

ปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า
LEGAL PROBLEMS RELATING TO PROVISIONAL MEASURE
IN TRADE COMPETITION LAW

วริทธิ์ธร ศรีสวัสดิ์

Varitthorn Srisawadi

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: varitthorns@gmail.com
Graduate student of Master of Law Program in Public law,
Faculty of Law, Thammasat University: varitthorns@gmail.com

Received : June 9, 2023

Revised : July 6, 2023

Accepted : July 27, 2023

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นมาตรการที่ให้องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าสามารถเยียวยาสภาพการแข่งขันในตลาดหรือผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดที่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันได้อย่างทันท่วงทีในระหว่างที่กรณีดังกล่าว ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณา ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงการกระทำ รวมทั้งมีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าว มิได้กำหนดไว้โดยชัดเจนว่าให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวได้หรือไม่ นอกจากนี้เมื่อการใช้อำนาจออกคำสั่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง กรณีจึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาสถานะของคำสั่งดังกล่าวว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ รวมไปถึงความเหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง มาใช้บังคับกับการพิจารณาออกคำสั่งดังกล่าวโดยเฉพาะเรื่องการเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนหรือสิทธิที่จะได้รับฟังของคู่กรณี

ในประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนได้ศึกษาถึงหลักการพื้นฐานในการใช้อำนาจทางปกครองที่เป็นการออกคำสั่งในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ประกอบกับแนวทางและเงื่อนไขในการใช้อำนาจออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวขององค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ ทำให้เห็นว่า กฎหมายฉบับปัจจุบันไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ แต่อย่างไรก็ตาม การให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเพื่อให้สามารถระงับยับยั้งพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้อย่างทันท่วงที จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจึงควรกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ภายใต้เงื่อนไขในการใช้อำนาจหรือกำหนดองค์ประกอบส่วนเหตุในการออกคำสั่งเฉพาะกรณีจำเป็นเร่งด่วนหากเห็นเข้าไปอาจทำ

ให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจหรือผลประโยชน์ของผู้บริโภคหรือตลาดใดตลาดหนึ่งหรือผู้ประกอบการธุรกิจอื่น นอกจากนี้ แม้ว่าคำสั่งในลักษณะดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการเตรียมเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวมีผลในระดับที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในปัจจุบัน และดำรงอยู่โดยตัวของตัวเองได้ ดังนั้น คำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวจึงมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง และการพิจารณาออกคำสั่งต้องถูกบังคับตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่การนำกฎหมายฉบับดังกล่าวมาบังคับใช้กับการพิจารณาออกคำสั่งดังกล่าวโดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน โดยสภาพย่อมมีเหตุตามข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากเป็นคำสั่งที่ออกในกรณีจำเป็นเร่งด่วน จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศประกอบกับลักษณะและผลของคำสั่งแล้ว คำสั่งดังกล่าวจำเป็นต้องวินิจฉัยพฤติกรรมการอื่นเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยใช้ความเชี่ยวชาญและเทคนิคเฉพาะทาง รวมทั้งมีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการประกอบธุรกิจของผู้รับคำสั่ง ดังนั้น จึงไม่สมควรที่จะใช้ข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวและควรกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องจัดให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านก่อนการออกคำสั่งดังกล่าวเสมอ

คำสำคัญ

มาตรการชั่วคราว , กฎหมายการแข่งขันทางการค้า , คำสั่งทางปกครอง , การคุ้มครองการแข่งขันเสรี

ABSTRACT

This article focuses on the legal problems of an provisional measure in thai trade competition law. Provisional measure allows trad competition regulator to heal competition in the market which is affected by anti – competition behavior in timely manner while the cases is in consideration. The current thai trade competition law . Section 60 of the Trade Competition Act B.E. 2560, does not clearly specify whether or not the Trade Competition Commission has the power to issue an order as an provisional mesure. Additionally, questions may further arise when exercising the power of the Trade Competition Commission is an exercise of administrative order where it calls for consideration of whether the status of such order is an administrative act or not, including the appropriateness of the Administrative Procedure Act B.E. 2539 in application: how it deals especially with the right of the party to argue and present one's own evidences or the right to be heard by the Commission.

In order to obtain the answers, the author make a comparative studies regarding the basic principles of legality of administrative order in competition law as well as the guidelines and conditions for exercising a power to impose provisional measure apply by foreign competition regulator. The studies demonstrate that Trade Competition Commission was not empowered to issue a provisional measure. Based on the study of comparative law, the Trade Competition Commission should be empowered to issue such order in urgent cases and under conditions that the Commission determines the causation between facts and elements of laws in order to protect the market interest of consumer and other entrepreneurs. Beside, an administrative order has a severe effects to freedom of enterprise of the order recipient so that it can completely be detached from the ultimate administrative order and exists by itself. When an order imposing provisional measure has the status

of an administrative order, the administrative procedural law should be compulsory applied according to the Administrative Procedures Act, B.E. 2539. But the application of such law especially the protection of the rights of the party to argue and present one's own evidences are grounds for exemptions under section 30 of the Administrative Procedures Act, B.E. 2539 because of its nature of urgency. From a comparative perspective of the law together with the characteristics and results of order, it is required to identify restricted competition behavior using specialized expertise and techniques. Not to mention, the impacts this order may restricts freedom of enterprise of the order recipient. Therefore, it is inappropriate to use an exception according to the administrative procedural law. the Trade Competition Commission should be obligated to facilitate the rights to be heard.

Keywords

provisional measure, Competition law, Administrative act, Protection of freedom of trade competition

1. บทนำ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกคำสั่งเพื่อกำกับดูแลและป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยหากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้น รวมทั้งมีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อย่างไรก็ตามเนื่องจากการประกอบธุรกิจในปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วตลอดเวลา รวมทั้งมีการพัฒนาและแข่งขันกันมาก ซึ่งในบางกรณีแม้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีอำนาจในการออกคำสั่งเพื่อเยียวยาสภาพการแข่งขันในตลาดหรือผู้ประกอบการในตลาดได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันก็ตาม แต่การพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเช่นว่านั้นก็ย่อมจะต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณา ซึ่งอาจทำให้สภาพการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ได้รับผลกระทบ รวมทั้งผู้ประกอบการอื่นซึ่งได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้น ประสบภาวะขาดสภาพคล่องหรือขาดทุนจนสูญเสียศักยภาพหรืออำนาจต่อรองในการประกอบธุรกิจ หรือบางกรณีอาจไม่สามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้เลย ดังนั้นจึงอาจจะต้องมีรูปแบบของคำสั่งอีกลักษณะหนึ่งซึ่งตอบสนองวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้รวดเร็ว กล่าวคือ คำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นมิได้กำหนดไว้โดยชัดเจนให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ รวมไปถึงได้กำหนดกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งไว้โดยเฉพาะ กรณีจึงมีปัญหว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวหรือไม่ มีเงื่อนไขในการใช้อำนาจอย่างไร นอกจากนี้หากการใช้อำนาจออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง กรณีจึงมีปัญหาค่าที่ต้องพิจารณาถึงสถานะของคำสั่งดังกล่าวว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ รวมไปถึงความเหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางในกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับการออกคำสั่งดังกล่าว โดยเฉพาะเรื่องการเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนหรือสิทธิที่จะได้รับฟังของคู่กรณี

เพื่อวิเคราะห์ประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนจะขออธิบายหลักการพื้นฐานในการใช้อำนาจทางปกครองที่เป็นคำสั่งในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเริ่มต้นจากพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าเสียก่อนเพื่อให้เข้าใจถึงลักษณะพฤติกรรมที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ก่อนจะอธิบายถึงหลักการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและการใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง ต่อจากนั้นจะศึกษาการใช้อำนาจขององค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส เพื่อทราบแนวทางและเงื่อนไขการใช้อำนาจออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวและเปรียบเทียบกับใช้อำนาจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยและเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

2. หลักการพื้นฐานในการใช้อำนาจทางปกครองที่เป็นคำสั่งในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

2.1 พฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะอธิบายพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในเชิงหลักการทั่วไปพร้อมกับบทบัญญัติอันเป็นการจำกัดการแข่งขันตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อให้เห็นถึงลักษณะพอสังเขปของพฤติกรรมเนื่องจากหากปรากฏว่าผู้ประกอบการรายใดมีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะสามารถใช้อำนาจทางปกครองในการออกคำสั่งให้ระงับ หยุด แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นได้ โดยพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ มีความแตกต่างกันตามสภาพเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยทั่วไปแล้ว อาจพอแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะดังต่อไปนี้

2.1.1 การใช้อำนาจเหนือตลาดที่กระทบต่อการแข่งขัน

พฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดที่กระทบต่อการแข่งขัน (abuse of dominant market power) กฎหมายจะกำหนดข้อห้ามของผู้ประกอบธุรกิจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจในการควบคุมตลาดของตน เช่น การตั้งราคาเกินควรที่กระทบต่อผู้บริโภค การใช้อำนาจจำกัดคู่แข่งของตนจากตลาดโดยการลดราคาต่ำกว่าทุนแล้วจึงขึ้นราคาสินค้าเพื่อทดแทนการขาดทุนของตน หรือการขัดขวางมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้ามาร่วมแข่งขันในตลาด¹ ซึ่งพฤติกรรมเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบธุรกิจของประชาชน รวมไปถึงทางเลือกของประชาชนในการบริโภคสินค้าและบริการ ซึ่งในมาตรา 50 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดรองรับหลักการดังกล่าวไว้โดยห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด² กระทำการหรือมีพฤติกรรมในการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดไว้ดังต่อไปนี้³ (1) การกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือราคาขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม (2) การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อ หรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น (3) การระงับ ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้าในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้า ทั้งนี้ เพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด (4) การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

2.1.2 ความตกลงท่ามกลางธุรกิจที่ก่อให้เกิดการแข่งขันไม่เป็นธรรม

ความตกลงท่ามกลางธุรกิจที่ก่อให้เกิดการแข่งขันไม่เป็นธรรม (Anti – competitive Agreements) เป็นอีกหนึ่งพฤติกรรมในการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยผู้เล่นในตลาดมาตกลงร่วมกันโดยเลือกที่จะไม่แข่งขันกันตามปกติ แต่กลับตกลงร่วมกันเพื่อมุ่งหวังประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือที่เรียกว่า การฮั้ว โดยพฤติกรรมดังกล่าวอาจเป็นการตกลงร่วมกันอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ การร่วมกันกำหนดราคา การร่วมกันกำหนดตลาด การร่วมกันจำกัดปริมาณหรือควบคุมการผลิตสินค้าและบริการ⁴ ซึ่งในมาตรา 54 และมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดรับรองหลักการดังกล่าวไว้โดยห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจร่วมกันกระทำการหรือมีพฤติกรรมดังต่อไปนี้ (1) การ

¹ พรชัย วิสุทธิศักดิ์, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้า* (วิญญูชน 2563) 53.

² ตามบทนิยามตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561.

³ รายละเอียดเพิ่มเติมปรากฏตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561.

⁴ พรชัย วิสุทธิศักดิ์ (เชิงอรรถ 1) 54.

ร่วมกันกำหนดราคา (Price Fixing) (2) การร่วมกันกำหนดและแบ่งตลาด (Market sharing) (3) การฮั้วประมูล (Bid rigging) (4) การร่วมกันกำหนดปริมาณสินค้าหรือบริการ (output Restrictions) ทั้งนี้พฤติกรรมในการตกลงร่วมกันตามมาตรา 54 เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการในตลาดเดียวกันหรือตลาดหนึ่งตลาดใด มีการตกลงร่วมกันในลักษณะแนวนอน (Horizontal Market) ซึ่งเป็นการตกลงร่วมกันโดยคู่แข่งที่แข่งขันกัน การตกลงลักษณะนี้เป็นการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อร้ายแรงหรือที่เรียกว่า Hard-core Cartel ในขณะที่การตกลงร่วมกันตามมาตรา 55 มีลักษณะเป็นการตกลงแล้วสร้างผลกระทบต่อตลาดที่เชื่อมโยงกันในแนวตั้ง (Vertical Market) แล้วสร้างปัญหาการแข่งขันทางการค้าในตลาดหนึ่ง ซึ่งเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างคู่ค้า โดยอาจเป็นการตกลงในรูปแบบธุรกิจแบบแฟรนไชส์ หรืออาจเป็นตัวแทนจำหน่ายที่ได้รับการอนุญาต (Franchise, Authorized dealer) ซึ่งการตกลงนั้นส่งผลให้มีการลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด สินค้าหรือบริการนั้น โดยการตกลงลักษณะนี้เป็นการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อร้ายแรง⁵

2.1.3 การควมรวมกิจการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

นอกจากพฤติกรรมที่กล่าวมาแล้ว ผู้ประกอบการอาจมีการกระทำเพื่อให้ตนมีอำนาจตลาดเพิ่มมากขึ้น ผ่านการควมรวมกิจการ ซึ่งในมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดรับรองหลักการดังกล่าวไว้ โดยกำหนดกระบวนการแจ้งผลการรวมธุรกิจหากปรากฏว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่งตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง และกรณีการรวมธุรกิจที่จะต้องขออนุญาตรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อนตามมาตรา 51 วรรคสองจึงจะสามารถรวมธุรกิจได้ ซึ่งจะใช้กับกรณีการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

นอกจากพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันที่กล่าวมาแล้ว พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม⁶ และการทำข้อตกลงการค้าระหว่างประเทศที่ส่งผลต่อการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 57 และ 58 โดยในส่วนของพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้น กฎหมายได้กำหนดพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ ดังนี้ (1) การกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม (2) การใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม (3) การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม

2.2 การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

เมื่อปรากฏว่าผู้ประกอบการมีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันตามที่กฎหมายกำหนดแล้วนั้น ก็จะต้องมีการบังคับให้ผู้ประกอบการนั้นปรับเปลี่ยนการกระทำโดยการกำหนดสภาพบังคับทางกฎหมายโดยองค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้า ซึ่งหลักการของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐนั้น จะมีมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญอยู่ 2 ลักษณะ คือ มาตรการลงโทษ (sanctions) และมาตรการเยียวยา (remedies) ซึ่งมาตรการทั้ง 2 ลักษณะนั้นถูกกำหนดขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองสภาพแข่งขันเช่นเดียวกัน แต่โดยสภาพและบทบาทหน้าที่ของมาตรการทั้ง 2 ลักษณะนั้นมีความแตกต่าง ดังนี้⁷

⁵ เฟิงอ่าง 109.

⁶ การค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้น แต่ละประเทศจะมีการกำหนด “พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม” แตกต่างกันไป โดยขึ้นอยู่กับ “มาตรฐานของจรรยาบรรณในการค้า (Business Ethics)” ของแต่ละประเทศ, ในสำนักกฎหมายสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ) , บรรจระเบียวารการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 71/2559 วันศุกร์ที่ 11 พฤศจิกายน 2559 58.

⁷ UNCTAD ‘Appropriate sanctions and remedies’ (30August 2010) TD/RBP/CONF.7/5 3.

2.2.1 มาตรการลงโทษ (Sanctions)

มาตรการลงโทษนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนพฤติกรรมกรรมการอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน การชดใช้ประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้รับและทดแทนความผิด โดยลงโทษพฤติกรรมที่กระทำมาในอดีตหรือในปัจจุบัน และยับยั้งการกระทำที่จะฝ่าฝืนในอนาคต⁸ ซึ่งมาตรการในการลงโทษในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยส่วนใหญ่จะกำหนดเป็นโทษปรับ โดยอาจเป็นโทษปรับทางปกครอง โทษปรับทางแพ่ง หรืออาจเป็นโทษปรับทางอาญาก็ได้ แต่หากเป็นโทษปรับทางแพ่งหรือทางอาญาผู้ที่มีอำนาจกำหนดโทษปรับคือศาล ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายโดยมาตรการลงโทษในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น มีทั้งที่ผ่านการกำหนดโทษทางอาญา โดยมีโทษปรับทางอาญา เช่น กรณีการฝ่าฝืนพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 51 และผ่านการกำหนดโทษปรับทางปกครอง เช่น การตกลงร่วมกันระหว่างคู่ค้าตามมาตรา 55 ซึ่งกรณีนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจลงโทษปรับทางปกครองได้ด้วยตนเอง

2.2.2 มาตรการเยียวยา (Remedies)

มาตรการในการเยียวยานั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาหรือเยียวยาสภาพการแข่งขันในตลาด โดยมีเป้าหมายระยะสั้น คือ การให้พฤติกรรมที่ฝ่าฝืนการจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้นสิ้นสุดลง เยียวยาผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้รับผลกระทบและแก้ปัญหาการแข่งขันในเรื่องนั้น ๆ ในขณะที่เป้าหมายระยะยาว คือ การพยายามลดการกลับมากระทำที่เป็นการฝ่าฝืนนั้นซ้ำอีก⁹ ซึ่งมาตรการในการเยียวยานี้ องค์กรซึ่งมีอำนาจกำกับการแข่งขันทางการค้า อาจดำเนินการออกคำสั่งโดยฝ่ายเดียวหรือให้คู่กรณีที่อยู่ในการพิจารณาเสนอข้อเสนอในการเยียวยาด้วยก็ได้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศ¹⁰ ซึ่งในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดสภาพบังคับที่เป็นมาตรการเยียวยาอยู่หลายส่วน¹¹ แต่มาตรการเยียวยาที่มีความสำคัญมากคือการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นตามมาตรา 60 ทั้งนี้ อาจแบ่งเนื้อหาของมาตรการออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ การเยียวยาในเชิงโครงสร้างและการเยียวยาในเชิงพฤติกรรม

(1) การเยียวยาในเชิงโครงสร้าง (Structural remedies)

มาตรการนี้เป็นการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องขายกิจการ ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือขายสินทรัพย์บางส่วนให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจถือเป็นมาตรการเยียวยาที่รุนแรง ซึ่งการเยียวยาในเชิงโครงสร้างมักถูกใช้ในกรณีการควบรวมกิจการ เนื่องจากทำให้ไม่ต้องติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจต่อไป เหมือนในกรณีที่เลือกใช้มาตรการเยียวยาในเชิงพฤติกรรม¹² อย่างไรก็ตามในบางกรณีเช่นในสหรัฐอเมริกาในคดี *United States v. Microsoft* มีการนำมาตราการเยียวยาในเชิงโครงสร้างมาใช้ในลักษณะทางเลือกสุดท้าย (*ultima ratio*) กับผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งใช้อำนาจเหนือตลาดกระทบกับการแข่งขันอย่างร้ายแรง¹³

(2) การเยียวยาในเชิงพฤติกรรม (Behavioral remedies)

มาตรการเยียวยาในเชิงพฤติกรรมเป็นการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการหรือหยุดกระทำการ เพื่อให้การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายสิ้นสุดลง โดยมาตรการนี้สามารถปรับสภาพบังคับตามคำสั่งให้เหมาะสมกับผู้ประกอบธุรกิจและสภาพของตลาดเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในแต่ละกรณี¹⁴ มาตรการการเยียวยาในเชิงพฤติกรรมมักถูก

⁸ เฟ็งอ้าง 4.

⁹ เฟ็งอ้าง 9.

¹⁰ เฟ็งอ้าง.

¹¹ คือ การออกคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจตามมาตรา 51 วรรคสอง ประกอบมาตรา 52 และการออกคำสั่งวินิจฉัยล่วงหน้าตามมาตรา 59

¹² UNCTAD (เชิงอรรถ 7) 11.

¹³ เฟ็งอ้าง 12.

¹⁴ เฟ็งอ้าง 10.

ใช้ในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดและกรณีการตกลงร่วมกันอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยในบางสถานการณ์ การกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอาจสร้างความเสียหายให้กับการแข่งขันองค์กรซึ่งมีอำนาจกำกับการแข่งขันทางการค้าอาจกำหนดมาตรการเยียวยาสภาพการแข่งขันเพิ่มเติมนอกเหนือจากการสั่งให้หยุดการกระทำนั้น เช่น การปรับปรุงโครงสร้างราคา (Amendment to price structure) การให้คืนเงินส่วนเกิน (Rebate systems) การเปลี่ยนเงื่อนไขการขาย (Change to trading conditions) หรือการไม่ให้สิทธิในการเข้าถึงโครงสร้างพื้นฐานหรือทรัพย์สินทางปัญญา¹⁵

2.3 การใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง

เมื่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีการบังคับใช้กฎหมายโดยการออกคำสั่งไม่ว่าจะเป็นมาตรการโทษหรือมาตรการเยียวยา ย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่าการออกคำสั่งของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น การใช้อำนาจดังกล่าวก็ต้องเป็นไปตามกรอบและหลักเกณฑ์ของกฎหมายด้วย ในส่วนนี้จึงจะอธิบายหลักการใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง โดยเริ่มต้นจากความหมายและองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองก่อนเพื่อประกอบการวิเคราะห์สถานะของคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และจะอธิบายต่อไปในส่วนการพิจารณาทางปกครองโดยเฉพาะการเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนหรือสิทธิที่จะได้รับฟังของคู่กรณีเพื่อประกอบการวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ

2.3.1 ความหมายและองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง

ในระบบกฎหมายไทย ได้มีการกำหนดนิยามของคำสั่งทางปกครองในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมีสองความหมาย คือ ความหมายโดยแท้ของคำสั่งทางปกครอง และความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณี ๆ ไปในกฎกระทรวง¹⁶ กล่าวคือ ในส่วนที่เป็นความหมายโดยแท้ คำสั่งทางปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ ส่วนความหมายที่สองนั้น เป็นการกำหนดว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยการออกเป็นกฎกระทรวง ซึ่งเป็นไปเพื่อแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนในบางกรณีว่าคำสั่งที่ฝ่ายปกครองออกมานั้น เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่แม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะกำหนดความหมายของคำสั่งทางปกครองเอาไว้สองความหมาย แต่การจะพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครอง ไม่อาจถือเอาความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณีไปในกฎกระทรวงเป็นความหมายหลักของคำสั่งทางปกครองได้จึงต้องพิจารณาบทนิยามของคำสั่งทางปกครองในส่วนที่เป็นความหมายโดยแท้ ซึ่งอาจแบ่งแยกองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองออกมาได้ 5 ประการ ดังนี้¹⁷

(1) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งเป็นลักษณะของการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งโดยมีอำนาจที่เหนือกว่า ดังนั้น การกระทำซึ่งกระทำในแดนของกฎหมายเอกชนจึงไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครอง หรือหากการกระทำนั้นไม่ได้เป็นการใช้อำนาจในลักษณะที่เหนือกว่า แต่ต้องอาศัยความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายก็ไม่ใช่ลักษณะของคำสั่งทางปกครอง แต่อาจเป็นลักษณะของสัญญาทางปกครอง และนอกจากนั้นหาก

¹⁵ เฟิงอ้าง 11-12.

¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 1 นิตราษฏร์ 2554) 127.

¹⁷ เฟิงอ้าง 128-138.

อำนาจที่ใช้เป็นอำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจทางตุลาการ หรือการใช้อำนาจบริหารโดยแท้ หรือที่เรียกว่าอำนาจรัฐบาลก็ย่อมไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครองและไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง

(2) คำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ โดยจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง ดังนั้น เอกชนจึงไม่ใช่เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง เว้นแต่เอกชนได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจทางปกครองแทนรัฐ

(3) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์อันมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย ซึ่งเป็นการกระทำที่ทำให้มีผลเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง และก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมาย โดยก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ ดังนั้น การกระทำในทางกายภาพของเจ้าหน้าที่และไม่มุ่งต่อผลทางกฎหมาย แต่เป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุผลทางข้อเท็จจริงบางอย่าง ซึ่งเรียกว่าปฏิบัติการทางปกครอง จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น การประกาศแจ้งเตือน นอกจากนี้ การกระทำที่จะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองและก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมายจะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ดังนั้น มาตรการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง โดยยังไม่มีผลเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง ก็ยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น การมีหนังสือแจ้งให้มาสอบสัมภาษณ์ แต่หากมาตรการนั้นจะส่งผลในระดับที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในชั้นปลายได้ และดำรงอยู่โดยตัวของตัวเอง ก็จะมีผลเป็นคำสั่งทางปกครอง

(4) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่เกิดผลเฉพาะกรณี กล่าวคือ ผลของคำสั่งทางปกครองจะเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์หรือกำหนดกฎเกณฑ์ซึ่งมีผลกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้ แต่หากเป็นการมุ่งให้เกิดผลแก่บุคคลทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจง โดยไม่จำกัดจำนวน การกระทำนั้นจะไม่ใช่คำสั่งทางปกครองแต่เป็นการกระทำทางปกครองในรูปแบบของกฎ

(5) คำสั่งทางปกครองต้องมีผลโดยตรงออกไปนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งจะต้องเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่อยู่ภายนอกฝ่ายปกครอง ดังนั้น คำสั่งภายในฝ่ายปกครองที่เป็นการสั่งการของผู้บังคับบัญชาเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการ ย่อมไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีแม้จะเป็นคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชา ไม่ได้หมายความว่าจะเป็นคำสั่งภายในเสมอไป โดยหากเนื้อหาสาระสำคัญของคำสั่งนั้นกระทบกระเทือนถึงสิทธิหรือหน้าที่ในทางส่วนตัวของผู้ใต้บังคับบัญชา โดยไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรง คำสั่งนั้นก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง

2.3.2 การพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองโดยการเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน

สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนหรือสิทธิที่จะได้รับฟังของคู่กรณี¹⁸ เป็นสิทธิที่มีความสำคัญที่สุดในการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสิทธิที่จะได้รับฟังของคู่กรณีนั้น อาจมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยสิทธิที่จะได้รับการรับฟังถูกบัญญัติเป็นหลักการไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยการให้สิทธิแก่คู่กรณีที่จะได้รับฟังนั้น ประกอบไปด้วยสิทธิที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และสิทธิที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน โดยข้อเท็จจริงที่คู่กรณีจะต้องทราบอย่างเพียงพอที่จะสามารถโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานได้นั้น จะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญอันเป็นฐานในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองนั้น ดังนั้น ข้อเท็จจริงอื่นที่ไม่ใช่สาระสำคัญ เช่น ข้อเท็จจริงในเรื่องปลีกย่อย ก็ไม่จำเป็นต้องแจ้งข้อเท็จจริงนั้นให้คู่กรณีทราบ โดยเมื่อคู่กรณีได้รับทราบข้อเท็จจริงแล้ว ก็จำเป็นต้องให้คู่กรณีสามารถที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานได้ด้วย แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าคำสั่งทางปกครองทุกประเภทจะต้องให้คู่กรณีนั้นได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนในทุกกรณี โดยหากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

¹⁸ เพิ่งอ้าง 171-175.

ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่จะต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนจะต้องเป็นกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบสิทธิของคู่กรณี เช่น คำสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นการทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์แก่คู่กรณีหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ไม่จำเป็นต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง เช่น เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นกรณีกำหนดข้อยกเว้นไม่ต้องรับฟัง เนื่องจากหากจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนนั้นอาจจะทำให้เกิดความเสียหาย¹⁹

3. คำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวขององค์กรกับการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ

เมื่อได้อธิบายถึงหลักการพื้นฐานในการใช้อำนาจทางปกครองที่เป็นคำสั่งในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว ในส่วนนี้จะขออธิบายถึงการใช้อำนาจขององค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว ก่อนจะวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยในส่วนตัวไป

3.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถูกกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) โดยกำหนดให้มืองค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน คือ องค์กรป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์ หรือ Bundeskartellamt (BKartA) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระระดับสูงของสหพันธ์ ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงเศรษฐกิจและพลังงานของสหพันธ์ (Federal Ministry of Economics Affairs and Energy)²⁰ โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้าให้อำนาจองค์กรป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์ในการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบการซึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตลาด หรือการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า รวมถึงมาตรา 101 หรือ 102 ของสนธิสัญญาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of the European Union – TFEU) หยุดการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย²¹ โดยในคำสั่งดังกล่าวจะกำหนดมาตรการในลักษณะที่เป็นเชิงโครงสร้าง เช่น ออกคำสั่งให้ผู้ประกอบการต้องขายกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน หรือกำหนดมาตรการเชิงพฤติกรรม เช่น ให้ผู้ประกอบการทำการหรือหยุดการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ ซึ่งจะต้องได้สัดส่วนกับพฤติกรรมฝ่าฝืนและจำเป็นที่จะทำให้เกิดพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนนั้นสิ้นสุดลงอย่างมีประสิทธิภาพ²² แต่การจะกำหนดคำสั่งในลักษณะที่เป็นมาตรการเชิงโครงสร้างได้ จะต้องปรากฏว่าไม่มีมาตรการเชิงพฤติกรรมที่มีประสิทธิภาพเท่ากับมาตรการเชิงโครงสร้างสำหรับกรณีนั้นแล้ว หรือมาตรการเชิงพฤติกรรมนั้นสร้างภาระให้แก่ผู้รับคำสั่งมากกว่ามาตรการเชิงโครงสร้าง²³

¹⁹ ข้อยกเว้นในกรณีได้แก่ (1) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต่อล่าช้าออกไป (2) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ (3) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ (3) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง (4) กรณีอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง.

²⁰ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 51 (1).

²¹ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 32 (1).

²² รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 32 (2) ประโยคที่ 1.

²³ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 32 (2) ประโยคที่ 2.

ในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน กฎหมายได้ให้อำนาจองค์กรป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดมาตรการชั่วคราว (interim measures)²⁴ ได้ แต่คำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวเช่นว่านี้ จะต้องกำหนดระยะเวลาในการหยุดการกระทำนั้นไว้ ซึ่งสามารถขยายระยะเวลาในการสั่งให้หยุดการกระทำนั้นไว้ก็ได้ แต่รวมระยะเวลาแล้วต้องไม่เกิน 1 ปี²⁵ โดยในกฎหมายฉบับปัจจุบันได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติในส่วนของเงื่อนไขในการออกคำสั่งเพื่อกำหนดมาตรการชั่วคราวใหม่ เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเฉพาะกับรูปแบบการประกอบธุรกิจแบบดิจิทัล ซึ่งลดความเคร่งครัดของหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวลง และทำให้สามารถกำหนดมาตรการเพื่อปกป้องผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะได้ จากเดิมที่จะต้องเป็นกรณีเพื่อคุ้มครองการแข่งขันในภาพรวมของระบบธุรกิจนั้น ๆ²⁶ โดยหากมีการกระทำที่อาจเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 32 (1) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า²⁷ และพฤติกรรมนั้นมีแนวโน้มที่จะเป็นการฝ่าฝืนมากกว่าที่จะไม่เป็นการฝ่าฝืน องค์กรป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์จะมีอำนาจกำหนดมาตรการชั่วคราวที่จำเป็นเพื่อที่จะคุ้มครองการแข่งขันหรือคุ้มครองความเสียหายที่ร้ายแรงอันใกล้จะถึงต่อผู้ประกอบการอื่น แต่องค์กรป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์จะไม่สามารถออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ หากผู้ประกอบการที่เป็นคู่กรณีในการออกคำสั่งนั้นแสดงให้เห็นอย่างมีน้ำหนักว่าคำสั่งดังกล่าวนั้น จะก่อให้เกิดภาระหนักเกินควรอย่างไม่เป็นธรรมกับตนเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับสาธารณะ²⁸ ทั้งนี้ หากผู้ประกอบการที่ได้รับคำสั่งดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามคำสั่งขององค์กรป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์ การฝ่าฝืนนั้นจะเป็นความผิดต่อกฎหมาย²⁹ ซึ่งมีโทษปรับทางปกครอง

ภายหลังจากปรับปรุงหลักเกณฑ์ดังกล่าวองค์กรป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์ยังไม่เคยใช้อำนาจกำหนดมาตรการชั่วคราว แต่เคยเริ่มกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวต่อบริษัท Lufthansa ซึ่งอาจมีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ โดยบริษัท Lufthansa มีอำนาจเหนือตลาดให้บริการเที่ยวบินต่อ³⁰ (Feeder Flight) โดยมีสัญญาให้บริการเที่ยวบินต่อให้แก่บริษัท Condor ซึ่งประกอบธุรกิจให้บริการเที่ยวบินระยะไกล โดยต้องพึ่งพาการให้บริการเที่ยวบินต่อของ Lufthansa ในการรับผู้โดยสารจากสนามบินอื่น ๆ มาয়งสนามบินหลักของบริษัท Condor แต่มีการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่น การจำกัดการเข้าไปจองที่นั่งการเลือกปฏิบัติในการได้รับจำนวนที่นั่งในเที่ยวบินต่อ รวมถึงทางเลือกในด้านราคา โดยที่บริษัท Condor ไม่มีทางเลือกอื่นที่จะสามารถรับผู้โดยสารจากสนามบินอื่นมายังสนามบินของตนเองจะประกอบธุรกิจให้บริการเที่ยวบินระยะไกลได้³¹ แต่ภายหลังจากที่องค์กรป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์พิจารณารณคดีดังกล่าว บริษัท Lufthansa ได้ระงับการมีผลของสัญญาดังกล่าวซึ่งจะมีผลในวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2021 ออกไปเป็นวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 2022 กรณีจึงไม่มีความจำเป็นจะต้องออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว องค์กรป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์จึงเริ่ม

²⁴ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 32a

²⁵ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 32a (2).

²⁶ Bundeskartellamt, Bundeskartellamt Annual Report 2020/21 15, 17 <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Jahresbericht/Jahresbericht_2020-2021.pdf?__blob=publicationFile&v=2> สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2565.

²⁷ การใช้อำนาจตลาด หรือการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า รวมถึงมาตรา 101 หรือ 102 ของสนธิสัญญาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของสหภาพยุโรป.

²⁸ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 32a.

²⁹ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 81 (2) 2. a).

³⁰ หมายถึง เที่ยวบินที่รับผู้โดยสารไปยังท่าอากาศยานหลักเพื่อต่อเที่ยวบินระยะไกล.

³¹ Bundeskartellamt, 'Bundeskartellamt preliminarily objects to Lufthansa's impediment of Condor in the long-haulbusiness' (Press release, 8 February 2022)<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2022/08_02_2022_LH_Condor_Abmahnung.pdf?__blob=publicationFile&v=2> สืบค้นเมื่อ 30 สิงหาคม 2565.

กระบวนการพิจารณาหลักเพื่อออกคำสั่งที่ให้การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหยุดลงแทน และต่อมาในวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 2022 องค์การป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์ ได้ออกคำสั่งทางปกครองให้การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหยุดลงและกำหนดเงื่อนไขให้บริษัท Condor เข้าถึงการให้บริการเที่ยวบินต่อได้ โดยให้สิทธิในการจองที่นั่งเพิ่มเติม และไม่จำกัดสิทธิเมื่อเที่ยวบินต่อนั้นยังมีที่ว่าง รวมถึงห้ามไม่ให้บริษัท Lufthansa กำหนดข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่เป็นทางเลือกปฏิบัติด้านราคา³²

ในส่วนกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง การออกคำสั่งขององค์การป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์ คือกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่เพื่อออกคำสั่งทางปกครอง จึงถูกบังคับโดยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ หรือ *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)* อย่างไรก็ตามในรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ได้กำหนดกระบวนการพิจารณาสำหรับออกคำสั่งไว้โดยเฉพาะด้วย³³ โดยได้รับรองสิทธิในการที่จะได้รับฟัง (*Stellungnahmerecht*) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง โดยบังคับให้องค์การป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์จะต้องเปิดโอกาสในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานให้แก่คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งองค์การป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์อาจให้มีการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานด้วยวาจาก็ได้ ถ้ามีพฤติการณ์พิเศษในกรณีนั้น³⁴ นอกจากนี้ยังให้อำนาจองค์การป้องกันการผูกขาดแห่งสหพันธ์จัดให้มีการรับฟังความเห็นจากสาธารณชน (*public hearing*)³⁵ หรือโดยคำร้องขอจากคู่กรณีก็ได้ ซึ่งกรณีการให้สิทธิในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานดังกล่าวมีข้อสังเกตว่า การปรับใช้บทบัญญัติในเรื่องการเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานนั้น บังคับใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในทุกกรณี ซึ่งรวมไปถึงการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวด้วย เนื่องจากเป็นบทบัญญัติเฉพาะที่จะต้องมีการเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในทุกกรณี³⁶

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น มีองค์การกำกับการแข่งขันทางการค้าอยู่ 2 องค์การ คือ แผนกป้องกันการผูกขาดของกระทรวงยุติธรรม (*Antitrust Division*) และคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (*Federal Trade Commission*) แต่องค์การที่มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยสามารถออกคำสั่งซึ่งเป็นการวินิจฉัยหรือตัดสินคดีเหมือนศาล ออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าคือคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ³⁷ ซึ่งคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐมีอำนาจในการออกคำสั่งให้หยุด ระวังการกระทำ ตามมาตรา 5 ของ *The Federal Trade Commission Act 1914* เมื่อปรากฏว่า “มีวิธีการดำเนินการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม” โดยสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อเยียวยาทั้งในรูปแบบการเยียวยาเชิงโครงสร้างและการเยียวยาเชิงพฤติกรรม

³² Bundeskartellamt , ‘Lufthansa impedes Condor in competition for long-haul flights – Bundeskartellamt secures access to feeder flights’ (Press release, 1 September 2022)
<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2022/01_09_2022_LH_Condor.pdf ?__blob=publicationFile&v=2 >สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2565

³³ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 54 ถึง 62.

³⁴ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 56 (1) ประโยคที่ 3.

³⁵ รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า มาตรา 56 (7).

³⁶ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวรัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้ากำหนดกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองไว้โดยเฉพาะแล้ว และมีมาตรฐานที่สูงกว่ากรณีที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ จึงไม่อาจนำข้อยกเว้นของการไม่รับฟังคู่กรณี เช่น จะมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหากมีการรับฟังคู่กรณีก่อน ตามมาตรา 28 (2) แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่มาใช้กับกรณีนี้ได้.

³⁷ วรานนท์ อมรธำรง, ‘การศึกษาเปรียบเทียบการบริหารและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2547) 69-70.

โดยการเยียวยาในเชิงพฤติกรรม³⁸ โดยนอกจากจะมีการออกคำสั่งให้หยุดหรือระงับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืน ณ ขณะนั้นแล้ว ยังรวมไปถึงการออกคำสั่งให้ต้องทำการบางอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปเพื่อป้องกันและเยียวยาผลกระทบจากการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าด้วย³⁹ แต่ในส่วนการออกคำสั่งที่เป็นการกำหนดมาตรการชั่วคราว (preliminary injunction) ขณะที่อยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งเช่นว่านั้นด้วยตนเอง แต่คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐอาจร้องขอต่อศาลชั้นต้นสหรัฐ เพื่อออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว เพื่อระงับหรือหยุดการกระทำใด ๆ อันอาจฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไว้ก่อนในขณะที่ยังอยู่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ การพิจารณาของศาลชั้นต้นสหรัฐเพื่อออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้นเป็นกระบวนการทั่วไปในระบบศาลของสหรัฐอเมริกา ซึ่งโดยปกติศาลชั้นต้นสหรัฐจะพิจารณาจาก 4 ปัจจัย คือ (1) ความเป็นไปได้ที่คำสั่งสุดท้ายจะเป็นคุณแก่ผู้ร้อง (2) ความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้หากไม่มีการออกคำสั่ง (3) ความได้สัดส่วนกันระหว่างความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้ของผู้ร้องและผู้ถูกร้อง และ (4) ผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ แต่อย่างไรก็ตามหากการร้องขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นการร้องขอจากคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ ศาลชั้นต้นจะพิจารณาปัจจัยดังกล่าวแตกต่างจากกรณีปกติ กล่าวคือ จะชั่งน้ำหนักความได้สัดส่วนระหว่างความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้ของผู้ร้องและผู้ถูกร้องและพิจารณาความเป็นไปได้ที่คำสั่งสุดท้ายจะเป็นคุณแก่ผู้ร้อง ซึ่งโดยทั่วไปหากศาลชั้นต้นสหรัฐเห็นว่าคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐจะสามารถออกคำสั่งสุดท้ายได้ ศาลชั้นต้นสหรัฐจะสันนิษฐานว่ามีความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้หากไม่มีการออกคำสั่ง และเรื่องดังกล่าวมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากบทบาทของคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนในกรณีการชั่งน้ำหนักความได้สัดส่วน โดยปกติแล้วศาลชั้นต้นสหรัฐก็จะพิจารณาให้ประโยชน์ของคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ของเอกชน⁴⁰

3.3 ประเทศฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Code de commerce) โดยมีองค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศส หรือ Autorité de la concurrence ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสทำหน้าที่ในการกำกับการแข่งขันทางการค้า⁴¹ โดยกฎหมายให้อำนาจองค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสในการออกคำสั่งหยุดและระงับการกระทำกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา L.420 -1 ถึง L.420-2-2 และ L. 420-5 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ โดยกำหนดระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรืออาจกำหนดมาตรการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงซึ่งอาจเป็นได้ทั้งมาตรการในเชิงโครงสร้างหรือมาตรการในเชิงพฤติกรรมที่ได้สัดส่วนกับสภาพ ลักษณะของพฤติกรรม และจำเป็นสำหรับการทำให้พฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าสิ้นสุดลง⁴² นอกจากนี้ องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสยังมีอำนาจออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว (les mesures conservatoires) ได้เมื่อปรากฏเหตุว่า พฤติกรรมที่อาจจะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้น เป็นกรณีฉุกเฉินซึ่งใกล้ชิดที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม ระบบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ผลประโยชน์ของ

³⁸ OECD , REMEDIES AND SANCTIONS IN ABUSE OF DOMINANCE CASES DAF/COMP(2006)19,15 MAY 2007 173 <<https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2563.

³⁹ เพิ่งอ้าง 174 – 175.

⁴⁰ OECD , Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement Interim Measures in Antitrust Investigations – Note by the United States 21 June 2022 DAF/COMP/WP3/WD(2022)12,2- 4<[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2022\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2022)12/en/pdf)> สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2565.

⁴¹ ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L.464-1.

⁴² ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L.464-2 I.

ผู้บริโภคร หรือผู้ประกอบการที่มีค่าขอ⁴³ ซึ่งหากมีการร้องขอให้องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว การร้องขอดังกล่าวจะต้องร้องขอควบคู่และเป็นมาตรการเสริมไปกับการขอให้ออกคำสั่งที่เป็นการวินิจฉัยตัดสินคดี กล่าวคือ เพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่จะมีการออกคำสั่งให้หยุดและระงับการกระทำหรือออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง⁴⁴ และหากผู้ประกอบการซึ่งได้รับคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสมีอำนาจในการออกคำสั่งปรับรายวันในอัตราไม่เกินร้อยละ 5 ของรายได้รวมเฉลี่ยต่อวันทั่วโลกของผู้ประกอบการนั้น ตามจำนวนวันที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม⁴⁵ และเพื่อให้องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสแน่ใจว่าจะมีการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ในบางกรณีอาจมีคำสั่งให้คุ้มครองที่รับคำสั่งดังกล่าวนั้นส่งรายงานการปฏิบัติตามคำสั่งเป็นระยะจนกว่าจะมีการเผยแพร่คำวินิจฉัยสุดท้าย⁴⁶

การใช้อำนาจขององค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสตามมาตรานี้มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา (Cour de cassation) วางแนววินิจฉัยไว้นอกเหนือจากที่บทบัญญัติในกฎหมายด้วย กล่าวคือ ในการพิจารณาคำร้องขอให้องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสพิจารณาออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว ก็ต่อเมื่อพฤติกรรมนั้น “มีแนวโน้ม” ที่จะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ต่ำกว่ามาตรฐานในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวของสหภาพยุโรปที่กำหนดให้การออกคำสั่งในลักษณะนี้ที่จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีหลักฐานซึ่งมีมูล (Prima Facie) อันควรเชื่อว่าการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว⁴⁷ โดยเมื่อได้รับคำร้องแล้ว องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศส จะต้องพิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริงเสียก่อนว่า มีพฤติกรรมดังกล่าวเกิดขึ้นจริงตามคำร้องหรือไม่ หากไม่มีหลักฐานที่เพียงพอว่ามีพฤติกรรมดังกล่าว องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสจะต้องยกคำร้องดังกล่าวทันทีโดยไม่ต้องวินิจฉัยในประเด็นอื่นเลย นอกจากนี้พฤติกรรมดังกล่าวตามคำร้องนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นผลโดยตรง (the direct and certain cause) ที่ทำให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงและใกล้ถึงต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม ระบบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ผลประโยชน์ของผู้บริโภค หรือผู้ประกอบการที่มีค่าขอด้วย⁴⁸ ส่วนเนื้อหาของคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้น องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศส จะต้องกำหนดโดยคำนึงถึงหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน ประกอบกับความร้ายแรงและจำเป็นเร่งด่วนของพฤติกรรมที่จะทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน⁴⁹ โดยอาจกำหนดให้มีการระงับพฤติกรรมที่อยู่ระหว่างการพิจารณารวมถึงกำหนดให้คุ้มครองกลับสู่สถานะเดิมก่อนที่จะมีพฤติกรรมนั้น และคำสั่งดังกล่าวถูกจำกัดอยู่ในขอบเขตเพื่อแก้ไขหรือเยียวยาความเสียหายที่จำเป็นเร่งด่วน ณ ขณะนั้น⁵⁰ อย่างไรก็ตามมาตรการที่กำหนดในบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวนั้น เป็นเพียงแต่ตัวอย่างของมาตรการที่องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสมีอำนาจกำหนดเท่านั้น โดยองค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสมีดุลพินิจโดยอิสระที่จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับพฤติกรรมเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยไม่ผูกพันอยู่เพียงแต่มาตรการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย⁵¹ และแม้ว่ามาตรการนั้นจะทำให้เกิดผลกระทบที่ไม่อาจเยียวยาหรือแก้ไขให้

⁴³ Alec J. Burnside and Adam Kidane, ‘Interim Measures: An overview of EU and national case law’ (Concurrences Antitrust Publication & Events , 7 June 2018) 6 <https://www.concurrences.com/IMG/pdf/alec_j_burnside_adam_kidane_interim_measures_an_overview_of_eu_and_national_case_law.pdf?42067/88ef3e2932cc547cc56d9630b273aca4582c3a7a > สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2563.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา R.464-1.

⁴⁵ ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L.464-2 II b).

⁴⁶ OECD , Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement Interim Measures in Antitrust Investigations – Note by France 21 June 20 DAF/COMP/WP3/WD(2022)5 8. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2022\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2022)5/en/pdf)> สืบค้นเมื่อวันที่ 16 กันยายน 2565

⁴⁷ Alec J. Burnside and Adam Kidane (เชิงอรรถที่ 43) 7.

⁴⁸ OECD (เชิงอรรถ 46) 3.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง 7.

⁵⁰ ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L. 464-1 วรรคสาม.

⁵¹ OECD (เชิงอรรถ 46) 4-5.

กลับคืนมาได้ก็ตาม องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสมีดุลพินิจที่จะกำหนดได้ หากปรากฏว่ามาตรการนั้นมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนที่จะต้องกระทำ โดยไม่มีมาตรการอื่นที่จะมาบังคับใช้ได้แล้ว⁵²

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2017 เป็นต้นมา องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสได้ยกคำร้องขอกำหนดมาตรการชั่วคราวเป็นจำนวนถึง 20 คำร้อง โดยมีการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวเพียง 2 คำสั่ง ซึ่งสาเหตุส่วนใหญ่ของการยกคำร้องเกิดจากที่พยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะรับฟังได้ว่ามีพฤติกรรมดังกล่าวเกิดขึ้น⁵³ และในบางกรณีเกิดจากการที่องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสพิจารณาแล้วว่า พฤติกรรมดังกล่าวนั้นยังไม่ใช่กรณีที่จะทำให้ผู้ร้องได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง และเป็นกรณีฉุกเฉินใกล้ขีดที่จะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสจึงยกคำร้องขอกำหนดมาตรการชั่วคราว เช่น ในตลาดธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย ผู้ร้องซึ่งเป็นสำนักงานกฎหมาย ชื่อ AGN Avocats ร้องขอให้กำหนดมาตรการชั่วคราว เนื่องจากถูกสมาคมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแห่งเมืองตูลูส (Toulouse Bar Association Council) ปฏิเสธไม่ให้เข้าร่วมสมาคมดังกล่าว ซึ่งเป็น การจำกัดการเข้าถึงตลาดการให้บริการทางกฎหมาย แต่ในระหว่างการพิจารณาได้มีการรับให้สำนักงานกฎหมายเป็นสมาชิกของสมาคมดังกล่าวและสามารถดำเนินกิจการได้แล้ว⁵⁴ หรือในกรณีในตลาดธุรกิจผลิตกระแสไฟฟ้าซึ่งผู้ร้องอ้างว่า บริษัทคู่แข่งมีพฤติกรรมกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing) แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ร้องเป็นผู้ชนะการประมูลเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าผู้ร้องจึงยังไม่ได้อยู่ในสถานการณ์วิกฤติซึ่งมีแนวโน้มจะถูกกำจัดออกจากตลาดดังกล่าว และยังคงประกอบธุรกิจได้อยู่⁵⁵ หรือในกรณีในตลาดธุรกิจโฆษณาการรับรองเอกสารหรือจดทะเบียนทรัพย์สิน ซึ่งผู้ร้องถูกตัดออกจากการเชื่อมต่อไปยังเว็บไซต์โฆษณาดังกล่าว แต่การถูกตัดขาดนั้นเกิดจากการที่ผู้ร้องไม่ปรับปรุงระบบของตนเองเพื่อให้สามารถเชื่อมต่อกับเว็บไซต์โฆษณาดังกล่าวได้⁵⁶

ในส่วนกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งการออกคำสั่ง องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสจะต้องให้ คู่กรณีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนก่อน โดยการให้สิทธิดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่งกำหนด มาตรการชั่วคราว กล่าวคือ องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสจะออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ก็ ต่อเมื่อมีการรับฟังคู่กรณีที่เกี่ยวข้องโดยกรรมการผู้รับผิดชอบสำนวนในองค์คณะกำกับการแข่งขันทางการค้า (Commissaire du Gouvernement) แล้ว⁵⁷

4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การกำหนดมาตรการชั่วคราวในกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น เป็นเครื่องมือสำคัญในการบังคับใช้กฎหมาย การแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีลักษณะช่วยอุดช่องว่างของกระบวนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ แม้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อกำหนดมาตรการเยียวยาจากการที่ ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในลักษณะที่เป็นคำสั่งสุดท้ายที่สั่งให้ระงับ หยุดแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้วก็ตาม แต่การพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเช่น วนั้น ก็ย่อมจะต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณา ซึ่งอาจทำให้สภาพการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ได้รับผลกระทบ รวมทั้ง ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้นอาจประสบภาวะขาด

⁵² Alec J. Burnside and Adam Kidane (เชิงอรรถ 43) 7.

⁵³ เพิ่งอ้าง 3.

⁵⁴ Decision 18-D-12 ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2561 อ้างถึงใน OECD (เชิงอรรถ 46) 4.

⁵⁵ Decision 21-D-03 ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2564 อ้างถึงใน OECD (เชิงอรรถ 46) 4.

⁵⁶ Decision 21-D-15 ลงวันที่ 24 มิถุนายน 2564 อ้างถึงใน OECD (เชิงอรรถ 46) 4.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L.464-1. วรรคหนึ่ง.

สภาพคล่องหรือขาดทุนจนสูญเสียศักยภาพหรืออำนาจต่อรองในการประกอบธุรกิจ หรือบางกรณีอาจไม่สามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้เลย ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการกำหนดมาตรการชั่วคราวเพื่อเยียวยาสภาพการแข่งขันไว้ก่อน ในระหว่างที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำลังเตรียมการเพื่อวินิจฉัยพฤติกรรมว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ และออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นคำสั่งสุดท้ายออกมา โดยอาจแบ่งการวิเคราะห์ออกได้เป็น 2 ประเด็นดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจออกคำสั่งที่เป็นการกำหนดมาตรการชั่วคราวในระบบกฎหมายไทยแล้วนั้น จะพบบทบัญญัติที่มีลักษณะใกล้เคียงกับหลักการดังกล่าวในมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560⁵⁸ ซึ่งกำหนดองค์ประกอบส่วนเหตุในการใช้อำนาจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่า “...มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้ประกอบการจะฝ่าฝืนหรือฝ่าฝืน...ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นได้” ซึ่งหากพิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวเปรียบเทียบกับมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะพบถ้อยคำที่ถูกปรับปรุงจาก “เห็นว่า...ฝ่าฝืน” เป็น “...มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าฝ่าฝืน หรือจะฝ่าฝืน...” ซึ่งทำให้เกิดการตีความว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจออกคำสั่งที่เป็นการกำหนดมาตรการชั่วคราว หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามี “หลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า” มีการฝ่าฝืนหรือจะฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเดิมที่ใช้คำว่า “เห็นว่า” อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเหตุผลและหลักการในขั้นตอนการปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะพบว่า มีการเสนอปรับปรุงกฎหมายโดยคณะกรรมการปฏิรูปการเกษตร อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การท่องเที่ยวและบริการ⁵⁹ ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจออกคำสั่งให้ระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำที่ “อาจเข้าข่าย” ละเมิดบทบัญญัติในกฎหมาย เพื่อให้สามารถระงับยับยั้งพฤติกรรมได้ทันทั่วทั้งที่ โดยยกร่างบทบัญญัติดังกล่าวโดยปรับถ้อยคำจากคำว่า “เห็นว่า...ฝ่าฝืน” เป็น “เห็นว่า...อาจฝ่าฝืน” ซึ่งพอที่จะเห็นได้ถึงแนวคิดในการให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกคำสั่ง ทั้งกรณีที่ยังไม่มีการฝ่าฝืนกฎหมายแต่กำลังจะฝ่าฝืน และกรณีที่มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายแล้วแต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่อาจพิสูจน์ได้แน่ชัดว่ามีการฝ่าฝืนหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการยับยั้งพฤติกรรมการค้าที่ผิดกฎหมายได้อย่างทันทั่วทั้งที่และมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นหลักการของคำสั่งที่เป็นการกำหนดมาตรการชั่วคราว แต่เมื่อมีการพิจารณาต่อมา ปรากฏว่าได้มีการปรับปรุงร่างกฎหมายเพื่อเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ณ ขณะนั้นพิจารณาโดยปรีชองค์ประกอบส่วนเหตุในการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จาก “...เห็นว่าฝ่าฝืน...” เป็น “...มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าฝ่าฝืน หรือ จะฝ่าฝืน...” จึงพอจะเห็น

⁵⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

มาตรา 60 “ในกรณีที่คณะกรรมการมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้ประกอบการจะฝ่าฝืนหรือ จะฝ่าฝืนมาตรา 50 มาตรา 51 วรรคสอง มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 57 หรือมาตรา 58 ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติตามที่คณะกรรมการกำหนด

การออกคำสั่งตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการอาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้

ผู้ประกอบการซึ่งได้รับแจ้งคำสั่งตามวรรคหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง”

⁵⁹ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา , เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ) , บรรจระบุเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 71/2559 วันศุกร์ที่ 11 พฤศจิกายน 2559 71.

เจตนารมณ์ในการปรับปรุงที่เพียงแต่ขยายขอบเขตให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจมากขึ้น โดยสามารถออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระวัง หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำที่ผิดที่มีการฝ่าฝืน และจะฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหากปรากฏว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีหลักฐานอันควรเชื่อได้สำหรับกรณีนั้นเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับข้อมูลที่ปรากฏในชั้นคณะกรรมการพิจารณาวิสามัญร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีขอบเขตแต่เพียงกรณีของผู้ประกอบธุรกิจจะกระทำความผิด แต่ยังไม่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น โดยให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าออกคำสั่งให้ระวัง หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นก่อนเพื่อระงับความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นเท่านั้น⁶⁰ ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวประกอบกับเจตนารมณ์ในชั้นการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ย่อมแสดงให้เห็นว่าการปรับปรุงแก้ไขดังกล่าวนี้ เป็นแต่เพียงขยายขอบเขตอำนาจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้สามารถออกคำสั่งได้ในกรณีที่ยังไม่มีการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่กำลังจะมีการฝ่าฝืนเท่านั้น โดยไม่อาจตีความถ้อยคำดังกล่าวว่า กฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกคำสั่งที่เป็นการกำหนดมาตรการชั่วคราวซึ่งมีหลักการและแนวคิดที่จะให้องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าออกคำสั่งในขณะที่ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องออกคำสั่งไว้ก่อนเป็นการชั่วคราวได้ ดังนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกคำสั่งให้ระวัง หยุด แก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำที่เป็นการกำหนดมาตรการชั่วคราวได้

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลักการและแนวคิดในการกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจกำหนดมาตรการชั่วคราวแล้ว ย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่ากรณีดังกล่าวมีความจำเป็นและจะส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุดังประสงค์ในการป้องกันการผูกขาดและพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันนั้นได้ก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นสามารถระงับยับยั้งพฤติกรรมได้ทันทั่วทั้ง อีกทั้งยังเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับสภาพการณ์ของการประกอบธุรกิจในปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วจากการเข้ามามีบทบาทอย่างมากของเทคโนโลยีต่าง ๆ ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า โดยหากพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบแล้ว การใช้อำนาจขององค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าในการออกคำสั่งลักษณะกำหนดมาตรการชั่วคราว จะกำหนดมาตรฐานการพิสูจน์ที่ต่ำกว่ากรณีการออกคำสั่งสุดท้ายที่สั่งให้ระวัง หยุด แก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือในขั้นตอนการวินิจฉัยว่าผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ กล่าวคือ องค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าสามารถกำหนดมาตรการเพื่อกำกับดูแลและคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าได้แม้พฤติกรรมดังกล่าวนี้เพียงแต่อาจฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่การใช้อำนาจขององค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าหรือคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในลักษณะเช่นนี้ ย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่าคำสั่งดังกล่าวมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ประกอบธุรกิจโดยตรงและรุนแรง อีกทั้งการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งในลักษณะนี้โดยสภาพเป็นการออกคำสั่งก่อนที่จะมีคำสั่งสุดท้ายหรือคำวินิจฉัยสุดท้ายออกมา การรับฟังพยานหลักฐาน รวมถึงการเปิดโอกาสให้คัดค้านและโต้แย้งของคู่กรณีที่ได้รับคำสั่งทางปกครองย่อมต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่จำกัด ประกอบกับการมีมาตรฐานในการพิสูจน์ที่ต่ำกว่าการพิจารณาปกติ ซึ่งเมื่อพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ โดยหลักการแล้วกฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขหรือองค์ประกอบส่วนเหตุในการพิจารณา กำหนดมาตรการชั่วคราวว่าต้องเป็นกรณีที่พฤติกรรมที่ฝ่าฝืนดังกล่าวนี้ส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรง และเป็นเรื่องฉุกเฉินเร่งด่วนที่จะส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม ระบบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ประโยชน์ของผู้บริโภค หรือผู้ประกอบธุรกิจอื่น ซึ่งตัวอย่างในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หากองค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสเห็นว่าข้อเท็จจริงนั้นยังรับฟังไม่ได้ว่ามีการกระทำที่เป็นฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือข้อเท็จจริงที่รับฟังนั้นไม่ต้องด้วยเงื่อนไขของกฎหมาย กล่าวคือ

⁶⁰ คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ., บันทึกการประชุม ครั้งที่ 12 8.

พฤติกรรมดังกล่าวยังไม่ส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรง และจำเป็นเร่งด่วนใกล้ชิดต่อความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้น องค์การกำกับการแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศสจะปฏิเสธไม่ออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้น แต่การปฏิเสธดังกล่าวไม่ตัดอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำวินิจฉัยสุดท้ายต่อไป

ดังนั้น เงื่อนไขการใช้อำนาจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว จึงอาจจะพอกำหนดได้โดยนำหลักการและแนวทางของกฎหมายต่างประเทศมาพิจารณา โดยควรกำหนดองค์ประกอบส่วนเหตุของการใช้อำนาจและมาตรฐานการพิสูจน์เพื่อออกคำสั่งในลักษณะดังกล่าว เฉพาะกรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วนที่หากไม่มีการออกคำสั่งดังกล่าวจะทำให้ส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม ระบบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ประโยชน์ของผู้บริโภค หรือผู้ประกอบการอื่น โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานในการพิสูจน์จนแน่ชัดว่าผู้ประกอบการมีการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในมาตรฐานการพิสูจน์เดียวกันกับการออกคำสั่งที่เป็นคำสั่งสุดท้ายหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่ต้องมีพยานหลักฐานตามสมควรว่ามีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ส่วนเนื้อหาของคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้น เมื่อพิจารณาจากรูปแบบพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน รวมถึงขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย มีการบังคับใช้กับธุรกิจหลากหลายประเภทและมีรูปแบบการประกอบธุรกิจที่มีความหลากหลายอย่างมาก การกำหนดเนื้อหาของมาตรการที่ชัดเจนแน่นอนลงไปนั้นย่อมกระทำได้อย่างยากและอาจเป็นกรณีที่ไม้อาจจะกำหนดได้เลย จึงจำเป็นที่จะต้องปล่อยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีดุลพินิจในการกำหนดเนื้อหาของคำสั่งดังกล่าวให้เหมาะสมกับพฤติกรรมที่เกิดขึ้น ในลักษณะเดียวกันกับคำสั่งที่เป็นคำสั่งสุดท้ายหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า คือ ให้ผู้ประกอบการระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำรวมทั้งกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ส่วนเนื้อหาของมาตรการดังกล่าวที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะกำหนดก็จะต้องมีลักษณะเป็นมาตรการที่จำเป็นตามสมควรเพื่อที่จะแก้ไขเยียวยาในกรณีจำเป็นเร่งด่วน เพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อสภาพการแข่งขัน ระบบเศรษฐกิจโดยรวม ระบบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ประโยชน์ของผู้บริโภค หรือผู้ประกอบการอื่นด้วย ดังนั้น หากมาตรการที่กำหนดนั้นไม่ได้มีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนเพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามุ่งคุ้มครองนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงไม่ควรที่จะพิจารณาใช้อำนาจกำหนดมาตรการชั่วคราว แต่ควรพิจารณากรณีดังกล่าวนี้ตามกระบวนการพิจารณาเพื่อมีคำวินิจฉัยและออกคำสั่งทางปกครองในฐานะคำสั่งสุดท้ายแทน ซึ่งการออกคำสั่งซึ่งมีลักษณะเป็นคำสั่งสุดท้าย มีวัตถุประสงค์กำหนดมาตรการเยียวยาจากพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันได้ในทุกกรณีที่สภาพของเรื่องดังกล่าวนี้เปิดช่องให้กระทำ โดยไม่จำเป็นต้องนำเงื่อนไขเกี่ยวกับความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงมาพิจารณา และโดยสภาพของคำสั่งที่เป็นมาตรการชั่วคราว ซึ่งเป็นคำสั่งที่ออกในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำสั่งสุดท้ายหรือมีคำวินิจฉัยในกรณีนั้น ๆ แล้ว คำสั่งที่เป็นมาตรการชั่วคราวย่อมสิ้นสุดลง

4.2 ปัญหาการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว

หากพิจารณาช่วงเวลาในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว จะมีการออกคำสั่งในขณะที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอยู่ระหว่างพิจารณาทางปกครองเพื่อวินิจฉัยว่าการกระทำนั้น ๆ ว่าฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่เพื่อออกคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองต่อไป ดังนั้น คำสั่งในลักษณะดังกล่าวย่อมมีสถานะเป็นคำสั่งในระหว่างพิจารณาเพื่อวินิจฉัยพฤติกรรมของผู้ประกอบการ ซึ่งโดยหลักแล้วคำสั่งในลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนในการเตรียมเพื่อออกคำสั่งทางปกครองจะยังไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีจะมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านคำสั่งดังกล่าวได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงสภาพและเนื้อหาของคำสั่งกำหนด

มาตรการชั่วคราวนั้นแล้ว คำสั่งดังกล่าวมีผลเป็นการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อเยียวยาสภาพการแข่งขันตามความจำเป็นและเหมาะสมในแต่ละกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจรอให้กระบวนการพิจารณาเพื่อมีคำวินิจฉัยสุดท้ายออกมาได้ เนื่องจากอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อสภาพการแข่งขันจนไม่อาจเยียวยาแก้ไขกลับมาได้อีก และในบางกรณีก็อาจมีเนื้อหาเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งสุดท้ายที่กำหนดพร้อมกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ ดังนั้น การออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวดังกล่าวจึงมีผลในระดับที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในชั้นปลายได้และดำรงอยู่โดยตัวของตัวเอง และมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถถูกโต้แย้งได้ทันที

เมื่อคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวดังกล่าวมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาออกคำสั่งโดยเฉพาะการให้สิทธิคุ้มครองโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานนั้นจึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีจึงมีปัญหาต้องวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายกลางในการพิจารณาเรื่องทางปกครองมาใช้บังคับกับการพิจารณาออกคำสั่งดังกล่าว โดยหากพิจารณาหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้สิทธิคุ้มครองโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นจะไม่พบหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าว ซึ่งแม้ว่าในระยะเป็ยบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขและระยะเวลาในการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำตามมาตรา 60 พ.ศ. 2562 จะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้⁶¹ แต่ก็ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องรับฟังไว้เช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ทั่วไปในมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งลักษณะของการออกคำสั่งที่เป็นการกำหนดมาตรการชั่วคราว คำสั่งดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งที่ออกในกรณีจำเป็นเร่งด่วนโดยสภาพและย่อมมีเหตุตามข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องจัดให้มีการรับฟังในทุกกรณี กล่าวคือเป็นกรณีเมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การพิจารณาออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำในลักษณะที่เป็นคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวจึงไม่จำเป็นต้องจัดให้มีการรับฟังคุ้มครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด และหากกรณีความจำเป็นเร่งด่วนนั้นถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น กระทบต่อระบบเศรษฐกิจ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 วรรคสามกำหนดข้อยกเว้นถึงขนาดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจัดให้มีการรับฟังคุ้มครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณากฎหมายเปรียบเทียบและลักษณะของคำสั่งให้ระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำ การปรับข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมาย รวมไปถึงผลของคำสั่งดังกล่าวแล้วจะพบว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยในส่วนถ้อยคำอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุในการออกคำสั่ง กล่าวคือ การวินิจฉัยถึงพฤติการณ์อันเป็นการ

⁶¹ ระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขและระยะเวลาในการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำตามมาตรา 60 พ.ศ. 2562

“ข้อ 7 ในขั้นตอนการพิจารณาตามข้อ 6 คณะกรรมการต้องให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะได้รับแจ้งคำสั่งมีโอกาสดังกล่าวได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้เว้นแต่คณะกรรมการจะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คุ้มครองตนเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ห้ามมิให้คณะกรรมการให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ”

จำกัดการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งการพิจารณาวินิจฉัยนั้นจะต้องอาศัยข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี รวมไปถึงสภาพลักษณะของการดำเนินธุรกิจในแต่ละประเภทมาพิจารณาประกอบด้วย นอกจากนี้การวินิจฉัยดังกล่าวจะต้องใช้ความเชี่ยวชาญและเทคนิคเฉพาะทางในการปรับใช้กฎหมาย อีกทั้งคำสั่งดังกล่าวนี้มีผลให้ผู้ประกอบธุรกิจอาจถูกระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำ อันเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการประกอบธุรกิจของผู้รับคำสั่ง ดังนั้น การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองกำหนดมาตรการชั่วคราวจึงไม่สมควรที่จะใช้ข้อยกเว้นที่ไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรจะต้องจัดให้คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองมีโอกาสที่จะได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนเสมอ

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในมาตรการเยียวยาโดยการออกคำสั่งขององค์กรกำกับการแข่งขันทางการค้านั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบใหญ่กล่าวคือ คำสั่งสุดท้ายที่สั่งให้ระงับ หยุด แก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในขั้นตอนภายหลังจากที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองเสร็จสิ้นแล้ว และคำสั่งให้ระงับ หยุด แก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำในขั้นตอนระหว่างการพิจารณาทางปกครอง โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แล้ว ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ แต่อย่างไรก็ตามการให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวได้นั้น เป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเพื่อให้สามารถระงับยับยั้งพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้อย่างทันท่วงที ซึ่งสอดคล้องกับสภาพการณ์ของการประกอบธุรกิจในปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วจากการเข้ามามีบทบาทอย่างมากของเทคโนโลยีต่าง ๆ ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการกำกับการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น จึงควรปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 เงื่อนไขการออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว

เมื่อพิจารณาหลักการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายเปรียบเทียบแล้ว ควรกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจหรือองค์ประกอบส่วนเหตุในการออกคำสั่งเฉพาะกรณีจำเป็นเร่งด่วนหากเห็นเข้าไปอาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจ หรือผลประโยชน์ของผู้บริโภค หรือตลาดใดตลาดหนึ่ง หรือผู้ประกอบธุรกิจอื่น โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานในการพิสูจน์จนแน่ชัดว่าผู้ประกอบธุรกิจมีการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับเดียวกันกับการออกคำสั่งที่เป็นคำสั่งสุดท้ายหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่ต้องมีพยานหลักฐานตามสมควรว่ามีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืน โดยผู้เขียนขอเสนอร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยบัญญัติเพิ่มเติมดังนี้ “หากคณะกรรมการมีพยานหลักฐานตามสมควรว่าผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนมาตรา 50 มาตรา 51 วรรคสอง มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 57 หรือมาตรา 58 และเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน หากเห็นเข้าไปอาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจ ผลประโยชน์ของผู้บริโภค ตลาดใดตลาดหนึ่ง หรือผู้ประกอบธุรกิจอื่น ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นเป็นการชั่วคราวได้ และคณะกรรมการอาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้”

5.2 การจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว

แม้ว่าคำสั่งในลักษณะดังกล่าวมีสถานะเป็นคำสั่งที่เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนในการเตรียมเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งยังไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีจะมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านคำสั่งดังกล่าวได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงสภาพและเนื้อหาของคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว การออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวดังกล่าวมีผลในระดับที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในชั้นปลายได้และดำรงอยู่โดยตัวของตัวเอง ดังนั้น คำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองและสามารถถูกโต้แย้งได้ทันที เมื่อคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องถูกบังคับตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่การนำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้กับการพิจารณาออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานนั้นมีความไม่เหมาะสมเนื่องจากคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งที่ออกในกรณีจำเป็นเร่งด่วน ดังนั้นโดยสภาพย่อมมีเหตุตามข้อยกเว้นที่จะต้องจัดให้มีการรับฟังในทุกกรณี แต่เมื่อพิจารณากฎหมายเปรียบเทียบประกอบกับลักษณะและผลของดังกล่าวแล้ว คำสั่งดังกล่าวจำเป็นต้องวินิจฉัยพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยใช้ความเชี่ยวชาญและเทคนิคเฉพาะทาง รวมทั้งคำสั่งดังกล่าวนี้มีผลให้ผู้ประกอบธุรกิจอาจถูกระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำ อันเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการประกอบธุรกิจของผู้รับคำสั่ง จึงควรกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องจัดให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านก่อนการออกคำสั่งดังกล่าวเสมอ ดังนั้น จึงควรปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว ดังนี้ “การพิจารณาออกคำสั่งตามมาตรา ... คณะกรรมการต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกล่าวหามีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน”

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

พรชัย วิสุทธิศักดิ์, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้า* (วิญญูชน 2563).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 1 นิติราษฎร์ 2554).

วิทยานิพนธ์

ภาษาไทย

วราชนันท์ อมรธำรง, ‘การศึกษาเปรียบเทียบการบริหารและบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า’(วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2547).

เอกสารประกอบการประชุม

ภาษาไทย

คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ., บันทึกการประชุม ครั้งที่ 12.

สำนักกฎหมายสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า
พ.ศ. (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ) , บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 71/2559
วันศุกร์ที่ 11 พฤศจิกายน 2559 58.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ภาษาต่างประเทศ

Alec J. Burnside and Adam Kidane , ‘Interim Measures: An overview of EU and national case law’
(Concurrences Antitrust Publication & Events , 7 June 2018 <https://www.concurrences.com/IMG/pdf/alec_j_burnside_adam_kidane__interim_measures__an_overview_of_eu_and_national_case_la_w.pdf?42067/88ef3e2932cc547cc56d9630b273aca4582c3a7a > สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2563.

Bundeskartellamt, Bundeskartellamt Annual Report 2020/21 15, 17 <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Jahresbericht/Jahresbericht_2020-2021.pdf?__blob=publicationFile&v=2> สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2565.

--, Press release ‘Bundeskartellamt preliminarily objects to Lufthansa’s impediment of Condor in the long-haul business’ 8 February 2022 <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2022/08_02_2022_LH_Condor_Abmahnung.pdf?__blob=publicationFile&v=2> สืบค้นเมื่อ 30 สิงหาคม 2565

- ,Press release ‘Lufthansa impedes Condor in competition for long-haul flights – Bundeskartellamt secures access to feeder flights’ 1 September 2022<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2022/01_09_2022_LH_Condor.pdf?__blob=publicationFile&v=2> สืบค้นเมื่อ 16 กันยายน 2565.
- OECD , REMEDIES AND SANCTIONS IN ABUSE OF DOMINANCE CASES DAF/COMP(2006)19,15 MAY 2007 <<https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2563.
- , Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement Interim Measures in Antitrust Investigations – Note by the United States 21 June 2022 DAF/COMP/WP3/WD(2022)12 <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2022\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2022)12/en/pdf)> สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2565.
- , Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement Interim Measures in Antitrust Investigations – Note by France 21 June 20 DAF/COMP/WP3/ WD(2022)5 <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2022\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2022)5/en/pdf)> สืบค้นเมื่อวันที่ 16 กันยายน 2565.
- UNCTAD ‘Appropriate sanctions and remedies’ (30 August 2010) TD/RBP/CONF.7/5.