

ปัญหาการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ในธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล¹

นุชนันท์ ชาญศักดิ์วานิช²

ในทางการค้าวัตถุประสงค์หลักของผู้ประกอบการธุรกิจค้าขายคือการมุ่งหาผลกำไรสูงสุดให้กับองค์กร เมื่อสินค้าหรือบริการใดมีผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปจะทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าขึ้น ผู้ประกอบการธุรกิจค้าขายจึงต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่อเป็นการดึงดูดใจให้ผู้บริโภคเข้ามาซื้อสินค้าและบริการของตน ในทางเศรษฐศาสตร์ การแข่งขันทางการค้าถือเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างหนึ่งของกลไกตลาดเสรี เนื่องจากการแข่งขันทางการค้าจะทำให้เกิดการปรับปรุงและพัฒนาการผลิต รวมถึงการพัฒนาสินค้าเพื่อให้สินค้ามีคุณภาพดีขึ้น การแข่งขันทางการค้ายังส่งผลให้ผู้บริโภคมีตัวเลือกในการบริโภคสินค้าหรือใช้บริการนั้น ๆ และส่งผลต่อราคาสินค้าอีกด้วย ในทางกลับกัน การผูกขาดทางการค้าจะทำให้ผู้บริโภคไม่มีตัวเลือกในการบริโภคสินค้าหรือใช้บริการนั้น ๆ และผู้ประกอบการอาจใช้อำนาจไปในทางที่ไม่เป็นธรรม เช่น ขึ้นราคาสินค้าโดยตามอำเภอใจอย่างไม่เหมาะสม หรืออาจจะไม่มีการพัฒนาสินค้าและบริการใหม่ ๆ เพื่อดึงดูดใจผู้บริโภค ส่งผลให้ตลาดดังกล่าวไม่มีการพัฒนา และส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจในภาพรวม

ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการแข่งขันทางการค้า จึงได้มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการผูกขาดทางการค้าขึ้น ในประเทศไทยเองก็ได้มีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดจนมาเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้าฉบับปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา นวัตกรรมด้านการสื่อสารและอินเทอร์เน็ตได้ถูกพัฒนาขึ้นและมีการใช้กันอย่างแพร่หลาย ส่งผลให้โลกเข้าสู่ยุคดิจิทัลเทคโนโลยี ซึ่งผู้คนสามารถติดต่อสื่อสารกันได้จากทั่วทุกมุมโลกผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต ทำให้รูปแบบและพฤติกรรมการประกอบธุรกิจการค้าเปลี่ยนแปลงไปจากธุรกิจการค้าแบบดั้งเดิมไปเป็นธุรกิจการค้าทางออนไลน์หรือแบบดิจิทัล เช่น การให้บริการค้นหาข้อมูลหรือเสิร์ชเอนจิน (Google, Bing) หรือบริการแพลตฟอร์มโซเชียลมีเดีย (Facebook, TikTok, Twitter, Instagram) หรือแพลตฟอร์มช้อปปิ้งออนไลน์ (Shopee, Lazada) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สถานการณ์การระบาดของโรคติดเชื้อโคโรนาสายพันธุ์ใหม่หรือที่เรียกกันว่า “โรคโควิด-19” ที่มีการจำกัดการออกนอกเคสสถานหรือผู้คนไม่กล้าที่จะออกนอกเคสสถาน ทำให้ผู้คนหันมาใช้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลกันมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้มีผู้ประกอบการที่สนใจในการประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล

¹บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ เรื่อง ปัญหาการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คนพร จิตต์รุ่งเกียรติ และคณะกรรมการสอบ คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา ภักติกง และรองศาสตราจารย์ ดร.พันธ์เทพ วิฑิตอนันต์

²นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

มากขึ้นด้วย เพื่อให้การค้าในตลาดดิจิทัลมีการแข่งขันกันอย่างสมบูรณ์และเป็นธรรม การกำกับดูแลผู้ประกอบการแพลตฟอร์มดิจิทัลภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงเป็นสิ่งสำคัญ แต่ธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นธุรกิจที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งแตกต่างจากธุรกิจการค้าดั้งเดิม กล่าวคือ ตลาดแพลตฟอร์มดิจิทัลมีลักษณะเป็นตลาดสองด้าน (Two-sided Market) หรือตลาดหลายด้าน (Multi-sided Market) ซึ่งเป็นตลาดที่ผู้ประกอบการทำหน้าที่เป็นแพลตฟอร์มและขายผลิตภัณฑ์ที่แตกต่างกันให้กับผู้บริโภคกลุ่มต่าง ๆ ในขณะที่ผู้ประกอบการตระหนักรู้ได้ว่า ความต้องการจากลูกค้ากลุ่มหนึ่งขึ้นอยู่กับความต้องการจากอีกกลุ่มหนึ่ง ลักษณะการเป็นตลาดสองด้านหรือตลาดหลายด้านนี้ถือเป็นคุณลักษณะที่โดดเด่นประการหนึ่งของธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล นอกจากนี้แล้ว สำหรับธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ต้นทุนที่สำคัญคือต้นทุนที่ซึ่งมาจากการพัฒนาผลิตภัณฑ์ดิจิทัล แต่มักจะไม่มีหรือมีต้นทุนแปรผันต่ำ เนื่องจากสามารถเพิ่มผู้ใช้สินค้าหรือบริการใหม่ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนที่เพิ่มขึ้น จึงเป็นธุรกิจที่มีผลตอบแทนต่อขนาดที่สูงมาก (Extreme Returns to Scale) ธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลยังเป็นธุรกิจที่มีผลกระทบภายนอกของเครือข่าย (Network Externalities) หรือผลกระทบของเครือข่าย (Network Effects) กล่าวคือ ผู้ใช้สินค้าหรือบริการแต่ละรายจะได้รับประโยชน์จากการใช้เทคโนโลยีหรือบริการ โดยที่ประโยชน์ดังกล่าวจะเพิ่มขึ้นตามจำนวนผู้ใช้สินค้าหรือบริการ

ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลคือ มีต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้บริการอื่น (switching costs) ค่อนข้างสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแพลตฟอร์มสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งมีการใช้แพลตฟอร์มใดแล้ว การจะเปลี่ยนไปใช้แพลตฟอร์มอื่นโดยสิ้นเชิงนั้นสามารถทำได้ยาก นอกจากลักษณะเฉพาะข้างต้นแล้ว ธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลยังมีการใช้และเก็บรวบรวมข้อมูลในปริมาณมากได้ ซึ่งส่งผลให้กลไกทางตลาดเกิดการเปลี่ยนแปลง โดยในยุคตลาดดิจิทัล ข้อมูลถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ ดังนั้น ความสามารถในการใช้ข้อมูลเพื่อนำมาพัฒนาแอปพลิเคชันหรือผลิตภัณฑ์ที่เป็นนวัตกรรมใหม่ถือเป็นตัวแปรสำคัญในการแข่งขันในตลาดดิจิทัล ข้อมูลจึงมีบทบาทสำคัญในธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้แล้ว ธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลในปัจจุบันมักจะมีการรวมตัวกันและเชื่อมโยงบริการเข้าด้วยกัน เพื่อขยายขอบเขตในการให้บริการได้อย่างกว้างขวางและหลากหลายรูปแบบยิ่งขึ้น และมีการเสนอสินค้าและบริการที่หลากหลายซึ่งมาจากแผนกหรือส่วนธุรกิจที่แตกต่างกันในบริษัทเดียวกัน แต่มักจะมีความเชื่อมโยงกันทางธุรกิจระหว่างสินค้าและบริการเหล่านั้น จนเกิดเป็นระบบนิเวศทางธุรกิจ (Ecosystem) อีกด้วย

ลักษณะเฉพาะของธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลนี้เป็นรูปแบบและพฤติกรรมประกอบการประกอบการค้าที่แตกต่างไปจากธุรกิจดั้งเดิม เมื่อนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้จึงเกิดประเด็นปัญหาที่สำคัญขึ้นอยู่บางประการที่ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลได้ การศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวคิดทฤษฎี รวมถึงศึกษาตัวบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาในการนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งเป็นรูปแบบธุรกิจที่แตกต่างจากธุรกิจ

แบบดั้งเดิมและมีการขยายตัวเพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน โดยมุ่งเน้นในเรื่องปัญหาการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล เพื่อค้นหาข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหา โดยประเด็นปัญหาที่นำมาศึกษามี 3 ประเด็น ซึ่งได้แก่ ปัญหาการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง ในการพิจารณาคำว่า “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ปัญหาการใช้หลักเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดในการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และปัญหาการใช้หลักเกณฑ์ยอดขายในการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ปัญหาประการที่หนึ่ง ปัญหาการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง ในการพิจารณาคำว่า “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ในประเทศไทย กฎหมายหลักที่ใช้บังคับในเรื่องของการแข่งขันทางการค้าคือ พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยมีมาตราหลักคือมาตรา 50 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในการห้ามผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการที่เป็นอันกีดกันหรือขัดขวางการแข่งขันทางการค้า จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด จำเป็นต้องมีการนิยามตลาดหรือกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องขึ้นเสียก่อน ซึ่งมาตรา 5 ได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า ตลาดไว้ว่า หมายถึง “ตลาดที่เกี่ยวข้องในสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกันหรือที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ โดยให้พิจารณาด้านคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการ และด้านพื้นที่ในการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ” โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีการกำหนดข้อมูลและวิธีการในการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 โดยหลักการที่นำมาใช้ในการกำหนดขอบเขตตลาดคือ หลักความสามารถในการใช้ทดแทนกันได้ ซึ่งพิจารณาจากปัจจัยด้านราคา ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่สามารถพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปสงค์เพื่อกำหนดขอบเขตตลาดได้อย่างชัดเจนโดยใช้ข้อมูลตามหลักตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง ตามประกาศในข้อ 12 กำหนดให้วิเคราะห์การทดแทนกันด้านอุปสงค์ตามหลักเศรษฐศาสตร์ เรื่องการทดสอบการเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นเมื่อสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งมีการขึ้นราคาเพียงเล็กน้อย แต่มีนัยสำคัญในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (SSNIP Test : Small but Significant and Non-transitory Increase in Price Test) โดยกำหนดให้เพิ่มราคาของสินค้าและบริการขึ้นประมาณร้อยละ 10 ของราคาปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีของธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งเป็นธุรกิจที่มีตลาดแบบสองด้านหรือแบบหลายด้าน แม้ผู้ประกอบการจะขายสินค้าหรือให้บริการกับตลาดทั้งสองหรือหลายด้านแตกต่างกัน แต่ความต้องการของสินค้าและบริการดังกล่าวจะมีความเชื่อมโยงกัน ซึ่งเกิดจากผลกระทบเครือข่ายทางอ้อม (Indirect Network Effect) ทั้งยังมีการให้บริการในรูปแบบการให้บริการโดยไม่เก็บค่าบริการ (Zero Price) เพื่อเป็นการดึงดูดผู้บริโภค ซึ่งในกรณีที่เป็นแพลตฟอร์มที่ไม่มีการเก็บค่าบริการสำหรับกลุ่มผู้บริโภคฝ่ายหนึ่ง การใช้ SSNIP Test หรือการวิเคราะห์การทดแทนกันจากมุมมองของด้านราคาสินค้าและบริการอาจไม่สามารถทำให้กำหนดขอบเขตของตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องได้อย่างถูกต้องเหมาะสม เนื่องจากราคาไม่ใช่เป็นมิติเดียวที่ใช้ในการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ โดยเฉพาะ

อย่างยิ่ง ในตลาดที่ราคาตลาดของด้านใดด้านหนึ่งเป็นศูนย์ มิติที่สำคัญในการแข่งขันจะไม่ใช้ราคา ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะแข่งขันกันที่คุณภาพหรือความหลากหลาย จึงควรนำการทดสอบการเปลี่ยนแปลงไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นเมื่อสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งมีคุณภาพลดลงเพียงเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญ (SSNDQ Test: Small but significant non-transitory decrease in quality test) ซึ่งเป็นการมองจากมิติด้านคุณภาพแทนด้านราคา ทำให้การวิเคราะห์นั้นไม่ขึ้นอยู่กับราคา จึงสามารถนำไปวิเคราะห์กับตลาดที่มีราคาเป็นศูนย์ได้นอกจากนี้แล้ว ยังสามารถนำไปวิเคราะห์กับตลาดที่มีผลกระทบของเครือข่ายทางอ้อมซึ่งเป็นมิติในด้านคุณภาพได้อีกด้วย

ปัญหาประการที่ 2 ปัญหาการใช้หลักเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดในการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ไว้ 2 ประการ คือ ส่วนแบ่งตลาด และยอดเงินขาย ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดหลักเกณฑ์ในส่วนของส่วนแบ่งตลาดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2563 ข้อ 3 โดยแบ่งออกเป็น 2 หลักเกณฑ์ คือ ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป หรือผู้ประกอบการสามรายแรกในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป หลักเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องมีการเข้าตามเงื่อนไขอย่างเคร่งครัด หากผู้ประกอบการที่อาจจะเข้าข่ายเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแต่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละห้าสิบและผู้ประกอบการสามรายแรกมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละเจ็ดสิบห้า ก็จะไม่เข้าตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว และไม่ถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ทำให้ไม่สามารถกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในบางธุรกิจที่ส่วนแบ่งตลาดไม่ใช่ปัจจัยสำคัญของการมีอำนาจเหนือตลาด

สำหรับธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ส่วนแบ่งตลาดอาจไม่ใช่ปัจจัยกำหนดควมมีอำนาจเหนือตลาดที่สามารถใช้ได้เสมอไปในทุกกรณี เนื่องจากในกรณีที่มีผลกระทบของเครือข่าย (Network Effects) ราคาไม่ได้สะท้อนคุณค่าที่แท้จริงของสินค้าหรือบริการที่มีต่อผู้บริโภคหรือต่อผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ขายสินค้าหรือให้บริการนั้น ประกอบกับธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นธุรกิจที่ขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรม มีการเข้าสู่ตลาดอยู่เป็นประจำ และมีวัฏจักรของนวัตกรรมที่สั้น ทำให้ส่วนแบ่งตลาดที่สูงในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งอาจจะไม่สามารถบ่งบอกถึงควมมีอำนาจเหนือตลาดได้ ส่วนแบ่งตลาดจึงไม่ได้เป็นปัจจัยที่สามารถกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้เสมอไป

การกำหนดส่วนแบ่งตลาดเป็นตัวเลขแบบตายตัวแม้ว่าจะมีข้อดีก็สามารถนำมาพิจารณาได้ง่ายและไม่ต้องตีความ แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดนี้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเบื้องต้นซึ่งถือเป็นเงื่อนไขเด็ดขาด การกำหนดส่วนแบ่งตลาดแบบเป็นตัวเลขตายตัวอาจจะทำให้ไม่สามารถครอบคลุมในทุกกรณี จึงสมควรที่จะไม่กำหนดเงื่อนไขของส่วนแบ่งตลาดเป็นตัวเลขตายตัวแบบเด็ดขาด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

ในกรณีของธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งส่วนแบ่งตลาดไม่ได้เป็นปัจจัยที่สามารถกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้เสมอไป จึงควรให้ส่วนแบ่งตลาดเป็นเพียงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเบื้องต้น และให้อำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจในการปรับลดเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดลงได้ เช่น ในกรณีของธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งส่วนแบ่งตลาดไม่ได้เป็นปัจจัยเดียวในการมีอำนาจเหนือตลาด ศาลอาจจะปรับลดเงื่อนไขส่วนแบ่งตลาดลง และนำปัจจัยอื่น ๆ เช่น ผลกระทบของเครือข่าย (Network Effect) ต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้บริการอื่น (Switching Costs) และอคติเชิงพฤติกรรม (Behavioural Bias) มาเป็นปัจจัยในการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดด้วย

ปัญหาประการที่ 3 ปัญหาการใช้หลักเกณฑ์ยอดเงินขายในการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ยอดเงินขายถือเป็นหนึ่งในหลักเกณฑ์ที่นำมากำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดหลักเกณฑ์ในส่วนของคุณลักษณะของผู้ประกอบการไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2563 ข้อ 3 เช่นเดียวกัน โดยกำหนดให้ต้องมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป อย่างไรก็ตาม จากคุณลักษณะเฉพาะของธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งเป็นธุรกิจที่มีตลาดแบบสองด้านหรือหลายด้านและมีผลกระทบของเครือข่าย จำนวนผู้ใช้สินค้าหรือบริการและปริมาณข้อมูลถือเป็นสิ่งสำคัญไม่น้อยไปกว่าผลประกอบการหรือกำไร ในตลาดธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลจึงมีการให้บริการในรูปแบบการให้บริการโดยไม่เก็บค่าบริการเพื่อเป็นการดึงดูดผู้บริโภค โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะเพิ่มจำนวนผู้ใช้สินค้าหรือบริการในแพลตฟอร์ม และเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลของผู้บริโภค

ดังนั้นหากมีการกำหนดยอดเงินขายเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดตัวผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดแล้ว ในกรณีที่ธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ให้บริการในรูปแบบที่ไม่มีการเก็บค่าบริการกับผู้ให้บริการ เช่น แพลตฟอร์มบริการค้นหาข้อมูลหรือเสิร์ชเอนจิน ตลาดในส่วนนี้จึงไม่มีหรืออาจมียอดเงินขายไม่มากนัก ในกรณีเช่นนี้ การนำยอดเงินขายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจึงไม่เหมาะสม ในทางกลับกัน หากธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลใดมีผลกระทบของเครือข่ายในเชิงบวกสูง ผลกระทบดังกล่าวจะดึงดูดผู้คนให้มาใช้บริการนั้น ๆ มากยิ่งขึ้น อาจทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายไปกระจุกตัวอยู่ในด้านใดด้านหนึ่ง (Market tipping) ซึ่งอาจนำไปสู่การผูกขาดได้ ผลกระทบของเครือข่ายจึงเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจเหนือตลาดได้ เพื่อให้กฎหมายสามารถครอบคลุมได้ทั้งผู้ประกอบการรายใหญ่ทั้งในธุรกิจดั้งเดิมและธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งเป็นรูปแบบธุรกิจใหม่ จึงสมควรที่จะไม่นำยอดเงินขายออกมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณากำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเบื้องต้น โดยให้ยอดเงินขายเป็นเพียงปัจจัยแวดล้อมที่ใช้ในการประกอบการพิจารณาเท่านั้น ทั้งนี้ ในกรณีของธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ปัจจัยที่สามารถนำมาแทนที่ยอดเงินขายได้ก็คือผลกระทบของเครือข่าย

จากที่ได้ศึกษาถึงการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการ
แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ผู้ศึกษาพบว่า มีข้อเสนอแนะ คือ

1. ในส่วนของการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเนื่อง ผู้เขียนขอเสนอให้มีการแก้ไขประกาศ
คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วน
แบ่งตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 12 โดยเพิ่มการทดสอบการเปลี่ยนแปลงไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นเมื่อสินค้าหรือ
บริการชนิดหนึ่งมีคุณภาพลดลงเพียงเล็กน้อยแต่มิมีนัยสำคัญ (SSNDQ Test: Small but significant non-
transitory decrease in quality test) เข้าไป ดังนี้

“ข้อ 12 หากไม่สามารถพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปสงค์เพื่อกำหนดขอบเขตตลาดได้อย่าง
ชัดเจน โดยใช้ข้อมูลตามข้อ 10 หรือข้อ 11 ให้ทำการวิเคราะห์การทดแทนกันด้านอุปสงค์ตามหลัก
เศรษฐศาสตร์เรื่องการทดสอบการเปลี่ยนแปลงไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นเมื่อสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งมีการ
ขึ้นราคาเพียงเล็กน้อยแต่มิมีนัยสำคัญในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (SSNIP Test: Small but Significant and Non-
transitory Increase in Price) หรือการทดสอบการเปลี่ยนแปลงไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นเมื่อสินค้าหรือ
บริการชนิดหนึ่งมีคุณภาพลดลงเพียงเล็กน้อยแต่มิมีนัยสำคัญ (SSNDQ Test: Small but significant non-
transitory decrease in quality test) ตามแต่ละกรณี ตามขั้นตอน ดังนี้”

2. สำหรับการมีส่วนแบ่งตลาดเป็นปัจจัยการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น
ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบ
ธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2563 ข้อ 3 โดยให้เพิ่มกรณีที่ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใด
รายหนึ่งไม่ถึงร้อยละห้าสิบ แต่มีปัจจัยที่ทำให้เชื่อได้ว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และกรณี
ที่ผู้ประกอบการทุกรายรวมกันมีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาไม่ถึงร้อยละเจ็ดสิบห้า แต่มีปัจจัยที่ทำให้
เชื่อได้ว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยปัจจัยที่ทำให้เชื่อได้ว่าเป็นผู้ประกอบการซึ่งมี
อำนาจเหนือตลาด ได้แก่ จำนวนผู้แข่งขันในตลาด ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ ความแตกต่างของสินค้า
อุปสรรคในการเข้าตลาด การประหยัดจากขนาด ความได้เปรียบด้านต้นทุนสัมบูรณ์ และต้นทุนของเงินทุน

3. สำหรับการให้ยอดเงินขายเป็นปัจจัยการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น
ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 ในส่วนของคำจำกัดความ
คำว่า “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” โดยให้ตัดคำว่า “และยอดเงินขาย” ออกพร้อมทั้งแก้ไข
ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือ
ตลาด พ.ศ. 2563 ข้อ 3 โดยให้ตัดคำว่า “และยอดเงินขาย” และ “และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่ง
พันล้านบาทขึ้นไป” ออกเช่นกัน

เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

กอบกิจ เขียวปรีชา และณัฐวิษ สิริกาญจน์. “ความท้าทายในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในการกำกับดูแลธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล.” *จุลพาฬ* 69, 1 (มกราคม-เมษายน 2565): หน้า 13-60.

ภาษาอังกฤษ

Crémer, Jacques and Yves-Alexandre de Montjoye and Schweitzer, Heike. **Competition Policy for the Digital Era Final Report**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019.

Filistrucchi, Lapo and others. “Market Definition in Two-sided Markets: Theory and Practice.” in **Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series**. 09/2013, 2013.

OECD. **The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy: OECD Competition Policy Roundtable Background Note**. OECD, 2022.

Pike, Chris. "Part I. Introduction and key findings." **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**. OECD, 2019.