวเลยก็ตาม ทำให้สิทธิของผู้บริโภคถูกระทบ กล่าวคือผู้บริโภคถูกระทบสิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ โดยที่ได้กล่าวมาแล้วว่าพฤติกรรมของผู้บริโภคเปลี่ยนไปในทางที่จะสืบค้นข้อมูลของสินค้าและบริการด้วยตนเองมากขึ้นและผู้บริโภคจะตัดสินใจเลือกซื้อหรือรับบริการต่อเมื่อตนเองพอใจในข้อมูลที่ได้สืบค้นมาอย่างดีแล้ว แต่เมื่อได้พบเห็นการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของผู้วิจารณ์ที่กำลังประชาสัมพันธ์ให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจแต่แสดงตัวเองว่าเป็นผู้บริโภค จึงก่อให้เกิดความหลงผิดในข้อมูลดังกล่าวว่าเป็นการบอกเล่าจากประสบการณ์ของผู้บริโภคจริง ถือเป็น การแทรกแซงกระบวนการค้นหาข้อมูลของสินค้าและบริการของผู้บริโภค อันก่อให้เกิดการหลงเชื่อและเข้าใจว่า ข้อมูลข่าวสารที่ตนได้รับนั้นเพียงพอแล้วจึงตัดสินใจเลือกซื้อหรือเข้ารับบริการตามผู้วิจารณ์ อีกทั้งเมื่อผู้บริโภคหลงผิดว่าผู้วิจารณ์เป็นผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนทำให้ความระมัดระวังในการรับข้อมูลลดน้อยลง เนื่องจากเข้าใจว่าเป็นการวิจารณ์ที่ไม่มีเจตนาอื่นแอบแฝง แต่หากผู้บริโภคทราบว่าเป็นการโฆษณาประชาสัมพันธ์จากผู้ประกอบธุรกิจจะทำให้มีความเชื่อถือในข้อมูลน้อยลงและใช้ความระมัดระวังในการรับข้อมูลมากขึ้น โดยพยายามสืบหาข้อมูลจากแหล่งอื่นมากขึ้นก่อนการตัดสินใจเลือกซื้อหรือรับบริการ นอกจากนั้นยังกระทบสิทธิของผู้บริโภคที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ เนื่องจากผู้บริโภคถูกโน้มน้าวให้สนใจและตัดสินใจเลือกซื้อหรือรับบริการโดยผู้วิจารณ์ที่กำลังประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ แต่การวิจารณ์ดังกล่าวมิได้เปิดเผยว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าผู้วิจารณ์มี

สถานะเป็นผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนจึงก่อให้เกิดการเลือกซื้อสินค้าและบริการนั้นตามผู้วิจารณ์ ถือได้ว่าผู้บริโภคขาดอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการอันเนื่องมาจากพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความหลงผิดโดยผู้วิจารณ์ และเป็นการโน้มน้าวใจผู้บริโภคด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรม

2.2 แนวคิดพื้นฐานของการแข่งขันทางการค้า

เนื่องจากสภาพสังคมและเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันมีผู้ประกอบการหรือผู้ผลิตในตลาดสินค้าและผู้ให้บริการในตลาดบริการมากมายหลากหลาย โดยในสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งหรือบริการชนิดใดชนิดหนึ่งจะมีผู้ประกอบการอยู่ในจำนวนมากก่อให้เกิดกระบวนการในการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันขึ้นมา เพื่อให้สินค้าและบริการของตนเองเป็นที่ต้องการของผู้บริโภคและธุรกิจสามารถอยู่รอดต่อไปได้ในสังคม นอกจากนี้หากตลาดสินค้าและบริการมีผู้ประกอบการหลายรายแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมจะทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถเอาเปรียบผู้บริโภคด้านราคาได้ เพราะหากสินค้าหรือบริการของตนแพงกว่าของผู้ประกอบการรายอื่นย่อมทำให้ผู้บริโภคหันไปเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้อื่น รวมถึงเพิ่มอัตราการแข่งขันเพื่อพัฒนาสินค้าหรือบริการให้มีคุณภาพและมีประสิทธิภาพที่เหนือกว่าผู้ประกอบการรายอื่นด้วย ทั้งนี้มาตรการทางกฎหมายในการแข่งขันทางการค้าจึงเป็นมาตรการในการแก้ไขปัญหาการผูกขาดตลาดของผู้มีอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือในสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือกลุ่มหนึ่งมีอำนาจในการกำหนดราคาและปริมาณของสินค้าและบริการได้โดยอิสระ ก่อให้เกิดการแสวงหาผลกำไรจากผู้บริโภคได้ตามต้องการหรือเป็นกรณี que ผู้ประกอบการหลายรายตกลงร่วมมือไม่แข่งขันกันทางด้านราคาแต่ร่วมกันกำหนดราคาหรือปริมาณการผลิตของสินค้าหรือบริการนั้นด้วยกัน (Cartel) จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการทางกฎหมายในการแข่งขันทางการค้ามาควบคุมเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถดำรงอยู่และแข่งขันในตลาดได้ รวมถึงคุ้มครองผู้บริโภคจากการถูกเอารัดเอาเปรียบโดยผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ทั้งนี้ ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าตลาดสินค้าและบริการในปัจจุบันมีผู้ประกอบการหลายรายในสินค้าประเภทเดียวกัน การแข่งขันทางการค้าจึงมุ่งไปที่การโฆษณา ประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของตนเอง ให้อยู่ในความสนใจและความนึกคิดของผู้บริโภค เพื่อโน้มน้าวใจให้ผู้บริโภคสนใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของตนและจากที่ได้ศึกษามาแล้วเกี่ยวกับพฤติกรรมหารหาข้อมูลของผู้บริโภคในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศที่ก่อนการตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการ ผู้บริโภคจะค้นหาข้อมูลและเชื่อถือข้อมูลจากผู้ประกอบการน้อยลง เนื่องจากเป็นข้อมูลที่ถูกรังแต่ให้มีแต่ด้านดี แต่กลับเชื่อถือข้อมูลจากผู้ที่มีประสบการณ์จริง ซึ่งอยู่ในฐานะผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนมากขึ้น โดยเฉพาะการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยบุคคลที่ผู้บริโภครู้จักหรือเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือมีความรู้ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการดังกล่าว ย่อมเพิ่มแรงจูงใจให้ผู้บริโภคสนใจ

ตามที่ผู้วิจารณ์บอกเล่า ต่อมาจึงเกิดวิธีการโฆษณาประชาสัมพันธ์รูปแบบใหม่คือการทำที่ผู้ประกอบธุรกิจว่าจ้างหรือให้ผลประโยชน์อื่นใดแก่ผู้วิจารณ์เพื่อให้ผู้วิจารณ์เขียนบทวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุนผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยไม่ได้ชี้แจงให้ผู้อ่านทราบว่า การวิจารณ์ดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจหรือมีผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้สนับสนุน เมื่อพฤติกรรมของผู้บริโภคมีแนวโน้มเชื่อถือข้อมูลในลักษณะนี้อยู่แล้ว ย่อมเป็นการชักจูงผู้บริโภคให้เลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามผู้วิจารณ์อันถือเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือไม่จะได้พิจารณาต่อไปในบทที่ 4

2.3 ความหมายและรูปแบบของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

2.3.1 ความหมายของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

การวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต สามารถแยกออกได้เป็น “การวิจารณ์” และ “ระบบอินเทอร์เน็ต” และโดยที่การวิจารณ์ในยุคปัจจุบัน มีลักษณะแตกต่างจากในอดีตตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว เมื่อมีการกระทำผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจึงสามารถจำแนกคำที่มีความเกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตและช่องทางในการวิจารณ์ได้ ดังนี้

1) ระบบอินเทอร์เน็ต (Internet System)

อินเทอร์เน็ต (Internet) หรือ เน็ต (Net) มาจากคำว่า “Inter Connection Network” หมายถึง การที่คอมพิวเตอร์เดี่ยวๆ แต่ละเครื่องเชื่อมโยงติดต่อกันเป็นเครือข่ายขนาดใหญ่ทั่วทั้งโลกลักษณะคล้ายใยแมงมุมที่ไร้ขอบเขตจำกัดทำให้สามารถติดต่อสื่อสาร หรือเคลื่อนย้ายข้อมูลข่าวสารจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่งได้ แม้มีระยะทางห่างไกลกันมาก โดยสามารถส่งข้อมูลแก่กันได้หลายรูปแบบทั้งข้อความตัวอักษร ภาพถ่าย ภาพเคลื่อนไหว และ เสียง ระบบอินเทอร์เน็ตนับเป็นอภีระบบเครือข่ายที่ยิ่งใหญ่มากมีเครื่องคอมพิวเตอร์จำนวนมากมายทั่วโลกเชื่อมต่อกับระบบทำให้ผู้คนที่แม้จะอยู่ห่างไกล คนละทวีป คนละมุมโลกก็สามารถติดต่อสื่อสารกันได้โดยไม่ต้องเดินทางไปพบปะกันโดยตรง อีกทั้งยังสามารถพูดคุยติดต่อสื่อสารกันได้ตลอด 24 ชั่วโมงจนมีคนเคยกล่าวไว้ว่าระยะทางไม่เป็นอุปสรรคต่อการสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

ประโยชน์ของระบบอินเทอร์เน็ต เช่น

ก) ด้านการศึกษา ระบบอินเทอร์เน็ตสามารถใช้เป็นเสมือนห้องสมุดขนาดใหญ่สำหรับค้นคว้าข้อมูลต่างๆ โดยเป็นแหล่งค้นคว้าหาข้อมูลได้ทุกเรื่องและจากทั่วทุกมุมโลก ไม่ว่าจะ เป็นข้อมูลทางวิชาการ ข้อมูลด้านการบันเทิง ด้านการแพทย์และอื่น ๆ ที่น่าสนใจ โดยไม่จำกัดเฉพาะหนังสือหรือบทความที่เป็นตัวอักษรเท่านั้นแต่ยังรวมถึงข้อความเสียงและภาพเคลื่อนไหวต่าง ๆ เป็นต้น

ข) ด้านสังคม ระบบอินเทอร์เน็ตสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการกระจายข่าวสาร การขอความช่วยเหลือ และการขอความร่วมมือต่างๆ ของคนในสังคมนั้นๆ อีกด้วย

ค) ด้านธุรกิจ ระบบอินเทอร์เน็ตทำให้เกิดสภาพคล่องในการซื้อขายสินค้าและชำระราคากันได้ แม้ไม่ได้เดินทางไปยังร้านค้าหรือธนาคารก็ตาม เช่นกรณีของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-commerce) อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือให้บริษัทหรือองค์กรต่างๆ ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษาปัญหาต่างๆ แก่ผู้บริโภคที่เป็นลูกค้าของตนเอง รวมถึงเป็นช่องทางสำหรับประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการ หรือสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของผู้ประกอบธุรกิจเอง อีกนัยหนึ่งระบบอินเทอร์เน็ตทำให้ผู้บริโภคสามารถพบปะพูดคุยแลกเปลี่ยนประสบการณ์และความคิดเห็นของตนเองต่อสินค้าและบริการได้อย่างกว้างขวางอันจะเป็นประโยชน์ต่อองค์กรธุรกิจต่างๆ ด้วยเช่นกัน

ง) ด้านบันเทิง เช่นการค้นหานิตยสาร และวารสารต่างๆ ผ่านระบบระบบอินเทอร์เน็ตที่เรียกว่า Magazine Online รวมทั้งหนังสือพิมพ์และข่าวสารอื่นๆ รวมถึงสามารถฟังวิทยุผ่านระบบอินเทอร์เน็ตได้และยังใช้สำหรับพบปะพูดคุย แลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับเพื่อน เล่นเกมส์ หรือดูละคร และภาพยนตร์ได้

จ) ด้านการสื่อสาร ระบบอินเทอร์เน็ตสามารถใช้แทนหรือเสริมสื่อที่ใช้ติดต่อสื่อสารในปัจจุบัน โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย หรือเสียค่าใช้จ่ายน้อย และใช้เวลาลดลง เช่นการคุยโทรศัพท์หรือส่งข้อความผ่านระบบอินเทอร์เน็ต อีกทั้งยังสามารถดึงข้อมูล (Download) และแบ่งปันข้อมูล (Upload) ระหว่างกันได้

2) เว็บไซต์ (Website)

คือศูนย์รวมข้อมูลเอกสารดิจิทัล อันได้แก่ข้อมูลที่เป็นลักษณะของข้อความ รูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว หรือเสียง โดยสามารถใช้งานเว็บไซต์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายส่วนบุคคล

สำหรับเครื่องมือหรือโปรแกรมในการเปิดอ่านเว็บ เรียกว่าเว็บเบราว์เซอร์ (Web Browser) อาจเรียกสั้นๆ ว่าเบราว์เซอร์ซึ่งสามารถหามาใช้งานได้ฟรี ปัจจุบันเบราว์เซอร์ที่เป็นที่นิยม ได้แก่ Internet Explorer, Google Chrome, Mozilla Firefox, Safari การใช้งานเว็บเบราว์เซอร์นั้นจะทำให้ผู้ใช้งานสามารถมองเห็นสิ่งต่างๆ ในเว็บไซต์ที่ผู้สร้างได้จัดทำขึ้น

เว็บไซต์ส่วนใหญ่ถูกจัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำเสนอข้อมูลผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยอาจเป็นเว็บไซต์ที่นำเสนอข้อมูลส่วนตัวหรือเว็บไซต์ในรูปของธุรกิจเพื่อขายสินค้าและบริการ หรือเพื่อประชาสัมพันธ์องค์กร อาทิเว็บไซต์องค์กร เช่น www.chula.ac.th ในบางเว็บไซต์ผู้เข้าเยี่ยมชมเว็บไซต์ซึ่งเป็นผู้บริโภคเองสามารถวิจารณ์ (Consumer Review) และแสดงความคิดเห็นของตนเอง (Consumer Opinion) เผยแพร่ต่อผู้เข้าเยี่ยมชมรายอื่นๆ ได้ด้วย ตัวอย่างเว็บไซต์เปรียบเทียบราคา เช่น www.nextag.com เว็บไซต์วิจารณ์และให้คะแนนสินค้าและบริการ เช่น www.tripadvisor.com เป็นต้น เว็บไซต์จึงเป็นช่องทางของการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนี้ด้วยเช่นกัน และโดยทั่วไปเว็บไซต์จะให้บริการโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายแก่ผู้เข้าเยี่ยมชม เนื่องจากรายได้ส่วนใหญ่ของเว็บไซต์มาจากค่าโฆษณา การที่เว็บไซต์มีผู้มาลงโฆษณามากหรือน้อยมีปัจจัยหลักมาจาก

จำนวนผู้เข้าชมเว็บไซต์ หากเว็บไซต์ใดมีความน่าสนใจย่อมทำให้มีผู้เข้าชมจำนวนมากและเป็นที่รู้จักในสังคมออนไลน์อันส่งผลให้ร้านค้าและผู้ประกอบธุรกิจต่างๆ สนใจที่จะลงโฆษณาทางเว็บไซต์ดังกล่าว โดยอาจอยู่ในรูปแบบของโฆษณาทั่วไป เช่นแบนเนอร์โฆษณา (Banner Ads) และ โฆษณาป๊อปอัพ (Pop-up ads) หรืออยู่ในรูปแบบของการวิจารณ์สินค้าและบริการโดยผู้ประกอบธุรกิจ (Sponsor Review) เผยแพร่ในเว็บไซต์ แต่ในทางกลับกันหากเว็บไซต์ใดไม่เป็นที่น่าสนใจมีผู้เข้าชมจำนวนน้อยร้านค้าและผู้ประกอบธุรกิจทั้งหลายย่อมไม่สนใจที่จะลงโฆษณาทางเว็บไซต์นั้นซึ่งอาจทำให้เว็บไซต์ต้องปิดตัวลง เนื่องจากไม่มีรายได้จากการโฆษณาหรือไม่มีผู้สนับสนุนมาพัฒนาเว็บไซต์ต่อไป

ปัจจุบันเว็บไซต์ได้เข้ามามีบทบาทในแวดวงธุรกิจแทบทุกชนิดทั้งธุรกิจขนาดใหญ่และเล็ก เหตุผลหนึ่งในการมีเว็บไซต์ของภาคธุรกิจนั้นเพื่อเป็นการเพิ่มความน่าเชื่อถือให้กับองค์กรธุรกิจของตน อีกทั้งเว็บไซต์ยังสร้างประโยชน์โดยสามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคและครอบคลุมผู้บริโภคหรือกลุ่มลูกค้าเป้าหมายได้อย่างไร้ขีดจำกัดอีกด้วยเพราะสามารถเข้าเยี่ยมชมข้อมูลเว็บไซต์จากอินเทอร์เน็ตได้ทั่วโลก²⁵ นอกจากนี้เว็บไซต์จะไร้พรมแดนแล้วยังเปิดบริการตลอด 24 ชั่วโมง เปรียบได้กับธุรกิจที่มีสาขาอยู่ทั่วโลก และเปิดให้ผู้สนใจเข้ามาเข้าชมได้ตลอดวัน

3) การวิจารณ์ (Review)

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของคำว่า “วิจารณ์” คือให้คำตัดสินสิ่งที่เป็นศิลปกรรมหรือวรรณกรรมเป็นต้น โดยผู้มีความรู้ควรเชื่อถือได้ว่ามีค่าความงาม ความไพเราะดีอย่างไร หรือมีข้อขาดตกบกพร่องอย่างไรบ้าง เช่นเขาวิจารณ์ว่าหนังสือเล่มนี้แสดงปัญหาสังคมในปัจจุบันได้ดีมาก สมควรได้รับรางวัล, ดิชม, มักใช้เต็มคำว่าวิพากษ์วิจารณ์ เช่นคนดูหนังวิพากษ์วิจารณ์ว่าหนังเรื่องนี้ดำเนินเรื่องซ้ำทำให้คนดูเบื่อ

จากความหมายข้างต้นสามารถให้ความหมายของการวิจารณ์ หมายถึงการถ่ายทอดความคิดเห็นของผู้วิจารณ์ต่อสิ่งต่างๆ รอบตัว โดยแสดงจุดเด่น จุดด้อย ข้อดี ข้อบกพร่อง ตลอดจนความรู้สึกส่วนตัวเกี่ยวกับสิ่งนั้นๆ อย่างมีเหตุผลมีความเป็นกลางปราศจากอคติมีข้อมูลสนับสนุนความคิดเห็น และมีความรู้จริงต่อสิ่งที่วิจารณ์ โดยมีได้เป็นการโจมตีให้ผู้ที่ถูกวิจารณ์เกิดผลเสียอย่างร้ายแรง นอกเหนือไปจากความคิดเห็น หรือความรู้สึกที่แท้จริงของผู้วิจารณ์ต่อสิ่งที่วิจารณ์เป็นการกล่าวถึงรายละเอียดของสิ่งที่วิจารณ์อย่างชัดเจนดังนั้น ผู้วิจารณ์ควรมีความรู้ในเรื่องที่วิจารณ์มากพอจึงสามารถประเมินว่าสิ่งที่วิจารณ์นั้น ดีหรือไม่อย่างไร ในด้านนี้นั้นจะแสดงถึงความชื่นชม ความประทับใจ และความพึงพอใจ พร้อมให้เหตุผลของความน่าสนใจ สำหรับในด้านไม่ต้ออาจชี้ให้เห็นถึงข้อท้วงติง หรือข้อบกพร่อง ขณะเดียวกันก็เสนอแนวทางแก้ไขให้ดีขึ้นหรือให้ข้อมูล ความรู้ที่ถูกต้อง หาก

²⁵ ปัญญารัตน์ ขอหอมกลาง, "เว็บไซต์ (Web Site) หมายถึง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 กรกฎาคม 2556. แหล่งที่มา: <http://panyaras.blogspot.com/2010/05/web-site-web-page-home-page-links-www.html>

สิ่งที่วิจารณ์นั้นมีการอ้างอิงข้อมูลคลาดเคลื่อน การวิจารณ์ในลักษณะที่มีการให้ข้อมูลอย่างสมเหตุสมผลนี้จึงจะเป็นการวิจารณ์ที่สร้างสรรค์ และให้ประโยชน์แก่ผู้อ่านในการตัดสินใจ เลือกชม เลือกซื้อ เลือกใช้บริการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของผลงาน สินค้าหรือบริการที่ผู้วิจารณ์นำมาวิจารณ์ด้วย

การวิจารณ์สินค้าและบริการนั้นโดยส่วนมากจะจัดทำจากผู้ที่ได้ใช้สินค้าหรือบริการด้วยตนเอง โดยอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นกลุ่มก็ได้ โดยเผยแพร่การวิจารณ์นั้นให้บุคคลอื่นได้ทราบ และเนื่องจากการวิจารณ์ที่ดีควรมีเนื้อหาและรายละเอียดที่ครบถ้วนทั้งรายละเอียดทั่วไปของสิ่งที่วิจารณ์ การแสดงความคิดเห็น บทสรุป และข้อเสนอแนะเพื่อให้ความรู้และประโยชน์แก่ผู้อ่านนำไปพิจารณาเลือกซื้อสินค้าหรือบริการต่อไปได้ แต่ในกรณีที่เป็นการวิจารณ์ในอีกลักษณะหนึ่งที่มีจำนวนมากคือการจัดทำกรวิจารณ์เฉพาะการแสดงความคิดเห็นสั้นๆ กระชับแต่ชัดเจนต่อสิ่งที่ตนวิจารณ์แต่อาจไม่ได้ให้ความรู้แก่ผู้อ่านเพิ่มเติม นอกเสียจากข้อสรุปว่าสิ่งนั้นดีหรือไม่ดี อีกทั้งการวิจารณ์อาจไม่ได้จำกัดเฉพาะข้อความตัวอักษรเพียงอย่างเดียว แต่อาจรวมถึงรูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว เสียง หรือการสื่อสารด้วยวิธีอื่นใดด้วย และด้วยปัจจุบันนี้เป็นยุคแห่งการสื่อสารไร้สายที่ระบบอินเทอร์เน็ตมีความสำคัญต่อชีวิตประจำวันของคนในสังคมเป็นอย่างมากทำให้เกิดการรวมกลุ่มกันของผู้คนที่ชื่นชอบ หรือสนใจในสิ่งคล้ายคลึงกันจนเกิดเป็นสังคมขนาดย่อมๆ ในโลกอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นสถานที่ที่ผู้คนจากต่างสถานที่ได้ทำความรู้จักกัน พูดคุย แลกเปลี่ยนข้อมูลและความรู้ รวมถึงแสดงความคิดเห็นของตนเองต่อสิ่งต่างๆ ที่ตนได้พบเจอมา การวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตทั้งทางเว็บไซต์ หรือสื่อสังคมออนไลน์อื่นๆ จึงเกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย และครอบคลุมถึงความสนใจในทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นความงาม ร้านอาหาร โรงแรม การท่องเที่ยว การรักษาพยาบาล อุปกรณ์ถ่ายรูป หรืออุปกรณ์กีฬาเป็นต้น ประกอบกับความเชื่อของผู้บริโภคมีแนวโน้มที่จะเชื่อถือข้อมูลที่ได้จากสื่อดั้งเดิม เช่น โทรทัศน์ วิทยุ และหนังสือพิมพ์น้อยลง เนื่องจากส่วนใหญ่เป็นข้อมูลที่มาจากผู้ประกอบการหรือเจ้าของธุรกิจเอง โดยผู้บริโภคที่ใช้งานอินเทอร์เน็ตในยุคนี้เริ่มคัดกรองข้อความโฆษณาที่ถูกปรุงแต่งมาอย่างพิถีพิถันออกไป แต่มีแนวโน้มที่จะเชื่อถือข้อมูลที่รับจากผู้ที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการ หรือเจ้าของธุรกิจ แต่เป็นข้อมูลจากบุคคลใกล้ชิด หรือผู้ที่มีประสบการณ์จากการได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นๆ ด้วยตนเองซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนมากขึ้น ดังเช่นผลสำรวจของNeilson ในรูปภาพที่ 1 ของบทที่ 2

การวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจึงมีอิทธิพลต่อการเลือกซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภคในปัจจุบันเป็นอย่างมากเพราะสินค้าและบริการนั้น แม้จะมีคุณลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันแต่มีหลายตัวเลือกจากหลากหลายองค์กรธุรกิจให้ตัดสินใจเลือกซื้อและเลือกใช้บริการจึงเกิดความไม่แน่ใจแก่ผู้บริโภคว่าจะเลือกสินค้านั้นไหน หรือของผู้ประกอบการรายใด หรือจะเลือกเข้ารับบริการจากสถานบริการแห่งใด และสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายมีข้อดี หรือข้อเสียอย่างไร สิ่งแรกที่ผู้ซื้อจะลงมือหาข้อมูลคือการสืบค้นข้อมูลเพื่อทำการเปรียบเทียบผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยส่วนมากจะค้นหาทวิจาณ์จากผู้บริโภคคนอื่นๆ ที่บอกเล่าถึงประสบการณ์ที่ได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นจริง เนื่องจากจะเป็นข้อมูลที่ถูกต้องและเป็นจริงมากกว่าข้อมูลจากผู้ประกอบการ หรือเจ้าขององค์กรธุรกิจที่คำโฆษณาได้ถูกปรุงแต่งให้แสดงแต่ผลในด้านดี

โดยที่หากบทวิจารณ์ที่ค้นพบ ส่วนใหญ่เป็นแนวสนับสนุน ชื่นชม หรือพอใจในสินค้าและบริการนั้น โดยเฉพาะหากผู้วิจารณ์เป็นผู้มีชื่อเสียง น่าเชื่อถือ หรือมีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสินค้า หรือบริการประเภทนั้น โดยเฉพาะจะยิ่งมีอิทธิพลให้ผู้บริโภคเลือกซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการตามผู้วิจารณ์มากยิ่งขึ้นจึงเป็นการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการบนพื้นฐานของข้อมูลจากการวิจารณ์ที่แสดงออกโดยผู้บริโภครายอื่นๆ

4) ผู้วิจารณ์ (Reviewer)

หมายถึงผู้ที่เผยแพร่การวิจารณ์ของตนเองให้บุคคลอื่นได้รับทราบ สำหรับการเผยแพร่บทวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้นอาจเป็นเพียงการเผยแพร่กับบุคคลเฉพาะกลุ่มที่ตนกำหนด หรือเฉพาะที่ตนอนุญาตเท่านั้น เช่นการเผยแพร่บนเว็บไซต์ส่วนตัวที่ตั้งค่าความปลอดภัยไว้ บุคคลอื่นที่ไม่ได้รับอนุญาตจะไม่สามารถอ่านข้อความได้ หรือเผยแพร่แก่บุคคลทั่วไป เช่นการเผยแพร่บนเว็บไซต์สาธารณะ หรือบนเว็บไซต์ส่วนตัวที่ตั้งค่าสาธารณะไว้ หรืออีกนัยหนึ่งคือเป็นเว็บไซต์ส่วนตัว แต่อนุญาตให้ทุกคนเห็นข้อความได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตเป็นรายบุคคลอีก

5) สื่อสังคมออนไลน์ (Social Media)²⁶

พื้นฐานการเกิดสื่อสังคมออนไลน์มาจากความต้องการของมนุษย์ในการติดต่อสื่อสาร หรือมีปฏิสัมพันธ์กัน จากเดิมเรามีเว็บในยุค 1.0 คือเว็บที่แสดงเนื้อหาอย่างเดียว หรือคือการสื่อสารฝ่ายเดียวจากเจ้าของเว็บไซต์ ผู้อ่านไม่สามารถติดต่อหรือโต้ตอบกับเจ้าของเว็บไซต์ รวมถึงไม่สามารถติดต่อระหว่างกันได้ แต่เมื่อเทคโนโลยีเว็บพัฒนาเข้าสู่ยุค 2.0 จึงมีการพัฒนาเว็บไซต์ที่สามารถโต้ตอบระหว่างผู้ใช้งานได้มากขึ้นทำให้ผู้ใช้งานแต่ละคนสามารถโต้ตอบกันได้ผ่านหน้าเว็บไซต์เกิดเป็นสื่อสังคมออนไลน์ กล่าวคือเป็นสื่อที่ผู้ส่งสารแบ่งปันสารซึ่งอยู่ในรูปแบบต่างๆ ทั้งตัวอักษร เสียง รูปภาพ หรือภาพเคลื่อนไหว เป็นต้น ไปยังผู้รับสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยเป็นการสื่อสารสองทางหรือมีการตอบสนองได้หลายทิศทาง คือสามารถมีปฏิสัมพันธ์โต้ตอบกันได้ โดยมีผู้ส่งสารเป็นผู้บอกเล่าเรื่องราวประสบการณ์ของตนเองหรือแบ่งปันสิ่งต่างๆ ให้กับผู้อื่น²⁷ สื่อสังคมออนไลน์มีหลากหลายวัตถุประสงค์ เช่นเพื่อความบันเทิง การศึกษา ด้านธุรกิจ หรืออีกนัยหนึ่งวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ตัวตน เผยแพร่ผลงาน หรือรวมกลุ่มบุคคลที่มีความสนใจตรงกัน โดยที่ประเภทของสื่อสังคมออนไลน์มีมากมายหลากหลายรูปแบบและเป็นที่ยอมรับใช้กันมาก เช่นเฟซบุ๊ก (Facebook) บล็อก (Blog) ทวิต

²⁶ Goodeyview (นามปากกา), "Social Media กับการทำงาน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 กรกฎาคม 2556. แหล่งที่มา: <http://humanrevod.wordpress.com/2012/09/24/social-media-at-work/>

²⁷ Nan Hu, Ling Liu, and Vallabh Sambamurthy, "Fraud Detection in Online Consumer Reviews," *Decision Support Systems* (February, 2011): 1.

เตอร์ (Twitter) เครือข่ายสังคมออนไลน์อื่นๆ (Social Networking) กระดานข่าว (Webboard) และการแบ่งปันสื่อทางออนไลน์ (Media Sharing)

สื่อสังคมออนไลน์เป็นสื่อยุคใหม่ที่กำลังเข้ามามีบทบาทสำคัญทั้งชีวิตประจำวันของผู้คนทั่วไป และการดำเนินธุรกิจขององค์กรต่างๆ แทนสื่อในรูปแบบดั้งเดิมอย่าง โทรทัศน์ หรือ วิทยุ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นสื่อที่องค์กรธุรกิจเริ่มนิยมใช้เป็นช่องทางสื่อสารทางการตลาดเพื่อประชาสัมพันธ์ และทำกิจกรรมการตลาดผ่านระบบอินเทอร์เน็ต หลากหลายรูปแบบทั้งนี้ สื่อสังคมออนไลน์ถือได้ว่าเป็นช่องทางยอดนิยมที่ผู้บริโภคสามารถวิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็นของตนเองต่อสินค้าหรือบริการเผยแพร่ให้บุคคลอื่นได้รับทราบข้อมูล อีกทั้งยังเป็นช่องทางในการวิจารณ์สินค้าและบริการของผู้ประกอบธุรกิจโดยแฝงตัวเป็นผู้บริโภคเพื่อให้เข้าถึงกลุ่มลูกค้าเป้าหมายได้อย่างเฉพาะเจาะจงและสามารถดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคได้มากกว่าการโฆษณา ประชาสัมพันธ์ผ่านสื่อหลักแบบเดิม

ตัวอย่างรูปแบบต่างๆ ของสื่อสังคมออนไลน์

ก) Facebook เป็นสื่อสังคมออนไลน์ยอดนิยมสำหรับติดต่อแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร ระหว่างสมาชิก ลักษณะโดยทั่วไปคือผู้ใช้บริการจะต้องสมัครสมาชิกของ Facebook และลงข้อมูลรายละเอียด ประวัติ รวมถึงสามารถลงรูปภาพแสดงตนเองได้ ผู้ใช้บริการสามารถเลือกที่จะตั้งค่าความเป็นส่วนตัว โดยข้อความ รูปภาพ หรือภาพเคลื่อนไหวที่ตนนำมาเผยแพร่นั้นจะมีเฉพาะบุคคลที่ผู้ใช้บริการอนุญาตเท่านั้นที่จะสามารถเห็นได้ หรือตั้งค่าสาธารณะ ให้ทุกคนสามารถเข้ามาอ่านข้อมูล หรือรับชมรูปภาพหรือภาพเคลื่อนไหวได้ โดยที่ตนไม่ต้องอนุญาตเป็นรายบุคคลอีก สิ่งที่มาชิกแต่ละคนเผยแพร่นั้นส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องราวส่วนตัวลายการเขียนบันทึกชีวิตประจำวัน การแสดงความคิดเห็น หรือการแสดงความรู้สึกรู้สึกต่อสิ่งต่างๆ รอบตัวที่ได้พบ และอาจเป็นการแบ่งปันความรู้ และประสบการณ์แก่เพื่อนสมาชิกด้วยกัน โดยปัจจุบันมีหลายบัญชีของผู้ใช้บริการ Facebook ที่ตั้งขึ้นมาเพื่อวิจารณ์สินค้าและบริการโดยเฉพาะหรือเป็นการวิจารณ์โดยอ้อม เช่นกรณีผู้ใช้บริการที่สอนแต่งหน้าผ่านทาง Facebook ย่อมมีการวิจารณ์ว่าเครื่องสำอางของผู้ประกอบธุรกิจรายใดเป็นอย่างไร ดีหรือไม่ดี ในขณะที่มีการสอนนั้นด้วยเป็นต้น

ข) Twitter เป็นสื่อสังคมออนไลน์ รูปแบบของ Microblog กล่าวคือเป็นการให้บริการส่งข้อความประโยคสั้นๆ ไม่เกิน 140 ตัวอักษรส่วนใหญ่ถูกส่งผ่านทางโทรศัพท์มือถือ หรือ คอมพิวเตอร์แบบพกพา วัตถุประสงค์เพื่อบอกกล่าวเรื่องราวของตน เผยแพร่ข้อมูลสั้นๆ ประชาสัมพันธ์ ส่งที่อยู่เว็บไซต์ที่มีการเผยแพร่เสียง ภาพถ่าย หรือภาพเคลื่อนไหว และระบบที่ทำให้ Twitter มีประโยชน์มาก คือระบบติดตามที่ผู้ใช้สามารถติดตาม (Following) สมาชิกคนอื่นๆ ได้ และเมื่อติดตามแล้วก็จะสามารถเห็นข้อความที่สมาชิกท่านนั้นพิมพ์ลงไว้ใน Twitter โดยสามารถ

ติดตามได้คราวละหลายๆ คนซึ่งจะทำให้ทราบว่าสมาชิกท่านอื่นๆ กำลังทำอะไรอยู่ขณะนั้นในทันที และในขณะเดียวกันผู้ที่ติดตามผู้ใช้บริการ (Follower) ก็ยังสามารถเห็นข้อความต่างๆ ที่ผู้ใช้บริการเผยแพร่ใน Twitter เช่นกัน นอกจากนี้ผู้ใช้บริการยังสามารถมีปฏิสัมพันธ์ต่อกันได้ด้วย Twitter จึงเริ่มกลายเป็นเครื่องมือในการกระจายข้อมูล (Broadcast) ของคนๆ หนึ่ง ไปยังคนหลายๆ คนได้อย่างง่ายดายโดยการสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

ยกตัวอย่างสถานการณ์น้ำท่วมกรุงเทพมหานครเมื่อปลายปี พ.ศ. 2554 Twitter ก็เป็นสื่อในการกระจายข้อมูลที่รวดเร็วที่สุดช่องทางหนึ่งมีการเผยแพร่ข้อมูลจากสมาชิกด้วยกัน หรือมีการส่งต่อข้อความของสมาชิกท่านอื่น (Re-tweet) ให้เพื่อนสมาชิกของเราได้อ่านถึงพื้นที่ประสบภัยแบบทันต่อเหตุการณ์ หลายข้อความจะเป็นการแจ้งถึงสถานการณ์จากผู้ประสบภัยเองเพื่อเตือนผู้อื่นที่อยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงให้ระวังตัว หรือเตรียมย้ายออกจากพื้นที่รวมถึงการส่งข้อความขอความช่วยเหลือ หรือให้การช่วยเหลือ และการระดมคนเพื่อช่วยกันจัดเตรียมสิ่งของช่วยเหลือผู้ประสบอุทกภัยในครั้งนั้น

นอกจากนี้แล้ว Twitter ยังเป็นช่องทางให้บรรดาผู้ใช้บริการที่มีผู้ติดตามจำนวนมากๆ หาผลประโยชน์จากการเผยแพร่ และประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอีกด้วย เช่นกรณีของ Kim Kardashian เป็นผู้มีชื่อเสียงในแวดวงบันเทิงและธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีผู้ติดตาม Kim ใน Twitter เป็นจำนวนมาก ประมาณ 18,500,000 คน²⁸ จึงเป็นช่องทางในการทำตลาดของเจ้าของสินค้าและบริการได้เป็นอย่างดี โดยมีวิธีการคือเจ้าของสินค้าและบริการจะส่งสินค้าให้ฟรี หรือจ่ายเงินให้แก่ Kim เพื่อให้ Kim รับรอง (Endorsement) สินค้าหรือบริการนั้นด้วยการถ่ายรูปตัวเองกำลังใช้สินค้านั้นอยู่ หรือแสดงข้อความสนับสนุนสินค้าหรือบริการดังกล่าวเป็นต้น²⁹ ทั้งนี้การแสดงข้อความสนับสนุนสินค้าหรือบริการ หรือการแสดงภาพตนเองคู่กับสินค้าของผู้ใช้บริการ Twitter ที่มีผู้ติดตามจำนวนมากๆ เช่นนี้ ในความจริงแล้ว สร้างความสับสนให้แก่ผู้บริโภคไม่น้อยที่สงสัยว่าเขาเหล่านั้นได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นจริงหรือเป็นเพียงการทำกา

²⁸ Twitter Inc., "Kim Kardashian," [Online] Accessed: 11 October 2013. Available from: <https://twitter.com/KimKardashian>

²⁹ Yahoo omg!, "How Kim Kardashian Makes Her Millions - Lawsuits, Endorsements and Twitter, Oh My! ," [Online] Accessed: 11 October 2013. Available from: <http://omg.yahoo.com/news/kim-kardashian-makes-her-millions-lawsuits-endorsements-twitter-214200020.html>

ประชาสัมพันธ์ให้ผู้ประกอบธุรกิจ³⁰ แต่อย่างไรก็ตามวิธีการดังกล่าวถือเป็นการจูงใจขั้นดีให้ผู้บริโภคจำนวนมากตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามผู้ใช้บริการที่วิจารณ์นั้น

ค) YouTube เป็นรูปแบบของการแบ่งปันผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยให้บริการแลกเปลี่ยนภาพเคลื่อนไหวระหว่างผู้ใช้บริการได้ฟรี เมื่อผู้ใช้บริการสมัครสมาชิกแล้วจะสามารถส่งต่อภาพเคลื่อนไหวเข้าไปไว้ในเว็บไซต์ และแบ่งปันภาพเคลื่อนไหวให้ผู้อื่นดูได้ ไม่ว่าจะเป็นภาพยนตร์ละคร มิวสิควิดีโอ หรือการแสดงความสามารถต่างๆ โดย YouTube มีสโลแกนที่บ่งบอกตัวตนได้อย่างชัดเจนว่า "Broadcast Yourself" แต่หากผู้ใช้บริการไม่ได้สมัครสมาชิกจะสามารถเข้าไปเปิดดูภาพเคลื่อนไหวที่ผู้ใช้บริการคนอื่นๆ เผยแพร่ไว้ใน YouTube ได้ แต่จะไม่สามารถเผยแพร่ภาพเคลื่อนไหวของตนเองได้

ตัวอย่างของนักร้องวง Room 39 เป็นกลุ่มนักร้องที่ประกอบไปด้วยนักร้องชาย 2 คนและนักร้องหญิง 1 คน เริ่มจากการร้องเพลงอยู่ในห้องพัก ณ ประเทศสหรัฐอเมริกาและบันทึกเสียงพร้อมภาพเคลื่อนไหวของตนเองขณะร้องเพลงนำมาเผยแพร่ในเว็บไซต์ YouTube จนโด่งดังในสังคมอินเทอร์เน็ตต่อมาทั้ง 3 คนได้กลับมายังประเทศไทยและปัจจุบันได้เป็นนักร้องในสังกัด LOVEiS

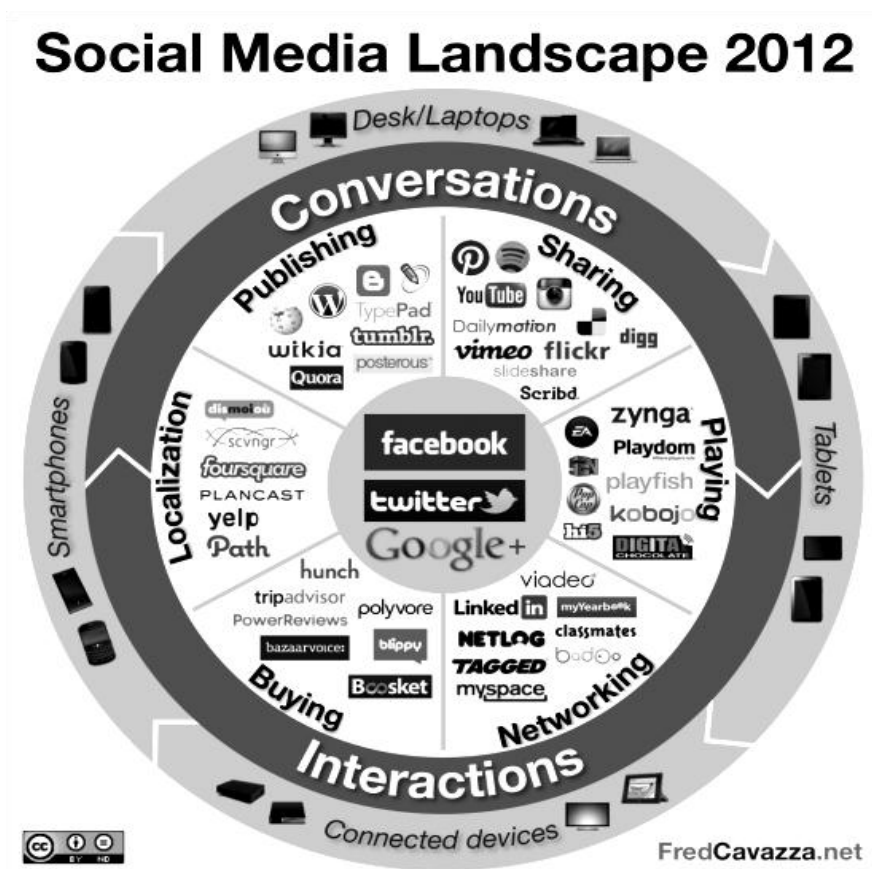
ง) Instagram เป็นรูปแบบของการแบ่งปันภาพถ่าย และภาพเคลื่อนไหว หรือโปรแกรมสำหรับถ่ายรูปภาพ และบันทึกภาพเคลื่อนไหว หรือนำรูปภาพที่ถ่ายไว้แล้วมาตกแต่งสีภาพบนโทรศัพท์มือถือ โดยสามารถเลือกปรับภาพได้หลากหลายรูปแบบตามความชอบส่วนตัวของผู้ใช้บริการ และแบ่งปันแก่เพื่อนสมาชิก อีกทั้งยังมีระบบติดตาม คล้ายกับ Twitter ให้ผู้ใช้งานสามารถเลือกติดตามชมรูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว หรือการใช้งานของเพื่อน ๆ สมาชิกคนอื่น หากผู้ใช้งานชอบรูปภาพไหนหรือต้องการมีปฏิสัมพันธ์กับเจ้าของรูปภาพก็สามารถแสดงความคิดเห็นได้รูปภาพนั้นๆ ได้ ด้วยระบบติดตามที่ Instagram มีคล้ายกับ Twitter ทำให้มีวิธีการทำการตลาดคล้ายคลึงกับ Twitter ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

จ) เว็บบอร์ดเป็นสื่อสังคมออนไลน์ที่มีลักษณะเป็นกระดานสนทนา สำหรับแจ้งข่าวสาร ข้อมูล หรือแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกัน โดยอาจมีระบบสมาชิกหรือไม่ก็ได้ซึ่งเว็บบอร์ดอนุญาตให้สมาชิก หรือผู้เยี่ยมชมเว็บบอร์ดตั้งหัวข้อ ซึ่งเรียกกันว่า "กระทู้" เพื่อประกาศข่าวสาร แบ่งปันข้อมูล สอบถาม หรือแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันได้ ตัวอย่าง เว็บบอร์ดที่เป็นที่นิยมของไทย

³⁰Aby Sam Thomas, "Celebrity tweet or celebrity endorsement? It's getting harder to tell " [Online] Accessed: 11 October 2013. Available from: <http://www.allvoices.com/contributed-news/14783304-celebrity-tweet-or-celebrity-endorsement-its-getting-harder-to-tell>

ได้แก่ www.jeban.com, www.pantip.com, www.thaidphoto.com เป็นต้น โดยที่เว็บบอร์ดนั้น เป็นช่องทางหนึ่งให้บุคคลทั่วไป สามารถมีชื่อเสียงมีคนชื่นชอบ และเชื่อถือในโลกอินเทอร์เน็ตได้ ด้วยการแบ่งปันข้อมูลแก่ผู้ใช้บริการคนอื่นๆ หากข้อมูลมีความน่าสนใจ และมีประโยชน์ยอมทำให้ผู้ที่ได้อ่านมีความสนใจที่จะติดตามอ่านข้อความที่ผู้ใช้บริการคนดังกล่าวเผยแพร่ทั้งนี้การเผยแพร่ข้อความนั้นมีจำนวนไม่น้อยที่อยู่ในรูปแบบของการวิจารณ์สินค้าและบริการที่ตนได้ซื้อ หรือได้เข้ารับบริการมา สิ่งที่มาคือช่องทางของการทำประชาสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจ เช่นเดียวกับสื่อสังคมออนไลน์ชนิดอื่นๆ แต่เว็บบอร์ดจะแตกต่างกันในแง่ของผู้วิจารณ์ โดยส่วนมากแล้วเริ่มต้นมาจากผู้บริโภคที่เป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป ไม่ได้เป็นผู้มีชื่อเสียงและเมื่อสั่งสมความน่าเชื่อถือและความชื่นชมจากผู้บริโภครายอื่นที่ได้อ่านบทวิจารณ์นั้นก็เกิดผลประโยชน์ตามมาเช่นกัน หรือเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจแฝงตัวเองเป็นผู้บริโภค และทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการลงในเว็บบอร์ด เป็นต้น

ฉ) Line เป็นโปรแกรมติดต่อสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ได้รับความนิยม โดยส่วนมากสมาชิกจะใช้บริการติดต่อกันผ่านตัวอักษร หรือเป็นอีกวิธีหนึ่งที่สามารถใช้แทนโทรศัพท์ โดยผ่านระบบอินเทอร์เน็ตได้ ปัจจุบัน Line ได้พัฒนาโดยสามารถตั้งกลุ่มสำหรับประชาสัมพันธ์องค์กร ธุรกิจ นักแสดง นักร้อง หรือสินค้าและบริการของผู้ประกอบธุรกิจต่างๆ ได้ด้วย



รูปภาพที่ 3 ภาพรวมของสื่อสังคมออนไลน์ที่แบ่งเป็นประเภทต่างๆ³¹

6) บล็อก (Blog)

มาจากคำว่า “Weblog”³² เป็นเว็บไซต์เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทหนึ่ง ลักษณะเป็นการบันทึกข้อมูล หรือบทความของตนเองผ่านระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งบล็อกแต่ละบล็อกนั้น อาจมีผู้เขียนเพียงคนเดียว หรือหลายคนช่วยกันเขียนก็ได้ ลักษณะเหมือนเป็นการเขียนไดอารี่ส่วนตัว ลงบนเว็บไซต์เป็นช่องทางหนึ่งในการเปิดเผยตนเองต่อโลกอินเทอร์เน็ต โดยเนื้อหาของบทความใน บล็อกนั้นจะครอบคลุมได้ทุกอย่างทั้งเรื่องราวส่วนตัว ชีวิตประจำวันของผู้เขียน การให้ความรู้ การแบ่งปันประสบการณ์ การนำเสนอผลงาน หรือการเขียนลักษณะที่เป็นที่นิยมคือการเขียนบทความ เฉพาะด้านต่างๆ เช่นการแตงนินยาย ความสวยความงาม แฟชั่น การถ่ายรูป การท่องเที่ยวที่พัก อาหาร หรือกีฬา เป็นต้น และเนื่องจากบล็อกเป็นเนื้อหาที่มาจากความคิด และประสบการณ์ของ

³¹ Frédéric Cavazza, "Social Media Landscape 2012," [Online] Accessed: 17 September 2013. Available from: <http://www.fredcavazza.net/2012/02/22/social-media-landscape-2012/>

³² สุริรัตน์ โพธิ์ทอง, ทำ Blog ยังไง ให้ทำเงิน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิดีทัศน์, 2552), หน้า 10.

เจ้าของบล็อก หรือผู้เขียนบล็อกแต่ละคนจึงมักมีสำนวนภาษาที่เป็นกันเอง แสดงตัวตนของเจ้าของบล็อกมีความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะ³³ โดยบทความที่เขียนแต่ละครั้งจะถูกเรียงลำดับตามเวลาเพื่อสะดวกแก่ผู้ที่ติดตามอ่าน และเพราะความง่ายของการใช้งานทำให้บล็อกเป็นที่นิยมมานานอาจถือได้ว่าเป็นสื่อสังคมออนไลน์ที่มีความเก่าแก่มากที่สุดประเภทหนึ่ง

จุดเด่นที่ทำให้บล็อกเป็นที่นิยมคือผู้เขียนบล็อกจะมีแนวทางการเขียนเฉพาะตัว และมีการแสดงความคิดเห็นของตนเองใส่ลงไปบทความนั้นๆ โดยบล็อกบางแห่งจะมีอิทธิพลในการโน้มน้าวจิตใจผู้อ่านสูงมาก แต่ในขณะเดียวกันบางบล็อกจะเขียนขึ้นมาเพื่อให้อ่านกันในกลุ่มเฉพาะ เช่น กลุ่มเพื่อน หรือครอบครัวตนเองซึ่งสามารถสรุปได้ว่าบล็อก คือเว็บไซต์ที่มีรูปแบบเนื้อหาที่เป็นเหมือนบันทึกส่วนตัวมีส่วนของการแสดงความคิดเห็น และมีส่วนเชื่อมต่อไปยังเว็บไซต์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วยกรณีที่บล็อกได้นำเสนอเรื่องราวที่น่าสนใจทำให้มีผู้ติดตามมาก ส่งผลให้เกิดแรงดึงดูดให้ผู้เขียนบล็อกเกิดความชอบ และเขียนบล็อกเพิ่มเติมเรื่อยๆ เมื่อเวลาผ่านไปอาจค้นพบว่าบล็อกสามารถสร้างรายได้ให้แก่ตัวเอง จากการที่มีผู้ติดตามจำนวนมากซึ่งจะส่งผลให้มีผู้สนับสนุนบล็อกจนเกิดเป็นค่าตอบแทนจากงานเขียนของตนเอง เช่นกรณีเจ้าของสินค้าและบริการให้ผลประโยชน์แก่ผู้เขียนบล็อกเพื่อให้เขียนบล็อกสนับสนุนสินค้าหรือบริการของตน นอกจากนี้มีผู้ประกอบการธุรกิจมากมายในโลกอินเทอร์เน็ตที่ต้องการประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการของตน ด้วยต้นทุนที่ต่ำลงจึงเปิดโอกาสให้ผู้เขียนบล็อกที่เป็นที่นิยมมีผู้ติดตามอ่านจำนวนมาก ทำหน้าที่โฆษณาขายสินค้าหรือบริการแทน เมื่อขายได้ผู้เขียนบล็อกจะรับค่าตอบแทน (Commission) จากผู้ประกอบการ การเข้าร่วมการทำโฆษณาลักษณะดังกล่าว เรียกว่า “Affiliate Program”³⁴ นอกจากบล็อกจะสามารถสร้างรายได้แล้ว เมื่อบล็อกเป็นที่รู้จักก็จะทำให้ผู้เขียนบล็อกเป็นที่ยอมรับนับถือจากผู้คนในเครือข่ายสังคมออนไลน์ด้วย³⁵ ผู้ให้บริการบล็อก ได้แก่ www.bloggang.com www.blogger.com และ www.wordpress.com เป็นต้น

7) นักเขียนบล็อก (Blogger)

หมายถึง ผู้เขียนบล็อก ผู้สร้างบล็อก หรือเจ้าของบล็อก โดยทั่วไปผู้เขียนบล็อกจะเป็นกลุ่มคนที่คลั่งไคล้ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ และมีความรู้ความชำนาญและข้อมูลในเรื่องนั้นๆ มากกว่าบุคคลทั่วไป ยกตัวอย่าง นักเขียนบล็อกเกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศ เช่น คุณฉัตรปวีณ์ ตรีชัชวาลวงศ์ ได้รับฉายา “เจ้าหญิงแห่งวงการไอที” ได้เขียนบล็อกให้ความรู้ และข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศไว้ที่เว็บไซต์ www.dailygizmo.tv/category/cee/ หรือ คุณปุเป่ที่มีความรู้

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24

³⁵ เลียนา ลิ อิวานส์, สร้างโอกาส วางกลยุทธ์ การตลาดยุค Social media (กรุงเทพมหานคร: ทรุ ดิจิตอลคอนเท้นท์ แอนด์มีเดีย, 2555), หน้า 19.

ความเชี่ยวชาญอย่างลึกซึ้งซึ่งเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ดูแลผิวหน้า โดยเป็นผู้ที่เขียนบล็อกไว้ในเว็บไซต์ pupesosweet.bloggang.com หรือคุณวานวาน บล็อกเกอร์ชาวไต้หวันที่แสดงความรู้สึกนึกคิดของตนผ่านรูปภาพการ์ตูน โด่งดังจนมีคนไทยนำมาแปล และคอยติดตามความคืบหน้าจำนวนมากที่ wanwanth.wordpress.com เป็นต้นจึงจะเห็นได้ว่าผู้เขียนบล็อกที่สามารถดึงดูดให้มีผู้สนใจมากหรือน้อย อยู่ที่ความน่าเชื่อถือของข้อมูล ประโยชน์ ความบันเทิง หรือความรู้ที่ผู้อ่านได้รับ ตามความต้องการของผู้อ่านแต่ละราย โดยที่ผู้เขียนบล็อก ไม่ใช่ นักข่าวจึงไม่มีจริยธรรมเป็นข้อบังคับอย่างเช่นกรณีจริยธรรมของนักข่าว แต่นักเขียนบล็อกมีจริยธรรมของตนเองซึ่งแต่ละคนก็จะมี ความแตกต่างกันไปเพราะฉะนั้น ผู้เขียนบล็อกจะเริ่มต้นจากความชอบ และไม่มีผลประโยชน์ขัดกันกับสิ่งที่ตนเขียนซึ่งอาจเป็นการเขียนวิจารณ์สินค้าหรือบริการก็ได้

โดยทั่วไปนักเขียนบล็อก สามารถจำแนกได้ ดังนี้³⁶

ก) นักเขียนบล็อกอิสระ นักเขียนบล็อกประเภทนี้จะเขียนบล็อกของตนเอง โดยจะเขียนเรื่องราวส่วนตัว หรือข้อแสดงความคิดเห็นของตนเอง โดยไม่ได้นำเสนอบล็อกของตนเองเพื่อการอย่างอื่น เช่นเพื่อประชาสัมพันธ์สินค้า เป็นต้น นอกจากการเขียนเพื่อแบ่งปันประสบการณ์หรือเล่าเรื่องราวต่างๆ เพื่อความบันเทิง ความสนุก หรือเพื่อแลกเปลี่ยนประสบการณ์ ในหมู่เพื่อนฝูง ลักษณะเป็นการเขียนไดอารีออนไลน์

ข) นักเขียนบล็อกธุรกิจ นักเขียนบล็อกประเภทนี้ มักจะเขียนโดยหน่วยงานธุรกิจ ไม่ใช่การเขียนโดยคนใดคนหนึ่ง แต่ส่วนมากจะเป็นกลุ่มคนของหน่วยงานในองค์กรธุรกิจนั้นๆ ซึ่งเนื้อหาของบล็อกมักเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ การแนะนำองค์กรธุรกิจ การสร้างภาพลักษณ์ขององค์กร หรือเป็นช่องทางสำหรับปฏิสัมพันธ์กับผู้บริโภคที่เป็นกลุ่มลูกค้าเป้าหมายของตน กล่าวคือนักเขียนบล็อกประเภทนี้มีวัตถุประสงค์สำหรับใช้บล็อกเป็นเครื่องมือในการสื่อสารการตลาดให้แก่สินค้า บริการ หรือองค์กรธุรกิจของตนเอง

ค) นักเขียนบล็อกแบบองค์กร นักเขียนบล็อกประเภทนี้จะใช้บล็อกเพื่อเป็นการสื่อสารภายใน เช่นภายในองค์กรหรือบริษัท โดยนักเขียนบล็อกจะเป็นพนักงานในองค์กรธุรกิจนั้นๆ เอง เขียนบล็อกเพื่อประชาสัมพันธ์กิจกรรม หรือข่าวสารต่างๆ ให้แก่เพื่อนพนักงานด้วยกัน หรือใช้บล็อกสำหรับสื่อสารภายในกลุ่มสมาชิก เช่นทีมฟุตบอล หรือสโมสรต่างๆ ไม่ได้มีการเผยแพร่เนื้อหาบล็อกให้แก่บุคคลภายนอก นอกไปจากพนักงานในองค์กรของตนเท่านั้น

³⁶ นิตนา ฐานิตธนกร และ ปรีศนิยาภรณ์ สายปิมแปง, "Beauty Blogger: ผู้ทรงอิทธิพลด้านความงามบนโลกออนไลน์," วารสารสุทธิปริทัศน์ ปีที่ 27 ฉบับที่ 81(เดือนมกราคม - มีนาคม 2556): 109-124.

ง) นักเขียนบล็อกมืออาชีพ นักเขียนบล็อกประเภทนี้มีรายได้จากการเขียนบล็อกเพื่อยังชีพ โดยส่วนใหญ่แล้วจะเริ่มต้นจากการเป็นนักเขียนบล็อกอิสระ เมื่อเริ่มมีชื่อเสียง และเป็นที่ยอมรับของผู้อ่านในโลกอินเทอร์เน็ตจะได้รับการสนับสนุน หรือมีค่าตอบแทนจากการเขียนบล็อกโดยเจ้าขององค์กรธุรกิจต่างๆ ทั้งนี้ นักเขียนบล็อกมืออาชีพบางรายอาจได้รับค่าจ้างเป็นเงินเดือน ให้เขียนบล็อกอย่างเดียว บางรายเขียนบล็อกของตนเอง โดยได้รับค่าโฆษณาต่างๆ จากผู้สนับสนุน นักเขียนบล็อกประเภทนี้อาจอยู่ในรูปของบริษัทที่รับจ้างเขียนบล็อกโดยเฉพาะ หรือเป็นบุคคลคนเดียว หรือกลุ่มบุคคลก็ได้ โดยนักเขียนบล็อกมืออาชีพจะเขียนเรื่องราวเฉพาะด้านที่น่าสนใจ หรือที่ตนมีความเชี่ยวชาญเพื่อดึงดูดให้คนบนโลกออนไลน์เข้ามาอ่านมากๆ แล้วใช้โฆษณาของ Google AdSense มาติดไว้ บางรายมีรายได้จากการเป็นพรีเซนเตอร์ (Presenter) หรือประชาสัมพันธ์ให้สินค้าและบริการต่างๆ

2.3.2 รูปแบบของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

จากที่ได้กล่าวถึงความหมายของการวิจารณ์และคำที่เกี่ยวข้องมาแล้วข้างต้น ทำให้ทราบได้ว่าผู้บริโภคในสังคมปัจจุบันมีแนวโน้มในการใช้งานและพึ่งพาอินเทอร์เน็ตเพิ่มมากขึ้นในฐานะที่เป็นคลังข้อมูลเพื่อช่วยในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการ โดยเฉพาะข้อมูลจากผู้วิจารณ์ที่ตนรู้จัก เชื่อถือ หรือเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ ซึ่งเป็นทั้งข้อมูลที่สนับสนุนและข้อมูลที่เปิดเผยถึงด้านลบของสินค้าหรือบริการ ประกอบกับผู้วิจารณ์อิสระเป็นผู้ที่ไม่มีผลประโยชน์หรือความสัมพันธ์ใดๆ กับผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการซึ่งถูกวิจารณ์อยู่ แต่เป็นผู้ที่นำประสบการณ์ที่ตนได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นจริงมาแบ่งปันให้กับบุคคลอื่นผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะหากเป็นการวิจารณ์ที่มีรายละเอียดครบถ้วนปราศจากอคติและให้ความรู้เพิ่มเติมจะยิ่งทำให้การวิจารณ์สินค้าหรือบริการนั้นมีอิทธิพลต่อผู้อ่านให้เลือกซื้อตามผู้วิจารณ์เพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม การวิจารณ์สินค้าและบริการมิได้มีเพียงการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเท่านั้น แต่มีหลายรูปแบบทั้งรูปแบบดั้งเดิมและรูปแบบสมัยใหม่ที่กระทำผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ดังต่อไปนี้

2.3.2.1 การวิจารณ์สินค้าและบริการรูปแบบดั้งเดิม

ในยุคที่เทคโนโลยีสารสนเทศยังไม่พัฒนาเทียบเท่าในปัจจุบัน การสื่อสารและประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการเป็นเพียงการสื่อสารทางเดียวจากผู้ประกอบการถึงผู้บริโภค ในส่วนของผู้บริโภคเองนั้นไม่มีลักษณะในการช่วยบอกต่อและประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการให้องค์กรธุรกิจ หากกรณีการแนะนำผู้อื่นจากประสบการณ์จริงของตนก็เป็นเพียงการแนะนำในหมู่เพื่อนสนิทหรือครอบครัวเท่านั้น การวิจารณ์สินค้าและบริการในรูปแบบดั้งเดิมที่กระทำโดยผู้ประกอบการหรือได้รับการสนับสนุนจากผู้ประกอบการและเผยแพร่ให้ผู้บริโภคทราบโดยผ่านทางช่องทางของ

สื่อสารมวลชน (Mass Media) กล่าวคือ เป็นสื่อที่สามารถส่งสารไปยังผู้รับสารที่อยู่ในพื้นที่ต่างกันได้ อย่างกว้างขวาง อาจหมายถึงสามารถเข้าถึงผู้รับสารได้ทั่วทั้งประเทศในเวลาอันรวดเร็วพร้อมๆ กัน หรือเวลาใกล้เคียงกัน มีบทบาทและมีความรับผิดชอบต่อสังคม โดยที่ผู้ส่งสารชนิดนี้เป็นมืออาชีพ (Professional) ต้องตระหนักในจรรยาบรรณวิชาชีพ (Ethic) ของตน อีกทั้งยังถูกกำกับด้วยองค์กร ผู้ดูแลวิชาชีพดังกล่าวด้วย เนื่องด้วยเนื้อหาที่มีความเป็น “สาธารณะ” (Public) และสามารถเข้าถึงคน ได้จำนวนมากในคราวเดียวทำให้ส่งผลกระทบต่อผู้รับสารจำนวนมากเช่นกัน อีกทั้งผู้รับสารยังไม่ เฉพาะเจาะจงว่าเป็นกลุ่มคนลักษณะใด แต่จะเป็นการส่งสารให้แก่บุคคลโดยทั่วไป การสื่อสารชนิดนี้ จึงมีค่าใช้จ่ายสูง

จรรยาบรรณวิชาชีพโฆษณาในประเทศไทยถูกกำกับดูแลโดยสมาคมโฆษณาแห่งประเทศไทย อันมีหลักการพื้นฐานดังนี้³⁷

- (ก) การโฆษณาทุกชิ้นจะต้องถูกกฎหมาย มีเกียรติ ซื่อสัตย์และนำเสนอความจริง
 - (ข) การโฆษณาไม่ควรมีความขัดแย้งกับศีลธรรมอันดีและระเบียบสังคม
 - (ค) ในการสร้างสรรค์งานโฆษณาควรกระทำด้วยการตระหนักถึงการแสดงความรับผิดชอบต่อสังคมและอยู่ภายใต้หลักของการแข่งขันที่ยุติธรรมที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในวงการธุรกิจ
 - (ง) การโฆษณาต้องไม่ทำให้สาธารณชนเกิดความรู้สึกไม่มั่นใจในการโฆษณา
- สมาคมโฆษณาแห่งประเทศไทยได้กำหนดจรรยาบรรณวิชาชีพโฆษณาไว้ดังนี้³⁸
- (ก) ประกอบวิชาชีพด้วยความซื่อสัตย์สุจริตตามหลักปฏิบัติและวิชาการและอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย
 - (ข) ไม่ทำการใดๆ อันอาจนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ
 - (ค) มีความรับผิดชอบต่อสังคมและไม่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียในจริยธรรมและวัฒนธรรมอันดี
 - (ง) ไม่ควรกระทำการโฆษณาอันเป็นการดูหมิ่นเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อ หรือสิ่งอันเป็นที่เคารพสักการะของบุคคลทั่วไป
 - (จ) ไม่ควรกระทำการโฆษณาอันทำให้เกิดความสำคัญผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้า บริการ การแสดงหรืออื่นๆ หรือโอ้อวดสรรพคุณจนเกินความจริงจนทำให้ผู้เห็นหรือผู้ฟังเกิดความสำคัญผิด

³⁷ สมาคมโฆษณาแห่งประเทศไทย, "จรรยาบรรณวิชาชีพโฆษณา" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 พฤศจิกายน 2556. แหล่งที่มา: http://www.adasso thai.com/index.php/main/about_aat/ethic

³⁸ เรื่องเดียวกัน

- (ฉ) ไม่ควรกระทำการโฆษณาโดยใช้ความเชื่อเกี่ยวกับไสยศาสตร์หรือเรื่อง โชคลางมาเป็นข้อจูงใจ
- (ช) ไม่ควรกระทำการโฆษณาโดยการเลียนแบบเครื่องหมายการค้า คำขวัญ ข้อความสำคัญหรืออื่นๆ จากการโฆษณาของผู้อื่น อันทำให้ผู้อื่นเห็นหรือ ผู้อื่นได้ยินเกิดความเข้าใจผิดหรือไขว้เขวเกี่ยวกับสินค้า บริการ หรือการ แสดงของผู้อื่น
- (ซ) ไม่ควรกระทำการโฆษณาโดยใช้ศัพท์ สถิติ ผลการวิจัยหรืออ้างอิงรายงาน ทาง วิทยาศาสตร์ในทางที่ไม่สมควรหรือทำให้เกิดความเข้าใจผิดโดยที่ สินค้า นั้น ไม่มีคุณสมบัติตามที่อ้าง
- (ฅ) ไม่ควรกระทำการโฆษณาโดยอ้างถึงตัวบุคคลหรือสถาบันโดยที่ตัวบุคคล หรือสถาบันนั้นไม่มีตัวตนอยู่จริงและไม่ได้ใช้สินค้าและบริการหรือชมการ แสดงนั้นจริง
- (ฌ) ไม่ควรกระทำการโฆษณาอันอาจมีผลเป็นอันตรายต่อเด็กหรือผู้เยาว์ ทั้งทาง ร่างกาย จิตใจหรือทำให้ขาดความรู้สึกลึกซึ้งหรือโดยอาศัยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของบุคคลดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือในการจูงใจโดยไม่ สมควร

นอกจากนี้สมาคมโฆษณาแห่งประเทศไทยโดยคณะกรรมการจรรยาบรรณ วิชาชีพโฆษณาได้ชี้แจงว่าการโฆษณาโดยไม่ระบุแบรนด์ (Unbrand Advertising) เข้าข่ายเป็นความ พยายามที่จะสร้างให้ประชาชนเข้าใจผิดในสาระสำคัญและขัดหรือแย้งต่อกฎหมายด้วยเจตนาอันเป็น การปฏิบัติละเมิดจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพโฆษณา ซึ่งคณะกรรมการจรรยาบรรณวิชาชีพโฆษณา ยืนยันให้สมาชิกสมาคมโฆษณาหลีกเลี่ยงการโฆษณาในลักษณะดังกล่าวและเฉพาะการโฆษณา ผลิตภัณฑ์อาหารซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบดูแลของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (อย.) การ โฆษณาโดยไม่ระบุแบรนด์นั้นจะต้องเป็นการให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคและไม่เป็นไปเพื่อ ประโยชน์ในทางการค้า³⁹

การวิจารณ์ผ่านสินค้าและบริการรูปแบบดั้งเดิมโดยผู้ประกอบการธุรกิจหรือได้รับ การสนับสนุนจากผู้ประกอบการธุรกิจจึงเป็นการวิจารณ์อันถือได้ว่าเป็นการโฆษณาผ่านสื่อหลักซึ่งถูก ควบคุมตามหลักจรรยาบรรณวิชาชีพและองค์การควบคุมวิชาชีพโฆษณา รวมตลอดถึงหน่วยงานภาครัฐ เช่นสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ

³⁹ สมาคมโฆษณาแห่งประเทศไทย, "ข้อสรุปแนวทางการโฆษณาโดยไม่ระบุแบรนด์ UNBRAND ADVERTISING" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 พฤศจิกายน 2556. แหล่งที่มา: http://www.adasso thai.com/include/upload/images/th_con_upload/2011083103231217885.pdf

โทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ โดยการโฆษณาผ่านสื่อหลักนี้ต้องการให้สารถูกส่งไปยังผู้รับสารในจำนวนมากที่สุดในคราวเดียว ผู้บริโภคโดยส่วนมากจึงไม่มีความสับสนหรือเกิดความสับสนน้อยและสามารถทราบได้ว่าเป็นการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการของผู้ประกอบธุรกิจเอง หรือมีผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้สนับสนุน ซึ่งผู้วิจารณ์สินค้าหรือบริการนั้นอาจไม่ใช่ผู้ใช้สินค้านั้นจริงแต่เป็นการพูดหรือแสดงออกตามบทบาทที่ได้รับมา ดังนั้นการวิจารณ์ผ่านสื่อประเภทนี้จึงไม่เกิดปัญหาความเข้าใจผิดอันส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้บริโภคซึ่งสร้างความสับสนว่าเป็นการวิจารณ์ที่ผู้วิจารณ์เป็นผู้บริโภคด้วยตนเองจริงหรือกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ

ตัวอย่างและรูปแบบของการวิจารณ์รูปแบบดั้งเดิม

1) การวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านสื่อโทรทัศน์

- (ก) ผู้ดำเนินรายการอาหารเข้าไปรับประทานอาหารที่ร้านอาหารแห่งหนึ่งและวิจารณ์ถึงรสชาติอาหาร คุณภาพของวัตถุดิบ และบรรยากาศของร้านดังกล่าว
- (ข) นักแสดงหญิงรับบทเป็นตัวละครเอกของเรื่อง แต่งตัวด้วยเครื่องแต่งกายของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่ง แสดงด้วยบุคลิกเป็นผู้หญิงเก่ง แต่งตัวดี ใช้สินค้าคุณภาพดี
- (ค) นักแสดงวัยรุ่นชายรับบทเป็นนักเรียนมัธยมปลาย มีบุคลิกและลักษณะนิสัยรักอิสระ ชอบเล่นดนตรี และมีมนุษยสัมพันธ์ดี ซึ่งรถจักรยานยนต์ของผู้สนับสนุนละคร ขณะแสดงเป็นตัวละครดังกล่าว

2) การวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านสื่อวิทยุ

- (ก) ผู้ดำเนินรายการวิทยุวิจารณ์เกี่ยวกับบทเพลงของนักร้องในสังกัดบริษัทเดียวกัน
- (ข) แขกรับเชิญในรายการวิทยุซึ่งกำลังมีผลงานละครเวที กล่าวถึงละครเวทีเรื่องดังกล่าวว่ามีเนื้อหาเข้มข้นและนักแสดงในเรื่องทุ่มเทกันมาก

3) การวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านสื่อสิ่งพิมพ์

- (ก) นักหนังสือพิมพ์วิเคราะห์ภาพยนตร์เรื่องล่าสุดที่เพิ่งได้รับชมมา ในบทความแนะนำภาพยนตร์เรื่องใหม่ประจำสัปดาห์ โดยกล่าวถึงโครงเรื่องโดยย่อ การแสดงของนักแสดง ฉากภาพยนตร์ ดนตรีประกอบและให้คะแนนความสนุก
- (ข) ผู้เขียนบทความลงนิตยสารมีใจความเกี่ยวกับการความชื่นชอบและให้คะแนนผลิตภัณฑ์บำรุงผิวพรรณต่างๆ ประจำปี พ.ศ. 2555

2.3.2.2 การวิจารณ์สินค้าและบริการรูปแบบสมัยใหม่

การวิจารณ์รูปแบบสมัยใหม่เป็นการวิจารณ์ที่นำการสื่อสารและเทคโนโลยีสารสนเทศสมัยใหม่มาเป็นเครื่องมือในการส่งสาร โดยส่วนมากจะเป็นการกระทำผ่านระบบอินเทอร์เน็ตทั้งหลาย เช่น ผ่านเว็บไซต์ บล็อก เว็บบอร์ด หรือการวิจารณ์ผ่านสื่อสังคมออนไลน์ชนิดอื่นๆ เช่น การวิจารณ์สินค้าและบริการผ่าน www.facebook.com, www.instagram.com, www.twitter.com ในรูปแบบของข้อความตัวอักษร รูปภาพ ภาพเคลื่อนไหวและเสียง เป็นต้น

การวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนี้มีหลายกรณีที่ทำให้ผู้อ่านหรือผู้บริโภคสับสนหรือหลงผิดว่าเป็นการวิจารณ์จากผู้วิจารณ์เองหรือผู้วิจารณ์กำลังประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการนั้นให้กับผู้ประกอบการ เนื่องจากมีกรณีที่ผู้ประกอบการได้ให้ผลประโยชน์อาจเป็นการให้ค่าตอบแทน เช่นกรณีของ Terrell Owens นักกีฬาอเมริกันฟุตบอลรับเงิน 4,800 เหรียญสหรัฐฯ จากบริษัทเสื้อผ้า Old Navy ต่อการทวีตข้อความประชาสัมพันธ์ให้แก่ Old Navy ในบัญชี Twitter ของเขาเองในแต่ละครั้ง และรับเงิน 6,400 เหรียญสหรัฐฯ จากการทวีตในนามของ Fantapper.com ซึ่งเป็นเว็บไซต์เครือข่ายสังคมออนไลน์ทางด้านกีฬา⁴⁰ หรือกรณีการให้สินค้าใช้หรือให้เข้ารับบริการโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายเพื่อให้ผู้วิจารณ์ช่วยประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการให้ผู้ประกอบการ เมื่อผู้วิจารณ์ได้วิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยไม่เปิดเผยถึงความสัมพันธ์ที่มีกับผู้ประกอบการทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนและหลงผิดในกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการได้

การวิจารณ์รูปแบบสมัยใหม่ที่กระทำผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนี้จึงมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการวิจารณ์ผ่านสื่อแบบดั้งเดิม กล่าวคือโดยส่วนมากจะเป็นการกระทำผ่านบัญชีชื่อส่วนตัว หรือเว็บไซต์ส่วนตัวของผู้วิจารณ์เอง จึงยังเป็นการเพิ่มความมั่นใจให้แก่ผู้บริโภคว่าเป็นการวิจารณ์สินค้าและบริการโดยผู้บริโภคจริงๆ และจะทำให้เกราะป้องกันการรับข้อมูลหรือความระมัดระวังและวิจรณ์ญาณในการรับข้อมูลของผู้บริโภคลดน้อยลง

ตัวอย่าง นักแสดงหญิงที่มีชื่อเสียงและมีผู้ติดตามข่าวสารของเธอผ่านเว็บไซต์เครือข่ายสังคมออนไลน์ อย่างเช่น Instagram หลายแสนคน ด้วยภาพลักษณ์เป็นผู้หญิงน่ารักและมีผู้ชื่นชมเธอจำนวนมาก จึงส่งผลให้เจ้าของสินค้าและบริการหลายรายที่ต้องการประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการของตนเองส่งสินค้าหรือเสนอให้บริการโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย เช่นส่งผ้าพันคอลายดอกไม้ให้

⁴⁰ Natasha T. Brison, Thomas A. Baker, and Kevin K. Byon, "Tweets and Crumpets: Examining U.K. and U.S. Regulation of Athlete Endorsements and Social Media Marketing," *Journal of Legal Aspects of Sport* (2013): 57-58.

เธอ เมื่อก่อนไปใช้และถ่ายภาพตัวเองขณะใช้ผ้าพันคอผืนดังกล่าวก็จะเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้า นั้นให้กับผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของผ้าพันคอผืนนั้นทันทีซึ่งเท่ากับว่าผู้ที่สนใจและติดตาม Instagram ของเธอจำนวนหลายแสนคนนั้น ย่อมเห็นภาพดังกล่าวและรู้จักกับแบรนด์ของผ้าพันคอ ผืนนั้นเช่นกัน

2.3.3 พฤติกรรมของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

2.3.3.1 ผู้วิจารณ์มีฐานะเป็นผู้บริโภค

ผู้วิจารณ์เป็นผู้ที่มีประสบการณ์และได้ทดลองใช้สินค้าหรือบริการนั้นๆ ด้วยตนเองและนำผลที่ได้รับมาบอกต่อแก่เพื่อนสมาชิกหรือผู้อื่นผ่านช่องทางการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต โดยผู้วิจารณ์นั้นเป็นผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสียใดๆ กับสินค้าหรือบริการนั้น ถือได้ว่าผู้วิจารณ์อยู่ในฐานะผู้บริโภคคนหนึ่งซึ่งเผยแพร่ประสบการณ์ของตนเองต่อผู้อื่น ตัวอย่างนักศึกษาหญิงเดินทางไปพักผ่อน กับครอบครัวที่จังหวัดภูเก็ตและได้วิจารณ์ถึงโรงแรมที่ตนเข้าพักทั้งห้องพัก สิ่งอำนวยความสะดวก รวมถึงอาหาร ผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์อย่างเว็บไซต์ทาง www.pantip.com/blueplanet โดยการวิจารณ์ได้มีการลงรูปภาพและข้อความ รวมถึงให้คะแนนความประทับใจหรือความผิดหวังต่อสิ่งที่ตนเองวิจารณ์

2.3.3.2 ผู้วิจารณ์ได้รับคำตอบแทนหรือได้รับผลประโยชน์จากผู้ประกอบการ

ผู้วิจารณ์อาจเป็นผู้มีชื่อเสียง ได้รับความเชื่อถือ หรือมีผู้ติดตามอ่านบทวิจารณ์จำนวนมาก ทำการตลาดหรือประชาสัมพันธ์ให้แก่สินค้าหรือบริการโดยได้รับผลประโยชน์เป็นคำตอบแทนหรือผลประโยชน์อื่น เช่น ได้รับสินค้ามาทดลองใช้โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายหรือได้เข้ารับบริการโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายเพื่อแลกกับการวิจารณ์สินค้าหรือบริการในแนวทางสนับสนุน

1) เปิดเผยความสัมพันธ์

กรณีการวิจารณ์ของผู้วิจารณ์สินค้าหรือบริการที่ได้รับคำตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบการและเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้ประกอบการให้ผู้บริโภคได้ทราบนั้น อาจไม่จำเป็นต้องเป็นการเปิดเผยด้วยข้อความว่าตนได้รับเงินหรือสิ่งของมา แต่เป็นเพียงการกระทำใดๆ ซึ่งทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าใจได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้กับผู้ประกอบการ หรือเป็นการวิจารณ์ที่มีเจตนาเชิงพาณิชย์แฝงอยู่และผู้วิจารณ์ไม่ได้อยู่ในฐานะผู้บริโภค เช่น การแสดงข้อความขอบคุณเจ้าของสินค้าที่ส่งสินค้ามาให้ ส่งผลให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าสินค้าที่กำลังวิจารณ์อยู่นั้นผู้วิจารณ์ได้รับมาจากผู้ประกอบการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย เป็นต้น

ตัวอย่าง นักแสดงชายเป็นตัวแทนโฆษณาให้กับสินค้าชนิดหนึ่ง โดยโฆษณานั้นได้เผยแพร่ทางสื่อโทรทัศน์และผ่านระบบอินเทอร์เน็ตต่างๆ นักแสดงคนดังกล่าวได้ถ่ายภาพโฆษณาเครื่องดื่มดังกล่าวซึ่งเป็นภาพที่ตนเองกำลังดื่มเครื่องดื่มชนิดนั้นอยู่พร้อมข้อความใต้ภาพในแนวทแยงสนับสนุน การกระทำของนักแสดงนั้นถือได้ว่าเป็นโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์สินค้าให้กับผู้ประกอบการธุรกิจเครื่องดื่มดังกล่าว แต่ผู้บริโภคที่ติดตามดูภาพถ่ายของนักแสดงสามารถเข้าใจได้อยู่แล้วว่านักแสดงคนดังกล่าวเป็นตัวแทนโฆษณาและกำลังประชาสัมพันธ์เครื่องดื่มรายดังกล่าวจึงไม่เกิดความเข้าใจผิดอันเป็นการกระหนาบสิทธิของผู้บริโภค

2) ไม่เปิดเผยความสัมพันธ์

ตัวอย่าง นักเขียนบล็อกด้านกีฬาและอุปกรณ์กีฬาชื่อดังรายหนึ่ง เริ่มจากการเขียนบล็อกเป็นงานอดิเรก แนะนำสถานที่ออกกำลังกาย วิธีการออกกำลังกาย และอุปกรณ์กีฬาเผยแพร่แก่ผู้อื่น แต่ด้วยสำนวนการเขียนบล็อกที่สนุกสนาน มีประโยชน์และน่าติดตามทำให้มีผู้สนใจติดตามอ่านบล็อกของนักเขียนคนดังกล่าวเป็นจำนวนมาก และเมื่อสิ่งสมความน่าเชื่อถือมาเป็นระยะเวลาหนึ่งประกอบกับผู้ประกอบการธุรกิจด้านกีฬาหรือด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เล็งเห็นถึงช่องทางการประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการของตนผ่านนักเขียนบล็อกคนดังกล่าว จึงส่งอุปกรณ์กีฬานักเขียนบล็อกใช้โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายและนักเขียนบล็อกก็จะแลกเปลี่ยนอุปกรณ์กีฬาดังกล่าวกับการวิจารณ์สินค้านั้นผ่านบล็อกของตนเองเพื่อช่วยประชาสัมพันธ์สินค้าให้กับผู้ประกอบการธุรกิจโดยมิได้เปิดเผยถึงความสัมพันธ์ระหว่างตนกับผู้ประกอบการธุรกิจหรือไม่ระบุว่าการวิจารณ์นั้นๆ มีผู้สนับสนุนหรือเป็นการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ให้กับสินค้า การวิจารณ์นั้น จึงมีอิทธิพลต่อผู้บริโภคที่ได้อ่านให้สนใจและเลือกซื้อสินค้าตามผู้เขียนบล็อกเนื่องจากผู้อ่านนั้นเป็นผู้ที่มีพื้นฐานสนใจด้านกีฬาอยู่แล้ว

จากตัวอย่างข้างต้นพฤติกรรมดังกล่าวผู้บริโภคไม่สามารถทราบได้ว่าการวิจารณ์นั้นเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจหรือไม่ แต่ทั้งนี้ผู้บริโภคกลับมีแนวโน้มเข้าใจว่าผู้เขียนบล็อกหรือผู้วิจารณ์นั้นเป็นผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนซึ่งได้ชำระเงินซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการด้วยตนเองจริงและนำเสนอประสบการณ์มาบอกเล่าแก่ผู้บริโภคคนอื่น ถือว่าเป็นวิธีการเผยแพร่ข้อมูลของสินค้าและบริการที่มีอิทธิพลต่อผู้บริโภคเป็นอย่างมาก ดังเช่นผลสำรวจความไว้วางใจและความน่าเชื่อถือของสื่อต่างๆ ของ Nielsen ในรูปภาพที่ 1 กล่าวคือผู้บริโภคจำนวนร้อยละ 92 เชื่อถือคำแนะนำจากบุคคลที่ตนรู้จัก และกว่าร้อยละ 70 เชื่อถือในการแสดงความคิดเห็นผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของผู้บริโภคคนอื่นๆ พฤติกรรมที่ปกปิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์กับผู้ประกอบการธุรกิจทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าผู้วิจารณ์อยู่ในฐานะผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนนั้น กระหนาบต่อสิทธิของผู้บริโภคซึ่งได้ศึกษาแล้วในข้อ 2.1.3 นอกจากนี้ยังถือเป็นพฤติกรรมในทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Commercial Practices) ต่อผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นด้วย

2.3.3.3 ผู้วิจารณ์เป็นหุ้นส่วน ลูกจ้าง หรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ประกอบธุรกิจ

พฤติกรรมการวิจารณ์ลักษณะนี้จะสามารถแยกได้เป็นกรณีที่เปิดเผยความสัมพันธ์และไม่เปิดเผยความสัมพันธ์เช่นเดียวกับกรณีผู้วิจารณ์ที่ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจตามข้อ 2.3.3.2

2.4 ความเกี่ยวพันระหว่างการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตกับการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ

จากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตในรูปแบบลักษณะต่างๆ มาแล้วข้างต้น การวิจารณ์สินค้าหรือบริการเมื่อกระทำโดยเผยแพร่ให้บุคคลโดยทั่วไปได้เห็นหรือได้รับรู้ รับประทานข้อความที่วิจารณ์นั้นย่อมมีเจตนาในเชิงพาณิชย์แอบแฝงและเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการนั้นๆ ด้วยในขณะเดียวกัน แม้ผู้วิจารณ์จะวิจารณ์จากประสบการณ์จริงของตนเองไม่ได้มีผลประโยชน์และปราศจากอคติใดๆ กับผู้ประกอบธุรกิจก็ตาม เนื่องจากการวิจารณ์ที่ได้เผยแพร่ให้ผู้อื่นได้รับทราบนั้นเป็นการทำให้บุคคลผู้ได้เห็นหรือได้อ่านบทวิจารณ์รู้จักและสนใจในสินค้าหรือบริการนั้น ในกรณีที่เป็นการวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุน เช่นกรณีของบล็อกเกอร์ชื่อดังซึ่งได้ทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการโดยเฉพาะที่ได้รับความนิยมคือบล็อกเกอร์ด้านความสวยงามซึ่งมีกลุ่มผู้บริโภคนั้นเป็นผู้่านคือผู้หญิงที่สนใจในเรื่องของความสวยงาม ครีมนำรุงผิว เครื่องสำอาง หรือสถาบันเสริมความงามต่างๆ เป็นต้น เมื่อผู้บริโภคได้อ่านบทวิจารณ์ของบล็อกเกอร์แล้วย่อมก่อให้เกิดความสนใจในตัวของสินค้าหรือบริการดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการให้ผู้ประกอบธุรกิจ แต่เป็นการประชาสัมพันธ์ที่ไม่มีเจตนาเชิงพาณิชย์แอบแฝงอยู่ รวมถึงมิใช่การกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ จึงไม่ถือได้ว่าเป็นการโฆษณา แต่หากเป็นกรณีที่ผู้วิจารณ์ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจย่อมเป็นการวิจารณ์ที่ได้เกิดจากผู้วิจารณ์ที่เป็นผู้บริโภคโดยแท้หรือผู้วิจารณ์ที่มีความเป็นอิสระ โดยถือได้ว่าการวิจารณ์นั้นมีเจตนาในเชิงพาณิชย์แอบแฝงและเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจสำหรับการวิจารณ์ที่เป็นการกล่าวถึงสินค้าหรือบริการด้านลบอาจถือได้ว่าทำให้ผู้บริโภครู้จักสินค้าหรือบริการชนิดนั้นด้วยเช่นกัน แม้จะเกิดความรู้สึกในเชิงลบกับสิ่งที่กำลังวิจารณ์ก็ตามแต่ด้วยพฤติกรรมของผู้บริโภคในยุคปัจจุบันที่ชอบค้นหาข้อมูลด้วยตนเองและอาจไม่เชื่อถือแหล่งข้อมูลเพียงแหล่งเดียว การทำให้ผู้บริโภคสามารถจดจำชื่อสินค้าหรือบริการได้แม้ในขณะแรกจะเป็นการจดจำในด้านไม่ดีแต่เมื่อสิ่งเหล่านี้อยู่ในความสนใจของผู้บริโภคพฤติกรรมการสืบค้นข้อมูลของสิ่งที่ถูกวิจารณ์จากสื่อในแหล่งอื่นๆ ย่อมถือเกิดขึ้นได้ เมื่อข่งน้ำหนักข้อมูลสนับสนุนและข้อมูลในเชิงลบแล้วย่อมมีโอกาสที่ผู้บริโภคจะตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการชนิดนั้นได้เช่นกันซึ่งกรณีของการวิจารณ์ในด้าน

ลบนี้อาจเป็นช่องทางการประชาสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจได้แต่พบว่ามีส่วนน้อยเพราะมีความเสี่ยงสูงที่ผู้บริโภคจะจดจำภาพลักษณ์ของสินค้าหรือบริการนั้นในด้านไม่ดี

ดังนั้นการวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจึงถือว่าเป็นช่องทางการประชาสัมพันธ์รูปแบบสมัยใหม่ของผู้ประกอบธุรกิจรูปแบบหนึ่ง โดยเมื่อการประชาสัมพันธ์นี้มีเป้าหมายเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจหรือเป็นการกระทำที่มีเจตนาในทางพาณิชย์ แอบแฝงอยู่ จะต้องพิจารณาว่าเป็นการโฆษณาที่ถูกควบคุมตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยหรือไม่นั้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3⁴¹ กำหนดองค์ประกอบที่สำคัญของ “โฆษณา” ไว้ว่า “เพื่อประโยชน์ในทางการค้า” ซึ่งการวิจารณ์โดยผู้วิจารณ์ที่ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจนั้นย่อมมีนัยยะแฝงเพื่อประโยชน์ทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้นแล้วพฤติกรรมการวิจารณ์ในลักษณะนี้จึงถือได้ว่าเป็นการโฆษณาที่จะต้องถูกควบคุมตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย เมื่อมีสถานะเป็นโฆษณาย่อมจะมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามมาหากมีการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา รวมถึงกฎหมายแข่งขันทางการค้า ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองให้มีการแข่งขันกันในตลาดอย่างเสรีและเป็นธรรมกล่าวคืออบัญญัติในเรื่องของพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าซึ่งกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นจะสามารถนำมาปรับใช้และคุ้มครองป้องกันสิทธิของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้มากน้อยเพียงไรจะได้อ่านการศึกษาในบทต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ “โฆษณา” หมายความว่า การกระทำการไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

3.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของสหรัฐอเมริกา

3.1.1 Federal Trade Commission Act of 1914

คณะกรรมการแห่งสหพันธรัฐ หรือ Federal Trade Commission (FTC) คือหน่วยงานอิสระภายใต้การบริหารของรัฐบาลกลางสหรัฐ ทำหน้าที่ในการคุ้มครองผู้บริโภค ดูแลการแข่งขันทางการค้าให้เป็นธรรมและป้องกันการผูกขาดทางการค้า โดยควบคุมไม่ให้มีพฤติกรรมที่หลอกลวงผู้บริโภคและพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าและมีกฎหมายอันเป็นที่มาของอำนาจคือ Federal Trade Commission Act of 1914 (FTC Act) โดย FTC มีอำนาจอย่างกว้างขวางในการตีความกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า และมีอำนาจในการห้ามปรามหรือฟ้องคดีที่เห็นว่า มีลักษณะของการผูกขาดทางการค้า การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และการกระทำที่เป็นการหลอกลวงทางการค้า FTC Act มาตรา 5(a)(1) กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าวิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในทางการค้าและการกระทำหรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือโดยหลอกลวงในทางการค้าหรือที่กระทบต่อการค้า ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย⁴² และกรณีที่มีการฝ่าฝืนจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดี บทบัญญัติในมาตรานี้กล่าวได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ห้ามกระทำการอันไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงในทางการค้าโดยมีความหมายกว้างรวมไปถึงการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดด้วย โดยรูปแบบพฤติกรรมหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาที่หลอกลวงตามมาตรานี้ถูกกำหนดและยกตัวอย่างไว้ใน The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255.0 ซึ่งเป็นตัวอย่างของการวิจารณ์โดยการพิสูจน์ทดสอบใช้หรือรับรองสินค้าและบริการโดยผู้มีชื่อเสียง ผู้เชี่ยวชาญ และผู้บริโภคทั่วไป หากเป็นการวิจารณ์ที่ผู้วิจารณ์เป็นผู้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้โฆษณาจะต้องมีการเปิดเผยความสัมพันธ์ให้ผู้บริโภคได้ทราบอย่างชัดเจน มิฉะนั้นจะถือเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงในทางการค้าตาม FTC Act กรณีที่มีผู้ใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าในบทบัญญัติมาตรา 5 ได้ให้อำนาจแก่ FTC ไว้หลายวิธีการ เช่น ออกหมายเรียกบุคคล หุ้นส่วน หรือบริษัทมาเพื่อชี้แจงข้อเท็จจริงต่างๆ ภายในระยะเวลา 30 วัน หรือมีอำนาจสั่งคุ้มครองชั่วคราวจากการกระทำที่เชื่อว่าเป็นธรรมทางการค้านั้น หรือฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าปรับทางแพ่งและค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภค เป็นต้น

⁴² Section 5(a)(1) of Federal Trade Commission Act of 1914

3.1.2 The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising

ค.ศ. 1970 การทำงานของสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคภายใต้ FTC โดยส่วนใหญ่แล้วจะพบกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาที่สร้างความหลงผิดโดยผู้โฆษณาและตัวแทนโฆษณาต่างๆ ดังนั้น FTC จึงได้ประกาศใช้คู่มือแนวทางปฏิบัติเพื่อให้ผู้โฆษณาทราบถึงวิธีการปฏิบัติให้เป็นไปตามหรือให้สอดคล้องกับระเบียบของ FTC เช่น ใน ค.ศ. 1971 FTC ออกคู่มือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้คำว่า "ฟรี" หรือคำอื่นที่คล้ายกันในการโฆษณา⁴³

ต่อมาในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1972 FTC ออกประกาศใช้คู่มือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิสูจน์หรือทดลองใช้ (Testimonials) และการรับรอง (Endorsements) ในการโฆษณา หรือ Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 37 FR 25548 (1972)⁴⁴ และมีการแก้ไขเล็กน้อยใน ค.ศ. 1980 จนกระทั่งเข้าสู่สหัสวรรษใหม่ ค.ศ. 2003 FTC ได้ตระหนักถึงการตื่นตัวของพาณิชย์ กล่าวคือปัญหาการปรับใช้ The Guides ฉบับเก่าที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการโฆษณาโดยการพิสูจน์หรือทดลองใช้และการรับรองได้ โดย FTC คอยควบคุมตรวจสอบการเปิดเผยความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริง (Material Connections) ระหว่างผู้รับรองสินค้าหรือบริการกับผู้โฆษณาตามที่กำหนดใน The Guides ฉบับเก่าว่าไม่ได้รับการปฏิบัติตามจากบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ทำการโฆษณาด้วยวิธีรับรองสินค้า อีกทั้งในบทความของนิวยอร์กไทม์ได้ระบุว่าผู้มีชื่อเสียงหลายรายได้พูดคุย แสดงออก และเน้นย้ำถึงผลิตภัณฑ์ต่างๆ โดยไม่ได้ชี้แจงว่าพวกเขาได้รับเงินจากผู้โฆษณา⁴⁵ สิ่งเหล่านี้ส่งผลให้ FTC ประกาศใช้คู่มือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการตลาดแบบปากต่อปาก (Word-of-mouth Marketing) รวมถึงการทำตลาดผ่านบล็อกเกอร์ต่างๆ ด้วยการกำหนดให้บล็อกเกอร์ทั้งหลายต้องเปิดเผยข้อมูลให้ผู้รับสารทราบหากตนได้รับเงินจากการรับรองสินค้าหรือบริการนั้น โดยในปี ค.ศ. 2009 ได้แก้ไขและพัฒนา The Guides ตามที่ปรากฏในฉบับปัจจุบัน⁴⁶

⁴³ Federal Trade Commission, "Guide Concerning Use of the Word "Free" and Similar Representations," [Online] Accessed: 29 August 2013. Available from: <http://www.ftc.gov/bcp/guides/free.htm>

⁴⁴ Federal Trade Commission, "Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 37 FR 25548 (1972)," [Online] Accessed: 29 August 2013. Available from: <http://legacy.library.ucsf.edu/documentStore/g/j/g/gjg19d00/Sg19d00.pdf>

⁴⁵ Stuart Elliott, "Hiding a Television Commercial in Plain View," [Online] Accessed: 11 October 2013. Available from: <http://www.nytimes.com/2002/05/24/business/the-media-business-advertising-hiding-a-television-commercial-in-plain-view.html?pagewanted=all&src=pm>

⁴⁶ Goldstein, "How new FTC guidelines on endorsement and testimonials will affect traditional and new media," *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (2011): 612-615.

เรียกว่าคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการโฆษณาโดยใช้ข้อความรับรองและสนับสนุนสินค้าเชิงบวก หรือ The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255.0 โดยการกำหนดตัวอย่างรูปแบบของการโฆษณาที่ถือเป็นวิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ข้อความรับรองและสนับสนุนสินค้าจะเป็นการหลอกลวงหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับรายละเอียดข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมของการโฆษณาแต่ละรายตาม FTC Act โดย The Guides ฉบับนี้ให้ความหมายของ Testimonials คือการโฆษณาโดยอ้างอิงผลการทดสอบหรือพิสูจน์ จากบุคคลหรือสถาบัน และความหมายของ Endorsements (หรือการใช้ผู้เชี่ยวชาญ ผู้มีชื่อเสียง หรือเป็นที่รู้จักของกลุ่มเป้าหมาย หรือคนในสังคมให้รับรองสินค้าและ/หรือบริการ) คือการกระทำด้วยข้อความโฆษณาทั้งหลายรวมถึงการพูด การสาธิต หรือการบรรยายใดๆ ที่ระบุถึงลักษณะเฉพาะของบุคคลธรรมดา ชื่อ หรือตราสัญลักษณ์ขององค์กร โดยผู้บริโภคมักจะเชื่อว่าการกระทำนั้นเป็นการแสดงความคิดเห็น ความเชื่อ การค้นพบ หรือประสบการณ์ของผู้ที่ตนเองซึ่งเป็นบุคคลที่สามโดยที่ไม่มีผู้สนับสนุน แม้ผู้กระทำจะเข้าใจว่าสิ่งที่ตนแสดงออกนั้นชัดเจนอยู่ในตัวว่าเป็นการโฆษณาโดยมีผู้สนับสนุนก็ตาม เนื่องจากยึดถือความเชื่อหรือความเข้าใจของผู้บริโภคเป็นหลัก บุคคลผู้แสดงความคิดเห็น ความเชื่อ การค้นพบ หรือประสบการณ์นั้น เรียกว่าผู้รับรองสินค้าหรือบริการ (Endorser) ซึ่งอาจเป็นบุคคลคนเดียว กลุ่มบุคคล หรือสถาบันก็ได้⁴⁷ ทั้งนี้ผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบหากมีการใช้ข้อความรับรองสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นความจริงหรือไม่ได้ทำการเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างตนเองและผู้รับรอง ในขณะที่เดียวกันผู้รับรองมีความรับผิดชอบต่อข้อความที่ตนเขียนหรือเผยแพร่ในการรับรองสินค้าหรือบริการด้วย⁴⁸

The Guides กำหนดตัวอย่างรูปแบบพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิดความสับสน หรือหลงผิดแก่ผู้บริโภค เช่น

ตัวอย่าง บทวิจารณ์ของนักวิจารณ์ภาพยนตร์ถูกตัดตอนนำมาใช้ในการโฆษณา ในกรณีนี้ บทวิจารณ์จะเข้าข่ายว่าเป็น Endorsement เนื่องจากข้อความที่ผู้อ่านเห็นนั้นเป็นความคิดเห็นส่วนตัวของนักวิจารณ์ และไม่ได้มาจากผู้สร้างภาพยนตร์ ผู้จำหน่าย หรือผู้จัดแสดง ดังนั้นการตัดแปลงแก้ไข หรือการอ้างอิงใดๆ จากข้อความในบทวิจารณ์ที่มีได้สะท้อนให้เห็นถึงเนื้อหาสาระที่แท้จริงจะถือเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับ เนื่องจากจะทำให้ความคิดเห็นของผู้รับรองเกิดการบิดเบือน

⁴⁷ Section 255.0(b) of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255

⁴⁸ Section 255.1(d) of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255

ตัวอย่าง บริษัทผู้ผลิตยางรถยนต์จ้างนักแข่งรถชื่อดังมาพูดในโฆษณาทางโทรทัศน์ โดยนักแข่งรถพูดถึงการขับขี่ที่นุ่มนวล ความแข็งแรงทนทาน และอายุการใช้งานที่ยาวนานของยางรถยนต์ ถึงแม้ข้อความดังกล่าวจะไม่ได้มาจากความคิดเห็นส่วนตัวของนักแข่งรถก็ตาม แต่ก็อาจถือว่าเป็น Endorsement ของยางรถยนต์ ผู้บริโภคส่วนใหญ่จะจำได้ว่าบุคคลนี้คือนักแข่งรถและไม่ใช่โฆษกหรือผู้ประกาศสำหรับผู้โฆษณา ดังนั้นผู้บริโภคอาจจะเชื่อว่านักแข่งรถจะไม่พูดเกี่ยวกับสินค้าในอุตสาหกรรมยานยนต์นอกจากเขาจะมีประสบการณ์เกี่ยวกับสินค้านั้นๆ อย่างเพียงพอและเชื่อถือในตัวสินค้า ดังนั้นผู้บริโภคจะเข้าใจว่าข้อความในโฆษณานั้นสะท้อนถึงความคิดเห็นของนักแข่งรถ สิ่งต่างๆ เหล่านี้จึงทำให้โฆษณาชิ้นนี้เข้าข่ายว่าเป็น Endorsement

ตัวอย่าง ผู้บริโภคที่เคยซื้ออาหารสุนัขยี่ห้อหนึ่งอยู่เป็นประจำ วันหนึ่งตัดสินใจที่จะซื้ออาหารสุนัขยี่ห้อใหม่และแพงกว่าจากผู้ผลิตเดิม หลังจากนั้นได้เขียนลงในบล็อกส่วนตัวว่าการเปลี่ยนยี่ห้ออาหารนั้นทำให้สุนัขของเขามีขนนุ่มและเงางามขึ้นอย่างเห็นได้ชัดและยังระบุว่าเป็นความคิดเห็นส่วนตัว เขาคิดว่าอาหารสุนัขยี่ห้อใหม่นี้คุ้มค่าต่อการจ่ายเงินเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็น Endorsement

ในกรณีสมมุติหากว่าผู้บริโภคไม่ได้ซื้ออาหารสุนัขด้วยเงินตัวเองแต่ได้มาฟรีจากร้านค้า เนื่องจากเป็นลูกค้าประจำและได้รับคูปองสำหรับแลกรับอาหารสุนัขยี่ห้อใหม่เพื่อนำไปทดลองใช้ ในกรณีนี้ข้อความที่ผู้บริโภคเขียนลงในบล็อกส่วนตัวยังไม่ถือว่าเป็น Endorsement

ในกรณีสมมุติหากว่าผู้บริโภคมีส่วนร่วมกับโปรแกรมเครือข่ายการตลาดและได้รับสินค้าใหม่ๆ อยู่เป็นประจำซึ่งเขาสามารถที่จะนำไปเขียนวิจารณ์ก็ได้หากต้องการ ถ้าเขาได้รับอาหารสุนัขยี่ห้อใหม่ผ่านทางโปรแกรมนี้อาจจะสนับสนุนสินค้าในเชิงบวกจะถือว่าเป็น Endorsement

3.1.2.1 กรณีการพิจารณาโดยทั่วไป⁴⁹

ผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบหากมีการใช้ข้อความรับรองสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นความจริง หรือไม่ได้ทำการเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างตนเองและผู้รับรอง และผู้รับรองย่อมมีความรับผิดชอบต่อข้อความที่ตนรับรองไว้เช่นกัน

ตัวอย่าง ผู้โฆษณาผลิตภัณฑ์บำรุงผิวได้ใช้บริการโฆษณาผ่านทางบล็อก บริการนี้จะทำการจับคู่ ระหว่างผู้โฆษณากับบล็อกเกอร์ ซึ่งบล็อกเกอร์จะทำการประชาสัมพันธ์สินค้าของผู้โฆษณาในบล็อกส่วนตัว ผู้โฆษณาต้องการให้บล็อกเกอร์ทดลองใช้สินค้าใหม่และทำการวิจารณ์

⁴⁹Section 255.1 of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255

เกี่ยวกับสินค้าลงในบล็อกของตนเอง ถึงแม้ว่าผู้โฆษณาจะไม่ได้อ้างอิงชัดเจนเกี่ยวกับสรรพคุณในการรักษาสภาพผิวของโลชั่นตัวนี้ และบล็อกเกอร์ก็ไม่ได้ถามทางผู้โฆษณาเกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างแน่ชัด หลังจากนั้นบล็อกเกอร์ได้เขียนบทวิจารณ์โดยระบุว่าโลชั่นตัวนี้สามารถรักษาผื่นคันและแนะนำสินค้าตัวนี้ให้กับผู้อ่านบล็อกที่กำลังประสบปัญหาดังกล่าว ในกรณีนี้บล็อกเกอร์จะต้องรับผิดชอบต่อคำแนะนำที่หลอกลวงและบิดเบือนความจริงซึ่งได้เขียนไว้ในบล็อกของตน อีกทั้งผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบต่อข้อความสนับสนุนสินค้าที่หลอกลวงและบิดเบือนความจริง และบล็อกเกอร์จะต้องรับผิดชอบหากไม่ได้มีการเปิดเผยอย่างชัดเจนว่าได้รับเงินจากการเขียนข้อความสนับสนุนสินค้าในบล็อกของตน

3.1.2.2 กรณีการโฆษณาด้วยการรับรองสินค้าหรือบริการโดยผู้บริโภค⁵⁰

โดยหลักแล้วโฆษณาที่มีการใช้ข้อความสนับสนุนที่เกี่ยวข้องกับประสบการณ์การใช้งานของผู้บริโภค ย่อมถูกเข้าใจและสามารถตีความได้ว่าประสบการณ์การใช้งานของผู้รับรอง คือสิ่งที่ผู้บริโภคทั่วไปจะได้รับจากสินค้าหรือบริการนั้นๆ เช่นเดียวกัน ไม่ว่าในสภาพการใช้งานใดๆ ดังนั้นผู้โฆษณาจะต้องให้ข้อมูล และความเชื่อมั่นเพื่อยืนยันในเวลาที่ถูกพิสูจน์ หากผู้โฆษณาไม่มีข้อยืนยันในการพิสูจน์ว่าประสบการณ์การใช้งานของผู้รับรองคือสิ่งที่ผู้บริโภคทั่วไปจะได้รับจากสินค้าหรือบริการนั้นๆ ผู้โฆษณาจะต้องเปิดเผยรายละเอียดอย่างชัดเจนเกี่ยวกับประสิทธิภาพของสินค้าในสภาวะการต่างๆ และผู้โฆษณาจะต้องมีข้อมูลที่น่าเชื่อถือเพื่อใช้ยืนยันในข้ออ้างดังกล่าว

นอกจากนี้แล้วโฆษณาที่มีการใช้งานข้อความสนับสนุนโดยการให้ผู้แสดงเป็นเสมือนผู้บริโภคจริง (นักแสดง หรือหน้าม้า) จะต้องเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดอย่างชัดเจนว่าไม่ใช่ผู้บริโภคที่ใช้สินค้าในโฆษณาจริง เช่น ตัวอย่างการโฆษณาด้วยการรับรองสินค้าหรือบริการโดยผู้บริโภคตาม The Guides

ตัวอย่าง ในโฆษณาผลิตภัณฑ์ที่ใช้สำหรับการลดคอเลสเตอรอล (Cholesterol) ประกอบด้วยบุคคลหนึ่งซึ่งอ้างว่าไขมันในเลือดของเขาลดลงถึง 120 จุด และไม่ได้มีการกล่าวถึงการเปลี่ยนแปลงในการใช้ชีวิตประจำวันใดๆ ข้อมูลทางการแพทย์ที่น่าเชื่อถือระบุว่าผลิตภัณฑ์ตัวนี้ช่วยให้บุคคลที่มีคอเลสเตอรอลสูงสามารถลดระดับคอเลสเตอรอลลงได้ 15% โดยประมาณและในโฆษณาได้มีการเปิดเผยข้อมูลนี้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการเปิดเผยข้อมูลอย่างชัดเจนโฆษณานี้ก็จะถือว่าการหลอกลวงหากว่าทางผู้โฆษณาไม่มีข้อมูลที่น่าเชื่อถืออย่างเพียงพอเพื่อยืนยันได้ว่าผู้บริโภคจะได้รับผลลัพธ์ที่ใกล้เคียงหรือเหมือนกับที่ผู้รับรองได้กล่าวอ้างไว้

⁵⁰Section 255.2 of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255

ตัวอย่าง โฆษณาสำหรับภาพยนตร์ที่เพิ่งเข้าฉาย แสดงให้เห็นถึงบุคคล 3 คนที่เพิ่งออกมาจากโรงภาพยนตร์และต่างคนต่างพูดถึงข้อดีของหนังเรื่องนี้ บุคคลเหล่านี้คือผู้บริโภคจริง ซึ่งได้แสดงความคิดเห็นของตนเองเกี่ยวกับหนังเรื่องนี้ ผู้โฆษณาไม่จำเป็นต้องมีข้อมูลหรือหลักฐานเพื่อยืนยันเกี่ยวกับความคิดเห็นเหล่านั้นว่าจะเป็นการสื่อให้เห็นถึงความคิดเห็นของผู้บริโภคส่วนมาก เพราะข้อความนี้จะถูกเข้าใจว่าเป็นความคิดเห็นของคน 3 คนเท่านั้น และโฆษณานี้ไม่น่าจะถือว่าเป็นการสื่อสารข้อความอย่างผิดๆ

หากในกรณีที่ทางผู้ผลิตภาพยนตร์ได้มีการติดต่อบุคคลเหล่านี้ภายนอกโรงภาพยนตร์และได้ยื่นข้อเสนอโดยการให้บัตรชมภาพยนตร์ฟรี หากว่าพวกเขาอมให้สัมภาษณ์เกี่ยวกับภาพยนตร์เรื่องนี้ในภายหลัง ข้อตกลงนี้จะต้องมีการเปิดเผยอย่างชัดเจน

3.1.2.3 กรณีการโฆษณาด้วยการรับรองสินค้าหรือบริการโดยผู้เชี่ยวชาญ⁵¹

เมื่อใดที่โฆษณามีการแสดงให้เห็นว่าผู้รับรองคือผู้เชี่ยวชาญในเรื่องซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อความสนับสนุน ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ผู้รับรองนั้นจะต้องมีความรู้และวุฒิการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ตนสนับสนุนอย่างเพียงพอ

ตัวอย่าง ข้อความสนับสนุนของวิศวกรยานยนต์รายหนึ่งได้มีการใช้คำว่า “วิศวกร” ซึ่งต้องการสื่อเป็นนัยว่าประสบการณ์และวิชาชีพของผู้รับรองนั้นทำให้เขาเข้าใจเกี่ยวกับรูปทรงและสมรรถนะของเครื่องยนต์ได้เป็นอย่างดี ในกรณีนี้หากผู้รับรองมีวุฒิการศึกษาจบมาจากสายวิชาอื่น ยกตัวอย่าง เช่น วิศวกรรมเคมี ข้อความสนับสนุนนี้จะถือเป็นการหลอกลวง

ตัวอย่าง แพทย์ได้กล่าวในโฆษณาผลิตภัณฑ์ยายี่ห้อหนึ่งว่าผลิตภัณฑ์ตัวนี้จะสามารถช่วยลดระดับคอเลสเตอรอลให้กับผู้บริโภคได้ถึง 50 จุดอย่างปลอดภัย หากข้อมูลที่แพทย์ใช้นั้นเป็นเพียงข้อความจากผู้บริโภคที่พึงพอใจหรือผลของการทดลองขั้นต้น ข้อความสนับสนุนนี้จะถือเป็นการหลอกลวง เนื่องจากข้อมูลเหล่านี้มิใช่สิ่งที่ผู้เชี่ยวชาญในระดับเดียวกันจะพิจารณาว่าเพียงพอที่จะสนับสนุนข้อสรุปเกี่ยวกับความปลอดภัย และประสิทธิภาพของผลิตภัณฑ์ขั้นนี้

⁵¹Section 255.3 of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255

3.1.2.4 กรณีการโฆษณาด้วยการรับรองสินค้าหรือบริการโดยองค์กร⁵²

ข้อความรับรองและสนับสนุนโดยองค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากองค์กรที่เชี่ยวชาญจะถูกรับพิจารณาว่าเป็นผลการตัดสินใจของกลุ่มคนที่มีประสบการณ์สูงกว่าบุคคลทั่วไปและเป็นผลการตัดสินใจที่ไม่มีปัจจัยต่างๆ ของแต่ละบุคคลมาเกี่ยวข้อง ดังนั้นการรับรองขององค์กรจะต้องมีการสรุปโดยกระบวนการที่ดีพอเพื่อให้แน่ใจว่าการรับรองจะสะท้อนให้เห็นถึงการตัดสินใจโดยรวมขององค์กรอย่างเป็นธรรมชาติ นอกจากนี้หากองค์กรเป็นตัวแทนในฐานะที่เป็นผู้เชี่ยวชาญจะต้องใช้ความเชี่ยวชาญในการประเมินผลิตภัณฑ์ภายใต้ Section 255.3 (Expert Endorsements) องค์กรจะต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการยอมรับหรือใช้มาตรฐานเดิมซึ่งถูกใช้โดยองค์กรและเหมาะสมสำหรับใช้ตัดสินคุณภาพของผลิตภัณฑ์ดังกล่าว

3.1.2.5 การเปิดเผยความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริง⁵³

เมื่อใดที่ผู้รับรองสินค้าหรือบริการ และผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการที่โฆษณา มีความสัมพันธ์ระหว่างกันอันอาจส่งผลกระทบเป็นอย่างมากต่อความน่าเชื่อถือของการรับรองผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่ (เช่น ผู้บริโภคไม่สามารถคาดหมายได้ว่าผู้รับรองและผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการที่โฆษณามีความสัมพันธ์กัน) ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องมีการเปิดเผยอย่างชัดเจน

ตัวอย่าง ผู้ผลิตรายการโฆษณารายหนึ่ง ต้องการให้ภาพยนตร์โฆษณาผลิตภัณฑ์เสริมแต่งรถยนต์ มีการรับรองผลิตภัณฑ์โดยผู้บริโภค แต่เนื่องจากผลิตภัณฑ์นี้ยังไม่ได้มีการวางขาย จึงไม่มีผู้บริโภคอยู่จริง เจ้าหน้าที่ของโปรดิวเซอร์ตรวจสอบประวัติของบุคคลที่สนใจทำงานเป็นตัวประกอบในโฆษณา และพบว่ามียุติหลายคนที่มีความสนใจเกี่ยวกับรถยนต์ ตัวประกอบเหล่านั้นจึงถูกขอให้ใช้ผลิตภัณฑ์เป็นเวลาหลายสัปดาห์แล้วรายงานกลับไปยังผู้ผลิต โดยตัวประกอบทั้งหลายได้รับแจ้งว่าหากพวกเขาได้รับเลือกให้รับรองผลิตภัณฑ์ในรายการโฆษณาชิ้นนี้ พวกเขาจะได้รับเงินเป็นค่าตอบแทนเล็กน้อย เพราะฉะนั้นผู้ชมจะไม่สามารถคาดเดาได้ว่าผู้บริโภคที่ให้การรับรองผลิตภัณฑ์เหล่านั้นเป็นนักแสดงที่ถูกขอให้ใช้ผลิตภัณฑ์ เพื่อที่พวกเขาจะได้ปรากฏตัวในโฆษณาหรือเพื่อที่พวกเขาจะได้รับเงินเป็นค่าตอบแทน โฆษณาที่มีได้ทำการเปิดเผยความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงเหล่านี้จึงถือว่าเป็นการหลอกลวง

⁵²Section 255.4 of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255

⁵³Section 255.5 of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255

ตัวอย่าง นักศึกษามหาวิทยาลัยคนหนึ่งมีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิดีโอเกม สร้างบล็อกส่วนตัวและเผยแพร่ความคิดเห็นเกี่ยวกับประสบการณ์การเล่นของเขา ผู้อ่านบล็อกมักจะขอความคิดเห็นและคำแนะนำจากเขาเกี่ยวกับเรื่องฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ของวิดีโอเกม เหมือนที่เคยมีการทำมาในอดีต ผู้ผลิตจะส่งวิดีโอเกมรุ่นใหม่ไปให้นักศึกษาฟรีและขอให้เขาวิจารณ์ลงในบล็อกของตัวเอง เขาทดลองใช้เครื่องเกมรุ่นใหม่และทำการวิจารณ์ในเชิงบวกเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ผลิต เนื่องจากบทวิจารณ์ของเขาถูกเผยแพร่ผ่านทางรูปแบบของสื่อที่สร้างโดยผู้บริโภค และความสัมพันธ์ของเขาต่อผู้โฆษณา ผู้ผลิต หรือผู้ประกอบการ จะไม่ถูกสังเกตเห็นอย่างชัดเจน เนื่องจากผู้อ่านมีโอกาสน้อยมากที่จะรู้ว่านักศึกษาได้รับเครื่องเล่นวิดีโอเกมมาฟรีเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับบทวิจารณ์ และด้วยเหตุที่มูลค่าของเครื่องเล่นวิดีโอเกมนั้นค่อนข้างสูงจึงส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของข้อความรับรองสนับสนุนสินค้าของเขาเป็นอย่างมาก ดังนั้นบล็อกเกอร์ควรจะมีการเปิดเผยอย่างชัดเจนว่าเขาได้รับเครื่องเล่นเกมมาฟรี (หรือมีผู้สนับสนุน) และผู้ผลิตจะต้องให้คำแนะนำเขาในเวลาที่มีการให้เครื่องเล่นเกมว่าความสัมพันธ์ของเขาต่อผู้ผลิตหรือผู้โฆษณาสินค้าจะต้องมีการเปิดเผยอย่างชัดเจน และมีกระบวนการในการตรวจสอบการแสดงความเห็นของเขาว่าได้ปฏิบัติตามหรือไม่

ตัวอย่าง ชายคนหนึ่งลงทะเบียนเพื่อเข้าเป็นส่วนหนึ่งของ "street team" ซึ่งเป็นโปรแกรมที่จะมีการให้คะแนนเป็นรางวัล ในแต่ละครั้งที่สมาชิกในทีมพูดคุยกับเพื่อนของตนเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ของผู้โฆษณา จากนั้นสมาชิกในทีมสามารถนำคะแนนของพวกเขาไปแลกเปลี่ยนเป็นของรางวัล เช่น บัตรคอนเสิร์ต หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ สิ่งจูงใจเหล่านี้มีผลต่อความน่าเชื่อถือของข้อความรับรองสนับสนุนสินค้าของสมาชิกในทีมเป็นอย่างมาก ดังนั้นจึงควรจะมีการเปิดเผยอย่างชัดเจน และผู้โฆษณาควรจะทำตามกฎระเบียบขั้นตอนเพื่อให้แน่ใจว่าข้อมูลเหล่านี้จะมีการเปิดเผย

เพราะฉะนั้นจึงสรุปเงื่อนไขหลักตาม The Guides ได้ดังนี้

- 1) โฆษณาด้วยการรับรองสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคมีแนวโน้มเชื่อว่าข้อความที่ผู้รับรองเผยแพร่ นั้น เป็นการแสดงความเห็น ความเชื่อ การค้นพบ หรือประสบการณ์ของผู้นั่นเองซึ่งเป็นบุคคลที่สามโดยที่ไม่มีผู้สนับสนุน
- 2) ผู้โฆษณา (ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ) มีหน้าที่ให้ความรู้เกี่ยวกับการปฏิบัติตามข้อกำหนดใน The Guides นี้แก่ผู้รับรองและสนับสนุนสินค้าหรือบริการ

- 3) ผู้รับรองและสนับสนุนสินค้าหรือบริการจะต้องวิจารณ์ด้วยความซื่อสัตย์ โดยต้องเป็นผู้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นจริงก่อนการให้คำรับรอง และต้องใช้มาระยะเวลาเพียงพอแก่การรับรอง คุณภาพผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้⁵⁴
- 4) ผู้รับรองและสนับสนุนสินค้าหรือบริการมีหน้าที่เปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้โฆษณา(ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ)
- 5) ผู้โฆษณา(ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ) มีหน้าที่ตรวจสอบบล็อก หรือการแสดงความคิดเห็นของผู้รับรองและสนับสนุนสินค้าและช่องทางผ่านระบบอินเทอร์เน็ตต่างๆ เพื่อให้มั่นใจว่าไม่มีการกระทำอันอาจเป็นการหลอกลวงผู้บริโภค⁵⁵
- 6) กรณีที่ผู้รับรองหรือสนับสนุนสินค้าหรือบริการเป็นนักวิชาการ หรือผู้เชี่ยวชาญในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง การรับรองนั้นจะต้องเป็นการรับรองในสาขาที่ตนเชี่ยวชาญด้วย

คดีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการพัฒนามาสู่ The Guides ฉบับปัจจุบัน คือ คดีระหว่าง Federal Trade Commission v. Steven Patrick Garvey ในปี ค.ศ. 2004 (The Guides ฉบับเก่า) โดย FTC กล่าวหาว่า Garvey ซึ่งเป็นนักกีฬาเบสบอลที่ปลดเกษียณแล้ว ฝ่าฝืนมาตรา 5 ของ FTC Act (ซึ่งเป็นมาตราที่ให้อำนาจในการออก The Guides) โดยเขาอยู่ในฐานะของโฆษกของสินค้าลดน้ำหนักยี่ห้อหนึ่งในขณะเดียวกันก็เป็นผู้รับรองสินค้าดังกล่าวด้วย โดยที่เขาไม่เปิดเผยความสัมพันธ์ว่าตนเองได้รับการว่าจ้างจากผู้โฆษณาเพื่อทำการรับรองสินค้า ถือได้ว่าการรับรองสินค้าของ Garvey นั้นเป็นการโฆษณาที่ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดและเป็นการหลอกลวง เนื่องจากผู้บริโภคเข้าใจว่า Garvey อยู่ในฐานะผู้บริโภคจริงๆ ในคดีนี้ศาลตัดสินว่า Garvey ไม่มีหน้าที่ในการเปิดเผยความสัมพันธ์เนื่องจากเขาเป็นโฆษกของสินค้า การกระทำของเขาไม่ใช่การรับรองสินค้าที่จะต้องมีการทำตาม The Guides ฉบับ ค.ศ. 1980 อย่างไรก็ตามเมื่อ The Guides ได้ถูกพัฒนาและแก้ไขจุดบกพร่องในปี ค.ศ. 2009 โดยหากพิจารณาตาม The Guides ฉบับปัจจุบันที่ได้มีการอธิบายความหมายของการรับรองสินค้าและบริการรวมถึงการยกตัวอย่างพฤติกรรมต่างๆ ของการรับรองและความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงเอาไว้อย่างละเอียด Garvey ย่อมมีหน้าที่ในการเปิดเผยความสัมพันธ์และมีความรับผิดชอบฝ่าฝืน The Guides ด้วย หากการกระทำใดๆ ในฐานะโฆษกของเขาทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นหรือประสบการณ์จริงของตนเองในฐานะผู้บริโภคที่ไม่มีผู้สนับสนุน โดย The Guides ฉบับปัจจุบันให้เหตุผลไว้ว่าเนื่องจากการตัดสินใจของบุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้นเองในการเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ทางการเงินจากการรับรองสินค้าและบริการจึงจำเป็นต้องมีความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นเช่นกัน เนื่องมาจากกรณีที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงรับรองสินค้าหรือ

⁵⁴ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา, หน้า 75.

⁵⁵ Justin Malbon, "Taking Fake Online Consumer Reviews Seriously," *Journal of Consumer Policy* (March 24, 2013): 139-157.

บริการผ่านสื่อแบบดั้งเดิม เช่น โทรทัศน์หรือนิตยสารนั้น ผู้บริโภคย่อมเข้าใจได้ว่าการรับรองนั้นคือการโฆษณาที่บุคคลดังกล่าวได้รับคำตอบแทนมา แต่หากเป็นกรณีของการรับรองสินค้าผ่านสื่อสังคมออนไลน์ต่างๆ ย่อมเป็นการยากที่ผู้บริโภคจะแยกแยะได้ว่าสิ่งใดเป็นโฆษณาหรือไม่ โดยเฉพาะหากเป็นการรับรองผ่านสื่อสังคมออนไลน์ในบัญชีชื่อส่วนตัวของผู้รับรองเอง เพราะฉะนั้นหากผู้รับรองเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงกับผู้โฆษณาจึงจำเป็นต้องมีการเปิดเผยในขณะที่รับรองสินค้าหรือบริการนั้นด้วย⁵⁶

ตัวอย่างคำตัดสินของ Federal Trade Commission และจดหมายปิดผนึกถึงผู้ประกอบการธุรกิจ

1) คำตัดสินของบริษัท Legacy Learning Systems และนาย Lester Gabriel Smith (พนักงาน และกรรมการของบริษัท) เกี่ยวกับการโฆษณาของผู้ประกอบการธุรกิจที่หลอกลวงหรือสร้างความหลงผิดแก่ผู้บริโภคด้วยการให้คำตอบแทนแก่บุคคลที่วิจารณ์สินค้าของตนผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยให้ผู้วิจารณ์แสดงว่าตนเองเป็นผู้บริโภคหรือเป็นผู้วิจารณ์อิสระ โดยความเป็นจริงแล้วผู้วิจารณ์เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบการธุรกิจ

ในกรณีนี้บริษัทฯ ได้ทำการผลิต และจัดจำหน่าย รวมถึงจัดทำโฆษณาหลักสูตรพร้อมสื่อการเรียนการสอน ในรูปแบบของหนังสือแบบฝึกหัดและแผ่นดีวีดี จำหน่ายและเผยแพร่ทั่วทั้งสหรัฐอเมริกาผ่านทางเว็บไซต์ www.learnandmaster.com จำเลยใช้วิธีโฆษณาโดยให้บุคคลอื่นประชาสัมพันธ์สินค้า (หลักสูตรพร้อมสื่อการเรียนการสอน) ของจำเลย โดยจำเลยให้คำตอบแทนตามสัดส่วนของราคาสินค้าที่จำเลยขายได้อันเนื่องมาจากการประชาสัมพันธ์ของบุคคลแต่ละคน การทำโฆษณาลักษณะนี้เรียกว่า “Affiliate Program” นอกจากนี้จำเลยได้ทำการว่าจ้างบุคคลให้ประชาสัมพันธ์สินค้าด้วยการโฆษณาผ่านบทวิจารณ์ โดยการวิจารณ์นั้นจะรับรองและสนับสนุนสินค้าในแนวทางสนับสนุน ผ่านทางบทความ บล็อก หรือช่องทางผ่านระบบอินเทอร์เน็ตอื่นๆ ที่มีการเชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ของบริษัทจำเลยโดยที่ผู้เขียนโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของบริษัทจำเลยมักจะเขียนรับรองสินค้าและบริการโดยใช้ข้อความที่ทำให้ผู้อ่านเข้าใจว่าเป็นข้อความที่ถูกเขียนมาจากผู้ใช้จริง การโฆษณาด้วยวิธีดังกล่าวสร้างรายได้ให้แก่จำเลยเป็นอย่างมาก⁵⁷ แม้จำเลยจะได้กำหนดให้ผู้เขียนโฆษณาผ่านบทวิจารณ์ปฏิบัติตาม The Guides อย่างเคร่งครัด แต่จำเลยก็ไม่สามารถควบคุมและตรวจสอบการทำงานของผู้วิจารณ์ได้อย่างทั่วถึง ทำให้การโฆษณาผ่านบทวิจารณ์นั้น ผู้วิจารณ์มิได้แสดงตนอย่างชัดเจนว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทจำเลย หรือแสดงตนด้วยข้อความที่

⁵⁶ Goldstein, "How new FTC guidelines on endorsement and testimonials will affect traditional and new media", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (2011): 616-619.

⁵⁷ รายได้ของจำเลยเพิ่มขึ้นมากเนื่องมาจากแนวโน้มของผู้บริโภคที่เชื่อถือคำบอกกล่าวจากผู้ที่ได้ใช้งานจริงตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2

ไม่สะดวกตาและยากที่จะสังเกตซึ่งข้อเท็จจริงนี้เป็นสิ่งสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อความตั้งใจของผู้ซื้อในการซื้อสินค้า การที่จำเลยโฆษณาโดยไม่ได้ทำการเปิดเผยข้อมูลนี้ถือเป็นการปฏิบัติต่อผู้บริโภคอย่างหลอกลวงและไม่เป็นธรรม และกระทบต่อการค้าอันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและฝ่าฝืนข้อกำหนดของ Federal Trade Commission Act⁵⁸

ภายใต้ข้อเสนอรังบคตี จำเลยทั้งสองต้องจ่ายค่าปรับจำนวน 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ และบริษัทจำเลยจะต้องควบคุมตัวแทนโฆษณา พร้อมส่งรายงานของตัวแทนโฆษณาที่สร้างรายได้สูงสุด 50 คนแรกในทุกเดือนและต้องรับรองว่าบุคคลเหล่านั้นมีการเปิดเผยการได้รับเงินส่วนแบ่งจากการขายสินค้าของบริษัทจำเลยและไม่ทำการแสดงตนว่าเป็นผู้ใช้หรือลูกค้าจริง อีกทั้งจำเลยทั้งสองจะต้องคอยควบคุม และส่งรายงานของตัวแทนโฆษณาที่ถูกสุ่มเลือกอีก 50 คน ให้กับ FTC ทุกเดือนด้วยกฎเกณฑ์เดียวกัน⁵⁹

2) คำตัดสินของ Reverb Communications, Inc. และนาย Tracie Snitker (พนักงาน และกรรมการของบริษัท) เกี่ยวกับบริษัทโฆษณาซึ่งทำการตลาดให้กับสินค้าของบริษัทซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างด้วยการให้ลูกจ้างในบริษัทโฆษณาของตนเป็นผู้วิจารณ์หรือรับรองสินค้าผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยไม่เปิดเผยความสัมพันธ์ขณะที่ทำการวิจารณ์⁶⁰

บริษัทฯ ให้บริการทางด้านโฆษณา การประชาสัมพันธ์ การตลาด และจัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้พัฒนาวิดีโอเกมแอปพลิเคชันและเกมแอปพลิเคชันบนมือถือ ในระหว่างเดือน พฤศจิกายน ค.ศ.2008 ถึง พฤษภาคม ค.ศ.2009 จำเลยทั้งสองได้มีการเผยแพร่บทวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเกี่ยวกับวิดีโอเกมของลูกค้าที่จำเลยทำการตลาดให้ โดยเผยแพร่ใน iTunes Store ด้วยการใช้ชื่อผู้วิจารณ์ที่ทำให้ผู้อ่านเข้าใจว่าเป็นการวิจารณ์จากผู้บริโภคที่ประทับใจในวิดีโอเกมนี้จากที่ไม่เคยสนใจเกมนี้มาก่อน การที่จำเลยไม่ได้เปิดเผยว่าผู้วิจารณ์เหล่านั้นถูกจ้างมาให้ทำการประชาสัมพันธ์วิดีโอเกม และได้รับค่าตอบแทนเป็นส่วนแบ่งจากการขาย ข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นสิ่งสำคัญสำหรับผู้บริโภคที่กำลังประเมินคำรับรองสนับสนุนสินค้าและกำลังตัดสินใจที่จะซื้อเกมแอปพลิเคชัน การโฆษณาของจำเลยถือเป็นการโฆษณาที่หลอกลวง

⁵⁸ Federal Trade Commission, "Legacy Learning Systems, Inc. ," [Online] Accessed: 11 October 2013. Available from: <http://ftc.gov/os/caselist/1023055/index.shtml>

⁵⁹ Federal Trade Commission, "Firm to Pay FTC \$250,000 to Settle Charges That It Used Misleading Online "Consumer" and "Independent" Reviews," [Online] Accessed: 21 July 2013. Available from: <http://ftc.gov/opa/2011/03/legacy.shtml>

⁶⁰ Federal Trade Commission, "Public Relations Firm to Settle FTC Charges that It Advertised Clients' Gaming Apps Through Misleading Online Endorsements," [Online] Accessed: 19 July 2013. Available from: <http://www.ftc.gov/opa/2010/08/reverb.shtml>

ภายใต้ข้อเสนอเพื่อยุติคดี จำเลยทั้งสองจะต้องลบข้อความทั้งหมดที่เคยมีการเผยแพร่ในอินเทอร์เน็ตซึ่งวิจารณ์รับรองและสนับสนุนสินค้าที่บิดเบือนและทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าผู้วิจารณ์คือผู้บริโภคทั่วไปและผู้ใช้งานจริงรวมถึงข้อความที่ไม่ได้มีการเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับรองและสนับสนุนสินค้า กับผู้จำหน่ายสินค้าและบริการ ทั้งนี้ห้ามมิให้จำเลยทั้งสองโฆษณาด้วยวิธีการเผยแพร่ข้อความว่าเป็นผู้บริโภคทั่วไปหรือเป็นผู้ใช้งานจริง อีกทั้งห้ามทำการรับรองและสนับสนุนสินค้าหรือแสดงตนว่าเป็นผู้ใช้งานจริง นอกเสียแต่จะมีการเปิดเผยความสัมพันธ์อย่างชัดเจนระหว่างผู้รับรองและสนับสนุนสินค้ากับผู้โฆษณาหรือผู้จำหน่ายสินค้าและบริการ

Mary Engle ผู้อำนวยการแผนกควบคุมโฆษณาของ FTC ชี้แจงว่าบริษัทต่างๆ รวมถึงบริษัทที่ทำประชาสัมพันธ์ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำการตลาดผ่านระบบอินเทอร์เน็ตต้องปฏิบัติตามหลักการโฆษณาซึ่งรวมถึง The Guides ให้ถูกต้อง โดยผู้โฆษณาไม่ควรแสดงตนว่าเป็นผู้บริโภคเพื่อชักชวนให้ผู้อื่นซื้อสินค้าหรือบริการ และผู้รับรองสินค้าหรือบริการควรแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนเมื่อมีความเกี่ยวข้องทางการเงินกับผู้โฆษณาหรือผู้ประกอบการ⁶¹

ในการทบทวนประเด็นแนวทางปฏิบัติของการรับรองและสนับสนุนสินค้า FTC ได้ระบุว่าการเผยแพร่วิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้จำหน่ายหรือบุคคลซึ่งได้รับเงินหรือสิ่งตอบแทนเพื่อวิจารณ์สินค้าและบริการจะต้องเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์และผู้โฆษณาสินค้าหรือบริการนั้นๆ ทั้งนี้รวมถึงลูกจ้างของผู้ประกอบการธุรกิจและลูกจ้างของบริษัทโฆษณาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำการว่าจ้างด้วย

3) ตัวอย่างจดหมายปิดผนึกจาก FTC ถึงผู้ประกอบการธุรกิจต่อกรณีตาม The Guides (Closing Letter to AnnTaylor Stores Corp.)⁶² ซึ่งเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงคือบล็อกเกอร์ที่ทำการวิจารณ์งานแสดงสินค้าของผู้ประกอบการธุรกิจในบล็อกส่วนตัวของตนเองจะได้รับของขวัญตอบแทนจากการประชาสัมพันธ์งานแสดงสินค้านั้นจากผู้ประกอบการธุรกิจ

กรณีนี้เกิดขึ้นจาก AnnTaylor Stores Corporation เป็นบริษัทจัดจำหน่ายเสื้อผ้า และเครื่องแต่งกาย ตกลงที่จะมอบของขวัญให้แก่บล็อกเกอร์ที่มาร่วมงานแสดงสินค้าประจำฤดูร้อน ค.ศ. 2010 โดยมีการพูดคุยให้บล็อกเกอร์เขียนบทความเกี่ยวกับสินค้าของบริษัทซึ่งจัดจำหน่ายในสาขา LOFT ด้วยเหตุนี้ FTC จึงมีจดหมายปิดผนึกส่งไปยัง AnnTaylor Stores Corporation และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการประชาสัมพันธ์งานแสดงสินค้านี้ โดย FTC แจ้งว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการ

⁶¹ Ibid.

⁶² Federal Trade Commission, "Closing Letter to AnnTaylor Stores Corp.," [Online] Accessed: 21 September 2013. Available from: <http://www.ftc.gov/os/closings/100420anntaylorclosingletter.pdf>

ฝ่าฝืนมาตรา 5 ของ FTC Act อันเนื่องมาจากการไม่เปิดเผยถึงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริง (material connection) ระหว่างผู้โฆษณาและผู้รับรองสินค้าในที่นี่คือบล็อกเกอร์ที่ทำการวิจารณ์งานแสดงสินค้าเผยแพร่ผ่านบล็อกของตน ด้วยเหตุนี้เมื่อผู้โฆษณาตกลงมอบของขวัญให้แก่บล็อกเกอร์ เพื่อให้เขาเผยแพร่ข้อความในบล็อกของตนเกี่ยวกับงานดังกล่าว จึงต้องมีหน้าที่ในการเปิดเผยความสัมพันธ์ด้วย เนื่องจากพฤติกรรมนี้อยู่นอกเหนือความคาดหมายของผู้อ่านบล็อกกว่าบล็อกเกอร์ได้รับผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้โฆษณา

อย่างไรก็ตามเหตุการณ์ในครั้งนี้ FTC มีความเห็นไม่ดำเนินการทางกฎหมายกับ AnnTaylor Stores Corporation และผู้ที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากมีจำนวนบล็อกเกอร์ที่เข้าร่วมวิจารณ์ในจำนวนไม่มาก ประกอบกับ FTC แนะนำให้จัดทำนโยบายเกี่ยวกับบล็อกเกอร์ว่าจะต้องไม่ทำการรับของขวัญเพื่อเขียนสนับสนุนสินค้าหรือบริการ เว้นเสียแต่ว่าจะได้มีการแจ้งไว้ และบล็อกเกอร์จะต้องเปิดเผยความสัมพันธ์นั้นในบทวิจารณ์ที่เผยแพร่ในบล็อกของตนด้วย

3.1.3 Dot Com Disclosures : How to Make Effective Disclosures in the Digital Age

เมื่อ ค.ศ. 2000 ในยุคที่เป็นการเริ่มต้นของการทำธุรกิจผ่านทางอินเทอร์เน็ต แม้การตลาดออนไลน์จะยังไม่ได้รับความนิยมรวมถึงเทคโนโลยีที่ยังไม่พัฒนาเทียบเท่าในปัจจุบัน แต่ FTC เล็งเห็นถึงการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาผ่านสื่ออินเทอร์เน็ต เช่น เว็บไซต์ Facebook และ Twitter โดย FTC ได้ประกาศใช้คู่มือแนวปฏิบัติชื่อว่า “Dot Com Disclosures: Information About Online Advertising”⁶³ (Dot Com Disclosures 2000) ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและโดยหลอกลวงในการโฆษณาแบบใหม่ที่กระทำผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยเน้นที่พฤติกรรมอันเกี่ยวกับการขายและการตลาดผ่านระบบอินเทอร์เน็ต (online sales and marketing) และการใช้อีเมลในการโฆษณาเชิญชวน (email solicitations)

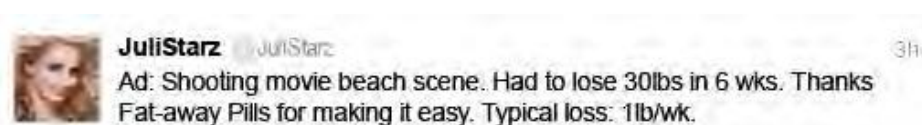
โดยแนวคิดพื้นฐานของการกำหนดแนวปฏิบัติฉบับนี้เกิดขึ้นจากความคิดว่าโฆษณาจะต้องเป็นความจริง ไม่ทำให้หลงเข้าใจผิดหรือมีการหลอกลวง หากการโฆษณามีการอ้างสรรพคุณ มีการพิสูจน์ทดลองใช้ (testimonials) หรือมีผู้รับรองการใช้สินค้าหรือบริการ (Endorsements) จะต้องมีหลักฐานที่สามารถพิสูจน์สนับสนุนสรรพคุณนั้นได้และเป็นความเห็นที่สุจริตจากผู้บริโภคที่แท้จริง นอกจากนี้ข้อมูลของสินค้าและบริการจะต้องมีการเปิดเผยอย่างชัดเจน เช่น การขายเครื่องประดับเพชรผ่านเว็บไซต์โดยมีการเปรียบเทียบราคาของตนและราคาท้องตลาดไว้ซึ่งของตนถูกกว่าราคา

⁶³ Federal Trade Commission, "Dot Com Disclosures: Information About Online Advertising," [Online] Accessed: 15 October 2013. Available from: <http://www.ftc.gov/os/2000/05/0005dotcomstaffreport.pdf>

ห้องตลาด Dot Com Disclosures 2000 ให้แนวทางในการประชาสัมพันธ์สินค้าลักษณะนี้ไว้ว่า จะต้องมีการระบุในสิ่งที่เห็นได้ชัดเจนนบนหน้าเว็บไซต์นั้นว่าราคาดังกล่าวสำหรับสินค้าที่มีรายละเอียดอย่างไร เช่น หากเป็นต่างหูเพชรจะต้องมีข้อมูลว่าราคาที่แจ้งไว้เป็นราคาสำหรับต่างหูเพชรที่มีน้ำหนักเท่าไร และหากมีหลายขนาดและราคาแตกต่างกันอาจลงข้อมูลให้สามารถเชื่อมต่อไปยังตารางแสดงราคาซึ่งอยู่ในอีกหน้าเว็บเพจหนึ่ง เป็นต้น

ต่อมาใน ค.ศ. 2013 ยุคที่เทคโนโลยีสารสนเทศถูกพัฒนาอย่างรวดเร็ว องค์กรธุรกิจต่างๆ ใช้ประโยชน์จากระบบอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะการทำตลาดทั้งการโฆษณาและประชาสัมพันธ์ สินค้าและบริการจากผู้ประกอบธุรกิจไปยังผู้บริโภค ทำให้สภาพสังคมในปัจจุบันแตกต่างไปจากเมื่อ 13 ปีที่แล้วเป็นอย่างมาก FTC จึงได้นำคู่มือแนวปฏิบัติดังกล่าวมาปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมมากยิ่งขึ้น และประกาศใช้ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2013 ในชื่อว่า “Dot Com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in the Digital Age” (Dot Com Disclosures 2013) หรือ คู่มือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลในการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยเน้นพฤติกรรมที่เพิ่มเติมจากปี 2000 คือการตลาดผ่านโทรศัพท์และสื่อสังคมออนไลน์ ดังนั้นการโฆษณาผ่านสื่อสมัยใหม่ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาทางเว็บไซต์ สื่อสังคมออนไลน์ โทรศัพท์มือถือ หรือเกมออนไลน์ เป็นต้น ผู้โฆษณาย่อมมีหน้าที่ในการกระทำตามแนวทางปฏิบัติของ FTC ด้วย โดย Dot Com Disclosures 2013 มีส่วนสำคัญในการกำหนดวิธีเปิดเผยความสัมพันธ์ของผู้โฆษณาและผู้วิจารณ์ในการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต คือในกรณีที่มีการพิสูจน์ทดลองใช้สินค้าหรือบริการ (testimonials) หรือมีผู้รับรองการใช้สินค้าหรือบริการ (Endorsements) ตาม The Guides ที่ได้ศึกษาไปแล้วในข้อ 3.1.2 นั้นจะต้องมีการเปิดเผยอย่างชัดเจนว่าพฤติกรรมนั้นเป็นการโฆษณาหรือมีผู้สนับสนุน โดยในกรณีนี้ FTC แนะนำให้ในการรับรองสินค้าผ่านสื่อสังคมออนไลน์ต่างๆ เช่น Facebook Twitter หรือ Instagram ต้องมีการลงข้อความ เช่น AD เพื่อเป็นการสื่อว่าการรับรองสินค้านั้นผู้รับรองได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจ ทำให้ผู้บริโภคที่ได้รับทราบข้อความการรับรองหรือการวิจารณ์สินค้าหรือบริการดังกล่าว ทราบว่าข้อความนั้นเป็นการโฆษณาหรือมีเจ้าของสินค้าหรือบริการนั้นเป็นผู้สนับสนุน

ตัวอย่าง⁶⁴



⁶⁴ Appendix: Example 15 of Dot Com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in the Digital Age

สำหรับ Dot Com Disclosures นี้ แม้ว่าจะไม่มีสภาพบังคับอย่างเช่นกฎหมายเพราะถือเป็นเพียงแนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ ที่ FTC ประกาศออกมาเพื่อผู้ประกอบการและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณา รับทราบว่าการผิดกฎหมายใดที่อาจถูกตรวจสอบจากเจ้าหน้าที่ได้ เพื่อให้ผู้ประกอบการและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาหลีกเลี่ยงพฤติกรรมทางการค้าที่เป็นการหลอกลวงหรือไม่เป็นธรรมด้วยการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตามหากมีกรณีที่เข้าข่ายฝ่าฝืนตาม Dot Com Disclosures นี้ FTC อาจพิจารณาใช้อำนาจและดำเนินการทางกฎหมายได้ภายใต้ FTC Act

3.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป (European Union หรือ EU) พัฒนามาจากประชาคมยุโรป (European Community หรือ EC) ซึ่งเป็นกลุ่มที่รวมองค์การทางเศรษฐกิจ 3 องค์การเข้าด้วยกัน คือประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป (European Coal and Steel Community หรือ ECSC) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community หรือ EEC) และประชาคมพลังงานปรมาณูยุโรป (European Atomic Energy Community หรือ EURATOM) ปัจจุบันมีประเทศสมาชิกทั้งหมด 28 ประเทศ⁶⁵ ถือเป็นการรวมกลุ่มระดับภูมิภาคที่ใหญ่ที่สุดและก้าวหน้าที่สุดในโลกและมีบทบาทสำคัญต่อทิศทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมระดับโลก สำหรับในด้านเศรษฐกิจสหภาพยุโรปมีผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (Gross Domestic Product หรือ GDP) สูงที่สุดในโลก เป็นตลาดสินค้าและบริการ ตลาดการเงิน และผู้ลงทุนในต่างประเทศที่สำคัญ รวมทั้งมีบริษัทข้ามชาติระดับโลกเป็นจำนวนมากที่สุด การรวมตัวกันของสหภาพยุโรปมีความเข้มแข็งยิ่งขึ้นภายหลังสนธิสัญญาลิสบอน (Lisbon Treaty) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 2009 ทำให้สหภาพยุโรปมีสถานะทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์สามารถจัดทำความตกลงกับต่างประเทศเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศและเป็นสมาชิกองค์การระหว่างประเทศได้⁶⁶

วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งสหภาพยุโรปเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมในทุกด้านทั้งเศรษฐกิจ สังคม นโยบายต่างประเทศ ความมั่นคง การป้องกัน และความยุติธรรม มีการจัดทำตลาดร่วม (Common Market) เพื่อยกระดับทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิก และมาตรฐานการครองชีพของประชาชนในประเทศสมาชิกให้ดีขึ้น โดยอาศัยความร่วมมือของประเทศสมาชิก มีการประกาศนโยบายทาง

⁶⁵ European Union, "List of Countries " [Online] Accessed: 25 January 2014. Available from: http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm

⁶⁶ กระทรวงต่างประเทศ, "กรอบความร่วมมือ : สหภาพยุโรป (European Union – EU)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 27 กันยายน 2556. แหล่งที่มา: [http://www.mfa.go.th/main/th/world/7/19896-\(European-Union---EU\).html](http://www.mfa.go.th/main/th/world/7/19896-(European-Union---EU).html)

เศรษฐกิจให้ไปในทิศทางเดียวกันเป็นผลจัดการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคโดยเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามอุปสรรคและปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างหนึ่งคือเรื่องของความต่างของกฎหมายอันเกี่ยวกับการตลาดสินค้าและบริการระหว่างประเทศสมาชิก และการคุ้มครองผู้บริโภค คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) จึงเป็นหน่วยงานที่ริเริ่มร่างกฎหมายอันถือเป็นกฎเกณฑ์กลาง (Directive) และเสนอให้คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) และสภายุโรป (European Parliament) พิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนที่ประเทศสมาชิกจะนำไปประกาศเป็นกฎหมายภายในของประเทศตนเองเพื่อให้มีหลักเกณฑ์ตรงกัน สำหรับกฎเกณฑ์กลางที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาและการวิจารณ์สินค้าและบริการนั้น ได้แก่ Unfair Commercial Practices Directive

3.2.1 Unfair Commercial Practices Directive

กฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปว่าด้วยการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market หรือ Unfair Commercial Practices Directive (Directive) ในมาตรา 3 ระบุถึงวัตถุประสงค์ของ Directive ฉบับนี้ไว้ว่ามีวัตถุประสงค์ใช้บังคับแก่การปฏิบัติทางการค้าที่ผู้ประกอบการกระทำต่อผู้บริโภค (business-to-consumer หรือ B2C) ทั้งที่เกิดขึ้นก่อน หลัง หรือระหว่างการทำธุรกรรมทางการค้าอันเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคโดยตรง และคุ้มครองในทางอ้อมให้การดำเนินธุรกิจของผู้แข่งขันเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย Directive นี้บัญญัติถึงการปฏิบัติทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมไว้ในมาตรา 5⁶⁷ ทั้งนี้ในมาตรา 2⁶⁸ ได้กำหนดนิยามของคำว่า "trader" หรือผู้ประกอบการ ธุรกิจ คือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งพฤติกรรมทางการค้าครอบคลุมถึงการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง รวมไปถึงการกระทำของบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจหรือในนามของผู้ประกอบการ ภาษานี้ไม่ครอบคลุมเพียงแต่ผู้ประกอบการที่ทำหน้าที่ในนามของตนเองแต่ยังรวมถึงบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ประกอบการ ธุรกิจและผู้บริโภคซึ่งกระทำในนามของผู้ประกอบการ ธุรกิจด้วย เช่น ตัวแทนที่รับเงินจากผู้ประกอบการ ธุรกิจเพื่อทำการตลาดหรือโฆษณาสินค้าของผู้ประกอบการ ธุรกิจจะอยู่ในนิยามของผู้ประกอบการ ธุรกิจใน ความหมายของ Directive นี้ จากนิยามคำว่าผู้ประกอบการ ธุรกิจของ Directive นี้ Guidance on the

⁶⁷ Article 5 paragraph 1 of Unfair Commercial Practices Directive

⁶⁸ Article 2(b) of Unfair Commercial Practices Directive

implementation/application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices⁶⁹ ได้กล่าวว่าเป็นข้อกำหนดที่เอาผิดโดยเฉพาะกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่เบื้องหลัง (hidden trader) รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจที่แสดงตัวเองเป็นผู้บริโภคด้วย ดังนั้นในกรณีที่บุคคลธรรมดาแสดงตนเป็นผู้บริโภคและขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภครายอื่นจะถือว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจด้วย ("hidden B2C" sales)

ตัวอย่างของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่เบื้องหลัง เช่น เว็บไซต์ของโรงแรมได้รวบรวมความคิดเห็นที่ชื่นชอบโรงแรมโดยแสดงออกเป็นผู้บริโภค แต่แท้จริงแล้วเป็นการร่างโดยเจ้าของโรงแรม หรือกรณีร้านหนังสือโฆษณาว่าเป็นหนังสือยอดนิยมที่ลูกค้าเลือกซึ่งลูกค้าไม่เคยได้รับการสอบถามโดยหนังสือที่โฆษณานั้นเป็นการเลือกโดยร้านขายหนังสือเอง เป็นต้น

มาตรา 5⁷⁰ ของ Directive นี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมไว้ว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องห้าม เช่น การปฏิบัติทางการค้าที่ขัดต่อความระมัดระวังตามวิชาชีพ การปฏิบัติทางการค้าที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด⁷¹ ซึ่งหากปราศจากการกระทำนั้นแล้วผู้บริโภคโดยเฉลี่ยอาจไม่เข้าทำนิติกรรมด้วย รวมถึงรูปแบบการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมซึ่งระบุไว้ในภาคผนวก 1 ที่ระบุถึงรูปแบบพฤติกรรมการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ถือว่าต้องห้ามกระทำในทุกกรณี เช่น

ข้อ 7 การกล่าวเท็จว่าสินค้ามีจำหน่ายเพียงช่วงระยะเวลาที่จำกัดเท่านั้น หรือจะจำหน่ายภายใต้เงื่อนไขช่วงเวลาที่จำกัด เพื่อที่จะกระตุ้นให้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อทันที และกีดกันผู้บริโภคไม่ให้มีโอกาสหรือเวลาที่เพียงพอในการหาข้อมูลของตัวเลือกอื่น

ข้อ 13 การประชาสัมพันธ์สินค้าที่คล้ายคลึงกับสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ในลักษณะที่จูงใจให้ผู้บริโภคหลงผิด และเชื่อว่าสินค้านั้น ผลิตจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกัน

ข้อ 17 การกล่าวเท็จว่าสินค้านั้นสามารถรักษาอาการเจ็บป่วย การทำหน้าที่ผิดปกติของอวัยวะภายในร่างกาย หรือความพิการได้

ข้อ 18 การส่งต่อข้อมูลที่ไม่ถูกต้องเกี่ยวกับเงื่อนไขทางการตลาด หรือความสามารถในการหาซื้อสินค้าเพื่อกระตุ้นให้เกิดการบริโภคซึ่งผู้บริโภคต้องยอมรับเงื่อนไขที่ด้อยกว่าสภาพปกติของตลาด

⁶⁹ The European Commission, "Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices," [Online] Accessed: 23 August 2013. Available from: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Guidance_UCP_Directive_en.pdf

⁷⁰ Article 5 of Unfair Commercial Practices Directive

⁷¹ Article 6 and 7 of Unfair Commercial Practices Directive

ข้อ 20 การบรรยายถึงสินค้าว่าไม่คิดมูลค่า ฟรี ไม่คิดราคา หรือคำอื่นที่มีความหมายในลักษณะเดียวกัน หากผู้บริโภคต้องจ่ายเงินใดๆ ที่นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่หลีกเลี่ยงไม่ได้

ข้อ 22⁷² การอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเองหรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค โดยในข้อนี้เป็นรูปแบบพฤติกรรมการปฏิบัติในทางพาณิชย์อันไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการโดยผู้วิจารณ์มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการธุรกิจอันถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตาม Directive นี้

Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป มาตรา 6 บัญญัติถึงการกระทำทางการค้าจะถูกพิจารณาว่าเป็นการหลอกลวงและทำให้เข้าใจผิด หากมีการใช้ข้อมูลเท็จหรือข้อมูลที่ไม่เป็นความจริงในทางใดๆ รวมไปถึงวิธีการที่ข้อมูลถูกนำเสนอด้วยการหลอกลวงหรืออาจเป็นไปได้ที่จะหลอกลวงผู้บริโภค ถึงแม้ว่าข้อมูลบางส่วนจะเป็นความจริงก็ตาม องค์ประกอบต่อไปนี้มีผลทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจที่จะเลือกบนความเข้าใจผิดนั้นๆ ได้แก่ ลักษณะ คุณสมบัติ และสิทธิของผู้ประกอบการธุรกิจหรือตัวแทน (เช่น อัตลักษณ์ ทรัพย์สิน คุณสมบัติ สถานะ ใบอนุญาต ความเกี่ยวข้อง และความเป็นเจ้าของในอุตสาหกรรม การค้า หรือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงรางวัลและเกียรติยศ) เป็นต้น บทบัญญัติในข้อนี้จะสังเกตได้ว่าการกระทำทางการค้าอันก่อให้เกิดความเข้าใจผิดด้วยข้อมูลเท็จหรือข้อมูลที่ไม่เป็นความจริงนั้นไม่จำกัดเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ แต่ Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรปยังบัญญัติถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการธุรกิจและตัวแทนด้วย

นอกจากนี้ในมาตรา 7(2) ของ Directive นี้ ยังได้บัญญัติถึงพฤติกรรมทางการค้าจะถูกพิจารณาว่าเป็นการหลอกลวงและทำให้เข้าใจผิด หากมีการละเว้นไม่แจ้งข้อมูลสำคัญที่จำเป็นต่อผู้บริโภค ซึ่งมีผลทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการบนความเข้าใจผิดนั้นๆ การหลอกลวง ทำให้เข้าใจผิด และละเว้นข้อมูลสำคัญ ได้แก่กรณีผู้ประกอบการธุรกิจปกปิดหรือให้ข้อมูลที่ไม่ชัดเจน ไม่สามารถเข้าใจได้ กำกวม หรือ ไม่เหมาะสม รวมถึงความล้มเหลวในการแสดงเจตนาในทางพาณิชย์นอกเสียแต่ว่าเจตนาในทางพาณิชย์นั้นจะสามารถทราบได้อย่างชัดเจนจากข้อมูลที่แสดงออกมา เป็นต้น กล่าวคือในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจกระทำการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของตนเองย่อมหมายถึงว่าเป็นการกระทำอันมีเจตนาในเชิงพาณิชย์ซึ่งจะต้องมีการเปิดเผยเพื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าสิ่งที่ทำการสื่อสารอยู่นั้น คือการประชาสัมพันธ์หรือการกระทำทางพาณิชย์ของผู้ประกอบการธุรกิจ แต่หากผู้ประกอบการธุรกิจปกปิดเจตนาในเชิงพาณิชย์นั้นหรือแสดงออกอย่างคลุมเครือหรือด้วยวิธีการที่ไม่เหมาะสม เช่น การแสดงข้อความตัวอักษรขนาดเล็กและเร็วจนทำให้ผู้รับสารไม่สามารถ

⁷² ANNEX 1 item 22 of Unfair Commercial Practices Directive

เข้าใจความหมายได้ เพราะอ่านไม่ทันหรืออ่านไม่ออก เป็นต้น ถือได้ว่าเป็นกรณีของการละเลยอันก่อให้เกิดความหลงผิดแก่ผู้บริโภคอันเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่หลอกลวงตาม Directive นี้ เช่นเดียวกับกรณีของการวิจารณ์สินค้าหรือบริการที่ผู้วิจารณ์เป็นผู้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ และกระทำการวิจารณ์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ แต่กลับปกปิดความสัมพันธ์ และแสดงตัวเองว่าเป็นผู้บริโภค มาตรา 7(2) ของ Directive นี้ สามารถนำมาปรับใช้เพื่อกำหนดความรับผิดชอบได้ เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งใจปกปิดเจตนาในทางพาณิชย์ทำให้ผู้บริโภคหลงผิด

สำหรับบทกำหนดโทษ Directive ฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติถึงบทกำหนดโทษไว้ แต่ได้บัญญัติให้รัฐสมาชิกเป็นผู้วางบทกำหนดโทษที่มีประสิทธิภาพ เหมาะสม และสามารถป้องกันการกระทำดังกล่าวได้เอง

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป

3.2.2.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของสหราชอาณาจักร

สำนักงานส่งเสริมการค้าที่เป็นธรรม (The Office of Fair Trading หรือOFT)⁷³ คือองค์กรอิสระไม่อยู่ในกำกับของรัฐมนตรีและเป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรของประเทศสหราชอาณาจักรจัดตั้งขึ้นภายใต้ Fair Trading Act 1973 มีหน้าที่หลักในการคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้า

โดยตลาดจะทำงานได้ดีเมื่อการค้ามีการแข่งขันที่เป็นธรรมจึงเป็นภารกิจของ OFT ในการดำเนินการให้ตลาดสินค้าและบริการมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมต่อผู้บริโภคเพื่อให้แน่ใจว่าผู้บริโภคมีทางเลือกที่มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ในทุกภาคส่วนของตลาด เหตุเพราะเมื่อผู้บริโภคมีทางเลือกที่มากพอผู้บริโภคจะเป็นผู้มีอำนาจที่แท้จริงและยั่งยืน⁷⁴

Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (CPRs) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 โดยเป็นการนำกฎหมายของสหภาพยุโรป กล่าวคือ

⁷³ The Office of Fair Trading, "About the OFT [Online]," [Online] Accessed: 19 October 2013. Available from: <http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/?jsessionid=D80841BC24B425DF9DEF1D8685341316>

⁷⁴ The Office of Fair Trading, "What we do," [Online] Accessed: 19 October 2013. Available from: <http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/what/#.UnSYGvL7L2Y>

Unfair Commercial Practices Directive มากำหนดเป็นกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร ทั้งนี้ CPRs กำหนดให้ OFT เป็นหน่วยงานในการกำกับดูแลการค้าและธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภค เช่น การกระทำ หรือละเว้นกระทำ การให้ข้อมูล หรือการโฆษณา การทำการตลาด ประชาสัมพันธ์ในส่วนของการส่งเสริมการขายสินค้าหรือบริการแก่ผู้บริโภค ทั้งที่เกิดขึ้นก่อน หลัง หรือระหว่างการทำธุรกรรมดังกล่าว รวมถึงการใดๆ ที่อาจกระทบสิทธิของผู้บริโภคด้วย ทั้งนี้ CPRs ได้กำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจไว้ 4 ประการ ดังนี้

- ก) การปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม⁷⁵
- ข) การกระทำหรือละเว้นกระทำที่อาจทำให้ผู้บริโภคสับสน
- ค) การบังคับขาย (Hard sale)
- ง) หน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจในการดำเนินธุรกิจอย่างเป็นธรรม

ทั้งนี้ใน ก) คือ การปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมบัญญัติไว้ในมาตรา 3⁷⁶ โดยพฤติกรรมที่ต้องห้ามในทุกกรณี (Banned Practices) มีทั้งสิ้น 31 รูปแบบ เช่นเดียวกับ Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการได้แก่ ข้อ 22⁷⁷ การอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเองหรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค

ตัวอย่าง ตัวแทนขายรถยนต์มือสองลงโฆษณาระบุข้อความว่า “รถยนต์เจ้าของขายเอง ราคา 2,000 ปอนด์ ติดต่อ 01234 56789” ข้อความนี้ถือว่าผู้ขายไม่ใช่ผู้ประกอบธุรกิจ ถือว่าฝ่าฝืน CPRs⁷⁸

มาตรา 5 ได้บัญญัติถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดด้วยข้อมูลเท็จหรือข้อมูลที่ไม่เป็นความจริง หรือการสร้างหรือเป็นไปได้ที่จะสร้างความหลงผิดแก่ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยแม้ว่าจะเป็นข้อมูลที่ถูกต้องก็ตาม และโดยที่การหลอกลวงนั้นมีผลทำให้หรือมีแนวโน้มที่จะทำให้ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยตัดสินใจบนความเข้าใจผิดนั้นซึ่งหากไม่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดผู้บริโภคอาจไม่ตัดสินใจ เช่น นั้น ได้แก่ลักษณะเฉพาะของสินค้า ถ้อยคำหรือสัญลักษณ์ที่เกี่ยวข้องโดยตรงหรือโดย

⁷⁵ Schedule 1 Regulation 3(4)(d) of Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008: Commercial practices which are in all circumstances considered unfair

⁷⁶ Regulation 3 of The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

⁷⁷ Schedule 1 item 22 of The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

⁷⁸ The Office of Fair Trading, "Guidance on the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations," [Online] Accessed: 30 October 2013. Available from: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/cpregs/oft1008.pdf

อ้อมกับผู้สนับสนุนหรือการอนุมัติของผู้ประกอบธุรกิจ หรือสินค้าหรือบริการ รวมถึงลักษณะ คุณสมบัติ และสิทธิที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจ (เช่น อัตลักษณ์ ทรัพย์สิน คุณสมบัติ สถานะ ใบอนุญาต ความเกี่ยวข้อง และความเป็นเจ้าของในอุตสาหกรรมการค้า หรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงรางวัลและเกียรติยศ) และสิทธิของผู้บริโภคหรือความเสี่ยงภัยที่อาจได้รับ เป็นต้น

การละเลยไม่แจ้งข้อมูลอันก่อให้เกิดความหลงผิดแก่ผู้บริโภคบัญญัติไว้ใน มาตรา 6⁷⁹ เป็นบทบัญญัติในลักษณะเดียวกับ มาตรา 7(2) ของ Unfair Commercial Practice Directive ซึ่งบัญญัติถึงกรณีของการละเลย การปกปิดไม่แจ้งข้อมูล การชี้แจงข้อมูลอย่างคลุมเครือ หรือด้วยวิธีการที่ไม่เหมาะสม อันก่อให้เกิดความหลงผิดแก่ผู้บริโภค ซึ่งรวมถึงการโฆษณาที่ไม่ระบุเจตนาในเชิงพาณิชย์ของการปฏิบัติทางการค้าทำให้ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าการกระทำนั้นไม่ใช้การโฆษณา วิธีการทำให้ชัดเจน เช่น การปรากฏข้อความว่า “โฆษณา” ในการทำการตลาด⁸⁰

Heather Clayton ผู้อำนวยการอาวุโสของ OFT's Consumer Group กล่าวว่า อินเทอร์เน็ต มีความสำคัญต่อการเลือกซื้อสินค้าและบริการของคนในยุคปัจจุบัน และการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตกำลังเติบโตอย่างต่อเนื่อง OFT จึงสนับสนุนการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้แน่ใจว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตลาดผ่านระบบอินเทอร์เน็ตมีความชัดเจน โปร่งใส การประกอบธุรกิจที่มีอิสระมากขึ้น และเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้บริโภค โดย OFT มีความคาดหวังว่าการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตและการทำการตลาดนั้นจะสามารถเกิดความโปร่งใสต่อผู้บริโภค เมื่อมีการเผยแพร่ต่อสาธารณะผ่านทางบล็อก หรือไมโครบล็อก OFT จึงยอมรับ Handpicked Media เพื่อมาตรวจสอบ และกำหนดรูปแบบทางพาณิชย์ของเครื่องข่ายบล็อกเกอร์ เพื่อให้บล็อกเกอร์ หรือผู้วิจารณ์เปิดเผยอย่างชัดเจนเมื่อการแสดงความคิดเห็นของพวกเขาได้รับเงินมา⁸¹ ทั้งนี้ความเป็นมาของ Handpicked Media นั้น เกิดขึ้นจากในยุคดิจิทัลที่มีการเพิ่มขึ้นของเว็บไซต์อิสระและบล็อกซึ่งได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก โดยผู้คนสามารถเชื่อมต่อกับบุคคลได้ทั่วโลกรวมทั้งการเปลี่ยนแปลงวิธีการรับข้อมูลของผู้บริโภค อีกทั้งการเพิ่มขึ้นของบล็อกเกอร์และการสร้างเว็บไซต์ที่ดึงดูดผู้เข้าชมถือเป็นสื่อรูปแบบใหม่ที่สามารถต่อสู้และท้าทายสื่อแบบดั้งเดิมได้

OFT ได้ควบคุมดูแลการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตและรูปแบบการตลาดที่ไม่เปิดเผยว่าพวกเขาได้รับเงินสำหรับการประชาสัมพันธ์ถือเป็นการหลอกลวงภายใต้กฎหมายการค้าที่

⁷⁹ Regulation 6 of The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

⁸⁰ The Office of Fair Trading, "Guidance on the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations."

⁸¹ The Office of Fair Trading, "OFT secures promotional blogging disclosures," [Online] Accessed: 30 October 2013. Available from: http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2010/134-10#.UnSiM_l7L2Y

เป็นธรรม (Fair Trading Laws) ซึ่งรวมถึงการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับสินค้าและบริการผ่านทางเว็บไซต์ บล็อก และไมโครบล็อก เช่น Twitter

กิจกรรมส่งเสริมการขายผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนี้อยู่ภายใต้ข้อบังคับเช่นเดียวกับกิจกรรมส่งเสริมการขายอื่นๆ กล่าวคือจะต้องระบุอย่างชัดเจนเมื่อการส่งเสริมการขายหรือการแสดงความคิดเห็นได้รับเงินมาเพื่อไม่ให้ผู้บริโภคเกิดความหลงผิด

กรณีผู้ที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดใน CPRs มีโทษปรับไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด (ซึ่งในปัจจุบันกำหนดไว้ที่อัตรา 5000 ปอนด์) หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

ตัวอย่างที่ OFT ดำเนินการเกี่ยวกับการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งทำให้ผู้บริโภคหลงผิด ได้แก่ กรณีบริษัท Markco Media ประกอบธุรกิจเว็บไซต์ Groupola กล่าวคือเป็นเว็บไซต์ขายคุกกี้ส่วนลดของสินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยมีการจำกัดช่วงระยะเวลาการจำหน่าย โดย Groupola ได้ประกาศจำหน่ายคุกกี้สำหรับซื้อโทรศัพท์มือถือยี่ห้อ iPhone รุ่น 4S ในราคา 99 ปอนด์ (จากราคาเต็ม 499 ปอนด์) OFT เห็นว่าเป็นการส่งเสริมการขายด้วยวิธีการตั้งราคาล่อใจเพื่อดึงดูดผู้บริโภคให้เข้าเว็บไซต์ Groupola และลงทะเบียนเพื่อรับการแจ้งเตือนทางอีเมลทุกวันจากบริษัท ช่วงระยะเวลาดังกล่าวมีผู้สนใจลงทะเบียนถึงเกือบ 15,000 คน โดยไม่มีใครทราบว่าสินค้าในราคาที่ตั้งไว้มีเพียง 8 เครื่องเท่านั้น นอกจากนี้ OFT ยังมีความกังวลเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นบนเว็บไซต์ Facebook ของ Groupola ในช่วงระยะเวลาของการจำหน่ายคุกกี้เพื่อซื้อโทรศัพท์มือถือยี่ห้อ iPhone ซึ่งเป็นกระทำของพนักงานของบริษัทและได้แสดงความคิดเห็นในเชิงบวกเกี่ยวกับบริษัท โดยการแสดงตัวเองเป็นผู้บริโภคธรรมดาคนหนึ่ง ผลการสืบสวนในกรณีนี้ถือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน CPRs ทั้งนี้ OFT ได้ให้บริษัทและกรรมการบริษัทลงนามรับรองว่าจะไม่มีการกระทำดังกล่าวต่อไปและจะไม่กระทำซ้ำเพื่อป้องกันการเสนอขายที่ไม่ได้สัดส่วนกันกับอุปสงค์ ระดับการลงทุนโฆษณา และวิธีการทำการตลาด ป้องกันการแสดงความคิดเห็นผ่านเครือข่ายสังคม บล็อก และเว็บไซต์ โดยไม่เปิดเผยอย่างชัดเจน เมื่อผู้เขียนเป็นพนักงานหรือมีความสัมพันธ์อื่นที่เกี่ยวข้องกับบริษัท⁸²

จากกรณีดังกล่าว Heather Clayton ผู้อำนวยการอาวุโสของ OFT's Consumer Group ให้ความเห็นว่าเป็นเรื่องที่ยอมรับไม่ได้สำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่หลอกลวงว่าเป็นผู้บริโภคที่เป็นอิสระ ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่มีมากขึ้นเรื่อยๆ เนื่องมาจากผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าหรือ

⁸² The Office of Fair Trading, "Investigation into bait advertising and unfair commercial practices in relation to an online sale," [Online] Accessed: 19 November 2013. Available from: <http://www.oft.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/consumer-enforcement-completed/bait-advertising/#.UouBecR7L2Y>

บริการตามคำแนะนำของเพื่อน หรือผู้คนบนโลกอินเทอร์เน็ต แต่ในทางกลับกัน OFT ยังคงให้ความสำคัญกับการคุ้มครองการแสดงความคิดเห็น หรือการวิจารณ์ของผู้บริโภคผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเช่นกัน⁸³

นอกจากนี้สหราชอาณาจักรยังมี The UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing (The UK Code) หรือข้อกำหนดวิชาชีพของธุรกิจโฆษณาที่มาควบคุมการดำเนินธุรกิจโฆษณา เพื่อให้สอดคล้องกับ CPRs ฉบับดังกล่าวอีกด้วย โดยคณะกรรมการควบคุมรูปแบบการโฆษณา หรือ The Committee of Advertising Practice ได้จัดตั้ง The Advertising Standards Authority (ASA) เป็นหน่วยงานอิสระภาควิชาชีพเพื่อกำกับดูแลโฆษณาบางส่วนจากองค์กรของรัฐภายใต้กลไกการกำกับดูแลร่วม โดย ASA มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมและตรวจสอบให้แน่ใจว่าโฆษณา โดยเฉพาะโฆษณาที่ไม่ได้มีการเผยแพร่ผ่านทางสื่อสารมวลชน (non-broadcast advertising) ต้องมีความถูกต้องไม่เป็นเท็จเพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค รวมถึงประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ The UK Code ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 12 เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ. 2010 โดยมีการกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการจัดระเบียบการตลาดออนไลน์ เช่น แบนเนอร์โฆษณาตามเว็บไซต์ต่างๆ การตลาดแบบ pay-per-click⁸⁴ และการตลาดผ่านสื่อสังคมออนไลน์⁸⁵

ASA จะตรวจสอบการร้องเรียนเกี่ยวกับโฆษณาบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ ดังนี้

- ก) การสื่อสารทางการตลาดนั้นจะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นการตลาด การประชาสัมพันธ์ และการโฆษณาสินค้าหรือบริการ
- ข) การสื่อสารทางการตลาดนั้นจะต้องไม่เป็นการกล่าวอ้างข้อความที่เป็นเท็จหรือการอ้างตัวเองว่าเป็นผู้บริโภคหรือแสดงออกว่าไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือความเชี่ยวชาญของตน เนื่องจากจะต้องอยู่บนพื้นฐานที่ว่าตลาดต้องแสดงให้เห็นได้ชัดเจนถึงเจตนาในเชิงพาณิชย์

⁸³ The Office of Fair Trading, "OFT takes action against group buying website for misleading iPhone sale," [Online] Accessed: 19 November 2013. Available from: <http://www.oftr.gov.uk/news-and-updates/press/2011/30-11#.UouBeMR7L2Y>

⁸⁴ Pay-per-click คือการซื้อพื้นที่โฆษณาบนหน้าเว็บค้นหา หรือ Search Engine โดยเมื่อผู้ใช้บริการค้นหาข้อมูลตามคำที่ต้องการแล้วจะมีการขึ้นผลการค้นหาพร้อมโฆษณาที่มีความเกี่ยวข้องกับคำที่ผู้ใช้บริการค้นหานั้น เช่น ผู้ใช้บริการค้นหาคำว่า “โรงแรมในเชียงใหม่” จะมีการขึ้นผลการค้นหาปกติ และมีส่วนที่เป็นโฆษณาของโรงแรมในจังหวัดเชียงใหม่ปรากฏขึ้นมาพร้อมกัน

⁸⁵ The UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing

ค) นักการตลาด และผู้โฆษณาจะต้องชี้แจงให้ชัดเจนว่าการประชาสัมพันธ์นั้นเป็นบทความโฆษณา หรือการสื่อสารทางการตลาด เช่น การปรากฏ “ข้อความโฆษณา” ไว้ในการโฆษณานั้นๆ

กรณีพิพาทที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับคำสั่งห้ามกระทำจาก ASA เช่น กรณีของ Gemma Collins พิธีกรชื่อดังได้ถ่ายทำรายการ Reality Show รายการหนึ่ง โดยเข้าไปทำผมที่ร้านทำผมแห่งหนึ่ง เมื่อถ่ายทำรายการเสร็จเจ้าของร้านทำผมตกลงไม่คิดเงินแต่ขอให้ Gemma ทวิตข้อความสนับสนุนร้านทำผมของเธอในทวิตเตอร์ของ Gemma โดย Gemma ตกลงทวิตพร้อมให้ส่วนลดของร้านทำผมนี้แก่ผู้ติดตามทวิตเตอร์ของเธอ กรณีนี้ ASA กล่าวหาว่าร้านทำผมฝ่าฝืน The UK Code โดยการไม่แสดงให้เห็นชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ให้กับสินค้าหรือบริการ อีกทั้งยังแสดงตนเองเป็นผู้บริโภคโดยไม่มีข้อความชี้แจงใดๆ ทำให้ผู้บริโภคที่เห็นข้อความไม่ทราบว่ากระทำนี้เป็นการโฆษณา ทั้งนี้ร้านทำผมโต้แย้งว่าการทวิตของ Gemma นั้นไม่ใช่การโฆษณา อย่างไรก็ตามการที่ Gemma ทวิตโดยให้ส่วนลดก็น่าจะเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นการประชาสัมพันธ์ทางการตลาดให้แก่ร้านทำผม ซึ่งข้อโต้แย้งนี้ ASA ไม่เห็นด้วย

โดยที่ ทั้ง ASA และศาลของอังกฤษยอมรับว่าอาจเป็นเรื่องยากในการพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้บริโภคมีแนวโน้มที่จะถูกหลอกโดยการโฆษณา แต่สำหรับเป้าหมายของกฎหมายฉบับนี้คือเราจะต้องสันนิษฐานว่ามีผู้บริโภคที่เชื่อในสิ่งที่โฆษณابอกเสมอซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภคทางด้านโฆษณา⁸⁶

3.2.2.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

นโยบายหลักทางด้านธุรกิจของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือ ความมีอิสระเสรีในการประกอบธุรกิจ โดยไม่ขัดกับกฎหมาย กฎระเบียบ หรือข้อบังคับใดๆ ที่กำหนดไว้ สำหรับธุรกิจนั้นๆ นอกจากนี้รัฐบาลเยอรมนียังพยายามส่งเสริมให้มีการแข่งขันกันทางการค้าด้วยความเป็นธรรม โดยไม่มีการกีดกันทางเชื้อชาติ ทำให้ผู้ประกอบการทั้งที่เป็นชาวเยอรมัน และคนต่างชาดมีสิทธิเท่าเทียมกันในการประกอบธุรกิจ และใช้กฎหมาย กฎระเบียบ และข้อบังคับเดียวกัน มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงคุ้มครองผู้บริโภค โภชนาการ และการเกษตร (Bundesministerium für Verbraucher- schutz, Ernährung und Landwirtschaft) ซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐ ทำหน้าที่กำหนดนโยบาย มาตรการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภค รวมถึงส่งเสริมการประกอบธุรกิจและการค้าต่างๆ ไป โดยการร่วมมือกับกระทรวงสาธารณสุขด้านความปลอดภัย การไว้วางใจได้ในสินค้าอาหาร และสมาคมกลางผู้บริโภคแห่งสหพันธ์ (Verbraucherzentrale Bundesverband

⁸⁶ The UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing

e.V.) ซึ่งเป็นองค์กรเอกชน ทำหน้าที่เป็นตัวแทนผู้บริโภค รวมถึงการเป็นที่ปรึกษาทางด้านกฎหมาย เป็นต้น⁸⁷

โดยที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป มีความผูกพันในการออกกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับกฎระเบียบของสหภาพยุโรป ทั้งนี้ได้ออก The Act against Unfair Competition of 2004 (UWG) เพื่อให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรป เช่น Unfair Commercial Practices Directive และ Misleading and Comparative Advertising Directive โดยมีการปรับปรุงเมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 2010 วัตถุประสงค์ของ UWG ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1⁸⁸ กล่าวคือ เพื่อปกป้องคุ้มครองผู้บริโภค ผู้แข่งขัน และผู้มีส่วนร่วมในตลาดจากการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะจากการบิดเบือนในการแข่งขันทางการค้า โดยการคุ้มครองตาม UWG นี้ ถือว่าผลประโยชน์ของผู้บริโภค ผู้แข่งขัน และผู้มีส่วนร่วมในตลาด มีความเท่าเทียมกัน การปฏิบัติทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมได้รวมถึงการปฏิบัติทางพาณิชย์ที่ชักจูงผู้บริโภคด้วยข้อมูลที่ไมเพียงพอต่อการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการด้วย

รูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ทำให้หลงผิดตาม UWG มาตรา 5(1)⁸⁹ บัญญัติถึงพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจกระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เช่น ข้อความหรือสัญลักษณ์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้การสนับสนุนทั้งทางตรงและทางอ้อมหรือการรับรองของผู้ประกอบธุรกิจสินค้าหรือบริการนั้นๆ

รูปแบบพฤติกรรมของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตาม UWG มาตรา 3 ถูกกำหนดไว้ในเอกสารแนบหลายกรณี แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการ ได้แก่ ข้อ 23.⁹⁰ ซึ่งรับมาจาก Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป กล่าวคือ การอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเองหรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค

UWG ได้กำหนดสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในทางแพ่ง สำหรับผู้ที่เสียหายจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติข้อห้ามในการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 3 ประการ ดังนี้

⁸⁷ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, "ข้อมูลเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในเยอรมนี" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 4 พฤศจิกายน 2556. แหล่งที่มา:

http://www.ditp.go.th/attachments/article/71873/web_เว็บคุ้มครองผู้บริโภค2555.pdf

⁸⁸ Section 1 of The Act Against Unfair Competition

⁸⁹ Section 5(1) 4 of The Act Against Unfair Competition

⁹⁰ Section 3 and Annex item 23 of The Act Against Unfair Competition

(ก) การเยียวยาโดยการเรียกร้องให้หยุดการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว ตามมาตรา 8 และมาตรา 12

(ข) การเยียวยาโดยใช้สิทธิทางศาล เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืน ไม่ว่าผู้ฝ่าฝืนจะมีเจตนาในการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ตามมาตรา 9

(ค) การเยียวยาโดยใช้สิทธิทางศาล เพื่อเรียกร้องผลกำไรที่ผู้กระทำการฝ่าฝืนได้รับจากการกระทำการฝ่าฝืนนั้น ตามมาตรา 10

3.3 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของสาธารณรัฐสิงคโปร์

3.3.1 Consumer Protection (Fair Trading) Act 2003

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นกฎหมายที่ได้รับมาจากสหราชอาณาจักร โดยถูกนำเข้ามาในยุคของการล่าอาณานิคม อย่างไรก็ตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆ ของสหราชอาณาจักร ไม่ได้ถือว่าเป็นกฎหมายและกฎเกณฑ์ของสาธารณรัฐสิงคโปร์โดยอัตโนมัติ อีกทั้งภายหลังจากในช่วงศตวรรษที่ 19 กฎหมายสิงคโปร์ที่แต่เดิมมีการพัฒนาในลักษณะที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของอังกฤษเริ่มมีการยกเว้นหรือบัญญัติให้แตกต่างออกไปเพื่อสะท้อนให้เห็นถึงตัวตนของสิงคโปร์ที่ต่างจากสหราชอาณาจักรทั้งทางชาติพันธุ์และศาสนา ในช่วงแรกเริ่มของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในสิงคโปร์จะเกี่ยวกับการใช้กฎหมายสัญญาที่เป็นรากฐานเริ่มต้นสำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศ อันได้แก่ The Sale of Goods Act หรือพระราชบัญญัติซื้อขาย (บทที่ 393) ซึ่งบัญญัติในเรื่องของการซื้อขายสินค้าในสิงคโปร์ ถือได้ว่ามีพื้นฐานโดยหลักมาจาก The Sale of Goods Act of 1979 หรือพระราชบัญญัติซื้อขาย ค.ศ.1979 ของสหราชอาณาจักร พระราชบัญญัตินี้กำหนดบทบัญญัติการคุ้มครองผู้บริโภคที่จำเป็น และกำหนดภาระหน้าที่ของผู้ขายสินค้าให้มีคุณภาพรวมถึงชื่อของสินค้าที่ขายด้วย⁹¹

ยุคใหม่ของการคุ้มครองผู้บริโภคของสิงคโปร์เกิดขึ้นเมื่อเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2003 หลังจากหลายปีของความพยายามโดยสมาคมผู้บริโภคของสิงคโปร์ (Consumers Association of Singapore หรือ CASE) ถือได้ว่า Consumer Protection (Fair Trading) Act 2003 เป็นกฎหมาย

⁹¹ Legislative Council Secretariat, "Consumer protection in the United Kingdom and Singapore ACCP," [Online] Accessed: 16 January 2014. Available from: <http://www.legco.gov.hk/yr10-11/english/sec/library/1011in11-e.pdf>

หลักในบรรดากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของสิงคโปร์⁹² กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายฉบับแรกที่มีกรอบของกฎหมายในการช่วยเหลือผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมให้ได้รับความช่วยเหลือ และเยียวยาทางแพ่งก่อนที่จะขึ้นสู่กระบวนการศาล นอกจากนี้ยังได้กำหนดระยะเวลาของสิทธิบอกเลิกสัญญา ก่อน (cooling-off period) โดยผู้บริโภค อีกทั้งยังครอบคลุมถึงการซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภคด้วย แตกต่างจาก The Sale of Goods Act ที่คุ้มครองเฉพาะสัญญาซื้อสินค้าเท่านั้น โดย Consumer Protection (Fair Trading) Act จะยกเว้นธุรกรรมที่เกี่ยวกับการซื้อขายที่ดิน สัญญาจ้างแรงงาน และการทำธุรกรรมทางการเงินที่มีกฎหมายควบคุมเฉพาะ ซึ่งใน ค.ศ. 2009 Consumer Protection (Fair Trading) Act ได้ถูกพัฒนาให้คุ้มครองผู้บริโภคจากการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมโดยสถาบันการเงินด้วย⁹³

มาตรา 2⁹⁴ ได้บัญญัติถึงความหมายของ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” คือผู้ที่ดำเนินในช่วงธุรกิจ (ก) จัดหา หรือจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้กับผู้บริโภค (ข) ประดิษฐ์ ประกอบ หรือผลิตสินค้า (ค) ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการ หรือ (ง) รับหรือมีสิทธิได้รับเงินหรือค่าตอบแทนใดๆ ที่เป็นผลมาจากการจัดหาสินค้าหรือบริการให้กับผู้บริโภค นอกจากนี้ยังรวมถึงพนักงานหรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าวถือว่าอยู่ในความหมายนี้ด้วย ดังนั้นในกรณีของผู้วิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ประชาสัมพันธ์หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ประกอบการที่ย่อมอยู่ในความหมายของข้อ (ค)

มาตรา 4 ได้บัญญัติถึงความหมายของรูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม (Meaning of unfair practice) คือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการธุรกิจในส่วนที่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมกับผู้บริโภค กล่าวคือ (ก) การทำ การพูด หรือละเว้นที่จะทำหรือพูด อันเป็นผลให้ผู้บริโภคอาจจะถูกหลอกหรือหลงผิด; (ข) การกล่าวอ้างที่เป็นเท็จ (ค) การเอาเปรียบผู้บริโภคหากผู้ประกอบการรู้หรือควรที่จะรู้ว่าผู้บริโภค - (i) ไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง หรือ(ii) ไม่ได้มีเหตุผลที่สามารถที่จะเข้าใจคุณลักษณะ ธรรมชาติ ภาษา หรือผลกระทบของการทำธุรกรรมหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมใดๆ หรือ (ง) โดยไม่จำกัด เฉพาะข้อ (ก) (ข) และ (ค) แต่ยังรวมถึงพฤติกรรมที่ระบุไว้ในตารางที่สองด้วย เช่น

ข้อ 2 การรับรองว่าสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีมาตรฐานโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่มีคุณภาพ รูปแบบ ที่มาหรือวิธีการของการผลิตที่ไม่เป็นความจริง

⁹² Singapore, "Singapore Reports on Consumer Protection for ACCP," [Online] Accessed: 16 January 2014. Available from: <http://aseanconsumer.org/misc/downloads/countryreport-singapore-2008.pdf>

⁹³ Legislative Council Secretariat, "Consumer protection in the United Kingdom and Singapore ACCP."

⁹⁴ Section 2 of Consumer Protection (Fair Trading) Act of 2003

ข้อ 5 การแสดงออก หรือทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าสินค้าหรือบริการนั้นมีจำนวนจำกัด หรือมีจำหน่ายเพียงช่วงระยะเวลาหนึ่งที่จำกัดเท่านั้นหรือจะจำหน่ายภายใต้เงื่อนไขช่วงเวลาจำกัด

ข้อ 8 การเรียกเก็บเงินราคาสินค้าหรือบริการที่สูงกว่าประมาณการที่ให้ไว้กับผู้บริโภค ยกเว้นในกรณีที่ผู้บริโภคยอมรับราคาที่สูงขึ้นในอนาคตไว้อย่างชัดเจน

ข้อ 14⁹⁵ การสร้างตัวแทนหรือแต่งตั้งบุคคลขึ้นมาให้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ เช่น บทความ ภาพยนตร์สารคดี หรือรายงานทางวิทยาศาสตร์ ทั้งที่บุคคลนั้นถูกตั้งขึ้นมาเพื่อการขาย สินค้าหรือบริการ เว้นแต่จะได้กล่าวไว้ว่ามันคือการโฆษณาหรือการส่งเสริมการขาย โดยอาจสรุปได้ว่า พฤติกรรมในข้อ 14 นี้เป็นรูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมที่นำมาปรับใช้กับการวิจารณ์สินค้าและบริการ โดยผู้วิจารณ์มีเจตนาเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ของผู้ประกอบธุรกิจแต่ไม่เปิดเผยว่าเป็นการ โฆษณาหรือการประชาสัมพันธ์อันถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตาม Consumer Protection (Fair Trading) Act นี้

ทั้งนี้พฤติกรรมตามข้อ 14 นี้ ได้ถูกระบุเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการโฆษณาใน Singapore Code of Advertising Practice 2008 ซึ่งเป็นจรรยาบรรณวิชาชีพโฆษณาของสิงคโปร์⁹⁶ ที่กำหนด ถึงหลักเกณฑ์ของการโฆษณาไว้ โดยหลักทั่วไปข้อหนึ่งคือการโฆษณาจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็น การโฆษณา และยังรวมถึงการโฆษณาที่เกี่ยวกับการพิสูจน์ หรือทดลองใช้ (Testimonials) และการ รับรอง (Endorsements) สินค้าหรือบริการไว้ด้วย ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในข้อ 3.3.3

ข้อ 16 การรับรองว่ามีความพร้อมในการอำนวยความสะดวก สำหรับการซ่อมแซมสินค้า หรือชิ้นส่วนอะไหล่สำหรับสินค้าทั้งที่ไม่เป็นความจริง

ข้อ 18 การแสดงออกว่าสินค้าหรือบริการนั้น ลดราคาในช่วงระยะเวลาที่กำหนด หาก ผู้ขายรู้หรือควรจะรู้ว่าราคาของสินค้าหรือบริการนั้นจะยังคงเป็นเช่นนั้น (ราคาที่ลดอยู่) เป็น ระยะเวลาานานมาก

มาตรา 8 ได้กำหนดถึงการตกลงระงับข้อพิพาทด้วยความสมัครใจของผู้ประกอบธุรกิจ กล่าวคือ ในกรณีที่มิเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนร่วม หรือมีโอกาที่จะมีส่วนร่วมในการ ปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้น อาจตกลงให้มีการทำข้อตกลงกันเป็นหนังสือด้วยความสมัครใจ โดยการตกลง ดังนี้ (ก) การชดเชยใดๆ แก่ผู้บริโภคที่ได้รับบาดเจ็บ สูญเสีย หรือความเสียหาย อันเป็นผลมา

⁹⁵ Section 4(d) and the Second Schedule item 14 of Consumer Protection (Fair Trading) Act of 2003

⁹⁶ APPENDIX P item C of Singapore Code of Advertising Practice 2008

จากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม; (ข) การจ่ายค่าชดเชยสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น (ค) การเผยแพร่ ข้อตกลงดังกล่าว หรือข้อตกลงอื่นๆ ที่ระบุไว้

มาตรา 16⁹⁷ บุคคลซึ่งกระทำการในนามของผู้ประกอบธุรกิจ จัดพิมพ์ เผยแพร่ กระจาย หรือออกอากาศโฆษณาด้วยความสุจริต ตามวิถีทางการค้าปกติ ไม่ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับนี้ เกี่ยวกับถ้อยคำใดๆ ในการเป็นตัวแทน หรือการละเลยหน้าที่ในการโฆษณานั้น

3.3.2 Consumer Protection (Trade Descriptions and Safety Requirements)

Act of 1975

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของสิงคโปร์ในส่วนของสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ได้แก่ Consumer Protection (Trade Descriptions and Safety Requirements) Act of 1975 โดยมีกฎระเบียบเกี่ยวกับสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งออกมาภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้แก่

ก) Consumer Protection (Safety Requirements) Regulations เป็นกฎระเบียบที่คุ้มครองผู้บริโภคในสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ เครื่องใช้ไฟฟ้า และแก๊สที่ใช้ในครัวเรือน รวมถึงอุปกรณ์ที่เป็นไปตามมาตรฐานความปลอดภัยที่กำหนดไว้ให้ได้รับเครื่องหมาย "SAFETY" และสามารถจำหน่ายได้ในสิงคโปร์

ข) Consumer Protection (Consumer Goods Safety Requirements) Regulations เป็นกฎระเบียบที่คุ้มครองผู้บริโภคในสินค้าทั่วไป เช่น ของเล่นเด็ก เครื่องใช้เด็ก ยา อุปกรณ์กีฬา และของตกแต่งบ้าน เป็นต้น

Consumer Protection (Trade Descriptions and Safety Requirements) Act นี้ กำหนดถึงคำอธิบายทางการค้า หรือ Trade Descriptions ไว้ในมาตรา 2 (1) กล่าวคือ

"คำอธิบายทางการค้า" หมายถึง คำอธิบาย คำสั่ง หรือข้อบ่งชี้ใดๆ ของสินค้าทั้งโดยตรง และโดยอ้อม รวมถึงนัยยะต่อไปนี้

- ก) ปริมาณ ความยาว ความกว้าง ความสูง พื้นที่ปริมาตร ความจุ หรือน้ำหนักของสินค้า
- ข) กระบวนการในการผลิต การแปรรูป หรือแปลงสภาพสินค้า
- ค) การประกอบสินค้า
- ง) วัตถุประสงค์ของสินค้ารวมทั้ง วันหมดอายุ ความแข็งแรง ประสิทธิภาพการทำงาน หรือข้อควรระวังของสินค้า

⁹⁷ Section 16 of Consumer Protection (Fair Trading) Act of 2003

- จ) ระดับคุณภาพของสินค้าที่เป็นทองและเงิน
- ฉ) ลักษณะทางกายภาพอื่นๆ ของสินค้าที่ไม่รวมอยู่ในข้อ (ก) ถึง (จ)
- ช) การทดสอบสินค้าโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และผลของการทดสอบนั้น
- ซ) การอนุมัติหรือเห็นชอบในสินค้าโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง
- ฌ) สถานที่ หรือวันที่ทำการผลิต แปรรูป หรือแปลงสภาพสินค้า
- ญ) บุคคลทำการผลิต แปรรูป หรือแปลงสภาพสินค้า
- ฎ) ประวัติอื่นๆ รวมถึงผู้เป็นเจ้าของ หรือใช้งานสินค้าก่อนหน้า

เมื่อพิจารณาคำว่า “คำอธิบายทางการค้า” ในข้อ ช)⁹⁸ การทดสอบสินค้าโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และผลของการทดสอบแล้วนั้น การวิจารณ์สินค้าถือได้ว่าเป็นคำอธิบายทางการค้าในความหมายนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเฉพาะสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ไม่รวมถึงบริการ ดังนั้นในส่วนของการวิจารณ์บริการยังไม่สามารถนำบทบัญญัติในกฎหมายฉบับนี้มาปรับใช้ได้

กรณีของคำอธิบายทางการค้าที่เป็นเท็จนั้น มาตรา 5 (a) เป็นคำอธิบายที่มีแนวโน้มทำให้เกิดความเข้าใจผิดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวัสดุ การใช้งาน รวมถึงการเปลี่ยนแปลงของรายละเอียดการค้าที่เป็นเท็จ หลอกลวง หรือละเลยไม่ชี้แจง และ (b) ระบุไว้ว่าข้อบ่งชี้ที่เป็นเท็จคือ กรณีบ่งชี้ว่าสินค้าได้ปฏิบัติตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ หรือได้รับการยอมรับโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือได้รับการยอมรับโดยนัยจะถือว่าเป็นคำอธิบายการค้าเท็จถ้ามาตรฐานที่กำหนดไว้ดังกล่าว หรือบุคคลที่ยอมรับสินค้าหรือยอมรับโดยนัยนั้น ไม่มีอยู่จริงหรือไม่เป็นความจริง เมื่อคำอธิบายทางการค้าเป็นเท็จ ผู้ประกอบธุรกิจจะมีความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งความรับผิดนี้รวมถึงกรณีที่ทำให้บุคคลอื่นกระทำการแทนด้วย กรณีนี้การวิจารณ์สินค้าในแนวทางสนับสนุนถือได้ว่าผู้วิจารณ์เป็นบุคคลที่ยอมรับสินค้า และหากผู้วิจารณ์ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อแลกกับการวิจารณ์ ถือได้ว่าเป็นกรณีของคำอธิบายทางการค้าที่เป็นเท็จตามความหมายของพระราชบัญญัติฉบับนี้ หากถูกตัดสินว่ามีความผิดจริงจะมีบทลงโทษ คือปรับไม่เกิน 10,000 เหรียญหรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ดี การนำ Consumer Protection (Trade Descriptions and Safety Requirements) Act มาปรับใช้กับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ตอาจเป็นไปได้อย่างจำกัด เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเฉพาะสินค้าที่ไม่ปลอดภัยที่ได้กำหนดไว้ และไม่รวมถึงการบริการ อันจะเห็นได้ว่า Consumer Protection (Fair Trading) Act มีความเหมาะสมมากกว่าเนื่องจากให้ความหมาย และการคุ้มครองผู้บริโภคที่กว้างขวาง

⁹⁸ Section 2(1)(g) of Consumer Protection (Fair Trading) Act of 2003

3.3.3 Singapore Code of Advertising Practice 2008

Singapore Code of Advertising Practice 2008 (Singapore Code) หรือข้อกำหนดทางวิชาชีพโฆษณาของสิงคโปร์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หนึ่งในการคุ้มครองผู้บริโภคด้วยนั้น ถูกสร้างขึ้นโดยองค์กรที่เป็นตัวแทนของนักโฆษณา เอเจนซีโฆษณา และสื่อ บริหารองค์กรโดย The Advertising Standards Authority of Singapore (ASAS) ซึ่งประกอบด้วย สมาชิกที่มาจากองค์กรที่เป็นตัวแทนของผู้โฆษณา สื่อ หน่วยงานภาครัฐ และองค์กรที่สนับสนุนอื่นๆ โดย ASAS จะทำหน้าที่ให้คำแนะนำแก่ผู้โฆษณา หน่วยงานโฆษณา และสื่อต่างๆ ที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการยอมรับของการโฆษณาตาม Singapore Code ก่อนที่จะเผยแพร่ แต่ไม่ได้ทำหน้าที่ตรวจสอบโฆษณาทั้งหมด และมีอำนาจสั่งให้ผู้โฆษณาหรือหน่วยงานโฆษณาแก้ไข หรือถอดถอนโฆษณาที่ ASAS เห็นว่าขัดหรือแย้งกับ Singapore Code และยังมีอำนาจสั่งให้ผู้โฆษณาหรือหน่วยงานโฆษณาระงับการโฆษณาดังกล่าวจนกว่าจะได้รับการแก้ไข รวมถึงมีอำนาจเรียกเอาข้อมูลเพิ่มเติมเพื่อที่จะตัดสินใจว่าการโฆษณานั้นขัดแย้งกับ Singapore Code หรือไม่

หลักการทั่วไปใน Singapore Code เช่น

- ก) การโฆษณาจะต้องไม่มีอะไรที่ผิดกฎหมายหรือเป็นการปลุกกระตมคนให้ทำผิดกฎหมาย
- ข) การโฆษณาจะต้องไม่มีอะไรที่ขัดกับข้อกำหนดหรือจรรยาบรรณขององค์กรวิชาชีพที่ได้รับการยอมรับในสิงคโปร์
- ค) การโฆษณาจะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริต ไม่ควรละเมิดความไว้วางใจของผู้บริโภค หรือใช้ประโยชน์ เอารัดเอาเปรียบจากการขาดประสบการณ์ ความเชี่ยวชาญ หรือความรู้
- ง) การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ประโยชน์จากความกลัว หรือความเชื่อในโชคกลาง
- จ) การโฆษณาจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด ไม่ถูกต้อง คลุมเครือ การพูดเกินจริง การหลอกลวง หรือไม่กล่าวถึงข้อมูลที่สำคัญ
- ฉ) ถ้างานนำเสนอ เช่น การพูด สารคดี และภาพยนตร์ เป็นการโฆษณา ก็จะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นการโฆษณา ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักการที่นำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการที่ผู้วิจารณ์ปกปิดความสัมพันธ์ระหว่างตนเอง กับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งจะเป็นการกระทบ และบิดเบือนต่อกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค

นอกจากนี้ Singapore Code ยังได้กำหนดแนวปฏิบัติ (Guidelines) ของการโฆษณาด้วยการใช้คำว่า “ฟรี” และ “ลดราคา” และการโฆษณาเปรียบเทียบ เป็นต้น รวมถึงการระบุว่า

การโฆษณาให้ชัดเจนทุกครั้งที่มีการโฆษณาไว้ด้วย อีกทั้งยังกำหนดแนวปฏิบัติของการโฆษณาด้วยวิธีการให้บุคคลพิสูจน์ (Testimonials) หรือรับรอง (Endorsements) สินค้าหรือบริการไว้⁹⁹ ดังนี้

- ก) การโฆษณาจะต้องไม่อ้างถึงการให้บุคคลพิสูจน์หรือรับรองโดยบุคคลใดๆ เว้นแต่จะเป็นประสบการณ์ส่วนตัวของบุคคลที่ให้การรับรองนั้นโดยแท้
- ข) การให้บุคคลพิสูจน์หรือรับรองโดยบุคคลใดๆ ว่าสินค้าหรือบริการนั้นมีความล้ำสมัยหรือไม่สามารถใช้งานได้อีกต่อไปนั้น ไม่สามารถทำได้
- ค) การให้บุคคลพิสูจน์หรือรับรองโดยบุคคลใดๆ โดยชี้แจงผลที่ได้รับนั้นเกิดขึ้นเป็นกรณีพิเศษ มิได้เกิดแก่บุคคลโดยทั่วไปไม่สามารถทำได้ เนื่องจากการพิสูจน์หรือรับรองนั้น ต้องเป็นกรณีที่จะเกิดผลได้กับผู้บริโภคโดยทั่วไป

โดยแนวปฏิบัติของการโฆษณาด้วยวิธีการให้บุคคลพิสูจน์ (Testimonials) หรือรับรอง (Endorsements) สินค้าหรือบริการของ Singapore Code มีลักษณะคล้ายคลึงกับ The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising ของสหรัฐอเมริกา โดยสามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการที่ผู้ประกอบการให้ค่าตอบแทนแก่ผู้วิจารณ์ เพื่อให้ผู้วิจารณ์ทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการของตนได้ด้วย

3.4 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย

3.4.1 กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

3.4.1.1 การคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา

การคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณานั้นเป็นไปตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และด้วยเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ของประเทศไทย ซึ่งระบุไว้ท้ายพระราชบัญญัติว่า “เนื่องจากปัจจุบันนี้การเสนอสินค้าและบริการต่างๆ ต่อประชาชนนับวันแต่จะเพิ่มมากขึ้น ผู้ประกอบการค้าและผู้ประกอบธุรกิจโฆษณา ได้นำวิชาการในทางการตลาดและทางการโฆษณามาใช้ในการส่งเสริมการขายสินค้าและบริการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ เพราะผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่ทราบภาวะตลาด และความจริงที่เกี่ยวกับคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการต่าง ๆ ได้อย่างถูกต้องทันทั่วทั้งที่

⁹⁹ Singapore Code of Advertising Practice 2008: Advertisements should not contain or refer to any testimonial or endorsement unless it is genuine and related to the personal experience of the party who provided the testimonial or endorsement.

นอกจากนั้นในบางกรณีแม้จะมีกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคโดยการกำหนดคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการอยู่แล้วก็ตาม แต่การที่ผู้บริโภคแต่ละรายจะไปฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือผู้ประกอบการธุรกิจโฆษณาเมื่อมีการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค ย่อมจะเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นการไม่คุ้มค่า และผู้บริโภคจำนวนมากไม่อยู่ในฐานะที่จะสละเวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีได้ และในบางกรณีก็ไม่อาจระงับหรือยับยั้งการกระทำที่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคได้ทันที” พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นี้ จึงเป็นบทบัญญัติที่มีพื้นฐานมาจากความไม่เท่าเทียมกันทั้งในด้านความรู้ เศรษฐกิจ และสังคมระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการ โดยเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป หมายความว่าในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้วจะบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น และให้นำพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคไปใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าว¹⁰⁰ โดยมีคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นและดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคโดยเฉพาะ อีกทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 10 ยังบัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น โกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค ดำเนินการเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่อาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค แจ้งหรือโฆษณาข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้บริโภค ตลอดจนเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายและมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น

ปัญหาที่ผู้บริโภคถูกละเมิดสิทธิในปัจจุบันส่วนใหญ่มีสาเหตุจากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีส่งผลให้ผู้บริโภคถูกละเมิดสิทธิในรูปแบบที่มีความหลากหลาย ผู้บริโภคมีความรู้ไม่เท่าทันและตรวจสอบไม่ได้ ในขณะที่ผู้ประกอบการใช้ประโยชน์เพื่อเอาเปรียบ¹⁰¹ เช่น กรณีของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งผู้บริโภคมีความไว้วางใจและเชื่อถือในแหล่งข้อมูลที่มาจากผู้บริโภคด้วยกันเองหรือผู้วิจารณ์ที่มีความเป็นอิสระมากกว่าข้อมูลที่มาจากผู้ประกอบการ จึงเกิดรูปแบบของการกระทำทางพาณิชย์ที่เป็นมาตรการในการส่งเสริมการขายของผู้ประกอบการผ่านแหล่งข้อมูลที่ผู้บริโภคไว้วางใจอันจะสามารถโน้มน้าวใจผู้บริโภคให้เลือกซื้อสินค้าและบริการตามแหล่งข้อมูลได้โดยง่าย กล่าวคือผู้ประกอบการจะเข้าแทรกแซงการวิจารณ์สินค้าและบริการของผู้วิจารณ์ด้วยการให้ค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ เพื่อให้ผู้

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 21 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้วให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น และให้นำบทบัญญัติในหมวดนี้ไปใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าว เว้นแต่.....”

¹⁰¹ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, (ร่าง) แผนแม่บทการคุ้มครองผู้บริโภคแห่งชาติ ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2556-2560) (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานรัฐมนตรี, 2556), หน้า 16.

วิจารณ์จัดทำทวิจรรย์สินค้าและบริการในทางสนับสนุนด้วยการปกปิดหรือไม่เปิดเผยว่าการวิจารณ์นั้นเป็นการกระทำที่มีเจตนาในทางพาณิชย์แอบแฝง หรือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจหรือมีผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้สนับสนุน เป็นต้น รูปแบบพฤติกรรมวิจารณ์นี้เมื่อเป็นการกระทำเพื่อส่งเสริมการขายของผู้ประกอบธุรกิจจึงนำมาสู่การพิจารณาตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา โดยที่ “โฆษณา” คือเครื่องมือทางการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจสำหรับประชาสัมพันธ์ เสนอขายสินค้าหรือเสนอให้บริการแก่ผู้บริโภค นอกจากนี้ยังเป็นเครื่องมือในการแข่งขันทางการค้าด้วย¹⁰² โฆษณาจึงเป็นช่องทางหนึ่งที่ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภคหรือกระทำการกระหนาบสิทธิของผู้บริโภคด้วยวิธีการให้ข้อมูลหรือปกปิดข้อมูล ซึ่งทำให้ผู้บริโภคเกิดความหลงผิด และเนื่องจากเป็นช่องทางสื่อสารระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จึงได้กำหนดมาตรการในการป้องกันและควบคุมการโฆษณาที่อาจกระหนาบสิทธิของผู้บริโภคไว้ โดยมาตรา 3 กำหนดนิยามของ “โฆษณา” หมายความว่า “กระทำการไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า” และ “ข้อความ” ในกฎหมายฉบับดังกล่าวให้หมายความรวมถึง “การกระทำที่ปรากฏด้วยตัวอักษร ภาพ ภาพยนตร์ แสง เสียง เครื่องหมายหรือการกระทำอย่างใด ๆ ที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้” จึงพิจารณาได้ว่าโฆษณา คือการกระทำใดๆ อันมีสาระสำคัญที่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ดังนั้นเมื่อการวิจารณ์สินค้าและบริการไม่ว่าจะเป็นการกระทำด้วยข้อความ ภาพถ่าย ภาพเคลื่อนไหว หรือเสียง เป็นต้น ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งสามารถเข้าถึงตัวผู้บริโภคได้อย่างเฉพาะเจาะจงและรวดเร็ว โดยมีพฤติกรรมที่ผู้วิจารณ์ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อแลกเปลี่ยนกับการวิจารณ์สินค้าหรือบริการในแนวทางสนับสนุนจากผู้วิจารณ์ ถือได้ว่าเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ และผู้วิจารณ์เป็นผู้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ และทำการวิจารณ์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการที่กำลังวิจารณ์ อันเป็นการเข้านิยามของคำว่า “โฆษณา” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นี้

ตัวอย่างข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม ได้แก่ Twitter ซึ่งเป็นสื่อสังคมออนไลน์ชนิดหนึ่งปัจจุบันถือเป็นช่องทางให้บรรดาผู้ใช้บริการที่มีผู้ติดตามจำนวนมากๆ หาผลประโยชน์จากการเผยแพร่และประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น กรณีของ Kim Kardashian เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงในแวดวงบันเทิงและธุรกิจของสหรัฐอเมริกาที่มีผู้ติดตาม Kim ใน Twitter

¹⁰² สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, แผนการจัดการเรียนรู้บูรณาการ เรื่อง การคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ระดับช่วงชั้นที่ 3 และระดับช่วงชั้นที่ 4 ตามหลักสูตรการศึกษาขั้นพื้นฐาน พุทธศักราช 2544 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักนายกรัฐมนตรี, 2551), หน้า 157.

เป็นจำนวนมากประมาณ 18,500,000 คน¹⁰³ จึงเป็นช่องทางการทำการตลาดของเจ้าของสินค้าและบริการได้เป็นอย่างดี โดยมีวิธีการคือเจ้าของสินค้าและบริการจะส่งสินค้าให้ Kim หรือให้ Kim เข้าใช้บริการฟรี หรือให้ค่าตอบแทนแก่ Kim เพื่อให้ Kim รับรองสินค้าหรือบริการนั้นด้วยการถ่ายรูปตัวเองกำลังใช้สินค้าหรือบริการนั้นอยู่ หรือแสดงข้อความวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุนสินค้าหรือบริการดังกล่าวผ่าน Twitter ส่วนตัวของ Kim เป็นต้น¹⁰⁴ ทั้งนี้การแสดงข้อความสนับสนุนสินค้าหรือบริการหรือการแสดงผลตนเองคู่กับสินค้าของผู้ใช้บริการ Twitter ที่มีผู้ติดตามจำนวนมากๆ เช่นนี้ในความจริงแล้วสร้างความสับสนให้แก่ผู้บริโภคไม่น้อยที่สงสัยว่าเขาเหล่านั้นได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นจริงหรือเป็นเพียงการทำการประชาสัมพันธ์ให้ผู้ประกอบธุรกิจ¹⁰⁵ แต่อย่างไรก็ตามวิธีการดังกล่าวถือเป็นการจูงใจชั้นดีให้ผู้บริโภคจำนวนมากตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามผู้ให้บริการที่วิจารณ์นั้น จากข้อเท็จจริงของ Kim Kardashian ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างชัดเจนซึ่งปัจจุบันสังคมไทยเกิดลักษณะของการหาผลประโยชน์ด้วยวิธีการดังกล่าวขึ้นอย่างแพร่หลายไม่ว่าจะเป็นนักแสดง นางแบบหรือนายแบบ ผู้มีชื่อเสียงในอินเทอร์เน็ต และบล็อกเกอร์ เป็นต้น

กรณีของ Kim Kardashian ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาได้รับความนิยมและเกิดขึ้นในประเทศไทยในช่วงระยะหลังมานี้เป็นอย่างมาก ยกตัวอย่างกรณีของดารานักแสดงถ่ายรูปคู่กับสินค้าเผยแพร่ในสื่อสังคมออนไลน์ เช่น Instagram ผ่านบัญชีชื่อส่วนตัว พร้อมข้อความว่า “สินค้า ก. มาร์คหน้าใสกรุปลาแซลมอน เป็นได้ทั้งครีมและมาร์ค ทาก่อนนอนนะตื่นมาหน้าขาวแดงเขียว” พร้อมลิงค์เชื่อมโยงไปยังบัญชี Instagram ของผู้ประกอบธุรกิจเจ้าของสินค้า ก. หรือ ข้อความว่า “พวกไปด้วยทุกที่ทุกเวลากันแดดของ ข. ของนางแรงดีจริง ราคาน่ารัก วันไหนซี้ก็ยกแต่งหน้าลงตัวนี้ไปเอาอยู่ เพราะช่วยปรับสีผิว หน้าไม่เป็นคราบในช่วงระหว่างวัน ได้ข่าวว่าช่วงนี้ของขาดตลาดด้วย ระวังของปลอมนะ ของแท้ต้องสั่งที่ ข.” พร้อมลิงค์เชื่อมโยงไปยังบัญชี Instagram ของผู้ประกอบธุรกิจ ข. เป็นต้น จากตัวอย่างข้างต้นไม่มีผู้อ่านรายใดทราบได้อย่างชัดเจนว่าผู้วิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้นใช้สินค้าหรือบริการนั้นจริง หรือได้รับค่าตอบแทน หรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ แต่สิ่งที่เกิดขึ้นคือผู้บริโภคที่ได้รับทราบข้อความนี้ส่วนหนึ่งเชื่อว่าผู้วิจารณ์ได้วิจารณ์โดยอิสระและปราศจากผลประโยชน์ใดๆ จากผู้ประกอบธุรกิจ ประกอบกับได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นจริงทำให้ผู้บริโภคกลุ่มนี้ถูกจูงใจด้วยบทวิจารณ์ให้สนใจสินค้าหรือบริการดังกล่าวจนเกิดพฤติกรรมในการเลือกซื้อตามผู้วิจารณ์ อีกส่วนหนึ่งเชื่อว่าการโฆษณาและผู้วิจารณ์ไม่ได้ใช้สินค้า

¹⁰³ Twitter Inc., "Kim Kardashian."

¹⁰⁴ Yahoo omg!, "How Kim Kardashian Makes Her Millions - Lawsuits, Endorsements and Twitter, Oh My! ."

¹⁰⁵ Aby Sam Thomas, "Celebrity tweet or celebrity endorsement? It's getting harder to tell "

หรือเข้ารับบริการจริง ในเวลาต่อมาผู้บริโภคเริ่มเกิดความสับสนและมีความสงสัยมากขึ้นว่าสิ่งที่ตนเองได้รับทราบมานั้นแท้จริงแล้วเป็นการใช้งานจริงของผู้วิจารณ์หรือไม่ จนกระทั่งมีการตั้งกระทู้เพื่อเตือนผู้บริโภคในเว็บบอร์ดของ www.pantip.com ได้แก่กระทู้ “เห็นกระทู้ “โฆษณาครีมดาราร” แล้วค้นปากอยากจะแฉเนิ่นๆ บ้าง เห็นมากับตาเจอมากับตัว”¹⁰⁶ โดยผู้ตั้งกระทู้ใช้บัญชีชื่อว่า PimTT เนื้อหาของกระทู้คือการบอกเล่าบทสนทนาของตนเองกับเพื่อนที่เป็นดารารว่าครีมที่ถ่ายรูปลงสื่อสังคมออนไลน์ซึ่งถือได้ว่าเป็นการโฆษณาผ่านบทวิจารณ์สินค้า นั้น ดารารคนดังกล่าวได้ใช้เองจริงหรือไม่ ซึ่งได้รับคำตอบจากเพื่อนดารารว่าไม่ได้ใช้จริง แต่ได้รับคำตอบแทนจากผู้ประกอบธุรกิจเจ้าของสินค้าให้ถ่ายรูปตนเองคู่กับผลิตภัณฑ์เผยแพร่ลงในสื่อสังคมออนไลน์บัญชีชื่อส่วนตัวของตนเอง ผู้ตั้งกระทู้จึงตั้งกระทู้ขึ้นเพื่อให้ผู้บริโภคได้พิจารณาให้มากขึ้น ก่อนตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าเหล่านั้น พร้อมฝากข้อคิดให้ผู้อ่านทราบว่าดารารเป็นอาชีพที่ต้องใช้หน้าตาในการประกอบอาชีพจึงไม่ยอมเอาผิวหน้ามาเสี่ยงกับครีมพวกนี้ นอกจากคำเดียวคือ “เงิน” ที่น่าเสียใจก็คือดารารเขาไม่เคยเห็นเนื้อครีมในขวดในกระปุกเลยด้วยซ้ำ กระทู้นี้ได้รับความนิยมและมีผู้ร่วมแสดงความคิดเห็นกว่า 140 ความคิดเห็น โดยส่วนหนึ่งของความคิดเห็นมีดังนี้

- ก) ไม่เคยเชื่อโฆษณาทุกตัวที่ดารารพยายามนำเสนอ เพราะคิดเสมอว่ารายขนาดนี้คงไม่ใช่อะไรแบบนี้หรอก ต้องระวังมากๆ ในการเลือกซื้อของ โดยเฉพาะเครื่องสำอาง
- ข) เพราะเห็นจากดารารนี้แหละ คิดว่าปลอดภัย ค่าคงใช้จริงๆ ไม่อย่างนั้นคงไม่กล้าโฆษณา พร้อมทั้งบอกสรรพคุณต่างๆ นานา ตอนนี้อาจต้องรักษาหน้า เพราะสิ่วขึ้นเยอะมาก เช็ดจริงๆ กับครีมในอินเทอร์เน็ต
- ค) เป็นคนหนึ่งที่ซื้อสินค้าเพราะตาม Instagram ดาราร เห็นดารารอูตส์่าห์ โฆษณา เราก็เชื่อเลยจัดอาหารเสริมมาสี่ขวดราคา 2,000 บาท หน้าหนักไม่ลดสักซิดแถมขึ้นมาอีก เสียใจที่เปลืองซื้อ
- ง) ดินะที่ไม่หลงเชื่อ เกือบซื้อไปแล้ว
- จ) วิธีการแบบนี้แพร่หลายมากคะ ไม่ใช่แค่ครีมแต่รวมไปถึงพวกอาหารเสริม ผิวขาว อะไรทั้งหลาย ยอมเสียค่าโฆษณา จ้างดาราร จ้างพริตตี้มาถือแล้วถ่ายรูป อดอ้างว่าใช้ตัวอย่างนี้ๆอย่างนี้
- ฉ) จะว่าผู้บริโภคไทยรุ่นใหม่ๆหัวอ่อนก็ไม่ผิดนัก เชื่อคนง่าย ตัดสินใจเร็ว เพียงแค่ผู้ชายนำดารารหรือนางแบบที่ดูเข้าท่ามาโพสต์แล้วบอกว่า “ใช้ตัวนี้แล้วดีนะคะ หน้าขาวใส”

¹⁰⁶ PimTT, “เห็นกระทู้ “โฆษณาครีมดาราร” แล้วค้นปากอยากจะแฉเนิ่นๆบ้าง เห็นมากับตา เจอมากับตัว” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 23 พฤศจิกายน 2556. แหล่งที่มา: <http://pantip.com/topic/31272598>

ต่อมามีการการตั้งกระทู้ในเว็บบอร์ด www.pantip.com ชื่อกระทู้ว่า “พลีชีพ: สืบเนื่องจากดาราสาวแม่ลูกอ่อน โฆษณาอาหารเสริมขาวใสใน IG”¹⁰⁷ โดยผู้ตั้งกระทู้ใช้บัญชีชื่อว่าหนูราย ซึ่งเนื้อหาในกระทู้เป็นการไม่เห็นด้วยกับดาราสาวแม่ลูกอ่อนท่านหนึ่งที่โฆษณาอาหารเสริม Gluta Collagen ทำให้เกิดความสงสัยแก่ผู้ตั้งกระทู้ว่ามารดาที่มีภาพลักษณ์ว่าให้นมบุตรเองอย่างดาราท่านนี้สามารถทานอาหารเสริมชนิดนี้ได้จริงหรือไม่ เนื่องจากการโฆษณาลักษณะดังกล่าวจะทำให้ผู้ที่ได้เห็นข้อความและกำลังให้นมบุตรอยู่เข้าใจว่าตนสามารถทานอาหารเสริมชนิดนี้ได้โดยไม่มีผลกระทบกับน้ำนมของตนที่จะส่งผ่านไปยังบุตร เมื่อมีบุคคลสอบถามไปยังดาราท่านนี้ว่าผลิตภัณฑ์เสริมอาหารนี้มารดาผู้ให้นมบุตรเองสามารถทานได้หรือไม่ ดาราเจ้าของบัญชีที่วิจารณ์สินค้านั้นกลับไม่มีคำตอบให้ ทำให้ผู้ตั้งกระทู้ที่เกิดความสงสัยอยู่แล้วสอบถามกลับไปอีกครั้งหนึ่งปรากฏว่าไม่ได้รับคำตอบเช่นกัน ประกอบกับถูกดาราคณดังกล่าวบล็อกบัญชีของผู้ตั้งกระทู้ทำให้ไม่สามารถส่งข้อความใดๆ ไปยังบัญชีของดารานี้ได้อีก ในส่วนท้ายผู้ตั้งกระทู้ได้ทิ้งข้อความเตือนมารดาที่ให้นมบุตรไว้โดยมีใจความว่า ดาราเขาจะโฆษณาอะไรก็ได้แต่เราต้องพิจารณาศึกษาให้รอบคอบว่าจะส่งผลกระทบต่อลูกเรารึเปล่า ซึ่งผู้ตั้งกระทู้มีความเห็นว่าเขาเชื่อว่าดาราสาวท่านนี้ไม่กินอาหารเสริมจริง แต่การโฆษณาของเขากลับไม่มีหมายเหตุกำกับไว้ว่ามารดาให้นมบุตรไม่ควรทาน หรือมารดาให้นมบุตรทานได้ไม่เป็นอันตราย เป็นต้น กระทู้นี้ได้รับความนิยมและมีผู้ร่วมแสดงความคิดเห็นมากกว่า 200 ความคิดเห็น โดยส่วนหนึ่งของความคิดเห็นมีดังนี้

- ก) บางครั้งเห็นดาราสาวโฆษณา collagen ติดๆ กันหลายตัว ก็อยากจะรู้ว่าเขาทานหมดทุกตัวเลยหรือ แล้วรู้ได้ยังไงว่าตัวไหนทำให้ดีขึ้น แยกออกได้ยังไง
- ข) ดาราเขาก็รับทำเป็นธุรกิจจะอ้างว่าถ่ายรูปลื่นๆ คงฟังไม่ขึ้น ต้องสอนตัวเองให้มีวิจารณญาณเยอะๆ สมัยนี้ขนาดไม่ใช่ดาราอย่าทำเลย
- ค) ผมคิดว่าก่อนอื่นคนจะเป็นแม่คนนั้นควรจะมีมารดาที่มีความรับผิดชอบต่อตนเองและบุตรก่อนคือควรมีวิจารณญาณว่าอะไรกินได้ อะไรกินไม่ได้
- ง) ดาราที่รับโฆษณานั้นๆ เค้าจะมีบริบทที่เหมาะสมกับสินค้าที่เค้ารับโฆษณา ทำให้คนทั่วไปเข้าใจว่ากลุ่มเป้าหมายของสินค้าเป็นคนกลุ่มไหน เมื่อคุณแม่ลูกอ่อนมาโฆษณาขายยาลดความอ้วน ขายคอลลาเจน (ซึ่งมันไม่เหมาะกับกลุ่มแม่ลูกอ่อนที่กำลังให้นมลูกเลย ยังส่งผลเสียไปถึงลูกน้อยที่กินนมแม่) แล้ว ไม่มีเขียนเตือนเอาไว้ด้วยว่าคุณแม่ให้นมลูกไม่ควรทาน คนที่ผ่านมามีเห็นเค้าก็คงคิดว่าแม่ลูกอ่อนก็ทานได้ ทำแบบนี้ไม่รับผิดชอบต่อสังคมเลย

¹⁰⁷ หนูราย, " พลีชีพ: สืบเนื่องจากดาราสาวแม่ลูกอ่อน โฆษณาอาหารเสริมขาวใสใน IG" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11 กันยายน 2556. แหล่งที่มา: <http://pantip.com/topic/30962383>

จากความคิดเห็นนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยการให้คำตอบแทน หรือให้ผลประโยชน์อื่นๆ แก่ผู้วิจารณ์นั้น เป็นช่องทางในการหลีกเลี่ยงการตรวจสอบการโฆษณาโดยคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องวิธีการหนึ่ง

- จ) ดาราที่รับโฆษณาพวกนี้ควรมีความรับผิดชอบต่อสังคมหน่อยน่าจะดี โดยเฉพาะพวกครีมหรืออาหารเสริมที่ไม่มีอะไรรับรองเลยวากินแล้วปลอดภัย 100% ก่อนหน้านี้มีผลิตภัณฑ์มาส์กบำรุงผิวตัวหนึ่งดังมากๆ เห็นดาราลงรูปใน Instagram หลายคนเลย สุดท้ายผลิตภัณฑ์นั้นก็มิข่าวโดนจับ

นอกจากนี้ยังได้มีบทความเผยแพร่เกี่ยวกับพฤติกรรมวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของดารา บล็อกเกอร์ หรือผู้มีชื่อเสียงต่างๆ ว่าส่วนใหญ่แล้วเป็นการโฆษณาที่ได้คำตอบแทนหรืออาจไม่มีคำตอบแทนในบางกรณี แต่หากมีคำตอบแทนจะเป็นหลักพันถึงหลักแสนซึ่งแล้วแต่ตกลง และขึ้นอยู่กับผู้ติดตามหรือแฟนคลับที่ตามสื่อสังคมออนไลน์ของคุณเหล่านั้นด้วย¹⁰⁸

จากตัวอย่างข้างต้นเป็นกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมไทย โดยมีทั้งกรณีตัวอย่างที่ผู้วิจารณ์ทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการโดยไม่สามารถทราบข้อเท็จจริงได้ว่าผู้วิจารณ์ได้รับผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ ซึ่งสร้างความสับสนแก่ผู้บริโภค และกรณีของผู้บริโภคเตือนผู้บริโภคด้วยกันเองเพื่อไม่ให้หลงเชื่อข้อความที่ดารา บล็อกเกอร์ หรือผู้มีชื่อเสียงเผยแพร่ในอินเทอร์เน็ต เมื่อการวิจารณ์สินค้าและบริการที่ผู้วิจารณ์ได้รับคำตอบแทนหรือผลประโยชน์หรือเป็นผู้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ ตามตัวอย่างข้างต้น เช่น การได้สินค้ามาใช้ฟรี หรือการรับเงินจากผู้ประกอบธุรกิจและถ่ายรูปตนเองคู่กับสินค้าหรือชี้แจงบอกสรรพคุณของสินค้าดังกล่าวเพื่อเผยแพร่ลงในสื่อสังคมออนไลน์บัญชีชื่อส่วนตัวของตนเองนั้น เป็นการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เนื่องจากเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าตามที่ไว้ข้างต้น การวิจารณ์จึงต้องเคารพสิทธิของผู้บริโภคตามที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 4¹⁰⁹

¹⁰⁸ พัชรกานต์ เชียงน้อย, "IG ดารา ซีเรป สื่อโฆษณาในใจแฟนคลับ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 กุมภาพันธ์ 2557. แหล่งที่มา:

http://www.thanonline.com/index.php?option=com_content&view=article&id=181303:ig---&catid=230:2012-11-02-08-44-11&Itemid=408#.UwTYlPl_uL1

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
- (2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ

ซึ่งได้อธิบายไปแล้วในข้อ 2.1.3.2 ทั้งนี้พิจารณาในส่วนของการวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้นกระทบสิทธิของผู้บริโภค ดังนี้

(ก) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้ทราบข้อความโฆษณาจากสื่อด้วยความจริง และเป็นข้อมูลเกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการอย่างถูกต้อง รวมถึงการแสดงฉลากตามความเป็นจริงและปราศจากการหลอกลวงผู้บริโภค รวมถึงตลอดถึงข้อมูลที่จะไม่ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดในการซื้อสินค้าหรือรับบริการโดยไม่เป็นธรรม การโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตกระทบสิทธิของผู้บริโภคในข้อนี้เนื่องจากอิทธิพลของระบบอินเทอร์เน็ตที่สามารถเข้าถึงผู้บริโภคได้อย่างเฉพาะเจาะจงและรวดเร็ว ประกอบกับพฤติกรรมของผู้บริโภคที่จะสืบค้นข้อมูลของสินค้าและบริการด้วยตนเองมากกว่ารอรับข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจเพียงฝ่ายเดียวดังเช่นอดีต รวมถึงการโฆษณาที่แฝงมากับการวิจารณ์สินค้าและบริการของผู้มีชื่อเสียงซึ่งมีคนติดตามในสื่อสังคมออนไลน์จำนวนมากๆ เมื่อการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้นสามารถเข้าถึงผู้บริโภคได้ง่ายและได้รับความไว้วางใจและเชื่อถือจากผู้บริโภคอันเนื่องมาจากเป็นแหล่งข้อมูลที่มาจากผู้บริโภคด้วยกันเอง ส่งผลให้กรณีของการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ผู้วิจารณ์ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป บล็อกเกอร์ หรือผู้มีชื่อเสียงในโลกโซเชียล ประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจโดยได้รับผลประโยชน์หรือมีความสัมพันธ์ต่อกัน แต่ไม่เปิดเผยว่าเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้ผู้บริโภคที่ได้รับสารนั้นทราบ ก่อให้เกิดความหลงผิดและหลงเชื่อในแหล่งข้อมูลและตัดสินใจเข้าทำนิติกรรมกับผู้ประกอบธุรกิจด้วยความคิดที่ว่าข้อมูลของสินค้าหรือบริการที่ตนได้ค้นหานั้นถูกต้องและเพียงพอแล้ว ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่หลอกลวงและไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคอันกระทบสิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ

(ข) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการเป็นเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา หรือนิติกรรมเพื่อการบริโภคสินค้าและบริการของผู้บริโภค กล่าวคือผู้บริโภคมีสิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าและรับบริการด้วยความสมัครใจและปราศจากการชักจูงใจอันไม่เป็นธรรมจากการให้ข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจ โดยสิทธิในข้อนี้เป็นสิทธิที่ถูกรักษาได้ด้วยพฤติกรรมเดียวกันกับสิทธิในข้อ (ก) เนื่องจากความเชื่อถือในแหล่งข้อมูลของสินค้าหรือบริการทำให้ผู้บริโภคหลงผิดอีกทั้งเป็นการบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค ถือได้ว่าการประชาสัมพันธ์หรือ

-
- (3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ
 - (3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา
 - (4) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย
- ทั้งนี้ตามที่กฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ หรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้”

ส่งเสริมการขายสินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตด้วยพฤติกรรมการวิจารณ์ดังกล่าวนั้นเป็นการชักจูงใจผู้บริโภคที่ไม่เป็นธรรมซึ่งกระทบสิทธิของผู้บริโภคที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ

เมื่อสิทธิของผู้บริโภคตามมาตรา 4 ถูกกระทบแล้ว ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้บริโภคในการฟ้องร้องผู้ประกอบการธุรกิจ แต่สำหรับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณาซึ่งถูกควบคุมและอยู่ในอำนาจของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับข้อความโฆษณาในมาตรา 22¹¹⁰ เรื่องของการควบคุมข้อความโฆษณาอันไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค เนื่องจาก การโฆษณาคือการสื่อสารจากผู้ประกอบการไปยังผู้บริโภค ข้อมูลที่ผู้บริโภคได้รับจะต้องเป็นข้อมูลที่มีความถูกต้องเพียงพอต่อการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการ รวมถึงไม่เป็นข้อความที่สร้างความหลงผิดหรือบิดเบือนต่อกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค หลักเกณฑ์การโฆษณาตามมาตรา 22 วรรคหนึ่ง คือ

ก) ต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค การโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค คือการโฆษณาที่มีลักษณะเป็นเรื่องของความเห็นที่ว่าจะเป็นไปได้หรือไม่ซึ่งจะต้องมีการพิสูจน์ แต่ผู้โฆษณาไม่อาจพิสูจน์หรือมีเอกสารหลักฐานที่น่าเชื่อถือมายืนยันให้เห็นว่าเป็นความจริงได้แต่อย่างใด หรือเป็นกรณีข้อความโฆษณาที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ควรจะต้องเปิดเผยซึ่งกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภค ส่วนโฆษณาที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ควรจะต้องเปิดเผยบางครั้งอาจเป็นความลับที่ผู้โฆษณาไม่สามารถเปิดเผยได้ เนื่องจากเป็นความลับของกระบวนการผลิตสินค้าหรือบริการ เป็นต้น แต่ไม่ถึงขนาดเป็นการหลอกลวงหรือก่อให้เกิดความเข้าใจผิดต่อผู้บริโภคอย่างไรก็ตามหากการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคแล้วย่อมอยู่ในความหมาย

¹¹⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 บัญญัติว่า

“การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ไม่ว่าข้อความดังกล่าวจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งเสริม การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ

ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

(1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง

(2) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริง หรือไม่ก็ตาม

(3) ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ

(4) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน

(5) ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ข้อความที่ใช้ในการโฆษณาที่บุคคลทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นความจริงได้โดยแน่แท้ ไม่เป็นข้อความที่ต้องห้ามในการโฆษณาตาม (1) ”

ของโฆษณาที่ไม่เป็นธรรมด้วย¹¹¹ โดยข้อความที่ไม่เป็นธรรมนั้น ได้แก่ ข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ ถ้าข้อความโฆษณาที่นอกเหนือจากที่ได้กล่าวแล้ว ย่อมไม่ต้องด้วยบทบัญญัติดังกล่าว¹¹² ทำให้พฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าหรือบริการโดยผู้วิจารณ์กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ แต่กลับปกปิดหรือไม่ชี้แจงข้อเท็จจริงว่าบทวิจารณ์ของตนนั้นมีเจตนาในเชิงพาณิชย์ แอบแฝงเป็นกรณีที่เป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับแหล่งข้อมูลและผู้บริโภคมีความไว้วางใจและเชื่อถือซึ่งมิใช่ข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ ทำให้พฤติกรรมการวิจารณ์ลักษณะนี้ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดของมาตรา 22 วรรคแรก และจากที่บทบัญญัติในมาตรานี้ผู้ที่ฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษในทางอาญา กล่าวคือ มีโทษจำคุกและปรับ ทำให้การตีความเป็นไปอย่างเคร่งครัดตามหลักการตีความของกฎหมายอาญาและความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”¹¹³ ซึ่งมีเนื้อหาหลัก 4 ประการคือ 1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล 2) การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล 3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และ 4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง¹¹⁴

ข) ต้องไม่ใช่ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

ทั้งนี้ข้อความโฆษณาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ในส่วนของข้อความที่เป็นเท็จ หรือเกินจริง ตามมาตรา 22 (1) เอกสารประกอบการประชุม/อบรม/สัมมนา โดยสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เรื่อง พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ด้านการโฆษณา)¹¹⁵ ได้อธิบายคำว่า “เป็นเท็จ” คือไม่จริงทั้งหมด การพิสูจน์ไม่ได้ดังที่โฆษณา คำว่า “เกินจริง” คือจริงบางส่วนและไม่จริงบางส่วน แต่การที่จะพิสูจน์ได้หรือไม่ได้นั้นขึ้นอยู่กับถ้อยคำที่ใช้ ถ้าเป็นข้อความที่สามารถพิสูจน์ให้เห็นเป็นรูปธรรม (Objective) ได้ ถือว่าไม่ผิด การโฆษณาโดยใช้ข้อความที่เป็นเท็จ

¹¹¹ ไพโรจน์ อารักขา, โฆษณาอย่างไรให้ถูกใจและถูกต้อง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 23.

¹¹² วิชช์ จีระแพทย์, "กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 142-145.

¹¹³ พระราชบัญญัติ ให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

¹¹⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 31 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 37.

¹¹⁵ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, "เอกสารประกอบการประชุม/อบรม/สัมมนา เรื่อง พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ด้านการโฆษณา)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 พฤศจิกายน 2556. แหล่งที่มา: http://www.ocpb.go.th/ewtadmin/ewt/ocpb_web/download/pdf/x9.ppt

หรือเกินจริงนั้น คือการที่ข้อเท็จจริงของสินค้าหรือบริการนั้นเป็นอย่างหนึ่งแต่กลับใช้ข้อความโฆษณาเป็นอีกอย่างหนึ่ง โดยที่ข้อความเหล่านั้นอาจไม่เป็นความจริงโดยสภาพ เช่น ข้อความว่า “ประสิทธิภาพยอดเยี่ยมที่สุด” เว้นแต่ข้อความโฆษณานั้นจะไม่ถูกต้องตรงกับคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการเลย หรือเป็นข้อความที่มีทั้งความจริงและความเท็จปนกันถือว่าเป็นการใช้ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินจริง¹¹⁶ ตัวอย่าง¹¹⁷

- (ก) ข้อความโฆษณาผลิตภัณฑ์นมยูเอชที ใช้ข้อความว่าเป็นนมโคแท้ 100% แต่ฉลากโภชนาการที่บรรจุกลับมีส่วนผสมแยกให้เห็นว่ามีนมโคผสมเพียง 50% หรือมากที่สุด 85% เท่านั้น ถือเป็นการใช้ข้อความโฆษณาที่เป็นเท็จ
- (ข) ข้อความโฆษณาเครื่องนอนป้องกันไรฝุ่นยี่ห้อหนึ่ง ใช้ข้อความว่า “ผ่านการทดสอบจากสถาบันที่น่าเชื่อถือแล้วว่าสามารถลดการฟุ้งกระจายของสารก่อภูมิแพ้ในที่นอนได้ถึง 99%” เมื่อทำการทดสอบเครื่องนอนดังกล่าวกลับไม่สามารถกำจัดไรฝุ่นได้ และบริษัทไม่สามารถหาหลักฐานที่น่าเชื่อถือมายืนยันได้ตามโฆษณา ถือว่าเป็นโฆษณาที่เป็นเท็จเกินความจริง
- (ค) ข้อความโฆษณาของแว่นกันแดดยี่ห้อหนึ่ง ใช้ข้อความว่า “เป็นแว่นตาที่สามารถจ้องแสงอาทิตย์ได้ ใส่แว่นแล้วเหมือนมีตาเหยี่ยว มองเห็นสิ่งที่ไม่เคยเห็น” เมื่อแว่นดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพตรงตามคำโฆษณา ถือเป็นการโฆษณาที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง
- (ง) ข้อความโฆษณาว่า “คุณภาพยอดเยี่ยมที่สุด” “ประสิทธิภาพยอดเยี่ยมที่สุด” “มีอายุการใช้งานยาวนานกว่าสินค้าประเภทเดียวกัน” “มียอดขายมากที่สุดในโลก” เป็นต้น เป็นข้อความที่ต้องมีการพิสูจน์แสดงความจริง หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ หรือมีเอกสารที่น่าเชื่อถือมายืนยันได้ จะถือว่าเป็นโฆษณาที่เป็นเท็จเกินความจริง

นอกจากตัวอย่างข้างต้นแล้วยังมีตัวอย่างที่สำนักคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ได้รับหนังสือร้องเรียนจากผู้บริโภคเกี่ยวกับการโฆษณาชุดลือคกันขโมย ยี่ห้อแคร์บอย ของบริษัท ที เค ดี ไฟเบอร์ จำกัด ซึ่งมีการโฆษณาทั้งทางหนังสือพิมพ์และวารสารต่างๆ ด้วยข้อความว่า “ชุดลือคกันขโมยที่ดีที่สุด พิสูจน์แล้วว่าดีจริงจากยอดชายอันดับ 1 ... ด้วยระบบกุญแจวงแหวน 9 ชั้น

¹¹⁶ ดนัย รัตนพล, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), หน้า 53.

¹¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, แผนการจัดการเรียนรู้บูรณาการ เรื่อง การคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ระดับช่วงชั้นที่ 3 และระดับช่วงชั้นที่ 4 ตามหลักสูตรการศึกษาขั้นพื้นฐาน พุทธศักราช 2544, หน้า 159-160.

ป้องกันภัยแล้งและการไช้เขี่ย 100% โครงสร้างผลิตจากเหล็กกล้าชั้นดีชุบแข็งเสื่อภัยแล้งผลิตด้วยระบบฟอสซึ่งเช่นเดียวกับการผลิตปืน รุกฤกษ์แจกแบบพิเศษ หมุนตามเมื่อเจาะทำลายด้วยสว่าน ชุดแม่กุญแจวงชุบแข็ง ป้องกันการเลื่อยทำลาย...” โดยผู้ร้องได้หลงเชื่อการโฆษณาคุณสมบัติของชุดล็อกกันขโมยด้วยการลือคถึง 3 ชั้น แต่ต่อมาผู้ร้องได้จอดรถยนต์ไว้ที่บ้านและล็อกชุดกันขโมยดังกล่าว เมื่อผู้ร้องตื่นนอนในตอนเช้าของวันต่อมาปรากฏว่ารถยนต์นั้นสูญหายไป ผู้ร้องเห็นว่าโฆษณาคุณสมบัติชุดล็อกกันขโมยของบริษัทฯ เป็นการหลอกลวงผู้บริโภค กรณีนี้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคพิจารณาแล้วเห็นว่า การโฆษณาของบริษัทฯ ใช้ข้อความอันเป็นเท็จและเกินจริงและใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม จึงมีคำสั่งห้ามใช้ข้อความว่า “ชุดล็อกกันขโมยที่ดีที่สุด พิสูจน์แล้วว่าดีจริงจากยอดขายอันดับ 1” และข้อความว่า “ป้องกันภัยแล้งและการไช้เขี่ย 100%” ในการโฆษณาชุดล็อกกันขโมย ยี่ห้อแครีบอยของบริษัทฯ ครั้งต่อไปในทุกสื่อโฆษณา และพิจารณามีมติเปรียบเทียบผู้กระทำผิดฐานเจตนาใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ดังนี้ (1) บริษัท ที เค ดี ไฟเบอร์ จำกัด เป็นเงิน 50,000 บาท ตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 (2) นายปรีดา วงศ์ตั้งใจ กรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท เป็นเงิน 50,000 บาท ตามมาตรา 47 ประกอบกับมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522¹¹⁸

สำหรับแนวพิจารณาว่าโฆษณาใดเป็นโฆษณาเท็จหรือโฆษณาหลงตามความเห็นของ ศาสตราจารย์สุชม ศุภนิติย์ ถือแนวว่าโฆษณาหลง คือโฆษณาที่แสดงข้อความแตกต่างจากความจริงและผลแห่งการแสดงเช่นนั้นทำให้พฤติกรรมกรบริโภคหันเหไปในทางที่ข้อความนั้นมุ่งหมายข้อความที่แสดงนั้นอาจเป็นเท็จหรือหลงอยู่ในตัวเองหรือแม้ไม่มีสิ่งแสดงว่าน่าจะเท็จแต่ความหมายที่ผู้รับรู้ข้อความนั้นเข้าใจอาจเป็นเท็จก็ถือว่าหลงได้¹¹⁹ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่ามาตรา 22(1) สามารถนำมาปรับใช้แก่พฤติกรรมกรวิจารณ์ด้วยการสร้างความหลงผิดในแหล่งข้อมูลแก่ผู้บริโภคนี้ได้ เพราะเป็นกรณีที่ไม่ใช่ข้อความใดๆ เป็นความเท็จแต่ความหมายนั้นทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าผู้วิจารณ์เป็นผู้บริโภคที่แท้จริง แต่อย่างไรก็ตามการโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินจริงที่ถือว่าเป็นการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค และเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 22 นั้น ย่อมต้องเข้าองค์ประกอบของมาตรา 22 วรรคแรก กล่าวคือต้องเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการจึงจะนำมาตรา 22 (1) มาปรับใช้ได้ สำหรับพฤติกรรมกรวิจารณ์สินค้าและบริการที่ไม่มีการกล่าวอ้างข้อมูลของสินค้าหรือบริการที่เป็นเท็จหรือเกินจริง แต่

¹¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, "ข่าว คคบ. 3/2551" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2557. แหล่งที่มา: http://www.ocpb.go.th/ewt_dl_link.php?nid=720

¹¹⁹ สุชม ศุภนิติย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, หน้า 172-173.

เป็นการปกปิดข้อมูลอันทำให้ผู้บริโภคหลงผิดในแหล่งข้อมูล ตลอดจนการอ้างตนเองเป็นผู้บริโภคหรือบุคคลที่สาม ทั้งที่แท้จริงแล้วผู้วิจารณ์เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจโดยอาจเป็นผู้ที่ได้รับค่าตอบแทน เป็นหุ้นส่วน หรือลูกจ้างในองค์กร หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในลักษณะอื่นๆจะถือว่าเป็นข้อความที่ไม่เป็นธรรมและนำมาตรา 22 มาปรับใช้ได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากการโฆษณาด้วยการวิจารณ์ตามพฤติกรรมดังกล่าว มิใช่การกล่าวอ้างข้อความโฆษณาอันเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ แต่เป็นการหลอกลวงที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความหลงผิดในแหล่งข้อมูล และกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภค อีกทั้งยังเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคด้านข้อมูล ตัวอย่างการนำข้อเท็จจริงในสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับคำตัดสินของ Federal Trade Commission ต่อบริษัท Reverb Communications และนายTracie Snitker (พนักงาน และกรรมการของบริษัท) จำเลย ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 3.1.2 มาปรับกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กล่าวคือข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทจำเลยเป็นบริษัทที่ให้บริการทางด้านโฆษณา การประชาสัมพันธ์ การตลาด และจัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้พัฒนาวิดีโอเกมแอปพลิเคชันและเกมแอปพลิเคชันบนมือถือ กรณีนี้ถือได้ว่าจำเลยเป็นผู้ประกอบกิจการโฆษณาทำให้อยู่ในนิยามของผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว และในระหว่างเดือนพฤศจิกายน 2008 ถึงเดือนพฤษภาคม 2009 จำเลยทั้งสองได้มีการเผยแพร่บทวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเกี่ยวกับวิดีโอเกมของลูกค้าที่จำเลยทำการตลาดให้ โดยเผยแพร่ใน iTunes Store ด้วยการใช้ชื่อผู้วิจารณ์ที่ทำให้ผู้อ่านเข้าใจว่าเป็นการวิจารณ์จากผู้บริโภค การที่จำเลยไม่ได้เปิดเผยว่าผู้วิจารณ์เหล่านั้นถูกจ้างมาให้ทำการประชาสัมพันธ์วิดีโอเกมและได้รับค่าตอบแทนเป็นส่วนแบ่งจากการขาย ข้อเท็จจริงเหล่านี้เมื่อถือว่าการวิจารณ์มีเจตนาในเชิงพาณิชย์ แอบแฝงและเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าจึงเข้านิยามของคำว่าโฆษณาตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้เกิดประเด็นปัญหาต่อไปว่าการวิจารณ์ที่ทำให้ผู้อ่านเข้าใจว่าผู้วิจารณ์เป็นผู้บริโภค รวมถึงไม่เปิดเผยว่าผู้วิจารณ์ได้รับประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจ กรณีนี้จะสามารถนำกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา มาปรับใช้ได้หรือไม่ กรณีของมาตรา 22 การโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรมบัญญัติไว้ว่าการโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ เพราะฉะนั้นเมื่อการวิจารณ์ที่สร้างความหลงผิดแก่ผู้บริโภคใน ส่วนของตัวผู้วิจารณ์ซึ่งถือเป็นแหล่งข้อมูลของผู้บริโภค รวมตลอดถึงการอ้างตนเองเป็นผู้บริโภค และการโฆษณาที่ไม่เปิดเผยว่าเป็นการโฆษณา มิใช่กรณีข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคของไทยจึงยังคงมีประเด็นปัญหาว่าจะสามารถนำมาปรับใช้แก่

พฤติกรรมการวิจารณ์ดังกล่าวได้หรือไม่เพียงใดจะได้ศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 อย่างไรก็ตามคำตัดสินดังกล่าวในสหรัฐอเมริกาถือว่าข้อเท็จจริงเรื่องความสัมพันธ์ของผู้วิจารณ์และผู้ประกอบธุรกิจเป็นสิ่งสำคัญสำหรับผู้บริโภคที่กำลังประเมินคำรับรองสนับสนุนสินค้าและกำลังตัดสินใจที่จะซื้อเกม แอปพลิเคชัน จึงมีคำตัดสินว่าการโฆษณาของจำเลยถือเป็นทำการโฆษณาที่หลอกลวงและมีความผิดตาม FTC Act

ในกรณีที่ผู้วิจารณ์เป็นผู้ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจ ทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตด้วยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ ข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ ด้วยความเท็จหรือเกินความจริง ย่อมเข้าองค์ประกอบมาตรา 22 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ในส่วนของการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรม และอยู่ในบังคับบทบัญญัติมาตรา 22(1) อันเกี่ยวกับการโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง

สำหรับกรณีของบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการที่ผู้วิจารณ์มิได้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ หรือไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์อื่นใดจากผู้ประกอบธุรกิจ ถือได้ว่าผู้วิจารณ์มิได้วิจารณ์โดยมีเจตนาในเชิงพาณิชย์แอบแฝงรวมถึงมิได้กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้า แต่เป็นการวิจารณ์สินค้าหรือบริการตามสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน แต่หากการแสดงความคิดเห็นของผู้วิจารณ์นั้นกระทำด้วยข้อความที่เป็นความเท็จ และก่อความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจ ผู้วิจารณ์ย่อมมีความรับผิดชอบในฐานะละเมิดต่อผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงมีความผิดตามกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท¹²⁰ ด้วย

หากพิจารณาว่าพฤติกรรมการวิจารณ์นี้เป็นวิธีการโฆษณา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 23 บัญญัติว่า “การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกวิธีการโฆษณาที่ถือว่ามีความผิดได้ 2 กรณี คือ

¹²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 บัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และ มาตรา 328 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำให้โดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการปาวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

- (1) การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพร่างกาย หรือจิตใจ
- (2) การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค

วิธีการโฆษณาที่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 23 จะสามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการวิจารณ์ได้อย่างเหมาะสมหรือไม่อย่างไรจะได้อธิบายต่อไปในบทที่ 4

นอกจากนี้เมื่อการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ผู้วิจารณ์ได้รับคำตอบแทน หรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจ หรือมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจเป็นการโฆษณา เนื่องจากการวิจารณ์นั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจแล้ว มาตรา 26¹²¹ เป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าข้อความโฆษณา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการเข้าใจผิดของผู้บริโภค เช่น กรณีของการโฆษณาด้วยรูปภาพอาหาร ผู้ประกอบธุรกิจบางรายอาจมีข้อความกำกับว่า “ใช้เพื่อการโฆษณาเท่านั้น” เพื่อไม่ให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าสินค้าจริงจะมีรูปร่างลักษณะเหมือนอย่างในรูปภาพ ดังกรณีที่เคยเกิดขึ้นกับการใช้ภาพในการโฆษณาจำหน่ายมันบดของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่ง ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าเมื่อผู้บริโภคพบเห็นภาพโฆษณาดังกล่าวจึงตัดสินใจเลือกซื้อมันบด แต่กลับไม่ได้รับมันบดตามปริมาณที่ได้มีการแสดงภาพโฆษณา จึงร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค กระทั่งคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวห้ามใช้ภาพโฆษณามันบดนั้น เป็นต้น โดยมาตรา 26 นี้เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาหากเห็นว่าควรแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าข้อความใดมุ่งหมายเพื่อการโฆษณา ให้มีกำหนดให้การโฆษณานั้นต้องมีถ้อยคำชี้แจงกำกับให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณา อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 26 นี้เป็นเพียงการให้อำนาจแก่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาที่จะสั่งการให้ข้อความโฆษณารายใดๆ ต้องกำหนดข้อความไว้ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือปัจจุบันมีการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ชี้แจงหรือปกปิดว่าเป็นการโฆษณา และแสดงข้อความในลักษณะที่ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าการกระทำนั้นมิใช่การโฆษณา ประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ หรือเป็นการกระทำที่มีเจตนาในเชิงพาณิชย์ของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 26 นี้มิใช่บทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบธุรกิจและผู้ประกอบกิจการโฆษณาให้ต้องระบุไว้ในการโฆษณาทุกครั้งว่าข้อความนั้นเป็นการโฆษณา ทำให้เกิดความสับสนและ

¹²¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 26 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าข้อความในการโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณาใด สมควรแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าข้อความนั้นเป็นข้อความที่มีความมุ่งหมายเพื่อการโฆษณา คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณานั้นต้องมีถ้อยคำชี้แจงกำกับให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณาได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขข้อใดให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้”

หลงผิดแก่ผู้บริโภคซึ่งเข้าใจว่าการกระทำนั้นมีใช้การโฆษณาหรือการกระทำอันมีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์กระทั่งเกิดเป็นการกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ อีกทั้งยังเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคด้านข้อมูลอีกด้วย

บทกำหนดโทษตามมาตรา 47 กำหนดให้ผู้ที่จะเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะของตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จ หรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เช่น ว่านั้น มีโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับการกระทำความผิดซ้ำ ผู้กระทำมีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ในมาตรา 50 บัญญัติให้การกระทำตามมาตรา 47 หากเป็นการกระทำของเจ้าของสื่อโฆษณา หรือผู้ประกอบการโฆษณา ผู้กระทำต้องโทษเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น และมาตรา 51 กำหนดว่าหากเป็นการกระทำความผิดต่อเนื่อง ผู้กระทำมีโทษปรับวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือไม่เกินสองเท่าของค่าใช้จ่ายที่ใช้สำหรับการโฆษณานั้น ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม

3.4.1.2 หลักสุจริตในการป้องกันคดีผู้บริโภคและการประกอบธุรกิจ

กฎหมายของไทยที่ใช้ในการป้องกันคดีผู้บริโภค ได้แก่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 และด้วยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือปัจจุบันระบบเศรษฐกิจมีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว และมีการนำความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาใช้ในการผลิตสินค้าและบริการมากขึ้น ในขณะที่ผู้บริโภคส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ในเรื่องของคุณภาพสินค้าหรือบริการตลอดจนเทคนิคการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งยังขาดอำนาจต่อรองในการเข้าทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ ทำให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบอยู่เสมอ นอกจากนี้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น กระบวนการในการเรียกร้องค่าเสียหายต้องใช้เวลาและสร้างความยุ่งยากให้แก่ผู้บริโภคที่จะต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ ซึ่งไม่อยู่ในความรู้เห็นของตนเอง อีกทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูง ผู้บริโภคจึงตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบจนบางครั้งนำไปสู่การใช้วิธีการที่รุนแรงและก่อให้เกิดการเผชิญหน้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับกลุ่มผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม อันส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ สมควรให้มีระบบวิธีพิจารณาคดีที่เอื้อต่อการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายได้รับการแก้ไขเยียวยาด้วยความรวดเร็ว ประหยัด และมีประสิทธิภาพ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ขณะเดียวกัน เป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจหันมาให้ความสำคัญต่อการพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการให้ดี

ยิ่งขึ้น¹²² จากเหตุผลดังกล่าว ทำให้ทราบว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 นั้น ถูกบัญญัติขึ้นมาด้วยสาเหตุจากสถานะของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน ทั้งในแง่ของ เศรษฐกิจ ระดับการศึกษา และอำนาจต่อรอง ทำให้ผู้บริโภคซึ่งเป็นฝ่ายที่มีสถานะที่ด้อยกว่าได้รับความเสียหาย อีกทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยังไม่สามารถเยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภคได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากประมวลกฎหมายดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานที่คู่กรณีมีสถานะที่เท่าเทียมกัน กฎหมายฉบับนี้จึงมีขึ้นมาเพื่อเป็นมาตรการเยียวยาผู้บริโภค และคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคอย่างเหมาะสม โดยวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 ที่สำคัญมี 4 ประการ¹²³ คือ

- ก) ให้ผู้บริโภคเข้าถึงความยุติธรรมได้โดยสะดวกยิ่งขึ้น
- ข) จัดกระบวนการค้นหาความจริงให้มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม
- ค) ปรับปรุงระบบวิธีพิจารณาคดีให้รวดเร็ว และเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ที่เอื้อต่อการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภค
- ง) เสริมสร้างมาตรฐานทางจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจ และป้องปรามผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่สุจริต

ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 ในมาตรา 3 ได้บัญญัติถึงคดีที่ศาลจะรับดำเนินคดีและพิจารณาคดีเป็นคดีผู้บริโภคร จำกัดไว้จะต้องเป็นคดีแพ่งเท่านั้น ข้อพิพาทส่วนแพ่งที่พิจารณารวมไปกับคดีอาญา หรือที่เรียกว่าคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาจะไม่ถือเป็นคดีผู้บริโภคร โดยลักษณะแห่งคดีผู้บริโภครมีดังนี้

- ก) คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภค กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ
- ข) คดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย
- ค) คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีตามข้อ (ก) และ (ข) ข้างต้น
- ง) คดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้

ด้วยวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้บริโภคให้สามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้โดยสะดวกยิ่งขึ้น และเสริมสร้างมาตรฐานทางจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจ และป้องปรามผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่สุจริต คู่กรณีทั้ง

¹²² หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551

¹²³ ชาญณรงค์ ปรานีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2551), หน้า 1-2.

ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตในการฟ้องคดีและในการประกอบธุรกิจ ซึ่งหลักสุจริตนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ผู้บริโภคจะต้องใช้สิทธิในการฟ้องร้องผู้ประกอบธุรกิจโดยสุจริต โดยมาตรา 18 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “ถ้าความปรากฏแก่ศาลว่าผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคนำคดีมาฟ้องโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เรียกร้องค่าเสียหายเกินสมควร ประพฤติตนไม่เรียบร้อย ดำเนินกระบวนการพิจารณาอันมีลักษณะเป็นการประวิงคดีหรือไม่จำเป็น หรือมีพฤติการณ์อื่นที่ศาลเห็นสมควร ศาลอาจมีคำสั่งให้บุคคลนั้นชำระค่าฤชาธรรมเนียมที่ได้รับการยกเว้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควรกำหนดก็ได้ หากไม่ปฏิบัติตาม ให้ศาลมีอำนาจสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ” ดังนั้นในกรณีที่ผู้บริโภคใช้สิทธินำคดีมาฟ้องร้องโดยไม่สุจริตจะได้รับบทลงโทษคือจะต้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมที่ได้รับการยกเว้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามมาตรา 18 วรรคสอง หรือชดใช้ค่าใช้ทรัพย์สินหรือค่าเสียหายตามมาตรา 41¹²⁴

ในส่วนของผู้ประกอบธุรกิจกับหลักสุจริตนั้น ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 12 บัญญัติถึงการใช้สิทธิและการชำระหนี้ของผู้ประกอบธุรกิจไว้ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ผู้ประกอบธุรกิจต้องกระทำด้วยความสุจริตโดยคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรม” สังเกตว่ามาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมจากมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนของมาตรฐานทางการค้าที่เป็นธรรม เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะของผู้มีอาชีพทางการค้าซึ่งจะต้องมีการประกอบธุรกิจอย่างเป็นธรรมและไม่เอาเปรียบผู้บริโภคอีกทั้งยังมีมาตรฐานของธุรกิจประเภทนั้นๆ เป็นแบบอย่างในการดำเนินธุรกิจ แต่มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลโดยทั่วไปซึ่งอาจไม่ใช่ผู้ประกอบธุรกิจ นอกจากนี้มาตรา 12 ยังเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะคล้าย Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ของสหราชอาณาจักรในส่วนของหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจในการดำเนินธุรกิจอย่างเป็นธรรม พิจารณาได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ แม้เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติแต่ก็ได้นำกฎหมายสารบัญญัติ เช่น มาตรา 12 นี้ มากำหนดแทรกไว้ด้วยเพื่ออำนวยความสะดวก และความยุติธรรมแก่ผู้บริโภคมยิ่งขึ้น จากบทบัญญัติในมาตรา 12 ดังกล่าว คำว่า “สุจริต” นั้น ในความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้ความหมายว่าความประพฤติ

¹²⁴ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 41 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“...หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการใช้สินค้าหรือได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สินค้านั้น ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้บริโภคชดใช้ค่าใช้ทรัพย์สินหรือค่าเสียหาย แล้วแต่กรณี ให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้ตามที่เห็นสมควร”

ชอบ และความหมายโดยทั่วไปคือ ความซื่อสัตย์ตรงไปตรงมา แต่เนื่องจากผู้ประกอบการต้องเกี่ยวข้องกับผู้บริโภคจำนวนมาก อีกทั้งยังเป็นผู้ที่มีสถานะเหนือกว่าผู้บริโภคที่ได้กล่าวมาแล้ว ระดับของความสุจริตในการประกอบธุรกิจย่อมต้องสูงกว่าบุคคลทั่วไป บทบัญญัติมาตรานี้จึงกำหนดระดับของความสุจริตของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรม กล่าวคือถ้ามาตรฐานทั่วไปในระบบธุรกิจการค้าที่เป็นธรรม หรือมาตรฐานในทางการค้าปฏิบัติกันอย่างไร ผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติหรือปฏิบัติต่ำกว่ามาตรฐานย่อมถือเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต ทั้งนี้มาตรฐานในทางการค้า¹²⁵ มียกตัวอย่างดังนี้

- 1) การไม่หลีกเลียงกฎหมาย เช่น การตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้บริหารจัดการบริษัท เพื่อให้ตนไม่ต้องมีความรับผิดชอบเกี่ยวกับบริษัทดังกล่าว เป็นต้น
- 2) การปฏิบัติต่อผู้บริโภคอย่างเป็นธรรม ไม่น้อฉล ไม่หลอกลวง ไม่ฉวยโอกาส ไม่เอาัดเอาเปรียบผู้บริโภค เช่น ไม่ใช้วัตถุดิบที่มีคุณภาพต่ำกว่ามาตรฐาน หรือเป็นอันตราย เพื่อให้ได้ต้นทุนที่ถูก และสามารถได้เปรียบผู้แข่งขันรายอื่นทางด้านราคา หรือกรณีการวิจารณ์สินค้าหรือบริการที่ผู้วิจารณ์เป็นผู้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจและประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการนั้น เพื่อประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจ แต่กลับปกปิดความสัมพันธ์และสถานะของตนตลอดจนแสดงตนเองเป็นผู้บริโภคอันถือเป็นการโฆษณาสินค้าหรือบริการด้วยวิธีการหลอกลวงผู้บริโภค อีกนัยหนึ่งคือการโฆษณาที่ไม่ชี้แจงว่าเป็นการโฆษณาแต่กลับแสดงข้อความให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นหรือประสบการณ์ของผู้บริโภคที่แท้จริง เป็นต้น
- 3) การใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดในการปฏิบัติการค้าชำระหนี้โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคประกอบด้วย เช่น กรณีการทำธุรกิจให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องมีความรับผิดชอบและพยายามให้ผู้รับบริการสามารถใช้บริการได้อย่างมีประสิทธิภาพตลอดระยะเวลาใช้บริการ หากอินเทอร์เน็ตไม่สามารถใช้งานได้จะต้องเร่งดำเนินการแก้ไขให้แล้วเสร็จและชี้แจงให้ผู้รับบริการทราบโดยเร็ว เป็นต้น
- 4) การคำนึงถึงจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจโดยตระหนักถึงความรับผิดชอบต่อผู้มีต่อผู้บริโภคและสังคมส่วนรวม เช่น หากพบว่าสินค้าของตนเป็นอันตรายต้องเรียกคืนสินค้าในตลาดทั้งหมดนั้นคืนกลับมา หรือแจ้งให้ผู้บริโภคทราบ รวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาต้องดำเนินธุรกิจตามจรรยาบรรณวิชาชีพของ

¹²⁵ ชาญณรงค์ ปรานีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, หน้า 57-58.

ตนเอง ไม่ทำการโฆษณาหรือการตลาดให้ผู้ประกอบธุรกิจด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรมหรือเป็นการหลอกลวงผู้บริโภค เป็นต้น

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจ ดำเนินธุรกิจโดยไม่สุจริต พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ได้กำหนดบทลงโทษ อันได้แก่ การเปลี่ยนสินค้าให้แก่ผู้บริโภค (มาตรา 41) การชดใช้ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ (มาตรา 42) การเรียกสินค้าคืนและเก็บสินค้าที่ยังไม่ได้จำหน่าย (มาตรา 43) หรือหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้น หรือผู้บริหารนิติบุคคล ต้องร่วมรับผิดชอบผู้บริโภค (มาตรา 44)

3.4.1.3 การควบคุมการแข่งขันทางการค้าให้เป็นอย่างเสรีและเป็นธรรม

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นอย่างเสรีและเป็นธรรม และป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ และเพื่อสร้างกติกาทางการค้าซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นในระบบทุนนิยม โดยมีเป้าหมายเน้นที่การปกป้องคุ้มครองกระบวนการแข่งขัน แต่ไม่ได้เน้นการปกป้องตัวผู้แข่งขัน¹²⁶ สำหรับหน่วยงานที่รับผิดชอบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้แก่กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีมาตรการและนโยบายในการดำเนินการเพื่อพัฒนาแนวทางหลักเกณฑ์ และวิธีการส่งเสริมการแข่งขัน และเสริมสร้างความเป็นธรรมทางการค้าเพื่อให้การประกอบธุรกิจเป็นอย่างมีจริยธรรมและเสมอภาค ระหว่างผู้ประกอบการขนาดเล็ก ขนาดกลาง และขนาดใหญ่¹²⁷ และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าให้เป็นธรรมโดยมีอำนาจหน้าที่ เช่น เสนอแนะต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้ เชิญบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย คำแนะนำหรือความเห็น และสอดส่องและเร่งรัดคณะอนุกรรมการสอบสวนในการสอบสวนการกระทำผิดตามพระราชบัญญัตินี้¹²⁸

หลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าปรากฏอยู่ที่มาตรา 25 คือการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ มาตรา 27 คือการตกลงทางการค้าใดๆ ที่เป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน และมาตรา 29 คือพฤติกรรมที่ไม่เป็นในทางการค้า โดยนับแต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศใช้มาจนกระทั่ง พ.ศ. 2554 สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า ได้รับเรื่องร้องเรียนมากที่สุด เรียงลำดับดังนี้ (ก) การร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (ข) การร้องเรียน

¹²⁶ คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 26-27.

¹²⁷ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, "เกี่ยวกับกรม" [ออนไลน์] วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2557. แหล่งที่มา: <http://www.dit.go.th/aboutmain.asp>

¹²⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 8

เกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม และ (ค) การร้องเรียนเกี่ยวกับการตกลงร่วมกัน จำกัดการแข่งขัน¹²⁹

การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ตามมาตรา 25 มีองค์ประกอบ คือ ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด¹³⁰ และมีพฤติกรรมตามที่กำหนดไว้ ดังนี้

ก) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม

ข) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือ การจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือ ในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น

ค) ระงับ ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

ง) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

นอกจากพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแล้ว ยังมีพฤติกรรมการควบรวมกิจการอันก่อให้เกิดการผูกขาด (มาตรา 26) และการที่ผู้ประกอบธุรกิจสมคบกันผูกขาด หรือ ทำลาย ขัดขวาง หรือจำกัดการแข่งขัน (มาตรา 27) เป็นบทบัญญัติห้ามผู้ประกอบธุรกิจตกลงที่จะไม่แข่งขันระหว่างกัน หรือที่เรียกว่า “ฮั้วกัน” ในลักษณะที่กำหนดหรือตกลงกันบางอย่าง เช่น กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาด หรือควบคุมตลาด หรือกำหนดแบ่งท้องที่

¹²⁹ คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย, หน้า 22.

¹³⁰ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ให้ความหมายของคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของ คณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย และ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย ดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด (1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ (2) ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องถิ่น เป็นต้น และพฤติกรรมการกีดกันคู่ต่อสู้ทางการค้า (มาตรา 28 และ มาตรา 29)

ทั้งนี้มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ” โดยบทบัญญัติในมาตรานี้มีความแตกต่างจากบทบัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าในมาตราอื่นๆ เช่น มาตรา 25 การใช้อำนาจเหนือตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยต้องมีการพิสูจน์ถึงความมีอำนาจเหนือตลาดเสียก่อนจึงจะพิจารณาได้ว่ามีความผิดหรือไม่ และถือเป็นความรับผิดเด็ดขาดหากเข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และมีพฤติกรรมตามที่มาตรา 25 กำหนด

สำหรับบทบัญญัติในมาตรา 29 มีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้¹³¹

1) มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือ unfair trade practices อย่างชัดเจน เนื่องจากไม่ต้องมีการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งบัญญัติไว้อย่างกว้างขวาง คาดว่าสืบเนื่องจากผู้ที่ร่างกฎหมายต้องการให้มาตรานี้ครอบคลุมการกระทำที่เป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในทุกประเภทซึ่งยากที่จะคาดเดาหรือกำหนดไว้ล่วงหน้า อย่างไรก็ตาม การที่บทบัญญัติของมาตรา 29 กว้างมากทำให้ภาคธุรกิจเกิดความไม่มั่นใจว่าพฤติกรรมใดบ้างที่จัดเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 29 จึงมีความจำเป็นที่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะได้กำหนดและเผยแพร่รูปแบบของลักษณะพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) ที่เข้าข่ายมาตรา 29 เพื่อให้บทบัญญัตินี้มีความชัดเจนมากขึ้น¹³² ดังนี้¹³³

ก) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อ/ขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม

(ก) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาสูงอย่างไม่เป็นธรรม หรือสูงเกินสมควร (Unreasonably High Price)

¹³¹ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และ เสาวลักษณ์ ชิวสิทธิยานนท์, โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2544), หน้า 3-6 ถึง 3-7.

¹³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-1.

¹³³ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน, "แนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2556. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/otcc/upload/พรบ.แข่งขัน-แนวปฏิบัติตามมาตรา%2029.pdf>

- (ข) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาต่ำอย่างไม่เป็นธรรม หรือการกำหนดราคาต่ำกว่าทุน
- (ค) การกำหนดราคาที่แตกต่างกันกับลูกค้า (Price discrimination)
- ข) การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจ ของผู้ประกอบการรายอื่น
 - (ก) การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิเฉพาะ (Exclusivity)
 - (ข) การบังคับขายพ่วง (Tie-in-sale)
 - (ค) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance)
- ค) การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร
- ง) การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอาเปรียบผู้อื่น บังคับหรือชักจูงลูกค้าให้ประกอบธุรกิจกับตน หรือกำหนดข้อเรียกร้องใดๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการรายอื่น
- จ) การกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของผู้ประกอบการอื่น
- ฉ) การกระทำอื่นใดที่มีใช่เป็นวิสัยทางการค้าปกติ และมีเจตนาทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าอันไม่เป็นธรรมในมาตรา 29 แล้วจะสามารถครอบคลุมถึงพฤติกรรมการวิจารณ์ในลักษณะที่กำลังศึกษาอยู่นี้ ผ่านรูปแบบพฤติกรรมในข้อ ฉ) กล่าวคือ เป็นการกระทำอื่นใดที่มีใช่เป็นวิสัยทางการค้าปกติ และมีเจตนาทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป ได้มากน้อยเพียงไรจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

2) การบังคับใช้มาตรา 29 พิจารณาภายใต้หลักเหตุผล (rule of reason) กล่าวคือจะต้องมีการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกั้นแกล้ง โดยที่การกระทำนั้นจะต้องทำให้ผู้ประกอบการอื่นเสียหาย หรือเป็นการชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ดังนั้นประเด็นที่สำคัญของมาตรา 29 นี้ คือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกั้นแกล้ง ไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการ หรือภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม เมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของผู้วิจารณ์ไม่ว่าจะเป็นดารา บุคคลธรรมดาทั่วไป บล็อกเกอร์ หรือผู้มีชื่อเสียงในสื่อสังคมออนไลน์ที่ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อแลกกับการวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุน แต่กลับปกปิด

ความสัมพันธ์ไม่แจ้งให้ผู้บริโภคทราบ ตลอดจนการแสดงตัวเองเป็นผู้บริโภคหรือไม่ชี้แจงว่าการวิจารณ์นั้นคือการโฆษณาหรือมีเจตนาในทางพาณิชย์ ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าเป็นการวิจารณ์สินค้าและบริการโดยผู้วิจารณ์ที่มีความเป็นอิสระซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องหรือผลประโยชน์ใดๆ กับผู้ประกอบการธุรกิจ และเลือกซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการตามผู้วิจารณ์นั้น พฤติกรรมดังกล่าวกระทบสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นด้วยการแย่งส่วนแบ่งทางการตลาดโดยใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรม สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ประกอบการรายอื่นนั้น อาจพิจารณาได้จากการเปลี่ยนแปลงของยอดขายรายได้ หรือกำไร รวมถึงการสูญเสียโอกาสทางการค้า และโอกาสในการสร้างรายได้ หรือกำไร ตลอดจนค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นการใช้มาตรการชักจูงให้ผู้บริโภคประกอบธุรกรรมกับตนโดยการหลอกลวงผู้บริโภคจากการโฆษณาด้วยวิธีที่ไม่เป็นธรรมซึ่งส่งผลกระทบต่อรายได้และกำไรของผู้ประกอบการรายอื่น

3) มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น มากกว่าที่จะรักษากระบวนการแข่งขันในตลาดโดยรวม เช่น มาตรา 25 มาตรา 26 และ มาตรา 27 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเน้นพฤติกรรมในเรื่องของการผูกขาดทางการค้า หรือการมีอำนาจเหนือตลาด

ในส่วนของบริษัทโฆษของผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 บัญญัติไว้ในมาตรา 51 กล่าวคือ ระวังโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และในกรณีที่กระทำความผิดซ้ำต้องระวังโทษเป็นทวีคูณ นอกจากนี้ผู้ที่ได้รับความเสียหาย มีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนนั้นได้ ได้ตามมาตรา 40

ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตลาดสินค้าและบริการ จากการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 นี้ นอกจากผู้ประกอบการจะเป็นผู้เสียหายแล้ว ผู้บริโภคเอง ย่อมเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการละเมิดกฎหมายนี้โดยตรงด้วยเช่นกัน แต่ในปัจจุบัน สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะรับเรื่องร้องเรียนจากผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น โดยใช้ผู้ร้องเรียนเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเรื่องร้องทุกข์ ไม่ได้ใช้เกณฑ์การกระทำผิดกฎหมาย พ.ร.บ.แข่งขันทางการค้าเป็นเกณฑ์ในการรับเรื่องร้องเรียน ซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคสามารถเป็นผู้ร้องเรียนได้ด้วย

3.4.2 กฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติถึงความผิดสำหรับบุคคลที่กระทำความผิดต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยเป็นการทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือทำให้การทำงาน

ผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใดๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก่ใจ หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร¹³⁴

การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ¹³⁵ ได้แก่

- ก) การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (มาตรา 5) เช่น ใช้บัญชีชื่อและรหัสผ่านของผู้อื่นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต
- ข) การล่วงรู้ถึงมาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น และนำไปเปิดเผยโดยมิชอบ (มาตรา 6)
- ค) การเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงไว้โดยเฉพาะโดยมิชอบ (มาตรา 7)
- ง) การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ในระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (มาตรา 8)
- จ) การรบกวนข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ (มาตรา 9)
- ฉ) การรบกวนระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบจนไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ (มาตรา 10)
- ช) การส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์รบกวนผู้อื่น (มาตรา 11) เช่น การส่งสแปมเมล (Spam Mail)
- ซ) การรบกวนข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น อันก่อความเสียหายแก่ประชาชนหรือความมั่นคงของประเทศ (มาตรา 12)
- ฌ) การจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่ง เพื่อเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด (มาตรา 13)
- ฎ) การนำข้อมูลปลอม ข้อมูลเท็จ ข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ หรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย หรือข้อมูลที่มีลักษณะลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์หรือส่งต่อข้อมูลดังกล่าว (มาตรา 14)
- ฏ) ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการที่สนับสนุน หรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 (มาตรา 15)
- ฎ) การเผยแพร่ภาพจากการสร้างขึ้น ดัดต่อ เติม หรือดัดแปลง (มาตรา 16) เช่น เผยแพร่ภาพตัดต่อให้ผู้อื่นได้รับความเสื่อมเสียหรืออับอาย

¹³⁴ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

¹³⁵ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 55-110.

เมื่อได้พิจารณากฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของผู้วิจารณ์ที่ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อแลกกับการวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุนโดยปกปิดความสัมพันธ์ไม่แจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าการวิจารณ์นั้นเป็นการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ หรือเป็นการกระทำที่แฝงไปด้วยเจตนาในทางพาณิชย์ของผู้ประกอบธุรกิจ อันส่งผลเป็นการหลอกลวงและสร้างความหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งข้อมูล อีกทั้งยังเป็นการบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค พฤติกรรมดังกล่าวมีลักษณะที่อาจพิจารณาได้ตามบทบัญญัติในมาตรา 14 (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” โดยความผิดตามมาตรา 14 มีองค์ประกอบ¹³⁶ ดังนี้

(1) องค์ประกอบภายนอก

- (ก) ผู้ใด กล่าวคือผู้ทำการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต
- (ข) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยที่มาตรานี้เป็นมาตราที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ คือให้เกิดความเท่าเทียมกันและขจัดช่องว่างของกฎหมายสำหรับความผิดฐานปลอมแปลงเอกสารในระบบกระดาษตามประมวลกฎหมายอาญา และการปลอมแปลงข้อมูลหรือข้อความที่จัดทำขึ้นในระบบอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงเพื่อความปลอดภัยและความน่าเชื่อถือของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อเปรียบเทียบกับระบบเอกสารบทบัญญัตินี้จึงวางอยู่บนพื้นฐานของหลักเกี่ยวกับการยืนยันตัวบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของเอกสารและความถูกต้องแท้จริงของข้อความในเอกสาร และใช้บังคับทั้งเอกสารที่ประชาชนทั่วไปจัดทำขึ้น และพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำขึ้น¹³⁷ เมื่อพิจารณาถึงกรณีของการวิจารณ์สินค้าและบริการที่ผู้วิจารณ์เป็นผู้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจและแสดงตัวเองเป็นผู้บริโภค แม้การปกปิดข้อมูลรวมถึงไม่เปิดเผยว่าตนเองมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ

¹³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-92

¹³⁷ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี, แนวทางการจัดทำกฎหมายอาญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (กรุงเทพมหานคร: NECTEC, 2546), หน้า 31-32..

ซึ่งมิได้เป็นผู้ที่อยู่ในสถานะของผู้บริโภคอย่างแท้จริงจะถือเป็นข้อมูลอันเป็นเท็จ แต่กรณีของข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จตามมาตรา 14 นี้เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการยืนยันตัวบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของเอกสาร เช่น การระบุว่าเป็นสินค้าชิ้นนี้เป็นของบริษัทหนึ่งแต่แท้จริงแล้วไม่ใช่ หรือการอ้างตนเองเป็นบุคคลอื่นเป็นต้น ซึ่งการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตด้วยพฤติกรรมที่ศึกษาอยู่นี้ ผู้วิจารณ์สินค้าและบริการมิได้แสดงข้อความเท็จว่าตนเองเป็นบุคคลอื่น แต่เป็นเรื่องของผู้วิจารณ์ให้ข้อมูลหรือแสดงออกด้วยข้อความเท็จเกี่ยวกับสถานะของตนเอง โดยที่ยังแสดงออกถึงตัวตนที่แท้จริงของตัวผู้วิจารณ์ อันถือได้ว่าพฤติกรรมการวิจารณ์ลักษณะนี้ไม่เข้าองค์ประกอบในส่วนของ การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมหรือเท็จตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

(ค) โดยประการที่นำจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59¹³⁸ คือผู้กระทำจะต้องมีเจตนาเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ และต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมหรือเท็จ และรู้ว่าการกระทำนั้นน่าจะก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน¹³⁹

¹³⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 บัญญัติว่า

“บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะ เช่น นั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวัง เช่น ว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

¹³⁹ สำนักงานศาลยุติธรรม, คำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดอกเบญจ, 2550), หน้า 25-26.

มาตรา 14 จึงเป็นบทบัญญัติที่ยังไม่สามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการตามที่ได้ศึกษาอยู่นี้

3.4.3 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

3.4.3.1 การวิจารณ์กับความสำคัญผิด¹⁴⁰

1) ความหมายของคำว่าสำคัญผิด

ความสำคัญผิด คือการเข้าใจหรือเชื่อโดยไม่ตรงต่อความจริง ซึ่งอาจเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ได้¹⁴¹ หรือการเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความจริง และนั่นคือความจริงเป็นอย่างหนึ่ง แต่ผู้แสดงเจตนาเข้าใจหรือคิดเป็นอีกอย่างหนึ่ง และโดยความคิดหรือเข้าใจไม่ถูกต้องนี้ทำให้เขาแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม¹⁴²

2) ลักษณะของความสำคัญผิด

ก) ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรมหรือวัตถุประสงค์ของนิติกรรม กล่าวคือมีเจตนาทำนิติกรรมอย่างหนึ่งแต่กลับไปทำนิติกรรมอีกอย่างหนึ่ง เช่น ผู้ลงนามเข้าใจว่าลงนามทำสัญญาเช่าแต่แท้จริงแล้วคือสัญญาซื้อขาย เป็นต้น ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม เช่น ผู้ว่าจ้างทำสัญญาจ้างบริษัท ก. ทำโฆษณาสินค้าของผู้ว่าจ้างแต่เข้าใจผิดว่าบริษัท ข. เป็นบริษัท ก. จึงทำสัญญาจ้างกับบริษัท ข. เป็นต้น ความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม เช่น ผู้ซื้อต้องการซื้อที่ดินแปลงหนึ่งแต่กลับทำสัญญาซื้อขายที่ดินอีกแปลงหนึ่ง เป็นต้น และความสำคัญผิดกรณีอื่น เช่น ความสำคัญผิดในเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรม สำหรับกรณีการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่าน

¹⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 บัญญัติว่า
“การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมเป็นโมฆะ
ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมและความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม เป็นต้น

มาตรา 157 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินเป็นโมฆียะ
ความสำคัญผิดตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิดดังกล่าวการอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น”

มาตรา 158 บัญญัติว่า “ความสำคัญผิดตามมาตรา 156 หรือมาตรา 157 ซึ่งเกิดขึ้นโดยความประมาท
เลินเล่ออย่างร้ายแรงของบุคคลผู้แสดงเจตนา บุคคลนั้นจะถือเอาความสำคัญผิดนั้นมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนไม่ได้”

¹⁴¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), หน้า 167.

¹⁴² จำปี โสทธิพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม - สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 120-132.

ระบบอินเทอร์เน็ตด้วยวิธีการที่ทำให้ผู้อ่านข้อความเข้าใจว่าผู้วิจารณ์เป็นผู้ใช้สินค้าหรือเข้ารับบริการ เหล่านั้นด้วยตนเองหรืออีกนัยหนึ่งคือผู้วิจารณ์เป็นผู้บริโภคซึ่งทำการวิจารณ์โดยไม่มีเจตนาในทางพาณิชย์แฝง หรือมิได้กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ เมื่อผู้บริโภคที่ได้รับทราบข้อความโฆษณาที่แฝงมากับวิจารณ์แล้วเกิดความสนใจในสินค้าหรือบริการนั้นและเข้าทำนิติกรรมกับผู้ประกอบธุรกิจเป็นกรณีและผู้บริโภคเข้าซื้อสินค้าหรือบริการอันเนื่องมาจากหลงเชื่อในแหล่งข้อมูลนั้นคือหลงผิดเข้าใจว่าผู้วิจารณ์คือผู้วิจารณ์โดยอิสระหรือเป็นผู้บริโภคที่แท้จริงซึ่งตนมีความไว้วางใจในข้อมูลที่ผู้วิจารณ์บอกเล่า แต่การทำนิติกรรมซื้อขายสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคนั้นยังคงเป็นนิติกรรมที่มีลักษณะเดียวกันคือนิติกรรมซื้อขาย มีคู่กรณีแห่งนิติกรรมคนเดียวกันคือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการที่มีการวิจารณ์อยู่ และมีทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมชนิดเดียวกันคือสินค้าหรือบริการที่ผู้วิจารณ์ทำการวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุน กรณีจึงมิใช่ความสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามบทบัญญัติในข้อนี้ อันจะส่งผลให้นิติกรรมที่มีการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตามหากความสำคัญผิดนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้แสดงเจตนา ผู้แสดงเจตนาไม่สามารถยกความสำคัญผิดนั้นขึ้นเป็นข้ออ้างโมฆะกรรม

ข) ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ คือการสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมหรือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม แต่สำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินนั้น หมายความว่าบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งผู้แสดงเจตนาสำคัญผิดในคุณสมบัตินั้นย่อมต้องเป็นบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมหรือทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมนั้นด้วย และคุณสมบัติดังกล่าวตามปกติถือเป็นสาระสำคัญ ถ้าไม่เพราะคุณสมบัตินั้นก็จะไม่ทำนิติกรรมต่อกัน หรืออีกนัยหนึ่งคือคุณสมบัตินั้นเป็นมูลเหตุจูงใจให้มีการทำนิติกรรม¹⁴³ สำหรับการที่ผู้บริโภคซึ่งได้รับทราบบทวิจารณ์และเกิดความหลงเชื่อในแหล่งข้อมูลคือผู้วิจารณ์ว่าเป็นผู้บริโภคเช่นเดียวกันกับตน ทำให้เกิดความหลงผิดเข้าใจนิติกรรมกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการที่ได้รับการวิจารณ์นั้น ถือเป็น การเข้าใจผิดในตัวผู้วิจารณ์สินค้าและบริการซึ่งมิใช่คู่กรณีแห่งสัญญา โดยที่คู่กรณีในสัญญาที่ผู้บริโภคซึ่งได้แสดงเจตนาไว้ต่อกันนั้น ยังคงเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการและมีคุณสมบัติดังที่ผู้บริโภคเข้าใจเช่นเดิม ดังนั้นจึงยังคงไม่สามารถนำบทบัญญัติเรื่องความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินมาปรับใช้ได้

อย่างไรก็ดีหากบุคคลแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญจะให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ แต่หาก

¹⁴³ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา, หน้า 178-187.

ความสำคัญผิวนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้แสดงเจตนา ผู้แสดงเจตนาห้ามยกขึ้นเป็นข้ออ้างโมฆียกรรม

จากการศึกษาบทบัญญัติเรื่องสำคัญผิดจึงพิจารณาได้ว่าพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตตามที่ได้ศึกษาอยู่นี้ ยังไม่สามารถนำหลักกฎหมายเรื่องสำคัญผิดไม่ว่าจะเป็น การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม หรือเป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้

3.4.3.2 การวิจารณ์กับการถูกกลฉ้อฉล¹⁴⁴

(1) ความหมายของกลฉ้อฉล

กลฉ้อฉล คือการที่บุคคลหนึ่งกระทำการหลอกลวงใดๆ ก็ตามที่ทำให้บุคคลอีกคนหนึ่งเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความจริง (คือการทำให้เขาสำคัญผิด) แล้วผู้ถูกหลอกลวงได้แสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ซึ่งมีฉะนั้นแล้วจะไม่ทำนิติกรรมหรืออาจจะทำในเงื่อนไขที่แตกต่างออกไป¹⁴⁵ เพราะฉะนั้นเมื่อมีการทำกลฉ้อฉลเพื่อหลอกลวงให้คู่กรณีอีกฝ่ายหลงเชื่อเข้าแสดงเจตนาทำนิติกรรมด้วย ย่อมเป็นการที่ผู้แสดงเจตนาที่แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในขณะเดียวกัน ดังนั้นจึงพิจารณาได้ว่าการแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลจะเป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในทุกกรณี แต่การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิวนั้นอาจมีได้เกิดจากกลฉ้อฉลเสมอไป¹⁴⁶

(2) ประเภทของกลฉ้อฉล

ก) กลฉ้อฉลอันถึงขนาดที่หากไม่มีกลฉ้อฉลนั้นแล้วนิติกรรมก็จะไม่เกิดขึ้นมีผลทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ เป็นกลฉ้อฉลที่ทำให้การแสดงเจตนาทำนิติกรรมเสื่อมเสีย

¹⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 159 บัญญัติว่า

“การแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลเป็นโมฆียะ

การถูกกลฉ้อฉลที่จะเป็นโมฆียะตามวรรคหนึ่งจะต้องถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีกลฉ้อฉลดังกล่าว การอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น

ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลโดยบุคคลภายนอก การแสดงเจตนาที่นั้นจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลฉ้อฉลนั้น” และ

มาตรา 161 บัญญัติว่า “ถ้ากลฉ้อฉลเป็นแต่เพียงเหตุจูงใจให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งยอมรับข้อกำหนดอันหนักยิ่งกว่าที่คู่กรณีฝ่ายนั้นจะยอมรับโดยปกติ คู่กรณีฝ่ายนั้นจะบอกถึงการนั้นหาได้ไม่ แต่ชอบที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากกลฉ้อฉลนั้นได้”

¹⁴⁵ จำปี โสทธิพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม - สัญญา, หน้า 132-133.

¹⁴⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา, หน้า 188-189.

ประกอบไปด้วยการหลอกลวงและการหลงเชื่อถึงขนาดแสดงเจตนาทำนิติกรรม¹⁴⁷ เป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งกระทำการเพื่อหลอกลวงอีกคนหนึ่งซึ่งเข้ามาเจรจาหรือมีนิติสัมพันธ์เพื่อเป้าหมายให้เขาเชื่อและเข้าแสดงเจตนาทำนิติกรรมต่อกัน กรณีการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตด้วยวิธีการที่ทำให้ผู้อ่านข้อความเข้าใจว่าผู้วิจารณ์นั้นเป็นผู้ใช้สินค้าหรือเข้ารับบริการด้วยตนเองโดยที่ไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ใดๆ จากเจ้าของสินค้าหรือบริการ หรือการวิจารณ์นั้นไม่ได้มีเจตนาในทางพาณิชย์แอบแฝงแต่เป็นการบอกเล่าจากประสบการณ์ของผู้ใช้งานจริง เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายเรื่องกลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้วิจารณ์สินค้าและบริการนั้นเป็นบุคคลกลางระหว่างผู้บริโภคที่ได้รับทราบข้อมูลในระหว่างตัดสินใจเข้าทำนิติกรรมกับผู้ประกอบธุรกิจ โดยผู้วิจารณ์มีจุดประสงค์ในการให้ข้อมูลของสินค้าและบริการโดยใช้ความน่าเชื่อถือของตนเองเพื่อโน้มน้าวให้ผู้อ่านบทวิจารณ์คล้อยตามและสนใจในสินค้าหรือบริการที่ตนกำลังวิจารณ์นั้น เช่น บล็อกเกอร์ชื่อดังเผยแพร่รูปตนเองคู่กับโทรศัพท์มือถือซึ่งหน้าจอโทรศัพท์นั้นกำลังเปิดเล่นเกมของผู้ผลิตรายหนึ่งผ่านทาง Instagram บัญชีชื่อส่วนตัวของตนเองพร้อมข้อความว่า “เกม xx มันส์สุดๆ หยุคไม่ได้อะไรๆ ติดใจเกม xx เกมใหม่มาแรงจากเกาหลี สนุกมากๆ” หรือนักแสดงถ่ายรูปร่างตัวเองกำลังทำเล็บที่ร้านเผยแพร่ผ่านทาง Facebook บัญชีชื่อส่วนตัวของตนเองพร้อมข้อความว่า “ขอบคุณคุณ ก. เจ้าของร้านทำเล็บ ข. ที่ดูแลเป็นอย่างดี ทำเล็บให้สวยงามไม่พอ หิวก็ยังมิขมนให้ทานด้วย ใครอยากสวย มาได้ที่ร้าน ข. สปาเมื่อก็มี ดีมากเลยคะ” ทั้งนี้ผู้วิจารณ์ไม่ได้มีเป้าหมายถึงขนาดหลอกลวงให้ผู้บริโภคเข้าทำนิติกรรม หรือตามตัวอย่างคือผู้บริโภคซื้อหรือดาวน์โหลดเกมทางโทรศัพท์มือถือมาเล่นหรือเข้าใช้บริการที่ร้านทำเล็บ แต่เป็นเพียงการพยายามโน้มน้าวให้เขาสนใจเพื่อโอกาสที่จะตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามบทวิจารณ์ อีกทั้งยังมีใช้กรณีของการให้ข้อมูลของสินค้าหรือบริการที่เป็นเท็จหรือหลอกลวง เช่น การให้ข้อมูลว่าสินค้าชนิดนี้ทำจากวัสดุชั้นดีซึ่งไม่เป็นความจริง เป็นต้น แต่เป็นเพียงการแสดงออกถึงความรู้สึกส่วนตัวร่วมไปกับการปกปิดนิติสัมพันธ์หรือสถานะของผู้วิจารณ์กับผู้ประกอบธุรกิจ ตลอดจนไม่เปิดเผยถึงเจตนาในทางพาณิชย์และไม่ชี้แจงให้ผู้บริโภคว่าการกระทำของตนเป็นการทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนและหลงผิดเชื่อในแหล่งข้อมูลนั้น เมื่อผู้วิจารณ์ไม่ใช่ผู้มีนิติสัมพันธ์กับผู้อ่านบทวิจารณ์ที่ทำนิติกรรมซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการ หากแต่เป็นเพียงคนกลางที่สื่อสารข้อความต่างๆ ไปสู่ผู้อ่านเท่านั้น ทั้งนี้หากพิจารณาว่าเป็นกรณีของกลฉ้อฉลโดยบุคคลภายนอก ตามมาตรา 159 วรรคสาม หรือผู้วิจารณ์กระทำภายใต้อำนาจของผู้ประกอบธุรกิจแต่พฤติกรรมดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดที่ถ้าไม่มีกลฉ้อฉลนั้นแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่เข้าทำนิติกรรมด้วยเลยเนื่องจากอยู่ในกระบวนการตัดสินใจว่าจะเลือกซื้อหรือรับบริการหรือไม่ แต่พฤติกรรมนี้เป็นกระทำที่ก่อให้เกิด

¹⁴⁷ จำปี โสทธิพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม - สัญญา, หน้า 134.

ผู้บริโภคหลงผิดและเป็นการบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจของผู้บริโภคที่ได้รับทราบบทวิจารณ์ดังกล่าว

ข) กลฉ้อฉลเพื่อเหตุ กล่าวคือกลฉ้อฉลที่ไม่ถึงขนาดที่หากไม่มีการทำกลฉ้อฉลนั้นผู้แสดงเจตนาจะไม่ทำนิติกรรมด้วยเลย หากกลฉ้อฉลนั้นเป็นแต่เพียงเหตุจูงใจให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีเจตนาที่จะทำนิติกรรมอยู่แล้วยอมรับข้อกำหนดที่หนักยิ่งขึ้นซึ่งถ้าไม่มีกลฉ้อฉลนั้นก็ จะไม่ยอมรับเงื่อนไขดังกล่าวและแม้ไม่มีกลฉ้อฉลนั้นนิติกรรมก็ยังคงเกิดขึ้น ถือว่านิติกรรมดังกล่าว ยังคงสมบูรณ์เพียงแต่ผู้ถูกกลฉ้อฉลหากมีความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่ต้องยอมรับข้อกำหนดที่หนักขึ้นนั้นได้ หากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นย่อมไม่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนใดๆ ได้¹⁴⁸ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับพฤติกรรมการซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคที่ได้รับข้อมูลจากการวิจารณ์สินค้าและบริการที่ผู้วิจารณ์ปกปิดเจตนาทางพาณิชย์ที่กระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจ การหลงผิดในสถานะของผู้วิจารณ์อันเนื่องมาจากการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงของผู้วิจารณ์นั้นเกิดขึ้นในขั้นตอนของการค้นหาข้อมูลเพื่อตัดสินใจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การหลงผิดนั้นเกิดขึ้นในขั้นตอนของกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ โดยในขณะที่ก่อนจะได้รับทราบบทวิจารณ์นั้นผู้บริโภคอาจจะยังไม่มี ความสนใจในสินค้าหรือบริการนั้นเลย หรืออาจจะมีความสนใจในสินค้าหรือบริการนั้นอยู่และกำลังหาข้อมูลเพิ่มเติมก็ได้ จึงมิใช่กรณีที่ผู้บริโภคมีเจตนาที่จะเข้าทำนิติกรรมกับผู้ประกอบธุรกิจอยู่แล้ว และเกิดกลฉ้อฉลจากการวิจารณ์สินค้าหรือบริการที่ทำให้ผู้บริโภคยอมรับเงื่อนไขที่หนักขึ้นกว่าปกติ ดังนั้นการวิจารณ์สินค้าและบริการด้วยพฤติกรรมการปกปิดเจตนาในทางพาณิชย์ หรือไม่เปิดเผยความสัมพันธ์ของผู้วิจารณ์กับผู้ประกอบธุรกิจ จึงยังไม่ถือว่าเป็นกลฉ้อฉลเพื่อเหตุที่ผู้บริโภคจะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

จึงพิจารณาได้ว่าพฤติกรรมการเขียนบทวิจารณ์ดังกล่าว ยังไม่สามารถนำหลักกฎหมายเรื่องกลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้

3.4.3.3 การวิจารณ์กับการขายตามคำพรรณนา¹⁴⁹

การขายตามคำพรรณนา คือการขายที่ผู้ซื้อไม่เห็นหรือตรวจตราทรัพย์สินที่ขายแต่ตกลงซื้อโดยเชื่อถือคำบรรยายของลักษณะรูปพรรณสัณฐานและคุณภาพของทรัพย์สินตามที่

¹⁴⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา, หน้า 196-197.

¹⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 503 บัญญัติว่า “ในการขายตามตัวอย่างนั้น ผู้ขายต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่าง ในการขายตามคำพรรณนา ผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนา” และ มาตรา 504 บัญญัติว่า “ในข้อรับผิดเพื่อการส่งของไม่ตรงตามตัวอย่าง หรือไม่ตรงตามคำพรรณนานั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาส่งมอบ”

ผู้ขายบอกหรือบรรยายไว้และแม้บางกรณีผู้ซื้อจะได้เห็นทรัพย์สินนั้นแล้วแต่ยากแก่การที่จะตรวจตราถึงคุณภาพได้และผู้ซื้อตกลงซื้อโดยอาศัยคำบรรยายของผู้ขายเป็นหลักก็เป็นการขายตามคำพรรณนาเช่นกัน¹⁵⁰ การขายตามคำพรรณนาจึงเป็นการซื้อขายที่ผู้ซื้อตกลงซื้อตามคำพรรณนาของผู้ขาย ผู้ขายย่อมมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนาของตน โดยที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ส่งมอบยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าผู้ซื้อจะได้ตรวจดูว่าผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นตรงตามคำพรรณนาและผู้ซื้อได้รับมอบแล้ว เมื่อเปรียบเทียบกับการซื้อขายสินค้าและบริการอันเนื่องมาจากผู้บริโภคเชื่อถือในแหล่งข้อมูล กล่าวคือผู้วิจารณ์ที่ทำการเขียนบทวิจารณ์สินค้าและบริการในแนวทางสนับสนุนเพื่อแลกกับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ลักษณะอื่น หรือผู้วิจารณ์เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ เช่น ผู้วิจารณ์เป็นพนักงาน หุ่นส่วน หรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ประกอบธุรกิจ ถือได้ว่าบทวิจารณ์ของผู้วิจารณ์รายดังกล่าวเป็นการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้กับผู้ประกอบธุรกิจ หรือเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ การวิจารณ์นั้นจึงเป็นการพรรณนาตามคำบอกเล่าของผู้วิจารณ์ที่กระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจ แต่อย่างไรก็ดี การวิจารณ์นั้นยังไม่อยู่ในกระบวนการก่อนตัดสินใจซื้อ เช่น การขายตามคำพรรณนา กล่าวคือ การวิจารณ์นั้นเป็นพฤติกรรมที่อยู่ในช่วงกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการซึ่งยังไม่ถือเป็นคำแนะนำโดยผู้ประกอบธุรกิจ แต่เป็นเพียงการประชาสัมพันธ์ให้ผู้บริโภคได้รับทราบข้อมูลหรือให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น เมื่อผู้บริโภคที่ได้รับทราบบทวิจารณ์แล้วสนใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามผู้วิจารณ์ โดยมีสาเหตุมาจากความไว้วางใจและเชื่อถือในแหล่งข้อมูลของสินค้าหรือบริการว่าเป็นผู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับผู้ประกอบธุรกิจประกอบกับเชื่อว่าเป็นการบอกเล่าเรื่องราวประสบการณ์การใช้สินค้าหรือบริการของผู้วิจารณ์ด้วยตนเองอย่างอิสระ ตรงไปตรงมา และปราศจากเจตนาในทางพาณิชย์ ย่อมเป็นเรื่องที่ผู้บริโภคหลงผิดในสถานะของผู้วิจารณ์ มิใช่เรื่องที่สินค้าหรือบริการไม่เป็นไปตามคำพรรณนาที่จะทำให้ผู้วิจารณ์ และผู้ประกอบธุรกิจมีความรับผิดชอบตามบทบัญญัติเรื่องการขายตามคำพรรณนา

3.4.3.4 การวิจารณ์กับการกระทำละเมิด¹⁵¹

จากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420¹⁵² พิจารณาถึงความหมายของ “ละเมิด” ได้ว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุ

¹⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9157/2539

¹⁵¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด และความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2544), หน้า 1-39.

¹⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า

ให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อันก่อความรับผิดแก่ผู้กระทำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้นละเมิดจึงต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น หากเพียงแต่ผิดกฎหมายแต่ไม่ก่อความเสียหาย หรือก่อความเสียหายแต่ไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย ย่อมไม่ถือเป็นการกระทำละเมิด

องค์ประกอบของละเมิดมีดังนี้

(1) กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย มีความหมายถึงการกระทำต่อบุคคล ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล รวมถึงการกระทำต่อทรัพย์สินของผู้อื่น หรือกระทำต่อตนเอง หรือทรัพย์สินของตนเองและก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นด้วย การกระทำโดยผิดกฎหมาย ได้แก่

ก) การกระทำซึ่งมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ซึ่งเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยตรง เช่น การกระทำตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด ตัวอย่างการลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ถือเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา และเป็นการละเมิดต่อทรัพย์สินของผู้อื่นด้วย หรือกรณีของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 22 (1) กำหนดว่าการโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง ถือเป็นการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค อันจะก่อความรับผิดแก่ผู้ประกอบการธุรกิจหรือผู้ประกอบการโฆษณาที่ทำการโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินจริงนั้นด้วย และเมื่อก่อความเสียหายแก่ผู้บริโภคย่อมมีความรับผิดทางละเมิดต่อผู้บริโภคด้วยอีกส่วนหนึ่งเช่นกัน

ข) การล่วงสิทธิหรือประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่น เป็นกรณีที่ไม่มีความผิดโดยกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดเอาไว้โดยตรง แต่เป็นการล่วงสิทธิ หรือประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่น เช่น การกระทำให้ผู้อื่นเสียทรัพย์สินโดยประมาท แม้ไม่มีความผิดทางอาญา แต่ถือว่ามี ความรับผิดทางละเมิด เพราะเป็นการประทุษร้ายต่อสิทธิในทรัพย์สิน และก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น จึงเป็นกรณีที่ แม้ไม่ผิดกฎหมายโดยตรง เช่น ข้อ (ก) แต่ก็ถือเป็นการกระทำผิดกฎหมาย หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 22 กำหนดความรับผิดไว้เฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจ และผู้ประกอบการโฆษณา แต่หากเป็นกรณีของการวิจารณ์สินค้าหรือบริการที่ผู้วิจารณ์ วิจารณ์ในแนวทางสนับสนุน เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบการธุรกิจ เนื่องจากได้รับผลประโยชน์มานั้น ถือเป็นการโฆษณา โดยได้วิจารณ์ในลักษณะปกปิดหรือไม่เปิดเผยความสัมพันธ์ และหลอกลวงผู้บริโภคที่ได้รับทราบบทวิจารณ์ว่าผู้วิจารณ์เป็นผู้วิจารณ์อิสระและเป็นผู้บริโภคโดยแท้ กระทบลสิทธิของผู้บริโภคตามมาตรา 4 ทำให้ผู้บริโภคหลงผิด และเป็น การบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการของผู้บริโภค อันเนื่องมาจากการ

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

แสดงความคิดเห็นของผู้บริโภครายหนึ่ง ย่อมมีอิทธิพลต่อผู้บริโภครายอื่นๆ ด้วย แต่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ไม่ได้กำหนดความรับผิดของผู้วิจารณ์ไว้ ดังนั้นเมื่อก่อความเสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้วิจารณ์ย่อมมีความรับผิดฐานละเมิดต่อผู้บริโภค

ค) การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เป็นกรณีของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421¹⁵³ การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามความในมาตรานี้ คือการที่ผู้กระทำมีสิทธิตามที่กฎหมายได้รับรองไว้ แต่กลับใช้สิทธิของตนโดยแก่งัดผู้อื่น หรือเกินส่วนตน ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ย่อมถือเป็นละเมิดตามความหมายนี้ เช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 กรณีผู้บริโภคใช้สิทธิในการฟ้องร้องผู้ประกอบการธุรกิจโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 18 วรรคสอง กล่าวคือฟ้องโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เรียกร้องค่าเสียหายเกินสมควร ประพฤติตนไม่เรียบร้อย ดำเนินกระบวนการพิจารณาอันมีลักษณะเป็นการประวิงคดีหรือไม่จำเป็น เป็นต้น นอกจากเป็นการกระทำความผิด และมีบทลงโทษตามพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ยังเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอันเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 ถือว่าเป็นการละเมิดต่อโจทก์ตามมาตรา 420¹⁵⁴

(2) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ก) จงใจ คือการกระทำโดยรู้สำนึกถึงผล หรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ส่วนผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นจะมากหรือน้อยเพียงใดไม่สำคัญ เพราะสาระสำคัญอยู่ที่การรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นหรือไม่ มิได้พิจารณามุ่งไปที่ผู้กระทำ ประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหรือไม่

ข) ประมาทเลินเล่อ คือการกระทำโดยไม่ได้ตั้งใจ แต่กระทำโดยไม่ระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำนั้นอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาใช้ให้เพียงพอไม่ เป็นกรณีที่วินิจฉัยโดยสมมติบุคคลที่อยู่ในวิสัย และพฤติการณ์เดียวกันนั้นขึ้นมา หากบุคคลสมมตินั้นกระทำการลักษณะเดียวกันกับผู้กระทำย่อมถือว่าไม่เป็นการประมาท แต่หากบุคคลสมมตินั้นกระทำโดยใช้ความระมัดระวังมากกว่าถือว่าผู้กระทำ กระทำการนั้นโดยประมาท

(3) เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย อันได้แก่ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ออนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด เนื่องจากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าการกระทำละเมิด เมื่อเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้วยังต้องก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นด้วย เหตุผลมาจาก

¹⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 บัญญัติไว้ว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”

¹⁵⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 843/2539

หลักความรับผิดทางละเมิดนั้นมีวัตถุประสงค์มุ่งไปที่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ถูกละเมิด เมื่อไม่มีความเสียหายให้บังคับใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้วจึงไม่มีความรับผิดทางละเมิดเกิดขึ้น โดยความเสียหายนั้นจะต้องเกิดขึ้นกับตนโดยเฉพาะ (Personel) มิใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น กล่าวคือบุคคลใดได้รับความเสียหายสิทธิในการฟ้องร้องให้ผู้ก่อความเสียหายรับผิดฐานละเมิดย่อมเกิดมีขึ้น แต่หากการกระทำเดียวกันนั้นมีได้ก่อความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลนั้นย่อมไม่เกิดสิทธิเรียกร้องนี้ และจะอ้างสิทธิของผู้เสียหายรายอื่นมาฟ้องร้องด้วยหาได้ไม่ อย่างไรก็ตามการกระทำ ความผิดครั้งหนึ่งอาจก่อความเสียหายแก่บุคคลหลายคนก็ได้ นอกจากนี้แล้วความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ นั้น ความเห็นของศาลและนักนิติศาสตร์ถือว่าเป็นความเสียหายที่ไม่แน่นอน ซึ่งยังไม่เพียงพอในการเรียกร้องให้รับผิดชอบฐานละเมิด กรณีศึกษาได้แก่ขณะที่มีการแข่งม้าชิงรางวัล ผู้ชมคนหนึ่งได้โยนไม้เท้าของตนเองเข้าไปขวางทางแข่งม้าทำให้ม้าตัวหนึ่งล้มลง เจ้าของม้าฟ้องร้อง เจ้าของไม้เท้าให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการที่ม้าของเขาไม่ชนะรางวัล กรณีนี้ถือว่าเป็นความเสียหายที่ไม่แน่นอน เนื่องจากหากม้าไม่ล้มก็ยังไม่แน่ว่าม้าของโจทก์จะชนะหรือไม่ ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ได้ตั้งข้อสังเกตว่าความเสียหายที่ไม่แน่นอนนั้นคือไม่ได้รับรางวัล แต่ถ้าพิเคราะห์ให้ลึกซึ้งจะเห็นว่ามีความเสียหายแน่นอนชนิดหนึ่งเกิดขึ้นคือขาดโอกาสที่จะชนะและได้รับรางวัล ซึ่งศาลในคดีนี้มีได้พิพากษาในประเด็นดังกล่าว¹⁵⁵

กรณีของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมการวิจารณ์ตามวิจัยฉบับนี้ได้แก่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด กล่าวคือสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 61 วรรคหนึ่ง สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครองในการได้รับ ข้อมูลที่เป็นความจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งมีสิทธิรวมตัวกันเพื่อพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค และสิทธิตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2552 กล่าวคือสิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ และสิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ ตามที่ได้อธิบายไว้ในข้อ 3.4.1.1 เมื่อสิทธิของผู้บริโภคถูกรุ้รทบ ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายย่อมฟ้องร้องเรียกให้ผู้วิจารณ์ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ นอกจากผู้เสียหายที่เป็นผู้บริโภคแล้วอาจเป็นการละเมิดต่อผู้ประกอบการธุรกิจอื่นด้วย หากการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจด้วยวิธีการค้าที่ทำลายการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และก่อความเสียหายแก่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 ซึ่งได้อธิบายไว้ในข้อ 3.4.1.3

¹⁵⁵ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 71-74.

จากการศึกษาบทบัญญัติในเรื่องละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้ว พิจารณาได้ว่ากรณีของผู้วิจารณ์สินค้าหรือบริการในแนวทางสนับสนุนอันเนื่องมาจากได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากผู้ประกอบธุรกิจ ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจอันอยู่ในนิยามของคำว่า “โฆษณา” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แล้วนั้น เมื่อการโฆษณาด้วยการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตกระทำด้วยการปกปิดความสัมพันธ์รวมถึงผู้วิจารณ์ได้แสดงตัวเองเป็นผู้บริโภค หรือใช้ข้อความที่แสดงออกว่าตนเองเป็นผู้บริโภคที่ได้มีความสัมพันธ์ใดๆ กับผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบการโฆษณา ส่งผลเป็นการหลอกลวงและสร้างความหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งข้อมูลอันเป็นการบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภค หากการวิจารณ์ดังกล่าวเข้าลักษณะของการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 22 อันเป็นการกระทำความผิดของผู้บริโภค ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจ และผู้ประกอบการโฆษณามีความรับผิดชอบตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว¹⁵⁶ ยังมีความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งเรื่องละเมิดอีกด้วย เนื่องจากเป็นการกระทำซึ่งมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด นอกจากนี้ในส่วนของผู้วิจารณ์ แม้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่สามารถเอาผิดตัวผู้วิจารณ์ได้โดยตรงหากผู้วิจารณ์ไม่ได้อยู่ในฐานะของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบการโฆษณา กล่าวคือเป็นเพียงบุคคลกลางที่ทำการวิจารณ์เพื่อประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้ผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น แต่ผู้วิจารณ์ย่อมมีความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งเรื่องละเมิด เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่มีการบัญญัติว่าเป็นความผิดแก่ผู้วิจารณ์เอาไว้โดยตรง แต่การวิจารณ์นั้นเป็นการลบล้างสิทธิของผู้บริโภค หรือประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่นเมื่อก่อความเสียหายแก่ผู้บริโภคที่ได้รับข้อมูลจากการวิจารณ์นั้น ผู้วิจารณ์จึงมีความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งเรื่องละเมิดด้วย

3.4.3.5 การวิจารณ์กับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของ

จากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587¹⁵⁷ สาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของ ได้แก่

(1) สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาต่างตอบแทน มีคู่สัญญา 2 ฝ่าย กล่าวคือฝ่ายผู้รับจ้างวิจารณ์สินค้าและบริการตามรูปแบบพฤติกรรมที่ศึกษาอยู่นี้ได้แก่ผู้วิจารณ์สินค้าและบริการ และฝ่ายผู้ว่าจ้างได้แก่ผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบการโฆษณา โดยผู้รับจ้างตกลงทำงานอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่ผู้ว่าจ้างกล่าวคือการวิจารณ์สินค้าและบริการในทางสนับสนุน และผู้ว่าจ้างตกลงให้

¹⁵⁶ อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวจะสามารถปรับใช้ได้เหมาะสมหรือไม่เพียงใดจะได้อีกจะได้อีกต่อไปในบทที่ 4

¹⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 บัญญัติว่า
“อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น”

สินจ้างเพื่อผลสำเร็จของงานนั้น ทั้งนี้สินจ้างดังกล่าวอาจเป็นเงิน หรือทรัพย์สินอย่างอื่นก็ได้ตามแต่จะตกลงกัน หรือแม้แต่เป็นการให้อาหาร ให้ที่พักอาศัยก็นับเป็นสินจ้างได้เช่นกัน¹⁵⁸ ซึ่งผู้ว่าจ้างอาจให้เป็นสินค้าหรือให้เข้ารับบริการโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย ทำให้พฤติกรรมการวิจารณ์ในลักษณะนี้เกิดนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของขึ้นแล้ว

(2) สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่มุ่งถึงผลสำเร็จของงาน ผู้ว่าจ้างมิได้ต้องการเฉพาะแรงงานของผู้รับจ้างอย่างการจ้างแรงงานเท่านั้น เช่น การจ้างว่าความ การจ้างส่งของ การจ้างสร้างสะพาน การจ้างต่อเติมบ้าน หรือการจ้างร้องเพลง รวมตลอดถึงการจ้างให้เขียนบทวิจารณ์สินค้าและบริการในทางสนับสนุน ผู้รับจ้างมีความเป็นอิสระในการทำงานมากกว่าลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน เนื่องจากผู้รับจ้างไม่ได้อยู่ในความควบคุมหรือบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง อีกทั้งผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิสั่งงานเกี่ยวกับขั้นตอนการทำงานของผู้รับจ้าง เช่น กรณีของการจ้างส่งของ ผลสำเร็จของงานคือการส่งของนั้นให้ถึงมือผู้รับ แต่ผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาถึงเส้นทางการทำงานที่จ้างหรือเรื่องของการมารถ หรือการแต่งกาย เป็นต้น

(3) สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่ไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือต้องทำตามแบบ กล่าวคือสัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาและสมบูรณ์เมื่อแสดงเจตนาตกลงกัน แม้ด้วยวาจาก็สามารถใช้บังคับได้ ไม่ต้องมีพยานหลักฐานก็สามารถฟ้องบังคับคดีกันได้¹⁵⁹ ดังนั้นในกรณีของพฤติกรรมการวิจารณ์ที่ผู้วิจารณ์ได้ค่าตอบแทนหรือรับผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบการโฆษณาย่อมเกิดสัญญาจ้างทำของขึ้นแล้ว แม้ไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือก็ตาม

อนึ่งความรับผิดของผู้ว่าจ้างต่อบุคคลภายนอกจากการกระทำของผู้รับจ้าง โดยหลักแล้วผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดที่ผู้รับจ้างได้ทำแก่บุคคลภายนอก เนื่องจากผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาหรือสั่งการแก่ผู้รับจ้างในการทำงานนั้น แตกต่างจากกรณีของการจ้างแรงงานที่ผู้ว่าจ้างมีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาผู้รับจ้าง จึงต้องมีความรับผิดหากลูกจ้างไปทำละเมิดบุคคลภายนอก อย่างไรก็ตาม หลักนี้มีข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้ว่าจ้าง ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกของผู้รับจ้าง 3 ประการ¹⁶⁰ คือ

¹⁵⁸ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบายกฎหมาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 195.

¹⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 156.

¹⁶⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 บัญญัติว่า

“ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำหรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง”

ก) ผู้ว่าจ้างมีส่วนผิดในการทำงานที่สั่งให้ผู้รับจ้างทำ โดยสภาพของความผิดในข้อนี้ คือกรณีของการกระทำละเมิดอันเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง และก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งผู้ว่าจ้างสั่งให้ทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นการที่ผู้ว่าจ้างกระทำความผิดด้วยตนเอง และรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว อย่างไรก็ตามหากผู้รับจ้างรู้ว่าเป็นการกระทำความผิดด้วยแล้ว แต่ก็ยังทำงานที่จ้างนั้นอีก ย่อมต้องร่วมรับผิดชอบด้วย¹⁶¹ เช่น ผู้ว่าจ้างจ้างวงดนตรีมาแสดงงานปีใหม่ที่บ้าน หากเกิดเสียงดังจนทำให้บ้านเรือนใกล้เคียงตกใจหรือเดือดร้อน ย่อมถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และผู้ว่าจ้างย่อมมีความรับผิดชอบต่องานที่ตนได้สั่งให้ผู้รับจ้างคือวงดนตรีทำ ทั้งนี้ การงานที่สั่งให้ผู้รับจ้างทำนั้นสามารถนำมาปรับใช้กับการที่ผู้ประกอบการธุรกิจหรือผู้ประกอบการโฆษณาจ้างผู้วิจารณ์ให้วิจารณ์สินค้าหรือบริการโดยปกปิดความสัมพันธ์ระหว่างตนกับผู้วิจารณ์และใช้ข้อความที่แสดงออกว่าผู้วิจารณ์เป็นผู้บริโภคที่ไม่มีความสัมพันธ์หรือผลประโยชน์ใดๆ จากผู้ประกอบการธุรกิจ

ข) ผู้ว่าจ้างมีส่วนผิดในคำสั่งที่ตนให้ไว้ เช่น กรณีที่ผู้ว่าจ้างได้จ้างผู้รับจ้างให้สร้างโรงภาพยนตร์ในที่ดินของตน โดยผู้ว่าจ้างทำการขุดเจาะที่ให้ตอกเสาเข็มด้วยตนเอง เมื่อการตอกเสาเข็มนั้นเป็นเหตุให้ตึกของบ้านข้างเคียงร้าว เนื่องจากการตอกเข็มลงรากใช้เสาเข็มใหญ่และยาวมากใกล้ชิดรั้วและตัวตึกของบ้านข้างเคียงมากเกินไป ผู้ว่าจ้างจึงต้องรับผิดชอบเพราะคำสั่งที่ตนได้ให้ไว้¹⁶²

ค) ผู้ว่าจ้างมีส่วนผิดในการเลือกหาผู้รับจ้าง เช่น กรณีการเลือกหาผู้รับจ้างที่ไร้ฝีมือมาทำการสร้างตึก เมื่อการสร้างตึกนั้นพังทลายลงด้วยเพราะความด้อยฝีมือ และขาดไร้ประสบการณ์ของผู้รับจ้างที่ผู้ว่าจ้างได้เลือกมา จนก่อความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ใกล้เคียง ผู้ว่าจ้างจึงต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้รับจ้างด้วย

ดังนั้นการวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจะถือว่าเป็นโฆษณาตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เมื่อการวิจารณ์นั้นทำไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบการ หากผู้วิจารณ์ทำการวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุนให้แก่สินค้าและบริการของผู้ประกอบการ และได้รับผลประโยชน์ใดๆ ตอบแทน หรือเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ เช่น เป็นหุ้นส่วน หรือลูกจ้างของผู้ประกอบการ ย่อมถือได้ว่าการวิจารณ์นั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้า อันอยู่ในนิยามของคำว่า “โฆษณา” เมื่อการวิจารณ์นั้นปกปิดความสัมพันธ์ หรือไม่เปิดเผยว่าเป็นการโฆษณา ทำให้ผู้บริโภคที่รับทราบข้อความการวิจารณ์ระหว่างสืบค้นหาข้อมูลก่อนเข้าทำนิติกรรมใดๆ เกิดความหลงผิดในแหล่งข้อมูล และเป็นการบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคอันเป็นการกระหนาบสิทธิของผู้บริโภคตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งได้ศึกษา

¹⁶¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด และความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, หน้า 117.

¹⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 940/2501

ไปแล้วในข้อ 3.4.1.1 นั้น เมื่อการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตด้วยพฤติกรรมดังกล่าว เป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแล้วประกอบกับผู้วิจารณ์ได้รับผลประโยชน์จากผู้ประกอบกิจการอันถือว่าเป็นสินจ้าง เพื่อผลสำเร็จของงานคือการวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุนให้แก่สินค้าและบริการ ย่อมถือได้ว่าเกิดสัญญาจ้างทำของระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ (ผู้ว่าจ้าง) และผู้วิจารณ์ (ผู้รับจ้าง) แล้ว แม้จะไม่มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม เมื่อก่อนความเสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีความรับผิดชอบต่อการวิจารณ์ที่ตนได้สั่งให้ผู้วิจารณ์ทำ และในการนี้ หากผู้วิจารณ์ได้รู้ว่าการวิจารณ์ของตนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ผู้วิจารณ์จะต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจด้วย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตของ ประเทศไทย เปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐสิงคโปร์

4.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่กระทบต่อผู้บริโภคตาม กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

4.1.1 การโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมและวิธีการโฆษณา

การวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ผู้วิจารณ์ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะผู้วิจารณ์จะเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป บล็อกเกอร์ หรือผู้มีชื่อเสียงในสื่อสังคมออนไลน์ เป็นต้น หรือผู้วิจารณ์เป็นหุ้นส่วน ลูกจ้าง หรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ประกอบธุรกิจ ถือได้ว่าการวิจารณ์ดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าอันจะเข้านิยามของคำว่าโฆษณาตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เมื่อการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตมีลักษณะเฉพาะกล่าวคือเป็นการกระทำผ่านเว็บไซต์ส่วนตัวหรือบัญชีชื่อส่วนตัวของผู้วิจารณ์เอง จึงเป็นการยากที่ผู้บริโภคจะรู้เท่าทันและทราบได้ว่าการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการให้กับผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ อย่างไรก็ตามด้วยพฤติกรรมดังกล่าวผู้บริโภคกลับมีแนวโน้มเข้าใจว่าการวิจารณ์เหล่านั้นมาจากผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนโดยไม่มีเป้าหมายในทางพาณิชย์แอบแฝง ซึ่งความคิดเห็นหรือประสบการณ์จากผู้บริโภคที่ใช้งานจริงย่อมมีอิทธิพลต่อความคิดของผู้บริโภคอื่นมากกว่าข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 ถือได้ว่าเป็นการที่ผู้บริโภคถูกจูงใจจากการวิจารณ์ดังกล่าวให้สนใจและเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามผู้วิจารณ์ เมื่อเป็นการโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการโดยไม่เปิดเผยความสัมพันธ์จึงเป็นการกระหนาบสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ก่อให้เกิดความหลงผิดในแหล่งข้อมูลดังกล่าวว่าเป็นการบอกเล่าจากประสบการณ์ของผู้บริโภคจริงถือเป็นการแทรกแซงและบิดเบือนกระบวนการค้นหาข้อมูลของสินค้าและบริการตลอดจนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคหลงเชื่อและเข้าใจว่าข้อมูลข่าวสารที่ตนได้รับนั้นเพียงพอแล้วจึงตัดสินใจเลือกซื้อหรือเข้ารับบริการตามผู้วิจารณ์ นอกจากนี้ยังกระหนาบสิทธิของผู้บริโภคที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ เนื่องจากผู้บริโภคถูกโน้มน้าวให้สนใจสินค้าหรือบริการจากบทวิจารณ์ดังกล่าวที่ไม่เปิดเผยว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจทำให้ผู้บริโภคเกิดความหลงผิดเข้าใจว่าผู้วิจารณ์มีสถานะเป็นผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนจึงก่อให้เกิดการเลือก

ซื้อสินค้าและบริการนั้นตามผู้วิจารณ์ ถือได้ว่าผู้บริโภคขาดอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการอันเนื่องมาจากพฤติกรรมที่สร้างความหลงผิดในแหล่งข้อมูลโดยถือเป็นการโฆษณาจูงใจผู้บริโภคด้วยวิธีการที่หลอกลวง

จากพฤติกรรมการโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการดังกล่าวจึงเกิดปัญหาว่าเป็นการโฆษณาด้วยข้อความอันไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือไม่ เมื่อวิเคราะห์บทบัญญัติของไทยในส่วนของ การคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาแล้ว พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 บัญญัติถึงการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรมคือการโฆษณาที่ผู้โฆษณาไม่อาจพิสูจน์หรือมีเอกสารหลักฐานที่น่าเชื่อถือมายืนยันให้เห็นว่าข้อความนั้นเป็นข้อความที่เป็นความจริงหรืออาจเป็นกรณีข้อความโฆษณาที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ควรจะต้องเปิดเผยซึ่งอาจกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคตามที่ได้ศึกษาไว้ในข้อ 3.4.1.1 โดยบทบัญญัติมาตรา 22 วรรคหนึ่งได้บัญญัติถึงข้อความโฆษณาที่ไม่เป็นธรรมนั้นครอบคลุมถึงข้อความอันเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ เมื่อการวิจารณ์ดังกล่าวเป็นการหลอกลวงหรือกระทำให้ผู้บริโภคเกิดความหลงผิดในสถานะของแหล่งข้อมูลจึงไม่ใช่ข้อความที่เกี่ยวข้องกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการซึ่งจะสามารถนำมาตรา 22 มาปรับใช้ได้ อีกทั้งมาตรา 22(1) ได้กำหนดไว้ว่าข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริงถือได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคย่อมต้องเป็นกรณีที่เป็นความเท็จหรือเกินจริงในส่วนหนึ่งของข้อมูลหรือรายละเอียดอันเกี่ยวกับสินค้าและบริการตามที่กำหนดไว้ มิได้มีความหมายขยายไปถึงพฤติกรรมการโฆษณาด้วยการวิจารณ์โดยการแสดงออกว่าตัวเองเป็นผู้บริโภคซึ่งเป็นกรณีของการหลอกลวงหรือสร้างความหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งข้อมูลจึงไม่สามารถนำมาตรา 22(1) ดังกล่าว มาปรับใช้แก่กรณีได้เช่นกัน ดังนั้นด้วยพฤติกรรมดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการโฆษณาที่หลอกลวง สร้างความหลงผิดและกระทบสิทธิของผู้บริโภค แต่การคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาตามมาตรา 22 ทั้ง 5 อนุมาตรา ในปัจจุบันยังคงมีปัญหาในการปรับใช้ที่ยังไม่ครอบคลุมถึงการโฆษณาที่แฝงมากับการวิจารณ์สินค้าและบริการตามพฤติกรรมดังกล่าวได้ซึ่งถือได้ว่าเป็นการบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจอันเป็นการกระทบสิทธิของผู้บริโภค โดยเป็นไปตามสมมติฐานคือบทบัญญัติในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยยังไม่ครอบคลุมถึงการโฆษณาที่แฝงมาในรูปของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้วิจารณ์เป็นผู้ได้รับคำตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจและจัดทำบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตด้วยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ กล่าวคือข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ โดยข้อความนั้นเป็นความจริงหรือเกินความจริง ย่อมเข้าองค์ประกอบมาตรา 22 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.

2522 ในส่วนของการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรม และอยู่ในบังคับบทบัญญัติมาตรา 22(1) อันเกี่ยวกับการโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง

สำหรับกรณีของบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการที่ผู้วิจารณ์มิได้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ หรือไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์อื่นใดจากผู้ประกอบธุรกิจ ถือได้ว่าผู้วิจารณ์มิได้วิจารณ์โดยมีเจตนาในเชิงพาณิชย์แอบแฝงรวมถึงมิได้กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้า แต่เป็นการวิจารณ์สินค้าหรือบริการตามสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ แต่หากการแสดงความคิดเห็นของผู้วิจารณ์นั้นกระทำด้วยข้อความที่เป็นความเท็จ และก่อความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจ ผู้วิจารณ์ย่อมมีความรับผิดชอบในฐานะละเมิดต่อผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงมีความผิดตามกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท¹⁶³ ด้วยเช่นเดียวกันกับการวิจารณ์ที่ผู้วิจารณ์ได้รับค่าตอบแทนจากผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่ง เพื่อทำบทวิจารณ์ในแนวทางลบแก่สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่ง ย่อมมีความรับผิดชอบในฐานะละเมิดและหมิ่นประมาทต่อผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกวิจารณ์ด้วย

เมื่อพิจารณาว่าการโฆษณาที่แฝงมากับการวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยผู้วิจารณ์แสดงออกว่าตนเองเป็นผู้บริโภคและปกปิดความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้ประกอบธุรกิจ คือการโฆษณาที่กระทบสิทธิของผู้บริโภค แต่ไม่สามารถนำมาตรา 22 มาปรับใช้ได้ตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วข้างต้นนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ต่อไปว่าพฤติกรรมการโฆษณาดังกล่าวนั้น สามารถนำมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวกับวิธีการโฆษณาปรับใช้ได้หรือไม่ โดยมาตรา 23 กำหนดไว้ว่า “การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกวิธีการโฆษณาที่ถือว่ามีความผิดได้ 2 กรณี คือ

- 1) การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจ
- 2) การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค

¹⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 บัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และ มาตรา 328 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยการทำร้ายประภาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

อนึ่งปัจจุบันยังไม่มีกรออกกฎกระทรวงในเรื่องของวิธีการโฆษณาตามมาตรา 23 นี้ แต่มีการร่างไว้แล้ว เช่น การโฆษณาโดยนำสัตว์มาแสดงให้เห็นถึงความดุร้ายหรือการทารุณต่อสัตว์ การนำอาวุธหรือวัตถุระเบิดมาแสดงให้เห็นว่าได้นำมาใช้เพื่อกระทำผิดกฎหมาย การใช้บุคคลมาแสดงท่าทางที่เสี่ยงต่ออันตรายที่จะเกิดแก่ร่างกายหรือชีวิต หรือการส่งข้อความโฆษณาที่กระทำซ้ำๆ อย่างต่อเนื่อง เป็นต้น¹⁶⁴ จึงเป็นกรณีที่บทบัญญัติของไทยได้กำหนดวิธีการโฆษณาแยกออกจากข้อความที่ใช้ในการโฆษณา กล่าวคือการโฆษณาหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับข้อความแล้วให้นำมาตรา 22 มาปรับใช้ แต่หากเป็นเรื่องที่มีได้เกี่ยวข้องกับข้อความในการโฆษณาแต่เป็นวิธีการโฆษณาให้นำมาตรา 23 มาปรับใช้ ดังนั้นเมื่อพิจารณากฎหมายของไทยที่จะนำมาปรับแก้พฤติกรรมการวิจารณ์ที่ปกปิดความสัมพันธ์ในประเด็นของวิธีการโฆษณาก็ยังไม่สามารถนำบทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยมาปรับใช้ได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากมาตรา 23 ของไทยกำหนดถึงวิธีการโฆษณาที่มีใจเรื่องของการกล่าวเท็จ หลอกลวง ก่อความหลงผิด สร้างความไม่เป็นธรรม และไม่ใช้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ ตลอดจนมิได้กำหนดความรับผิดชอบถึงการโฆษณาที่ปกปิดสถานะของผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้วิจารณ์ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจ

เมื่อเปรียบเทียบกับ Federal Trade Commission Act of 1914 (FTC Act) ของสหรัฐอเมริกามาตรา 5(a)(1) กำหนดหลักเกณฑ์ไว้กว้างๆ ว่าห้ามกระทำการอันไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงในทางการค้าซึ่ง FTC Act นี้เป็นกฎหมายแม่บทของ The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising (The Guides) หรือคู่มือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิสูจน์หรือทดลองใช้ (Testimonials) และการรับรอง (Endorsements) ในการโฆษณา ซึ่งเป็นคู่มือที่เกี่ยวกับการวิจารณ์สินค้าและบริการโดยตรง โดยถือว่าการวิจารณ์ที่ปกปิดความสัมพันธ์เป็นการโฆษณาที่หลอกลวงและก่อความหลงผิดแก่ผู้บริโภค และเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ตัวอย่างหนึ่งของรูปแบบพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดแก่ผู้บริโภคตาม The Guides ฉบับนี้ได้แก่นักศึกษามหาวิทยาลัยคนหนึ่งมีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิดีโอเกม ได้ทำบล็อกส่วนตัวและเผยแพร่ความคิดเห็นเกี่ยวกับประสบการณ์การเล่นเกมของเขา โดยผู้ประกอบธุรกิจจะส่งวิดีโอเกมรุ่นใหม่ไปให้นักศึกษาฟรีและขอให้เขาวิจารณ์ลงในบล็อก เขาทดลองเล่นวิดีโอเกมรุ่นใหม่และทำการวิจารณ์ในเชิงบวกเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ผลิต เนื่องจากการวิจารณ์ของเขาถูกเผยแพร่ผ่านทางรูปแบบของสื่อที่สร้างโดยผู้บริโภคและความสัมพันธ์ของเขาต่อผู้ประกอบธุรกิจจะไม่ได้ถูกสังเกตเห็นได้อย่างชัดเจน ผู้อ่านมีโอกาสน้อยมากที่จะรู้ว่าเขาได้รับเครื่องเล่นวิดีโอเกมมาฟรีเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนสำหรับการ

¹⁶⁴ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, "ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการโฆษณาที่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย หรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค พ.ศ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 22 มกราคม 2557. แหล่งที่มา: www.ocpb.go.th/download/ประชาพิจารณ์โฆษณา_31032551.pdf

วิจารณ์สินค้าและเนื่องจากมูลค่าของเครื่องเล่นวิดีโอเกมนั้นค่อนข้างสูงจึงกระทบต่อความน่าเชื่อถือของข้อความรับรองสนับสนุนสินค้าของเขาเป็นอย่างมาก ถือเป็นการโฆษณาที่ไม่เป็นธรรมตาม FTC Act¹⁶⁵ จากตัวอย่างนี้นักศึกษาคือผู้วิจารณ์ที่ผู้รับสารเข้าใจว่าเป็นผู้บริโภคที่แท้จริงหรือเป็นผู้วิจารณ์โดยอิสระ เมื่อนักศึกษาได้รับวิดีโอเกมรุ่นใหม่จากผู้ประกอบธุรกิจโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตาม The Guides ถือว่านักศึกษาท่านนี้เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ผลิตวิดีโอเกมจึงมีหน้าที่ในการเปิดเผยความสัมพันธ์ให้ผู้อ่านทราบ หากนักศึกษาวินิจฉัยวิดีโอเกมรุ่นใหม่นี้โดยปกปิดไม่เปิดเผยความสัมพันธ์ของตนกับผู้ประกอบธุรกิจ ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนและมีความรับผิดชอบตาม FTC Act

Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป ซึ่ง Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (CPRs) ของสหราชอาณาจักรนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตนเอง กฎหมายทั้ง 2 ฉบับจึงมีความคล้ายคลึงกันกล่าวคือ Unfair Commercial Practices Directive มาตรา 5 (CPRs มาตรา 3) ได้กำหนดถึงพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ได้แก่กรณีของการกระทำที่ขัดต่อความระมัดระวังตามวิชาชีพ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดตามมาตรา 6 และมาตรา 7 ซึ่งเป็นเหตุทำให้ผู้บริโภคทำการตัดสินใจที่แตกต่างออกไป และพฤติกรรมตามเอกสารแนบ เป็นต้น สำหรับพฤติกรรมที่เป็นการไม่เป็นธรรมตามเอกสารแนบถือว่าเป็นพฤติกรรมต้องห้ามในทุกกรณี โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการตามที่ศึกษาอยู่นี้กำหนดอยู่ในข้อ 22 กล่าวคือพฤติกรรมที่มีการอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค ดังนั้นการอ้างตัวเองเป็นผู้บริโภคของผู้วิจารณ์ที่ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจถือเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 นี้ และใน Unfair Commercial Practices Directive มาตรา 7 (CPRs มาตรา 5) บัญญัติถึงพฤติกรรมทางการค้าจะถูกพิจารณาว่าเป็นการหลอกลวงและทำให้เข้าใจผิด หากมีการละเว้นไม่แจ้งข้อมูลสำคัญที่จำเป็นต่อผู้บริโภค ซึ่งมีผลทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการบนความเข้าใจผิดนั้นๆ พฤติกรรมทางการค้าจะถูกพิจารณาว่าเป็นการหลอกลวง ทำให้เข้าใจผิด และละเว้นข้อมูลสำคัญ หากมีพฤติกรรมดังต่อไปนี้ ผู้ประกอบธุรกิจปกปิดหรือให้ข้อมูลที่ไม่ชัดเจน ไม่สามารถเข้าใจได้ กำกวม หรือไม่เหมาะสม รวมถึงความล้มเหลวในการแสดงเจตนาในทางพาณิชย์ นอกเสียแต่ว่าเจตนาในทางพาณิชย์นั้นจะสามารถทราบได้อย่างชัดเจนจากข้อมูลที่แสดงออกมา เป็นต้น โดยมาตรา 7 นี้การปกปิดเจตนาในทางพาณิชย์ถือเป็นการละเลยที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าตามมาตรา 5 ในเอกสารแนบข้อ 22 ซึ่งระบุถึง

¹⁶⁵ Section 255.5 Example 7 of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. § 255.0

พฤติกรรมที่อ้างตัวเองเป็นผู้บริโภคที่อยู่ในความหมายเดียวกับการกระทำที่มีเจตนาในทางพาณิชย์แต่กลับปกปิดไม่แจ้งให้ผู้บริโภคทราบ เปรียบเทียบได้กับการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตในแนวทางสนับสนุนของผู้วิจารณ์ที่ได้รับค่าตอบแทน หรือมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ ถือเป็น การกระทำที่แฝงไปด้วยเจตนาในทางพาณิชย์ของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเจตนาในทางพาณิชย์นั้นถือเป็นข้อมูลสำคัญที่ผู้บริโภคโดยเฉลี่ยจำเป็นต้องทราบเพื่อประกอบการตัดสินใจเข้าทำนิติกรรม ดังนั้นหากไม่ชี้แจงเจตนาในทางพาณิชย์ให้ผู้บริโภคทราบ หรืออีกนัยหนึ่งคือการโฆษณาที่ไม่เปิดเผยว่าเป็นการโฆษณาจะถือเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าที่ถูกต้องห้ามกระทำ

The Act against Unfair Competition ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดถึงการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคไว้หลายกรณีในมาตรา 3 เช่นเอกสารแนบ ข้อ 23 ได้แก่การสร้างข้อมูลหรือความพึงพอใจที่เป็นเท็จว่าผู้ประกอบธุรกิจคือผู้บริโภคหรือไม่ได้แสดงออกว่าเป็นการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง ดังนั้นแม้จะไม่ได้เกี่ยวกับข้อมูลของสินค้าหรือบริการแต่เป็นข้อความโฆษณาที่เข้าข่ายหลอกลวงหรือก่อความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคเช่นกรณีของการหลอกลวงสถานะของแหล่งข้อมูลเพื่อให้ผู้บริโภคเชื่อถือยอมเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 3 นี้

สำหรับสาธารณรัฐสิงคโปร์ Consumer Protection (Fair Trading) Act มาตรา 4 บัญญัติถึงพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าโดยผู้ประกอบธุรกิจไปยังผู้บริโภค ได้แก่การทำหรือพูด หรือละเลยที่จะทำหรือพูด ซึ่งมีผลทำให้ผู้บริโภคอาจหลงผิดหรือเข้าใจผิด การอ้างสิทธิที่เป็นเท็จ การเอาเปรียบผู้บริโภคที่ผู้ประกอบธุรกิจรู้หรือควรจะรู้ว่าผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่จะป้องกันผลประโยชน์ของตนเองได้ หรือไม่สามารถเข้าใจคุณลักษณะ ธรรมชาติ ภาษา หรือผลกระทบจากการซื้อขายหรือที่เกี่ยวข้องกับการชื้อขายนั้น และพฤติกรรมที่กำหนดไว้ในตารางที่ 2 ข้อ 14 ได้กำหนดพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมกรณีผู้ประกอบธุรกิจสร้างตัวแทนหรือแต่งตั้งบุคคลขึ้น (เช่น ผู้วิจารณ์) ให้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ เช่น เขียนบทความ ทำภาพยนตร์สารคดี หรือรายงานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งอาจตีความถึงบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการได้ หากเป็นบุคคลที่ถูกแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อการขายสินค้าหรือบริการจะถือเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมเมื่อบุคคลนั้นไม่ชี้แจงว่าการกระทำของตนเป็นการโฆษณาหรือส่งเสริมการขาย เพราะฉะนั้นหากการวิจารณ์ดังกล่าวผู้วิจารณ์ได้รับผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจ ถือได้ว่าผู้วิจารณ์ถูกแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อการขายสินค้าหรือบริการแม้จะไม่ใช่มือขายเองโดยตรงแต่ยอมเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในการขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจ หากการวิจารณ์กระทำไปโดยวิธีที่ปกปิดความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้ประกอบธุรกิจกล่าวคือไม่ชี้แจงว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการโฆษณาหรือส่งเสริมการขายย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมและเป็นความผิดกฎหมายตามกฎหมายนี้

สังเกตได้ว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาด้วยพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการที่ผู้วิจารณ์มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจแต่กลับแสดงตนเองเป็นผู้บริโภคหรือผู้วิจารณ์โดยอิสระไม่ว่าจะเป็น FTC Act และ The Guides ของสหรัฐอเมริกา Unfair Commercial Practice Directive ของสหภาพยุโรป Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ของสหราชอาณาจักร The Act against Unfair Competition ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และ Consumer Protection (Fair Trading) Act ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงพฤติกรรมหรือรูปแบบการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าต่อผู้บริโภคด้วยการแสดงตนเองเป็นผู้บริโภคและปกปิดหรือไม่ชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบถึงวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์ โดยเป็นกรณีที่นอกเหนือจากการชี้เฉพาะไปที่ข้อความของการโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการรวมถึงข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินจริงอย่างเช่นพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 ตลอดจนวิธีการโฆษณาตามมาตรา 23 ที่จะทำให้บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาของไทยไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคจากการโฆษณาที่แฝงมาในรูปของการวิจารณ์สินค้าและบริการได้ เนื่องจากรูปแบบการวิจารณ์ลักษณะที่กำลังศึกษานี้มีความเกี่ยวพันกับทั้งข้อความที่ผู้บริโภคควรจะต้องรู้ก่อนทำการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ และเป็นวิธีการโฆษณาแบบใหม่ที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสน หรือหลงผิด และโดยที่พฤติกรรมการเอาเปรียบผู้บริโภคด้านข้อมูลลักษณะนี้เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสังคมไทยมากขึ้นเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาที่ก่อนจะมีการประกาศใช้ The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising รวมถึงสหราชอาณาจักรก่อนที่จะมีการประกาศใช้ Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับการเอาเปรียบผู้บริโภคจากความหลงผิดในสถานะของแหล่งข้อมูลเช่นเดียวกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทยปัจจุบัน ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์ด้วยพฤติกรรมที่กำลังศึกษาอยู่นี้ เป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องทั้งในเรื่องของข้อความที่ใช้ในการโฆษณาก็คือเป็นการปกปิดหรือละเลยไม่ชี้แจงข้อมูลที่ควรแจ้งให้ผู้บริโภคทราบหรือข้อมูลที่ผู้บริโภคจำเป็นต้องรู้เพื่อประกอบการตัดสินใจเข้าทำนิติกรรม รวมถึงเป็นรูปแบบวิธีการโฆษณาสมัยใหม่ที่มีความแนบเนียนกล่าวคือเป็นการโฆษณาด้วยวิธีที่ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดว่ามีใช้การโฆษณา จึงควรนำบทบัญญัติของต่างประเทศมาปรับปรุงและพัฒนาแก้ไขกฎหมายของไทย โดยการบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาในรูปแบบการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความหลงผิดแก่ผู้บริโภค

| 4.1.1 การโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมและวิธีการโฆษณา | |
|---|---|
| ประเทศไทย | <p>พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรม หรือก่อผลเสียแก่สังคมโดยรวม ได้แก่ ข้อความที่เป็นเท็จ หรือเกิดความจริง เป็นต้น จะกระทำไม่ได้ ไม่ว่าข้อความนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ</p> <p>มาตรา 22 (5) ยังให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงที่เกี่ยวกับข้อความที่ไม่เป็นธรรมหรือก่อผลเสียแก่สังคมโดยรวมไว้ด้วย</p> <p>มาตรา 23 กำหนดให้วิธีการโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค</p> |
| สหรัฐอเมริกา | <p>Federal Trade Commission Act Section 5(a)(1) เป็นบทบัญญัติที่กว้างขวางมาก โดยกล่าวถึงเพียงการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือหลอกลวง ถือเป็นกรกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยมีคู่มือแนวทางปฏิบัติ หรือ The Guides ที่ออกมาภายใต้บทบัญญัติ FTC Act Section 5(a)(1) เกี่ยวกับการโฆษณาโดยการพิสูจน์หรือรับรองสินค้าหรือบริการ เช่น หากผู้รับรองหรือวิจารณ์นั้นได้รับสินค้าหรือเข้ารับบริการฟรีจากผู้โฆษณาหรือผู้ประกอบการธุรกิจ จะต้องมีการเปิดเผยความสัมพันธ์ในส่วนนี้ให้ผู้บริโภคทราบ</p> |
| สหภาพยุโรป | <p>Unfair Commercial Practices Directive มาตรา 5 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมไว้ว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องห้าม เช่นการปฏิบัติทางการค้าที่ขัดต่อความระมัดระวังตามวิชาชีพ ทำให้หลงผิดซึ่งหากปราศจากการกระทำนั้นแล้วผู้บริโภคโดยเฉลี่ยอาจไม่เข้าทำนิติกรรมด้วย รวมถึงพฤติกรรมที่ระบุไว้ในภาคผนวก 1 ซึ่งกล่าวถึงรูปแบบพฤติกรรมการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ถือว่าต้องห้ามกระทำในทุกกรณี เช่น ข้อ 22 การอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือหรือวิชาชีพของตนเอง หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค รวมถึงในมาตรา 6 ได้บัญญัติถึงการปฏิบัติในทางการค้าที่ทำให้หลงผิด และมาตรา 7 บัญญัติถึงการละเลยในการชี้แจงข้อมูลอันก่อให้เกิดความเข้าใจผิด</p> |
| สหราชอาณาจักร | <p>The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อให้สอดคล้องกับ Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป ใน Regulation 3(4)(d) บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมไว้หลายกรณี เช่น ตารางที่ 1 ข้อ 22 การอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภคและ Regulation 6(1)(d) ที่เป็นกรณีของการโฆษณาที่ไม่ระบุเจตนาในเชิง</p> |

| | |
|---------------------------------|---|
| | พาณิชย์ ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่ามันไม่ใช่การโฆษณา ถือเป็นการเล่นในการชี้แจงข้อมูลอันก่อให้เกิดความเข้าใจผิด วิธีการทำให้ชัดเจน เช่น การปรากฏข้อความว่า “โฆษณา” ในการปฏิบัติทางการค้านั้น |
| สหพันธ์ สาธารณรัฐ เยอรมนี | The Act Against Unfair Competition Section 3(3) บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคไว้หลายกรณี เช่น ภาคผนวก ข้อ 23 การสร้างข้อมูล หรือความพึงพอใจที่เป็นเท็จ ว่าผู้ประกอบการธุรกิจคือผู้บริโภค หรือไม่ได้แสดงออกว่าเป็นการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเองและ Section 5(1)4 บัญญัติถึงพฤติกรรมไม่เป็นธรรมจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจมีพฤติกรรมทางการค้าใดๆ อันก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เช่นหากมีข้อมูลที่เป็นเท็จหรือข้อมูลใดๆ ที่เข้าข่ายการหลอกลวงที่เกี่ยวข้องกับการให้การสนับสนุนทั้งทางตรงและทางอ้อม หรือการรับรองของผู้ประกอบการธุรกิจในสินค้าหรือบริการนั้นๆ |
| สาธารณรัฐ สิงคโปร์ | Consumer Protection (Fair Trading) Act Section 4(d) บัญญัติถึงความหมายและรูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม เช่น ตารางที่ 2 ข้อ 14 การสร้างตัวแทน หรือแต่งตั้งบุคคลขึ้นมาให้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ เช่นบทความ ภาพยนตร์สารคดี หรือรายงานทางวิทยาศาสตร์ ทั้งที่บุคคลนั้นถูกตั้งขึ้นมาเพื่อการขายสินค้าหรือบริการ เว้นแต่จะได้กล่าวไว้ว่ามันคือการโฆษณาหรือการส่งเสริมการขาย |

4.1.2 การชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าเป็นข้อความโฆษณา

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 26 บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าข้อความในการโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณาใด สมควรแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าข้อความนั้นเป็นข้อความที่มีความมุ่งหมายเพื่อการโฆษณา คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณานั้นต้องมีถ้อยคำชี้แจงกำกับให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณาได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้” ตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยบทบัญญัติดังกล่าวจะสังเกตได้ว่าเป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการควบคุมวิธีการโฆษณาโดยการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าเป็นข้อความโฆษณา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการเข้าใจผิดหรือหลงผิดของผู้บริโภคเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ทำการโฆษณา โดยเป็นอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาที่จะสั่งการให้ข้อความโฆษณารายใดๆ ต้องกำหนดข้อความไว้ เช่น “ใช้เพื่อการโฆษณาเท่านั้น” หรือมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขอย่างอื่นให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้ เพื่อให้ผู้บริโภคมีความเข้าใจและไม่หลงผิดระหว่างสินค้าหรือบริการของจริงกับสินค้าหรือบริการที่ปรากฏในโฆษณา แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือปัจจุบันมีการโฆษณาของผู้ประกอบการที่ไม่ชี้แจงว่าเป็นการโฆษณา และยังแสดงข้อความในลักษณะที่ให้

ผู้บริโภคเข้าใจว่าการกระทำนั้นมิใช่การโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ หรือไม่ชี้แจงว่าเป็น การกระทำที่มีเจตนาในเชิงพาณิชย์ของผู้ประกอบธุรกิจ ประกอบกับการโฆษณาผ่านระบบ อินเทอร์เน็ตที่ใช้ช่องทางผ่านบุคคลธรรมดาหรือสื่อของผู้บริโภค เช่น บัญชีชื่อส่วนตัวในสื่อสังคม ออนไลน์ของผู้วิจารณ์เอง ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าข้อความดังกล่าวนั้นเป็นการบอกเล่า ประสบการณ์จากผู้บริโภคจริงๆ ที่อยู่ในสถานะเช่นเดียวกับตนซึ่งแสดงความคิดเห็นหรือให้ข้อมูลแก่ ผู้บริโภคคนอื่นๆ อย่างอิสระตรงไปตรงมาเนื่องจากมิได้มีผลประโยชน์ใดๆ กับผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งที่ แท้จริงแล้วผู้วิจารณ์กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจหรือมีผู้ประกอบธุรกิจเป็น ผู้สนับสนุนการวิจารณ์ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 26 นี้มิใช่บทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบธุรกิจ และผู้ประกอบกิจการโฆษณาให้ต้องระบุไว้ในการโฆษณาทุกครั้งว่าข้อความนั้นเป็นการโฆษณา ทำให้ เกิดความสับสนและหลงผิดแก่ผู้บริโภคดังที่กล่าวมาแล้ว เป็นการกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคใน การเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ อีกทั้งยังเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคด้านข้อมูลอีกด้วย กรณีจึงแตกต่าง จากกฎหมายของต่างประเทศที่ถือว่าพฤติกรรมการวิจารณ์ลักษณะนี้เมื่อเป็นการโฆษณาหรือเป็นการ กระทำที่มีเจตนาในเชิงพาณิชย์จะต้องมีการชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบว่า เป็นการโฆษณาหรือมีเจตนาทาง พาณิชย์ หากปกปิดไม่แจ้งหรือละเลยถือเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคซึ่งได้กล่าวไว้ในข้อ 4.1.1 แล้ว นอกจากนี้ในสหรัฐอเมริกาได้มีการออกวิธปฏิบัติเพื่อให้ผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ โฆษณา รวมถึงผู้วิจารณ์เข้าใจถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของตน ได้แก่ The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising ที่กำหนด หลักเกณฑ์สำคัญไว้ว่ากรณีของการโฆษณาที่มีการพิสูจน์ทดลองใช้หรือรับรองสินค้าหรือบริการหากผู้ พิสูจน์ทดลองหรือรับรองนั้นเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ เช่น ได้รับค่าตอบแทน ได้รับ ผลประโยชน์ เป็นลูกจ้าง พนักงาน หุ่นส่วนของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจ เป็นต้น จะต้องมีการเปิดเผย ข้อมูลในส่วนนี้อย่างชัดเจนให้ผู้บริโภคทราบขณะทำการรับรอง ดังนั้นกรณีของการวิจารณ์สินค้าหรือ บริการหากผู้วิจารณ์มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องชี้แจงข้อเท็จจริงนั้นให้ผู้อ่านทราบใน บทวิจารณ์ของตนด้วย และวิธีการชี้แจงจะเป็นไปตาม Dot com Disclosures : How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising คือคู่มือแนวปฏิบัติที่ออกมาเพื่อสนับสนุน The Guides กล่าวคือเป็นคู่มือเกี่ยวกับวิธีการเปิดเผยความสัมพันธ์หรือชี้แจงว่าเป็นโฆษณาเพื่อป้องกัน ความหลงผิดของผู้บริโภค ดังนั้นหากผู้วิจารณ์มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ การวิจารณ์นั้นถือ เป็นการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องชี้แจงข้อความกำกับไว้ เช่น #ad หรือ #sponsor เป็นต้น

Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป มาตรา 5 ได้กำหนดถึง พฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ได้แก่ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดตามมาตรา 6 และ มาตรา 7 และพฤติกรรมตามเอกสารแนบ เป็นต้น โดยพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมตามเอกสารแนบใน ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการตามที่ศึกษาอยู่นี้ กำหนดอยู่ในข้อ 22 กล่าวคือ

พฤติกรรมที่มีการกล่าวอ้างเท็จว่าผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือธุรกิจของตน หรือการอ้างตัวเองเป็นผู้บริโภค และในมาตรา 7 บัญญัติถึงการละเลยที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด โดยอาจเป็นการปกปิดหรือให้ข้อมูลสำคัญที่ไม่ชัดเจน ไม่สามารถเข้าใจได้ ก้าวม หรือไม่ถูกเวลา หรือความล้มเหลวในการแสดงเจตนาในทางพาณิชย์ เช่นการชี้แจงว่าเป็นการโฆษณาหรือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ประกอบการธุรกิจ นอกเสียแต่ว่าเจตนาในทางพาณิชย์นั้นจะสามารถทราบได้อย่างชัดเจนจากข้อความที่แสดงออกมา โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าการกระทำที่มีเจตนาในทางพาณิชย์ การโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธุรกิจ และการวิจารณ์สินค้าและบริการโดยที่ผู้วิจารณ์ได้รับค่าตอบแทนหรือมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบการธุรกิจ ย่อมอยู่ในบังคับบทบัญญัติมาตรา 7 นี้ ดังนั้นการปกปิดเจตนาในทางพาณิชย์ การไม่ชี้แจงว่าเป็นการโฆษณา หรือการวิจารณ์ที่อ้างตัวเองเป็นผู้บริโภคย่อมถือเป็นการละเลยที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าตามมาตรา 5 ในเอกสารแนบข้อ 22

Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (CPRs) ของสหราชอาณาจักร มาตรา 3 บัญญัติถึงการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมซึ่งได้ระบุกรณีการอ้างตนเองเป็นผู้บริโภคเช่นเดียวกับ Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป และมาตรา 6 กล่าวถึงพฤติกรรมที่เป็นการละเลยอันก่อให้เกิดความหลงผิด เช่นการปิดบังข้อมูลสำคัญ หรือปิดบังเจตนาในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น โดยวิธีการหลีกเลี่ยงความผิดฐานนี้คือการชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบว่า เป็นการโฆษณา เนื่องจากกิจกรรมส่งเสริมการขายผ่านระบบอินเทอร์เน็ตย่อมต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับเช่นเดียวกับกิจกรรมส่งเสริมการขายผ่านสื่อสารมวลชนรูปแบบอื่นๆ กล่าวคือจะต้องระบุอย่างชัดเจนเมื่อการส่งเสริมการขายหรือการแสดงความคิดเห็นนั้น ได้รับเงินเพื่อไม่ให้ผู้บริโภคเกิดความหลงผิด โดยสำนักงานส่งเสริมการค้าที่เป็นธรรมในสำนักงานผู้บริโภคมีแนวคิดว่าการตลาดผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจะต้องมีความชัดเจนและโปร่งใสต่อผู้บริโภคเช่นเดียวกับการตลาดผ่านสื่อมวลชนหลัก ตัวอย่างกรณีพิพาทเกี่ยวกับ Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ของสหราชอาณาจักรได้แก่การแสดงความคิดเห็นบนเว็บไซต์ Facebook ของ Groupola ในช่วงระยะเวลาของการจำหน่ายคู่มือเพื่อซื้อโทรศัพท์มือถือยี่ห้อ iPhone เมื่อปรากฏว่าเป็นการกระทำของพนักงานของบริษัทและได้แสดงความคิดเห็นในเชิงบวกเกี่ยวกับบริษัทโดยการแสดงตัวเองเป็นผู้บริโภคธรรมดาคนหนึ่งตลอดจนไม่เปิดเผยเจตนาในทางพาณิชย์ ผลการสืบสวนในกรณีนี้ถือเป็นการละเลยที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคตาม CPRs¹⁶⁶ นอกจากนี้สหราชอาณาจักรยังมี The UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing หรือจรรยาบรรณวิชาชีพโฆษณาซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการโฆษณาที่สำคัญคือการกระทำใดที่มีเจตนาในเชิงพาณิชย์

¹⁶⁶ The Office of Fair Trading, "Investigation into bait advertising and unfair commercial practices in relation to an online sale."

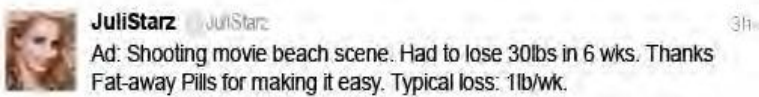
หรือเป็นการสื่อสารทางการตลาดจะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นการส่งเสริมทางการตลาด การประชาสัมพันธ์ หรือการโฆษณาสินค้าหรือบริการ

The Act Against Unfair Competition ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 3 บัญญัติถึงพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค โดยภาคผนวกได้กำหนดรูปแบบของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ โดยข้อ 23 ระบุถึงการสร้างข้อมูลหรือความพึงพอใจที่เป็นเท็จว่าผู้ประกอบธุรกิจคือผู้บริโภค หรือไม่ได้แสดงออกว่าเป็นการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง ดังนั้นหากผู้วิจารณ์ได้รับคำตอบแทนหรือมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจย่อมถือได้ว่าเป็นการวิจารณ์เพื่อเป้าหมายในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจและหากไม่แสดงออกให้ผู้บริโภคทราบถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 3 นี้

Consumer Protection (Fair Trading) Act ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ มาตรา 4 บัญญัติถึงพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมโดยระบุถึงการสร้างตัวแทนหรือแต่งตั้งบุคคลขึ้นมาให้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ เช่น บทความ ภาพยนตร์สารคดี หรือรายงานทางวิทยาศาสตร์ ทั้งที่บุคคลนั้นถูกตั้งขึ้นมาเพื่อการขายสินค้าหรือบริการ เว้นแต่จะได้กล่าวไว้ว่าการกระทำดังกล่าวคือการโฆษณาหรือการส่งเสริมการขาย ดังนั้นเมื่อการกระทำใดๆ ของผู้ที่ถูกแต่งตั้งโดยผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอันถือเป็นการโฆษณาหรือส่งเสริมการขายย่อมมีหน้าที่ชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบ มิฉะนั้นจะถือเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 นอกจากนี้ Singapore Code of Advertising Practice 2008 หรือจรรยาบรรณวิชาชีพโฆษณาได้กำหนดให้การโฆษณาต้องแสดงข้อความอย่างชัดเจนว่าเป็นการโฆษณาหรือเปิดเผยความสัมพันธ์เพื่อไม่ให้ผู้บริโภคเกิดความหลงผิดหรือเข้าใจผิดว่าเป็นการกระทำของผู้บริโภคโดยแท้ ซึ่งรวมถึงการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับสินค้าและบริการผ่านทางเว็บไซต์ หรือสื่อสังคมออนไลน์

จากการศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐสิงคโปร์จะสังเกตเห็นได้ว่ามีการกำหนดหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำใดอันมีเจตนาหรือเป้าหมายในเชิงพาณิชย์ เช่น การโฆษณาหรือการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงออกอย่างชัดเจนในขณะกระทำการนั้นๆ เพื่อมิให้เกิดความหลงผิดแก่ผู้บริโภค ส่งผลให้การดำเนินกิจกรรมทางการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจไม่ว่าจะเป็นการกระทำผ่านสื่อสารมวลชนหลักอย่างโทรทัศน์หรือวิทยุ กับการตลาดผ่านระบบอินเทอร์เน็ตย่อมมีความชัดเจนโปร่งใสเท่าเทียมกันเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าหากมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่แก่ผู้

ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบการโฆษณาให้ระบุว่าเป็นการโฆษณาทุกครั้งที่ทำโฆษณาได้ จะทำให้สิทธิของผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองมากขึ้น

| 4.1.2 การชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าเป็นข้อความโฆษณา | |
|--|--|
| ประเทศไทย | พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 26 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาหากเห็นว่าควรแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าข้อความใดมุ่งหมายเพื่อการโฆษณา ให้มีอำนาจกำหนดให้การโฆษณานั้นต้องมีถ้อยคำชี้แจงกำกับให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณา |
| สหรัฐอเมริกา | <p>The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. § 255.0 Section 255.1 กำหนดว่าผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบหากการรับรองนั้นไม่ได้เปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้รับรอง ตัวอย่างการใช้บริการโปรแกรมจับคู่ระหว่างผู้โฆษณากับบล็อกเกอร์ เพื่อให้บล็อกเกอร์ทำการประชาสัมพันธ์สินค้าของผู้โฆษณาในบล็อกส่วนตัว ผู้โฆษณาต้องการให้บล็อกเกอร์ทดลองใช้สินค้าใหม่ และทำการวิจารณ์เกี่ยวกับสินค้าตัวนี้ลงในบล็อกของตนเอง ในกรณีนี้บล็อกเกอร์และผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบต่อข้อความสนับสนุนสินค้าที่หลอกลวง บิดเบือนความจริง และไม่เปิดเผยอย่างชัดเจนว่าได้รับเงินจากการเขียนข้อความสนับสนุนสินค้าในบล็อกของบล็อกเกอร์</p> <p>- Dot com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising : Example 15</p>  |
| สหภาพยุโรป | Unfair Commercial Practices Directive มาตรา 5 ภาคผนวก ข้อ 22 คือการอ้างตนเองเป็นผู้บริโภค และ มาตรา 7 บัญญัติถึงกรณีของการกระทำทางการค้าจะถูกพิจารณาว่าเป็นการหลอกลวงและทำให้เข้าใจผิด หากมีการละเว้นไม่แจ้งข้อมูลสำคัญที่จำเป็นต่อผู้บริโภค ซึ่งมีผลทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการบนความเข้าใจผิดนั้นๆ เช่นกรณีผู้ประกอบการปิดกั้นหรือให้ข้อมูลที่กำกวม ไม่สามารถเข้าใจได้ กำกวม หรือไม่เหมาะสม รวมถึง ความล้มเหลวในการแสดงเจตนาในทางพาณิชย์ นอกเสียแต่ว่าเจตนาในทางพาณิชย์นั้นจะสามารถทราบได้อย่างชัดเจนจากข้อมูลที่แสดงออกมา |
| สหราชอาณาจักร | - The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 Regulation 3(4)(d) ตารางที่ 1 ข้อ 22 การอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบการไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าของตนเอง |

| | |
|---------------------------------|--|
| | หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค และRegulation 6(1)(d) กรณีของการการ ละเลยในการชี้แจงข้อมูลอันก่อให้เกิดความเข้าใจผิด ได้แก่การโฆษณาที่ไม่ระบุ เจตนาในเชิงพาณิชย์ ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าไม่ใช่อะไร - The UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing |
| สหพันธ์ สาธารณรัฐ เยอรมนี | The Act Against Unfair Competition Section 3(3) ภาคผนวก ข้อ 23 การสร้างข้อมูล หรือความพึงพอใจที่เป็นเท็จ ว่าผู้ประกอบการคือผู้บริโภค หรือ ไม่ได้แสดงออกว่าเป็นการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะ ฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง |
| สาธารณรัฐ สิงคโปร์ | Consumer Protection (Fair Trading) Act Section 4(d) ตารางที่ 2 ข้อ 14 การสร้างตัวแทน หรือแต่งตั้งบุคคลขึ้นมาให้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ เช่น บทความ ภาพยนตร์สารคดี หรือรายงานทางวิทยาศาสตร์ ทั้งที่บุคคลนั้นถูกตั้งขึ้น มาเพื่อการขายสินค้าหรือบริการ เว้นแต่จะได้อ้างไว้ว่าไม่มีการโฆษณาหรือการ ส่งเสริมการขาย |

4.1.3 นิยามของคำว่า “ผู้ประกอบการ”

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ผู้ประกอบการ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย” พิจารณาได้ว่านิยามของคำว่า “ผู้ประกอบการ” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเมื่อนำมาปรับแก้กรณีพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ให้ค่าตอบแทนหรือให้ผลประโยชน์แก่ผู้วิจารณ์เพื่อแลกกับบทวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุน หากผู้วิจารณ์มิใช่ผู้ประกอบการโฆษณาจะไม่อยู่ในนิยามของผู้ประกอบการ จึงมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ต่อไปว่านิติสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์กับผู้ประกอบการนั้นมีนิติสัมพันธ์ใดเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ เช่นผู้วิจารณ์ถือเป็นตัวแทนของผู้ประกอบการหรือไม่ หรือมีสัญญาจ้างทำของผู้วิจารณ์เป็นผู้ได้รับสินจ้างเพื่อผลสำเร็จของงานคือการวิจารณ์หรือไม่ จึงมีความจำเป็นต้องนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องตัวแทนและจ้างทำของหรือนิติสัมพันธ์อื่นๆ มาพิจารณาเป็นพื้นฐานนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการและผู้วิจารณ์ซึ่งจะต้องทำการพิสูจน์ว่ามีสัญญาตัวแทนหรือสัญญาจ้างทำของเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ เมื่อผู้วิจารณ์มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบการตามกฎหมายแล้ว จึงจะทำให้ผู้ประกอบการมีความรับผิดชอบจากการกระทำของผู้วิจารณ์ได้

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหภาพยุโรป Unfair Commercial Practices Directive ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ประกอบการมิได้หมายความถึงผู้ประกอบการที่กระทำในนามตนเองเท่านั้นแต่ยังให้หมายความรวมถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งพฤติกรรมทางการค้า

ครอบคลุมถึงการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง รวมไปถึงการกระทำของบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจหรือในนามของผู้ประกอบธุรกิจ¹⁶⁷ และยังรวมถึงบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคซึ่งกระทำในนามของผู้ประกอบธุรกิจด้วย เช่น ตัวแทนที่รับเงินจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อทำการตลาดหรือโฆษณาสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจจะอยู่ในนิยามของผู้ประกอบธุรกิจในความหมายของ Directive นี้ โดยการกำหนดนิยามลักษณะนี้ทำให้สามารถเอาผิดโดยเฉพาะกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่เบื้องหลัง (hidden trader) และผู้ประกอบธุรกิจที่แสดงตัวเองเป็นผู้บริโภคด้วย นอกจากนี้ Unfair Commercial Practices Directive ยังได้พิจารณาความหมายของผู้ประกอบธุรกิจในแต่ละกรณีด้วย เช่น สมาคมศิลปะแจกโปสการ์ดที่สมาชิกในสมาคมของตนเป็นผู้วาดให้แก่ผู้อื่นโดยไม่คิดเงิน แต่เชิญชวนให้บริจาคเงินให้แก่สมาคมกรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำทางพาณิชย์ที่ทำให้สมาคมศิลปะอยู่ในความหมายของคำว่าผู้ประกอบธุรกิจ¹⁶⁸

กรณี Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ของ สหราชอาณาจักร และ The Act against Unfair Competition ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อให้สอดคล้องกับ Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป จึงกำหนดนิยามของผู้ประกอบธุรกิจไว้ในลักษณะเดียวกัน

สำหรับสาธารณรัฐสิงคโปร์ มาตรา 2 ของ Consumer Protection (Fair Trading) Act ได้บัญญัติถึงความหมายของ “ผู้ประกอบธุรกิจ” รวมถึงผู้ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการ ตลอดจนผู้ที่เป็นตัวแทนและพนักงานของผู้จัดหา ผู้จัดจำหน่าย ผู้ผลิต เป็นต้น ทำให้ผู้วิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ประชาสัมพันธ์หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในความหมายของผู้ประกอบธุรกิจในส่วนของผู้ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการ หากผู้วิจารณ์เป็นพนักงานหรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าวย่อมอยู่ในนัยยะดังกล่าวด้วยเช่นกัน

จากบทบัญญัติของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นบทบัญญัติที่ให้นิยามของคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” ได้ลักษณะกว้างขวางซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ได้หลากหลายกรณีกล่าวคือให้ความหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งพฤติกรรมทางการค้าครอบคลุมถึงการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง รวมไปถึงการกระทำของบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจหรือในนามของผู้ประกอบธุรกิจ และในส่วนนิยามของสาธารณรัฐสิงคโปร์จะสังเกตได้ว่ามีการแบ่งนิยามของผู้ประกอบธุรกิจแยกไปตามเส้นทางธุรกิจ ในทางการค้า ตั้งแต่ผู้จัดหาหรือจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการ ผู้ผลิต ผู้ส่งเสริมการใช้ (โฆษณา) และผู้

¹⁶⁷ Article 2(b) of Unfair Commercial Practices Directive

¹⁶⁸ The European Commission, "Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices."

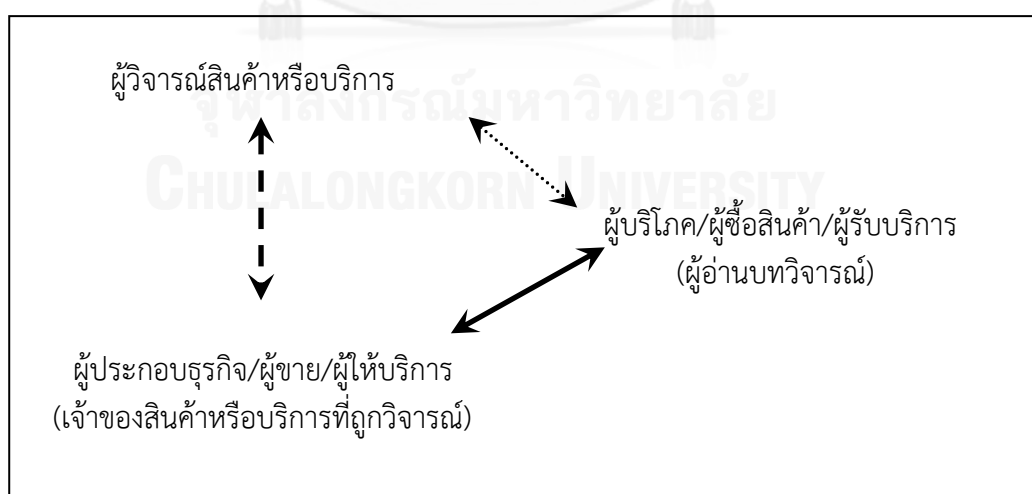
ที่มีสิทธิได้รับเงินจากการจัดหาสินค้าหรือบริการให้ผู้บริโภคอีกทั้งยังรวมถึงตัวแทนและพนักงานของบุคคลข้างต้นด้วย อย่างไรก็ตามผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 3 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นั้นบัญญัติไว้ค่อนข้างครอบคลุมความหมายของผู้ประกอบธุรกิจแล้ว ทั้งนี้หากเป็นกรณีของผู้วิจารณ์ซึ่งไม่อยู่ในนิยามของคำว่าผู้ประกอบธุรกิจ กล่าวคือเป็นผู้วิจารณ์ที่มีใช้ผู้ประกอบกิจการโฆษณา ก็ยังสามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้เพื่อพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์และผู้ประกอบธุรกิจได้

| 4.1.3 นิยามของคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” | |
|---------------------------------------|--|
| ประเทศไทย | พระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบกิจการโฆษณาด้วย |
| สหรัฐอเมริกา | - |
| สหภาพยุโรป | Unfair Commercial Practices Directive มาตรา 2(b) ให้นิยามของผู้ประกอบธุรกิจ คือบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเองนั้น รวมถึงบุคคลซึ่งกระทำภายใต้อำนาจ หรือในนามของผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ และผู้บริโภค รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่เบื้องหลัง(hidden trader) และผู้ประกอบธุรกิจที่แสดงตัวเองเป็นผู้บริโภคด้วย |
| สหราชอาณาจักร | The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 Regulation 2 ให้นิยามของผู้ประกอบธุรกิจ คือบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเองนั้น รวมถึงบุคคลซึ่งกระทำภายใต้อำนาจ หรือในนามของผู้ประกอบธุรกิจ |
| สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | The Act Against Unfair Competition Section 2 ให้นิยามของผู้ประกอบธุรกิจ คือบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเองนั้น รวมถึงบุคคลซึ่งกระทำภายใต้อำนาจ หรือในนามของผู้ประกอบธุรกิจ |
| สาธารณรัฐสิงคโปร์ | Consumer Protection (Fair Trading) Act Section 2 “ผู้ประกอบธุรกิจ” คือผู้ที่ดำเนินในช่วงธุรกิจ (ก) จัดหา หรือจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้กับผู้บริโภค (ข) ประดิษฐ์ ประกอบ หรือผลิตสินค้า (ค) ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการ (กล่าวคือผู้ทำการโฆษณา |

| | |
|--|--|
| | <p>ประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ และผู้รับรองหรือวิจารณ์ด้วย) หรือ</p> <p>(ง) รับหรือมีสิทธิได้รับเงินหรือตอบแทนใดๆ ที่เป็นผลมาจากการจัดหาสินค้าหรือบริการให้กับผู้บริโภค</p> <p>นอกจากนี้ยังรวมถึงพนักงานหรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าว ถือว่าอยู่ในความหมายนี้ด้วย ดังนั้นในกรณีของผู้วิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ประชาสัมพันธ์ หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ ย่อมอยู่ในความหมายของข้อ (ค)</p> |
|--|--|

4.1.4 ความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์

กรณีที่ผู้วิจารณ์สินค้าหรือบริการได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบการธุรกิจ และทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการในแนวทางสนับสนุนผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยไม่เปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้ประกอบการธุรกิจ หรือไม่เปิดเผยว่าการวิจารณ์ดังกล่าวของตนเป็นการโฆษณาประชาสัมพันธ์ให้ผู้ประกอบการธุรกิจ หรือเป็นการกระทำที่มีเป้าหมายในทางพาณิชย์ รวมถึงการแสดงออกว่าตนเองเป็นผู้บริโภคที่ไม่ได้กระทำโดยมีเป้าหมายเพื่อประโยชน์ทางการค้าของผู้ใด การกระทำดังกล่าวของผู้วิจารณ์จึงก่อผลกระทบต่อสิทธิและก่อความเสียหายแก่ผู้บริโภคและผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น โดยที่ผู้วิจารณ์เป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะคนกลางระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการที่ได้รับการวิจารณ์ในแนวสนับสนุน กับผู้อ่านบทวิจารณ์คือผู้บริโภคซึ่งผู้วิจารณ์กำลังสื่อสารเพื่อโน้มน้าวให้ผู้อ่านนั้นมีความสนใจในสินค้าหรือบริการ ดังกล่าว



เนื่องจากผู้วิจารณ์หากมิได้อยู่ในฐานะของผู้ประกอบกิจการโฆษณาจะทำให้ผู้วิจารณ์ไม่ได้เป็นผู้ที่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย การกำหนดความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยวิเคราะห์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์กับผู้ประกอบธุรกิจ และผู้วิจารณ์กับผู้บริโภคดังนี้

4.1.4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตกับผู้ประกอบธุรกิจ

1) พิจารณาเรื่องตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

วัตถุประสงค์สำคัญของสัญญาตัวแทนคือการให้ตัวแทนทำการแทนตัวการ เช่นการจ้างให้บริษัทโฆษณาจัดทำโฆษณาเผยแพร่ทางสื่อโทรทัศน์และวิทยุ โดยให้บริษัทโฆษณาติดต่อสื่ออื่นๆ เพื่อนำโฆษณาไปเผยแพร่ในนามของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการซึ่งทำโฆษณานั้น กรณีตัวอย่างนี้นอกจากผู้ประกอบธุรกิจกับบริษัทโฆษณาจะมีนิติสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างทำของแล้ว ยังมีนิติสัมพันธ์ต่อกันตามสัญญาตัวแทนด้วย เนื่องจากบริษัทโฆษณาทำการแทนผู้ประกอบธุรกิจในการติดต่อบุคคลที่สามกล่าวคือสื่อโทรทัศน์และวิทยุต่างๆ เพื่อนำโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจไปเผยแพร่ด้วย เป็นต้น ทั้งนี้มีข้อพิจารณาว่า “อำนาจทำการแทน” ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 797¹⁶⁹ นั้น หมายความว่าถึงเฉพาะที่ตัวแทนไปทำนิติกรรมหรือสัญญากับบุคคลภายนอก หรือหมายรวมถึงการทำนิติกรรมฝ่ายเดียวหรือกิจการอื่นๆ ทุกชนิดด้วย เมื่อพิจารณาแล้วอำนาจทำการแทนตามกฎหมายเรื่องตัวแทนของไทยนั้น มีความหมายถึงอำนาจทำการแทนในนิติกรรมสัญญากับบุคคลภายนอก และรวมถึงกิจการอื่นๆ ทุกชนิด แม้บางเรื่องไม่ใช่การทำนิติกรรม เช่น การประชุมหรือการทำบติวิจารณ์สินค้าหรือบริการให้ผู้ประกอบธุรกิจเพื่อเผยแพร่ให้ผู้อื่นรับทราบ เป็นต้น แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นเรื่องที่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องเพราะสาระสำคัญของการตั้งตัวแทนอยู่ที่ว่าตัวแทนจะต้องไปก่อนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกแทนตัวการด้วย¹⁷⁰ จึงเป็นกรณีที่วัตถุประสงค์ของการตั้งตัวแทนนอกจากจะให้ตัวแทนมีอำนาจกระทำการแทนตัวการแล้ว การกระทำการนั้นต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกด้วย มิใช่การตั้งตัวแทนเพื่อให้ความผูกพันกันแต่เฉพาะตัวการและตัวแทนเท่านั้น¹⁷¹

กรณีตัวอย่างของการจัดทำบติวิจารณ์สินค้าหรือบริการที่ผู้วิจารณ์ทำบติวิจารณ์ให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจและให้ผู้ประกอบธุรกิจนำไปเผยแพร่ เช่น คลิปวิดีโอของผู้ใช้งานสินค้า

¹⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 797 บัญญัติว่า

“อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการตั้งนั้น

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้”

¹⁷⁰ ไผทชิต เอกจริยกร, ตัวแทน นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 37-42.

¹⁷¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 41-46.

เผยแพร่อยู่ในเว็บไซต์ของผู้ประกอบธุรกิจ เป็นต้น หรือผู้วิจารณ์นำบทวิจารณ์เผยแพร่ในเว็บไซต์ ส่วนตัวของผู้วิจารณ์เองโดยระบุว่าเป็นการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น การนำคลิปวิดีโอเผยแพร่ใน facebook บัญชีชื่อของผู้วิจารณ์เองและมีข้อความกำกับว่าได้รับการสนับสนุนจากผู้ประกอบธุรกิจ เป็นต้น เมื่อเป็นการกระทำต่อบุคคลที่สามกล่าวคือเป็นการกระทำเพื่อเผยแพร่ให้ผู้บริโภคทราบข้อความของบทวิจารณ์ดังกล่าวแล้ว การกระทำของผู้วิจารณ์จึงเป็นการกระทำในฐานะตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นตัวการ อย่างไรก็ตามหากกรณีเป็นการกระทำที่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ผู้วิจารณ์แสดงออกว่าเป็นการกระทำของตนเองมิใช่การทำแทนผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจเองไม่ได้ต้องการถือเอากิจการซึ่งผู้วิจารณ์ทำเป็นของตนเอง และไม่มีเจตนาให้ผู้วิจารณ์กระทำในนามของผู้ประกอบธุรกิจด้วย แต่ต้องการให้ผู้วิจารณ์กระทำในนามของผู้วิจารณ์เอง อีกทั้งยังเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกไม่ได้รับทราบหรือเข้าใจว่าการกระทำนั้นเป็นการทำแทนผู้ประกอบธุรกิจ หรือมีผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวข้องด้วยแล้ว พฤติการณ์นี้จะถือเป็นสัญญาตัวแทนอยู่หรือไม่นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเมื่อการวิจารณ์นั้น แม้จะเป็นกิจการอื่นใดที่ติดต่อกับบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม แต่เมื่อเป็นการทำในฐานะของผู้วิจารณ์เองย่อมไม่อยู่ในความหมายของการเป็นตัวการตัวแทนต่อกัน แต่อาจเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของซึ่งจะได้พิจารณาต่อไปในข้อ 4)

2) พิจารณาเรื่องตัวการไม่เปิดเผยชื่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

เมื่อพิจารณาประเด็นของการเป็นตัวการตัวแทนต่อกันระหว่างผู้วิจารณ์กับผู้ประกอบธุรกิจ และการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตตามรูปแบบที่กำลังศึกษาอยู่นี้ คือการที่ผู้วิจารณ์กระทำการวิจารณ์สินค้าและบริการต่อบุคคลที่สามในฐานะตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นตัวการ แต่ผู้วิจารณ์แสดงออกว่าเป็นการกระทำของตนเองมิใช่การทำแทนผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจเองไม่ได้ต้องการถือเอากิจการซึ่งผู้วิจารณ์ทำเป็นของตนเอง และไม่มีเจตนาให้ผู้วิจารณ์กระทำในนามของผู้ประกอบธุรกิจด้วย แต่ต้องการให้ผู้วิจารณ์กระทำในนามของผู้วิจารณ์เอง จึงไม่ถือว่าเป็นตัวแทนตามที่ได้ศึกษามาแล้วในข้อ 1) ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปคือเป็นกรณีของตัวการไม่เปิดเผยชื่อตามมาตรา 806¹⁷² หรือไม่ โดยหลักเกณฑ์ของตัวการไม่เปิดเผยชื่อนั้น ได้แก่ กรณีที่ตัวแทนไปทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยระบุว่าเป็นตัวแทนแต่ไม่บอกว่าใครเป็นตัวการ หรือกรณีที่ตัวแทนทำการออกหน้าเป็นตัวการเสียเอง ทำให้ตัวการหรือบุคคลซึ่งถูกปกปิดเอาไว้สามารถแสดงตัวและยอมรับเอาผลของการกระทำของตัวแทนมาเป็นของตนได้¹⁷³

¹⁷² พินิจ ทิพย์มณี, หลักกฎหมายตัวแทน-นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 69-70.

¹⁷³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 806 บัญญัติว่า

ดังนั้นสิ่งที่ตัวแทนไปทำกับบุคคลภายนอกนั้นจะต้องเป็นการทำสัญญาระหว่างตัวแทนกับบุคคลภายนอก และตัวการเข้ามาเพื่อรับเอาสัญญาที่ตัวแทนได้ทำไว้แทนตน ทั้งนี้แม้การวิจารณ์สินค้าและบริการจะเป็นการกระทำที่ผู้วิจารณ์แสดงออกว่าเป็นการกระทำของตนเองมิใช่การทำแทนผู้ประกอบการก็ตาม แต่การวิจารณ์สินค้าหรือบริการไม่ได้มีการทำสัญญาระหว่างผู้วิจารณ์กับผู้อ่านหรือผู้รับสารที่จะทำให้ผู้ประกอบการแสดงตนเข้าเอาสัญญานั้นได้ พฤติกรรมการวิจารณ์ลักษณะที่ได้ศึกษาอยู่นี้จึงไม่สามารถนำเรื่องตัวการไม่เปิดเผยชื่อมากำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์และผู้ประกอบการได้

3) พิจารณาเรื่องตัวแทนเขตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

นอกจากสัญญาตัวแทนที่มีการตกลงกันระหว่างตัวการและตัวแทนตามที่ได้วิเคราะห์ในข้อ 1) และตัวการไม่เปิดเผยชื่อตามข้อ 2) ข้างต้นแล้ว ยังมีกรณีของตัวแทนเขต¹⁷⁴ ซึ่งเป็นกรณีที่ตัวการไม่ได้มีความต้องการให้บุคคลคนใดคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตน แต่ด้วยการแสดงออก กิริยา หรือวาจาของตัวการแล้ว ทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่าตัวการได้มอบอำนาจให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการเป็นตัวแทนของตน ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายปิดปากตัวการไม่ให้ปฏิเสธความผูกพันที่ตัวแทนเขตได้กระทำแทนตัวการต่อบุคคลภายนอกนั้น โดยตัวการจะต้องผูกพันและมีความรับผิดชอบในสิ่งที่ตัวแทนเขตได้กระทำการแทนตนไปแต่ทั้งนี้ตัวแทนเขตยังคงอยู่ในหลักการพื้นฐานเรื่องตัวแทน กล่าวคือตัวแทนอาจไม่ได้ไปทำสัญญาใดๆ กับบุคคลภายนอกแทนตัวการ โดยอาจเป็นการทำกิจการใดๆ ก็ได้ แต่ที่สำคัญคือตัวแทนจะต้องกระทำการต่อบุคคลภายนอกแทนตัวการ เมื่อกรณีของการวิจารณ์สินค้าและบริการโดยผู้วิจารณ์ที่ได้รับผลประโยชน์จากผู้ประกอบการนั้น มิใช่การกระทำที่บุคคลที่สามเข้าใจว่าผู้วิจารณ์กระทำแทน หรือกระทำโดยได้รับมอบอำนาจจากผู้ประกอบการ แต่เป็นกรณีที่บุคคลที่สามเข้าใจว่าผู้วิจารณ์แสดงออกด้วยข้อความ กิริยา หรือวาจาของตนเอง ไม่ใช่ทำแทนหรืออยู่ภายใต้อำนาจของใคร ผู้วิจารณ์จึงไม่ได้อยู่ในฐานะตัวแทนเขตของผู้ประกอบการอันจะส่งผลให้มีหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายเรื่องตัวแทน ดังนั้นจึงพิจารณาได้ว่าระหว่างผู้วิจารณ์และผู้ประกอบการยังไม่สามารถนำเรื่องตัวแทนมาปรับใช้ซึ่งจะส่งผลให้ผู้วิจารณ์มีหน้าที่และความรับผิดชอบได้

4) พิจารณาเรื่องจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

“ตัวการซึ่งมิได้เปิดเผยชื่อจะกลับแสดงตนให้ปรากฏและเข้ารับเอาสัญญาใด ๆ ซึ่งตัวแทนได้ทำไว้แทนตนก็ได้ แต่ถ้าตัวการผู้ใดได้ยอมให้ตัวแทนของตนทำการออกหน้าเป็นตัวการไซ้ ท่านว่าตัวการผู้นั้นหาอาจจะทำให้เสื่อมเสียถึงสิทธิของบุคคลภายนอกอันเขามีต่อตัวแทน และเขาชวนขายได้มาแต่ก่อนที่รู้ว่าเป็นตัวแทนนั้นได้ไม่”

¹⁷⁴ “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 821 บัญญัติว่า

“บุคคลผู้ใดเขตบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเขตตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน”

สัญญาจ้างทำของ คือการที่ผู้รับจ้างตกลงทำงานอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงให้สินจ้างโดยวัตถุประสงค์มุ่งเพื่อผลสำเร็จของงานนั้น ทั้งนี้สินจ้างดังกล่าวอาจเป็นเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นก็ได้ตามแต่จะตกลงกัน หรือแม้แต่เป็นการให้อาหาร ให้ที่พักอาศัย ก็นับเป็นสินจ้างได้ โดยการจ้างทำของนั้นไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือและเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ ดังนั้นการวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ผู้วิจารณ์ได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น(สินจ้าง) และทำการวิจารณ์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ (ผลสำเร็จของงาน) แม้ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้วิจารณ์จะไม่ได้มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก็ถือว่าสัญญาจ้างทำของนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว

4.1.4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตกับผู้บริโภค

จากที่ได้ศึกษามาแล้วเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้บริโภคในการค้นหาข้อมูลก่อนซื้อสินค้าหรือบริการที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายรับข้อมูลเพียงฝ่ายเดียวผ่านโฆษณาทางสื่อแบบดั้งเดิมต่างๆ เป็นการสื่อสารสองฝ่ายคือผู้บริโภคเป็นทั้งฝ่ายรับข้อมูลและเป็นฝ่ายให้ข้อมูล กล่าวคือเป็นกรณีที่ผู้บริโภคแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน โดยจะให้ความเชื่อถือในข้อมูลจากประสบการณ์จริงซึ่งผู้บริโภครายอื่นเผยแพร่ไว้ โดยรูปแบบหนึ่งที่ได้รับคามนิยมในการบอกเล่าประสบการณ์เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของตน คือการจัดทำบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต เมื่อต่อมาผู้วิจารณ์ทำการวิจารณ์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจถือได้ว่าการวิจารณ์นั้นเป็นการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค เมื่อผู้บริโภคได้รับโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์โดยเข้าใจว่าเป็นบทวิจารณ์ที่มาจากผู้บริโภคจริงๆ และเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามที่ผู้วิจารณ์นำเสนอ แม้พฤติกรรมดังกล่าวผู้วิจารณ์สินค้าหรือบริการเป็นผู้ส่งสารเกี่ยวกับข้อมูลของสินค้าหรือบริการกับผู้บริโภคโดยตรงก็ตาม แต่ระหว่างผู้วิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตกับผู้บริโภคยังไม่มีนิติสัมพันธ์ทางนิติกรรมใดๆ ต่อกันตามกฎหมาย รวมถึงผู้วิจารณ์ย่อมไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคต่อผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้อ่านบทวิจารณ์ของตนเช่นกัน เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ไว้ นอกเสียแต่ผู้วิจารณ์จะอยู่ในสถานะของผู้ประกอบกิจการโฆษณา อีกทั้งระหว่างผู้บริโภคและผู้วิจารณ์ยังไม่มีนิติสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกันจึงเป็นไปตามสมมติฐานที่ว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยยังไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตได้ ในกรณีนี้ผู้วิจารณ์คือผู้ที่จูงใจผู้บริโภคให้สนใจในสินค้าและบริการ แต่ไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ในการกระทำของตนตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงต้องนำกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาพิจารณา อันได้แก่

1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 เรื่องละเมิดได้บัญญัติถึงการกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต

ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดอันก่อความรำบผิดแก่ผู้กระทำได้
 ชาติใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยการกระทำผิดกฎหมายสามารถแยกได้เป็นการกระทำผิดกฎหมายเพราะ
 มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดโดยตรง การกระทำผิดกฎหมายเพราะเป็นการล่วงสิทธิ หรือ
 ประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่น และเป็นการกระทำผิดกฎหมายเพราะเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำ
 ให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เมื่อนำมาพิจารณากับพฤติกรรมการวิจารณ์ของผู้วิจารณ์ที่มี
 ความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจแล้วย่อมถือได้ว่าการวิจารณ์ด้วยพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการล่วงสิทธิ
 ของผู้บริโภค หรือประทุษร้ายต่อสิทธิของผู้บริโภคในการที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำปรณณา
 คุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการและสิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือ
 บริการ เมื่อก่อความเสียหายแก่ผู้บริโภคที่ได้รับข้อมูลจากการวิจารณ์นั้นผู้วิจารณ์จึงมีความรำบผิดตาม
 กฎหมายแพ่งเรื่องละเมิด

2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587 เรื่องจ้างทำของซึ่งได้
 พิจารณาไปแล้วข้างต้นว่าระหว่างผู้วิจารณ์ที่ได้รับสินจ้างจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อผลงานคือการ
 วิจารณ์สินค้าและบริการในแนวทางสนับสนุนผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้นถือว่าสัญญาจ้างทำของได้เกิด
 มีขึ้นแล้ว เมื่อการวิจารณ์ด้วยพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบ
 ธุรกิจซึ่งเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการนั้น ทำให้เข้านิยามของคำว่า “โฆษณา” ตามพระราชบัญญัติ
 คຸ້ມครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 หากการวิจารณ์นั้นปกปิดความสัมพันธ์หรือไม่เปิดเผยว่าเป็น
 การโฆษณา ทำให้ผู้บริโภคที่รับทราบข้อความการวิจารณ์นั้นเกิดความหลงผิดในแหล่งข้อมูลอันเป็นการ
 บิดเบือนกระบวนกรตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคถือได้ว่าเป็นการกระทำสิทธิของ
 ผู้บริโภคตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบ
 อินเทอร์เน็ตด้วยพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายคຸ້ມครองผู้บริโภคและก่อความ
 เสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีความรำบผิดทางละเมิดต่อการวิจารณ์ที่ตนได้สั่งให้ผู้วิจารณ์
 ทำ และในการนี้หากผู้วิจารณ์ได้รู้ว่าการวิจารณ์ของตนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ผู้วิจารณ์จะต้อง
 รับผิดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจด้วย¹⁷⁵

จากที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น พิจารณาได้ว่าความรำบผิดของผู้วิจารณ์สินค้าและบริการ
 ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายไทยนั้น หากผู้วิจารณ์ไม่ใช่ผู้ประกอบกิจการโฆษณาแล้ว ย่อมไม่
 สามารถกำหนดความรำบผิดชอบผู้วิจารณ์ตามกฎหมายคຸ້ມครองผู้บริโภคได้ จำเป็นต้องนำหลัก
 กฎหมายแพ่งเรื่องละเมิดและจ้างทำของมาพิจารณา ซึ่งกระบวนกรในการพิจารณาคดีแพ่งทั่วไปเป็น

¹⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 บัญญัติว่า

“ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำ
 การงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับ
 จ้าง”

กระบวนการที่อยู่บนพื้นฐานว่าคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน หากนำมาปรับใช้กับกรณีของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจแล้ว อาจทำให้ผู้บริโภคอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบกว่าทั้งในด้านความรู้และทุนทรัพย์ เนื่องจากกระบวนการในการพิจารณาคดีแพ่งทั่วไปเป็นกระบวนการที่มีค่าใช้จ่ายสูงและใช้ระยะเวลาพิจารณาคดียาวนาน

พิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ไว้ใน The Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising (The Guides) กล่าวคือผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบหากมีการใช้ข้อความรับรองสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นความจริง หรือไม่ได้ทำการเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างตนเองและผู้รับรอง และผู้รับรองย่อมมีความรับผิดชอบต่อข้อความที่ตนรับรองไว้เช่นกัน¹⁷⁶ โดย The Guides กำหนดพฤติกรรมตัวอย่างเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์สินค้าและบริการไว้ เช่น ผู้โฆษณาผลิตภัณฑ์บำรุงผิวได้เข้าร่วมกับบริการโฆษณาผ่านบล็อก โดยบริการนี้จะจัดหาบล็อกเกอร์ที่เหมาะสมกับโฆษณาเพื่อประชาสัมพันธ์ให้กับผลิตภัณฑ์ของผู้โฆษณาผ่านทางบล็อกส่วนตัวของบล็อกเกอร์ซึ่งผู้โฆษณาต้องการให้บล็อกเกอร์เป็นผู้ทดลองผลิตภัณฑ์ใหม่และเขียนบทวิจารณ์ผลิตภัณฑ์นั้นลงในบล็อกส่วนตัวของบล็อกเกอร์ แม้ว่าผู้โฆษณาไม่ได้แจ้งถึงสรรพคุณของผลิตภัณฑ์ไว้ก็ตาม โดยในการวิจารณ์นี้บล็อกเกอร์เขียนในบล็อกของเธอว่าผลิตภัณฑ์บำรุงผิวนี้สามารถรักษาโรคผิวหนังได้และแนะนำผลิตภัณฑ์นี้ให้กับผู้อ่านบล็อกของเธอที่ประสบปัญหา ผู้โฆษณาจึงมีความรับผิดชอบต่อการกระทำที่ทำให้เข้าใจผิดหรือเป็นการพิสูจน์ที่ไม่มีหลักฐานที่เกิดขึ้นในการรับรองสินค้าหรือบริการของบล็อกเกอร์นั้น และบล็อกเกอร์เองย่อมมีความรับผิดชอบด้วยเช่นกันสำหรับการกระทำที่ทำให้เข้าใจผิด หรือเป็นการพิสูจน์ที่ไม่มีหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการรับรองสินค้าหรือบริการของตน อีกทั้งบล็อกเกอร์ยังคงต้องรับผิดชอบด้วยหากไม่เปิดเผยอย่างชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวของบล็อกเกอร์นั้นได้รับเงิน¹⁷⁷ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามเหตุผลจากการตัดสินใจของผู้วิจารณ์หรือผู้รับรองนั่นเองในการเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ด้านการเงินจากการรับรองสินค้าและบริการจึงจำเป็นต้องมีความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นจากการกระทำของตนเองเช่นกัน

ในส่วนของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้กำหนดนิยามของผู้ประกอบธุรกิจให้หมายรวมถึงผู้ที่ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการ จึงทำให้ผู้วิจารณ์หากอยู่ในความหมายของผู้ที่ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการย่อมจะมีความรับผิดชอบจากการกระทำของตนเองด้วย เมื่อผู้วิจารณ์ได้วิจารณ์โดยไม่เปิดเผยถึงความสัมพันธ์ของตนกับผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการโฆษณาที่ไม่แจ้งว่าเป็นการโฆษณาจนเป็นเหตุให้ผู้บริโภคหลงผิดและเป็นการ

¹⁷⁶ Section 255.1(d) of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255

¹⁷⁷ Section 255.1 Example 5 of The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. § 255.0

บิดเบือนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมและมีความรับผิดชอบตาม Consumer Protection (Fair Trading) Act อย่างไรก็ตามมาตรา 16 ได้บัญญัติไว้ว่าบุคคลซึ่งกระทำการในนามของผู้ประกอบธุรกิจ จัดพิมพ์ เผยแพร่ กระจาย หรือออกอากาศโฆษณาด้วยความสุจริตตามวิถีทางการค้าปกติ ไม่ต้องมีความรับผิดชอบฉบับนี้เกี่ยวกับถ้อยคำใดๆ ในการเป็นตัวแทนหรือการละเลยหน้าที่ในการโฆษณานั้น ดังนั้นผู้วิจารณ์ที่อยู่ในฐานะของผู้ที่ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการเมื่อกระทำโดยที่รู้ว่าเป็นความผิดหรือที่มิใช่ตามวิถีทางการค้าปกติแล้วย่อมมีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบถึงความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐสิงคโปร์แล้ว ย่อมเป็นกรณีที่ผู้วิจารณ์มีหน้าที่ตามกฎหมายในการชี้แจงถึงการโฆษณานั้นๆ ของตนเองจึงทำให้มีความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวด้วย แต่สำหรับกฎหมายของประเทศไทยแม้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จะมีได้มีการบัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์เอาไว้โดยตรงหากผู้วิจารณ์ไม่ได้อยู่ในฐานะของผู้ประกอบกิจการโฆษณา แต่ก็สามารถนำบทบัญญัติกฎหมายแพ่งเรื่องละเมิดมาปรับใช้เพื่อเอาผิดแก่ผู้วิจารณ์ได้ รวมถึงนำบทบัญญัติเรื่องจ้างทำของมาปรับใช้ได้ในเรื่องปัญหาเรื่องความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ แม้จะมีประเด็นเรื่องของสถานะในคดีแพ่งที่ผู้บริโภคอาจมีฐานะด้อยกว่า แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของไทยในปัจจุบัน การกำหนดความรับผิดแก่ผู้วิจารณ์ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นบุคคลธรรมดาที่มีความรู้และสภาพทางเศรษฐกิจด้อยกว่าผู้ประกอบการ อีกทั้งยังมีใช้ผู้มีวิชาชีพโฆษณาเช่นผู้ประกอบการโฆษณา ย่อมจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้วิจารณ์ด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการกระทำความผิดอันก่อความเสียหายขึ้นย่อมต้องมีผู้รับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหาย อีกทั้งเพื่อให้เกิดเป็นความรับผิดแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เอาเปรียบผู้บริโภคด้วยการโฆษณาในลักษณะนี้ จึงควรแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติเรื่องการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรมตามที่วิเคราะห์ไว้ในข้อ 4.1.1 รวมถึงการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าข้อความโฆษณาตามที่วิเคราะห์ไว้ในข้อ 4.1.2 เพราะฉะนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่ายังไม่สมควรแก้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคให้สามารถเอาผิดแก่ผู้วิจารณ์ที่มีใช้ผู้ประกอบการโฆษณาเป็นการส่วนตัวได้ แต่เห็นความจำเป็นให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการวิจารณ์ของผู้วิจารณ์ เช่น กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่ควบคุมการเปิดเผยความสัมพันธ์ในขณะทำการวิจารณ์สินค้าและบริการ หรือชี้แจงว่าเป็นข้อความโฆษณาหรือมีเจตนาในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น

| 4.1.4 ความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ | |
|----------------------------------|---|
| ประเทศไทย | ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เรื่องละเมิดจะทำให้ผู้วิจารณ์รับผิดชอบเป็นการส่วนตัว และมาตรา 587 สัญญาจ้างทำของ หากเกิดขึ้นแล้ว และการวิจารณ์ที่ไม่ชี้แจงว่าเป็นการโฆษณาถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค จะถือว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีความผิดในงานที่ตนสั่งให้ทำ จึงทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจและผู้วิจารณ์มีความรับผิดชอบร่วมกัน |
| สหรัฐอเมริกา | The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. § 255.0 The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. § 255.0 Section 255.1 กำหนดว่าผู้โฆษณาจะต้องรับผิดชอบต่อการใช้ข้อความรับรองสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นความจริง หรือไม่ได้ทำการเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้รับรอง (ผู้วิจารณ์) และผู้รับรอง (ผู้วิจารณ์) ย่อมมีความรับผิดชอบต่อข้อความที่ตนรับรองไว้เช่นกัน |
| สหภาพยุโรป | - |
| สหราชอาณาจักร | - |
| สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | - |
| สาธารณรัฐสิงคโปร์ | Consumer Protection (Fair Trading) Act Section 16 บุคคลซึ่งกระทำการในนามของผู้ประกอบธุรกิจ จัดพิมพ์ เผยแพร่ กระจาย หรือออกอากาศโฆษณาด้วยความสุจริต ตามวิถีทางการค้าปกติ ไม่ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับนี้เกี่ยวกับถ้อยคำใดๆ ในการเป็นตัวแทน หรือการละเลยหน้าที่ในการโฆษณานั้น ดังนั้นหากเป็นการกระทำที่รู้ว่าเป็นความผิด หรือที่มิใช่ตามวิถีทางการค้าปกติแล้ว บุคคลซึ่งกระทำการในนามของผู้ประกอบธุรกิจ จัดพิมพ์ เผยแพร่ กระจาย หรือออกอากาศโฆษณา ย่อมมีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว |

4.1.5 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจ

ผู้ประกอบการธุรกิจเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการซึ่งผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าหรือรับบริการด้วย ดังนั้นทั้งสองฝ่ายจึงมีนิติสัมพันธ์ต่อกันกล่าวคือมีนิติสัมพันธ์ต่อกันตามสัญญาซื้อขาย หรือสัญญา

บริการซึ่งจะต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบกันตามหลักการของสัญญาต่างตอบแทน อย่างไรก็ตาม ด้วยสภาพเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันที่ผู้ผลิตซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจอาจไม่ใช่ผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการที่เป็นคู่สัญญากับผู้บริโภคจึงไม่สามารถใช้หลักนิติสัมพันธ์ทางแพ่งมาปรับใช้ได้ แต่ทั้งนี้ด้วยนิติสัมพันธ์ดังกล่าวมีกฎหมายเฉพาะกล่าวคือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจที่มีต่อผู้บริโภคไว้แม้จะไม่ได้เป็นคู่สัญญาต่อกันก็ตาม โดยพฤติกรรมการวิจารณ์นี้ หากพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจหรือเกิดสัญญาจ้างทำของระหว่างผู้วิจารณ์และผู้ประกอบธุรกิจแล้ว เมื่อการวิจารณ์นั้นเป็นการกระหนาบสิทธิของผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีความรับผิดชอบเกิดขึ้นตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภครวมถึงหากสามารถนำบทบัญญัติในส่วนของ การคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาไปปรับใช้ได้จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความรับผิดชอบตามบทบัญญัติดังกล่าวด้วย ทั้งนี้หากผู้ประกอบธุรกิจมีความผิดนอกจากจะถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งแล้วยังมีโทษทางอาญากล่าวคือจำคุกหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้วย

เปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกามาตรา 5(a)(1) ของ Federal Trade Commission Act ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของวิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า หากฝ่าฝืน ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีความรับผิดชอบ ทั้งนี้รูปแบบพฤติกรรมหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาที่หลอกลวง เช่น การวิจารณ์สินค้าหรือบริการที่ปกปิดความสัมพันธ์ถูกกำหนดและยกตัวอย่างไว้ใน The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255 ทั้งนี้ในบทบัญญัติมาตรา 5 เองได้ให้อำนาจแก่ FTC ไว้หลายวิธีการ เช่น ออกหมายเรียกบุคคล หุ้นส่วน หรือบริษัทมาเพื่อชี้แจงข้อเท็จจริงต่างๆ ภายในระยะเวลา 30 วัน หรือมีอำนาจสั่งคุ้มครองชั่วคราวจากการกระทำที่เชื่อว่าเป็นธรรมทางการค้านั้น หรือฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าปรับทางแพ่งและค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภค เป็นต้น

สำหรับ Unfair Commercial Practices Directive ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรป ที่ Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ของสหราชอาณาจักร และ The Act against Unfair Competition ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นำไปออกเป็นกฎหมายภายในตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 ไปแล้วนั้น ได้มีการกำหนดนิยามของผู้ประกอบธุรกิจไว้รวมถึงบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคตลอดจนผู้บริโภคซึ่งกระทำในนามของผู้ประกอบธุรกิจ ในกรณีนี้ได้แก่ผู้วิจารณ์ที่ได้รับผลประโยชน์หรือมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ โดยพฤติกรรมในทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันเกี่ยวข้องกับการวิจารณ์ลักษณะนี้ ได้แก่ กรณีพฤติกรรมที่มีการกล่าวอ้างเท็จหรือสร้างความประทับใจว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง หรือการอ้างตัวเองเป็นผู้บริโภค จึงถือได้ว่าพฤติกรรมการวิจารณ์โดยผู้วิจารณ์ปกปิดความสัมพันธ์ระหว่างตนกับผู้ประกอบธุรกิจ ตลอดจนแสดงตัวเองเป็นผู้บริโภค ย่อมอยู่ในรูปแบบพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็น

ธรรม เมื่อผู้วิจารณ์กระทำในนามของผู้ประกอบธุรกิจจึงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความรับผิดชอบ เนื่องจากจากการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของตนด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรม

ในส่วนของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของสาธารณรัฐสิงคโปร์ Consumer Protection (Fair Trading) Act กำหนดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจไว้ในมาตรา 4 เรื่องของรูปแบบการกระทำที่ไม่เป็นธรรม อันได้แก่ การสร้างตัวแทนที่กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ เช่นบทความ ภาพยนตร์สารคดี หรือรายงานทางวิทยาศาสตร์ ทั้งที่ตัวแทนนั้นถูกตั้งขึ้นมาเพื่อการขายสินค้าหรือบริการเว้นแต่ตัวแทนจะได้ชี้แจงไว้ว่ามันคือการโฆษณาหรือการส่งเสริมการขาย ดังนั้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจได้ให้ผลประโยชน์แก่ผู้วิจารณ์ หรือเป็นกรณีที่ผู้วิจารณ์เป็นผู้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจ เช่น เป็นหุ้นส่วน ผู้บริหาร หรือพนักงาน เป็นต้น และได้ทำการวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุนเพื่อประชาสัมพันธ์การขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจโดยไม่ชี้แจงให้ชัดเจนว่าเป็นการโฆษณาประชาสัมพันธ์หรือมีเจตนาในเชิงพาณิชย์ย่อมมีความรับผิดชอบตามมาตราดังกล่าว

จึงพิจารณาได้ว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจไว้อย่างชัดเจนแล้ว แต่ประเด็นปัญหาอยู่ที่การวิจารณ์นั้นจะถือเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 หรือไม่ตามที่ได้วิเคราะห์ไว้ในข้อ 4.1.1 และข้อ 4.1.2

| 4.1.5 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจ | |
|---------------------------------------|---|
| ประเทศไทย | พระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 |
| สหรัฐอเมริกา | Federal Trade Commission Act Section 5. กรณีที่มีผู้ใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ในบทบัญญัติมาตรา 5 เองได้ให้อำนาจแก่ FTC ไว้หลายวิธีการ เช่น ออกหมายเรียกบุคคล หุ้นส่วน หรือบริษัทมาเพื่อชี้แจงข้อเท็จจริงต่างๆ ภายในระยะเวลา 30 วัน หรือมีอำนาจสั่งคุ้มครองชั่วคราวจากการกระทำที่เชื่อว่าจะไม่เป็นธรรมทางการค้านั้น หรือฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าปรับทางแพ่ง และค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภค เป็นต้น |
| สหภาพยุโรป | Unfair Commercial Practices Directive เมื่อบุคคลกระทำการใดในทางการค้าของตนเอง จึงเข้านิยามของคำว่าผู้ประกอบธุรกิจ เมื่อการกระทำทางการค้าของตนเองเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมยอมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความรับผิดชอบโดยมาตรา 13 บัญญัติให้รัฐสมาชิกเป็นผู้วางบทกำหนดโทษที่มีประสิทธิภาพเหมาะสม และสามารถป้องกันการกระทำดังกล่าวได้เอง |

| | |
|-------------------------|--|
| สหราชอาณาจักร | The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 เมื่อบุคคลกระทำการใดในทางการค้าของตนเอง จึงเข้านิยามของคำว่าผู้ประกอบการธุรกิจ เมื่อการกระทำทางการค้าของตนเองเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมยอมทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีความรับผิดเช่นเดียวกับ Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป และ Regulation 13. กำหนดให้ผู้ที่ฝ่าฝืนมีโทษปรับหรือจำคุกหรือทั้งจำทั้งปรับ |
| สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | The Act Against Unfair Competition มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกับ Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรปและ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ของ สหราชอาณาจักร กล่าวคือเมื่อเป็นการกระทำของผู้ที่อยู่ในนิยามของคำว่าผู้ประกอบการธุรกิจ และการกระทำนั้นเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดโดยอาจถูกฟ้องร้องให้เยียวยาความเสียหายทางแพ่ง และมีโทษทางอาญา |
| สาธารณรัฐสิงคโปร์ | Consumer Protection (Fair Trading) Act บุคคลซึ่งอยู่ในนิยามของคำว่าผู้ประกอบการธุรกิจ หากกระทำการอันไม่เป็นธรรมทางการค้าทำให้มีความรับผิดตามบทบัญญัติดังกล่าว และ Section 6(1) ผู้บริโภคที่ได้เข้าทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมมีสิทธิดำเนินคดีแก่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ |

4.1.6 ความรับผิดของผู้ประกอบกิจการโฆษณา

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 50 ได้กำหนดความรับผิดของผู้ประกอบกิจการโฆษณา รวมถึงเจ้าของสื่อโฆษณาไว้กึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น แต่ในยุคปัจจุบันการทำโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการของผู้ประกอบการธุรกิจมักจะกระทำผ่านผู้ประกอบกิจการโฆษณา หรือเป็นกรณีที่ว่าจ้างผู้ประกอบกิจการโฆษณาให้จัดทำโฆษณาและประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการแบบครบวงจร โดยที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการนั้นไม่ได้มีความรู้ทั้งในแง่ของกฎหมายและวิธีการทำโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้า ทำให้เกิดความรู้ไม่เท่าทันต่อความผิดที่เกิดขึ้นจากการโฆษณาสินค้าหรือบริการของตน แต่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยได้กำหนดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจให้มีความรับผิดไว้ฐานหนึ่ง โดยในส่วนของผู้ประกอบกิจการโฆษณาซึ่งเป็นผู้จัดทำโฆษณาซึ่งน่าจะเป็นผู้มีความรู้มากที่สุดทั้งในแง่ของกฎหมายและวิธีการโฆษณาแต่กลับมีความรับผิดเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่ผู้ประกอบการได้รับเท่านั้น

เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศแล้ว ในกรณีของสหรัฐอเมริกายกตัวอย่างความรับผิดของผู้ประกอบกิจการโฆษณาได้แก่คำตัดสินของ Federal Trade Commission ต่อ Reverb Communications, Inc., and Tracie Snitker โดยที่ Reverb เป็นบริษัทที่ให้บริการทางด้านโฆษณาและประชาสัมพันธ์รวมถึงการทำการตลาดและจัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้พัฒนาวิดีโอเกม

แอปพลิเคชันและเกมแอปพลิเคชันบนมือถือ โดยมี Tracie Snitker เป็นพนักงานตำแหน่งกรรมการของบริษัทด้วย จำเลยทั้งสองได้มีการเผยแพร่บทวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตเกี่ยวกับวิดีโอเกมของลูกค้าที่จำเลยทำการตลาดให้ด้วยข้อความที่ทำให้ผู้อ่านเข้าใจว่าเป็นการวิจารณ์จากผู้บริโภคที่ชื่นชอบในวิดีโอเกมนั้น การที่จำเลยไม่ได้เปิดเผยว่าผู้วิจารณ์เหล่านั้นถูกจ้างมาและได้รับค่าตอบแทนเป็นส่วนแบ่งจากการขาย ข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นสิ่งสำคัญสำหรับผู้บริโภคที่กำลังประเมินคำรับรองสนับสนุนสินค้าและกำลังตัดสินใจที่จะซื้อเกมแอปพลิเคชัน การโฆษณาของจำเลยถือเป็นการโฆษณาที่หลอกลวงและเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดของ Federal Trade Commission Act จากกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่บริษัทโฆษณาเป็นผู้จัดทำตลาดโดยการโฆษณาสินค้าให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจอย่างครบวงจรเพื่อที่ตนจะได้รับส่วนแบ่งจากการขายนั้น กรณีตามข้อเท็จจริงนี้ไม่ปรากฏว่า FTC ได้ให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นเจ้าของสินค้านำมาขาย แต่ให้จำเลยซึ่งเป็นบริษัทโฆษณาที่กระทำเพื่อส่วนแบ่งจากยอดขายของตนเองเป็นผู้มีความรับผิดชอบ

สำหรับกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ มาตรา 2 ของ Consumer Protection (Fair Trading) Act ได้บัญญัติถึงความหมายของ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” รวมถึงผู้ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการ ตลอดจนผู้ที่เป็นตัวแทนและพนักงานของผู้จัดหา ผู้จัดจำหน่าย ผู้ผลิต เป็นต้น ทำให้ผู้ประกอบการโฆษณา หากเป็นผู้ที่ทำการโฆษณาหลอกลวง เช่นกรณีที่ทำการวิจารณ์เพื่อประชาสัมพันธ์หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ประกอบการที่ย่อมอยู่ในความหมายของผู้ประกอบการธุรกิจในส่วนของผู้ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการอันจะมีความรับผิดชอบของตนเองด้วย

ดังนั้นจึงสังเกตได้จากบทบัญญัติของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้ว่าหากผู้ประกอบการโฆษณาได้กระทำความผิดต่อการโฆษณาด้วยพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า ย่อมก่อความรับผิดชอบของตนเอง และมีความรับผิดชอบเท่ากับผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการทั้งยังอาจวิเคราะห์ได้ถึงกรณีที่ผู้โฆษณาเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการด้านประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการทั้งหมดโดยผู้ประกอบการไม่ได้มีส่วนดำเนินการในส่วนนี้ด้วย อาจทำให้ผู้ประกอบการไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ประกอบการโฆษณาได้ อย่างไรก็ตามผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทบัญญัตินี้ควรจะต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของผู้ประกอบการโฆษณามากขึ้นทั้งในแง่ของเศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์จึงยังไม่สมควรมีการแก้ไขบทกำหนดโทษของผู้ประกอบการโฆษณาตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยในขั้นนี้

| 4.1.6 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการโฆษณา | |
|--|--|
| ประเทศไทย | <ul style="list-style-type: none"> - ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องละเมิด - พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 50 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำตามมาตรา 47 มาตรา 48 หรือมาตรา 49 เป็นการกระทำของเจ้าของสื่อโฆษณา หรือผู้ประกอบกิจการโฆษณา ผู้กระทำต้องระวางโทษเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น” |
| สหรัฐอเมริกา | <ul style="list-style-type: none"> - The Commission’s Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. § 255.0 ออกภายใต้ Federal Trade Commission Act ได้ยกตัวอย่างพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าจากการปกปิดความสัมพันธ์ในระหว่างการวิจารณ์สินค้าหรือบริการไว้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีการบัญญัติแยกสำหรับผู้โฆษณา หรือผู้ประกอบการ เนื่องจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าทุกคน อาจเป็นผู้มีความรับผิดชอบและถูกดำเนินการตรวจสอบจาก FTC ได้ |
| สหภาพยุโรป | - |
| สหราชอาณาจักร | - |
| สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | - |
| สาธารณรัฐสิงคโปร์ | <ul style="list-style-type: none"> - Consumer Protection (Fair Trading) Act เนื่องจากผู้ประกอบกิจการโฆษณาเป็นบุคคลซึ่งอยู่ในนิยามของคำว่าผู้ประกอบการ ในส่วนของผู้ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการ หากได้กระทำการอันไม่เป็นธรรมทางการค้าย่อมทำให้มีความรับผิดชอบตามบทบัญญัติดังกล่าว และ Section 6(1) ผู้บริโภคที่ได้เข้าทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมมีสิทธิดำเนินคดีแก่ผู้ประกอบการได้ |

4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่กระทบต่อการแข่งขันทางการค้าของผู้ประกอบการอื่น

กรณีพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการของผู้วิจารณ์ที่ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบการ หรือผู้วิจารณ์เป็นหุ้นส่วน ลูกจ้าง หรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ประกอบการ

ทำการวิจารณ์สินค้าหรือบริการในแนวทางสนับสนุนโดยปกปิดความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้ประกอบธุรกิจไม่แจ้งให้ผู้บริโภคทราบ ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนและหลงผิดเข้าใจว่าการวิจารณ์สินค้าและบริการนั้นกระทำโดยผู้วิจารณ์อิสระที่อยู่ในฐานะผู้บริโภคที่แท้จริงซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจ และได้เลือกซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการตามผู้วิจารณ์นั้น พฤติกรรมดังกล่าวกระทบสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น เนื่องจากการแย่งส่วนแบ่งทางการตลาดโดยใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นการใช้มาตรการชักจูงให้ผู้บริโภคประกอบธุรกรรมกับตนโดยการหลอกลวงผู้บริโภคซึ่งส่งผลกระทบต่อรายได้ของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

เมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 การบังคับใช้มาตรา 25 ต้องมีการพิสูจน์ถึงการใช้อำนาจเหนือตลาด มาตรา 26 เป็นเรื่องการควรวรมกิจการ และมาตรา 27 เป็นเรื่องของกรกระทำการตกลงร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งซึ่งทั้ง 3 มาตรานี้มีเป้าหมายในการป้องกันมิให้เกิดการผูกขาดในตลาดมากกว่าการให้การคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใดในตลาด แตกต่างจากมาตรา 29¹⁷⁸ ที่เป็นเพียงการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันโดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ถึงอำนาจเหนือตลาด หรือเป็นการกระทำอันเป็นการผูกขาดทางการค้า หากเป็นเพียงการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าซึ่งก่อความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่แข่งขันอยู่ในตลาดย่อมมีความรับผิดชอบตามมาตรา 29 โดยมีองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 29 ดังนี้

- 1) เป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน
- 2) มีลักษณะของการกระทำที่มีใช่เป็นการแข่งขันที่เสรี และเป็นธรรม
- 3) การกระทำนั้น เกิดผลทำให้ธุรกิจของผู้อื่น (ก) ถูกทำลาย (ข) ได้รับความเสียหาย (ค) ถูกขัดขวาง (ง) ถูกกีดกัน (จ) ถูกจำกัดการประกอบธุรกิจ (ฉ) เพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ (ช) ต้องล้มเลิกธุรกิจ

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของมาตรา 29 แล้ว กรณีพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยวิธีการปกปิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์และผู้ประกอบธุรกิจทั้งยังแสดงตัวเองว่าเป็นผู้บริโภค โดยไม่แจ้งให้ผู้อ่านบทวิจารณ์ทราบว่า การวิจารณ์นั้นเป็นการโฆษณาประชาสัมพันธ์หรือมีเจตนาทางพาณิชย์ ซึ่งส่งผลให้ผู้บริโภคสับสนและหลงผิดเข้าใจว่าเป็นการ

¹⁷⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ”

วิจารณ์สินค้าหรือบริการโดยผู้บริโภค อันเป็นการแทรกแซงและบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจของผู้บริโภคทำให้ผู้บริโภคเลือกซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการตามผู้วิจารณ์ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมด้วยการใช้มาตรการชักจูงให้ผู้บริโภคทำนิติกรรมกับตนโดยวิธีการหลอกลวงผู้บริโภค ซึ่งส่งผลกระทบต่อรายได้และก่อความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่นจะถือว่าพฤติกรรมกรรมการวิจารณ์ดังกล่าวผู้ประกอบการนั้นประสงค์ต่อผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไปหรือไม่ ประกอบกับบทบัญญัติในมาตรานี้มีสภาพบังคับในทางอาญากล่าวคือมีโทษจำคุกและปรับ ทำให้การตีความพฤติกรรมที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้จะต้องตีความอย่างเคร่งครัดตามหลักการตีความของกฎหมายอาญา จึงเกิดปัญหาในการตีความกฎหมายเพื่อปรับใช้ให้เข้ากับองค์ประกอบตามมาตรา 29 กล่าวคือ

1) ปัญหาในการพิจารณาเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็นองค์ประกอบของมาตรา 29 ในส่วนของ “ลักษณะของการกระทำที่มีใช่เป็นการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม” โดยสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ได้ออกแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 (Guidelines) กำหนดรูปแบบของลักษณะพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) ทั้งหมด 6 รูปแบบ ดังนี้

- (ก) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อ/ขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
 - (1) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาสูงอย่างไม่เป็นธรรมหรือสูงเกินสมควร (Unreasonably High Price)
 - (2) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาต่ำอย่างไม่เป็นธรรมหรือการกำหนดราคาต่ำกว่าทุน
 - (3) การกำหนดราคาที่แตกต่างกันกับลูกค้า (Price discrimination)
- (ข) การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจ ของผู้ประกอบการรายอื่น
 - (1) การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิเฉพาะ (Exclusivity)
 - (2) การบังคับขายพ่วง (Tie-in-sale)
 - (3) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance)
- (ค) การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร
- (ง) การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอาเปรียบผู้อื่น บังคับหรือชักจูงลูกค้าให้ประกอบธุรกิจกับตน หรือกำหนดข้อเรียกร้องใดๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการรายอื่น

- (จ) การกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของผู้ประกอบธุรกิจอื่น
- (ฉ) การกระทำอื่นใดที่มีใช่เป็นวิสัยทางการค้าปกติและมีเจตนาทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป

ตามรูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เผยแพร่ไว้ นั้น รูปแบบพฤติกรรมที่อาจนำมาปรับกับการวินิจฉัยสินค้าและบริการได้แก่ กรณีข้อ (ฉ) การกระทำอื่นใดที่มีใช่เป็นวิสัยทางการค้าปกติและมีเจตนาทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป โดยจะต้องมีการพิจารณาเสียก่อนกว่าการวินิจฉัยนั้นเป็นการกระทำที่อยู่ในวิสัยทางการค้าปกติของผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ กรณีดังกล่าวพิจารณาได้ว่าการโฆษณาด้วยการแสดงตัวเป็นผู้บริโภคผ่านการวินิจฉัยถือได้ว่าเป็นการโฆษณาด้วยวิธีการที่หลอกลวงอันเนื่องมาจากการตลาดแบบปากต่อปาก หรือ Word-of-mouth marketing ทำให้ผู้บริโภคเชื่อถือคำบอกเล่าประสบการณ์จากผู้บริโภคด้วยกันเอง โดยเฉพาะหากผู้วิจารณ์เป็นผู้ที่คนในสังคมรู้จัก มีชื่อเสียง หรือมีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง เช่นบล็อกเกอร์ ยังมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของผู้บริโภค เมื่อโฆษณาที่แฝงมากับการวิจารณ์ซึ่งเป็นสื่อที่สร้างขึ้นโดยผู้บริโภค โดยไม่ชี้แจงว่าเป็นการโฆษณาแล้ว อีกทั้งยังหลอกลวงว่าผู้วิจารณ์จัดทำวิจารณ์โดยอิสระ และเป็นผู้บริโภคที่ไม่มีผลประโยชน์กับผู้ประกอบธุรกิจย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ได้อยู่ในวิสัยทางการค้าปกติของผู้ประกอบธุรกิจ

องค์ประกอบในส่วนถัดไปของข้อ (ฉ) ได้แก่ “เจตนาที่จะทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจ” เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วผู้ประกอบธุรกิจเองไม่ว่าจะเป็นการดำเนินธุรกิจหรือการทำการตลาดใดๆ ย่อมมีเจตนาประสงค์ต่อผลเพียงให้ตนจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการได้เพิ่มมากขึ้นเพื่อเพิ่มส่วนแบ่งทางการตลาดให้แก่ตน และเพื่อให้ได้ยอดขายหรือรายรับที่มากขึ้น หากจะตีความขยายเจตนาดังกล่าวไปว่าเป็นเจตนาที่จะทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจตามองค์ประกอบในส่วนนี้ ย่อมเป็นการตีความเกินกว่าเจตนาซึ่งจะเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการตลาดนั้น จึงถือได้ว่าพฤติกรรมในทางการค้าตามข้อ (ฉ) นี้ยังไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการวินิจฉัยด้วยพฤติกรรมดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมและอาจเป็นพฤติกรรมที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้จริง

2) ปัญหาในการพิจารณาเรื่องการพิสูจน์ “ความเสียหายที่เกิดขึ้น” กล่าวคือการกระทำนั้นจะต้องเกิดผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้

ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ จึงจะเข้าองค์ประกอบของมาตรา 29 ซึ่งจะต้องมีการพิจารณากันเป็นกรณี เนื่องจากข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีมีปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องแตกต่างกัน โดยในกรณีพฤติกรรมการวิจารณ์ที่ปกปิดความสัมพันธ์นี้ อาจเป็นการเปรียบเทียบข้อมูลการจำหน่ายหรือการให้บริการตั้งแต่ก่อนและหลังจากมีการวิจารณ์สินค้าและบริการดังกล่าวซึ่งปัญหาจะอยู่ที่การพิสูจน์ว่าเกิดความเสียหายขึ้นจริง หากเป็นการยากในการพิสูจน์นี้จะทำให้มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพ

ดังนั้นจึงพิจารณาได้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 อาจเป็นช่องทางในการเอาผิดแก่ผู้ประกอบการที่จัดทำโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์หรือการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตด้วยพฤติกรรมการปกปิดความสัมพันธ์และไม่ชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบว่า เป็นข้อความโฆษณาได้ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่กว้างขวางทำให้พฤติกรรมการวิจารณ์นั้นสามารถเข้าองค์ประกอบความผิดได้อย่างครบถ้วน อย่างไรก็ตาม มาตรา 29 ไม่ได้ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงหรือประกาศเพิ่มเติมอย่างเช่นพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22(5) ดังนั้นรูปแบบพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เผยแพร่ไว้จึงไม่ถือว่าเป็นกฎหมายและไม่มีสภาพบังคับ และปัญหาอีกประการหนึ่งคือรูปแบบพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เผยแพร่ไว้ นั้น ยังไม่สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีการวิจารณ์ตามพฤติกรรมที่กำลังศึกษาอยู่นี้ได้อย่างเหมาะสมทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอีกส่วนหนึ่งด้วยว่าหากเป็นกรณีที่นอกเหนือจากแนวปฏิบัตินี้จะสามารถนำมาตรา 29 มาปรับใช้ได้หรือไม่ ซึ่งจะมีผลต่อการรับเรื่องร้องเรียนของเจ้าหน้าที่ด้วย

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของทั้ง 3 ประเทศ ดังต่อไปนี้ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการรายอื่นไปพร้อมกับคุ้มครองผู้บริโภคกล่าวคือกรณี FTC Act ประกอบกับ The Guides ของสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดไว้ชัดเจนว่าพฤติกรรมการรับรองหรือวิจารณ์นี้หากจะไม่ใช่เป็นการผิดต่อกฎหมายจะต้องมีการเปิดเผยความสัมพันธ์ในการวิจารณ์ในแต่ละครั้งไว้ด้วย และเมื่อใดที่การกระทำคือการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการหรือมีเจตนาในเชิงพาณิชย์ของผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมีการชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบทุกครั้ง

Unfair Commercial Practices Directive ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์กลางของสหภาพยุโรปที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงในการคุ้มครองผู้บริโภค และวัตถุประสงค์โดยอ้อมในการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม¹⁷⁹ ได้บัญญัติพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการโฆษณาโดยแสดงตัวเป็นผู้บริโภค เช่น กรณีการรับรองหรือวิจารณ์สินค้าและบริการที่ผู้วิจารณ์ไม่เปิดเผยความสัมพันธ์ไว้ อย่างชัดเจนกล่าวคือกรณีพฤติกรรมการกล่าวอ้างเท็จว่าผู้ประกอบการไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมาย

¹⁷⁹ (8) of Unfair Commercial Practices Directive

ที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตน หรือการอ้างตัวเองเป็นผู้บริโภค ตลอดจนได้บัญญัติถึงการปฏิบัติในทางการค้าที่ทำให้หลงผิด เช่นกรณีการให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจ ผิดพลาดหรือไม่เป็นความจริง และกรณีของการละเลยหรือปกปิดไม่เปิดเผยหรือเปิดเผยไม่ชัดเจนว่า การกระทำต่างๆ นั้นมีเจตนาในเชิงพาณิชย์

The Act against Unfair Competition มาตรา 1¹⁸⁰ ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองผู้บริโภค ผู้แข่งขันและผู้มีส่วนร่วมในตลาด จากการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะไม่ให้มีการการบิดเบือนจากการแข่งขันทางการค้าซึ่งได้มีบทบัญญัติคล้ายคลึงกับ Unfair Commercial Practices Directive ของสหภาพยุโรป นอกจากนี้ The Act against Unfair Competition ในส่วนที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้ายังได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการทางพาณิชย์ซึ่งฝ่าฝืนกฎหมายฉบับนี้จะต้องชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ประกอบธุรกิจอื่นอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวของตนด้วย¹⁸¹ ซึ่งจะสังเกตได้ว่ากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมีเจตนาร้ายที่จะทำลายหรือทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป ดังเช่นรูปแบบที่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กระทรวงพาณิชย์ได้เผยแพร่ไว้อันเกี่ยวเนื่องมาจากมาตรา 29 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพียงแต่มีความเสียหายเกิดขึ้นจริงจากการกระทำนั้นผู้ประกอบธุรกิจอื่นย่อมสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ นอกจากนี้ผู้กระทำความผิดอาจถูกริบทรัพย์สินที่เป็นกำไรซึ่งได้มาจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าดังกล่าวด้วย¹⁸²

ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 ควรมีการแก้ไขให้ชัดเจนมากขึ้น โดยการแก้ไขเรื่องสถานะทางกฎหมายของรูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เผยแพร่ไว้และสมควรนำบทบัญญัติของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นตัวอย่างเบื้องต้นเพื่อแก้ไขและพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยในส่วนของพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าให้เหมาะสมมากยิ่งขึ้น

¹⁸⁰ Section 1 of The Act Against Unfair Competition

¹⁸¹ Section 9 of The Act Against Unfair Competition

¹⁸² Section 10 of The Act Against Unfair Competition

| 4.2 พฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการรายอื่น | |
|--|---|
| ประเทศไทย | พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ” |
| สหรัฐอเมริกา | <ul style="list-style-type: none"> - Federal Trade Commission Act Section 5(a)(1) กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในทางการค้า หรือที่กระทบต่อการค้า และการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือโดยหลอกลวงในทางการค้า หรือที่กระทบต่อการค้า ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย - The Commission’s Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising เป็นคู่มือที่กำหนดให้ผู้วิจารณ์หรือรับรองสินค้าหรือบริการจะต้องมีการชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบด้วยหากการรับรองหรือวิจารณ์ของตนได้รับค่าตอบแทนหรือประโยชน์ในลักษณะอื่นจากผู้ประกอบธุรกิจ หรือมีผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้สนับสนุน |
| สหภาพยุโรป | Unfair Commercial Practices Directive มาตรา 5 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมไว้ว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องห้าม เช่นการปฏิบัติทางการค้าที่ขัดต่อความระมัดระวังตามวิชาชีพ ทำให้หลงผิดซึ่งหากปราศจากการกระทำนั้นแล้วผู้บริโภคโดยเฉลี่ยอาจไม่เข้าทำนิติกรรมด้วย รวมถึงพฤติกรรมที่ระบุไว้ในภาคผนวก 1 ซึ่งกล่าวถึงรูปแบบพฤติกรรมการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ถือว่าต้องห้ามกระทำในทุกกรณี เช่น ข้อ 22 การอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือหรือวิชาชีพของตนเอง หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค รวมถึงในมาตรา 6 ได้บัญญัติถึงการปฏิบัติในทางการค้าที่ทำให้หลงผิด และมาตรา 7 บัญญัติถึงการละเลยในการชี้แจงข้อมูลอันก่อให้เกิดความเข้าใจผิด |
| สหราชอาณาจักร | - |
| สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | The Act Against Unfair Competition Section 3(3) บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคไว้หลายกรณี เช่น ภาคผนวก ข้อ 23 การสร้างข้อมูล หรือความพึงพอใจที่เป็นเท็จว่าผู้ประกอบธุรกิจคือผู้บริโภค หรือไม่ได้แสดงออกว่าเป็นการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือหรือวิชาชีพของตนเองและ Section 5(1)4 ที่เกี่ยวกับพฤติการณ์ที่มีข้อความเท็จหรือหลอกลวงด้วยข้อความหรือสัญลักษณ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้การสนับสนุนทั้งทางตรงและทางอ้อม หรือ การรับรองของผู้ประกอบธุรกิจในสินค้าหรือบริการนั้นๆ |

| | |
|-----------------------|---|
| สาธารณรัฐ สิงคโปร์ | - |
|-----------------------|---|



4.3 สรุปประเด็นปัญหาและกฎหมายของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐสิงคโปร์

| ประเทศไทย | สหรัฐอเมริกา | สหภาพยุโรป | สหราชอาณาจักร | สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | สาธารณรัฐสิงคโปร์ |
|---|--|--|--|--|---|
| พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 บัญญัติเกี่ยวกับการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรม เช่นข้อความเท็จหรือเกินจริง และข้อความที่ทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญของสินค้าและบริการ มาตรา 23 บัญญัติถึงวิธีการโฆษณาที่เป็นการอันตราย หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค | - Federal Trade Commission Act มาตรา 5(a)(1) วิธีการ การกระทำ หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในทางการค้า ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย - The Guides การโฆษณาโดยให้บุคคลวิจารณ์ รับรอง หรือพิสูจน์จะต้องเปิดเผยความสัมพันธ์หรือสถานะให้ผู้อ่านทราบ | Unfair Commercial Practices Directive - มาตรา 5 บัญญัติถึงการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม และกำหนดรูปแบบไว้ในภาคผนวกที่ 1 โดยข้อ 22 ระบุถึงการอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตนเอง หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค | Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 มาตรา 3(4)(d) บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมไว้หลายกรณี เช่น มาตราที่ 1 ข้อ 22 ระบุถึงการอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค | The Act against Unfair Competition มาตรา 3(3) บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค โดยภาคผนวก ข้อ 23 ระบุถึงพฤติกรรมเกี่ยวกับ การสร้างข้อมูล หรือ ความพึงพอใจที่เป็นเท็จ ว่าผู้ประกอบธุรกิจคือ ผู้บริโภค หรือไม่ได้แสดงออกว่าเป็นการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า | Consumer Protection (Fair Trading) Act มาตรา 4(d) บัญญัติถึง ความหมายและรูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในตารางที่ 2 ข้อ 14 ระบุถึงรูปแบบ พฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมโดยการสร้าง ตัวแทน หรือแต่งตั้ง บุคคลเพื่อการขาย สินค้าหรือบริการ เว้นแต่จะตกลงไว้ว่าเป็นการโฆษณา หรือการส่งเสริม |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---------------|
| | | | | | <p>ผู้บริโภคนิยมซื้อสินค้าที่ราคาถูกกว่า หรือคุณภาพดีกว่า</p> <p>การชั่งน้ำหนักสินค้าไม่ถูกต้อง</p> <p>การบรรจุสินค้าไม่เหมาะสม</p> <p>การฉ้อโกง</p> <p>การโฆษณาชวนเชื่อ</p> <p>การละเมิดสิทธิผู้บริโภค</p> | <p>ผู้บริโภคกระทำการใดก็ตามที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด เช่น ข้อความหรือสัญลักษณ์ใดๆที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าหรือบริการนั้นๆ</p> | <p>การขาย</p> |
| <p>มาตรา 6 ได้บัญญัติถึงการปฏิบัติทางการค้าที่ทำให้หลงผิด</p> <p>มาตรา 7 บัญญัติถึงการละเลยในการแจ้งข้อมูลถึง</p> <p>การละเลยในการแจ้งข้อมูลถึง</p> <p>ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด</p> | <p>ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าไม่ใช่การโฆษณา ถือเป็นการละเลยในการแจ้งข้อมูลถึง</p> <p>ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด</p> | <p>ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าไม่ใช่การโฆษณา ถือเป็นการละเลยในการแจ้งข้อมูลถึง</p> <p>ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด</p> | <p>ผู้บริโภคนิยมซื้อสินค้าที่ราคาถูกกว่า หรือคุณภาพดีกว่า</p> <p>การชั่งน้ำหนักสินค้าไม่ถูกต้อง</p> <p>การบรรจุสินค้าไม่เหมาะสม</p> <p>การฉ้อโกง</p> <p>การโฆษณาชวนเชื่อ</p> <p>การละเมิดสิทธิผู้บริโภค</p> | <p>ผู้บริโภคกระทำการใดก็ตามที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด เช่น ข้อความหรือสัญลักษณ์ใดๆที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าหรือบริการนั้นๆ</p> | <p>การชั่งน้ำหนักสินค้าไม่ถูกต้อง</p> <p>การบรรจุสินค้าไม่เหมาะสม</p> <p>การฉ้อโกง</p> <p>การโฆษณาชวนเชื่อ</p> <p>การละเมิดสิทธิผู้บริโภค</p> | <p>การชั่งน้ำหนักสินค้าไม่ถูกต้อง</p> <p>การบรรจุสินค้าไม่เหมาะสม</p> <p>การฉ้อโกง</p> <p>การโฆษณาชวนเชื่อ</p> <p>การละเมิดสิทธิผู้บริโภค</p> | |
| <p>พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 26 เป็นบทบัญญัติที่ให้อ่านจากแก่</p> <p>เจ้าหน้าที่ในการกำหนดให้โฆษณาใดต้องมีข้อความกำกับให้ประชาชนทราบว่า</p> <p>ข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณา</p> | <p>The Guides การวิจารณ์ การรับรอง หรือการพิสูจน์ที่ได้รับประโยชน์ตอบแทน ถือว่าเป็นโฆษณา จะต้องเปิดเผย</p> <p>ความสัมพันธ์หรือสถานะให้ผู้อ่านทราบ</p> <p>- Dot com Disclosures ออกมาเพื่อสนับสนุน The Guides โดยกำหนดตัวอย่างของวิธีการ</p> | <p>Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 มาตรา 3(4)(d) บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมไว้หลายกรณี เช่น ตารางที่ 1 ข้อ 22 การอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ</p> <p>ลักษณะฝีมือ หรือวิชาชีพของ</p> | <p>ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าไม่ใช่การโฆษณา ถือเป็นการละเลยในการแจ้งข้อมูลถึง</p> <p>ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด</p> | <p>ผู้บริโภคนิยมซื้อสินค้าที่ราคาถูกกว่า หรือคุณภาพดีกว่า</p> <p>การชั่งน้ำหนักสินค้าไม่ถูกต้อง</p> <p>การบรรจุสินค้าไม่เหมาะสม</p> <p>การฉ้อโกง</p> <p>การโฆษณาชวนเชื่อ</p> <p>การละเมิดสิทธิผู้บริโภค</p> | <p>ผู้บริโภคกระทำการใดก็ตามที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด เช่น ข้อความหรือสัญลักษณ์ใดๆที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าหรือบริการนั้นๆ</p> | <p>การชั่งน้ำหนักสินค้าไม่ถูกต้อง</p> <p>การบรรจุสินค้าไม่เหมาะสม</p> <p>การฉ้อโกง</p> <p>การโฆษณาชวนเชื่อ</p> <p>การละเมิดสิทธิผู้บริโภค</p> | |
| <p>2. การชี้แจงให้ประชาชนทราบว่า</p> <p>ข้อความโฆษณา</p> | <p>Unfair Commercial Practices Directive มาตรา 5 บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม และกำหนดรูปแบบไว้ในภาคผนวกที่ 1 โดยข้อ 22 ระบุถึงการอ้างเท็จหรือสร้างความรู้สึกต่อบุคคลอื่นว่าผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ</p> | <p>ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าไม่ใช่การโฆษณา ถือเป็นการละเลยในการแจ้งข้อมูลถึง</p> <p>ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด</p> | <p>ผู้บริโภคนิยมซื้อสินค้าที่ราคาถูกกว่า หรือคุณภาพดีกว่า</p> <p>การชั่งน้ำหนักสินค้าไม่ถูกต้อง</p> <p>การบรรจุสินค้าไม่เหมาะสม</p> <p>การฉ้อโกง</p> <p>การโฆษณาชวนเชื่อ</p> <p>การละเมิดสิทธิผู้บริโภค</p> | <p>ผู้บริโภคกระทำการใดก็ตามที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด เช่น ข้อความหรือสัญลักษณ์ใดๆที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าหรือบริการนั้นๆ</p> | <p>การชั่งน้ำหนักสินค้าไม่ถูกต้อง</p> <p>การบรรจุสินค้าไม่เหมาะสม</p> <p>การฉ้อโกง</p> <p>การโฆษณาชวนเชื่อ</p> <p>การละเมิดสิทธิผู้บริโภค</p> | <p>การชั่งน้ำหนักสินค้าไม่ถูกต้อง</p> <p>การบรรจุสินค้าไม่เหมาะสม</p> <p>การฉ้อโกง</p> <p>การโฆษณาชวนเชื่อ</p> <p>การละเมิดสิทธิผู้บริโภค</p> | |

| | | | | | | | |
|--|--|--|---|---|---|--|--|
| | | เปิดเผยความลับพันธมิตรของผู้ประกอบการหรือผู้ประกอบธุรกิจในธุรกิจ และผู้วิจารณ์ในการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตให้ชัดเจน | เป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะฝีมือ หรือวิชาชีพของตนเอง หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค - มาตรา 7บัญญัติถึงกรณีของการละเลย 'ไม่แจ้งข้อมูลอื่น' ก่อให้เกิดความหลงผิดแก่ผู้บริโภค | ตนเอง หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค มาตรา 6(1)(d) เป็นกรณีของการโฆษณาที่ไม่ระบุเจตนาในเชิงพาณิชย์ ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าไม่ใช่การโฆษณา ถือเป็น การละเลยในการแจ้งข้อมูลอื่น ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด -The UK Code เป็นจรรยาบรรณวิชาชีพสำหรับควบคุม และตรวจสอบโฆษณาที่ไม่ได้มีการเผยแพร่ผ่านทางสื่อสารมวลชน (non-broadcast advertising) ซึ่งจะต้องมีความถูกต้อง ไม่เป็นเท็จเพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค รวมถึงประโยชน์สาธารณะและการตลาดออนไลน์ | ตนเอง หรือการอ้างว่าตนเองเป็นผู้บริโภค มาตรา 6(1)(d) เป็นกรณีของการโฆษณาที่ไม่ระบุเจตนาในเชิงพาณิชย์ ทำให้ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าไม่ใช่การโฆษณา ถือเป็น การละเลยในการแจ้งข้อมูลอื่น ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด -The UK Code เป็นจรรยาบรรณวิชาชีพสำหรับควบคุม และตรวจสอบโฆษณาที่ไม่ได้มีการเผยแพร่ผ่านทางสื่อสารมวลชน (non-broadcast advertising) ซึ่งจะต้องมีความถูกต้อง ไม่เป็นเท็จเพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค รวมถึงประโยชน์สาธารณะและการตลาดออนไลน์ | กระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า - มาตรา 5(1)4 บัญญัติถึงพฤติกรรมการไม่เป็นธรรมจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจกระทำ การใดก่อนก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เช่น ข้อความหรือสัญลักษณ์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้การสนับสนุนทั้งทางตรงและทางอ้อม หรือการรับรองของผู้ประกอบธุรกิจในสินค้า หรือบริการนั้นๆ | บุคคลเพื่อการขายสินค้าหรือบริการ เว้นแต่จะได้กล่าวไว้ว่าเป็นการโฆษณา หรือการส่งเสริมการขาย - Singapore Code เป็นจรรยาบรรณวิชาชีพซึ่งมี หลักเกณฑ์ว่า การโฆษณาไม่ควรมีการอ้างถึงการใช้บุคคลพิเศษ หรือรับรองโดยบุคคลใดๆ เว้นแต่จะเป็นประสบการณ์ ส่วนตัวของบุคคลที่ให้การรับรองนั้น โดยแท้ |
|--|--|--|---|---|---|--|--|

| | | | | | | |
|---|--|----------|--|--|--|--|
| <p>3. นิยามของ คำว่า “ผู้ประกอบการ”</p> | <p>พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ได้กำหนดนิยามของ คำว่า “ผู้ประกอบการ” หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้าสินค้าในราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย</p> | <p>-</p> | <p>Unfair Commercial Practices Directive มาตรา 2(b) ให้นิยามของผู้ประกอบธุรกิจ คือบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทั้งคณะมีมือ หรือวิชาชีพของตนเองนั้น รวมถึงบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ที่คณะมีมือ หรือวิชาชีพของตนเองนั้น รวมถึงบุคคลซึ่งกระทำภายใต้อำนาจ หรือในนามของผู้ประกอบธุรกิจ</p> | <p>Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 มาตรา 2 ให้นิยามของผู้ประกอบธุรกิจ คือบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทั้งคณะมีมือ หรือวิชาชีพของตนเองนั้น รวมถึงบุคคลซึ่งกระทำภายใต้อำนาจ หรือในนามของผู้ประกอบธุรกิจ</p> | <p>The Act against Unfair Competition มาตรา 2 ให้นิยามของผู้ประกอบธุรกิจ คือบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า ธุรกิจ ทั้งคณะมีมือ หรือวิชาชีพของตนเองนั้น รวมถึงบุคคลซึ่งกระทำภายใต้อำนาจ หรือในนามของผู้ประกอบธุรกิจ</p> | <p>Consumer Protection (Fair Trading) Act มาตรา 2 กำหนดนิยามของผู้ประกอบธุรกิจคือผู้ที่ดำเนินการจัดหา หรือจัดจำหน่าย สินค้าหรือบริการ ให้กับผู้บริโภค ประดิษฐ์ ประกอบ หรือผลิตสินค้า ส่งเสริมการใช้หรือซื้อสินค้าหรือบริการ (กล่าวคือ ผู้ทำการโฆษณา ประชาสัมพันธ์ สินค้าหรือบริการ และผู้รับรองหรือวิจารณ์ด้วย) หรือรับหรือมีสิทธิได้รับ</p> |
|---|--|----------|--|--|--|--|

| | | | | | | |
|-------------------------------|---|--|--|--|--|---|
| 4. ความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ | ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พิจารณาเรื่องละเมิด | The Guides กำหนดถึงการวิจารณ์ การรับรอง หรือการพิสูจน์ที่ได้รับประโยชน์ตอบแทน ถือว่าเป็นโฆษณา จะต้องเปิดเผย ความสัมพันธ์หรือสถานะให้ผู้อ่านทราบ มิฉะนั้นผู้วิจารณ์รับรอง หรือพิสูจน์จะมีความรับผิดชอบตาม FTC Act | | | | เงินหรือตอบแทนใดๆ ที่เป็นผลมาจากการจัดหาสินค้าหรือบริการให้กับผู้บริโภค นอกจากรวมถึงพนักงานหรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าวด้วย |
| | | | | | | Consumer Protection (Fair Trading) Act มาตรา 16 บัญญัติถึงข้อบกพร่องที่รับผิดชอบของบุคคลที่กระทำการในนามของผู้ประกอบธุรกิจ ด้วยความสุจริตตามวิถีทางการค้าปกติ |

| | | | | | | |
|--|---|---|--|---|--|--|
| <p>5. ความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจ</p> | <p>- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พิจารณาเรื่องละเมิดและจำทำของ - พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 47 กำหนดโทษของผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการฝ่าฝืน บทบัญญัติในเรื่องของการโฆษณา โดยมีทั้งโทษปรับและจำคุก</p> | <p>Federal Trade Commission Act มาตรา 5 ได้ให้อำนาจแก่ FTC ไว้หลายวิธีการ ในกรณีผู้ใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า เช่น ออกหมายเรียกบุคคล หุ้นส่วน หรือบริษัทมาเพื่อชี้แจง ข้อเท็จจริงต่างๆ หรือมีอำนาจสั่งคุ้มครองชั่วคราวจากการกระทำที่เชื่อว่าจะไม่เป็นธรรมทางการค้านั้น หรือฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าปรับทางแพ่งและค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภค เป็นต้น</p> | <p>Unfair Commercial Practices Directive มาตรา 13 บัญญัติให้รัฐสมาชิกเป็นผู้ออกบทกำหนดโทษที่มีประสิทธิภาพ เหมาะสม และสามารถป้องกันการกระทำดังกล่าวได้เอง</p> | <p>Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 มาตรา 10 กำหนดความรับผิดชอบของผู้ฝ่าฝืนมาตรา 6 ซึ่งได้บัญญัติถึงกรณีของการโฆษณาที่ไม่ระบุจุดเด่นในเชิงพาณิชย์ทำให้ผู้บริโภคหลงผิด</p> | <p>The Act against Unfair Competition มาตรา 8 กำหนดความรับผิดชอบของผู้ฝ่าฝืน มาตรา 3 พกติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม</p> | <p>Consumer Protection (Fair Trading) Act มาตรา 6(1) ผู้บริโภคที่ได้เข้าทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมมีสิทธิดำเนินคดีแก่ผู้ประกอบธุรกิจได้</p> |
| <p>6. ความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการโฆษณา</p> | <p>- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พิจารณาเรื่องละเมิด</p> | <p>The Guides การวิจารณ์ การรับรองหรือการพิสูจน์ที่ได้รับ</p> | <p>-</p> | <p>-</p> | <p>-</p> | <p>Consumer Protection (Fair Trading) Act</p> |

| | | | | | | |
|--|--|---|---|--|---|---|
| <p>7. พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices)</p> | <p>พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม</p> | <p>พระราชบัญญัติการค้าแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม</p> | <p>- Federal Trade Commission Act มาตรา 5(a)(1) วิธีการ การกระทำ หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในทางการค้า ถือว่าเป็นการกระทำ</p> | <p>Unfair Commercial Practices Directive - มาตรา 5 บัญญัติเกี่ยวกับ การปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม</p> | <p>The Act against Unfair Competition - มาตรา 3(3) การปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค โดยภาคผนวก ข้อ 23 ระบุถึงพฤติกรรมเกี่ยวกับ การสร้างข้อมูล</p> | <p>มาตรา 6(1) ผู้บริโภคที่เข้าทำธุรกรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม มีสิทธิดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจได้ ซึ่งนิยามของผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงผู้ส่งเสริมการใช้และซื้อสินค้า หรือบริการ อันได้แก่ ผู้ประกอบกิจการโฆษณาด้วย</p> |
|--|--|---|---|--|---|---|

| | | | | | |
|--|--|---|---|--|--|
| | | <p>ที่ผิดกฎหมาย</p> <ul style="list-style-type: none"> - The Guides การวิจารณ์ การรับรอง หรือการพิสูจน์ที่ได้รับประโยชน์ตอบแทน ถือว่าเป็นโฆษณา จะต้องเปิดเผย ความสัมพันธ์หรือสถานะให้ผู้อ่านทราบ | <p>การค้าที่ทำให้หลงผิด</p> <ul style="list-style-type: none"> - มาตรา 7 บัญญัติถึงการละเลยในการชี้แจงข้อมูลอันก่อให้เกิดความเข้าใจผิด | | <p>หรือความพึงพอใจที่เป็นเท็จ ว่าผู้ประกอบการธุรกิจคือผู้บริโภค หรือไม่ได้แสดงออกว่าเป็นการกระทำเพื่อเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้า</p> <ul style="list-style-type: none"> - มาตรา 5(1)4 บัญญัติถึงพฤติกรรมไม่เป็นธรรมจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เช่น ข้อความหรือสัญลักษณ์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การสนับสนุนทั้งทางตรงและทางอ้อม หรือการรับรองของผู้ประกอบการในสินค้าหรือบริการนั้นๆ |
|--|--|---|---|--|--|

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ด้วยพฤติกรรมของผู้บริโภคที่เปลี่ยนแปลงไปจากแต่เดิมที่เป็นฝ่ายรับข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจเพียงฝ่ายเดียว เปลี่ยนเป็นการค้นหาข้อมูลของสินค้าและบริการที่สนใจด้วยตนเองและมีการรวมกลุ่มของผู้บริโภคเพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็น ความพึงพอใจ และข้อมูลของสินค้าและบริการต่อกันผ่านช่องทางการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต เช่น เครือข่ายสังคมออนไลน์ และเว็บไซต์กระดานข่าว เป็นต้น โดยผู้บริโภคที่ใช้งานอินเทอร์เน็ตในยุคปัจจุบันเริ่มคัดกรองข้อความโฆษณาที่ถูกปรุงแต่งมาอย่างพิถีพิถัน เช่น ข้อความโฆษณาจากผู้ประกอบธุรกิจออกไป แต่ให้ความไว้วางใจและเชื่อถือข้อมูลจากบุคคลใกล้ชิดหรือผู้ที่มีประสบการณ์จากการได้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นๆ ด้วยตนเองซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะผู้บริโภคเช่นเดียวกับตนมากขึ้น ดังเช่นผลสำรวจของ Neilson ในรูปภาพที่ 1 ของบทที่ 2 ทำให้คำพูดแบบปากต่อปาก (Word of Mouth – WOM) มีผลต่อยอดขายสินค้าและบริการของผู้ประกอบธุรกิจในยุคปัจจุบัน เนื่องจากยอดขายหรือภาพลักษณ์ของสินค้าและบริการ ตลอดจนภาพลักษณ์ขององค์กรธุรกิจนั้นมีความผันแปรไปตามความพึงพอใจของผู้บริโภคเป็นสำคัญ จึงเกิดช่องทางการทำการตลาดรูปแบบใหม่ที่แฝงมากับการสื่อสารภายในกลุ่มของผู้บริโภคเองหรือเป็นรูปแบบของการแสดงตนเองว่าเป็นผู้บริโภคที่ทำให้ผู้ที่รับทราบข้อมูลนั้นรู้ไม่เท่าทันว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งยังให้ความไว้วางใจในแหล่งข้อมูลดังกล่าวอีกด้วย โดยเฉพาะการตลาดรูปแบบใหม่ที่แฝงอยู่ในรูปแบบของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งมีรูปแบบเฉพาะตัวที่แตกต่างจากการวิจารณ์สินค้าและบริการรูปแบบดั้งเดิม เนื่องจากการวิจารณ์ผ่านเว็บไซต์ส่วนตัวหรือบัญชีชื่อส่วนตัวของผู้วิจารณ์เอง เมื่อการวิจารณ์ได้รับคำตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจหรือมีผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้สนับสนุน รวมถึงกรณีที่ผู้วิจารณ์เป็นหุ้นส่วน ลูกจ้าง หรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ประกอบธุรกิจ โดยผู้วิจารณ์ไม่เปิดเผยถึงความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้ประกอบธุรกิจ ขณะเดียวกันยังแสดงตัวเองว่าเป็นผู้บริโภคอันก่อให้เกิดความสับสนและหลงผิดแก่ผู้บริโภคโดยง่าย ทำให้เกราะป้องกันการรับข้อมูลหรือการใช้ความระมัดระวังของผู้บริโภคในการรับข้อมูลของสินค้าหรือบริการลดน้อยลงเนื่องจากความไว้วางใจและเชื่อถือในแหล่งข้อมูล ส่งผลกระทบเป็นการบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและเข้ารับบริการของผู้บริโภค และด้วยเหตุที่ผู้บริโภคเกิดความสับสนและหลงผิดในพฤติกรรมการวิจารณ์ดังกล่าว กระทบสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเนื่องจากการแย่งส่วนแบ่งทางการตลาดโดยใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่มีใช้วิสัยในทางการค้าปกติและใช้มาตรการชักจูง

ผู้บริโภคให้ทำนิติกรรมกับตนโดยการหลอกลวงผู้บริโภคด้วยวิธีการโฆษณาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งส่งผลกระทบท่อรายได้ของผู้แข่งขันในตลาดสินค้าและบริการรายอื่นๆ ด้วย

เมื่อได้ศึกษา Federal Trade Commission Act of 1914 และ The Guides ของสหรัฐอเมริกา Unfair Commercial Practice Directive ของสหภาพยุโรป Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ของสหราชอาณาจักร The Act against Unfair Competition ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และ Consumer Protection (Fair Trading) Act ของสาธารณรัฐสิงคโปร์แล้ว ในแต่ละประเทศได้กำหนดรูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคและผู้แข่งขันทางการค้ารายอื่นๆ โดยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับการวิจารณ์สินค้าและบริการที่ได้รับคำตอบแทนจากผู้ประกอบธุรกิจหรือมีผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้สนับสนุนนั้นจะต้องมีการเปิดเผยความสัมพันธ์อย่างชัดเจน มิฉะนั้นจะถือเป็นการกระทำผิดกฎหมายอันเป็นรูปแบบหนึ่งของพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า รวมถึงกรณีที่มีผู้ประกอบธุรกิจทำการอันใดซึ่งมีเจตนาในทางพาณิชย์ เช่น การโฆษณาจะต้องมีการชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบทุกครั้งว่าเป็นการกระทำอันมีเจตนาในทางพาณิชย์เพื่อมิให้เกิดการหลงผิดแก่ผู้บริโภคตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 และบทที่ 4 เมื่อได้ศึกษาถึงกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยพบว่าแม้การวิจารณ์สินค้าและบริการจะถือเป็นโฆษณาตามนิยามในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 อันเนื่องมาจากการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจแต่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคทางด้านโฆษณาของไทยได้บัญญัติถึงการโฆษณาด้วยข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมซึ่งจากการศึกษาสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นข้อความอันเกี่ยวเนื่องกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ แต่ด้วยพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการนั้นไม่ได้มีการส่งต่อข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่เป็นเท็จหรือเกินจริงตามที่บทบัญญัติดังกล่าวระบุไว้ แต่เป็นปัญหาที่พฤติกรรมการปกปิดความสัมพันธ์ของผู้วิจารณ์กับผู้ประกอบธุรกิจ หรือการแสดงตัวเป็นผู้บริโภคที่กระทบท่อกระบวนการตัดสินใจของผู้บริโภคที่เลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามผู้วิจารณ์ ถือว่าเป็นการโฆษณาด้วยข้อความเท็จในส่วนของแหล่งข้อมูล อีกทั้งยังเป็นการโฆษณาด้วยวิธีการที่หลอกลวงว่าตนเองเป็นผู้บริโภค และเมื่อพิจารณาถึงวิธีการโฆษณาตามมาตรา 23 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ห้ามการโฆษณาด้วยวิธีการที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย หรือจิตใจ หรือก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค มาตราดังกล่าวก็ยังไม่สามารถนำมาปรับใช้กับวิธีการโฆษณาด้วยพฤติกรรมการวิจารณ์ลักษณะนี้ได้เนื่องจากการวิจารณ์มิใช่การโฆษณาด้วยวิธีที่มาตรา 23 ระบุไว้ รวมตลอดถึงการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าข้อความโฆษณาตามมาตรา 26 ไม่ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้โฆษณา หรือผู้ประกอบธุรกิจในการระบุข้อความเพื่อผู้บริโภคทราบทุกครั้งว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณา แต่เป็นบทกำหนดให้อำนาจแก่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาในการกำหนดให้โฆษณารายใดๆ มีการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าข้อความเพื่อการโฆษณาเท่านั้น ใน

ส่วนของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ยังมีประเด็นปัญหาเรื่องสถานะของรูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กระทรวงพาณิชย์ได้เผยแพร่ไว้ว่ามีสภาพบังคับหรือไม่ และมีผลอย่างไรหากเกิดพฤติกรรมที่ครอบงำประกอบตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แต่ไม่เข้าข่ายรูปแบบซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดไว้ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแก่ผู้ประกอบการธุรกิจ ตลอดจนการปฏิบัติงานรับเรื่องร้องเรียนของเจ้าหน้าที่ด้วย โดยรูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมซึ่งถูกเผยแพร่ไว้นั้นได้กำหนดถึงพฤติกรรมในทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้หลายกรณีแต่ไม่มีกรณีใดที่สามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์ในลักษณะดังกล่าวได้อย่างชัดเจน จึงเป็นไปตามสมมติฐานที่บทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่ครอบคลุมถึงการโฆษณาที่แฝงมาในรูปของการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตทำให้เกิดการบิดเบือนต่อการตัดสินใจของผู้บริโภคและไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการธุรกิจอื่น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์หัวข้อ “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาที่แฝงมาในรูปของบทวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต” ดังกล่าวแล้ว พบว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ผู้วิจารณ์กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าเนื่องจากได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบการธุรกิจ รวมถึงการวิจารณ์ที่ผู้วิจารณ์เป็นพนักงานหุ้นส่วน หรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ประกอบการธุรกิจถือได้ว่าการกระทำนั้นคือการโฆษณาตามนิยามของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 รวมถึงเป็นรูปแบบหนึ่งของกระทำที่มิใช่เป็นการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับยังคงมีประเด็นปัญหาในการปรับใช้สำหรับพฤติกรรมการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ผู้วิจารณ์ได้รับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบการธุรกิจ แต่กลับปกปิดความสัมพันธ์ไม่ชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบขณะทำการวิจารณ์ หรืออีกนัยหนึ่งคือการโฆษณาที่ไม่มีการชี้แจงว่าเป็นการโฆษณาทำให้ผู้บริโภคไม่ทราบว่ากระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบการธุรกิจหรือเป็นการกระทำอันมีเจตนาในทางพาณิชย์และหลงผิดเข้าใจว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นของผู้บริโภคที่แท้จริง ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมหนึ่งที่เกิดบิดเบือนกระบวนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภค และกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นด้วย จึงขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1) จากการศึกษาเรื่องการโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าหรือบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยผู้วิจารณ์ไม่ใช่ผู้วิจารณ์โดยอิสระหรืออยู่ในฐานะผู้บริโภคที่แท้จริง เนื่องจากได้รับผลประโยชน์และจัดทำวิจารณ์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบการธุรกิจ แต่กลับแสดงตัวว่า

เป็นผู้วิจารณ์โดยอิสระหรือผู้บริโภค อันก่อให้เกิดความสับสนและหลงผิดแก่ผู้บริโภค แต่เมื่อนำพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการโฆษณาด้วยข้อความที่ไม่เป็นธรรมมาใช้แก่กรณีแล้ว พบว่าข้อความโฆษณาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคนั้น จะต้องเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ ถ้าข้อความโฆษณาที่นอกเหนือจากที่ได้กล่าวแล้วย่อมไม่ต้องด้วยบทบัญญัติดังกล่าว¹⁸³ เมื่อพฤติกรรมการวิจารณ์ที่ลบล้างผู้บริโภคเกี่ยวกับสถานะของผู้วิจารณ์ไม่ได้เป็นการลบล้างด้วยข้อความที่เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการดังที่บทบัญญัติในมาตรา 22 กำหนดไว้ อีกทั้งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 23 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ห้ามการโฆษณาด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจ หรืออาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภคพบว่าพฤติกรรมการวิจารณ์ที่ปกปิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้วิจารณ์กับผู้ประกอบธุรกิจไม่ใช่วิธีการโฆษณาที่เป็นอันตรายหรือสร้างความรำคาญแก่ผู้บริโภค จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้แก่กรณีได้ ดังนั้นเพื่อให้บทบัญญัติในส่วนของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาสามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคได้ และสามารถระงับหรือยับยั้งการกระทำที่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคได้ทันที่ ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้เพิ่มเติม มาตรา 23/1 เพื่อให้อยู่ในส่วนที่ 1 การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณา ดังนี้

“มาตรา 23/1 การโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ ตัวแทนผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้ที่กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ โดยใช้ข้อความหรือวิธีการที่น่าจะทำให้ผู้บริโภคหลงผิดว่าการกระทำนั้นไม่ใช่การกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของตนเองหรือผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงการโฆษณาที่แสดงตนเองเป็นผู้บริโภค ถือเป็นกรกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค เว้นแต่จะมีถ้อยคำชี้แจงกำกับให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณาหรือเป็นข้อความที่มีความมุ่งหมายเพื่อการโฆษณา” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะคล้ายกับพฤติกรรมการที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าของสหภาพยุโรป¹⁸⁴ สหราชอาณาจักร¹⁸⁵ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁸⁶ ทั้งนี้หากเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แล้ว จะทำให้สามารถนำมาปรับใช้กับโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต หรือพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจให้ผลประโยชน์แก่ผู้วิจารณ์เพื่อแลกกับบทวิจารณ์ในแนวทางสนับสนุนของสินค้าและบริการของตนเองได้ และส่งผลเป็นการคุ้มครองสิทธิและสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค อีกทั้งผู้บริโภคยังสามารถฟ้องร้องเอาผิดทาง

¹⁸³ วิษซ์ จีระแพทย์, "กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา," หน้า 142-145.

¹⁸⁴ ANNEX 1 item 22 of Unfair Commercial Practices Directive

¹⁸⁵ Schedule 1 item 22 of The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

¹⁸⁶ Annex item 23 of The Act Against Unfair Competition

ละเมิดจากผู้ประกอบธุรกิจ และผู้ประกอบกิจการโฆษณาที่เกี่ยวข้อง รวมตลอดถึงผู้วิจารณ์ซึ่งมิใช่ผู้ที่อยู่ในสถานะของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบกิจการโฆษณาที่จะทำให้มีความรับผิดชอบตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้ด้วย เนื่องจากเป็นการกระทำซึ่งมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด

นอกจากนี้ผู้วิจัยยังเสนอให้มีการออกคู่มือแนวปฏิบัติหรือประกาศที่มีลักษณะเป็นการยกตัวอย่างเกี่ยวกับการวิจารณ์สินค้าหรือบริการที่เป็นการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ เช่นกรณีของ The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising หรือ Dot Com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in the Digital Age ของสหรัฐอเมริกา เพื่อให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งผู้วิจารณ์หรือรับรอง ผู้ประกอบธุรกิจ และผู้บริโภค ได้ทราบถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของตนเองชัดเจนมากขึ้น เช่นการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบธุรกิจในการชี้แจงให้ผู้วิจารณ์ทราบถึงหน้าที่ในการเปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างกันให้ผู้บริโภคทราบขณะทำการวิจารณ์ เป็นต้น

เหตุที่ผู้วิจัยเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 23/1 โดยไม่เสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 22 หรือมาตรา 23 เนื่องจากมาตรา 22 เป็นเรื่องของข้อความโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้าหรือบริการนั่นเอง และมาตรา 23 เป็นเรื่องของวิธีการโฆษณา แต่พฤติกรรมการวิจารณ์ที่เป็นประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเป็นรูปแบบของพฤติกรรมหนึ่งที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคซึ่งเป็นได้ทั้งข้อความและวิธีการโฆษณา แต่สิ่งสำคัญที่พิจารณาคือผลนั้นเป็นการทำให้ผู้บริโภคหลงผิดเข้าใจว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมิใช่การกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้า รวมตลอดถึงความหลงผิดว่าผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้บริโภค

ในขณะที่เดียวกันผู้วิจัยยังเสนอให้เพิ่มเติมมาตรา 23/1 ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 27 ดังนี้ “ในกรณีที่เกิดคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืนมาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 23/1 มาตรา 24 (1) หรือมาตรา 25 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้...” และมาตรา 48 ดังนี้ “ผู้ใดโฆษณาโดยใช้ข้อความตามมาตรา 22 (3) หรือ (4) หรือข้อความตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 22 (5) หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23 มาตรา 23/1 มาตรา 24 มาตรา 25 หรือมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามที่ผู้วิจัยเสนอมานี้ ผู้วิจัยมีความเห็นให้อยู่ในความรับผิดชอบของกองคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่หลักในการรับเรื่องราวร้องทุกข์ของผู้บริโภคเกี่ยวกับการโฆษณาสินค้าและบริการ ตรวจสอบข้อความโฆษณาสินค้าและบริการในสื่อโฆษณาให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง และพัฒนานโยบายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคให้มี

ประสิทธิภาพทันต่อเหตุการณ์ โดยเสนอให้กองคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณาเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจากพฤติกรรมการโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าและบริการซึ่งกระทบต่อสิทธิของผู้บริโภคตามที่ผู้วิจัยได้ศึกษามานี้ และจัดทำข้อเสนอแนะแนวทางในการเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมการวิจารณ์ดังกล่าว เพื่อเสนอแก่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคพิจารณา และเสนอต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

อนึ่ง ในขณะที่อยู่ระหว่างการแก้ไขกฎหมาย หรือยังไม่มี การแก้ไขกฎหมายตามที่ผู้วิจัยเสนอแนะมานี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะกระทบต่อสิทธิของผู้บริโภคอันเกิดขึ้นจากพฤติกรรมการโฆษณาที่แฝงมากับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตตามที่ผู้วิจัยได้วิจัยในครั้งนี้นี้ สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคควรดำเนินการเผยแพร่และให้ความรู้แก่ผู้บริโภคให้รับทราบและรู้เท่าทันผู้ประกอบการธุรกิจ ตลอดจนให้ทราบถึงพฤติกรรมการโฆษณาที่แฝงมากับการวิจารณ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งถือเป็นรูปแบบทางการตลาดรูปแบบใหม่ เพื่อให้ผู้บริโภคทราบและเข้าใจรูปแบบทางการตลาดรูปแบบใหม่นี้ และใช้ความระมัดระวังป้องกันการรับข้อมูลข่าวสารดังกล่าว โดยการเผยแพร่และให้ความรู้นี้อาจดำเนินการผ่านบทความทาง “สคบ.สาร” ซึ่งเป็นเอกสารที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและสาระน่ารู้ที่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน/ส่วนราชการ/ภาคเอกชน/สื่อมวลชน/สถาบันการศึกษา เป็นต้น¹⁸⁷ รวมถึงการเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย

ในประเด็นความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ แม้คณะกรรมการสิทธิการแห่งสหพันธรัฐ หรือ Federal Trade Commission (FTC) ของสหรัฐอเมริกาจะมีความเห็นว่า “เนื่องจากการตัดสินใจของบุคคลผู้มีชื่อเสียงนั่นเองที่ต้องการเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ทางการเงินจากการรับรองสินค้าและบริการจึงจำเป็นต้องมีความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นเช่นกัน”¹⁸⁸ กล่าวคือเนื่องจากผู้วิจารณ์เป็นผู้ที่ยอมรับค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อทำการวิจารณ์นั้นด้วยตนเอง ผู้วิจารณ์จึงต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบเพิ่มขึ้นเช่นกัน แต่จากการศึกษาในขั้นนี้ผู้วิจัยมีความเห็นยังไม่เสนอแนะให้เพิ่มเติมเรื่องความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ที่ไม่ได้อยู่ในสถานะของผู้ประกอบการโฆษณา ซึ่งจะทำให้ผู้วิจารณ์มีความรับผิดชอบทางอาญาตามบทกำหนดโทษในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากพิจารณาจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมของไทยในปัจจุบัน หากกำหนดความรับผิดชอบของผู้วิจารณ์ไว้จะส่งผลให้ผู้วิจารณ์ที่มีความรู้และสภาพทางเศรษฐกิจดีต่อยกว่าผู้ประกอบการธุรกิจ อีกทั้งยังเป็นบุคคลธรรมดาและมิใช่ผู้มีวิชาชีพโฆษณาอย่างเช่นผู้ประกอบการโฆษณามีความรับผิดชอบเป็นการไม่เป็นธรรมแก่ผู้

¹⁸⁷ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, "วัตถุประสงค์," สคบ.สาร ปีที่ 31 ฉบับที่ 286(เดือนตุลาคม - พฤศจิกายน 2553): 2.

¹⁸⁸ Goldstein, "How new FTC guidelines on endorsement and testimonials will affect traditional and new media", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (2011): 617.

วิจารณ์เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพฤติกรรมการโฆษณาตามที่วิจัยนี้ถือเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 23/1 แล้ว ผู้บริโภคที่เสียหายย่อมฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้วิจารณ์ในฐานะละเมิดได้เช่นกัน

2) จากการศึกษาทบทวนคดีเรื่องการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าเป็นข้อความโฆษณา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 26 บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าข้อความในการโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณาใด สมควรแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าข้อความนั้นเป็นข้อความที่มีความมุ่งหมายเพื่อการโฆษณา คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณานั้นต้องมีถ้อยคำชี้แจงกำกับให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณาได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ให้ต้องปฏิบัติตามก็ได้” เห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 26 นี้ เพียงกำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจพิจารณากำหนดให้การโฆษณาใดๆ สมควรแจ้งให้ประชาชนทราบว่าข้อความนั้นเป็นข้อความที่มีความมุ่งหมายเพื่อการโฆษณา ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ควบคุมการโฆษณาในรูปแบบของการตรวจสอบและเฝ้าระวังโฆษณาหลังจากที่มีการเผยแพร่ให้ผู้บริโภคได้รับทราบแล้ว ทำให้บทบัญญัติของกฎหมายในปัจจุบันมิได้มีประเด็นปัญหาในเรื่องของเสรีภาพในการโฆษณา¹⁸⁹ แต่มีประเด็นปัญหาที่เกิดจากการโฆษณาในยุคปัจจุบันที่มักกระทำผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจึงทำให้โฆษณาเกิดขึ้นและหายไปได้อย่างรวดเร็ว รวมถึงมีปริมาณของโฆษณาในจำนวนมากมายมหาศาล ทำให้การตรวจสอบและเฝ้าระวังในการควบคุมโฆษณาตามมาตรา 26 ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเป็นไปอย่างยากลำบาก และจะเกิดการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุเนื่องจากสิทธิของผู้บริโภคถูกระทบและความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้ของไทยมีความแตกต่างจากบทบัญญัติในส่วนของการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าเป็นข้อความโฆษณาไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา¹⁹⁰ สหภาพยุโรป¹⁹¹ สหราชอาณาจักร¹⁹² สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁹³ และสาธารณรัฐสิงคโปร์¹⁹⁴ ซึ่งกำหนดให้เป็นหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจชี้แจงทุกครั้งหากการกระทำของตนเป็นการกระทำที่มีเจตนาในทางพาณิชย์หรือเป็นการโฆษณา

อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้เป็นการกระทบต่อการโฆษณาในรูปแบบอื่นๆ ทั้งสื่อโทรทัศน์ วิทยุ หรือสื่อสิ่งพิมพ์ เป็นต้น ซึ่งอยู่นอกเหนือการศึกษาตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่ายังไม่

¹⁸⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 45 วรรคหนึ่ง

¹⁹⁰ The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255.0

¹⁹¹ Article 7 of Unfair Commercial Practices Directive

¹⁹² Regulation 6 of The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

¹⁹³ Section 4 of The Act Against Unfair Competition

¹⁹⁴ Section 4(d) and the Second Schedule item 14 of Consumer Protection (Fair Trading) Act

สมควรแก้ไขมาตรา 26 ให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบการโฆษณาในการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าข้อความนั้นเป็นข้อความโฆษณาทุกครั้ง โดยยังคงข้อความซึ่งเป็นอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาไว้เช่นเดิม แต่กำหนดหน้าที่ในการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าข้อความโฆษณาไว้ในส่วนท้ายของมาตรา 23/1 ซึ่งได้เสนอแนะให้เพิ่มเติมไปแล้วในข้อ 1) เพื่อนำมาบังคับใช้กับการโฆษณาที่ไม่แสดงเจตนาในทางพาณิชย์ หรือการโฆษณาที่แสดงตัวเองเป็นผู้บริโภค โดยเฉพาะ กล่าวคือหากการโฆษณาใดๆ ที่ใช้ข้อความหรือวิธีการที่น่าจะทำให้ผู้บริโภคหลงผิดว่าการกระทำนั้นไม่ใช่การโฆษณา รวมถึงการโฆษณาที่แสดงตนเองเป็นผู้บริโภค ถือเป็นกรกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค นอกเสียแต่จะได้มีการชี้แจงให้ผู้บริโภคทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณา หรือที่มีความมุ่งหมายเพื่อการโฆษณา

ทั้งนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเมื่อมาตรา 26 ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาสามารถกำหนดให้โฆษณาใดๆ จะต้องมีการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าข้อความโฆษณาแล้ว คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาควรใช้อำนาจตามมาตรา 26 นี้ให้ทันต่อเหตุการณ์ในการตรวจสอบและกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติ รวมถึงตลอดถึงจัดทำคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับรูปแบบการโฆษณาที่จะต้องมีการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าข้อความโฆษณาเผยแพร่แก่ผู้ประกอบธุรกิจและผู้ประกอบการโฆษณา เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบถึงรูปแบบการโฆษณาใดที่อาจจะถูกตรวจสอบและมีความผิดตามมาตรา 26 นี้ได้

นอกจากนี้ผู้วิจัยยังมีความเห็นเพิ่มเติมให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาออกหลักเกณฑ์และตัวอย่างของการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่าเป็นการโฆษณาให้ชัดเจนมากขึ้น เช่น การใช้ข้อความหรือสัญลักษณ์ใดๆ เพื่อให้ผู้บริโภคทราบว่าการวิจารณ์นั้นเป็นการโฆษณา ดังกรณีของ Dot Com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in the Digital Age ของสหรัฐอเมริกา

3) จากการศึกษาพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ตามพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ” จะสังเกตได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะกว้างขวาง ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการวิจารณ์ตามที่วิจัยนี้ได้ เนื่องจากการโฆษณาที่แฝงมากับการวิจารณ์ที่ไม่เปิดเผยว่าเป็นการโฆษณา หรือการวิจารณ์เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจแต่ใช้ข้อความที่แสดงให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าเป็นการวิจารณ์จากผู้บริโภค ถือได้ว่าเป็นการทำการตลาดด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรม และส่งผลเสียหายต่อยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กระทรวงพาณิชย์ได้เผยแพร่รูปแบบลักษณะของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade

Practices) ซึ่งเป็นข้อห้ามและอาจเข้าข่ายมีความผิดตามมาตรา 29 ไว้ เพื่อจำกัดขอบเขตรูปแบบของพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 โดยหนึ่งในรูปแบบดังกล่าวได้แก่ “การกระทำอื่นใดที่มีใช่เป็นวิสัยทางการค้าปกติ และมีเจตนาทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป” ซึ่งประเด็นของรูปแบบพฤติกรรมดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเป็นรูปแบบที่ใกล้เคียงที่สุดเมื่อนำมาเทียบเคียงกับพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตตามที่ได้ศึกษาวิจัยอยู่นี้ อย่างไรก็ตามการทำการตลาดหรือการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีเป้าหมายเพื่อให้ได้ส่วนแบ่งทางการตลาดเพิ่มขึ้นและมีรายรับจากการขายสินค้าหรือบริการที่เพิ่มมากขึ้นเท่านั้น หากจะพิจารณาว่าการกระทำใดๆ เพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อเป้าหมายดังกล่าวมีเจตนาเพื่อทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นเรื่องยากที่จะสามารถนำบทบัญญัตินี้มาปรับใช้กับพฤติกรรมการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในยุคปัจจุบันได้ ซึ่งมีผลทำให้รูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนี้เป็นรูปแบบที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงเพราะผู้ประกอบธุรกิจขาดเจตนาที่จะทำลาย หรือทำให้เสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นตามที่ระบุ อีกทั้งสถานะของรูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กระทรวงพาณิชย์ได้เผยแพร่ไว้ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายและมีสภาพบังคับที่จะมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำที่ฝ่าฝืนได้¹⁹⁵ เนื่องจากมาตรา 29 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจในการออกรูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า อย่างเช่นกรณีการให้อำนาจออกกฎกระทรวงของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 (5) ทำให้เกิดความสับสนแก่ผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภค รวมถึงเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานซึ่งทำหน้าที่รับเรื่องร้องเรียนด้วย หากเกิดประเด็นปัญหาว่ามีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 29 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในลักษณะที่กว้างขวางแต่การกระทำนั้นไม่ใช่รูปแบบพฤติกรรมที่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเผยแพร่ไว้ ผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่ได้รับผลกระทบจะสามารถร้องเรียนได้หรือไม่ และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะสามารถรับเรื่องร้องเรียนได้หรือไม่ ดังนั้นผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 29 ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวง และนำรูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทั้ง 6 รูปแบบซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กระทรวงพาณิชย์ได้เผยแพร่ไว้มากำหนดเป็นกฎกระทรวงโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 29 นี้ เพื่อให้รูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเผยแพร่อยู่ในปัจจุบันมีสถานะทางกฎหมายและมีสภาพบังคับ ดังนี้

“มาตรา 29 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมหรือกระทำการใด ๆ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ที่มีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีด

¹⁹⁵ พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 31

กัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ” ผลจากการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 29 ให้มีอำนาจในการออกกฎกระทรวงนั้นจะทำให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ประกอบธุรกิจว่าหากตนกระทำพฤติกรรมใดตามที่บัญญัติไว้ในกฎกระทรวงถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 29 ทำให้เกิดสภาพบังคับและก่อให้เกิดอำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวได้ซึ่งจะสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับผลเสียหายได้อย่างทั่วถึงที่ อย่างไรก็ตามรูปแบบพฤติกรรมที่กำหนดในกฎกระทรวงนี้ถือเป็นเพียงตัวอย่างพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น เนื่องจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีหลากหลายเกินกว่าที่จะคาดเดาได้ล่วงหน้าและเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพแวดล้อมของการแข่งขันในตลาดได้ตลอดเวลา ดังนั้นหากมีการกระทำใดที่เข้าองค์ประกอบความผิดของมาตรา 29 แต่ไม่ใช่พฤติกรรมตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ผู้วิจัยเห็นว่าควรมารับใช้แก้ไขมาตรา 29 มาปรับใช้แก่กรณีได้เช่นกัน นอกจากนี้ผู้วิจัยเสนอให้เพิ่มเติมรูปแบบพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในลำดับที่ 7 ดังนี้

“7. การกระทำด้วยประการใดๆ ของผู้ประกอบธุรกิจ ตัวแทนผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้ที่กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ ที่เป็นการปกปิดเจตนาทางพาณิชย์และน่าจะทำให้ประชาชนหลงผิดว่าการกระทำนั้นไม่ใช่การกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจอ้างตัวเองเป็นผู้บริโภค”

โดยที่การเพิ่มเติมพฤติกรรมในข้อนี้จะทำให้นำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ผู้วิจารณ์ได้รับค่าตอบแทน หรือผลประโยชน์จากผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้วิจารณ์เป็นผู้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจได้ อย่างไรก็ตามก็ดีเมื่อมีพฤติกรรมที่เข้าข่ายความผิดตามข้อ 7 นี้แล้ว ย่อมต้องนำองค์ประกอบในมาตรา 29 ส่วนท้ายมาปรับใช้ด้วยกล่าวคือพฤติกรรมดังกล่าวต้องมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจเป็นรายบุคคล ดังนั้นเฉพาะผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับผลกระทบตามที่บทบัญญัติดังกล่าวระบุไว้จึงจะมีสิทธิร้องเรียนได้

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 29 ตามที่ได้เสนอข้างต้นนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นควรให้ส่วนงานเลขานุการ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า มีหน้าที่ศึกษา วิเคราะห์ และวิจัยเกี่ยวกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจากพฤติกรรมประกอบธุรกิจโดยการโฆษณาที่แฝงมากับบทวิจารณ์สินค้าและบริการตามที่ผู้วิจัยได้ศึกษามานี้ รวมทั้งจัดทำข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมวิจารณ์ดังกล่าวเพื่อเสนอแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณา และเสนอต่อรัฐมนตรีต่อไป

4) ผู้วิจัยขอเสนอร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ดังต่อไปนี้



บันทึกหลักการและเหตุผล
ประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ ..)
พ.ศ.

หลักการ

เพิ่มเติมมาตรา ๒๓ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ เพื่อให้คุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคจากการโฆษณาที่ไม่ชี้แจงว่าเป็นการโฆษณา ตลอดถึงการโฆษณาที่แสดงตนเองเป็นผู้บริโภค

เหตุผล

เนื่องจากปัจจุบันข้อมูลที่มาจกประสบการณ์ของผู้บริโภครายหนึ่งมีอิทธิพลต่อความคิดและการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภคอื่นๆ โดยผู้บริโภคจะตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการบนพื้นฐานของคำแนะนำหรือประสบการณ์จากบุคคลที่ตนรู้จัก หรือบุคคลที่อยู่ในฐานะผู้บริโภค จึงมีประเด็นปัญหาที่เกิดจากการโฆษณาที่ไม่มีการชี้แจงให้ประชาชนทราบว่า เป็นข้อความโฆษณา ตลอดจนการโฆษณาที่แสดงว่าตนเองเป็นผู้บริโภคของผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะการโฆษณาที่แฝงมาในรูปของการวิจารณ์สินค้าและบริการระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นช่องทางในการค้นหาข้อมูลสินค้าและบริการของผู้บริโภค และเป็นช่องทางที่ผู้ประกอบการสามารถส่งต่อข้อมูลไปยังผู้บริโภคได้โดยตรง ทำให้เกิดความหลงผิดในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ และยังถือเป็นการโฆษณาจูงใจผู้บริโภคด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคให้ได้รับข้อมูลที่เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการอย่างถูกต้องและเพียงพอ และมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ ตลอดจนป้องกันการโฆษณาที่เอาเปรียบผู้บริโภคดีด้านข้อมูล จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

บันทึกหลักการและเหตุผล
ประกอบร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า (ฉบับที่ ..)
พ.ศ.

หลักการ

แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้มีอำนาจในการออกกฎกระทรวงว่าด้วยรูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ

เหตุผล

การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่ให้ผู้วิจารณ์จัดทำโฆษณาแฝงในรูปของบทวิจารณ์สินค้าและบริการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยไม่ชี้แจงว่าเป็นการโฆษณา ถือเป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอย่างหนึ่ง และส่งผลเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจอื่น ซึ่งบทบัญญัติใน มาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นบทบัญญัติที่ควบคุมให้ธุรกิจมีการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม แต่เนื่องจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้มีการระบุว่าพฤติกรรมใดที่เป็นพฤติกรรมซึ่งเข้าข่ายเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้นเพื่อเป็นการกำหนดขอบเขตของมาตราดังกล่าว และเป็น การสร้างความมั่นใจแก่ผู้ประกอบธุรกิจ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เผยแพร่ รูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งอาจถือว่าละเมิดมาตรา ๒๙ นี้ได้ แต่เนื่องจากรูปแบบ พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเผยแพร่อยู่นี้ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายและไม่มีสภาพบังคับ ทำให้ เกิดปัญหาในการนำบทบัญญัติมาตรา ๒๙ มาปรับใช้ตลอดจนการรับเรื่องร้องเรียนของพนักงาน เจ้าหน้าที่ ในกรณีที่มีพฤติกรรมซึ่งเข้าองค์ประกอบของมาตรา ๒๙ แต่ไม่ใช่รูปแบบซึ่งสำนักงาน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เผยแพร่ไว้ ดังนั้นเพื่อให้เกิดสภาพบังคับและสร้างความชัดเจน แก่ผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับรูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ สมควรกำหนดเพิ่มเติมให้มีการออกกฎกระทรวงตามมาตรา ๒๙ ว่าด้วย รูปแบบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

รายการอ้างอิง

- Aby Sam Thomas. Celebrity tweet or celebrity endorsement? It's getting harder to tell [Online]. 2013. Available from: <http://www.allvoices.com/contributed-news/14783304-celebrity-tweet-or-celebrity-endorsement-its-getting-harder-to-tell> [11 October 2013.]
- Consumer International. Consumer rights [Online]. Available from: <http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights#.Ug55sJJ7K48> [16 August 2013.]
- Dave Carroll. Full Story of United Breaks Guitar [Online]. Available from: <http://www.davecarrollmusic.com/music/ubg/story/> [1 October 2013.]
- European Union. List of Countries [Online]. Available from: http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm [25 January 2014.]
- Federal Trade Commission. Closing Letter to AnnTaylor Stores Corp [Online]. Available from: <http://www.ftc.gov/os/closings/100420anntaylorclosingletter.pdf> [21 September 2013.]
- . Dot Com Disclosures: Information About Online Advertising [Online]. Available from: <http://www.ftc.gov/os/2000/05/0005dotcomstaffreport.pdf> [15 October 2013.]
- . Firm to Pay FTC \$250,000 to Settle Charges That It Used Misleading Online "Consumer" and "Independent" Reviews [Online]. 2011. Available from: <http://ftc.gov/opa/2011/03/legacy.shtm> [21 July 2013.]
- . Guide Concerning Use of the Word "Free" and Similar Representations [Online]. Available from: <http://www.ftc.gov/bcp/guides/free.htm> [29 August 2013.]
- . Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 37 FR 25548 (1972) [Online]. Available from: <http://legacy.library.ucsf.edu/documentStore/g/j/gjg19d00/Sgig19d00.pdf> [29 August 2013.]
- . Legacy Learning Systems, Inc. [Online]. 2011. Available from: <http://ftc.gov/os/caselist/1023055/index.shtm> [11 October 2013.]
- . Public Relations Firm to Settle FTC Charges that It Advertised Clients' Gaming Apps Through Misleading Online Endorsements [Online]. 2010. Available from: <http://www.ftc.gov/opa/2010/08/reverb.shtm> [19 July 2013.]

- . Reverb Communications, Inc. [Online]. 2010. Available from: www.ftc.gov/enforcement/cases-and-proceedings/cases/2010/11/reverb-communications-inc [19 July 2013.]
- Frédéric Cavazza. Social Media Landscape 2012 [Online]. 2012. Available from: <http://www.fredcavazza.net/2012/02/22/social-media-landscape-2012/> [17 September 2013.]
- Goldstein. How new FTC guidelines on endorsement and testimonials will affect traditional and new media. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal (2011): 609-639.
- Goodeyevew (นามปากกา). Social Media กับการทำงาน [ออนไลน์]. 2555. แหล่งที่มา: <http://humanrevod.wordpress.com/2012/09/24/social-media-at-work/> [เข้าถึงเมื่อ 25 กรกฎาคม 2556]
- Justin Malbon. Taking Fake Online Consumer Reviews Seriously. Journal of Consumer Policy (March 24, 2013): 139-157.
- Legislative Council Secretariat. Consumer protection in the United Kingdom and Singapore ACCP [Online]. 2011. Available from: <http://www.legco.gov.hk/yr10-11/english/sec/library/1011in11-e.pdf> [16 January 2014.]
- Lucille M. Ponte. Mad Men Posing as Ordinary Consumers: The Essential Role of Self-Regulation and Industry Ethics on Decreasing Deceptive Online Consumer Ratings and Reviews. The John Marshall Review of Intellectual Property Law (2013): 461-508.
- Nan Hu, Ling Liu, and Vallabh Sambamurthy. Fraud Detection in Online Consumer Reviews. Decision Support Systems (February, 2011): 614-626.
- Natasha T. Brison, Thomas A. Baker, and Kevin K. Byon. Tweets and Crumpets: Examining U.K. and U.S. Regulation of Athlete Endorsements and Social Media Marketing. Journal of Legal Aspects of Sport (2013): 55-71.
- Pew Research Center. Key Findings [Online]. 2013. Available from: <http://stateofthemedias.org/2013/overview-5/key-findings/> [29 September 2013.]
- PimTT. เห็นกระทู้ "โฆษณาครีมนวดรา" แล้วค้นปากอยากจะทำแน่นอนๆบ้าง เห็นมากับตา เจอมากับตัว [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: <http://pantip.com/topic/31272598> [เข้าถึงเมื่อ 23 พฤศจิกายน 2556]
- Singapore. Singapore Reports on Consumer Protection for ACCP [Online]. 2008. Available from: <http://aseanconsumer.org/misc/downloads/countryreport-singapore-2008.pdf> [16 January 2014.]
- Sons of Maxwell. United Breaks Guitar [Online]. 2009. Available from: <http://www.youtube.com/watch?v=5YGc4zOqozo> [1 October 2013.]

- Stuart Elliott. Hiding a Television Commercial in Plain View [Online]. 2002. Available from: <http://www.nytimes.com/2002/05/24/business/the-media-business-advertising-hiding-a-television-commercial-in-plain-view.html?pagewanted=all&src=pm> [11 October 2013.]
- The European Commission. Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices [Online]. 2009. Available from: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Guidance_UCP_Directive_en.pdf [23 August 2013.]
- The Nielsen Company. Consumer Trust in Online, Social and Mobile Advertising [Online]. 2012. Available from: <http://www.nielsen.com/us/en/newswire/2012/consumer-trust-in-online-social-and-mobile-advertising-grows.html> [2 September 2013.]
- . Just Do It? Consumer Trust in Advertising and Willingness to Take Action [Online]. 2013. Available from: <http://www.nielsen.com/us/en/newswire/2013/just-do-it-consumer-trust-in-advertising-and-willingness-to-ta.html> [11 October 2013.]
- The Office of Fair Trading. About the OFT [Online] [Online]. Available from: <http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/?jsessionid=D80841BC24B425DF9DEF1D8685341316> [19 October 2013.]
- . Guidance on the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations [Online]. Available from: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/cpregs/offt1008.pdf [30 October 2013.]
- . Investigation into bait advertising and unfair commercial practices in relation to an online sale [Online]. 2011. Available from: <http://www.offt.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement/consumer-enforcement-completed/bait-advertising/#.UouBecR7L2Y> [19 November 2013.]
- . OFT secures promotional blogging disclosures [Online]. 2010. Available from: http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2010/134-10#.UnSiM_l7L2Y [30 October 2013.]
- . OFT takes action against group buying website for misleading iPhone sale [Online]. 2011. Available from: <http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2011/30-11#.UouBeMR7L2Y> [19 November 2013.]
- . What we do [Online]. Available from: <http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/what/#.UnSYGvl7L2Y> [19 October 2013.]
- Twitter Inc. Kim Kardashian [Online]. 2010. Available from: <https://twitter.com/KimKardashian> [11 October 2013.]

Yahoo omg! How Kim Kardashian Makes Her Millions - Lawsuits, Endorsements and Twitter, Oh My! [Online]. 2011. Available from: <http://omg.yahoo.com/news/kim-kardashian-makes-her-millions-lawsuits-endorsements-twitter-214200020.html> [11 October 2013.]

กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. เกี่ยวกับกรม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.dit.go.th/aboutmain.asp> [วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2557]

กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์. ข้อมูลเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในเยอรมนี [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.ditp.go.th/attachments/article/71873/web_เว็บไซต์คุ้มครองผู้บริโภค2555.pdf [เข้าถึงเมื่อ 4 พฤศจิกายน 2556]

กระทรวงต่างประเทศ. กรอบความร่วมมือ : สหภาพยุโรป (European Union -- EU) [ออนไลน์].

2555. แหล่งที่มา: [http://www.mfa.go.th/main/th/world/7/19896-\(European-Union---EU\).html](http://www.mfa.go.th/main/th/world/7/19896-(European-Union---EU).html) [เข้าถึงเมื่อ 27 กันยายน 2556]

คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

จำปี ไสตติพันธ์. คำอธิบาย นิติกรรม - สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

———. หลักความรับผิดก่อนสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ชาญณรงค์ ปรานีจิตต์. คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.

กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2551.

दनัย รัตนพล. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2546.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และ สุธีร์ ศุภินิตย์. การคุ้มครองผู้บริโภค. กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายการวิจัยเศรษฐกิจรายสาขา สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย, 2541.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และ เสาวลักษณ์ ชิวสทธิยานนท์. โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2544.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 31. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

นิตนา ฐานิตธนกร และ ปรีศนียากรณ์ สายปิมแปง. Beauty Blogger: ผู้ทรงอิทธิพลด้านความงามบนโลกออนไลน์. วารสารสุทธิปริทัศน์ ปีที่ 27 ฉบับที่ 81(เดือนมกราคม - มีนาคม 2556): 109-124.

ปัญญาธรรม ขอหอมกลาง. เว็บไซต์ (Web Site) หมายถึง [ออนไลน์]. **2553**. แหล่งที่มา:

<http://panyaras.blogspot.com/2010/05/web-site-web-page-home-page-links-www.html> [เข้าถึงเมื่อ 25 กรกฎาคม 2556]

- ไพฑูริย์ เอกจริยกร. คำอธิบายกฎหมาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิทยุชน, 2554.
- . ตัวแทน นายหน้า. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิทยุชน, 2554.
- พัชฎกานต์ เชียงน้อย. IG ดารา ซีเรป สื่อโฆษณาในใจแฟนคลับ [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: http://www.thanonline.com/index.php?option=com_content&view=article&id=181303:ig---&catid=230:2012-11-02-08-44-11&Itemid=408#.UwTYLPL_uL1 [เข้าถึงเมื่อ 19 กุมภาพันธ์ 2557]
- พินิจ ทิพย์มณี. หลักกฎหมายตัวแทน-นายหน้า. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิทยุชน, 2554.
- ไพโรจน์ อารักษา. โฆษณาอย่างไรให้ถูกใจและถูกต้อง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิทยุชน, 2544.
- ภิเชก ชัยนิรันดร์. E-commerce และ Online Marketing. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โปรวิชั่น, 2556.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิทยุชน, 2553.
- เสียนา ลิ อีวานส์. สร้างโอกาส วางกลยุทธ์ การตลาดยุค Social media. กรุงเทพมหานคร: ทู ดิจิตอล คอนเทนต์ แอนด์มีเดีย, 2555.
- วรวิทย์ ฤทธิพิศ. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. ตุลพาห 56, 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2552): 91-108.
- วิชช์ จีระแพทย์. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2523.
- ศักดิ์ ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิทยุชน, 2553.
- . แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.
- ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551.
- . คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด และความรับผิดทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2544.
- สมาคมโฆษณาแห่งประเทศไทย. ข้อสรุปแนวทางการโฆษณาโดยไม่ระบุแบรนด์ UNBRAND ADVERTISING [ออนไลน์]. 2554. แหล่งที่มา: http://www.adasso thai.com/include/upload/images/th_con_upload/20110831032312_17885.pdf [เข้าถึงเมื่อ 16 พฤศจิกายน 2556]
- . จรรยาบรรณวิชาชีพโฆษณา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.adasso thai.com/index.php/main/about_aat/ethic [เข้าถึงเมื่อ 16 พฤศจิกายน 2556]

- สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการโฆษณาที่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย หรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค พ.ศ. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: www.ocpb.go.th/download/ประชาพิจารณ์_โฆษณา_31032551.pdf [เข้าถึงเมื่อ 22 มกราคม 2557]
- . ข่าว คคบ. 3/2551 [ออนไลน์]. 2551. แหล่งที่มา: http://www.ocpb.go.th/ewt_dl_link.php?nid=720 [เข้าถึงเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2557]
- . แผนการจัดการเรียนรู้บูรณาการ เรื่อง การคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ระดับช่วงชั้นที่ 3 และระดับช่วงชั้นที่ 4 ตามหลักสูตรการศึกษาขั้นพื้นฐาน พุทธศักราช 2544. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักนายกรัฐมนตรี, 2551.
- . (ร่าง) แผนแม่บทการคุ้มครองผู้บริโภคแห่งชาติ ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2556-2560). กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักนายกรัฐมนตรี, 2556.
- . วัตถุประสงค์. สคบ.สาร ปีที่ 31 ฉบับที่ 286(เดือนตุลาคม – พฤศจิกายน 2553): 2.
- . เอกสารประกอบการประชุม/อบรม/สัมมนา เรื่อง พ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ด้านการโฆษณา) [ออนไลน์]. 2554. แหล่งที่มา: http://www.ocpb.go.th/ewtadmin/ewt/ocpb_web/download/pdf/x9.ppt [เข้าถึงเมื่อ 18 พฤศจิกายน 2556]
- สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี. แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์. กรุงเทพมหานคร: NECTEC, 2546.
- สำนักงานศาลยุติธรรม. คำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดอกเบญจ, 2550.
- สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน. แนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/otcc/upload/พรบ.แข่งขัน-แนวปฏิบัติตามมาตรา%2029.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2556]
- สุริรัตน์ โพธิ์ทอง. ทำ Blog ยังไง ให้ทำเงิน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: วิตต์กรุ๊ป, 2552.
- สุขุม ศุภินิตย์. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในสถานการณ์การตลาดยุคใหม่. วารสารกฎหมาย ปีที่ 28 ฉบับที่ 2(สิงหาคม 2554): 1-14.
- . คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2550.
- . คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- หนูราย. พลีชีพ: สืบเนื่องจากดาราสาวแม่ลูกอ่อน โฆษณาอาหารเสริมขาวใสใน IG [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: <http://pantip.com/topic/30962383> [เข้าถึงเมื่อ 11 กันยายน 2556]



ภาคผนวก

กฎหมายต่างประเทศ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญภาคผนวก

หน้า

| | |
|--|-----|
| 1. กฎหมายของสหรัฐอเมริกา..... | 186 |
| 1.1 Federal Trade Commission Act..... | 186 |
| 1.2 The Commission’s Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising..... | 187 |
| 1.3 Dot Com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising..... | 199 |
| 2. กฎหมายของสหภาพยุโรป : Unfair Commercial Practices Directive..... | 229 |
| 3. กฎหมายของสหราชอาณาจักร..... | 231 |
| 3.1 The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008..... | 231 |
| 3.2 The UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing..... | 234 |
| 4. กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี : The Act Against Unfair Competition..... | 252 |
| 5. กฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์..... | 255 |
| 5.1 Consumer Protection (Fair Trading) Act..... | 255 |
| 5.2 Singapore Code of Advertising Practice..... | 257 |

1. กฎหมายของสหรัฐอเมริกา

1.1. Federal Trade Commission Act

Section 5

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



1.2. The Commission's Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 C.F.R. Part 255.0

FEDERAL TRADE COMMISSION 16 CFR Part 255

Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising

* * * *

This document includes only the text of the Revised Endorsement and Testimonial Guides. To learn more, read the Federal Register Notice at www.ftc.gov/opa/2009/10/endortest.shtm.

* * * *

§ 255.0 Purpose and definitions.

(a) The Guides in this part represent administrative interpretations of laws enforced by the Federal Trade Commission for the guidance of the public in conducting its affairs in conformity with legal requirements. Specifically, the Guides address the application of Section 5 of the FTC Act (15 U.S.C. 45) to the use of endorsements and testimonials in advertising. The Guides provide the basis for voluntary compliance with the law by advertisers and endorsers. Practices inconsistent with these Guides may result in corrective action by the Commission under Section 5 if, after investigation, the Commission has reason to believe that the practices fall within the scope of conduct declared unlawful by the statute.

The Guides set forth the general principles that the Commission will use in evaluating endorsements and testimonials, together with examples illustrating the application of those principles. The Guides do not purport to cover every possible use of endorsements in advertising. Whether a particular endorsement or testimonial is deceptive will depend on the specific factual circumstances of the advertisement at issue.

(b) For purposes of this part, an endorsement means any advertising message (including verbal statements, demonstrations, or depictions of the name, signature, likeness or other identifying personal characteristics of an individual or the name or seal of an organization) that consumers are likely to believe reflects the opinions, beliefs, findings, or experiences of a party other than the sponsoring advertiser, even if the views expressed by that party are identical to those of the sponsoring advertiser. The party whose opinions, beliefs, findings, or experience the message appears to reflect will be called the endorser and may be an individual, group, or institution.

(c) The Commission intends to treat endorsements and testimonials identically in the context of its enforcement of the Federal Trade Commission Act and for purposes of this part. The term endorsements is therefore generally used hereinafter to cover both terms and situations.

(d) For purposes of this part, the term product includes any product, service, company or industry.

(e) For purposes of this part, an expert is an individual, group, or institution possessing, as a result of experience, study, or training, knowledge of a particular subject, which knowledge is superior to what ordinary individuals generally acquire.

Example 1: A film critic's review of a movie is excerpted in an advertisement. When so used, the review meets the definition of an endorsement because it is viewed by readers as a statement of the critic's own opinions and not those of the film producer, distributor, or exhibitor. Any alteration in or quotation from the text of the review that does not fairly reflect its substance would be a violation of the standards set by this part because it would distort the endorser's opinion. [See § 255.1(b).]

Example 2: A TV commercial depicts two women in a supermarket buying a laundry detergent. The women are not identified outside the context of the advertisement. One comments to the other how clean her brand makes her family's clothes, and the other then comments that she will try it because she has not been fully satisfied with her own brand. This obvious fictional dramatization of a real life situation would not be an endorsement.

Example 3: In an advertisement for a pain remedy, an announcer who is not familiar to consumers except as a spokesman for the advertising drug company praises the drug's ability to deliver fast and lasting pain relief. He purports to speak, not on the basis of his own opinions, but rather in the place of and on behalf of the drug company. The announcer's statements would not be considered an endorsement.

Example 4: A manufacturer of automobile tires hires a well-known professional automobile racing driver to deliver its advertising message in television commercials. In these commercials, the driver speaks of the smooth ride, strength, and long life of the tires. Even though the message is not expressly declared to be the personal opinion of the driver, it may nevertheless constitute an endorsement of the tires. Many consumers will recognize this individual as being primarily a racing driver and not merely a spokesperson or announcer for the advertiser. Accordingly, they may well believe the driver would not speak for an automotive product unless he actually believed in what he was saying and had personal knowledge sufficient to form that belief. Hence, they would think that the advertising message reflects the driver's personal views. This attribution of the underlying views to the driver brings the advertisement within the definition of an endorsement for purposes of this part.

Example 5: A television advertisement for a particular brand of golf balls shows a prominent and well-recognized professional golfer practicing numerous drives off the tee. This would be an endorsement by the golfer even though she makes no verbal statement in the advertisement.

Example 6: An infomercial for a home fitness system is hosted by a well-known entertainer. During the infomercial, the entertainer demonstrates the machine and states that it is the most effective and easy-to-use home exercise machine that she has ever tried. Even if she is reading from a script, this statement would be an endorsement, because consumers are likely to believe it reflects the entertainer's views.

Example 7: A television advertisement for a housewares store features a well-known female comedian and a well-known male baseball player engaging in light-hearted banter about products each one intends to purchase for the other. The comedian says that she will buy him a Brand X, portable, high-definition television so he can finally see the strike zone. He says that he will get her a Brand Y juicer so she can make juice with all the fruit

and vegetables thrown at her during her performances. The comedian and baseball player are not likely to be deemed endorsers because consumers will likely realize that the individuals are not expressing their own views.

Example 8: A consumer who regularly purchases a particular brand of dog food decides one day to purchase a new, more expensive brand made by the same manufacturer. She writes in her personal blog that the change in diet has made her dog's fur noticeably softer and shinier, and that in her opinion, the new food definitely is worth the extra money. This posting would not be deemed an endorsement under the Guides.

Assume that rather than purchase the dog food with her own money, the consumer gets it for free because the store routinely tracks her purchases and its computer has generated a coupon for a free trial bag of this new brand. Again, her posting would not be deemed an endorsement under the Guides.

Assume now that the consumer joins a network marketing program under which she periodically receives various products about which she can write reviews if she wants to do so. If she receives a free bag of the new dog food through this program, her positive review would be considered an endorsement under the Guides.

§ 255.1 General considerations.

(a) Endorsements must reflect the honest opinions, findings, beliefs, or experience of the endorser. Furthermore, an endorsement may not convey any express or implied representation that would be deceptive if made directly by the advertiser. [See §§ 255.2(a) and (b) regarding substantiation of representations conveyed by consumer endorsements.]

(b) The endorsement message need not be phrased in the exact words of the endorser, unless the advertisement affirmatively so represents. However, the endorsement may not be presented out of context or reworded so as to distort in any way the endorser's opinion or experience with the product. An advertiser may use an endorsement of an expert or celebrity only so long as it has good reason to believe that the endorser continues to subscribe to the views presented. An advertiser may satisfy this obligation by securing the endorser's views at reasonable intervals where reasonableness will be determined by such factors as new information on the performance or effectiveness of the product, a material alteration in the product, changes in the performance of competitors' products, and the advertiser's contract commitments.

(c) When the advertisement represents that the endorser uses the endorsed product, the endorser must have been a bona fide user of it at the time the endorsement was given. Additionally, the advertiser may continue to run the advertisement only so long as it has good reason to believe that the endorser remains a bona fide user of the product. [See § 255.1(b) regarding the "good reason to believe" requirement.]

(d) Advertisers are subject to liability for false or unsubstantiated statements made through endorsements, or for failing to disclose material connections between themselves and their endorsers [see § 255.5]. Endorsers also may be liable for statements made in the course of their endorsements.

Example 1: A building contractor states in an advertisement that he uses the advertiser's exterior house paint because of its remarkable quick drying properties and durability. This endorsement must comply with the pertinent requirements of Section 255.3 (Expert Endorsements). Subsequently, the advertiser reformulates its paint to enable it to cover exterior surfaces with only one coat. Prior to continued use of the contractor's endorsement, the advertiser must contact the contractor in order to determine whether the contractor would continue to specify the paint and to subscribe to the views presented previously.

Example 2: A television advertisement portrays a woman seated at a desk on which rest five unmarked computer keyboards. An announcer says, "We asked X, an administrative assistant for over ten years, to try these five unmarked keyboards and tell us which one she liked best." The advertisement portrays X typing on each keyboard and then picking the advertiser's brand. The announcer asks her why, and X gives her reasons. This endorsement would probably not represent that X actually uses the advertiser's keyboard at work. In addition, the endorsement also may be required to meet the standards of Section 255.3 (expert endorsements).

Example 3: An ad for an acne treatment features a dermatologist who claims that the product is "clinically proven" to work. Before giving the endorsement, she received a write-up of the clinical study in question, which indicates flaws in the design and conduct of the study that are so serious that they preclude any conclusions about the efficacy of the product. The dermatologist is subject to liability for the false statements she made in the advertisement. The advertiser is also liable for misrepresentations made through the endorsement. [See Section 255.3 regarding the product evaluation that an expert endorser must conduct.]

Example 4: A well-known celebrity appears in an infomercial for an oven roasting bag that purportedly cooks every chicken perfectly in thirty minutes. During the shooting of the infomercial, the celebrity watches five attempts to cook chickens using the bag. In each attempt, the chicken is undercooked after thirty minutes and requires sixty minutes of cooking time. In the commercial, the celebrity places an uncooked chicken in the oven roasting bag and places the bag in one oven. He then takes a chicken roasting bag from a second oven, removes from the bag what appears to be a perfectly cooked chicken, tastes the chicken, and says that if you want perfect chicken every time, in just thirty minutes, this is the product you need. A significant percentage of consumers are likely to believe the celebrity's statements represent his own views even though he is reading from a script. The celebrity is subject to liability for his statement about the product. The advertiser is also liable for misrepresentations made through the endorsement.

Example 5: A skin care products advertiser participates in a blog advertising service. The service matches up advertisers with bloggers who will promote the advertiser's products on their personal blogs. The advertiser requests that a blogger try a new body lotion and write a review of the product on her blog. Although the advertiser does not make any specific claims about the lotion's ability to cure skin conditions and the blogger does not ask the advertiser whether there is substantiation for the claim, in her review the blogger writes that the lotion cures eczema and recommends the product to her blog readers who suffer from this condition. The advertiser is subject to liability for misleading or unsubstantiated

representations made through the blogger's endorsement. The blogger also is subject to liability for misleading or unsubstantiated representations made in the course of her endorsement. The blogger is also liable if she fails to disclose clearly and conspicuously that she is being paid for her services. [See § 255.5.]

In order to limit its potential liability, the advertiser should ensure that the advertising service provides guidance and training to its bloggers concerning the need to ensure that statements they make are truthful and substantiated. The advertiser should also monitor bloggers who are being paid to promote its products and take steps necessary to halt the continued publication of deceptive representations when they are discovered.

§ 255.2 Consumer endorsements.

(a) An advertisement employing endorsements by one or more consumers about the performance of an advertised product or service will be interpreted as representing that the product or service is effective for the purpose depicted in the advertisement. Therefore, the advertiser must possess and rely upon adequate substantiation, including, when appropriate, competent and reliable scientific evidence, to support such claims made through endorsements in the same manner the advertiser would be required to do if it had made the representation directly, *i.e.*, without using endorsements. Consumer endorsements themselves are not competent and reliable scientific evidence.

(b) An advertisement containing an endorsement relating the experience of one or more consumers on a central or key attribute of the product or service also will likely be interpreted as representing that the endorser's experience is representative of what consumers will generally achieve with the advertised product or service in actual, albeit variable, conditions of use. Therefore, an advertiser should possess and rely upon adequate substantiation for this representation. If the advertiser does not have substantiation that the endorser's experience is representative of what consumers will generally achieve, the advertisement should clearly and conspicuously disclose the generally expected performance in the depicted circumstances, and the advertiser must possess and rely on adequate substantiation for that representation.¹

¹ The Commission tested the communication of advertisements containing testimonials that clearly and prominently disclosed either "Results not typical" or the stronger "These testimonials are based on the experiences of a few people and you are not likely to have similar results." Neither disclosure adequately reduced the communication that the experiences depicted are generally representative. Based upon this research, the Commission believes that similar disclaimers regarding the limited applicability of an endorser's experience to what consumers may generally expect to achieve are unlikely to be effective.

Nonetheless, the Commission cannot rule out the possibility that a strong disclaimer of typicality could be effective in the context of a particular advertisement. Although the Commission would have the burden of proof in a law enforcement action, the Commission notes that an advertiser possessing reliable empirical testing demonstrating that the net impression of its advertisement with such a disclaimer is non-deceptive will avoid the risk of the initiation of such an action in the first instance.

(c) Advertisements presenting endorsements by what are represented, directly or by implication, to be “actual consumers” should utilize actual consumers in both the audio and video, or clearly and conspicuously disclose that the persons in such advertisements are not actual consumers of the advertised product.

Example 1: A brochure for a baldness treatment consists entirely of testimonials from satisfied customers who say that after using the product, they had amazing hair growth and their hair is as thick and strong as it was when they were teenagers. The advertiser must have competent and reliable scientific evidence that its product is effective in producing new hair growth.

The ad will also likely communicate that the endorsers’ experiences are representative of what new users of the product can generally expect. Therefore, even if the advertiser includes a disclaimer such as, “Notice: These testimonials do not prove our product works. You should not expect to have similar results,” the ad is likely to be deceptive unless the advertiser has adequate substantiation that new users typically will experience results similar to those experienced by the testimonialists.

Example 2: An advertisement disseminated by a company that sells heat pumps presents endorsements from three individuals who state that after installing the company’s heat pump in their homes, their monthly utility bills went down by \$100, \$125, and \$150, respectively. The ad will likely be interpreted as conveying that such savings are representative of what consumers who buy the company’s heat pump can generally expect. The advertiser does not have substantiation for that representation because, in fact, less than 20% of purchasers will save \$100 or more. A disclosure such as, “Results not typical” or, “These testimonials are based on the experiences of a few people and you are not likely to have similar results” is insufficient to prevent this ad from being deceptive because consumers will still interpret the ad as conveying that the specified savings are representative of what consumers can generally expect. The ad is less likely to be deceptive if it clearly and conspicuously discloses the generally expected savings and the advertiser has adequate substantiation that homeowners can achieve those results. There are multiple ways that such a disclosure could be phrased, *e.g.*, “the average homeowner saves \$35 per month,” “the typical family saves \$50 per month during cold months and \$20 per month in warm months,” or “most families save 10% on their utility bills.”

Example 3: An advertisement for a cholesterol-lowering product features an individual who claims that his serum cholesterol went down by 120 points and does not mention having made any lifestyle changes. A well-conducted clinical study shows that the product reduces the cholesterol levels of individuals with elevated cholesterol by an average of 15% and the advertisement clearly and conspicuously discloses this fact. Despite the presence of this disclosure, the advertisement would be deceptive if the advertiser does not have adequate substantiation that the product can produce the specific results claimed by the endorser (*i.e.*, a 120-point drop in serum cholesterol without any lifestyle changes).

Example 4: An advertisement for a weight-loss product features a formerly obese woman. She says in the ad, “Every day, I drank 2 WeightAway shakes, ate only raw vegetables, and exercised vigorously for six hours at the gym. By the end of six months, I had gone from 250 pounds to 140 pounds.” The advertisement accurately describes the woman’s

experience, and such a result is within the range that would be generally experienced by an extremely overweight individual who consumed WeightAway shakes, only ate raw vegetables, and exercised as the endorser did. Because the endorser clearly describes the limited and truly exceptional circumstances under which she achieved her results, the ad is not likely to convey that consumers who weigh substantially less or use WeightAway under less extreme circumstances will lose 110 pounds in six months. (If the advertisement simply says that the endorser lost 110 pounds in six months using WeightAway together with diet and exercise, however, this description would not adequately alert consumers to the truly remarkable circumstances leading to her weight loss.) The advertiser must have substantiation, however, for any performance claims conveyed by the endorsement (*e.g.*, that WeightAway is an effective weight loss product).

If, in the alternative, the advertisement simply features “before” and “after” pictures of a woman who says “I lost 50 pounds in 6 months with WeightAway,” the ad is likely to convey that her experience is representative of what consumers will generally achieve. Therefore, if consumers cannot generally expect to achieve such results, the ad should clearly and conspicuously disclose what they can expect to lose in the depicted circumstances (*e.g.*, “most women who use WeightAway for six months lose at least 15 pounds”).

If the ad features the same pictures but the testimonialist simply says, “I lost 50 pounds with WeightAway,” and WeightAway users generally do not lose 50 pounds, the ad should disclose what results they do generally achieve (*e.g.*, “most women who use WeightAway lose 15 pounds”).

Example 5: An advertisement presents the results of a poll of consumers who have used the advertiser’s cake mixes as well as their own recipes. The results purport to show that the majority believed that their families could not tell the difference between the advertised mix and their own cakes baked from scratch. Many of the consumers are actually pictured in the advertisement along with relevant, quoted portions of their statements endorsing the product. This use of the results of a poll or survey of consumers represents that this is the typical result that ordinary consumers can expect from the advertiser’s cake mix.

Example 6: An advertisement purports to portray a “hidden camera” situation in a crowded cafeteria at breakfast time. A spokesperson for the advertiser asks a series of actual patrons of the cafeteria for their spontaneous, honest opinions of the advertiser’s recently introduced breakfast cereal. Even though the words “hidden camera” are not displayed on the screen, and even though none of the actual patrons is specifically identified during the advertisement, the net impression conveyed to consumers may well be that these are actual customers, and not actors. If actors have been employed, this fact should be clearly and conspicuously disclosed.

Example 7: An advertisement for a recently released motion picture shows three individuals coming out of a theater, each of whom gives a positive statement about the movie. These individuals are actual consumers expressing their personal views about the movie. The advertiser does not need to have substantiation that their views are representative of the opinions that most consumers will have about the movie. Because the consumers’ statements would be understood to be the subjective opinions of only three people, this advertisement is not likely to convey a typicality message.

If the motion picture studio had approached these individuals outside the theater and offered them free tickets if they would talk about the movie on camera afterwards, that arrangement should be clearly and conspicuously disclosed. [See § 255.5.]

§ 255.3 Expert endorsements.

(a) Whenever an advertisement represents, directly or by implication, that the endorser is an expert with respect to the endorsement message, then the endorser's qualifications must in fact give the endorser the expertise that he or she is represented as possessing with respect to the endorsement.

(b) Although the expert may, in endorsing a product, take into account factors not within his or her expertise (*e.g.*, matters of taste or price), the endorsement must be supported by an actual exercise of that expertise in evaluating product features or characteristics with respect to which he or she is expert and which are relevant to an ordinary consumer's use of or experience with the product and are available to the ordinary consumer. This evaluation must have included an examination or testing of the product at least as extensive as someone with the same degree of expertise would normally need to conduct in order to support the conclusions presented in the endorsement. To the extent that the advertisement implies that the endorsement was based upon a comparison, such comparison must have been included in the expert's evaluation; and as a result of such comparison, the expert must have concluded that, with respect to those features on which he or she is expert and which are relevant and available to an ordinary consumer, the endorsed product is at least equal overall to the competitors' products. Moreover, where the net impression created by the endorsement is that the advertised product is superior to other products with respect to any such feature or features, then the expert must in fact have found such superiority. [See § 255.1(d) regarding the liability of endorsers.]

Example 1: An endorsement of a particular automobile by one described as an "engineer" implies that the endorser's professional training and experience are such that he is well acquainted with the design and performance of automobiles. If the endorser's field is, for example, chemical engineering, the endorsement would be deceptive.

Example 2: An endorser of a hearing aid is simply referred to as "Doctor" during the course of an advertisement. The ad likely implies that the endorser is a medical doctor with substantial experience in the area of hearing. If the endorser is not a medical doctor with substantial experience in audiology, the endorsement would likely be deceptive. A non-medical "doctor" (*e.g.*, an individual with a Ph.D. in exercise physiology) or a physician without substantial experience in the area of hearing can endorse the product, but if the endorser is referred to as "doctor," the advertisement must make clear the nature and limits of the endorser's expertise.

Example 3: A manufacturer of automobile parts advertises that its products are approved by the "American Institute of Science." From its name, consumers would infer that the "American Institute of Science" is a bona fide independent testing organization with expertise in judging automobile parts and that, as such, it would not approve any automobile part without first testing its efficacy by means of valid scientific methods. If the American Institute of Science is not such a bona fide independent testing organization

(e.g., if it was established and operated by an automotive parts manufacturer), the endorsement would be deceptive. Even if the American Institute of Science is an independent bona fide expert testing organization, the endorsement may nevertheless be deceptive unless the Institute has conducted valid scientific tests of the advertised products and the test results support the endorsement message.

Example 4: A manufacturer of a non-prescription drug product represents that its product has been selected over competing products by a large metropolitan hospital. The hospital has selected the product because the manufacturer, unlike its competitors, has packaged each dose of the product separately. This package form is not generally available to the public. Under the circumstances, the endorsement would be deceptive because the basis for the hospital's choice – convenience of packaging – is neither relevant nor available to consumers, and the basis for the hospital's decision is not disclosed to consumers.

Example 5: A woman who is identified as the president of a commercial "home cleaning service" states in a television advertisement that the service uses a particular brand of cleanser, instead of leading competitors it has tried, because of this brand's performance. Because cleaning services extensively use cleansers in the course of their business, the ad likely conveys that the president has knowledge superior to that of ordinary consumers. Accordingly, the president's statement will be deemed to be an expert endorsement. The service must, of course, actually use the endorsed cleanser. In addition, because the advertisement implies that the cleaning service has experience with a reasonable number of leading competitors to the advertised cleanser, the service must, in fact, have such experience, and, on the basis of its expertise, it must have determined that the cleaning ability of the endorsed cleanser is at least equal (or superior, if such is the net impression conveyed by the advertisement) to that of leading competitors' products with which the service has had experience and which remain reasonably available to it. Because in this example the cleaning service's president makes no mention that the endorsed cleanser was "chosen," "selected," or otherwise evaluated in side-by-side comparisons against its competitors, it is sufficient if the service has relied solely upon its accumulated experience in evaluating cleansers without having performed side-by-side or scientific comparisons.

Example 6: A medical doctor states in an advertisement for a drug that the product will safely allow consumers to lower their cholesterol by 50 points. If the materials the doctor reviewed were merely letters from satisfied consumers or the results of a rodent study, the endorsement would likely be deceptive because those materials are not what others with the same degree of expertise would consider adequate to support this conclusion about the product's safety and efficacy.

§ 255.4 Endorsements by organizations.

Endorsements by organizations, especially expert ones, are viewed as representing the judgment of a group whose collective experience exceeds that of any individual member, and whose judgments are generally free of the sort of subjective factors that vary from individual to individual. Therefore, an organization's endorsement must be reached by a process sufficient to ensure that the endorsement fairly reflects the collective judgment of the organization. Moreover, if an organization is represented as being expert, then, in conjunction with a proper exercise of its

expertise in evaluating the product under § 255.3 (expert endorsements), it must utilize an expert or experts recognized as such by the organization or standards previously adopted by the organization and suitable for judging the relevant merits of such products. [See § 255.1(d) regarding the liability of endorsers.]

Example: A mattress seller advertises that its product is endorsed by a chiropractic association. Because the association would be regarded as expert with respect to judging mattresses, its endorsement must be supported by an evaluation by an expert or experts recognized as such by the organization, or by compliance with standards previously adopted by the organization and aimed at measuring the performance of mattresses in general and not designed with the unique features of the advertised mattress in mind.

§ 255.5 Disclosure of material connections.

When there exists a connection between the endorser and the seller of the advertised product that might materially affect the weight or credibility of the endorsement (*i.e.*, the connection is not reasonably expected by the audience), such connection must be fully disclosed. For example, when an endorser who appears in a television commercial is neither represented in the advertisement as an expert nor is known to a significant portion of the viewing public, then the advertiser should clearly and conspicuously disclose either the payment or promise of compensation prior to and in exchange for the endorsement or the fact that the endorser knew or had reason to know or to believe that if the endorsement favored the advertised product some benefit, such as an appearance on television, would be extended to the endorser. Additional guidance, including guidance concerning endorsements made through other media, is provided by the examples below.

Example 1: A drug company commissions research on its product by an outside organization. The drug company determines the overall subject of the research (*e.g.*, to test the efficacy of a newly developed product) and pays a substantial share of the expenses of the research project, but the research organization determines the protocol for the study and is responsible for conducting it. A subsequent advertisement by the drug company mentions the research results as the “findings” of that research organization. Although the design and conduct of the research project are controlled by the outside research organization, the weight consumers place on the reported results could be materially affected by knowing that the advertiser had funded the project. Therefore, the advertiser’s payment of expenses to the research organization should be disclosed in this advertisement.

Example 2: A film star endorses a particular food product. The endorsement regards only points of taste and individual preference. This endorsement must, of course, comply with § 255.1; but regardless of whether the star’s compensation for the commercial is a \$1 million cash payment or a royalty for each product sold by the advertiser during the next year, no disclosure is required because such payments likely are ordinarily expected by viewers.

Example 3: During an appearance by a well-known professional tennis player on a television talk show, the host comments that the past few months have been the best of her career and during this time she has risen to her highest level ever in the rankings. She responds by attributing the improvement in her game to the fact that she is seeing the ball

better than she used to, ever since having laser vision correction surgery at a clinic that she identifies by name. She continues talking about the ease of the procedure, the kindness of the clinic's doctors, her speedy recovery, and how she can now engage in a variety of activities without glasses, including driving at night. The athlete does not disclose that, even though she does not appear in commercials for the clinic, she has a contractual relationship with it, and her contract pays her for speaking publicly about her surgery when she can do so. Consumers might not realize that a celebrity discussing a medical procedure in a television interview has been paid for doing so, and knowledge of such payments would likely affect the weight or credibility consumers give to the celebrity's endorsement. Without a clear and conspicuous disclosure that the athlete has been engaged as a spokesperson for the clinic, this endorsement is likely to be deceptive. Furthermore, if consumers are likely to take away from her story that her experience was typical of those who undergo the same procedure at the clinic, the advertiser must have substantiation for that claim.

Assume that instead of speaking about the clinic in a television interview, the tennis player touts the results of her surgery – mentioning the clinic by name – on a social networking site that allows her fans to read in real time what is happening in her life. Given the nature of the medium in which her endorsement is disseminated, consumers might not realize that she is a paid endorser. Because that information might affect the weight consumers give to her endorsement, her relationship with the clinic should be disclosed.

Assume that during that same television interview, the tennis player is wearing clothes bearing the insignia of an athletic wear company with whom she also has an endorsement contract. Although this contract requires that she wear the company's clothes not only on the court but also in public appearances, when possible, she does not mention them or the company during her appearance on the show. No disclosure is required because no representation is being made about the clothes in this context.

Example 4: An ad for an anti-snoring product features a physician who says that he has seen dozens of products come on the market over the years and, in his opinion, this is the best ever. Consumers would expect the physician to be reasonably compensated for his appearance in the ad. Consumers are unlikely, however, to expect that the physician receives a percentage of gross product sales or that he owns part of the company, and either of these facts would likely materially affect the credibility that consumers attach to the endorsement. Accordingly, the advertisement should clearly and conspicuously disclose such a connection between the company and the physician.

Example 5: An actual patron of a restaurant, who is neither known to the public nor presented as an expert, is shown seated at the counter. He is asked for his "spontaneous" opinion of a new food product served in the restaurant. Assume, first, that the advertiser had posted a sign on the door of the restaurant informing all who entered that day that patrons would be interviewed by the advertiser as part of its TV promotion of its new soy protein "steak." This notification would materially affect the weight or credibility of the patron's endorsement, and, therefore, viewers of the advertisement should be clearly and conspicuously informed of the circumstances under which the endorsement was obtained.

Assume, in the alternative, that the advertiser had not posted a sign on the door of the restaurant, but had informed all interviewed customers of the “hidden camera” only after interviews were completed and the customers had no reason to know or believe that their response was being recorded for use in an advertisement. Even if patrons were also told that they would be paid for allowing the use of their opinions in advertising, these facts need not be disclosed.

Example 6: An infomercial producer wants to include consumer endorsements for an automotive additive product featured in her commercial, but because the product has not yet been sold, there are no consumer users. The producer’s staff reviews the profiles of individuals interested in working as “extras” in commercials and identifies several who are interested in automobiles. The extras are asked to use the product for several weeks and then report back to the producer. They are told that if they are selected to endorse the product in the producer’s infomercial, they will receive a small payment. Viewers would not expect that these “consumer endorsers” are actors who were asked to use the product so that they could appear in the commercial or that they were compensated. Because the advertisement fails to disclose these facts, it is deceptive.

Example 7: A college student who has earned a reputation as a video game expert maintains a personal weblog or “blog” where he posts entries about his gaming experiences. Readers of his blog frequently seek his opinions about video game hardware and software. As it has done in the past, the manufacturer of a newly released video game system sends the student a free copy of the system and asks him to write about it on his blog. He tests the new gaming system and writes a favorable review. Because his review is disseminated via a form of consumer-generated media in which his relationship to the advertiser is not inherently obvious, readers are unlikely to know that he has received the video game system free of charge in exchange for his review of the product, and given the value of the video game system, this fact likely would materially affect the credibility they attach to his endorsement. Accordingly, the blogger should clearly and conspicuously disclose that he received the gaming system free of charge. The manufacturer should advise him at the time it provides the gaming system that this connection should be disclosed, and it should have procedures in place to try to monitor his postings for compliance.

Example 8: An online message board designated for discussions of new music download technology is frequented by MP3 player enthusiasts. They exchange information about new products, utilities, and the functionality of numerous playback devices. Unbeknownst to the message board community, an employee of a leading playback device manufacturer has been posting messages on the discussion board promoting the manufacturer’s product. Knowledge of this poster’s employment likely would affect the weight or credibility of her endorsement. Therefore, the poster should clearly and conspicuously disclose her relationship to the manufacturer to members and readers of the message board.

Example 9: A young man signs up to be part of a “street team” program in which points are awarded each time a team member talks to his or her friends about a particular advertiser’s products. Team members can then exchange their points for prizes, such as concert tickets or electronics. These incentives would materially affect the weight or credibility of the team member’s endorsements. They should be clearly and conspicuously disclosed, and the advertiser should take steps to ensure that these disclosures are being provided.

1.3. Dot Com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising



Overview

In the online marketplace, consumers can transact business without the constraints of time or distance. One can log on to the Internet day or night and purchase almost anything one desires, and advances in mobile technology allow advertisers to reach consumers nearly anywhere they go. But cyberspace is not without boundaries, and deception is unlawful no matter what the medium. The FTC has enforced and will continue enforcing its consumer protection laws to ensure that products and services are described truthfully online, and that consumers understand what they are paying for. These activities benefit consumers as well as sellers, who expect and deserve the opportunity to compete in a marketplace free of deception and unfair practices.

The general principles of advertising law apply online, but new issues arise almost as fast as technology develops — most recently, new issues have arisen concerning space-constrained screens and social media platforms. This FTC staff guidance document describes the information businesses should consider as they develop ads for online media to ensure that they comply with the law. Briefly,

1. The same consumer protection laws that apply to commercial activities in other media apply online, including activities in the mobile marketplace. The FTC Act's prohibition on "unfair or deceptive acts or practices" encompasses online advertising, marketing, and sales. In addition, many Commission rules and guides are not limited to any particular medium used to disseminate claims or advertising, and therefore, apply to the wide spectrum of online activities.
2. When practical, advertisers should incorporate relevant limitations and qualifying information into the underlying claim, rather than having a separate disclosure qualifying the claim.
3. Required disclosures must be clear and conspicuous. In evaluating whether a disclosure is likely to be clear and conspicuous, advertisers should consider its placement in the ad and its proximity to the relevant claim. The closer the disclosure is to the claim to which it relates, the better. Additional considerations include: the prominence of the disclosure; whether it is unavoidable; whether other parts of the ad distract attention from the disclosure; whether the disclosure needs to be repeated at different places on a website; whether disclosures in audio messages are presented in an adequate volume and cadence; whether visual disclosures

appear for a sufficient duration; and whether the language of the disclosure is understandable to the intended audience.

4. To make a disclosure clear and conspicuous, advertisers should:
 - Place the disclosure as close as possible to the triggering claim.
 - Take account of the various devices and platforms consumers may use to view advertising and any corresponding disclosure. If an ad is viewable on a particular device or platform, any necessary disclosures should be sufficient to prevent the ad from being misleading when viewed on that device or platform.
 - When a space-constrained ad requires a disclosure, incorporate the disclosure into the ad whenever possible. However, when it is not possible to make a disclosure in a space-constrained ad, it may, under some circumstances, be acceptable to make the disclosure clearly and conspicuously on the page to which the ad links.
 - When using a hyperlink to lead to a disclosure,
 - make the link obvious;
 - label the hyperlink appropriately to convey the importance, nature, and relevance of the information it leads to;
 - use hyperlink styles consistently, so consumers know when a link is available;
 - place the hyperlink as close as possible to the relevant information it qualifies and make it noticeable;
 - take consumers directly to the disclosure on the click-through page;
 - assess the effectiveness of the hyperlink by monitoring click-through rates and other information about consumer use and make changes accordingly.
 - Preferably, design advertisements so that "scrolling" is not necessary in order to find a disclosure. When scrolling is necessary, use text or visual cues to encourage consumers to scroll to view the disclosure.
 - Keep abreast of empirical research about where consumers do and do not look on a screen.
 - Recognize and respond to any technological limitations or unique characteristics of a communication method when making disclosures.
 - Display disclosures before consumers make a decision to buy — *e.g.*, before they "add to shopping cart." Also recognize that disclosures may have to be

repeated before purchase to ensure that they are adequately presented to consumers.

- Repeat disclosures, as needed, on lengthy websites and in connection with repeated claims. Disclosures may also have to be repeated if consumers have multiple routes through a website.
 - If a product or service promoted online is intended to be (or can be) purchased from “brick and mortar” stores or from online retailers other than the advertiser itself, then any disclosure necessary to prevent deception or unfair injury should be presented in the ad itself — that is, before consumers head to a store or some other online retailer.
 - Necessary disclosures should not be relegated to “terms of use” and similar contractual agreements.
 - Prominently display disclosures so they are noticeable to consumers, and evaluate the size, color, and graphic treatment of the disclosure in relation to other parts of the webpage.
 - Review the entire ad to assess whether the disclosure is effective in light of other elements — text, graphics, hyperlinks, or sound — that might distract consumers’ attention from the disclosure.
 - Use audio disclosures when making audio claims, and present them in a volume and cadence so that consumers can hear and understand them.
 - Display visual disclosures for a duration sufficient for consumers to notice, read, and understand them.
 - Use plain language and syntax so that consumers understand the disclosures.
5. If a disclosure is necessary to prevent an advertisement from being deceptive, unfair, or otherwise violative of a Commission rule, and it is not possible to make the disclosure clearly and conspicuously, then that ad should not be disseminated. This means that if a particular platform does not provide an opportunity to make clear and conspicuous disclosures, then that platform should not be used to disseminate advertisements that require disclosures.

Negative consumer experiences can result in lost consumer goodwill and erode consumer confidence. Clear, conspicuous, and meaningful disclosures benefit advertisers and consumers.

I. Introduction

Day in and day out, businesses advertise and sell their products and services online.¹ The online universe presents a rewarding and fast-paced experience for consumers, but also raises interesting — and occasionally complex — questions about the applicability of laws that were developed long before “dot com,” “smartphone,” and “social media” became household terms.

In May 2000, following a public comment period and a public workshop held to discuss the applicability of FTC rules and guides to online activities, FTC staff issued Dot Com Disclosures. That guidance document examined how the Commission’s consumer protection statutes, rules, and guides apply to online advertising and sales and discussed FTC requirements that disclosures be presented clearly and conspicuously, in the context of online advertising.

In May 2011, FTC staff began seeking input to modify and update the guidance document to reflect the dramatic changes in the online world in the preceding eleven years. After three public comment periods and a public workshop, this revised staff guidance document was issued in March 2013.²

This document provides FTC staff guidance concerning the making of clear and conspicuous online disclosures that are necessary pursuant to the laws the FTC enforces. It does not, however, purport to cover every issue associated with online advertising disclosures, nor is it intended to provide a safe harbor from potential liability. It is intended only to provide guidance concerning practices that may increase the likelihood that a disclosure is clear and conspicuous. Whether a particular ad is deceptive, unfair, or otherwise violative of a Commission rule will depend on the specific facts at hand. The ultimate test is not the size of the font or the location of the disclosure, although they are important considerations; the ultimate test is whether the information intended to be disclosed is actually conveyed to consumers.

-
1. In this document, the term “online” includes advertising and marketing via the Internet and other electronic networks. It is device neutral and encompasses advertising and marketing on mobile devices, such as smartphones and tablets.
 2. This staff guidance document only addresses disclosures required pursuant to laws that the FTC enforces. It does not address disclosures that may be required pursuant to local, state (e.g., many sweepstake requirements), or other federal laws or regulations (e.g., regulations issued by the Consumer Financial Protection Bureau or the Food and Drug Administration).

There is no litmus test for determining whether a disclosure is clear and conspicuous, and in some instances, there may be more than one method that seems reasonable. In such cases, the best practice would be to select the method more likely to effectively communicate the information in question.

II. The Applicability of FTC Law to Online Advertising

The FTC Act's prohibition on "unfair or deceptive acts or practices" broadly covers advertising claims, marketing and promotional activities, and sales practices in general.³ The Act is not limited to any particular medium. Accordingly, the Commission's role in protecting consumers from unfair or deceptive acts or practices encompasses advertising, marketing, and sales online, as well as the same activities in print, television, telephone, and radio. The Commission has brought countless law enforcement actions to stop fraud and deception online and works to educate businesses about their legal obligations and consumers about their rights.

For certain industries or subject areas, the Commission issues rules and guides. Rules prohibit specific acts or practices that the Commission has found to be unfair or deceptive.⁴ Guides help businesses in their efforts to comply with the law by providing examples or direction on how to avoid unfair or deceptive acts or practices.⁵ Many rules and guides address claims about products or services or advertising in general and apply to online

-
3. The Commission's authority covers virtually every sector of the economy, except for certain excluded industries, such as common carrier activities and the business of insurance, airlines, and banks.
 4. The Commission issues rules pursuant to Section 5 of the FTC Act when it has reason to believe that certain unfair or deceptive acts or practices are prevalent in an industry. 15 U.S.C. § 57a(a)(1)(B). In addition, the Commission promulgates rules pursuant to specific statutes, which are designed to further particular policy goals.
 5. Guides are "administrative interpretations of laws administered by the Commission." 16 C.F.R. § 1.5. Although guides do not have the force and effect of law, if a person or company fails to comply with a guide, the Commission might bring an enforcement action alleging an unfair or deceptive practice in violation of the FTC Act.

advertising, as well as to other media.⁶ Therefore, the plain language of many rules and guides applies to claims made online.⁷ For example, the Mail or Telephone Order Merchandise

6. The following rules and guides are included in this category: Guides for the Nursery Industry (16 C.F.R. Part 18); Guides for the Rebuilt, Reconditioned and Other Used Automobile Parts Industry (16 C.F.R. Part 20); Guides for the Jewelry, Precious Metals, and Pewter Industries (16 C.F.R. Part 23); Guides for Select Leather and Imitation Leather Products (16 C.F.R. Part 24); Guides Against Deceptive Pricing (16 C.F.R. Part 233); Guides Against Bait Advertising (16 C.F.R. Part 238); Guides for the Advertising of Warranties and Guarantees (16 C.F.R. Part 239); Guide Concerning Use of the Word "Free" and Similar Representations (16 C.F.R. Part 251); Guides for Private Vocational and Distance Education Schools (16 C.F.R. Part 254); Guides Concerning Use of Endorsements and Testimonials in Advertising (16 C.F.R. Part 255); Guides Concerning Fuel Economy Advertising for New Automobiles (16 C.F.R. Part 259); Guides for the Use of Environmental Marketing Claims (16 C.F.R. Part 280); Rules and Regulations Under the Wool Products Labeling Act of 1939 (16 C.F.R. Part 300); Rules and Regulations Under Fur Products Labeling Act (16 C.F.R. Part 301); Rules and Regulations Under the Textile Fiber Products Identification Act (16 C.F.R. Part 303); Energy and Water Use Labeling for Consumer Products under the Energy Policy and Conservation Act ("Energy Labeling Rule") (16 C.F.R. Part 305); Contacts Lens Rule (16 C.F.R. Part 315); Prohibition of Energy Market Manipulation Rule (16 C.F.R. Part 317); Deceptive Advertising as to Sizes of Viewable Pictures Shown by Television Receiving Sets (16 C.F.R. Part 410); Retail Food Store Advertising and Marketing Practices (16 C.F.R. Part 424); Use of Prenotification Negative Option Plans (16 C.F.R. Part 425); Power Output Claims for Amplifiers Utilized in Home Entertainment Products (16 C.F.R. Part 432); Preservation of Consumers' Claims and Defenses (16 C.F.R. Part 433); Mail or Telephone Order Merchandise (16 C.F.R. Part 435); Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising (16 C.F.R. Part 436); Business Opportunity Rule (16 C.F.R. Part 437); Credit Practices (16 C.F.R. Part 444); Used Motor Vehicle Trade Regulation Rule (16 C.F.R. Part 455); Labeling and Advertising of Home Insulation (16 C.F.R. Part 460); Interpretations of Magnuson-Moss Warranty Act (16 C.F.R. Part 700); Disclosure of Written Consumer Product Warranty Terms and Conditions (16 C.F.R. Part 701); Pre-Sale Availability of Written Warranty Terms (16 C.F.R. Part 702); Informal Dispute Settlement Procedures (16 C.F.R. Part 703).

7. A rule or guide applies to online activities if its scope is not limited by how claims are communicated to consumers, how advertising is disseminated, or where commercial activities occur. The Commission has a program in place to systematically review its rules and guides to evaluate their continued need and to make any necessary changes. As needed, the Commission has and will continue to amend or clarify the scope of any particular rule or guide in more detail during its regularly scheduled review. For example, the Energy Labeling Rule was updated to clarify that "catalog" includes "material disseminated over the Internet" and to allow certain disclosures to be made available using the Internet. See 72 Fed. Reg. 49,948, 49,957, 49,961 (Aug. 29, 2007).

The first Dot Com Disclosures guidance document contained a section discussing how certain FTC rules and guides apply to online activities. Since that time, the Commission has addressed many of these issues in rulemakings or its periodic rule and guide reviews, and the information is widely understood given the ubiquitous nature and use of online technology. Nevertheless, the principles articulated in the original Dot Com Disclosures remain the same. For the most part, rules and guides that use terms such as "written," "writing," and "printed" apply online, and email may be used to comply with certain requirements to provide or send required notices or documents to consumers as long as consumers understand or expect to receive such information by email. For example, warranties communicated through visual text online are no different than paper versions and the same rules apply. The requirement to make warranties available at the point of purchase can be accomplished easily online by, for example, using a clearly-labeled hyperlink, in close proximity to the description of the warranted product, such as "get warranty information here" to lead to the full text of the warranty, and presenting the warranty in a way that it can be preserved either by downloading or printing so consumers can refer to it after purchase. Disclosure of Written Consumer Product Warranty Terms and Conditions, 16 C.F.R. § 701.3 and Pre-Sale Availability of Written Warranty Terms, 16 C.F.R. § 702.3. Another example involves the Telemarketing Sales Rule. Advertisers who send email and text messages that invite consumers to telephone the sender in order to make a purchase are subject to the Telemarketing Sales Rule, unless they qualify for the direct mail exemption under 16 C.F.R. 310.8(b)(6) by clearly and conspicuously making certain specified disclosures in the original solicitation.

rule, which addresses the sale of merchandise that is ordered by mail, telephone, facsimile or computer, applies to those sales regardless of “the method used to solicit the order.”⁸ Solicitations made in print, on the telephone, radio, TV, or online naturally fall within the rule’s scope. In addition, the Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising (“Endorsement Guides”) apply to “any advertising message . . . that consumers are likely to believe reflects the opinions, beliefs, findings, or experience of a party other than the sponsoring advertiser”⁹ The Guides refer to advertising without limiting the media in which it is disseminated and, therefore, encompass online ads.¹⁰

III. Clear and Conspicuous Disclosures in Online Advertisements

When it comes to online ads, the basic principles of advertising law apply:

1. Advertising must be truthful and not misleading;¹¹
2. Advertisers must have evidence to back up their claims (“substantiation”);¹² and
3. Advertisements cannot be unfair.¹³

8. 16 C.F.R. § 435.2(a).

9. 16 C.F.R. § 255.0(b).

10. Indeed, when the Endorsement Guides were reviewed in 2009, examples involving blogs were included, to make clear that the FTC Act applies to this then-new form of social media marketing.

11. As explained in the FTC’s Deception Policy Statement, an ad is deceptive if it contains a statement — or omits information — that is likely to mislead consumers acting reasonably under the circumstances and is “material” or important to a consumer’s decision to buy or use the product. See *FTC Policy Statement on Deception, appended to Cliffdale Associates, Inc.*, 103 F.T.C. 110, 174 (“Deception Policy Statement”), also available at www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-decept.htm. A statement also may be deceptive if the advertiser does not have a reasonable basis to support the claim. See *FTC Policy Statement on Advertising Substantiation, appended to Thompson Medical Co.*, 104 F.T.C. 648, 839 (1984), *aff’d*, 791 F.2d 189 (D.C. Cir. 1986), also available at www.ftc.gov/bcp/guides/ad3subst.htm.

12. Before disseminating an ad, advertisers must have appropriate support for all express and implied objective claims that the ad conveys to reasonable consumers. When an ad lends itself to more than one reasonable interpretation, there must be substantiation for each interpretation. The type of evidence needed to substantiate a claim may depend on the product, the claims, and what experts in the relevant field believe is necessary. If an ad specifies a certain level of support for a claim — “tests show x” — the advertiser must have at least that level of support.

13. According to the FTC Act, 15 U.S.C. § 45(n), and the FTC’s Unfairness Policy Statement, an advertisement or business practice is unfair if it causes or is likely to cause substantial consumer injury that consumers could not reasonably avoid and that is not outweighed by the benefit to consumers or competition. See *FTC Policy Statement on Unfairness, appended to International Harvester Co.*, 104 F.T.C. 949, 1070 (1984), also available at www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-unfair.htm.

Unique features in online ads — including advertising delivered via social media platforms or on mobile devices — may affect how an ad and any required disclosures are evaluated.

A. Background on Disclosures

Advertisers are responsible for ensuring that all express and implied claims that an ad conveys to reasonable consumers are truthful and substantiated. When identifying these claims, advertisers should not focus only on individual phrases or statements, but should consider the ad as a whole, including the text, product name, and depictions.¹⁴ If an ad makes express or implied claims that are likely to be misleading without certain qualifying information, the information must be disclosed.

A disclosure can only qualify or limit a claim to avoid a misleading impression. It cannot cure a false claim. If a disclosure provides information that contradicts a material claim, the disclosure will not be sufficient to prevent the ad from being deceptive. In that situation, the claim itself must be modified.

Many Commission rules and guides spell out the information that must be disclosed in connection with certain claims. In many cases, these disclosures prevent a claim from being misleading or deceptive.¹⁵ Other rules and guides require disclosures to ensure that consumers receive material information to assist them in making better-informed decisions,¹⁶ or to implement statutes furthering public policy goals.¹⁷ In all of these instances, if a disclosure is required, it must be clear and conspicuous.

-
14. Copy tests or other evidence of how consumers actually interpret an ad can be valuable. In many cases, however, the implications of the ad are clear enough to determine the existence of the claim by examining the ad alone, without extrinsic evidence.
 15. For example, if an endorsement is not representative of the performance that consumers can generally expect to achieve with a product, advertisers must disclose the generally expected performance in the depicted circumstances. Endorsement Guides, 16 C.F.R. § 255.2.
 16. For example, any solicitation for the purchase of consumer products with a warranty must disclose the text of the warranty offer or how consumers can obtain it for free. Pre-Sale Availability of Written Warranty Terms, 16 C.F.R. § 702.3.
 17. For example, the required energy disclosures in the Energy Labeling Rule, 16 C.F.R. § 305, further the public policy goal of promoting energy conservation by providing consumers with clear comparative information.

B. The Clear and Conspicuous Requirement

Disclosures that are required to prevent an advertisement from being deceptive, unfair, or otherwise violative of a Commission rule, must be presented “clearly and conspicuously.”¹⁸ Whether a disclosure meets this standard is measured by its performance — that is, how consumers actually perceive and understand the disclosure within the context of the entire ad. The key is the overall net impression of the ad — that is, whether the claims consumers take from the ad are truthful and substantiated.¹⁹ If a disclosure is not seen or comprehended, it will not change the net impression consumers take from the ad and therefore cannot qualify the claim to avoid a misleading impression.

In reviewing their ads, advertisers should adopt the perspective of a reasonable consumer.²⁰ They also should assume that consumers don’t read an entire website or online screen, just as they don’t read every word on a printed page.²¹ Disclosures should be placed as close as possible to the claim they qualify. Advertisers should keep in mind that having to scroll increases the risk that consumers will miss a disclosure.

In addition, it is important for advertisers to draw attention to the disclosure. Consumers may not be looking for — or expecting to find — disclosures. Advertisers are responsible for ensuring that their messages are truthful and not deceptive. Accordingly, disclosures must be communicated effectively so that consumers are likely to notice and understand them in connection with the representations that the disclosures modify. Simply making the disclosure available somewhere in the ad, where some consumers might find it, does not meet the clear and conspicuous standard.

If a disclosure is necessary to prevent an advertisement from being deceptive, unfair, or otherwise violative of a Commission rule, and if it is not possible to make the disclosure clear and conspicuous, then either the claim should be modified so the disclosure is not necessary or the ad should not be disseminated. Moreover, if a particular platform does not provide an

18. Some rules and guides, as well as some FTC cases, use the phrase “clearly and prominently” instead of “clearly and conspicuously.” As used in FTC rules, guides, and cases, these two phrases are synonymous. They may have different meanings under other statutes.

19. Deception Policy Statement at 175-76.

20. Deception Policy Statement at 178. The Deception Policy Statement also says that “[w]hen representations or sales practices are targeted to a specific audience, such as children, the elderly, or the terminally ill, the Commission determines the effect of the practice on a reasonable member of that group.” *Id.* at 179 (footnote omitted).

21. Deception Policy Statement at 180-81.

opportunity to make clear and conspicuous disclosures, it should not be used to disseminate advertisements that require such disclosures.²²

C. What Are Clear and Conspicuous Disclosures?

There is no set formula for a clear and conspicuous disclosure; it depends on the information that must be provided and the nature of the advertisement. Some disclosures are quite short, while others are more detailed. Some ads use only text, while others use graphics, video, or audio, or combinations thereof. Advertisers have the flexibility to be creative in designing their ads, as long as necessary information is communicated effectively and the overall message conveyed to consumers is not misleading.

To evaluate whether a particular disclosure is clear and conspicuous, consider:

- the placement of the disclosure in the advertisement and its proximity to the claim it is qualifying;
- the prominence of the disclosure;
- whether the disclosure is unavoidable;
- the extent to which items in other parts of the advertisement might distract attention from the disclosure;
- whether the disclosure needs to be repeated several times in order to be effectively communicated, or because consumers may enter the site at different locations or travel through the site on paths that cause them to miss the disclosure;
- whether disclosures in audio messages are presented in an adequate volume and cadence and visual disclosures appear for a sufficient duration; and
- whether the language of the disclosure is understandable to the intended audience.

If there are indications that a significant proportion of reasonable consumers are not noticing or comprehending a necessary disclosure, the disclosure should be improved.

The following discussion uses these traditional factors to evaluate whether disclosures are likely to be clear and conspicuous in the context of online ads. Hyperlinks labeled as

22. This approach mirrors one articulated by the Commission in 1970, when it said that if disclosures in television ads could not be understood, then ads containing representations requiring those disclosures should not be aired. See *Commission Enforcement Policy Statement in Regard to Clear and Conspicuous Disclosures in Television Advertising* (Oct. 21, 1970).

[Examples](#) in the text link to mock ads in the appendix. Each mock ad presents a scenario to illustrate one or more particular factors. Advertisers must consider all of the factors, however, and evaluate an actual disclosure in the context of the ad as a whole.

1. Proximity and Placement

A disclosure is more effective if it is placed near the claim it qualifies or other relevant information. Proximity increases the likelihood that consumers will see the disclosure and relate it to the relevant claim or product. For print ads, an advertiser might measure proximity in terms of whether the disclosure is placed adjacent to the claim, or whether it is separated from the claim by text or graphics. The same approach can be used for online ads. Websites, and mobile applications, however, are interactive and have a certain depth — with multiple pages or screens linked together and pop-up screens, for example — that may affect how proximity is evaluated. Mobile devices also present additional issues because a disclosure that would appear on the same screen of a standard desktop computer might, instead, require significant vertical and horizontal scrolling on a mobile screen. In evaluating placement, advertisers should also take into consideration empirical research about where consumers do and do not look on a screen.

a. Evaluating Proximity

A disclosure is more likely to be effective if consumers view the disclosure and the claim that raises the need for disclosure (often referred to as a “triggering claim”) together on the same screen. [Example 1](#) Even if a disclosure is not tied to a particular word or phrase, it is more likely that consumers will notice it if it is placed next to the information, product, or service to which it relates.

Often, disclosures consist of a word or phrase that may be easily incorporated into the text, along with the claim. Doing so increases the likelihood that consumers will see the disclosure and relate it to the relevant claim.

In some circumstances, it may be difficult to ensure that a disclosure appears on the “same screen” as a claim or product information. Some disclosures are long and thus difficult to place next to the claims they qualify. In addition, computers, tablets, smartphones, and other connected devices have varying screen sizes that display ads and websites differently. In these situations, an advertiser might place a disclosure where consumers might have to scroll to reach it. Requiring consumers to scroll in order to view a disclosure may be

problematic, however, because consumers who don't scroll enough (and in the right direction) may miss important qualifying information and be misled.

When advertisers are putting disclosures in a place where consumers might have to scroll in order to view them, they should use text or visual cues to encourage consumers to scroll and avoid formats that discourage scrolling.

Text prompts can indicate that more information is available. An explicit instruction like "see below for important information on restocking fees" will alert consumers to scroll and look for the information. The text prompt should be tied to the disclosure to which it refers. General or vague statements, such as "details below," provide no indication about the subject matter or importance of the information that consumers will find and are not adequate cues.

The visual design of the page also could help alert consumers to the availability of more information. For example, text that clearly continues below the screen, whether spread over an entire page or in a column, would indicate that the reader needs to scroll for additional information. Advertisers should consider how the page is displayed when viewed on different devices.

Scroll bars along the edges of a screen are not a sufficiently effective visual cue. Although the scroll bars may indicate to some consumers that they have not reached the bottom or sides of a page, many consumers may not look at the scroll bar and some consumers access the Internet with devices that don't display a scroll bar.

The design of some pages might indicate that there is no more information following and, therefore, no need to continue scrolling. If the text ends before the bottom of the screen or readers see an expanse of blank space, they may stop scrolling and miss the disclosure. [Example 2](#) They will also likely stop scrolling when they see the information and types of links that normally signify the bottom of a webpage, e.g., "contact us," "terms and conditions," "privacy policy," and "copyright." In addition, if there is a lot of unrelated information — either words or graphics — separating a claim and a disclosure, even a consumer who is prompted to scroll might miss the disclosure or not relate it to a distant claim they've already read.

If scrolling is necessary to view a disclosure, then, ideally, the disclosure should be unavoidable — consumers should not be able to proceed further with a transaction, e.g., click forward, without scrolling through the disclosure. Making a disclosure unavoidable increases the likelihood that consumers will see it.

Because of their small screens, smartphones (and some tablets) potentially require horizontal, as well as vertical, scrolling. Placing a disclosure in a different column of a webpage from the claim it modifies could make it unlikely that consumers who have to zoom in to read the claim on a small screen will scroll right or left to a different column and read the disclosure. [Example 3](#) Optimizing a website for mobile devices will eliminate the need for consumers to scroll right or left, although it will not necessarily address the need for vertical scrolling.

b. Hyperlinking to a Disclosure

Hyperlinks allow additional information to be placed on a webpage entirely separate from the relevant claim. Hyperlinks can provide a useful means to access disclosures that are not integral to the triggering claim, provided certain conditions (discussed below) are met. Hyperlinked disclosures may be particularly useful if the disclosure is lengthy or if it needs to be repeated (because of multiple triggering claims, for example).

However, in many situations, hyperlinks are not necessary to convey disclosures. If a disclosure consists of a word or phrase that may be easily incorporated into the text, along with the claim, this placement increases the likelihood that consumers will see the disclosure and relate it to the relevant claim.

Disclosures that are an integral part of a claim or inseparable from it should not be communicated through a hyperlink. Instead, they should be placed on the same page and immediately next to the claim, and be sufficiently prominent so that the claim and the disclosure are read at the same time, without referring the consumer somewhere else to obtain this important information. This is particularly true for cost information or certain health and safety disclosures. [Example 4](#) Indeed, required disclosures about serious health and safety issues are unlikely to be effective when accessible only through a hyperlink. Similarly, if a product's basic cost (e.g., the cost of the item before taxes, shipping and handling, and any other fees are added on) is advertised on one page, but there are significant additional fees the consumer would not expect to incur in order to purchase the product or use it on an ongoing basis, the existence and nature of those additional fees should be disclosed on the same page and immediately adjacent to the cost claim, and with appropriate prominence.

However, if the details about the additional fees are too complex to describe adjacent to the price claim, those details may be provided by using a hyperlink. [Example 5](#) The hyperlink should be clearly labeled to communicate the specific nature of the information to which it

leads, e.g., “Service plan required. [Get service plan prices.](#)” The hyperlink should appear adjacent to the price. Moreover, because consumers should not have to click on hyperlinks to understand the full amount they will pay, all cost information — including any such additional fees — should be presented to them clearly and conspicuously prior to purchase.

The key considerations for evaluating the effectiveness of all hyperlinks are:

- the labeling or description of the hyperlink;
- consistency in the use of hyperlink styles;
- the placement and prominence of the hyperlink on the webpage or screen; and
- the handling of the disclosure on the click-through page or screen.

Choosing the right label for the hyperlink. A hyperlink that leads to a disclosure should be labeled clearly and conspicuously. The hyperlink’s label — the text or graphic assigned to it — affects whether consumers actually click on it and see and read the disclosure.

- **Make it obvious.** Consumers should be able to tell that they can click on a hyperlink to get more information. Simply underlining text may be insufficient to inform consumers that the text is a hyperlink. Using multiple methods of identifying hyperlinks, such as both a different color from other text and underscoring, makes it more likely that hyperlinks will be recognized.
- **Label the link to convey the importance, nature, and relevance of the information to which it leads.** [Example 6](#) The hyperlink should give consumers a reason to click on it. That is, the label should make clear that the link is related to a particular advertising claim or product and indicate the nature of the information to be found by clicking on it. The hyperlink label should use clear, understandable text. Although the label itself does not need to contain the complete disclosure, it may be necessary to incorporate part of the disclosure to indicate the type and importance of the information to which the link leads. On the other hand, in those cases where seeing a hyperlinked disclosure is unavoidable if a consumer is going to take any action with respect to a product or service — e.g., the product or service can only be purchased online and the consumer must click on that link to proceed to a transaction — the label of the hyperlink may be less important.
- **Don’t hide the ball.** Some text links provide no indication about why a claim is qualified or the nature of the disclosure. [Example 7](#) In many cases, simply

hyperlinking a single word or phrase in the text of an ad is not likely to be effective. Although some consumers may understand that additional information is available, they may have different ideas about the nature of the information and its significance.

Hyperlinks that simply say “disclaimer,” “more information,” “details,” “terms and conditions,” or “fine print” do not convey the importance, nature, and relevance of the information to which they lead and are likely to be inadequate. Even labels such as “important information” or “important limitations” may be inadequate.

[Examples 8 & 9](#) Unfortunately, there is no one-size-fits-all word or phrase that can be used as a hyperlink label, but more specificity will generally be better.

- **Don’t be subtle.** Symbols or icons by themselves are not likely to be effective as hyperlink labels leading to disclosures that are necessary to prevent deception.²³ [Example 10](#) A symbol or icon might not provide sufficient clues about why a claim is qualified or the nature of the disclosure.²⁴ It is possible that consumers may view a symbol as just another graphic on the page. Even if a website explains that a particular symbol or icon is a hyperlink to important information, consumers might miss the explanation, depending on where they enter the site and how they navigate through it.
- **Account for technological differences and limitations.** Consider whether and how your linking technique will work on the various programs and devices that could be used to view your advertisement.²⁵

Using hyperlink styles consistently increases the likelihood that consumers will know when a link is available. Although the text or graphics used to signal a hyperlink may differ across websites and applications, treating hyperlinks inconsistently within a single site or application can increase the chances that consumers will miss — or not click on — a

23. The Commission has, however, acknowledged the potential utility of icons in the privacy area. See FTC, *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change, Recommendations for Businesses and Policymakers* (Mar. 2012), available at www.ftc.gov/os/2012/03/120326privacyreport.pdf; see also FTC Staff, *Mobile Apps for Kids: Current Privacy Disclosures are Disappointing* (Feb. 2012), available at www.ftc.gov/os/2012/02/120216mobile_apps_kids.pdf.

24. Symbols and icons also are used in different ways online, which could confuse consumers as to where the related disclosure can be found. Some online symbols and icons are hyperlinks that click through to a separate page; some are meant to communicate disclosure information themselves; and others are static, referring to a disclosure at the bottom of the page.

25. For example, “mouse-overs” may not work on mobile devices that have no cursor to hover over a link.

disclosure hyperlink. For example, if hyperlinks usually are underlined in a site, chances are consumers wouldn't recognize italicized text as being a link, and could miss the disclosure.

Placing the link near relevant information and making it noticeable. The hyperlink should be proximate to the claim that triggers the disclosure so consumers can notice it easily and relate it to the claim. [Examples 11 & 12](#) Typically, this means that the hyperlink is adjacent to the triggering term or other relevant information. Consumers may miss disclosure hyperlinks that are separated from the relevant claim by text, graphics, blank space, or intervening hyperlinks, especially on devices with small screens. Format, color, or other graphics treatment also can help to ensure that consumers notice the link. (See below for more information on prominence.)

Getting to the disclosure on the click-through should be easy. The click-through page or screen — that is, the page or screen the hyperlink leads to — must contain the complete disclosure and that disclosure must be displayed prominently. Distracting visual factors, extraneous information, and opportunities to “click” elsewhere before viewing the disclosure can obscure an otherwise adequate disclaimer.

- **Get consumers to the message quickly.** The hyperlink should take consumers directly to the disclosure. They shouldn't have to search a click-through page or go to other places for the information. In addition, the disclosure should be easy to understand.
- **Pay attention to indicia that hyperlinked disclosures are not effective.** Although advertisers are not required to use them, some available tools may indicate to advertisers that their disclosures accessed through hyperlinks are not effective. For example, advertisers can monitor click-through rates, *i.e.*, how often consumers click on a hyperlink and view the click-through information. Advertisers also can evaluate the amount of time visitors spend on a certain page, which may indicate whether consumers are reading the disclosure.
- **Don't ignore your data.** If hyperlinks are not followed, another method of conveying the required information would be necessary.

c. Using High Tech Methods for Proximity and Placement

Disclosures may be displayed on websites or in applications in many ways. For example, a disclosure may be placed in a frame that remains constant even as the consumer scrolls down the page or navigates through another part of the site or application. A disclosure

also might be displayed in a window that pops up or on interstitial pages that appear while another webpage is loading. New techniques for displaying information are being developed all the time. But there are special considerations for evaluating whether a technique is appropriate for providing required disclosures.

- **Don't ignore technological limitations.** Some browsers or devices may not support certain techniques for displaying disclosures or may display them in a manner that makes them difficult to read. For example, a disclosure that requires Adobe Flash Player will not be displayed on certain mobile devices.
- **Don't use blockable pop-up disclosures.** Advertisers should not disclose necessary information through the use of pop-ups that could be prevented from appearing by pop-up blocking software.
- **Be aware of other issues with pop-up disclosures.** Even the use of unblockable pop-ups to disclose necessary information may be problematic. Some consumers may not read information in pop-up windows or interstitials because they immediately close the pop-ups or move to the next page in pursuit of completing their intended tasks, or because they don't associate information in a pop-up window or on an interstitial page to a claim or product they haven't encountered yet. However, advertisers can take steps to avoid such problems, e.g., by requiring the consumer to take some affirmative action to proceed past the pop-up or interstitial (for example, by requiring consumers to choose between "yes" and "no" buttons without use of preselected buttons before continuing). Research may be useful to help advertisers determine whether a particular technique is an effective method of communicating information to consumers.

d. Displaying Disclosures Prior to Purchase

Disclosures must be effectively communicated to consumers before they make a purchase or incur a financial obligation. In general, disclosures are more likely to be effective if they are provided in the context of the ad, when the consumer is considering the purchase. Different considerations apply, however, in different situations. Where advertising and selling are combined on a website or mobile application — that is, the consumer will be completing the transaction online — disclosures should be provided before the consumer makes the decision to buy, e.g., before clicking on an "order now" button or a link that says "add to shopping cart." [Example 13](#)

- **Don't focus only on the order screen.** Some disclosures must be made in conjunction with the relevant claim or product. Consumers may not relate a disclosure on the order screen to information they viewed much earlier. It also is possible that after surfing a company's website, some consumers may decide to purchase the product from the company's brick and mortar store. Those consumers would miss any disclosures placed only on the ordering screen. So that these consumers do not miss a necessary disclosure, it may have to be on the same page as the claim it qualifies.

When a product advertised online can be purchased from brick and mortar stores or from online retailers other than the advertiser itself, necessary disclosures should be made in the ad before consumers go to other outlets to make their purchase. [Example 14](#) An in-store disclosure or one placed on an unrelated online retailer's website is unlikely to cure an otherwise deceptive advertisement.

e. Evaluating Proximity in Space-Constrained Ads

Many space-constrained ads displayed today are teasers. Because of their small size and/or short length, space-constrained ads, such as banner ads and tweets, generally do not provide very much information about a product or service. Often, consumers must click through to the website to get more information and learn the terms of an offer. If a space-constrained ad contains a claim that requires qualification, the advertiser disseminating it is not exempt from disclosure requirements.

- **Disclose required information in the space-constrained ad itself or clearly and conspicuously on the website to which it links.** In some cases, a required disclosure can easily be incorporated into a space-constrained ad. [Example 15](#) In other instances, the disclosures may be too detailed to be disclosed effectively in the ad itself. These disclosures may sometimes be communicated effectively to consumers if they are made clearly and conspicuously on the website to which the ad links. In determining whether the disclosure should be placed in the space-constrained ad itself or on the website to which the ad links, advertisers should consider how important the information is to prevent deception, how much information needs to be disclosed, the burden of disclosing it in the ad itself, how much information the consumer may absorb from the ad, and how effective the disclosure would be if it were made on the website. If a product promoted in a space-constrained ad can be bought in a brick and mortar store, consumers who do

not click through to a linked website would miss any disclosure that was not in the space-constrained ad itself. If the disclosure needs to be in the ad itself but it does not fit, the ad should be modified so it does not require such a disclosure or, if that is not possible, that space-constrained ad should not be used.

- **Use creativity to incorporate or flag required information.** Scrolling text or rotating panels in a banner ad can present an abbreviated version of a required disclosure that indicates additional important information and a more complete disclosure are available on the click-through page.
- **Use disclosures in each ad.** If a disclosure is required in a space-constrained ad, such as a tweet, the disclosure should be in each and every ad that would require a disclosure if that ad were viewed in isolation. Do not assume that consumers will see and associate multiple space-constrained advertisements. [Example 16](#)
- **Short-form disclosures might or might not adequately inform consumers of the essence of a required disclosure.** For example, “Ad:” at the beginning of a tweet or similar short-form message should inform consumers that the message is an advertisement, and the word “Sponsored” likely informs consumers that the message was sponsored by an advertiser. Other abbreviations or icons may or may not be adequate, depending on whether they are presented clearly and conspicuously, and whether consumers understand their meaning so they are not misled.²⁶ [Example 17](#) Misleading a significant minority of reasonable consumers is a violation of the FTC Act.²⁷
- **Maintaining disclosures with republication.** Advertisers should employ best practices to make it less likely that disclosures will be deleted from space-constrained ads when they are republished by others. Some disclosures can be placed at the beginning of a short-form message. Alternatively, if a disclosure is placed at the end of a message, the original message can be written with enough free space that the disclosure is not lost if the message is republished with a comment by others.

26. Empirical evidence may be necessary to demonstrate that certain abbreviations or icons are effective, at least until such time that their usage is sufficiently widespread to provide confidence that consumers see them and understand what they mean. As of the date of publication of this document, such evidence was not available.

27. Deception Policy Statement at 177 n.20.

- **Disclosures on the click-through.** In some instances — e.g., when a teaser ad does not actually identify the product being advertised, so the consumer must click through to learn its identity, or when the advertised product is sold only through the advertiser’s own website and the consumer must click through in order to take any action — a space-constrained ad can direct consumers to a website for more information if a detailed disclosure is necessary but will not fit in the space-constrained ad. The full disclosure must then be clearly and conspicuously displayed on the website.
- **Providing required disclosures in interactive ads.** If consumers can purchase a product within an interactive ad, all required disclosures should be included in the ad itself.

2. Prominence

It is the advertiser’s responsibility to draw attention to the required disclosures.

Display disclosures prominently so they are noticeable to consumers. The size, color, and graphics of the disclosure affect its prominence.

- **Size Matters.** Disclosures that are at least as large as the claim to which they relate are more likely to be effective.
- **Color Counts.** A disclosure in a color that contrasts with the background emphasizes the text of the disclosure and makes it more noticeable. Information in a color that blends in with the background of the ad is likely to be missed.
[Example 18](#)
- **Graphics Help.** Although using graphics to display a disclosure is not required, they may make the disclosure more prominent.

Evaluate the size, color, and graphics of the disclosure in relation to other parts of the website, email or text message, or application.²⁸ The size of a disclosure should be compared to the type size of the claim and other text on the screen. If a claim uses a particular color or graphic treatment, the disclosure can be formatted the same way to help ensure that consumers who see the claim are also able to see the disclosure and relate it back to the claim

28. Websites may display differently, depending on the program and device used. Advertisers should consider different display options to ensure that qualifying information is displayed clearly and conspicuously. Evaluating the prominence of the disclosure in relation to the rest of the ad, as it may appear on various devices, helps ensure that consumers are able to view the disclosure.

it modifies. In addition, the graphic treatment of the disclosure may be evaluated in relation to how graphics are used to convey other items in the ad.

Account for viewing on different devices. Most webpages viewable on desktop devices may also be viewable on smartphones. Therefore, unless a website defaults to a mobile-optimized (or similarly responsive) version,²⁹ advertisers should design the website so that any necessary disclosures are clear and conspicuous, regardless of the device on which they are displayed. [Example 19](#) Among many other considerations, if a disclosure is too small to read on a mobile device and the text of the disclosure cannot be enlarged, it is not a clear and conspicuous disclosure. If a disclosure is presented in a long line of text that does not wrap around and fit on a screen, it is unlikely to be adequate.

Don't bury it. The prominence of the disclosure also may be affected by other factors. A disclosure that is buried in a long paragraph of unrelated text will not be effective. The unrelated text detracts from the message and makes it unlikely that a consumer would notice the disclosure or recognize its importance. Even though the unrelated information may be useful, advertisers must ensure that the disclosure is communicated effectively. For example, it is highly unlikely that consumers will read disclosures buried in "terms of use" and similar lengthy agreements. Even if such agreements may be sufficient for contractual or other purposes, disclosures that are necessary to prevent deception or unfairness should not be relegated to them. Similarly, simply because consumers click that they "agree" to a term or condition, does not make the disclosure clear and conspicuous.

A disclosure that addresses a subject other than the primary subject of the ad. Consumers who are trying to complete a task and obtain a specific product or service may not pay adequate attention to a disclosure that does not relate to the task at hand. This can be problematic if, for example, an advertiser is selling a product or service together with a negative option trial for a different product or service. In these circumstances, even a relatively prominent disclosure about the negative option trial could be missed by consumers because this additional product or service is not their primary focus. One way to increase the likelihood that consumers have actually read and understood a disclosure in such circumstances is to require consumers to affirmatively acknowledge having seen the disclosure by choosing between multiple answer options, none of which is preselected. Any such affirmative

29. Website operators can identify visitors who are using mobile devices to visit their websites and display a version of the site that has been designed or "optimized" to enable those consumers to view the site more easily.

acknowledgement should be displayed early in the decision-making process, e.g., before the primary item is actually added to a shopping cart. [Example 20](#)

3. Distracting Factors in Ads

The clear and conspicuous analysis does not focus only on the disclosure itself. It also is important to consider the entire ad. Elements like graphics, sound, text, links that lead to other screens or sites, or “add to cart” buttons may result in consumers not noticing, reading, or listening to the disclosure. [Example 21](#)

- **Don’t let other parts of an ad get in the way.** On television, moving visuals behind a text message make the text hard to read and may distract consumers’ attention from the message. Using graphics online raises similar concerns: flashing images or animated graphics may reduce the prominence of a disclosure. Graphics on a webpage alone may not undermine the effectiveness of a disclosure. It is important, however, to consider all the elements in the ad, not just the text of the disclosure. [Example 22](#)

4. Repetition

It may be necessary to disclose information more than once to convey a non-deceptive message. Repeating a disclosure makes it more likely that a consumer will notice and understand it, and will also increase the likelihood that it will be seen by consumers who may be entering the website at different points. Still, the disclosure need not be repeated so often that consumers would ignore it or it would clutter the ad.

- **Repeat disclosures on lengthy sites and applications, as needed.** Consumers can access and navigate websites or applications in different ways. Many consumers may access a site through its home page, but others might enter in the middle, perhaps by linking to that page from a search engine or another website. Consumers also might not click on every page of the site and might not choose to scroll to the bottom of each page. And many may not read every word on every page of a website. As a result, advertisers should consider whether consumers who see only a portion of their ad are likely to be misled because they will either miss a necessary disclosure or not understand its relationship to the claim it modifies.
- **Repeat disclosures with repeated claims, as needed.** If claims requiring qualification are repeated throughout an ad, it may be necessary to repeat the

disclosure, too. In some situations, the disclosure itself is so integral to the claim that it must always accompany the claim to prevent deception. In other instances, a clearly-labeled hyperlink could be repeated on each page where the claim appears, so that the full disclosure would be placed on only one page of the site.

5. Multimedia Messages and Campaigns

Online ads may contain or consist of audio messages, videos, animated segments, or augmented reality experiences (interactive computer-generated experiences) with claims that require qualification. As with radio and television ads, the disclosure should accompany the claim. In evaluating whether disclosures in these multimedia portions of online ads are clear and conspicuous, advertisers should evaluate all of the factors discussed in this guidance document, as well as these special considerations:

- **For audio claims, use audio disclosures.** The disclosure should be in a volume and cadence sufficient for a reasonable consumer to hear and understand it. The volume of the disclosure can be evaluated in relation to the rest of the message, and in particular, the claim. Of course, consumers who do not have speakers, appropriate software, or devices with audio capabilities or who have their sound turned off will not hear either the claim or the disclosure.
- **For written claims, use written disclosures.** Disclosures triggered by a claim or other information in an ad's written text should be made in writing, and not be placed solely in an audio or video clip. Consumers who do not have speakers, appropriate software, or devices with audio capabilities or who have their sound turned off will not hear an audio disclosure; similarly, consumers might not be able to view a video clip on some devices or simply might not choose to watch it.
- **Display visual disclosures for a sufficient duration.** Visual disclosures presented in video clips or other dynamic portions of online ads should appear for a duration sufficient for consumers to notice, read, and understand them. As with brief video superscripts in television ads, fleeting online disclosures are not likely to be effective.

Advertisers should also recognize that consumers today may be viewing their messages through multiple media (e.g., watching television, surfing the web on a computer, viewing space constrained messages on a smartphone, etc.). This multiple media access does not

alter the requirement that required disclosures be made clearly and conspicuously in each advertisement that would require a disclosure if viewed in isolation.

6. Understandable Language

For disclosures to be effective, consumers must be able to understand them. Advertisers should use clear language and syntax and avoid legalese or technical jargon. Disclosures should be as simple and straightforward as possible. Icons and abbreviations are not adequate to prevent a claim from being misleading if a significant minority of consumers do not understand their meaning.³⁰ Incorporating extraneous material into the disclosure also may diminish communication of the message to consumers.

IV. Conclusion

Although online commerce (including mobile and social media marketing) is booming, deception can dampen consumer confidence in the online marketplace. To ensure that products and services are described truthfully online and that consumers get what they pay for, the FTC will continue to enforce its consumer protection laws. Most of the general principles of advertising law apply to online ads, but new issues arise almost as fast as technology develops. The FTC will continue to evaluate online advertising, using traditional criteria, while recognizing the challenges that may be presented by future innovation. Businesses, as well, should consider these criteria when developing online ads and ensuring they comply with the law.

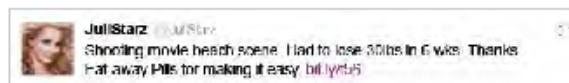
30. See *supra* note 23.

Appendix: Examples

Example 14

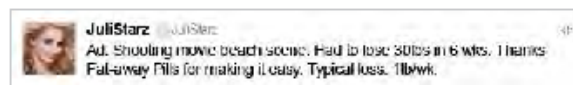
This space-constrained message requires two disclosures: (1) that JuliStarz is a paid endorser for Fat-away; and (2) the amount of weight that consumers who use Fat-away can generally expect to lose in the depicted circumstances, which is much less than the 30 pounds Juli says she lost in 6 weeks. See Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 CFR Part 255.

Even if the link in the message led directly to those disclosures on the Fat-away website, those disclosures would not be adequate if consumers could purchase Fat-away at a brick and mortar store or from a third-party online retailer (a retailer that is not affiliated with the advertiser). In either case, they might not click through to the Fat-away website, and thus would not see these disclosures.



Example 15

In some cases, required disclosures can easily be incorporated into a space-constrained ad. This space-constrained message requires two disclosures: (1) that JuliStarz is a paid endorser for Fat-away; and (2) the amount of weight that consumers who use Fat-away can generally expect to lose in the depicted circumstances, which is much less than the 30 pounds Juli says she lost in 6 weeks. This space-constrained ad signals that Juli is a paid endorser by beginning with "Ad:" which only takes up four characters. It also succinctly discloses, "Typical loss: 1lb/wk."



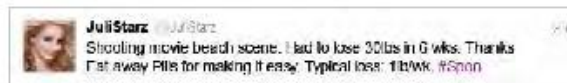
Example 16

The initial space-constrained message requires two disclosures: (1) that Juli is a paid endorser for Fat-away; and (2) the amount of weight that consumers who use Fat-away can generally expect to lose in the depicted circumstances, which is much less than the 30 pounds Juli says she lost in 6 weeks. Putting that information in a subsequent message is problematic, because unrelated messages may arrive in the interim. By the time Juli's disclosures arrive, consumers might no longer be reading these messages, or they simply might not realize that those disclosures pertain to the original message.

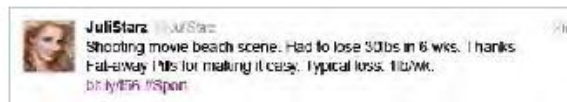


Example 17

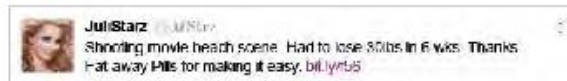
These space-constrained messages all require the following disclosures: (1) that JuliStarz is a paid endorser for Fat-away; and (2) the amount of weight that consumers who use Fat-away can generally expect to lose in the depicted circumstances which is much less than the 30 pounds Juli says she lost in 6 weeks. Although each of these messages includes an abbreviation or link that leads to disclosure of the relevant information, each of them may be inadequate to prevent consumers from being misled.



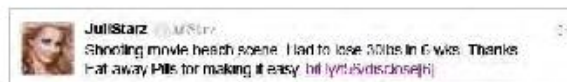
Consumers might not understand that "#spon" means that the message was sponsored by an advertiser. If a significant proportion of reasonable viewers would not, then the ad would be deceptive.



Putting #spon directly after the link might confuse consumers and make it less likely that they would understand that it is a disclosure.



Consumers viewing "bit.ly/f56," which links to the advertiser's official website for the product, might not realize the nature and relevance of the information that could be found by clicking on it. Moreover, if consumers can buy Fat-away in brick and mortar stores, at third-party online retailers, or in any way other than by clicking on the link, consumers who do not click on the link would be misled.



Similarly, consumers viewing "bit.ly/f56/disclose[6]," which leads to a third-party website with disclosures, would not necessarily understand what they will find at that website, or why they should click on that link.

2. กฎหมายของสหภาพยุโรป : Unfair Commercial Practices Directive

Article 2

(b) 'trader' means any natural or legal person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession and anyone acting in the name of or on behalf of a trader

Article 5

1. Unfair commercial practices shall be prohibited.
2. A commercial practice shall be unfair if:
 - (a) it is contrary to the requirements of professional diligence, and
 - (b) it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer whom it reaches or to whom it is addressed, or of the average member of the group when a commercial practice is directed to a particular group of consumers.
3. Commercial practices which are likely to materially distort the economic behaviour only of a clearly identifiable group of consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee, shall be assessed from the perspective of the average member of that group. This is without prejudice to the common and legitimate advertising practice of making exaggerated statements or statements which are not meant to be taken literally.
4. In particular, commercial practices shall be unfair which:
 - (a) are misleading as set out in Articles 6 and 7, or
 - (b) are aggressive as set out in Articles 8 and 9.
5. Annex I contains the list of those commercial practices which shall in all circumstances be regarded as unfair. The same single list shall apply in all Member States and may only be modified by revision of this Directive.

Article 7

A commercial practice shall be regarded as misleading if, in its factual context, taking account of all its features and circumstances and the limitations of the communication medium, it omits material information that the average consumer needs, according to the context, to take an informed transactional decision and thereby causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.

It shall also be regarded as a misleading omission when, taking account of the matters described in paragraph 1, a trader hides or provides in an unclear, unintelligible, ambiguous or untimely manner such material information as referred to in that paragraph or fails to identify the commercial intent of the commercial practice if not already apparent from the context, and where, in either case, this causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.

Article 13

Member States shall lay down penalties for infringements of national provisions adopted in application of this Directive and shall take all necessary measures to ensure that these are enforced. These penalties must be effective, proportionate and dissuasive.

Annex I

item 22. Falsely claiming or creating the impression that the trader is not acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession, or falsely representing oneself as a consumer.

3. กฎหมายของสหราชอาณาจักร

3.1 The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

Regulation 2

(1) “trader” means any person who in relation to a commercial practice is acting for purposes relating to his business, and anyone acting in the name of or on behalf of a trader

Regulation 3

(4) A commercial practice is unfair if—

- (a) it is a misleading action under the provisions of regulation 5;
- (b) it is a misleading omission under the provisions of regulation 6;
- (c) it is aggressive under the provisions of regulation 7; or
- (d) it is listed in Schedule 1.

Regulation 6

(1) A commercial practice is a misleading omission if, in its factual context, taking account of the matters in paragraph (2)—

- (a) the commercial practice omits material information,
 - (b) the commercial practice hides material information,
 - (c) the commercial practice provides material information in a manner which is unclear, unintelligible, ambiguous or untimely, or
 - (d) the commercial practice fails to identify its commercial intent, unless this is already apparent from the context,
- and as a result it causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision he would not have taken otherwise.

(2) The matters referred to in paragraph (1) are—

- (a) all the features and circumstances of the commercial practice;
- (b) the limitations of the medium used to communicate the commercial practice (including limitations of space or time); and

- (c) where the medium used to communicate the commercial practice imposes limitations of space or time, any measures taken by the trader to make the information available to consumers by other means.
- (3) In paragraph (1) “material information” means—
- (a) the information which the average consumer needs, according to the context, to take an informed transactional decision; and
 - (b) any information requirement which applies in relation to a commercial communication as a result of a Community obligation.
- (4) Where a commercial practice is an invitation to purchase, the following information will be material if not already apparent from the context in addition to any other information which is material information under paragraph (3)—
- (a) the main characteristics of the product, to the extent appropriate to the medium by which the invitation to purchase is communicated and the product;
 - (b) the identity of the trader, such as his trading name, and the identity of any other trader on whose behalf the trader is acting;
 - (c) the geographical address of the trader and the geographical address of any other trader on whose behalf the trader is acting;
 - (d) either—
 - (i) the price, including any taxes; or
 - (ii) where the nature of the product is such that the price cannot reasonably be calculated in advance, the manner in which the price is calculated;
 - (e) where appropriate, either—
 - (i) all additional freight, delivery or postal charges; or
 - (ii) where such charges cannot reasonably be calculated in advance, the fact that such charges may be payable;
 - (f) the following matters where they depart from the requirements of professional diligence—
 - (i) arrangements for payment,
 - (ii) arrangements for delivery,
 - (iii) arrangements for performance,
 - (iv) complaint handling policy;

(g) for products and transactions involving a right of withdrawal or cancellation, the existence of such a right.

Regulation 10.

A trader is guilty of an offence if he engages in a commercial practice which is a misleading omission under regulation 6.

Regulation 13.

A person guilty of an offence under regulation 8, 9, 10, 11 or 12 shall be liable—

- (a) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum; or
- (b) on conviction on indictment, to a fine or imprisonment for a term not exceeding two years or both.

Schedule 1.

item 22. Falsely claiming or creating the impression that the trader is not acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession, or falsely representing oneself as a consumer.

3.2 The UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing

The CAP Code

**The UK Code of Non-broadcast
Advertising, Sales Promotion and
Direct Marketing**

Edition 12

London: TSO



SCOPE OF THE CODE
Introduction

This twelfth edition of the Code comes into force on 1 September 2010. It replaces all previous editions.

As well as this Code, non-broadcast marketing communications are subject to legislation. See www.cap.org.uk for a non-exhaustive list. The advertising rules that apply to video-on-demand services which are subject to statutory regulation are reflected in the rules set out in Appendix 2.

I The Code applies to:

- a. advertisements in newspapers, magazines, brochures, leaflets, circulars, mailings, e-mails, text transmissions (including SMS and MMS), fax transmissions, catalogues, follow-up literature and other electronic or printed material
- b. posters and other promotional media in public places, including moving images
- c. cinema, video, DVD and Blu-ray advertisements
- d. advertisements in non-broadcast electronic media, including but not limited to: online advertisements in paid-for space (including banner or pop-up advertisements and online video advertisements); paid-for search listings; preferential listings on price comparison sites; viral advertisements (see III l); in-game advertisements; commercial classified advertisements; advergames that feature in display advertisements; advertisements transmitted by Bluetooth; advertisements distributed through web widgets and online sales promotions and prize promotions
- e. marketing databases containing consumers' personal information
- f. sales promotions in non-broadcast media
- g. advertorials (see III k).
- h. Advertisements and other marketing communications by or from companies, organisations or sole traders on their own websites, or in other non-paid-for space online under their control, that are directly connected with the supply or transfer of goods, services, opportunities and gifts, or which consist of direct solicitations of donations as part of their own fund-raising activities.

II The Code does not apply to:

- a. broadcast advertisements (The BCAP Code sets out the rules that govern broadcast advertisements on any television channel or radio station licensed by Ofcom)
- b. the contents of premium-rate services, which are the responsibility of PhonepayPlus; marketing communications that promote those services are subject to PhonepayPlus regulation and to the CAP Code
- c. marketing communications in foreign media. Direct marketing communications that originate outside the United Kingdom and sales promotions and marketing communications on non-UK websites, if targeted at UK consumers, are subject to the jurisdiction of the relevant authority

 SCOPE OF THE CODE

in the country from which they originate if that authority operates a suitable cross-border complaint system. If it does not, the Advertising Standards Authority (ASA) will take what action it can. Most members of the European Union, and many non-European countries, have a self-regulatory organisation that is a member of the European Advertising Standards Alliance (EASA). EASA co-ordinates the cross-border complaints system for its members (which include the ASA)

- d. claims, in marketing communications in media addressed only to medical, dental, veterinary or allied practitioners, that relate to those practitioners' expertise
- e. classified private advertisements, including those appearing online
- f. statutory, public, police and other official notices or information, but not marketing communications, produced by public authorities and the like
- g. works of art exhibited in public or private
- h. private correspondence, including correspondence between organisations and their customers about existing relationships or past purchases
- i. live oral communications, including telephone calls and announcements or direct approaches from street marketers
- j. press releases and other public relations material not covered by part I above
- k. editorial content; for example, of the media or of books and regular competitions such as crosswords
- l. flyposting (most of which is illegal)
- m. packages, wrappers, labels, tickets, timetables and price lists unless they advertise another product or a sales promotion or are visible in a marketing communication
- n. point-of-sale displays, except those covered by the sales promotion rules or the rolling paper and filter rules
- o. political advertisements as defined in Section 7
- p. website content not covered by I d and I h, including (but not limited to) editorial content, news or public relations material, corporate reports and natural listings on a search engine or a price comparison site
- q. sponsorship; marketing communications that refer to sponsorship are covered by the Code
- r. customer charters and codes of practice.
- s. investor relations (see III m)
- t. 'heritage advertising' by or from companies, organisations or sole traders on their own websites, or in other non-paid for space online under their control, where that advertising

SCOPE OF THE CODE

is not part of their current promotional strategy and is placed in an appropriate context. In cases where advertisements or other marketing communications recently adjudicated against by the ASA are featured, rule 1.2 (the spirit of the Code) may be invoked to bring those advertisements or other marketing communications within remit.

III These definitions apply to the Code:

- a. a product encompasses goods, services, ideas, causes, opportunities, prizes or gifts
- b. a consumer is anyone who is likely to see a given marketing communication, whether in the course of business or not
- c. the United Kingdom covers the Isle of Man and the Channel Islands
- d. a claim can be implied or direct, written, spoken or visual; the name of a product can constitute a claim
- e. the Code is divided into numbered rules
- f. a marketing communication includes all forms of communication listed in part I
- g. a marketer includes an advertiser, promoter or direct marketer
- h. a supplier is anyone who supplies a product that is sold by a distance-selling marketing communication (and can be the marketer)
- i. a child is anyone under 16
- j. a corporate subscriber includes corporate bodies such as limited companies in the UK, limited liability partnerships in England, Wales and Northern Ireland or any partnerships in Scotland. It also includes schools, hospitals, Government departments or agencies and other public bodies. It does not include sole traders or non-limited liability partnerships in England, Wales and Northern Ireland. See rule 10.14
- k. An advertorial is an advertisement feature, announcement or promotion, the content of which is controlled by the marketer, not the publisher, that is disseminated in exchange for a payment or other reciprocal arrangement
- l. A viral advertisement is an e-mail, text or other non-broadcast marketing communication designed to stimulate significant circulation by recipients to generate commercial or reputational benefit to the marketer. Viral advertisements are usually put into circulation ("seeded") by the marketer with a request, either explicit or implicit, for the message to be forwarded to others. Sometimes they include a video clip or a link to website material or are part of a sales promotion campaign.
- m. Investor relations material is information about an organisation (including its goods or services) addressed to the financial community, including shareholders and investors, as well as others who might be interested in the company's stock or financial stability.

 SCOPE OF THE CODE

IV These criteria apply to the Code:

- a. the ASA Council's interpretation of the Code is final
- b. if it is not clear whether a communication falls within the remit of the Code, the ASA will be more likely to apply the Code if the material complained about is in paid-for space
- c. compliance with the Code is assessed according to the marketing communication's probable impact when taken as a whole and in context. That will depend on the medium in which the marketing communication appeared, the audience and its likely response, the nature of the product and any material distributed to consumers
- d. the Non-broadcast ASA Council may have regard to decisions made by the Broadcast ASA Council under the BCAP Code and, similarly, the Broadcast ASA Council may have regard to decisions made by the Non-broadcast ASA Council under the CAP Code. Factors that help to determine whether an ASA adjudication is likely to apply across media include, but are not limited to, the characteristics of the medium, how the advertisement is targeted, the context in which a claim is made and the extent to which the relevant CAP Code provisions correspond to those in the BCAP Code
- e. the Code does not have the force of law and its interpretation will reflect its flexibility. The Code operates alongside the law; the Courts may make rulings on matters covered by the Code
- f. an indication of the statutory rules governing marketing communications is given on www.cap.org.uk; professional advice should be taken about their application
- g. no spoken or written communication from the ASA or CAP should be understood as containing legal advice
- h. the Code is primarily concerned with the content of advertisements, promotions and direct marketing communications and not with terms of business or products. Some rules, however, go beyond content; for example, those that cover the administration of sales promotions, the suitability of promotional items, the delivery of products ordered through an advertisement and the use of personal information in direct marketing. Editorial content is specifically excluded from the remit of the Code (see II k) although it might be a factor in determining the context in which a marketing communication is judged (see IV c)
- i. the Code makes due allowance for public sensitivities but will not be used by the ASA to diminish freedom of speech unjustifiably
- j. the ASA does not arbitrate between conflicting ideologies
- k. in assessing compliance with the Code, the ASA may take account of honest market practices and the general principle of good faith in the traders' field of activity.
- l. in relevant cases the ASA will have regard to existing statutory enforcement bodies. The ASA reserves the right to refer complainants to the relevant statutory regulator in cases where a complaint about a marketing communication relates to a Code rule that reflects a legal provision for a regulated product.

01

Compliance



CHULALONGKORN UNIVERSITY

COMPLIANCE

Principle

The central principle for all marketing communications is that they should be legal, decent, honest and truthful. All marketing communications should be prepared with a sense of responsibility to consumers and society and should reflect the spirit, not merely the letter, of the Code.

Background

Marketers should use the ASA website, www.asa.org.uk, or the CAP website, www.cap.org.uk, to inform themselves of recent ASA adjudications, the latest text of the Code and CAP guidance on the Code.

The fact that a marketing communication complies with the Code does not guarantee that every publisher will accept it. Media owners can refuse space to marketing communications that break the Code and are not obliged to publish every marketing communication offered to them.

The ASA/CAP self-regulatory system is recognised by the Government, Office of Fair Trading and the Courts as one of the "established means" of consumer protection in non-broadcast marketing communications. Any matter that principally concerns a legal dispute will normally need to be resolved through law enforcement agencies or the Courts.

The ASA and CAP will treat in confidence any genuinely private or secret material supplied unless the Courts or officials acting within their statutory powers compel its disclosure.

Rules

- 1.1 Marketing communications should be legal, decent, honest and truthful.
- 1.2 Marketing communications must reflect the spirit, not merely the letter, of the Code.
- 1.3 Marketing communications must be prepared with a sense of responsibility to consumers and to society.
- 1.4 Marketers must comply with all general rules and with relevant sector-specific rules.
- 1.5 No marketing communication should bring advertising into disrepute.
- 1.6 Marketing communications must respect the principles of fair competition generally accepted in business.
- 1.7 Any unreasonable delay in responding to the ASA's enquiries will normally be considered a breach of the Code.
 - 1.7.1 The full name and geographical business address of the marketer must be given to the ASA or CAP without delay if requested.
- 1.8 Marketing communications must comply with the Code. Primary responsibility for observing the Code falls on marketers. Others involved in preparing or publishing

COMPLIANCE

marketing communications, such as agencies, publishers and other service suppliers, also accept an obligation to abide by the Code.

- 1.8.1** Rules in [Appendix 3](#) apply only to third parties as defined. If the ASA is unable to identify the relevant third party, the advertiser - on behalf of whom the OBA advertisement is delivered to web users - must, in good faith, co-operate with the ASA to help determine the identity of the third party.

- 1.9** Marketers should deal fairly with consumers.

Legality

- 1.10** Marketers have primary responsibility for ensuring that their marketing communications are legal. Marketing communications should comply with the law and should not incite anyone to break it.

- 1.10.1** Marketers must not state or imply that a product can legally be sold if it cannot.

02

Recognition of marketing communications



RECOGNITION OF MARKETING COMMUNICATIONS

Background

Other sections of the Code contain product-specific or audience-specific rules that are intended to protect consumers from misleading marketing communications. For example, the Charity-linked Promotions and Children sections of the Code contain rules that apply, as well as the general rules, to marketing communications that fall under those sections.

Rules

- 2.1** Marketing communications must be obviously identifiable as such.
- 2.2** Unsolicited e-mail marketing communications must be obviously identifiable as marketing communications without the need to open them (see rule 10.6).
- 2.3** Marketing communications must not falsely claim or imply that the marketer is acting as a consumer or for purposes outside its trade, business, craft or profession; marketing communications must make clear their commercial intent, if that is not obvious from the context.
- 2.4** Marketers and publishers must make clear that advertorials are marketing communications; for example, by heading them "advertisement feature".

03

Misleading advertising



CHULALONGKORN UNIVERSITY

MISLEADING ADVERTISING

Background

The ASA may take the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 into account when it adjudicates on complaints about marketing communications that are alleged to be misleading. See Appendix 1 for more information about those Regulations.

The ASA will take into account the impression created by marketing communications as well as specific claims. It will adjudicate on the basis of the likely effect on consumers, not the marketer's intentions.

Other sections of the Code contain product-specific or audience-specific rules that are intended to protect consumers from misleading marketing communications. For example, the Children and Medicines sections of the Code contain rules that apply, as well as the general rules, to marketing communications that fall under those sections.

Rules

General

- 3.1 Marketing communications must not materially mislead or be likely to do so.
- 3.2 Obvious exaggerations ("puffery") and claims that the average consumer who sees the marketing communication is unlikely to take literally are allowed provided they do not materially mislead.
- 3.3 Marketing communications must not mislead the consumer by omitting material information. They must not mislead by hiding material information or presenting it in an unclear, unintelligible, ambiguous or untimely manner.

Material information is information that the consumer needs to make informed decisions in relation to a product. Whether the omission or presentation of material information is likely to mislead the consumer depends on the context, the medium and, if the medium of the marketing communication is constrained by time or space, the measures that the marketer takes to make that information available to the consumer by other means.

- 3.4 For marketing communications that quote prices for advertised products, material information [for the purposes of rule 3.3] includes:
 - 3.4.1 the main characteristics of the product
 - 3.4.2 the identity (for example, a trading name) and geographical address of the marketer and any other trader on whose behalf the marketer is acting
 - 3.4.3 the price of the advertised product, including taxes, or, if the nature of the product is such that the price cannot be calculated in advance, the manner in which the price is calculated
 - 3.4.4 delivery charges

MISLEADING ADVERTISING

- 3.4.5** the arrangements for payment, delivery, performance or complaint handling, if those differ from the arrangements that consumers are likely to reasonably expect
- 3.4.6** that consumers have the right to withdraw or cancel, if they have that right (see rule 3.55).
Cross-reference: If the marketing communication encourages a consumer to buy a product through a distance-selling mechanism, please refer to Section 9: Distance Selling.
- 3.5** Marketing communications must not materially mislead by omitting the identity of the marketer.
Some marketing communications must include the marketer's identity and contact details. Marketing communications that fall under the Distance Selling, Database Practice or Employment sections of the Code must comply with the more detailed rules in those sections.
Marketers should note the law requires marketers to identify themselves in some marketing communications. Marketers should take legal advice.
- 3.6** Subjective claims must not mislead the consumer; marketing communications must not imply that expressions of opinion are objective claims.

Substantiation

- 3.7** Before distributing or submitting a marketing communication for publication, marketers must hold documentary evidence to prove claims that consumers are likely to regard as objective and that are capable of objective substantiation. The ASA may regard claims as misleading in the absence of adequate substantiation.
- 3.8** Claims for the content of non-fiction publications should not exaggerate the value, accuracy, scientific validity or practical usefulness of the product. Marketers must ensure that claims that have not been independently substantiated but are based merely on the content of a publication do not mislead consumers.
CAP has published a Help Note on the Marketing of Publications.

Qualification

- 3.9** Marketing communications must state significant limitations and qualifications. Qualifications may clarify but must not contradict the claims that they qualify.
- 3.10** Qualifications must be presented clearly.
CAP has published a Help Note on Claims that Require Qualification.

Exaggeration

- 3.11** Marketing communications must not mislead consumers by exaggerating the capability or performance of a product.
- 3.12** Marketing communications must not present rights given to consumers in law as a distinctive feature of the marketer's offer.

4

The CAP Code: The UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing

MISLEADING ADVERTISING

- 3.13** Marketing communications must not suggest that their claims are universally accepted if a significant division of informed or scientific opinion exists.

Prohibited Claims

These rules apply regardless of any substantiation presented in support of the claims:

- 3.14** Marketing communications must not claim that products can facilitate winning in games of chance.
- 3.15** Marketing communications must not explicitly claim that the advertiser's job or livelihood is in jeopardy if the consumer does not buy the advertised product.
- 3.16** No marketing communication may promote a pyramid promotional scheme. Pyramid promotional schemes are those in which consumers pay for the opportunity to receive payments derived primarily from the introduction of other consumers into the scheme, not from the sale or consumption of products.

Prices

Background

Price statements in marketing communications should take account of the Department for Business Innovation & Skills (BIS) Pricing Practices Guide.

Definition

Price statements include statements about the manner in which the price will be calculated as well as definite prices.

- 3.17** Price statements must not mislead by omission, undue emphasis or distortion. They must relate to the product featured in the marketing communication.
- 3.18** Quoted prices must include non-optional taxes, duties, fees and charges that apply to all or most buyers. However, VAT-exclusive prices may be given if all those to whom the price claim is addressed pay no VAT or can recover VAT. Such VAT-exclusive prices must be accompanied by a prominently statement of the amount or rate of VAT payable.
- 3.19** If a tax, duty, fee or charge cannot be calculated in advance, for example, because it depends on the consumer's circumstances, the marketing communication must make clear that it is excluded from the advertised price and state how it is calculated.
- 3.20** Marketing communications that state prices must also state applicable delivery, freight or postal charges or, if those cannot reasonably be calculated in advance, state that such charges are payable.
- 3.21** If the price of one product depends on another, marketing communications must make clear the extent of the commitment the consumer must make to obtain the advertised price.
- 3.22** Price claims such as "up to" and "from" must not exaggerate the availability or amount of benefits likely to be obtained by the consumer.

Free

MISLEADING ADVERTISING

Principle

Marketing communications must not describe a product as "free", "gratis", "without charge" or similar if the consumer has to pay anything other than the unavoidable cost of responding and collecting or paying for delivery of the item.

- 3.23 Marketing communications must make clear the extent of the commitment the consumer must make to take advantage of a "free" offer.
- 3.24 Marketing communications must not describe items as "free" if:
 - 3.24.1 the consumer has to pay packing, packaging, handling or administration charges for the "free" product
 - 3.24.2 the cost of response, including the price of a product that the consumer must buy to take advantage of the offer, has been increased, except where the increase results from factors that are unrelated to the cost of the promotion, or
 - 3.24.3 the quality of the product that the consumer must buy has been reduced. CAP and BCAP have published joint guidance on the use of "free".
- 3.25 Marketers must not describe an element of a package as "free" if that element is included in the package price unless consumers are likely to regard it as an additional benefit because it has recently been added to the package without increasing its price.
- 3.26 Marketers must not use the term "free trial" to describe "satisfaction or your money back" offers or offers for which a non-refundable purchase is required.

Availability

- 3.27 Marketers must make a reasonable estimate of demand for advertised products.
- 3.28 Marketing communications that quote a price for a featured product must state any reasonable grounds the marketer has for believing that it might not be able to supply the advertised (or an equivalent) product at the advertised price within a reasonable period and in reasonable quantities. In particular:
 - 3.28.1 if estimated demand exceeds supply, marketing communications must make clear that stock is limited
 - 3.28.2 if the marketer does not intend to fulfil orders, for example, because the purpose of the marketing communication is to assess potential demand, the marketing communication must make that clear
 - 3.28.3 marketing communications must not mislead consumers by omitting restrictions on the availability of products; for example, geographical restrictions or age limits.

6

The CAP Code: The UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing

MISLEADING ADVERTISING

- 3.29** Marketers must monitor stocks. If a product becomes unavailable, marketers must, whenever possible, withdraw or amend marketing communications that feature that product.
- 3.30** Marketers must not use the technique of switch selling, in which their sales staff decline to show the advertised product, refuse to take orders for it or to deliver it within a reasonable time or demonstrate a defective sample of it to promote a different product.
- 3.31** Marketing communications must not falsely claim that the marketer is about to cease trading or move premises. They must not falsely state that a product, or the terms on which it is offered, will be available only for a very limited time to deprive consumers of the time or opportunity to make an informed choice.
- 3.32** Marketing communications must not mislead the consumer about market conditions or the possibility of finding the product elsewhere to induce consumers to buy the product at conditions less favourable than normal market conditions.

Comparisons

Principle

The ASA will consider unqualified superlative claims as comparative claims against all competing products. Superiority claims must be supported by evidence unless they are obvious puffery (that is, claims that consumers are unlikely to take literally). Objective superiority claims must make clear the aspect of the product or the marketer's performance that is claimed to be superior.

Comparisons with Identifiable Competitors

- 3.33** Marketing communications that include a comparison with an identifiable competitor must not mislead, or be likely to mislead, the consumer about either the advertised product or the competing product.
- 3.34** They must compare products meeting the same need or intended for the same purpose.
- 3.35** They must objectively compare one or more material, relevant, verifiable and representative feature of those products, which may include price.
- 3.36** They must not create confusion between the marketer and its competitors or between the marketer's product, trade mark, trade name or other distinguishing mark and that of a competitor.
- 3.37** Certain EU agricultural products and foods are, because of their unique geographical area and method of production, given special protection by being registered as having a "designation of origin". Products with a designation of origin must be compared only with other products with the same designation.

Other Comparisons

- 3.38** Marketing communications that include a comparison with an unidentifiable competitor must not mislead, or be likely to mislead, the consumer. The elements of the comparison must not be selected to give the marketer an unrepresentative advantage.

MISLEADING ADVERTISING

Price Comparisons

- 3.39** Marketing communications that include a price comparison must make the basis of the comparison clear.
- CAP has published a Help Note on Retailers' Price Comparisons and a Help Note on Lowest Price Claims and Price Promises.
- 3.40** Price comparisons must not mislead by falsely claiming a price advantage. Comparisons with a recommended retail prices (RRPs) are likely to mislead if the RRP differs significantly from the price at which the product or service is generally sold.

Imitation and Denigration

- 3.41** Marketing communications must not mislead the consumer about who manufactures the product.
- 3.42** Marketing communications must not discredit or denigrate another product, marketer, trade mark, trade name or other distinguishing mark.
- 3.43** Marketing communications must not take unfair advantage of the reputation of a competitor's trade mark, trade name or other distinguishing mark or of the designation of origin of a competing product.
- 3.44** Marketing communications must not present a product as an imitation or replica of a product with a protected trade mark or trade name.

Endorsements and Testimonials

- 3.45** Marketers must hold documentary evidence that a testimonial or endorsement used in a marketing communication is genuine, unless it is obviously fictitious, and hold contact details for the person who, or organisation that, gives it.
- 3.46** Testimonials must relate to the advertised product.
- 3.47** Claims that are likely to be interpreted as factual and appear in a testimonial must not mislead or be likely to mislead the consumer.
- 3.48** Marketing communications must not feature a testimonial without permission; exceptions are normally made for accurate statements taken from a published source, quotations from a publication or references to a test, trial, professional endorsement, research facility or professional journal, which may be acceptable without express permission.
- 3.49** Marketers must not refer in a marketing communication to advice received from CAP or imply endorsement by the ASA or CAP.
- 3.50** Marketing communications must not display a trust mark, quality mark or equivalent without the necessary authorisation. Marketing communications must not claim that the marketer (or any other entity referred to), the marketing communication or the advertised product has been approved, endorsed or authorised by any public or other body if it has not or without complying with the terms of the approval, endorsement or authorisation.

MISLEADING ADVERTISING

- 3.51** Marketing communications must not falsely claim that the marketer, or other entity referred to in the marketing communication, is a signatory to a code of conduct. They must not falsely claim that a code of conduct has an endorsement from a public or other body.
- 3.52** Marketing communications must not use the Royal Arms or Emblems without prior permission from the Lord Chamberlain's office. References to a Royal Warrant should be checked with the Royal Warrant Holders' Association.

Guarantees and After-sales Service**Definition**

In the rules below, "guarantee" includes warranties, after-sales service agreements, care packages and similar products.

- 3.53** Marketing communications must not use the word "guarantee" in a way that could cause confusion about a consumer's rights.
- 3.54** Marketing communications must make clear each significant limitation to an advertised guarantee (of the type that has implications for a consumer's rights). Marketers must supply the full terms before the consumer is committed to taking up the guarantee.
- 3.55** Marketers must promptly refund consumers who make valid claims under an advertised money-back guarantee.
- 3.56** Marketing communications must not falsely claim or imply that after-sales service is available in an EEA member state in which the advertised product is not sold.
- 3.57** If a marketing communication in a language other than an official language of the EEA State where the trader is located offers after-sales service but the after-sales service is not available in the language of the marketing communication, the marketer must explain that to the consumer before the contract is concluded.

4. กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี : The Act Against Unfair Competition

Section 2

6. “Entrepreneur” shall mean any natural or legal person engaging in commercial practices within the framework of his or its trade, business, craft or profession and anyone acting in the name of, or on behalf of, such person

Section 3

(3) The commercial practices towards consumers, listed in the Annex to this Act, shall always be illegal.

Section 5

(1) Unfairness shall have occurred where a person uses a misleading commercial practice. A commercial practice shall be deemed to be misleading if it contains untruthful information or other information suited to deception regarding the following circumstances:

1. the essential characteristics of the goods or services, such as availability, nature, execution, benefits, risks, composition, accessories, method or date of manufacture, delivery or provision, fitness for purpose, uses, quantity, specification, after-sale customer assistance, complaint handling, geographical or commercial origin, the results to be expected from their use, or the results or material features of tests carried out on the goods or services;
2. the reason for purchase such as the existence of a specific price advantage, the price or the manner in which the price is calculated, or the conditions on which the goods are supplied or the services provided;
3. the nature, attributes or rights of the entrepreneur such as his identity, assets, including intellectual property rights, the extent of his commitments, his qualifications, status, approval, affiliation or connections, awards or distinctions, motives for the commercial practice or the nature of the sales process;
4. any statement or symbol in relation to direct or indirect sponsorship or approval of the entrepreneur or of the goods or services;
5. the need for a service, part, replacement or repair;
6. compliance with a code of conduct by which the entrepreneur has undertaken to be bound when he makes reference to such commitment; or
7. the rights of consumers, particularly those based on promised guarantees or warranty rights in the event of impaired performance.

Section 8

(1) Whoever uses an illegal commercial practice pursuant to Section 3 or Section 7 can be sued for elimination, and in the event of the risk of recurrence, for cessation and desistance. The cessation and desistance claim shall already pertain in the event of the risk of such contravention of Section 3 or Section 7.

(2) Where the contraventions are committed in a business by a member of the staff or by a person exercising a mandate, the claim to cessation and desistance and the claim to elimination shall be deemed to apply in relation to the owner of the business as well.

(3) The claims under subsection (1) shall vest in

1. every competitor;
2. associations with legal personality which exist for the promotion of commercial or of independent professional interests, so far as a considerable number of entrepreneurs belong thereto, and which distribute goods or services of the same or similar type on the same market, provided such associations are actually in a position, particularly in terms of their personnel, material and financial resources, to pursue the tasks, under their memoranda of association, of promoting commercial or independent professional interests, and so far as the contravention affects the interests of their members;
3. qualified entities that prove that they are entered on the list of qualified entities pursuant to section 4 of the Injunctions Act or on the list of the Commission of the European Communities pursuant to Article 4 of Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumer interests (OJ Number L 166 page 51);
4. Chambers of Industry and Commerce or Craft Chambers.

(4) The assertion of the claims referred to in subsection (1) shall be inadmissible where such assertion is improper having regard to all the circumstances, especially where it predominantly serves the purpose of generating a claim for reimbursement of expenses or of the costs of taking legal action against the contravening party.

(5) Section 13 of the Injunctions Act shall be applied mutatis mutandis; in Section 13 subsections (1) and (3), second sentence, of the Injunctions Act the claims to cessation and desistance in this provision shall be substituted for the claim pursuant

to section 1 or section 2 of the Injunctions Act. In all other respects the Injunctions Act shall not apply except in a case where section 4a of the Injunctions Act applies.

Annex

item 23. making the false statement, or creating the false impression, that the entrepreneur is a consumer or is not acting for purposes relating to his business, trade, craft or profession;



5. กฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์

5.1 Consumer Protection (Fair Trading) Act

Section 2

“supplier” means a person who, in the course of the person’s business —

- (a) provides goods or services to consumers;
 - (b) manufactures, assembles or produces goods;
 - (c) promotes the use or purchase of goods or services; or
 - (d) receives or is entitled to receive money or other consideration as a result of the provision of goods or services to consumers,
- and includes any employee or agent of the person, and the word “supply”, with its grammatical variations and cognate expressions, shall have corresponding meanings

Section 4

It is an unfair practice for a supplier, in relation to a consumer transaction —

- (a) to do or say anything, or omit to do or say anything, if as a result a consumer might reasonably be deceived or misled;
- (b) to make a false claim;
- (c) to take advantage of a consumer if the supplier knows or ought reasonably to know that the consumer —
 - (i) is not in a position to protect his own interests; or
 - (ii) is not reasonably able to understand the character, nature, language or effect of the transaction or any matter related to the transaction; or
- (d) without limiting the generality of paragraphs (a), (b) and (c), to do anything specified in the Second Schedule.

Section 6

(1) A consumer who has entered a consumer transaction involving an unfair practice may commence an action in a court of competent jurisdiction against the supplier.

Section 16. A person who, on behalf of a supplier, prints, publishes, distributes, broadcasts or telecasts an advertisement in good faith and in the ordinary course of

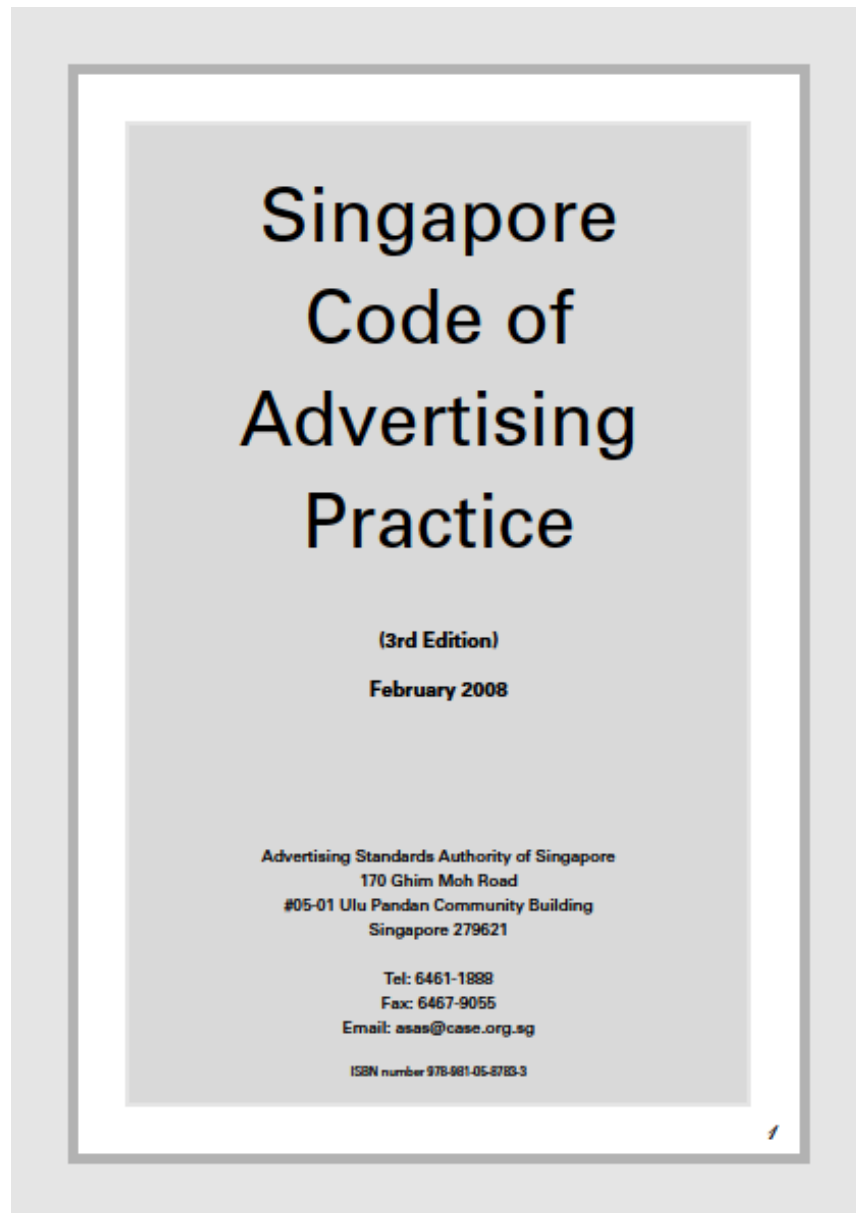
his business shall not be liable under this Act in respect of any statement, representation or omission in that advertisement.

Second Schedule:

item 14. Making a representation that appears in an objective form such as an editorial, documentary or scientific report when the representation is primarily made to sell goods or services, unless the representation states that it is an advertisement or a promotion.



5.2 Singapore Code of Advertising Practice



I. INTRODUCTION

i THE ADVERTISING CONTROL SYSTEM

1. *The Code of Advertising Practice and ASAS*

- 1.1 The Singapore Code of Advertising Practice (the Code) is a fundamental part of the system of control by which local advertising regulates its activities.
- 1.2 The Code has been endorsed by organisations representing advertisers, advertising agencies and media. It is administered by the Advertising Standards Authority of Singapore (ASAS) Council to the Consumers Association of Singapore (CASE). The Code will be used by ASAS to regulate local advertising activities.

2. *The Advertising Standards Authority of Singapore*

- 2.1 ASAS comprises members drawn from the organisations representing advertisers, advertising agencies and media, government agencies and other supporting organisations. The ASAS Council meets regularly to secure compliance with the Code and to keep it up to date.

3. *Responsibilities of ASAS, advertisers, agencies, and media*

- 3.1 While ASAS provides individual advice and guidance to advertisers, advertising agencies and the media who are in doubt as to the acceptability of advertising, particularly prior to publication, ASAS is not geared, nor is it intended for it to become a clearing house for the approval of all advertising.
- 3.2 Responsibility for observing the Code rests primarily with the advertiser. But it also applies to any advertising agency or medium involved in the publication of an advertiser's message to the public. The interpretation of the Code is vested in ASAS to ensure that this system of self-regulation works in the public interest. ASAS will be bound by all existing legislation.

4. *Power of ASAS*

- 4.1 ASAS shall be empowered to ask an advertiser or an advertising agency to amend or withdraw any advertisement that, in the opinion of ASAS, is contrary to the Code. It shall also be empowered to ask an advertiser or advertising agency to withhold such advertisement until it has been modified or, in the case where ASAS has requested for further information in order to decide whether an advertisement is contrary to the Code, pending receipt of such information and a decision.
- 4.2 ASAS is empowered to ask Media Owners to support the decisions of ASAS. ASAS shall be empowered to request its members to sanction parties which violate the Code, including the withdrawal of facilities, rights or services from parties concerned subject to legal constraints. Members shall use best efforts

to ensure that they have the power to sanction parties that violate the Code, e.g., by incorporating such power into their own membership rules or into their contracts with clients.

- 4.3 ASAS shall be empowered to rule on any disputes relating to breaches of the Code arising between members of the Singapore Advertisers Association, the Association of Accredited Advertising Agents, Association of Media Owners (Singapore) and Association of Broadcasters (Singapore). Such rulings shall be binding on members of the associations.
- 4.4 ASAS may also advise on any advertisement prepared and/or published by persons or companies outside the four associations, provided that any such advertisement is brought to the attention of ASAS in accordance with the procedure outlined below.
- 4.5 ASAS shall not be responsible for any loss or damage, whether direct or consequential, in any event.

5. Procedure for making advertising complaints

- 5.1 Advertising complaints should be addressed to the Chairman of ASAS. All complaints should be in writing and accompanied by sufficient details of the complaint for ASAS to act. Advice may be given by telephone to prospective complainants and others as to the scope of the Authority's activities. However, investigations/deliberations will not begin until the complainant has provided a written confirmation and has paid the administrative fee according to the tariff published by ASAS.
- 5.2 The complainant will provide a cutting of the press or magazine advertisement or the full text of the radio, television or cinema commercial complained of. For advertisements with visual, audio or video elements, ASAS prefers to receive a copy of the advertisement in a form that allows such visual, audio or video elements to be observed. If the advertisement is in the vernacular, an English translation must be supplied.
- 5.3 All complaints should also be accompanied by the contact information, especially the postal address, of the complainant.
- 5.4 ASAS may call on the complainant, the person complained against or any other person for information that ASAS deems relevant in assessing the advertisement complained of. Such requests for substantiation may be made by the Chairman or by the secretariat on behalf of the Chairman, and may specify deadlines for the information to be provided and sanctions to be applied if such deadlines are not met.
- 5.5 In requesting substantiation, whether from interested parties or independent outside parties, ASAS may take into account all factors to decide who is in the best position to provide the information. The cost of obtaining further information will be borne by the party ASAS calls upon to provide the information or, where ASAS requests information from an independent outside party, by whichever party ASAS deems appropriate. If the person called upon by ASAS fails to timely provide information or declines to finance the gathering

of information, ASAS has the discretion to either take no further action or to act on the basis of the information before it. In either event, ASAS will not be liable to any person for any loss or damage which is in any way related to such lack of information. Those who are bound by this Code will bind themselves to indemnify ASAS for all costs and expenses incurred in deliberating on complaints if such investigations/deliberations involve the employment or engagement of professional experts.

- 5.6 The ASAS council will meet to rule on complaints and other enquiries at regular intervals appropriate to the voluntary nature of its membership (but not less frequently than once every three months). Members of ASAS, other than the Chairman, will have one vote and all decisions will be by a simple majority of members present. In the event that the votes are divided, the Chairman will have a casting vote. A quorum will be constituted by one-third of existing members. Any member of ASAS who has a vested interest in a dispute must immediately declare that interest and be absent from all deliberations. The Chairman is responsible for ensuring that the council member of ASAS who has a vested interest will absent himself from all deliberations.
- 5.7 ASAS's decision will be notified in writing to the interested parties, advising them of any action to be taken.
- 5.8 In addition to advertising complaints, all other enquiries should also be addressed to the Chairman of ASAS. ASAS' advice on such matters will be communicated directly to the party concerned by the Chairman, or on his/her behalf, in writing.
- 5.9 Complainants and persons making enquiries of ASAS should allow a reasonable period (which will typically be between one and two months after all relevant information is in hand) for the members of the ASAS Council to study the complaints/enquiries and to dispatch a reply or make a ruling. Where further information is required for ASAS to make a ruling or answer an enquiry, the time required to handle a complaint or enquiry will be extended accordingly.
- 5.10 All members of ASAS will honour the confidential nature of all discussions. All deliberations of ASAS are confidential and must not be disclosed to third persons by any party without ASAS's prior written permission. ASAS is not obligated to disclose any information it may receive in the course of any investigation/deliberation to any party.

6. Sanctions

- 6.1 The sanctions which exist are principally the withholding of advertising space or time from advertisers, and the withdrawal of trading privileges from advertising agencies. Both these sanctions are applied by the media owners.
- 6.2 In addition, there is also a sanction of adverse publicity. This is wielded by ASAS which may publish details of the outcome of investigations it undertakes naming those who have offended against the Code.

7. ASAS Decision

- 7.1 The decision of ASAS on the interpretation of the Code shall be final.

ii. THE CODE OF ADVERTISING PRACTICES

1. Preamble

- 1.1 All advertisements should be legal, decent, honest, and truthful.
- 1.2 All advertisements should be prepared with a sense of responsibility to the consumer and society.
- 1.3 All advertisements should conform to the principles of fair competition generally accepted in business, including:
 - (a) Non-denigration;
 - (b) Non-exploitation of goodwill;
 - (c) Non-imitation.
- 1.4 All advertisements shall not subvert the shared values in Singapore's society including:
 - (a) Nation before community and society above self;
 - (b) Family as the basic unit of society;
 - (c) Community support and respect for the individual;
 - (d) Consensus, not conflict; and
 - (e) Racial and religious harmony.
- 1.5 All advertisements shall not subvert Singapore's family values of:
 - (a) Love, care, and concern;
 - (b) Mutual respect;
 - (c) Filial responsibility;
 - (d) Commitment; and
 - (e) Communication.
- 1.6 No advertisement should bring advertising into disrepute or reduce confidence in it as a service to industry and to the public.
- 1.7 This Code shall not intentionally suppress free and vigorous competition.
- 1.8 This Code shall protect the rights of consumers.

8

2. Scope

- 2.1 The primary objective of this Code is the regulation of commercial advertising.
- 2.2 The Code shall apply to all advertisements for any goods, services, and facilities appearing in any form, or any media, including but not limited to:
- (a) Advertisements in newspapers (including classified advertisements), magazines, brochures, leaflets, circulars, mailings, posters, plastic cards (including fare cards, cash cards), tickets and other printed publications;
 - (b) Advertisements via facsimile transmissions and serial announcements;
 - (c) Advertisements displayed on buildings and vehicles;
 - (d) Television, radio, cinema and video commercials;
 - (e) Advertisements in information network services, electronic bulletin boards, on-line databases and Internet services;
 - (f) Advertisements in non-broadcast electronic media such as computer games;
 - (g) Mail orders;
 - (h) Sales promotions;
 - (i) Mailing lists;
 - (j) Digital communications in every format, design and context including the world-wide web (Internet); and
 - (k) Telephone, etc.
- 2.3 The Code shall be followed by all concerned with advertising whether as advertisers, advertising practitioners, sales promoters, agencies, or the media.
- 2.4 The Code shall be complied with for all advertisements appearing in Singapore regardless of their place of origin. The Code recognises that enforcement may be difficult in this area (for example, advertisement received through the Internet and mail-order brochures from overseas), but would seek the co-operation of all parties concerned, including Internet operators and publishers.

2.5 The following definitions apply to the Code:

- (a) An advertisement means any form of commercial communication for any goods or services, regardless of medium used, including advertising claims on packs, labels and point of sale material;
- (b) A product encompasses goods, services, ideas, prizes and gifts; and
- (c) A consumer is anyone who is likely to see a given advertisement.

3. Interpretation

3.1 This Code is to be applied in the spirit as well as in the letter.

3.2 The Code will be issued by ASAS to regulate local advertising.

3.3 Conformity with the Code is assessed according to the advertisement's probable impact when taken as a whole or in context. This will depend on the audience, the medium, the nature of the product and any additional material distributed to consumers.

3.4 The fact that the content or form of an advertisement originates wholly or in part from other sources is not an excuse for non-compliance with the Code.

3.5 While an advertiser's subsequent correction and appropriate redress for a contravention of the Code are desirable, they cannot excuse the original contravention of the Code.

3.6 ASAS shall have the discretion to publish details of the parties who have offended against the Code and the nature of the offence.

3.7 If the offending advertisement originates from overseas, ASAS shall have the discretion to seek overseas authority to help enforce the Code, in addition to Section I, (i), para 4.2 and 3.6 above.

3.8 ASAS shall not be responsible or liable for any loss or damage, whether direct or consequential, in any event.

II. GENERAL PRINCIPLES

1. *Legality*

- 1.1 Advertisements should not contain anything that is illegal or might incite anyone to break the law. Nor should they appear to condone or lighten the gravity of illegal activities.
- 1.2 Advertisements should not contain anything that contravenes the ethical code of recognised professional bodies in Singapore.

2. *Decency*

- 2.1 Advertisements should not contain anything that is offensive to the standards of decency prevailing among those who are likely to be exposed to them.

3. *Honesty*

- 3.1 Advertisements should not abuse the trust of the consumer or exploit his lack of experience, expertise or knowledge.

4. *Fear, superstition, violence*

- 4.1 Advertisements should not without justifiable reason play on fear. Advertisers may use an appeal to fear to encourage prudent behaviour provided such use is not disproportionate to the risk.
- 4.2 Advertisements should not exploit the superstitious.
- 4.3 Advertisements should not contain anything that might lead or lend support to acts of violence and anti-social behaviour, nor should they appear to condone or lighten the gravity of such acts.

5. *Truthful presentation*

- 5.1 Advertisements should not mislead in any way by inaccuracy, ambiguity, exaggeration, omission or otherwise. More specifically, advertisements should not:
 - (a) Misrepresent any matter likely to influence consumers' attitude to any product, advertiser, or promoter;
 - (b) Misrepresent any information to mislead consumers into believing any matter that is not true, such as the source of the product, quality of the product, obligation (or non-obligation) in using a trial product, and others;
 - (c) Mislead consumers about the price of goods or services;

- (d) Underestimate the actual total price to be paid;
- (e) Mislead consumers to overestimate the value or mislead consumers regarding the conditions on the terms of payment such as hire purchase, leasing, instalment sales and credit sales; or
- (f) Mislead consumers regarding the terms of guarantee, delivery, exchange, return, repair and maintenance; and mislead consumers regarding the extent of benefits for charitable causes.

5.2 If a presentation (such as a speech, documentary and newsreel) is substantially an advertisement, it should be clearly stated as an advertisement.

5.3 Claims

- (a) Advertisements should not misuse research results or quotations from technical and scientific publications.
- (b) Statistics should not be so presented as to imply a greater validity than they really have.
- (c) Scientific terms should not be misused; scientific jargon and irrelevancies should not be used to make claims appear to have any scientific basis which they do not possess.

6. Safety

6.1 Advertisements should not show a disregard for safety. In particular:

- (a) Advertisements should not contain any visual presentation or any description of dangerous practices or of situations which show a disregard for safety, unless justifiable on educational or social grounds;
- (b) Special care should be taken in advertisements directed towards or depicting children and young people. Refer to Appendix C for specific guidelines; and
- (c) Consumers should not be encouraged to drink and drive.

7. Portrayal of persons

7.1 All persons should be portrayed in a manner respectful of their dignity. No person should be commoditised.

8. Children and young people

8.1 Advertisements should not exploit the natural credulity of children or the lack of experience of young people, and should not strain their sense of loyalty.

8.2 Advertisements addressed to or likely to influence children or young people should not contain anything that might result in harming them mentally, morally or physically.

8.3 Advertisements should not promote a lifestyle that is promiscuous or that denigrates or is detrimental to family values. For more guidance see Appendix C.

9. Social values

9.1 Advertisements should not:

- (a) Downplay the importance of patriotism and national unity;
- (b) Misinterpret national policies and goals for the benefit of any individual;
- (c) Distort the perception of Singaporeans and the quality of life in Singapore;
- (d) Distort the perceptions of citizens' influence in national issues;
- (e) Discredit or be derogatory to Singapore as a democratic country or in any other way.

9.2 Advertisements should not promote or condone rude and inconsiderate behaviour. Advertisements should not downplay the importance of having a caring and compassionate attitude for the less fortunate members of the community.

9.3 Advertisements should not adopt or encourage a confrontational approach to resolving societal conflicts or differences. Advertisements should not exploit or fuel conflicts relating to national problems and controversial policies or issues.

9.4 Advertisements should be handled sensitively to minimise misinterpretation of intentions on ethnic issues. Advertisements should not jeopardise inter-ethnic understanding or discriminate against any ethnic group or religion, or downplay the importance of mutual dependence amongst all groups.

10. Family values

10.1 Advertisements should not:

- (a) Downplay the importance of the family as a unit and foundation of society;
- (b) Undermine the perception of the family as a place of comfort and security;
- (c) Discredit mutual love, affection and support amongst family members.

10.2 Advertisements should not encourage inconsiderate and disrespectful conduct amongst family members.

10.3 Advertisements should not denounce or discourage the responsibilities of honouring, supporting and providing for one's parents and grandparents in their old age.

10.4 Advertisements should not undermine the willingness among family members to stand by one another through ups and downs.

10.5 Advertisements should not erode or downplay the importance of communication amongst family members in building trust and understanding.

11. Non-denigration

11.1 Advertisements should not unfairly attack or discredit other products, organisations or professions directly or by implication.

12. Non-exploitation of goodwill or intellectual property

12.1 Advertisements should not make unjustifiable use of the name, initials, logo and/or trade and service marks of any firm, company or institution.

12.2 Advertisements should not take unfair advantage of another firm, person or institution's goodwill in its name, trade name or other intellectual property, or the goodwill earned by other's advertising and promotion campaigns.

13. Non-imitation

13.1 Advertisements should not be so similar in general layout, copy, slogans, visual presentation, music or sound effects to other advertisements or promotions as to be likely to mislead or confuse.

13.2 Advertisers should comply with paragraph 2 in Article 10 of the ICC Code which states that:

"Where an international advertiser has established a distinctive advertising campaign in one or more countries, other advertisers should not unduly imitate this campaign in the other countries where he operates, thus preventing him from extending his campaign within a reasonable period of time to such countries."

14. National Symbols

14.1 Attention is drawn to the provisions governing the use of the Singapore Arms and Flag, and the National Anthem. Details may be obtained from the offices of the Prime Minister or the Ministry of Information, Communications and the Arts.

III. GUIDELINES

1. *Matters of fact*

- 1.1 All descriptions, claims and comparisons that relate to matters of objectively ascertainable facts should be capable of substantiation. Advertisers and advertising agencies are required to hold such substantiation ready for immediate production without delay to ASAS upon request.

2. *Use of research results*

- 2.1 When a factual claim in an advertisement is said to be supported by the results of independent research, the advertiser and sales promoter should be able to show that those responsible for the research accept the advertisement as an accurate account of the research.

3. *Use of testimonials*

- 3.1 Advertisements should not contain or refer to any testimonial or endorsement unless it is genuine and related to the personal experience of the party who provided the testimonial or endorsement.
- 3.2 Testimonials or endorsements that are obsolete or otherwise no longer applicable should not be used.
- 3.3 Particular care should be taken to ensure that testimonials based on fictitious characters are not framed so as to give the impression that real people are involved.
- 3.4 Testimonials or endorsements that are exceptional experiences (i.e. which do not reflect the experience that an average user of the product would ordinarily expect to have) should not be used. Advertisers and advertising agencies are required to show substantiation that such testimonials or endorsements do indeed reflect the typical experience of ordinary users.
- 3.5 Except as provided in this clause 3.5, no advertisement shall use any testimonial to support a claim (whether generally or by any individual) that would be prohibited or unacceptable under any provision or Appendix of this Code. ASAS may, on a case by case basis, permit such testimonials to be used, if ASAS is satisfied, in its sole discretion, that such use would not be unfair or misleading. As a condition to permitting such testimonials to be used, ASAS may also require revisions to the advertisement to include such disclaimers and qualifications as ASAS deems fit.

4. Expression of opinion

4.1 This Code places no constraint upon the free expression of opinion, including subjective assessments of the quality or desirability of products, provided always that:

- (a) It is clear what is being expressed is an opinion;
- (b) It does not mislead consumers about any objectively ascertainable facts; and
- (c) The advertiser is prepared to explain, without delay, when requested to do so, why he believes his expression of opinion conforms to the Code.

5. Quotation of prices

The following provisions apply to any indication of cost in an advertisement.

5.1 Clarity

If reference is made in an advertisement to more than one product, it should be clear to which product or version any quoted price relates.

5.2 Obligation to honour price advertised

If a product is illustrated, and a price quoted in conjunction with the illustration, advertisers should ensure that what is illustrated can be purchased for the price shown.

5.3 Truthfulness

If the price quoted does not include the product in its entirety (for example a lamp without its lamp shade), this fact and the additional price should be stated with no less prominence than the price itself.

5.4 Goods and Services Tax ("GST")

All prices should include GST where it applies, in accordance with published laws.

6. Associated purchases

6.1 If a product cannot be purchased without purchasing other product(s) from the advertiser or promoter, this fact must be stated with no less prominence than the product itself.

7. Use of the word "free"

- 7.1 When a product is advertised or promoted as being "free", incidental costs, which will necessarily be incurred by the consumer in acquiring it, should be clearly stated.
- 7.2 If the incidental cost that has to be incurred for acquiring the free product exceeds what it would normally cost to acquire the product from another source, the product should not be described as free.
- 7.3 Advertisers should not seek to recover the cost of the product that they describe as free in any manner, including:
 - (a) Imposing additional fees they would normally not charge;
 - (b) Inflating any incidental expenses they may legitimately recover; or
 - (c) Altering the composition or quality, or increasing the price, of any other product which they require to be bought as a pre-condition of the consumer obtaining the "free" product.
- 7.4 Except in the context of a free trial, the word "free" should not be used if payment for a product is only deferred.
- 7.5 A trial may be described as free, although the consumer is expected to pay the cost of returning the goods, provided that the advertisement or the promoter has made clear his obligation to do so.
- 7.6 An offer that extends a product without cost for the purchase of another on a continuous basis should not claim that the product is free.

8. Use of the word "discount"

- 8.1 When a product is being advertised or promoted as to be sold at a discount (or similar description such as a bargain), the discounted price must be lower than its usual price and cannot be offered indefinitely. The word "discount" should not be used in the situation where the reduced price has become or would be reasonably perceived by the consumers as the usual price.

9. Comparisons

- 9.1 Advertisements containing comparisons should not violate the principles of fair competition.
- 9.2 Where a comparison is made between the respective cash values or prices of goods that are not identical, the advertiser should clearly indicate that this is the case.

- 9.3 All comparative advertisements should be so designed that they are clear and fair, and there is no likelihood of the consumer being misled as a result of the comparison. The basis of comparison should be the same for the products being compared and the list of items used in the comparison should not be so chosen to provide an unfair advantage to the product advertised.

10. Availability of products

- 10.1 An advertiser should ensure that there is adequate supply of his products to meet foreseeable demand generated by his advertisement or promotion. He should make clear any limitations of the product's availability unless such limitation is inherent in the nature of the product (e.g. theatre tickets).
- 10.2 Products that cannot be supplied should not be advertised as a way to assess potential demand.

11. Bait advertising

- 11.1 Advertisers should not seek to entice consumers into a retailer's premise with no real prospect of selling the advertised or promoted goods at the price offered.

12. Switch selling

- 12.1 It will be taken as prima facie evidence of misleading and unacceptable bait advertising for the purpose of switch selling if an advertiser's or promoter's salesmen seriously disparage or belittle the cheaper article advertised or indicate unreasonable delay in obtaining delivery or otherwise put difficulties in the way of its purchase.

13. Protection of privacy and exploitation of the individual

- 13.1 Advertisements should not explicitly portray or refer to any person or his property unless his prior permission has been obtained.
- 13.2 The depiction in advertisements and sales promotions of the President and members of his family is prohibited.
- 13.3 Advertisements and sales promotions should not manipulate (such as through electronic morphing) any persons or his property to create a misleading or untruthful presentation.
- 13.4 Advertisements should not reproduce National Registration Identity Card (NRIC) or passport numbers in their entirety.

14. Guarantees

- 14.1 Advertisements may contain the word "guarantee", "guaranteed", "warranty" or "warranted" or words having the same meaning only if the guarantee or warranty referred to improves the consumer's legal right.
- 14.2 The full terms of the guarantee as well as the remedial action open to the purchaser should be clearly set out in the advertisements, or should be available for the purchaser to inspect before they are committed to purchase. Any substantial limitations should be spelled out in the advertisement.
- 14.3 The period of the guarantee must be clearly stated in the advertisement.

15. Identification of advertisers

- 15.1 The identity of the advertiser should always be clearly stated.
- 15.2 Mail orders, direct response, exhibition, trade promotion and on-line advertisements should state clearly the permanent address of the advertiser.

16. Charitable Causes

- 16.1 Advertisements claiming that the purchase of a product will support some charitable cause should not mislead as to the share of proceeds that will go to charity.

17. Legibility of Disclaimers

- 17.1 Disclaimers have to be legible to the unaided eye of the target viewer. As a general rule of thumb, disclaimers should not be in a font size smaller than the smallest font used to make affirmative claims in an advertisement, subject to a minimum font size of 8.

IV. APPENDICES

APPENDIX A

Identification of Advertisements

1. There is an obligation on all concerned with the preparation and/or publication of an advertisement to ensure that anyone who looks at the advertisement is able to see, without reading it closely, that it is an advertisement and not editorial matter.
2. Where an advertisement appears together with other subject matter and has the potential of being wrongly perceived, the following guidelines should apply:
 - (a) The word "ADVERTISEMENT" should stand alone and should appear on top of every page in such size and weight of type as to be easily seen;
 - (b) If the advertisement occupies part of a page, it should be separated from any adjacent matter by a distinct border;
 - (c) By-lines naming employees of the medium's owners should not be used. It is, however, permissible to publish by-lines naming experts or well-known public figures; and
 - (d) Particular care should be taken wherever the size and font in the advertisement is the same as or closely resembles that of the editorial matter.
3. Where paid-for space, material or programming is in the style of the normal editorial, material or programming, whether paid for by the same or different advertisers, particular care is needed to ensure that no part can be mistaken for the normal editorial, material or programming matter.
4. As a general rule, where an advertisement, a series of advertisements, or a supplement paid for by the same organisations under the same control extends over more than one page, it should normally be headed in bold letters with the words "Advertisement" or "Advertising Feature".
5. No guidance can cover every case. It may not be enough merely to follow to the letter what is said above. It may also be necessary to look again at each advertisement to see whether it is clearly distinguishable from the usual content of the medium in which it appears, and if not, to take steps to ensure that it is.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวณัฐวรรณ เจริญรัตน์พรชัย เกิดวันที่ 13 มกราคม 2529 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จ
การศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2550 เข้าศึกษาต่อหลักสูตร
ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ ปีการศึกษา 2555



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY