

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในฐานะการกระทำทางการค้า อันไม่เป็นธรรม*

Replica Goods Offering as Unfair Commercial Practice

กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์

Kansak Bejrananda

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330

Full-time lecturer

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author Email: kansak.b@chula.ac.th

(Received: August 24, 2021; Revised: October 1, 2021; Accepted: October 12, 2021)

บทคัดย่อ

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการกระทำทางการค้าที่สามารถพบได้ในชีวิตประจำวัน ในหลายกรณีการกระทำทางการค้าดังกล่าวทำให้ผู้ซื้อถูกหลอกลวงในแหล่งที่มาของสินค้า ในบางกรณีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอาจเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม หรือเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม ในบางโอกาสการเสนอขายสินค้าเลียนแบบยังมีความเชื่อมโยงกับการได้ข้อมูลสำคัญที่ใช้ในการผลิตสินค้าเลียนแบบมาโดยมิชอบอีกด้วย การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีตามที่กล่าวมาเหล่านี้ ล้วนแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบทั้งสิ้น กระนั้นเอง การกระทำทางการค้าดังกล่าวอาจไม่ได้เข้าข่ายเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเหตุผลบางประการ เช่น การหมดอายุความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของสินค้าต้นแบบ เป็นต้น จึงเป็นที่มาสู่

* บทความวิจัยฉบับนี้ เรียบเรียงขึ้นโดยการสกัดสาระสำคัญของรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในฐานะการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม เสนอ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2564

ปัญหาว่า จะมีกลไกทางกฎหมายอื่นใดที่จะช่วยป้องกันและลดใช้ความเสียหายในกรณีดังกล่าวได้บ้างหรือไม่

วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้เสนอว่า มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการห้ามการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมนั้นสามารถนำมาใช้ป้องกันการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในพฤติการณ์ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นได้ ทั้งนี้ ในวิจัยฉบับดังกล่าวได้นำเสนอแนวทางในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการกระทำทางการค้าดังกล่าว รวมทั้งเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อให้สามารถต่อต้านการกระทำทางการค้าเช่นว่าได้อย่างเหมาะสม

คำสำคัญ : การเสนอขายสินค้าเลียนแบบ, การกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม, พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

Abstract

Replica goods offering is a commercial practice which can be found in daily life. In many instances this commercial practice causes deception of purchasers regarding the commercial origin of goods. In certain cases it can unreasonable exploit or impair goodwill of original goods as well. Occasionally it associates with dishonest acquisition of the knowledge from original goods producers. Replica goods offering in aforementioned circumstances could cause damages to producers of original goods. Nonetheless, it may not be considered as infringement of intellectual property rights for particular reasons, e.g., expiration of intellectual property rights of original goods. This leads to the question whether there is any other law which could prevent and compensate for such damages.

The research, which is the groundwork of this research article, suggests that Section 57 of the Trade Competition Act B.E. 2560, which prohibits unfair commercial practices, can prevent replica goods offering in abovementioned circumstances. That research also proposes guidelines on the application of

Section 57 of the Trade Competition Act B.E. 2560 to this commercial practice and recommendations on revision of the Trade Competition Act B.E. 2560 in order to prevent such commercial practice appropriately.

Keywords : Replica goods offering, unfair commercial practices, The Trade Competition Act B.E. 2560

ส่วนที่ 1 บทนำ: ความเป็นมา ความสำคัญของปัญหา สมมติฐาน วัตถุประสงค์ ขอบเขตของการวิจัยและวิธีดำเนินการวิจัย

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการกระทำทางการค้าที่สามารถพบได้ในชีวิตประจำวัน ทั้งนี้ การเลียนแบบอาจจะเป็นการเลียนแบบตัวผลิตภัณฑ์โดยตรงหรือเลียนแบบบรรจุภัณฑ์ของสินค้า หรือเลียนแบบลักษณะต่าง ๆ ของสินค้า ไม่ว่าจะเป็นลักษณะเชิงเทคนิค ลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์และลักษณะที่แสดงแหล่งที่มาก็ตาม ในบางกรณีพฤติกรรมดังกล่าวอาจทำให้ผู้ซื้อสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้าได้ และส่งผลให้ผู้ซื้อทำการซื้อสินค้าเลียนแบบแทนที่จะซื้อสินค้าต้นแบบ นอกจากนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณี แม้ว่าจะไม่ได้ทำให้ผู้ซื้อสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาก็ตาม แต่อาจทำให้ผู้ซื้อเกิดแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบแทนที่จะซื้อสินค้าต้นแบบได้ กรณีดังกล่าวถือว่า ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ทำการใช้ประโยชน์จากความนิยมของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ ในอีกทางหนึ่งการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณีอาจทำให้ผู้ซื้อมีแรงจูงใจในการซื้อสินค้าต้นแบบลดลง อันจะถือได้ว่าเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบลงนั่นเอง ยิ่งไปกว่านั้น ในบางกรณีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบยังมีความเชื่อมโยงกับการได้ข้อมูลสำคัญที่ใช้ในการผลิตสินค้าเลียนแบบมาโดยมิชอบอีกด้วย

ทั้งนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านี้นั้นล้วนแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบทั้งสิ้น แต่อาจไม่ได้เข้าข่ายเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเหตุผลบางประการ เช่น การหมิ่นอายความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของสินค้าต้นแบบ เป็นต้น จึงเป็นที่มาสู่ปัญหาว่า จะมีกลไกทางกฎหมายอื่นใดที่จะช่วยป้องกันและชดเชยความเสียหายแก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้บ้างหรือไม่

วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้มีสมมติฐานว่า การเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้อื่นในบางกรณีอาจเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ หากการกระทำในกรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นธรรมทางการค้าและทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ผลิตสินค้าที่ถูกเลียนแบบ ด้วยเหตุนี้เอง วัตถุประสงค์ประการสำคัญของวิจัยฉบับดังกล่าว ก็คือ การวิเคราะห์ว่าการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้อื่นจะเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขใด

ทั้งนี้ ในการที่จะได้มาซึ่งคำตอบดังกล่าว วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้ได้กำหนดขอบเขตการศึกษาไว้ดังต่อไปนี้

ประการแรก ศึกษาลักษณะพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นและกรอบของกฎหมายที่ใช้ในการจัดการกับการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบของสินค้าผู้อื่นตามกฎหมายอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เยอรมนีและประเทศไทย

ประการที่สอง ศึกษาบทบัญญัติที่ห้ามการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้อื่นตามกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนีในเชิงลึก ในฐานะที่เยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศไทยและมีประสบการณ์ในการใช้กฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมาจัดการกับพฤติกรรมดังกล่าวมาเป็นเวลานาน

ประการที่สาม ศึกษาเจตนารมณ์ แนวคิด และหลักการของการห้ามการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และวิเคราะห์ว่าการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้อื่นเข้าข่ายต้องห้ามตามบทบัญญัตินี้หรือไม่ และมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเช่นไรในการวินิจฉัยบ้าง

ทั้งนี้ วิธีดำเนินการวิจัยของวิจัยฉบับดังกล่าว อยู่ในรูปแบบของการวิจัยเชิงคุณภาพโดยการค้นคว้าเอกสาร

ส่วนที่ 2 เนื้อหาสำคัญของวิจัย

ในส่วนที่ 2 ของบทความวิจัยฉบับนี้ จะเป็นการอธิบายเนื้อหาของวิจัยโดยสังเขป ซึ่งสกัดมาเฉพาะในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของวิจัยเท่านั้น สำหรับการอธิบายและการวิเคราะห์โดยละเอียดตลอดจนแหล่งอ้างอิงอย่างสมบูรณ์ โปรดศึกษาจากรายงานฉบับสมบูรณ์ของวิจัย

ทั้งนี้ ส่วนที่ 2 ของบทความวิจัยฉบับนี้ จะเริ่มจากการอธิบายว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดบ้าง ที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม (หัวข้อที่ 1.) หลังจากนั้น จะทำการอธิบายต่อไปว่า เหตุใดจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาใช้ต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ และทำการวิเคราะห์ว่า จะสามารถนำมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาใช้กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมได้หรือไม่ อย่างไร (หัวข้อที่ 2.)

1. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีฐานะเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

ก่อนที่จะพิจารณาว่า จะนำมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการห้ามการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม มาใช้ต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบได้หรือไม่ อย่างไร ในเบื้องต้นจะต้องทราบเสียก่อนว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ เนื่องจากในระบบกฎหมายไทย ไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายฉบับใดเลย ที่ระบุอย่างแจ่มชัดว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม และเป็นพฤติกรรมต้องห้าม ด้วยเหตุนี้เอง จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษากฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนีซึ่งวางกฎเกณฑ์ในเรื่องการห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบไว้อย่างชัดเจนว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดถือว่าเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมและเข้าข่ายเป็นพฤติกรรมต้องห้าม หลังจากนั้น จะทำการพิจารณาต่อไปว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้นมีสถานะทางกฎหมายเช่นไรตามกฎหมายของประเทศไทยของ ประเทศอื่น รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

1.1 การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีฐานะเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามกฎหมายต่อต้านการแข่งขันของเยอรมนี

กฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนี (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb หรือ ย่อว่า UWG) มีบทบัญญัติที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม นั่นคือ มาตรา 4 no. 3 UWG โดยบทบัญญัตินี้ได้บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดเสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเป็นการเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ร่วมแข่งขันผู้นั้นกระทำการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากเขา

a) ทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

b) ใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมหรือทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

c) ได้รับข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ”

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา ดังกล่าวมีองค์ประกอบสองประการ กล่าวคือ ประการแรก จะต้องมีการเลียนแบบสินค้าหรือ บริการของผู้ร่วมแข่งขันและมีการเสนอขายสินค้าหรือบริการดังกล่าว และประการที่สอง จะต้องมีการกระทำที่ทำให้การกระทำทางการค้ามีความไม่เป็นธรรมตามที่ระบุไว้ในข้อ a) b) และ c) ของ มาตราดังกล่าว

ทั้งนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่ทำให้ผู้ซื้อถูกหลอกลวงในแหล่งที่มาของสินค้าตาม มาตรา 4 no. 3 lit. a UWG อาจเกิดขึ้นเมื่อการเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้ผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้า เลียนแบบนั้นคือสินค้าต้นแบบ (การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าโดยตรง)¹ หรืออาจ เกิดขึ้นเมื่อการเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้ผู้ซื้อเข้าใจว่า สินค้าเลียนแบบนั้น เป็นสินค้าที่มีที่มา จากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ (การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าในความหมายอย่างกว้าง) เช่น กรณีที่ผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้าเลียนแบบนั้นเป็นหนึ่งในสินค้ายี่ห้อรอง (Zweitmarke) ที่ผู้ผลิต สินค้าต้นแบบนำออกมาขายในตลาด หรือ กรณีที่ผู้ซื้อเข้าใจว่า ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบและผู้ผลิตสินค้า เลียนแบบนั้นมีความสัมพันธ์ทางองค์กรหรือความสัมพันธ์ทางธุรกิจต่อกัน เป็นต้น²

ส่วนการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของผู้ผลิต สินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมตามมาตรา 4 no. 3 lit. b UWG จะเกิดขึ้นเมื่อ การเสนอขายสินค้า เลียนแบบทำให้สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมาย (angesprochene Verkehrskreise) ถ่ายโอนความ นิยมของสินค้าต้นแบบมายังสินค้าเลียนแบบ หรือที่เรียกกันว่า “การถ่ายโอนภาพลักษณ์” (Image-transfer)³ อนึ่ง การถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบมายังสินค้าเลียนแบบนั้นอาจเกิดขึ้นได้ แม้การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวไม่ได้ทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเกิดความสับสนในแหล่ง ที่มาทางการค้าของสินค้าแต่อย่างใด⁴ ในทางตรงข้าม ในกรณีเช่นว่า ผู้ซื้อทราบดีว่าสินค้านี้

¹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 7th edition (München: C.H. Beck, 2016), § 4.3 UWG, para 3/53; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016), para 1183.

² BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 Rn. 15 – Knoblauchwürste; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, 10th edition (München: C.H. Beck, 2016), § 11, para 24; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1183.

³ BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 353 – Klemmbausteine III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - I ZR 30/07 Rn. 22 – Beta Layout; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/67; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1200; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 36th edition (München: C.H. Beck, 2018), § 4 UWG, para 3.53.

⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 31. Januar 2012 - I-20 U 175/11 Rn. 107.

เป็นสินค้าเลียนแบบ แต่ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบดังกล่าว เนื่องจากผู้ซื้อมองว่า การที่ตนใช้สินค้าเลียนแบบนั้นสามารถทำให้บุคคลที่สามเข้าใจผิดว่า ตนกำลังใช้สินค้าต้นแบบอยู่นั่นเอง⁵

สำหรับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่าง ไม่เหมาะสม ตามมาตรา 4 no. 3 lit. b UWG อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ความนิยมของสินค้าต้นแบบ เป็นผลมาจากการที่สินค้าต้นแบบมีคุณภาพพิเศษหรือมีมาตรฐานความปลอดภัยระดับสูง และผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ทำการเลียนแบบสินค้าจนเกือบเหมือน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความสับสน กับสินค้าต้นแบบได้ แต่ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบกลับไม่สามารถทำให้สินค้าของตนมีคุณภาพ เหมือนกับสินค้าต้นแบบ หรือเทียบเท่ากับสินค้าต้นแบบได้อย่างมีนัยสำคัญ หรือไม่สามารถทำให้ สินค้าของตนมีระดับความปลอดภัยได้เท่ากับสินค้าต้นแบบ⁶ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การเสนอขายสินค้า เลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบในกรณีเช่นว่า ก็อาจเข้าลักษณะ เป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าตาม มาตรา 4 no. 3 lit. a UWG ได้เช่นกัน⁷

นอกจากนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ อย่างไม่เหมาะสม ตามมาตรา 4 no. 3 lit. b UWG อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน เมื่อมีการเสนอขายสินค้า เลียนแบบจำนวนมาก ในราคาถูก จนถึงขนาดที่ทำให้ความเฉพาะตัว (Exklusivität) หรือภาพลักษณ์ หูหระ (Luxusimage) ของสินค้าต้นแบบถูกทำลายหรือเลือนหายไป⁸ ทั้งนี้ในกรณีเช่นว่า ไม่จำเป็น

⁵ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 877 - Tchibo/Rolux I; Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 31. Januar 2012 - I-20 U 175/11 Rn. 107; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.55; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1203.

⁶ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 49 und 51 – Femur-Teil; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1206; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/70; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 36; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.59.

⁷ Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 36.

⁸ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 878 - Tchibo/Rolux I; BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 48 – Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/70; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1205; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, 2nd edition (München: C.H. Beck, 2016), § 9, para 65; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 36; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.59.

ต้องได้ความว่า ผู้ซื้อเข้าใจผิดว่าสินค้าเลียนแบบเป็นสินค้าต้นแบบแต่อย่างใด⁹

สำหรับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้ข้อมูลสำคัญที่ใช้ในการผลิตสินค้าเลียนแบบมาโดย มิชอบตามมาตรา 4 no. 3 lit. c UWG นั้น อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ได้มาซึ่งข้อมูลสำคัญดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดทางอาญา¹⁰ (เช่น การได้มาซึ่งข้อมูลโดยการขโมยเอกสารจากลูกจ้างของผู้ร่วมแข่งขัน ซึ่งเข้าข่ายเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์¹¹) หรืออาจเกิดขึ้นในกรณีที่การได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายความลับทางการค้า เป็นต้น¹²

ทั้งนี้ นอกจากองค์ประกอบที่ว่าด้วยการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบ และ องค์ประกอบที่ว่าด้วยพฤติการณ์ที่ทำให้การกระทำทางการค้ามีความไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็น องค์ประกอบที่ปรากฏในตัวบทแล้ว ตามแนวคำพิพากษาของศาลได้มีการปรุงแต่งองค์ประกอบเพิ่ม ขึ้นมาอีกประการหนึ่งด้วย กล่าวคือ สินค้าหรือบริการของผู้ร่วมแข่งขันที่ถูกเลียนแบบนั้นจะต้องมี “ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน” (wettbewerbliche Eigenart)¹³ กล่าวคือ สินค้าดังกล่าวจะต้อง มีลักษณะบางประการ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากมุมมองของสาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายแล้ว ลักษณะ ดังกล่าวสามารถแสดงให้เห็นถึงแหล่งที่มาทางการค้า หรือแสดงให้เห็นความพิเศษของสินค้าได้¹⁴

⁹ BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 352-353 – Klemmbausteine III; BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 45 – Femur-Teil; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/70; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1205; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, para 65.

¹⁰ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.61.

¹¹ BGH, Urteil vom 07. November 2002 - I ZR 64/00, GRUR 2003, 356, 357-358 – Präzisionsmessgeräte; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 38; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1208; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/73.

¹² Christian Alexander, “Grundstrukturen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen durch das neue GeschGehG”, WRP 2019, 673, 675.

¹³ BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 199/06 Rn. 10 – Ausbeinmesser; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 9 – Exzenterzähne; BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06 Rn. 21 – LIKEaBIKE.

¹⁴ BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06 Rn. 22-23 – LIKEaBIKE; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 19 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 10 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/32; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1133; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 14; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, paras 3.24 and 3.33.

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตประการสำคัญว่า ตามแนวคำพิพากษาของศาลองค์ประกอบทั้งสามข้อนี้ จะมีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkung) ต่อกัน กล่าวคือ ยิ่งระดับของลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้า และระดับของความรุนแรงของการเลียนแบบมีมากเท่าใด พฤติการณ์ที่ทำให้การกระทำทางการค้ามีความไม่เป็นธรรมก็ยิ่งมีความสำคัญในการพิจารณาน้อยลงเท่านั้น¹⁵

อนึ่ง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมนั้น จะถูกต้องห้ามตามมาตรา 3 (1) UWG ทั้งนี้ ในกรณีเช่นว่านั้น ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบจะมีสิทธิ 2 ประการ ประการแรก คือ สิทธิในการเรียกร้องให้ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบงดเว้นและปลดปล่อย การกระทำการดังกล่าวตามมาตรา 8 (1) UWG และ ประการที่สอง คือ สิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบตามมาตรา 9 UWG¹⁶

1.2 ข้อสังเกตจากมุมมองทางกฎหมายของประเทศอื่นและกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังที่กล่าวมาก่อนหน้านี้แล้วว่า ตามกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนี การเสนอขายสินค้าเลียนแบบภายใต้พฤติการณ์พิเศษตามข้อ a) b) และ c) ของมาตรา 4 no. 3 UWG จะเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม ประเด็นที่ต้องทำการศึกษาต่อไปก็คือ เมื่อพิจารณาจากมุมมองทางกฎหมายของประเทศอื่นและกฎหมายระหว่างประเทศ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้นเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม หรือการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม หรือเป็นพฤติกรรมที่มีขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

อนึ่ง จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศอื่น ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศ จะพบข้อสังเกตดังต่อไปนี้

1.2.1 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่ก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

นอกจากมาตรา 4 no. 3 lit. a UWG ของเยอรมนี ที่มองว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ

¹⁵ BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10 Rn. 42 – Seilzirkus; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 14 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 15 – Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 9 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/26; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 72; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 19; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.2a.

¹⁶ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1222; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 46.

ซึ่งก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้ เป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมแล้ว Article 10 bis (3) (i) อนุสัญญากรุงปารีสก็มองว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดความสับสนกับสินค้าของคู่แข่งนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (unfair competition) เช่นกัน ในทำนองเดียวกัน หากพิจารณาจาก Article 2 ของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition ซึ่งจัดทำขึ้นโดย International Bureau of WIPO ในปี ค.ศ. 1996 จะพบว่า Article ดังกล่าวมองว่า การเสนอขายสินค้าที่เลียนแบบลักษณะของสินค้าต้นแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าก็เป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น แม้เรื่องการลงขายจะถูกบัญญัติห้ามไว้ในมาตรา 43 (a) Lanham Act (15 U.S. Code § 1125 (a)) อันถือว่าเป็นกฎหมายเครื่องหมายการค้าก็ตาม แต่ตามความเห็นทางวิชาการก็มองว่า มาตราดังกล่าว ก็คือการนำคอมมอนลอว์ว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยการลงขายมาบัญญัติไว้ให้เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง¹⁷

ส่วนในสหราชอาณาจักร แม้จะพบว่า คอมมอนลอว์อังกฤษปฏิเสธแนวคิดเรื่องการแข่งขันที่ซื้อสัตย์¹⁸ ซึ่งเป็นรากฐานของแนวคิดเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็ตาม แต่ตามคอมมอนลอว์อังกฤษก็ยังมองว่าการลงขายเป็นละเมิดประการหนึ่ง ซึ่งถือเป็นพฤติกรรมต้องห้ามด้วย¹⁹

1.2.2 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม นอกจากจะเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 no. 3 lit. b UWG ของเยอรมนีแล้ว เมื่อพิจารณาจากวงการนิติศาสตร์อเมริกัน จะพบว่า ตามคอมมอนลอว์ของสหพันธ์ ในคดี International News Service v. Associated Press ก็มองว่า การใช้ประโยชน์จากคุณค่าของสินทรัพย์ที่ผู้อื่นสร้างสรรค์โดยมิชอบเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน เพราะเป็นการกระทำที่ขัดต่อมโนสำนึกที่ดี (misappropriation doctrine)²⁰ อย่างไรก็ดี

¹⁷ Catherine Romero Wright, "Reverse Passing Off: Preventing Healthy Competition," 20 *Seattle University Law Review* (1997): 785, 787-789.

¹⁸ *Hodgkinson & Corby Ltd. v. Wards Mobility Services Ltd.* [1994] 1 W.L.R. 1564, 1570.

¹⁹ Rogier W. de Vries, *Towards a European Unfair Competition*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p. 233.

²⁰ *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 239-240 (1918).

ด้วยผลของคำพิพากษาในคดี Erie Railroad Co. v. Tompkins²¹ (ค.ศ. 1938) ซึ่งวางหลักว่า ศาลของสหพันธ์ไม่มีอำนาจในการสร้างคอมมอนลอว์ทั่วไปของสหพันธ์ (general federal common law)²² จึงทำให้หลัก misappropriation doctrine ซึ่งถูกพัฒนาขึ้นในคดี International News Service v. Associated Press ถูกลดบทบาทลง²³

ในทางตรงกันข้าม สำหรับคอมมอนลอว์อังกฤษ ลำพังเพียงแค่การเลียนแบบลักษณะภายนอกของสินค้า แม้จะถูกมองได้ว่าเป็นการใช้ประโยชน์จากอัตลักษณ์ของสินค้าของคู่แข่งโดยมิชอบ(misappropriation) ก็ตาม แต่ก็มิใช่พฤติกรรมที่ถูกต้องห้ามตามคอมมอนลอว์อังกฤษแต่อย่างใด เว้นเสียแต่ว่า หากการกระทำดังกล่าวได้ทำให้ผู้ซื้อถูกหลอกลวงในแหล่งที่มาด้วยการกระทำนั้นก็จะเข้าข่ายเป็นการลวงขายซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามคอมมอนลอว์อังกฤษดังที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วนั่นเอง²⁴ กระนั้นเอง ดูเหมือนว่า ในระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักร การห้ามการใช้ประโยชน์จากอัตลักษณ์หรือความนิยมของสินค้าของผู้อื่น (โดยมิต้องคำนึงถึงประเด็นเรื่องการหลอกลวงในแหล่งที่มาของสินค้า) จะปรากฏอยู่ในบริบทของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ดังจะเห็นได้จากการที่มาตรา 10 (3) Trade marks Act ได้บัญญัติว่า ในกรณีที่มีการใช้สัญลักษณ์ที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าซึ่งได้จดทะเบียนไว้แล้วและเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงในสหราชอาณาจักร ไม่ว่าการใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวจะเป็นการใช้กับสินค้าใดก็ตาม หากได้ความว่า การใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวเป็นการฉวยเอาประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมจากลักษณะบ่งเฉพาะหรือชื่อเสียงของเครื่องหมายดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผล ในกรณีเช่นว่าถือว่ามี การละเมิดเครื่องหมายการค้า

1.2.3 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม นอกจากจะถูกมองว่าเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนีแล้ว (มาตรา 4 no. 3 lit. b UWG) เมื่อพิจารณา Article 3 ของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition จะพบว่าบทบัญญัติ

²¹ Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938).

²² Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 78 (1938).

²³ Confold Pacific, Inc. v. Polaris Indus., Inc., 433 F.3d 952, 960 (7th Cir. 2006).

²⁴ Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells Final Report on Parasitic Copying for the European Commission (2011), para. 65.

ดังกล่าวระบุว่า การกระทำทางการค้าที่ทำลายชื่อเสียงหรือความนิยมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น เป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน โดยมีพิกัดต้องพิจารณาเลยว่า การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความสับสนในแหล่งที่มาหรือไม่ ทั้งนี้ Article 3 (2) ของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition ได้ระบุว่า การทำให้ชื่อเสียงหรือความนิยมที่ยึดโยงอยู่กับลักษณะของสินค้า (appearance of a product) เจือจางลง (dilution of the goodwill or reputation) เป็นตัวอย่างประการหนึ่งของการกระทำทางการค้าที่ทำลายชื่อเสียงหรือความนิยมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา จะพบว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นก็จะพอจะเทียบเคียงได้กับ “การทำให้เครื่องหมายการค้าเจือจาง” (dilution) ซึ่งถือว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประการหนึ่งได้เช่นกัน²⁵ ทั้งนี้ พฤติกรรมดังกล่าวถูกต้องห้ามตามมาตรา 43 (c) Lanham Act (15 U.S.C. § 1125(c)) ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง (famous mark) จากการทำให้ความบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้านั้นไม่ชัดเจน (Dilution by blurring) หรือการทำให้ชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้นมีความมัวหมอง (dilution by tarnishment)

ในทำนองเดียวกัน ตามกฎหมายของสหราชอาณาจักร การทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมจะปรากฏอย่างชัดเจนในบริบทของกฎหมายเครื่องหมายการค้า โดย Trade marks Act ของสหราชอาณาจักรมองว่า การทำให้เครื่องหมายการค้าเจือจาง (dilution) เป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามมาตรา 10 (3) Trade marks Act ทั้งนี้ มาตราดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ว่า ในกรณีที่บุคคลใดใช้สัญลักษณ์ที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วและเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงในสหราชอาณาจักร ไม่ว่าจะการใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวจะเป็นการใช้กับสินค้าใดก็ตาม หากได้ความว่า การใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวเป็นการทำลายลักษณะบ่งเฉพาะหรือชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผล ก็ถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเช่นกัน อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการละเมิดเครื่องหมายการค้าในกรณีดังกล่าว ไม่จำเป็นจะต้องได้ความว่าเกิดการหลอกลวงในแหล่งที่มาของสินค้าขึ้นหรือไม่ แต่อย่างใด

²⁵ Charles R. McManis, *Intellectual Property and Unfair Competition in a nutshell* (St. Paul, Minnesota: West Group, 2000), pp. 6-10; Joseph P. Bauer, “A Federal Law of Unfair Competition: What Should Be the Reach of Section 43(a) of the Lanham Act?”, 31 UCLA L. Rev. 671, 753 (1983-1984).

ยิ่งไปกว่านั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าของผู้อื่นนั้นอาจถูกห้ามภายใต้คอมมอนลอว์อังกฤษว่าด้วยการลงขายได้อีกด้วย หากได้ความว่าการทำลายความนิยมของสินค้าผู้อื่นนั้นเป็นผลมาจากการที่จำเลยลงว่า สินค้าของตนมีความเชื่อมโยงบางประการกับสินค้าของโจทก์ และผู้ซื้อเองเข้าใจเช่นนั้น ดังที่ปรากฏใน คดี Taittinger SA v. Allbev Ltd²⁶ ในคดีดังกล่าว ศาลมองว่า การที่ผู้เสนอขายสินค้าทำการขายสินค้าที่ไม่ใช่ Champagne แต่กลับเรียกสินค้านี้ว่า Champagne เป็นการกีดกีดร่อนความเป็นหนึ่งและความเฉพาะตัว (singularity and exclusiveness) ของคำว่า Champagne²⁷ ทั้งนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีดังกล่าวไม่ได้อยู่ในรูปแบบของการสูญเสียยอดขาย แต่จะอยู่ในรูปแบบของการทำลายค่าความนิยมนั้นเอง²⁸

1.2.4 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ

นอกจากกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนี (มาตรา 4 no. 3 lit. c UWG) ที่มองว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้นเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมแล้ว เมื่อพิจารณาจากบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างความตกลง TRIPs จะเห็นได้ว่า Article 39 (2)²⁹ ของความตกลงดังกล่าวก็มองว่า การเปิดเผย การได้มา หรือการใช้ความลับทางการค้า โดยที่เจ้าของความลับทางการค้าไม่ยินยอม และโดยขัดต่อการกระทำทางการค้าที่ซื่อสัตย์ (ตัวอย่าง การกระทำที่ขัดต่อการกระทำ

²⁶ Taittinger SA v. Allbev Ltd. [1994] 4 All E.R. 75, 84-85.

²⁷ Taittinger SA v. Allbev Ltd. [1994] 4 All E.R. 75, 95.

²⁸ Taittinger SA v. Allbev Ltd. [1994] 4 All E.R. 75, 91.

²⁹ Article 39 TRIPS Agreement

“1. ...

2. *Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information:*

(a) *is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;*

(b) *has commercial value because it is secret; and*

(c) *has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.*

3. ...”.

ทางการค้าที่ซื่อสัตย์ ได้แก่ การละเมิดความไว้วางใจ และการได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยรู้อยู่ ว่ามีการละเมิดความไว้วางใจ เป็นต้น³⁰) นั้น ก็เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน ในแง่ตัวเอง จึงอาจตีความต่อไปได้ว่า ในมุมมองของความตกลง TRIPs การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบสินค้าโดยมิชอบนั้นเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ในทำนองเดียวกัน เมื่อพิจารณาจาก Article 6 ของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition 1996 จะพบได้ว่า การเปิดเผย การได้มา หรือการใช้ซึ่งข้อมูลที่เป็นความลับ (secret information) โดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล และขัดต่อการกระทำทางการค้าที่ซื่อสัตย์ ถือว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน ด้วยเหตุนี้เอง ก็อาจตีความได้ว่า ในมุมมองของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition นั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยมิชอบนั้นเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา จะพบว่าการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยบุคคลที่เคยใช้วิธีการที่มีชอบในการได้มาซึ่งความรู้เกี่ยวกับความลับทางการค้าดังกล่าวนั้นเป็นการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าโดยมิชอบ ซึ่งต้องห้าม Defend Trade Secrets Act (2016) เช่นนี้ จึงอาจตีความต่อไปได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยมิชอบนั้น ก็อาจจะถือว่าเป็นการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าโดยมิชอบประการหนึ่งได้เช่นกัน ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า แม้ในสหรัฐอเมริกาจะมองว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งก็ตามแต่หากถือตาม Restatement Third, Unfair Competition, 1995 ซึ่งจัดทำโดย The American Law Institute จะพบได้ว่าการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าโดยมิชอบนั้นถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม³¹ และถือว่าเป็นวิธีการในการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม³² ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถสรุปได้ว่าในระบบกฎหมายอเมริกัน การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยมิชอบนั้น ก็ถูกมองได้ว่า เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม และเป็นวิธีการในการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน

³⁰ ในเชิงอรรถที่ 10 ของ TRIPs Agreement ได้อธิบายความหมายของการกระทำที่ขัดต่อการกระทำทางการค้าที่ซื่อสัตย์ไว้ว่า “For the purpose of this provision, “a manner contrary to honest commercial practices” shall mean at least practices such as breach of contract, breach of confidence and inducement to breach, and includes the acquisition of undisclosed information by third parties who knew, or were grossly negligent in failing to know, that such practices were involved in the acquisition.”.

³¹ ดู Chapter 4 Appropriation of Trade Values, Restatement (Third) of Unfair Competition.

³² ดู § 1, Restatement (Third) of Unfair Competition.

สำหรับสหราชอาณาจักร แนวคิดเรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้าจะมีรากฐานอยู่บนคอมมอนลอว์ว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจ และรากฐานดังกล่าวนี้ก็ยังปรากฏใน The Trade Secrets (Enforcement, etc) Regulations 2018 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกด้วย โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ห้ามการได้มา การใช้ หรือการเปิดเผยความลับทางการค้า หากการได้มา การใช้ หรือการเปิดเผยดังกล่าวก่อให้เกิดการละเมิดความไว้วางใจในข้อมูลที่เป็นความลับ (a breach of confidence in confidential information) เช่นนี้ จึงสามารถตีความได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้ามาโดยมิชอบเนื่องจากการทำลายความไว้วางใจเกิดขึ้น เป็นการกระทำที่ต้องห้าม The Trade Secrets (Enforcement, etc) Regulations 2018 ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า เมื่อพิจารณาตามมุมมองทางวิชาการ จะเห็นได้ว่า แนวคิดเรื่องการละเมิดความไว้วางใจในสหราชอาณาจักรนั้นก็เทียบเคียงได้กับแนวคิดเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่ปรากฏในประเทศอื่น ๆ นั่นเอง³³

1.3 บทสรุป

จากที่ได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศอย่างเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร สามารถกล่าวในภาพรวมได้ว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังต่อไปนี้ แสดงให้เห็นถึง “ความไม่เป็นธรรม” ของการกระทำทางการค้า อันจะทำให้การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเช่นนั้น เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมได้

กรณีแรก การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่ก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

กรณีที่สอง การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

กรณีที่สาม การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

กรณีที่สี่ การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ

³³ Sandra Müller, “Länderbericht England,” in Martin Schmidt-Kessel and Silvan Schubmehl (Eds), *Lauterkeitsrecht in Europa* (München: sellier european law publishers, 2011), pp. 163-164 and 176.

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า แม้พฤติกรรมเหล่านั้นจะถูกเรียกใช้คำที่แตกต่างกันออกไปก็ตาม ไม่ว่าจะเป็น “การกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม” หรือ “การแข่งขันอันไม่เป็นธรรม” หรือ แม้แต่ “การปฏิบัติทางการค้าอันไม่เป็นธรรม” แต่นั่นเป็นเพียงการเรียกขานชื่อที่แตกต่างกันเท่านั้น แท้จริงแล้ว สารสำคัญอยู่ที่สิ่งที่พฤติกรรมเหล่านั้นมีร่วมกัน ซึ่งนั่นก็คือ “ความไม่เป็นธรรม” ที่ปรากฏตัวอยู่ในพฤติกรรมนั่นเอง

2. การปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

2.1 เหตุผลและความจำเป็นในการนำมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาใช้กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

ก่อนอื่นจำเป็นต้องทำความเข้าใจก่อนว่า กลไกในการต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในประเทศไทยมี 2 ประเภท กล่าวคือ กลไกตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งให้การคุ้มครองลักษณะต่าง ๆ ของสินค้ารวมทั้งคุ้มครองความลับทางการค้า และกลไกตามกฎหมายละเมิดซึ่งศาลนำมาใช้ต่อต้านการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในรูปแบบของการลวงขาย อย่างไรก็ตาม ทั้งสองอาจจะไม่เหมาะสมกับการจัดการกับปัญหาการเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

อย่างที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองความอิสระโดยตรงผ่านเครื่องมือของการสถาปนาสิทธิเด็ดขาด³⁴ ดังนั้น โดยหลักแล้ว กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเองไม่ได้มุ่งคุ้มครองความเป็นธรรมในการแข่งขันหรือความเป็นธรรมในทางการค้าแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ องค์ประกอบและความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเองจึงไม่ครอบคลุมทุกกรณีที่เป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

ที่ผ่านมาศาลไทยได้จัดการกับปัญหาการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมในบางรูปแบบ เช่น การลวงขาย โดยใช้กฎหมายละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป แต่กระนั้นเอง มาตราดังกล่าวก็ไม่เหมาะสมในการใช้จัดการกับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

³⁴ Horst-Peter Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 9th edition (München: C.H. Beck, 2010), § 6, para 21; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1236.

เนื่องจาก การนำมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ต่อต้านการกระทำทาง การค้าอันไม่เป็นธรรม อาจประสบกับข้อโต้แย้งทางวิชาการได้อย่างมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน ประเด็นเรื่องความเสียหายต่อสิ่งที่มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องการคุ้มครอง อาทิ การอ้างว่าการลงขายให้ทำยอดขายของโจทก์ลดลง และเป็นการทำให้เกิดความเสียหายแก่ “ทรัพย์สิน” อาจถูกโต้แย้งจากความคิดที่ว่า การทำให้ทรัพย์สินเสียหายอันจะเข้าข่ายละเมิดตาม มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นั้น หมายถึง การทำให้ทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วใน ปัจจุบันลดน้อยถอยลงเท่านั้น

นอกจากนี้ การอ้างว่าการลงขายกระทบต่อโอกาสที่จะได้ยอดขายและถือว่าเป็นความเสียหายต่อ “ทรัพย์สิน” นั้น อาจถูกโต้แย้งในทางวิชาการจากแนวคิดที่ว่า แท้จริงแล้ว คำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีความหมายจำกัดเพียงแค่ “กรรมสิทธิ์” ได้เช่นกัน³⁵

ยิ่งไปกว่านั้น การอ้างว่า การลงขายทำให้สิทธิในการประกอบธุรกิจ อันถือว่าเป็น “สิทธิ อย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียหายนั้น ก็อาจถูกโต้แย้ง จากความคิดที่ว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จำกัดเฉพาะสิทธิเด็ดขาด³⁶ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายไทย จะเห็นได้ว่า ไม่มีกฎหมายใด ในระบบกฎหมายไทยที่ยอมรับว่าสิทธิในการประกอบธุรกิจเป็นสิทธิเด็ดขาด โดยมีการระบุเนื้อหา แห่งสิทธิไว้เป็นการเฉพาะทั้งในส่วนที่เป็นการให้อำนาจผู้ทรงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำการ ใด และในส่วนที่เป็นการให้อำนาจผู้ทรงสิทธิในการขัดขวางบุคคลอื่นมิให้กระทำการใด

ในทำนองเดียวกัน ฐานความคิดที่ว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องเป็นสิทธิเด็ดขาดนั้น ทำให้การอ้างว่า การลงขายทำให้สิทธิใน ชื่อเสียง อันเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เสียหาย ถูกโต้แย้งได้เช่นกัน ทั้งนี้ แม้ว่าเมื่อพิจารณามาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พ.ศ. 2560 แล้วจะพบว่า มาตราดังกล่าวได้บัญญัติว่าบุคคลมีสิทธิในชื่อเสียงและห้ามบุคคลใด กระทำการละเมิดสิทธิดังกล่าวก็ตาม แต่มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เองก็ได้ระบุเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างชัดแจ้งว่า ผู้ทรงสิทธิในชื่อเสียงมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวใน การกระทำการใด และมีอำนาจในการห้ามผู้อื่นมิให้กระทำการใดบ้าง อันจะแสดงให้เห็นถึงลักษณะ ของสิทธิเด็ดขาด

³⁵ คณิต ฒ นคร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 213-214.

³⁶ คณิต ฒ นคร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 213-214.

นอกจากนี้ การอ้างว่า การลงขายทำให้สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน อันเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียหาย อาจถูกโต้แย้งจากความคิดที่ว่า แท้จริงแล้ว ในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด มาตรา 46 วรรคสอง พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หาได้สถาปนาสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน บทบัญญัติดังกล่าวเพียงแค่ชี้แจงว่า บทบัญญัติตามมาตรา 46 วรรคแรก พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มิได้กระทบสิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนในการฟ้องลงขายเท่านั้น

ด้วยเหตุผลตามที่กล่าวมานี้เอง จึงจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาว่าจะนำมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมเป็นการเฉพาะมาใช้จัดการกับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมได้หรือไม่ อย่างไร

2.2 ข้อพิจารณาเบื้องต้นในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ

มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นหนึ่งในมาตรการสำคัญของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยมาตราดังกล่าวห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

ประการแรก กีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560)

ประการที่สอง ใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 57 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560)

ประการที่สาม กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 57 (3) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560)

ประการที่สี่ กระทำการในลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด (มาตรา 57 (4) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560)

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ความเสียหายอันเกิดแก่ผู้ประกอบธุรกิจตามนัยของมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นสามารถตีความได้ถึงโอกาสในการประกอบ

ธุรกิจที่ถูกทำลายไปนั่นเอง ไม่ว่าจะเป็นโอกาสในการซื้อ ผลิต จำหน่ายสินค้า โอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน³⁷ โอกาสที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุผล โอกาสที่จะได้รับเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่ก่อภาระให้มากเกินไปอย่างไม่มีเหตุผล หรือโอกาสในการประกอบธุรกิจโดยอิสระ เป็นต้น

หลังจากทราบถึงองค์ประกอบของมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แล้ว ขั้นตอนต่อไปจำเป็นต้องพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้นมีแนวโน้มจะเข้าข่ายองค์ประกอบของอนุมาตราใดในมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้บ้าง

ทั้งนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้น มีอาจเข้าองค์ประกอบของมาตรา 57 (3) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้อย่างแน่นอน เนื่องจากการเสนอขายสินค้าเลียนแบบไม่ใช่กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งกำหนดเงื่อนไขทางการค้ากับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายจนเกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจอีกรายแต่อย่างใด ตรงกันข้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้นเป็นพฤติกรรมฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจที่เสนอขายสินค้าเลียนแบบเสียมากกว่า

ในทำนองเดียวกัน การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้นไม่อาจจะเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจากโดยสภาพแล้ว การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้น มิได้มีฐานมาจากการที่ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้ผลิตสินค้าต้นแบบแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบ

ยิ่งไปกว่านั้น โดยสภาพแล้ว การเสนอขายสินค้าเลียนแบบก็ไม่เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจตลาดที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจากในการเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้น ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบมีจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจตลาดที่เหนือกว่าผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ ในทางตรงกันข้ามผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบอาจมีอำนาจตลาดต่ำกว่าผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ แต่ก็ยังทำให้เกิดความเสียหายแก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้

อย่างไรก็ดี ในเบื้องต้น สามารถมองได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นตามนัยของมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขัน

³⁷ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 188/13 Rn. 16 - Uhrenankauf im Internet; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 998.

ทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจาก “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถตีความได้ว่า คือ การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน³⁸ โดยการทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขันอาจอยู่ในรูปแบบของการจำกัดโอกาสในการขาย การซื้อ การโฆษณา การผลิต และการเข้าถึงเงินทุน เป็นต้น³⁹ ด้วยเหตุนี้เอง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเป็นการทำให้โอกาสในการจำหน่ายสินค้าต้นแบบนั้นลดลง ก็ถือได้ว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน และถือได้ว่า เป็น “การกีดกัน” นั้นเอง นอกจากนี้ การที่การเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้โอกาสในการจำหน่ายสินค้าต้นแบบลดลงนั้น ก็ถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบนั้นถูกทำลาย อันจะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นตามนัยของมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เช่นกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 การกระทำทางการค้าที่จะถูกต้องห้ามนั้น นอกจากจะต้องได้ความว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นแล้ว ยังต้องได้ความอีกว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกีดกัน “อย่างไม่เป็นธรรม” ด้วย

ทั้งนี้ ความไม่เป็นธรรมตามนัยของมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อาจหมายถึงพฤติกรรมที่ขัดต่อจารีตประเพณีทางการค้า⁴⁰ พฤติกรรมที่ขัดต่อความ

³⁸ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 188/13 Rn. 16 - Uhrenankauf im Internet; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 998.

³⁹ BGH, Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 188/13 Rn. 16 - Uhrenankauf im Internet; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 998.

⁴⁰ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 3. Februar 1988 - I ZR 222/85, GRUR 1988, 614, 615 - BTX – Werbung; Rogier W. de Very, **Towards a European Unfair Competition**, pp. 167–168; Deutscher Bundestag, **Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, Drucksache 15/1487, p. 16; Neil W. Averitt, “The Meaning of „Unfair Methods of Competition“ in Section 5 of the Federal Trade Commission Act”, 21 B.C.L. Rev. 227, 229 (1980); ข้อ 11 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น พ.ศ. 2561; เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, เสาวลักษณ์ ชิวสทธิยานนท์ และมาเรียม กรรณี, **โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก** (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, 2544), หน้า 3-11; เปรียบเทียบ ญัฐนันท์ ยนต์วิทย์, “หลักเกณฑ์การวินิจฉัยพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ศึกษาเฉพาะกรณีพฤติกรรมการแข่งขันประเภทการส่งเสริมการขาย” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 94.

ข้อสัต์ยทางการค้า⁴¹ พฤติกรรมที่สร้างภาระแก่คู่กรณีอย่างไม่เหมาะสมเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ⁴² พฤติกรรมที่ก่อผลกระทบต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีอย่างไม่เหมาะสม⁴³ และพฤติกรรมที่ปราศจากเหตุผลอันอาจกล่าวอ้างได้⁴⁴ ทั้งนี้ ผู้ใช้กฎหมายจำเป็นต้องพิจารณาความไม่เป็นธรรมของพฤติกรรมโดยยึดโยงกับพฤติการณ์แห่งคดีด้วย

ก่อนที่จะทำการพิจารณาโดยเฉพาะเจาะจงในลำดับถัดไปว่า การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้ การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม และการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้น เข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามนัยมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ อย่างไรนั้น ประเด็นที่จะต้องพิจารณาเสียก่อนในที่นี้ ก็คือ กรณีเช่นใดที่จะถือได้ว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบเกิดขึ้น

แน่นอนว่า ก่อนที่จะมีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบได้นั้น ในขั้นแรกจะต้องมีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบเสียก่อน ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า ในกรณีใดที่จะถือได้ว่าการเลียนแบบสินค้าต้นแบบ และหลังจากนั้นจึงค่อยพิจารณาต่อไปว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเกิดขึ้นได้อย่างไร

⁴¹ เปรียบเทียบ Article 10 bis Paris Convention for the Protection of Industrial Property; BGH, Urteil vom 3. Februar 1988 - I ZR 222/85, GRUR 1988, 614, 615 - BTX – Werbung; Rogier W. de Vry, *Towards a European Unfair Competition*, pp. 167–168; ฌูร์นันท์ ยนต์วิทย์, *หลักเกณฑ์การวินิจฉัยพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ศึกษาเฉพาะกรณีพฤติกรรมการแข่งขันประเภทการส่งเสริมการขาย*, หน้า 123.

⁴² เปรียบเทียบ ข้อ 5 (2) ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการค้าส่งค้าปลีกกับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย พ.ศ. 2562.

⁴³ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 36 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 33 – Exzenterzähne; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, paras 1194 and 1196; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 26; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

⁴⁴ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 4. März 2004 - I ZR 221/01, JR 2005, 148, 149 - Direktansprache am Arbeitsplatz; Federal Trade Commission, “Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act” (13 August 2015), “ข้อ 11 (3) และ 11 (4) ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น พ.ศ.2561” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf [27 มีนาคม 2564]

อนึ่ง ในเบื้องต้น มีข้อที่ต้องตระหนักเป็นพื้นฐานเสียก่อนว่า สินค้าต้นแบบที่ควรค่าที่จะได้รับการปกป้องจากการเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์บางประการที่ทำให้สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายสามารถรับรู้ได้ถึงแหล่งที่มาทางการค้าหรือความพิเศษของสินค้า หรือ ที่เรียกกันในงานนิติศาสตร์เยอรมันว่า “ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน”⁴⁵ ทั้งนี้ ก็เนื่องจากว่า หากสินค้าต้นแบบมีเพียงลักษณะที่เป็นลักษณะที่พบได้ทั่วไปของสินค้าชนิดนั้น ๆ ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบก็ไม่ได้มีความชอบธรรมอันใดที่จะห้ามผู้ผลิตสินค้ารายอื่นในการที่จะใช้ลักษณะดังกล่าวมาผลิตสินค้าและเสนอขาย โดยอ้างว่าการกระทำของผู้ผลิตสินค้ารายอื่นนั้นเป็นกระทำการค้าอันไม่เป็นธรรม⁴⁶ ในแง่นี้เอง อาจกล่าวได้ว่า เงื่อนไขเรื่องลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันนั้นทำหน้าที่ในทำนองเดียวกันกับเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มักจะกำหนดคุณสมบัติของสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะนั่นเอง⁴⁷

ทั้งนี้ ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันอาจปรากฏในรูปแบบของลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์ของสินค้า (ซึ่งมองเห็นได้จากภายนอก) อันทำให้สินค้านั้นมีความแตกต่างไปจากลักษณะที่พบได้ทั่วไปของสินค้าประเภทนั้น ๆ⁴⁸ หรืออาจจะปรากฏในรูปแบบของลักษณะเชิงเทคนิคของสินค้าที่แตกต่างไปจากลักษณะเชิงเทคนิคของสินค้าของผู้ผลิตรายอื่นในตลาดอย่างชัดเจน⁴⁹ หรือ

⁴⁵ BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06 Rn. 22 – LIKEaBIKE; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 19 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 10 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/32; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, paras 1129 and 1133; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 14; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, paras 3.24 and 3.33.

⁴⁶ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1129; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/32.

⁴⁷ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/32.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 877 - Tchibo/Rolux I; BGH, Urteil vom 10. Dezember 1986 - I ZR 15/85, GRUR 1987, 903, 905 - Le Corbusier-Möbel; BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 26 - Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/40; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1145; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.27.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 17-20 – Exzenterzähne; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.28.

อาจปรากฏในรูปแบบของลักษณะที่สามารถแสดงแหล่งที่มาของสินค้าได้ อาทิ ชื่อทางการค้า⁵⁰ หรือรูปร่างของสินค้าที่ทำให้ผู้ที่ได้สัมผัสสินค้านั้นสามารถจำแนกแหล่งที่มาของสินค้าได้⁵¹ อนึ่ง มีข้อพึงระลึกว่า ในการพิจารณาลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันนั้น จะต้องพิจารณาจากความประทับใจโดยรวมที่สาธารณชนมีต่อสินค้านั้นเป็นสิ่งสำคัญ⁵²

ทั้งนี้ ในกรณีใดก็ตามที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ทำการเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบ นั้นก็จะถือในเบื้องต้นได้ว่า มีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบแล้ว⁵³ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบมีความตั้งใจที่จะเลียนแบบหรือไม่⁵⁴ ทั้งนี้ จะถือว่าผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบมีความตั้งใจเลียนแบบ ก็ต่อเมื่อ ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบทำการเลียนแบบโดยรับรู้ถึงการดำรงอยู่ของสินค้าต้นแบบนั่นเอง⁵⁵ อนึ่ง การที่สินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบมีความต้องตรงกันอย่างมีนัยสำคัญก็พอจะถือเป็นหลักฐานในเบื้องต้นที่แสดงได้ว่าผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบรับรู้ถึงการดำรงอยู่ของสินค้าต้นแบบ⁵⁶

ทั้งนี้ ความต้องตรงกันหรือความคล้ายกันของสินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบนั้น จะต้องพิจารณาผ่านมุมมองของผู้บริโภคโดยเฉลี่ยซึ่งมีข้อมูลโดยปานกลางและมีความระมัดระวังพอสมควรแก่พฤติการณ์ว่า หากเขาไม่เห็นสินค้าทั้งสองวางข้างกันและไม่สามารถทำการเปรียบเทียบสินค้า

⁵⁰ BGH, Urteil vom 15. Juni 2000 - I ZR 90/98, GRUR 2001, 251, 253 – Messerkennzeichnung; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/42.

⁵¹ BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 199/06 Rn. 14 – Ausbeinmesser; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, paras 1148-1149.

⁵² BGH, Urteil vom 22. März 2012 - I ZR 21/11 Rn. 31 – Sandmalkasten; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1135; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 38; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.24.

⁵³ BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 32 – Handtaschen; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 21; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.34.

⁵⁴ Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 22.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 - I ZR 170/05 Rn. 24 – ICON; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/46; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1165; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.34.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 23. Mai 1991 - I ZR 286/89, GRUR 1991, 914, 916 – Kastanienmuster; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/46.

ทั้งสองได้โดยตรง เขาจะระลึกได้หรือไม่ว่าสินค้าทั้งสองมีความสัมพันธ์กัน⁵⁷ ทั้งนี้ ในการพิจารณา ดังกล่าวจะให้ความสำคัญกับความประทับใจโดยรวมที่ผู้บริโภคมีต่อสินค้าทั้งสองเป็นสำคัญ⁵⁸

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ในการพิจารณาว่า มีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบหรือไม่นั้น ไม่จำเป็นต้องได้ความว่า สินค้าเลียนแบบนั้นมีความเหมือนกับสินค้าต้นแบบทุกประการแต่อย่างใด ลำพัง การเลียนแบบจนเกือบเหมือนหรือเลียนแบบโดยมีการปรับปรุง ก็ถือได้ว่า มีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบเกิดขึ้นแล้ว⁵⁹

เมื่อได้ความว่ามีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบแล้ว ขั้นตอนต่อไปจะต้องพิจารณาว่ามีการนำสินค้าเลียนแบบดังกล่าวไปเสนอขายหรือไม่ อนึ่ง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบก็คือ การนำสินค้าเลียนแบบไปเสนอขายต่อสาธารณชนนั่นเอง⁶⁰ ทั้งนี้ การนำสินค้าเลียนแบบไปเสนอขายต่อสาธารณชนนั้น อาจจะเป็นการเสนอขายต่อ ผู้จัดจำหน่าย ผู้ซื้อรายใหญ่ หรือผู้ซื้อคนสุดท้ายก็ได้⁶¹

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า โดยสภาพ “ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ” ย่อมต้องเป็น “ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบ” อยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการเสนอขายให้แก่ผู้จัดจำหน่าย ผู้ซื้อรายใหญ่ หรือผู้ซื้อคนสุดท้ายก็ตาม แต่ “ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบ” นั้นอาจจะไม่จำเป็นต้องเป็น “ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ” ก็ได้ เช่น ผู้จัดจำหน่ายสินค้าเลียนแบบที่ไม่ได้ผลิตสินค้านั้นด้วยตนเอง ถือว่า มีฐานะเป็นผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ หากได้ความว่า เขาทราบว่าเป็นสินค้าที่ตนเสนอขายนั้นเป็นสินค้าเลียนแบบ⁶²

จากที่อธิบายมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประเด็นที่ว่า สินค้าต้นแบบมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน หรือไม่ กับประเด็นที่ว่า มีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบเกิดขึ้นหรือไม่ นั้น จะมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ ถ้าสินค้าต้นแบบมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน การที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ

⁵⁷ BGH, Urteil vom 14. September 2017 - I ZR 2/16 Rn. 29 - Leuchtbalken; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.37a.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 14. September 2017 - I ZR 2/16 Rn. 29 - Leuchtbalken; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.37a.

⁵⁹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/47 - 3/49; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.34b.

⁶⁰ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/50.

⁶¹ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 15 - Exzenterzähne.

⁶² Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 48.

ทำการเลียนแบบลักษณะดังกล่าว ก็จะได้ว่ามีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบเกิดขึ้น และหากผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบนำสินค้าเลียนแบบไปเสนอขายต่อสาธารณชนก็จะถือว่า การกระทำดังกล่าว เป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า โดยปกติวิสัยแล้ว ผู้ผลิตสินค้าแต่ละรายย่อมต้องเสนอขายสินค้าของตนโดยทำให้สินค้าของตนมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน เพื่อที่จะสร้างความแตกต่างจากสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ ดังนั้น ยิ่งได้ความว่าสินค้าต้นแบบมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันมากเท่าไร ประกอบกับ ยิ่งได้ความว่าผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบทำการเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบจนเหมือนมากเท่าไร โอกาสที่จะถือว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวจะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ยิ่งมากขึ้นเท่านั้น⁶³

2.3 ข้อพิจารณาในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

การเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบ อาจทำให้ผู้ซื้อเข้าใจผิดว่าสินค้าเลียนแบบนั้นเป็นสินค้าต้นแบบ และทำการซื้อสินค้าเลียนแบบแทนที่จะซื้อสินค้าต้นแบบได้ด้วยเหตุนี้เอง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้น จึงเป็นการทำให้โอกาสในการขายสินค้าต้นแบบนั้นลดน้อยลง และถือได้ว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน และเข้าข่ายเป็น “การกีดกัน” การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ⁶⁴

⁶³ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10 Rn. 42 – Seilzirkus; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 14 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 15 – Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 9 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitzer, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/26; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 72; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 19; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.2a.

⁶⁴ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 คำว่า “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน.

อย่างไรก็ดี จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่น “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามนัยของมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่⁶⁵

ทั้งนี้ โดยปกติวิสัยทางการค้าแล้ว เมื่อผู้ประกอบการรายหนึ่งขายสินค้าของตนให้แก่ลูกค้าผู้ประกอบการรายดังกล่าวย่อมแสดงตนว่าเป็นเจ้าของสินค้านั้น และลูกค้าก็จะเข้าใจว่าสินค้าเช่นว่าเป็นสินค้าของผู้ประกอบการรายดังกล่าว มิใช่สินค้าของผู้อื่น หากสินค้านั้นมีคุณภาพดี ผู้ประกอบการรายดังกล่าวก็จะได้รับประโยชน์อันเป็นผลจากความอดสาเหของคนที่ผลิตสินค้าที่คุณภาพดี ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการรักษาสถานลูกค้าเดิม หรือได้มาซึ่งฐานลูกค้าใหม่ แต่หากสินค้านั้นคุณภาพไม่ดี ผู้ประกอบการรายดังกล่าวก็ต้องรับผลร้ายที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการเสียฐานลูกค้าเดิม หรือ ไม่สามารถที่จะสร้างฐานลูกค้าใหม่ได้ เป็นต้น อันทำให้เขาต้องพยายามปรับปรุงคุณภาพสินค้าของตนเพื่อจะได้อยู่รอดในตลาดต่อไป

ด้วยเหตุนี้เอง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่ทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า (เช่น การที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบเสนอขายสินค้าเลียนแบบในประการที่ทำให้ผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้าของตนเป็นสินค้าของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ หรือทำให้ผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้าของตนมาจากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ เป็นต้น) ทั้ง ๆ ที่ การหลอกลวงดังกล่าวนั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยใช้มาตรการที่เหมาะสมและสมเหตุสมผล (เช่น อันที่จริงแล้ว ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบสามารถติดเครื่องหมายการค้าของตนที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าของสินค้าต้นแบบให้ปรากฏเด่นชัดบนสินค้าได้ หรือสามารถใช้บรรทัดที่แตกต่างอย่างชัดเจนจากสินค้าต้นแบบได้) จึงเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อประเพณีทางการค้า อีกทั้งการหลอกลวงดังกล่าวยังสะท้อนความไม่ซื่อสัตย์ของพฤติกรรมอยู่ในตัวอีกด้วย⁶⁶ นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวยังเป็นการกินแรง (free ride) ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบที่มีความอดสาเหในการสร้างและรักษาคุณภาพของสินค้าอีกด้วย จึงถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสร้างผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบโดยไม่เหมาะสม ยิ่งไปกว่านั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงแหล่งที่มา ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้ก็ไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย ทางเศรษฐกิจ หรือทางเทคนิคอันอาจกล่าวอ้างได้

⁶⁵ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นธรรมของการกระทำทางการค้า ได้แก่ จาริตประเพณีทางการค้า ความซื่อสัตย์ทางการค้า ความเหมาะสมของภาระของคู่กรณีเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ ความเหมาะสมของผลกระทบต่อเกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของคู่กรณี และเหตุผลของการกระทำ.

⁶⁶ ดู Article 10 bis Paris Convention for the Protection of Industrial Property.

อีกด้วย เช่นนี้ จึงสามารถจะถือได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้น เป็นการกระทำทางการค้าที่มี “ความไม่เป็นธรรม” แฝงอยู่

ด้วยเหตุผลข้างต้น สามารถจะวินิจฉัยได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้น เข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่น “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ นอกจากนี้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการขายของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้ จึงถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบถูกทำลายลง อันจะเข้าข่ายเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตามมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้เช่นกัน⁶⁷

ในการพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดเป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้นจะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีขั้นตอนในการพิจารณา 2 ขั้นตอน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก คือ การพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง คือ การพิจารณาว่า การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้านั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้หรือไม่

ทั้งนี้ จะได้อธิบายรายละเอียดของขั้นตอนทั้งสองดังกล่าว ในลำดับต่อไป

2.3.1 การเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า

สำหรับการพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีที่เกิดขึ้นทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าหรือไม่นั้น มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

⁶⁷ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 ความเสียหายแก่ผู้ประกอบการอื่น ก็คือ โอกาสในการประกอบธุรกิจที่ถูกทำลายไป.

ข้อพิจารณาที่ 1 สินค้าต้นแบบเป็นที่รู้จักอย่างแน่นอน

ในเบื้องต้นต้องได้ความเสียก่อนว่า สินค้าต้นแบบนั้นเป็นที่รู้จักอย่างแน่นอนในหมู่สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายแล้ว โดยจะต้องเป็นที่รู้จักในหมู่สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายในสัดส่วนที่ไม่ใช่สัดส่วนที่ไม่มีนัยสำคัญด้วย เนื่องจาก โดยตรรกะแล้ว ถ้าสินค้าต้นแบบไม่เป็นที่รู้จักในหมู่สาธารณชนผู้ซื้อเสียก่อนแล้ว ก็คงไม่อาจจะถือได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวเป็นการหลอกลวงผู้ซื้อว่า สินค้าเลียนแบบนั้นมีแหล่งที่มาจากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ⁶⁸

ข้อพิจารณาที่ 2 สินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบมีความคล้ายกัน

ในลำดับต่อไป จะต้องได้ความว่า เมื่อพิจารณาจากความประทับใจโดยรวมของสินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบแล้ว สาธารณชน ณ เวลาซื้อสินค้า มองว่าสินค้าทั้งสองมีความคล้ายกัน⁶⁹ ทั้งนี้ ให้พิจารณาจากความเข้าใจของสมาชิกโดยเฉลี่ยของสาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายผู้ซึ่งมีข้อมูลระดับปานกลาง มีเหตุผลและมีความระมัดระวังตามควรแก่กรณี⁷⁰ โดยในแต่ละคดี ระดับความระมัดระวังของผู้ซื้ออาจแตกต่างกันออกไปได้ตามประเภทสินค้าและพฤติการณ์แวดล้อมในเวลาซื้อสินค้า⁷¹

⁶⁸ BGH, Urteil vom 24. März 2005 - I ZR 131/02, GRUR 2005, 600, 602 – Handtuchklemmen; BGH, Urteil vom 15. September 2005 - I ZR 151/02 Rn. 35 – Jeans; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, paras 1191-1192; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/56; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, paras 53 and 57 ; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, paras 15 and 18; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.41a.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06 Rn. 39-41 – LIKEaBIKE; BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 352 – Klemmbausteine III; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, paras 1184 and 1186; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, paras 3/55 and 3/56; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, paras 54 and 57; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, paras 24 - 25.

⁷⁰ BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 352 – Klemmbausteine III; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, paras 3/52 and 3/54; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 25; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.42.

⁷¹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/54; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.41.

ทั้งนี้ หากปรากฏว่า ณ เวลาซื้อสินค้า สาธารณชนต้องใช้ความพยายามเป็นอย่างมากในการจำแนกความแตกต่างของสินค้าทั้งสอง กรณีดังกล่าวถือได้ว่ามีความเป็นไปได้ในการเกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า⁷² แต่สำหรับกรณีที่ ณ เวลาซื้อสินค้า เพียงแค่สาธารณชนใช้ความพยายามเพียงเล็กน้อยก็สามารถจำแนกความแตกต่างระหว่างสินค้าทั้งสองได้แล้ว กรณีดังกล่าวจะถือว่า ไม่มีความเป็นไปได้ในการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า⁷³ ด้วยเหตุนี้เอง จึงกล่าวได้ว่า กรณีที่มีระดับการเลียนแบบสูง เช่น เลียนแบบจนเหมือน โอกาสที่จะทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ก็อย่างยิ่งสูงเช่นกัน⁷⁴

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้านั้น มิได้จำกัดแค่การทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้าเลียนแบบนั้นคือสินค้าต้นแบบ (หรือ ที่เรียกกันในวงการนิติศาสตร์เยอรมันว่า “การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าโดยตรง”) เท่านั้น⁷⁵ อันที่จริงแล้ว การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้ายังมีความหมายรวมถึงการทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเข้าใจว่า สินค้าเลียนแบบนั้นเป็นสินค้าที่มีที่มาจากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ (หรือที่เรียกกันในวงการนิติศาสตร์เยอรมันว่า “การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าในความหมายอย่างกว้าง”) ด้วย⁷⁶ ในกรณีเช่นว่านี้เอง แม้ผู้ซื้อจะใช้เวลาความระมัดระวังในการพิจารณาความแตกต่างของสินค้าแล้วก็ตาม แต่การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าของสินค้าก็ยังสามารถเกิดขึ้นได้ หากผู้ซื้อเข้าใจว่าผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบกับผู้ผลิตสินค้าต้นแบบมีความสัมพันธ์กันทางสัญญาหรือธุรกิจ เป็นต้น⁷⁷

⁷² BGH, Urteil vom 8. Dezember 1999 - I ZR 101/97, GRUR 2000, 521, 524 – Modulgerüst I; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/57; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, para 54.

⁷³ BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 41 – Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/57; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 25; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.43.

⁷⁴ BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 - I ZR 104/04 Rn. 36 – Gartenliege; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.43.

⁷⁵ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/53; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1183.

⁷⁶ Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1183.

⁷⁷ Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 9. November 2007 - 6 U 9/07 Rn. 35; BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 Rn. 15 – Knoblauchwürste; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, paras 3/53-3/54; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, para 55; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 24.

2.3.2 การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่สามารถหลีกเลี่ยงได้

ในการพิจารณาว่า การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าเป็นสิ่งที่สามารถหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ ในเบื้องต้น จะต้องทำการพิจารณาว่า ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบสามารถใช้มาตรการในการป้องกันการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่เหมาะสมและสมเหตุสมผลได้แต่ละเลยที่จะใช้มาตรการดังกล่าว ใช่หรือไม่ ในกรณีที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบสามารถใช้มาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่เหมาะสมและสมเหตุสมผลได้ (เช่น การติดเครื่องหมายการค้าของตนบนสินค้าเลียนแบบให้ชัดเจน การใช้บรรจุภัณฑ์ที่แตกต่างไปจากสินค้าต้นแบบ และการใช้การออกแบบสินค้าที่แตกต่างจากสินค้าต้นแบบ เป็นต้น⁷⁸) แต่เขาละเลยที่จะได้ใช้มาตรการดังกล่าว ก็จะต้องถือว่า การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้านั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้⁷⁹ ทั้งนี้ ยิ่งระดับการเลียนแบบของสินค้าสูงเท่าไร ระดับของมาตรการที่จะใช้ในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าก็ยิ่งต้องสูงขึ้นเท่านั้น⁸⁰

อนึ่ง ในการพิจารณาความเหมาะสมและความสมเหตุสมผลของมาตรการในการป้องกันการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

ประการแรก ความเหมาะสมของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าจะต้องพิจารณาจากมุมมองของผู้ซื้อ ณ เวลาซื้อสินค้าประกอบกับพฤติการณ์แห่งคดี

ในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าให้พิจารณาจากมุมมองของผู้ซื้อโดยเฉลี่ย ณ เวลาซื้อสินค้า ประกอบกับพฤติการณ์แห่งคดี เช่น ลักษณะของสินค้า ลักษณะของมาตรการ และสถานการณ์ต่าง ๆ ในการซื้อสินค้า⁸¹ ทั้งนี้ มาตรการใดสามารถทำให้ผู้ซื้อโดยเฉลี่ยรู้ในขณะที่มีการซื้อสินค้าได้ว่า สินค้า

⁷⁸ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/60.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 28. Oktober 2004 - I ZR 326/01, GRUR 2005, 166, 167 – Puppenausstattung; BGH, Urteil vom 15. September 2005 - I ZR 151/02 Rn. 19 – Jeans; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1194; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 58; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

⁸⁰ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/60.

⁸¹ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

เลียนแบบนั้นไม่ใช่สินค้าต้นแบบ ก็ถือว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่เหมาะสม⁸²

ประการที่สอง ความสมเหตุสมผลของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อ ในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าจะต้องทำการพิจารณาโดยมีการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์

ในการพิจารณาความสมเหตุสมผลของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าให้พิจารณาโดยนำผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ ผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ และผลประโยชน์ของผู้ซื้อสินค้า ตลอดจนผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมมาชั่งน้ำหนักกัน อาทิ ในกรณีที่สินค้าต้นแบบไม่มีความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ให้นำผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบที่ไม่ต้องการให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบที่จะนำลักษณะของสินค้าที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาใช้ในการผลิตสินค้า และผลประโยชน์ของผู้ซื้อที่จะได้รับจากการแข่งขันด้านราคาและคุณภาพมาชั่งน้ำหนักกัน⁸³

ตัวอย่างการพิจารณาความสมเหตุสมผลของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าโดยการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ เช่น ในกรณีที่ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบเป็นลักษณะเชิงเทคนิคที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหา (เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์การใช้งาน โอกาสในการขายสินค้า และความคาดหวังของผู้บริโภค) และไม่มีความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ในกรณีเช่นว่ามาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่สมเหตุสมผลจะไม่ใช้การให้ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบเลี่ยงไปใช้ลักษณะเชิงเทคนิคอื่น⁸⁴ เนื่องจากการให้ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบเลี่ยงไปใช้ลักษณะเชิงเทคนิคอื่นนั้นเท่ากับเป็นการสถาปนาอำนาจผูกขาดในลักษณะเชิงเทคนิคที่เหมาะสมให้แก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบทั้ง ๆ ที่ลักษณะเชิงเทคนิคดังกล่าวไม่มีความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ซึ่งการสถาปนาอำนาจผูกขาดในลักษณะเชิงเทคนิคดังกล่าวมิได้เป็นวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่ใช้

⁸² Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

⁸³ BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 36 – Regalsystem; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, paras 1194 and 1196; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 26; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

⁸⁴ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 35 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/62; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.49.

ในการต่อต้านการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมอย่างมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560⁸⁵ ด้วยเหตุนี้เอง ในกรณีเช่นว่า มาตราการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่สมเหตุสมผล จึงเป็นเพียงแค่การที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบใช้เครื่องหมายการค้าของตนติดบนสินค้าอย่างชัดเจนเท่านั้น⁸⁶

ในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบเป็นลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์โดยหลักแล้ว ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบจะมีทางเลือกอย่างกว้างขวางในการออกแบบ⁸⁷ ดังนั้น มาตราการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่สมเหตุสมผล ก็คือ การใช้ลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์ที่ต่างออกไปจากลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์ของสินค้าต้นแบบนั่นเอง⁸⁸

2.4 ข้อพิจารณาในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

การเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบในบางกรณีอาจทำให้ผู้ซื้อเกิดแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบเพิ่มขึ้น เนื่องจากผู้ซื้อมองว่าสินค้าเลียนแบบเองก็มีลักษณะที่สะท้อนคุณภาพที่ดีหรือสะท้อนรสนิยมได้ในทำนองเดียวกันกับสินค้าต้นแบบ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเช่นว่าถือได้ว่าเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม⁸⁹

⁸⁵ เปรียบเทียบ Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 26.

⁸⁶ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 35 - Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/62.

⁸⁷ BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 38 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 42 – Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 34 - Exzenterzähne; BGH, Urteil vom 2. Dezember 2015 - I ZR 176/14 Rn. 68 - Herrnhuter Stern; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 28; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.48.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 38 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 42 – Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 34 - Exzenterzähne; BGH, Urteil vom 2. Dezember 2015 - I ZR 176/14 Rn. 68 - Herrnhuter Stern; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 28; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.48.

⁸⁹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/67.

ด้วยเหตุที่การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในลักษณะดังกล่าวทำให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบเพิ่มมากขึ้นนี้เอง ย่อมส่งผลสะท้อนให้โอกาสในการขายสินค้าต้นแบบนั้นลดน้อยลงด้วย ซึ่งนั่นก็ถือว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน ดังนั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเป็นใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นจึงเข้าข่ายเป็น “การกีดกัน” การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้⁹⁰

ในขั้นต่อไป จะต้องพิจารณาว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้⁹¹

โดยทั่วไปแล้ว ผู้ผลิตต่างก็มุ่งหวังจะให้สินค้าของตนได้รับความนิยม ในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ตามปกติวิสัยทางการค้าแล้ว เขาจำเป็นต้องลงทุนและความอุตสาหะในการออกแบบลักษณะของสินค้าของตนให้สะท้อนถึงคุณภาพที่ดีหรือสะท้อนเอกลักษณ์เฉพาะตัวโดดเด่นอย่างใดก็ตาม ด้วยเหตุที่ลักษณะบางประการของสินค้าสามารถสะท้อนคุณภาพหรือเอกลักษณ์เฉพาะตัวของสินค้า หรือสะท้อนรสนิยมได้นี้เอง ผู้ประกอบธุรกิจบางรายจึงเลือกที่จะทำให้อำนาจของสินค้ามีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะสินค้าต้นแบบซึ่งผลิตโดยผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยไม่ลงทุนและความอุตสาหะในการออกแบบสินค้าด้วยตนเอง ทั้ง ๆ ที่ตนสามารถใช้การออกแบบอื่น ๆ ที่ต่างไปจากสินค้าต้นแบบได้โดยปราศจากข้อจำกัดใด ๆ กรณีเช่นนี้อาจทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเกิดแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบแทนที่จะซื้อสินค้าต้นแบบได้ พฤติกรรมดังกล่าวนอกจากจะไม่เป็นไปตามประเพณีการค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจต่างรายต่างลงทุนและความอุตสาหะในการพัฒนาสินค้าของตนให้มีคุณภาพดีหรือมีเอกลักษณ์หรือมีคุณสมบัติในการสะท้อนรสนิยมแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมอีกด้วย เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบกินแรง (free ride) ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบซึ่งได้ลงทุนและความอุตสาหะในการพัฒนาสินค้าของตนให้มีคุณภาพดีหรือมีเอกลักษณ์ หรือมีคุณสมบัติในการสะท้อนรสนิยมจนได้รับความนิยมจากสาธารณชนนั่นเอง นอกจากนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเช่นว่า

⁹⁰ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 คำว่า “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน.

⁹¹ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นธรรมของการกระทำทางการค้า ได้แก่ จารัตประเพณีทางการค้า ความซื่อสัตย์ทางการค้า ความเหมาะสมของภาระของคู่กรณีเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ ความเหมาะสมของผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของคู่กรณี และเหตุผลของการกระทำ.

ยังไม่มีเหตุผลอันอาจกล่าวอ้างได้อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลทางกฎหมาย เศรษฐกิจ หรือเทคนิคก็ตาม ดังนั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการกระทำทางการค้าที่มีความไม่เป็นธรรมแฝงตัวอยู่

ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้เอง จึงนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ ยิ่งไปกว่านั้น เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการขายของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้นี้เอง จึงถือว่าการกระทำเช่นว่าทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบถูกทำลายไป อันจะเข้าข่ายเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตามมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้เช่นกัน⁹²

ในการวินิจฉัยว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดเข้าข่ายเป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม ซึ่งเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น มีขั้นตอนในการพิจารณา 2 ขั้นตอน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก คือ การพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง คือ การพิจารณาว่า การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบนั้นมีความไม่เหมาะสมหรือไม่

ทั้งนี้ จะได้อธิบายรายละเอียดของขั้นตอนทั้งสองในลำดับถัดไป

2.4.1 การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบ

ในการพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบหรือไม่ มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

⁹² ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 ความเสียหายแก่ผู้ประกอบการอื่น ก็คือ โอกาสในการประกอบธุรกิจที่ถูกทำลายไป.

ข้อพิจารณาที่ 1 สินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่ได้รับความนิยม

ในเบื้องต้น จะต้องได้ความว่าสินค้าต้นแบบในคดีดังกล่าวได้รับความนิยมจากสาธารณชนแล้ว⁹³ กล่าวคือ สินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงที่ดี และภาพลักษณ์ที่ติดนั่นเอง⁹⁴ โดยความนิยมของสินค้าต้นแบบนี้มีที่มาจากการรักษาคุณภาพอย่างยาวนาน ภาพลักษณ์เฉพาะตัว หรือความหรูหราสง่างาม เป็นต้น⁹⁵ ทั้งนี้ หลักฐานประการสำคัญที่สามารถแสดงได้ว่าสินค้าต้นแบบได้รับความนิยม ได้แก่ ยอดขายที่ดี⁹⁶ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การที่จะถือว่าสินค้าต้นแบบได้รับความนิยมนั้น ต้องปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่าสินค้าต้นแบบดังกล่าวเป็นที่รู้จัก “อย่างแน่นนอน” ในหมู่สาธารณชน⁹⁷ โดยอาจพิจารณาได้จากระดับของส่วนแบ่งตลาด ระดับการลงทุนด้านโฆษณา หรือระยะเวลาที่มีการเสนอขายสินค้าต้นแบบ เป็นต้น⁹⁸

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ยิ่งระดับของความเป็นที่รู้จักหรือระดับของความนิยมของสินค้าต้นแบบสูงมากเท่าไร โอกาสที่จะถือว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมก็จะยิ่งสูงขึ้นเท่านั้น⁹⁹

⁹³ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁴ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, paras 1197-1198; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, paras 3/64 and 3/65; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 61.

⁹⁵ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1198; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁶ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁷ Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 28. Oktober 2010 - 6 U 87/09 Rn. 41-42; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/66; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁸ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁹ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

ข้อพิจารณาที่ 2 ผู้ซื้อได้ถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบไปยังสินค้าเลียนแบบ

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบจะเข้าข่ายเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบ ก็ต่อเมื่อ สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายได้ถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบไปยังสินค้าเลียนแบบ¹⁰⁰ ทั้งนี้ การถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบไปยังสินค้าเลียนแบบ จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวทำให้สาธารณชนผู้ซื้อรู้สึกว่ สินค้าเลียนแบบมีความน่าดึงดูดใจในการซื้อมากยิ่งขึ้น โดยมีใช้แค่เพียงกรณีที่ผู้ซื้อเกิดความคิดเชื่อมโยงไปยังสินค้าต้นแบบและเกิดเพียงแค่ความสนใจในสินค้าเลียนแบบเท่านั้น¹⁰¹

การถ่ายโอนความนิยมนั้นจะมีความสัมพันธ์กับการแอบอิงสินค้าต้นแบบซึ่งก็คือการที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบทำให้สินค้าของตนมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับลักษณะของสินค้าต้นแบบที่เป็นที่รู้จักในหมู่สาธารณชนนั่นเอง¹⁰² ทั้งนี้ ยิ่งระดับของการแอบอิงสูงเท่าไร ระดับของการถ่ายโอนความนิยมก็ยิ่งมากขึ้นเท่านั้น¹⁰³ อนึ่ง มีข้อที่พึงระลึกไว้ว่า หากการแอบอิงสินค้าต้นแบบในกรณีใดได้ก่อให้เกิดการถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบมายังสินค้าเลียนแบบแล้ว ในกรณีดังกล่าวนั้นก็ถือว่า มีการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบเกิดขึ้นแล้ว โดยมีพักต้องพิจารณาอีกว่า ในกรณีดังกล่าว นั้น มีการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าหรือไม่¹⁰⁴

¹⁰⁰ BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 353 - Klemmbausteine; BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - I ZR 30/07 Rn. 22 - Beta Layout; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1200; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.53.

¹⁰¹ BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 38 - Einkaufswagen III; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1204; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 33; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.53.

¹⁰² BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42 - Femur-Teil; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1201; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, para 62; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.55.

¹⁰³ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 878 - Tchibo/Rolox I; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67.

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 38 - Einkaufswagen III; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.55.

มีข้อสังเกตว่า การแอบอิงสินค้าต้นแบบในบางกรณี แม้จะไม่ได้ทำให้ผู้ซื้อสับสนในแหล่งที่มาของสินค้าก็ตาม แต่อาจทำให้บุคคลที่สาม (เช่น บุคคลที่พบเห็นผู้ซื้อกำลังใช้สินค้าเลียนแบบ) เข้าใจผิดว่าสินค้าเลียนแบบดังกล่าวเป็นสินค้าต้นแบบได้ และกรณีเช่นว่านี้เอง อาจทำให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจในการซื้อสินค้าเลียนแบบ อันนำไปสู่การถ่ายโอนความนิยมในสินค้าต้นแบบไปยังสินค้าเลียนแบบและถือได้ว่าการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบเกิดขึ้นได้เช่นกัน¹⁰⁵ ทั้งนี้ ยิ่งการแอบอิงสินค้าต้นแบบอยู่ในระดับสูง โอกาสที่จะทำให้บุคคลที่สามมีความสับสนระหว่างสินค้าต้นแบบกับสินค้าเลียนแบบ (post-sale confusion) และโอกาสที่จะเกิดการถ่ายโอนความนิยมก็ยิ่งสูงขึ้น¹⁰⁶

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่บุคคลที่สามซึ่งได้เห็นสินค้าเลียนแบบเพียงแค่อะไรบางอย่างทางความคิดไปถึงสินค้าต้นแบบเท่านั้น ยังไม่อาจจะถือได้ว่าการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบเกิดขึ้นแต่อย่างใด¹⁰⁷ นอกจากนี้ หากผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ใช้เครื่องหมายการค้าของตนบนสินค้าอย่างชัดเจนจนบุคคลที่สามสามารถสังเกตได้โดยทันทีแล้ว ก็ถือว่าโอกาสที่จะทำให้บุคคลที่สามเกิดความสับสนในแหล่งที่มาของสินค้าอันจะนำไปสู่การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบนั้นได้ถูกทำลายลงแล้ว¹⁰⁸

อนึ่ง มีข้อสังเกตที่ท้าทายว่า นอกเหนือจากกรณีที่มีการถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบมายังสินค้าเลียนแบบดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว อันที่จริงแล้ว การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบอาจเกิดขึ้นได้เช่นกันในกรณีที่การแอบอิงสินค้าต้นแบบทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเกิดความสับสนว่า สินค้าเลียนแบบคือสินค้าต้นแบบ และทำการซื้อสินค้าเลียนแบบเพราะคิดว่าเป็นสินค้าต้นแบบ เนื่องจากความสับสนของสาธารณชนผู้ซื้อในกรณีดังกล่าวทำให้ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้รับผลประโยชน์นั่นเอง¹⁰⁹ อย่างไรก็ดี หากผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ใช้เครื่องหมายการค้า

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 877 - Tchibo/Rolux I; Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 31. Januar 2012 - I-20 U 175/11 Rn. 107; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.55; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1203.

¹⁰⁶ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitzer, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67.

¹⁰⁷ Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 35.

¹⁰⁸ Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 24. Juli 2012 - I-20 U 35/12 Rn. 13; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1203.

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 41 - Femur-Teil; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1199; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.54.

ของตนอย่างชัดเจนแล้ว ก็ถือว่าการใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ทำลายโอกาสในการก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ซื้ออันเป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้เกิดการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบแล้ว¹¹⁰

2.4.2 การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบมีความไม่เหมาะสม

ในการพิจารณาว่า การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบมีความไม่เหมาะสมหรือไม่ ผู้ใช้กฎหมายในแต่ละคดีจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์โดยรวมในคดีเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระดับของชื่อเสียงหรือความนิยมของสินค้าต้นแบบและระดับของการแอบอิง เป็นต้น¹¹¹ นอกจากนี้ ผู้ใช้กฎหมายยังจะต้องนำผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ ผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ ผลประโยชน์ของผู้ซื้อ และผลประโยชน์ของส่วนรวมมาชั่งน้ำหนักกัน และในกรณีที่ลักษณะที่ถูกเลียนแบบนั้นหมดความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ก็จำเป็นต้องนำหลักเสรีภาพในการเลียนแบบมาพิจารณาประกอบด้วย¹¹²

ทั้งนี้ โดยหลักแล้ว ยังได้ความว่าสินค้าต้นแบบมีความนิยมมากเพียงใด ยิ่งระดับของการแอบอิงสูงทั้ง ๆ ที่สามารถเลี่ยงไปใช้การออกแบบอื่นได้มากเพียงใด ยิ่งต้นทุนในการวิจัยและพัฒนาสินค้าต้นแบบสูงแต่ต้นทุนในการเลียนแบบต่ำมากเพียงใด ก็ยิ่งจะถือได้ว่า การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบมีความไม่เหมาะสมมากขึ้นเท่านั้น¹¹³ อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า หากสินค้าต้นแบบไม่มีความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จะต้องนำหลักเสรีภาพในการเลียนแบบมาพิจารณาประกอบด้วย อาทิ ในกรณีที่สินค้าต้นแบบมีการออกแบบที่มีความ

¹¹⁰ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.54.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42 – Femur-Teil; BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 Rn. 66 – Bodendübel; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1199; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.51a; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/68.

¹¹² BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42-43 – Femur-Teil; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 33-36 und 39-41 – Exzenterzähne; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.51a; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1199; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 34.

¹¹³ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.51a; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/68.

เหมาะสมในการใช้งาน แต่การออกแบบดังกล่าวหมดความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว หากได้ความว่าผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ใช้เครื่องหมายการค้าของตนบนสินค้าซึ่งมีความแตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าของสินค้าต้นแบบอย่างชัดเจนแล้ว¹¹⁴ เช่นนี้จะต้องถือว่า ผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบในการเลียนแบบการออกแบบของสินค้าต้นแบบอันปราศจากความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีน้ำหนักมากกว่าผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบที่จะเสนอขายสินค้าที่มีการออกแบบดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียวต่อไป¹¹⁵ ด้วยเหตุนี้เอง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบโดยไม่เหมาะสม¹¹⁶

2.5 ข้อพิจารณาในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

ในบางกรณีการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบนั้นอาจทำให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าต้นแบบลดลง¹¹⁷ เนื่องจากผู้ซื้อที่เข้าใจผิดว่าสินค้าเลียนแบบคือสินค้าต้นแบบ อาจสำคัญผิดไปได้ว่าสินค้าต้นแบบนั้นมีคุณภาพต่ำ หรือผู้ซื้ออาจมองว่าการมีอยู่อย่างดาษดื่นของสินค้าเลียนแบบทำให้สินค้าต้นแบบสูญเสียความสามารถในการสะท้อนคุณภาพพิเศษ หรือรสนิยม หรือสูญเสียอัตลักษณ์ไปแล้ว เป็นต้น¹¹⁸ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีตามที่กล่าวมานั้น ถือว่าเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม¹¹⁹ อนึ่ง ด้วยเหตุที่การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวนี้ส่งผลให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าต้นแบบลดลงนี้เอง ทำให้โอกาสในการขายสินค้าต้นแบบนั้นลดน้อยถอยลงด้วยตามไปด้วยการกระทำดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการพัฒนาตน

¹¹⁴ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42-43 – Femur-Teil; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.53.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 43 – Femur-Teil.

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42 – Femur-Teil.

¹¹⁷ เปรียบเทียบ Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 65.

¹¹⁸ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70.

¹¹⁹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70.

ในเชิงการแข่งขัน และเข้าข่ายเป็น “การกีดกัน” การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้¹²⁰

ต่อไปจะเป็นการพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่¹²¹

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ว่า ตามปกติวิสัยทางการค้า ผู้ผลิตต่างต้องลงทุนและมีความอดทนในการออกแบบสินค้าของตนให้มีลักษณะที่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงคุณภาพที่ดีหรือเอกลักษณ์เฉพาะตัวที่โดดเด่น หรือสะท้อนรสนิยม เพื่อที่จะทำให้สินค้าของตนได้รับความนิยมจากผู้ซื้อ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผู้ประกอบการบางรายกลับเลือกที่จะทำการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งได้รับความนิยมจากสาธารณชนอยู่แล้ว อันส่งผลเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม อาทิ ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบบางรายทำการเลียนแบบสินค้าต้นแบบจนเหมือน แต่ไม่สามารถทำให้สินค้าเลียนแบบมีคุณภาพเทียบเท่าสินค้าต้นแบบได้ จนส่งผลให้ผู้ซื้อสำคัญผิดว่าสินค้าต้นแบบนั้นมีคุณภาพต่ำ หรือผู้ประกอบการบางรายได้เลียนแบบลักษณะที่สะท้อนคุณภาพพิเศษ หรือสะท้อนรสนิยม หรือแสดงเอกลักษณ์เฉพาะตัวของสินค้าต้นแบบ และนำสินค้าเลียนแบบดังกล่าวมาจำหน่ายเป็นจำนวนมากและในราคาถูก จนส่งผลให้ความสามารถในการสะท้อนคุณภาพพิเศษ หรือสะท้อนรสนิยม หรือแสดงเฉพาะตัวของสินค้าต้นแบบนั้นถูกทำลายลง เป็นต้น

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมดังที่กล่าวมานั้น นอกจากจะไม่สอดคล้องกับประเพณีทางการค้าซึ่งผู้ประกอบการต้องลงทุนและความอดทนในการออกแบบสินค้าของตนเองแล้ว ยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้า ต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมอีกด้วย เนื่องจากการที่การกระทำดังกล่าวส่งผลให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจในการซื้อสินค้าต้นแบบลดลง ก็เท่ากับว่าการกระทำดังกล่าวทำให้ศักยภาพในการขายสินค้าต้นแบบ ซึ่งถือว่าเป็นผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตกต่ำลงนั่นเอง เช่นนี้จึงถือได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเช่นว่าเป็นการกระทำทางการค้าที่มีความไม่เป็นธรรมแฝงตัวอยู่

¹²⁰ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 คำว่า “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนานวัตกรรมในการแข่งขัน.

¹²¹ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นธรรมของการกระทำทางการค้า ได้แก่ จารัตประเพณีทางการค้า ความซื่อสัตย์ทางการค้า ความเหมาะสมของภาระของคู่กรณีเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ ความเหมาะสมของผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของคู่กรณี และเหตุผลของการกระทำ.

ด้วยเหตุผลตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้เอง สามารถสรุปได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ซึ่งเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่น “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยิ่งไปกว่านั้น ด้วยเหตุที่การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการขายของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้ จึงถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบถูกทำลาย อันเข้าข่ายเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตามนัยของมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อีกด้วย¹²²

อนึ่ง ในการวินิจฉัยว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดเป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม อันจะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น มีขั้นตอนในการพิจารณา 2 ขั้นตอน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก คือ การพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง คือ การพิจารณาว่า การทำลายความนิยมดังกล่าวมีความไม่เหมาะสมหรือไม่ ทั้งนี้ จะได้อธิบายรายละเอียดของขั้นตอนทั้งสองในลำดับถัดไป

2.5.1 การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ

การพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในคดีที่กำลังพิจารณาเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบหรือไม่ มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

ข้อพิจารณาที่ 1 สินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่ได้รับความนิยม

ในเบื้องต้น จะต้องได้ความว่า สินค้าต้นแบบในคดีที่กำลังพิจารณาได้รับความนิยมจากสาธารณชน¹²³ หรือกล่าวอีกแง่หนึ่งก็คือ สาธารณชนจะต้องมองว่าสินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงที่ดี และภาพลักษณ์ที่ดีนั่นเอง¹²⁴ ทั้งนี้ ปัจจัยที่จะทำให้สินค้าต้นแบบได้รับความนิยมนั้นอาจ

¹²² ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 ความเสียหายแก่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ก็คือ โอกาสในการประกอบธุรกิจที่ถูกทำลายไป.

¹²³ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

¹²⁴ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1197-1198; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, paras 3/64 and 3/65; Horst-Peter Götting

เป็นผลมาจากการที่สินค้าต้นแบบสามารถรักษาคุณภาพได้อย่างยาวนาน มีภาพลักษณ์เฉพาะตัว หรือมีความหรูหราสง่างาม เป็นต้น¹²⁵ อนึ่ง การที่จะถือว่า สินค้าต้นแบบได้รับความนิยมาจากสาธารณชนนั้น ในเบื้องต้นจะต้องได้ความเสียก่อนว่าสินค้าต้นแบบดังกล่าวเป็นที่รู้จัก “อย่างแน่นนอน” ในหมู่สาธารณชนแล้ว¹²⁶

ข้อพิจารณาที่ 2 ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจในการที่จะเลือกซื้อสินค้าต้นแบบลดลง

เมื่อได้ความแล้วว่า สินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่ได้รับความนิยมาจากสาธารณชน ในการวินิจฉัยว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าต้นแบบลดลงหรือไม่¹²⁷ ถ้าใช่ ก็แสดงว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ

2.5.2 การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบมีความไม่เหมาะสม

ในการพิจารณาว่า การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบนั้นมีความไม่เหมาะสมหรือไม่ ผู้ใช้กฎหมายจำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์โดยรวมในแต่ละกรณี ในที่นี้จะตัวอย่างพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่เหมาะสมของการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ 2 กรณีดังต่อไปนี้

ก) กรณีสาธารณชนเกิดการเข้าใจผิดในคุณภาพของสินค้าต้นแบบ

ในกรณีที่สินค้าต้นแบบมีคุณภาพสูง แต่สินค้าเลียนแบบนั้นมีคุณภาพต่ำ การเลียนแบบลักษณะของสินค้าต้นแบบจนเหมือนหรือเกือบเหมือนทำให้ผู้ซื้อเกิดความสับสนได้ว่า สินค้าเลียนแบบนั้นเป็นสินค้าต้นแบบ และทำให้ผู้ซื้อสำคัญผิดว่า สินค้าต้นแบบมีคุณภาพต่ำ กรณีเช่นว่านี้ถือว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ

and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 61.

¹²⁵ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1198; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

¹²⁶ Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 28. Oktober 2010 - 6 U 87/09 Rn. 41-42; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/66; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

¹²⁷ เปรียบเทียบ Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 65.

อย่างไม่เหมาะสม¹²⁸ ข้อสังเกตสำคัญก็คือ ยิ่งการเลียนแบบอยู่ในระดับสูงเท่าไร ยิ่งสินค้าต้นแบบมีความนิยมเนื่องจากคุณภาพที่ดีเพียงใด ยิ่งคุณภาพของสินค้าต้นแบบกับสินค้าเลียนแบบต่างกันมากเพียงใด ก็ยิ่งมีโอกาสในการเกิดความเข้าใจผิดในคุณภาพของสินค้าต้นแบบอันนำไปสู่การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมมากขึ้นเท่านั้น¹²⁹

ข) กรณีเกิดการทำลายความเฉพาะตัว หรือภาพลักษณ์ของสินค้าต้นแบบ

ในกรณีที่สินค้าต้นแบบมีอัตลักษณ์สูง หรือมีภาพลักษณ์ที่สะท้อนรสนิยมที่หรูหรา สง่างาม หากปรากฏว่ามีการขายสินค้าที่เลียนแบบลักษณะของสินค้าต้นแบบในจำนวนมาก ในราคาถูกลง แม้ผู้ซื้อจะไม่สับสนว่าสินค้าเลียนแบบเป็นสินค้าต้นแบบก็ตาม แต่ในมุมมองของผู้ซื้ออาจมองได้ว่าสินค้าต้นแบบสูญเสียความเฉพาะตัวหรือภาพลักษณ์เช่นว่าไปแล้ว การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวก็ถือได้ว่า เป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมเช่นกัน¹³⁰

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ยิ่งสินค้าต้นแบบมีความนิยมเนื่องจากมีอัตลักษณ์หรือมีภาพลักษณ์ที่ดีเพียงใด ยิ่งมีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบจำนวนมาก ในราคาต่ำ เพียงใด ก็ยิ่งจะถือได้ว่า มีการทำลายความเฉพาะตัวหรือเอกลักษณ์ของสินค้าต้นแบบอันนำไปสู่การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมมากขึ้นเท่านั้น¹³¹

อนึ่ง ระดับของความคล้ายกันระหว่างสินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบก็มีความสำคัญในการพิจารณาว่ามีการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมหรือไม่ เช่นกัน กล่าวคือ

¹²⁸ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 49 und 51 – Femur-Teil; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1206; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 36; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.59.

¹²⁹ เปรียบเทียบ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

¹³⁰ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 878 - Tchibo/Rolux I; BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 48 – Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1205; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 65; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 36; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.59.

¹³¹ เปรียบเทียบ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

ในกรณีที่สินค้าเลียนแบบมีลักษณะแตกต่างจากสินค้าต้นแบบเป็นอย่างมาก จนสาธารณชนจำแนกสินค้าทั้งสองออกจากกันได้อย่างแน่ชัดและไม่เกิดความสับสนในแหล่งที่มาของสินค้า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นการทำลายความเฉพาะตัวของสินค้าต้นแบบ อันเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่จะนำไปสู่การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม¹³²

2.6 ข้อพิจารณาในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ

ในกรณีที่สินค้าต้นแบบมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันเนื่องจากได้ถูกผลิตขึ้นโดยอาศัยข้อมูลสำคัญบางประการ หากผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวโดยมิชอบ และนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ในการผลิตสินค้าเลียนแบบเพื่อนำมาเสนอขายแก่ผู้ซื้อ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวนี้ อาจทำให้โอกาสในการขายสินค้าต้นแบบนั้นลดน้อยลง เพราะผู้ซื้ออาจทำการเลือกซื้อสินค้าเลียนแบบแทนสินค้าต้นแบบ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน และเข้าข่ายเป็น “การกีดกัน” การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ¹³³

สำหรับประเด็นที่ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบโดยมิชอบนั้น เป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่นั้น สามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้¹³⁴

ตามปกติวิสัยทางการค้า ผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องลงทุนและใช้ความอดสาหะในการวิจัยและพัฒนาสินค้า และข้อมูลที่ได้จากการวิจัยและพัฒนานี้เองถือว่าเป็นสิ่งสำคัญในการผลิตสินค้า ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใดได้ข้อมูลที่เป็นในการผลิตสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมา

¹³² BGH, Urteil vom 5. März 1998 - I ZR 13/96, GRUR 1998, 830, 833 – Les-Paul-Gitarren; BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 48 – Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.59.

¹³³ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 คำว่า “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน.

¹³⁴ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นธรรมของการกระทำทางการค้า ได้แก่ จารีตประเพณีทางการค้า ความซื่อสัตย์ทางการค้า ความเหมาะสมของภาระของคู่กรณีเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ ความเหมาะสมของผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของคู่กรณี และเหตุผลของการกระทำ.

โดยมิชอบ ไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตาม และนำข้อมูลเช่นว่ามาผลิตสินค้าเลียนแบบ พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวย่อมถือว่าขัดต่อประเพณีการค้า อีกทั้งการกระทำดังกล่าวยังขัดกับความซื่อสัตย์ในทางการค้าอีกด้วย นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวยังเป็นการกีดกันผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของข้อมูล อันถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ก่อผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของข้อมูลอย่างไม่เหมาะสมอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น พฤติกรรมดังกล่าวก็อาจจะถูกอธิบายด้วยเหตุผลเชิงภววิสัยประการใดได้เลย ไม่ว่าจะเป็นในทางกฎหมาย ในทางเทคนิค หรือในทางเศรษฐกิจ ในแง่หนึ่ง จึงมองได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบ โดยมีการได้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้น เป็นการกระทำทางการค้าที่มีความไม่เป็นธรรมแฝงอยู่

ด้วยเหตุตามที่กล่าวมาข้างต้น จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบโดยมิชอบนั้นถือได้ว่าเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นอกจากนี้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการขายของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้เช่นกัน เช่นนี้ จึงถือได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้น ทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบถูกทำลายลงได้ อันจะเข้าข่ายเป็นการกระทำอันก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตามมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560¹³⁵

อนึ่ง ในการวินิจฉัยว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นเป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบ อันจะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ มีขั้นตอนในการพิจารณา 2 ขั้นตอน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก คือ การพิจารณาว่า ข้อมูลที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มานั้นเป็นข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง ก็คือ การพิจารณาว่า ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบหรือไม่

ทั้งนี้ จะได้อธิบายรายละเอียดของข้อพิจารณาทั้งสองในลำดับถัดไป

¹³⁵ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 ความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจอื่น ก็คือ โอกาสในการประกอบธุรกิจที่ถูกทำลายไป.

2.6.1 ข้อมูลที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มาเป็นข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบ

ในการวินิจฉัยว่า ข้อมูลที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มาเป็นข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบหรือไม่นั้น ให้พิจารณาว่า หากปราศจากข้อมูลดังกล่าว ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบก็อาจจะผลิตสินค้าซึ่งมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันเช่นเดียวกันกับสินค้าต้นแบบได้ ใช่หรือไม่ ถ้าใช่ ก็แสดงว่า ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้าเลียนแบบ ทั้งนี้ ข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบ จะอยู่ในรูปแบบใดลักษณะใดก็ได้ ไม่จำกัด ขอเพียงแค่ได้ความว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นสิ่งที่จำเป็นในการผลิตสินค้าเลียนแบบเท่านั้น¹³⁶ ยกตัวอย่าง ในกรณีทีสินค้าต้นแบบ คือ ขนมเค้กที่มีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน กล่าวคือ เป็นขนมเค้กที่มีเนื้อสัมผัสที่เนียนนุ่มเป็นพิเศษและมีรสชาติเป็นเอกลักษณ์ต่างจากขนมเค้กทั่วไปในท้องตลาด จนสาธารณชนผู้ซื้อต่างก็ให้คุณค่ากับลักษณะดังกล่าวของขนมเค้กนั้น และต่างก็ทราบว่า ขนมเค้กที่มีลักษณะดังกล่าวนี้มีแหล่งที่มาจากผู้ผลิตรายหนึ่งเท่านั้น และไม่สามารถหาซื้อขนมเค้กที่มีลักษณะดังกล่าวได้จากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในกรณีเช่นว่า ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบก็คือ “สูตรและวิธีการทำ” ของขนมเค้กดังกล่าวนั่นเอง

ทั้งนี้ ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบดังกล่าวไม่จำเป็นจะต้องมีฐานะเป็นความลับทางการค้าตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 แต่อย่างใด แต่กระนั้นเองก็ต้องมีใช่ข้อมูลที่ถูกเปิดเผยเป็นการทั่วไปในหมู่สาธารณชน¹³⁷ จากตัวอย่างที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ หากได้ความว่า ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบไม่ได้มีมาตรการที่เหมาะสมที่จะรักษา “สูตรและวิธีการทำ” ของขนมเค้กดังกล่าวไว้เป็นความลับ สูตรและวิธีการทำขนมเค้กดังกล่าวก็จะมีฐานะเป็นความลับทางการค้า แต่ก็ยังอาจจะมีฐานะเป็นข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบได้ หากได้ความว่า ถ้าปราศจากข้อมูลดังกล่าว ก็ไม่มีผู้ใดที่สามารถจะผลิตเค้กที่มีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันเช่นเดียวกับสินค้าต้นแบบได้

2.6.2 ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบโดยมิชอบ

สำหรับการพิจารณาว่า ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบ หรือไม่นั้น มีข้อพิพาทในเบื้องต้นว่า การได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้นอาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ โดยอาจจะเป็นการกระทำที่เข้าข่ายความผิดอาญาก็ได้¹³⁸

¹³⁶ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitzer, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/72.

¹³⁷ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 10. Juli 1963 - Ib ZR 21/62, GRUR 1964, 31, 32 – Petromax II; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitzer, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/72.

¹³⁸ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 07. November 2002 - I ZR 64/00, GRUR 2003, 356, 357-358 – Präzision-

เช่น ในการที่จะได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นในการผลิตสินค้าเลียนแบบ ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ขโมยสมุดที่ใช้บันทึกข้อมูลดังกล่าวไปจากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ เป็นต้น

นอกจากนี้ ในกรณีที่ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบดังกล่าวนี้มีฐานะเป็นความลับทางการค้าการได้ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบอาจจะอยู่ในรูปแบบของการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ได้¹³⁹ เช่น ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบและมีฐานะเป็นความลับทางการค้ามาจากการกระทำที่มีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน อาทิ การจารกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือจากการจู่โจมจ้างของ ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบให้เปิดเผยข้อมูล ทั้ง ๆ ที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบรู้หรือควรจะรู้ว่าลูกจ้างของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบมีหน้าที่ต้องไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าว เป็นต้น

ส่วนที่ 3 บทสรุปและข้อเสนอแนะของวิจัย

1. บทสรุป

วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้ พบว่า มีความเป็นไปได้ที่จะนำบทบัญญัติมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการจากการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมบางประการมาใช้ต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังต่อไปนี้ อาจเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้

1. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงแหล่งที่มา ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

2. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

smessgeräte; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 38; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1208; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/73.

¹³⁹ เปรียบเทียบ Christian Alexander, “Grundstrukturen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen durch das neue GeschGehG”, WRP 2019, 673, 675.

3. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม และ

4. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ

ในทุกกรณีข้างต้น มีองค์ประกอบพื้นฐานที่ต้องพิจารณาเช่นเดียวกัน ก็คือ สินค้าต้นแบบนั้นจะต้องมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน ทั้งนี้ หากสินค้าต้นแบบมีระดับของลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันที่สูงและสินค้าเลียนแบบมีระดับการเลียนแบบที่สูง โอกาสที่การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเช่นนี้จะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ยิ่งมากขึ้นเท่านั้น¹⁴⁰

2. ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณีเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการใช้มาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้น คณะกรรมการอาจนำขั้นตอนในการพิจารณาและข้อพิจารณาต่าง ๆ ที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 2.2-2.6 ของส่วนที่ 2 ไปใช้เป็นฐานความคิดในการออกประกาศตามมาตรา 17 (3) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อวางแนวทางในการใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้นได้ หรือ คณะกรรมการอาจจะออกประกาศตามมาตรา 57 (4) ประกอบมาตรา 17 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อกำหนดให้การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้นถูกต้องห้ามตามมาตรา 57 เป็นการเฉพาะก็ได้

อย่างไรก็ดี เพื่อให้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถใช้ต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบได้อย่างเหมาะสมกับสภาพของปัญหา วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความ

¹⁴⁰ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10 Rn. 42 – Seilzirkus; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 14 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 15 – Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 9 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/26; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 72; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 19; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.2a.

วิจัยฉบับนี้ เสนอให้มีการบัญญัติมาตราในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพิ่มขึ้นหนึ่งมาตราเพื่อห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้น โดยอาจกำหนดให้เป็น มาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“มาตรา 57/1 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) เสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น อันก่อให้เกิดการหลอกลวงแหล่งที่มา ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

(2) เสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น อันเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

(3) เสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น อันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

(4) เสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น โดยมีการได้ข้อมูลที่ใช้มาเพื่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ”

สำหรับเหตุผลที่วิจัยฉบับดังกล่าวเสนอให้บัญญัติมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขึ้นมาใหม่ แยกออกมาจากมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นการเฉพาะนั้น มีดังต่อไปนี้

เหตุผลข้อแรก การห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้น เป็นการจำกัด เสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ในทำนองเดียวกันกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ ก็เป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเสนอขายสินค้าเลียนแบบเช่นกัน ดังนั้น หากรัฐต้องการที่จะห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เพิ่มเติมนอกเหนือไปจากกรอบของ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จึงจำเป็นต้องอยู่เองที่จะต้องทำให้การห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมนั้นปรากฏให้เห็นเป็นประจักษ์อยู่อย่างแจ่มชัด ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเช่นเดียวกันกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้ อย่างน้อยที่สุด หากฝ่ายนิติบัญญัติยินยอมบัญญัติมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังที่วิจัยที่เป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้เสนอ นั่นก็ หมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติยินยอมให้มีการจำกัดเสรีภาพในการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่ เพิ่มเติมนอกเหนือไปจากกรอบของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อรักษาไว้ซึ่งการ

แข่งขันอย่างเป็นธรรมนั่นเอง¹⁴¹

เหตุผลข้อที่สอง ในเบื้องต้นจะต้องท้าวความเสียก่อนว่า ผลทางกฎหมายของการฝ่าฝืน มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มี 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ฝ่าฝืนมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ตามมาตรา 69 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งต้องฟ้องร้อง ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศตามมาตรา 26 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประการที่สอง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืน มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ชำระค่าปรับทางปกครองให้แก่รัฐได้ ตามมาตรา 82 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประการที่สาม คณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้ามีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนหรือจะฝ่าฝืนมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หยุดหรือระงับหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 60 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

จากที่กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่า องค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยว่า การเสนอขายสินค้า เลียนแบบนั้น ฝ่าฝืนมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันจะนำไปสู่ การปรับทางปกครองหรือมีการสั่งให้หยุดหรือระงับการกระทำนั้น ก็คือ คณะกรรมการการแข่งขัน การค้านั่นเอง และหากมีการโต้แย้งคำสั่งเหล่านั้น องค์กรต่อไปที่ต้องวินิจฉัยคดีดังกล่าว คือ ศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม ใช่ว่าจะมีข้อพิพาทระหว่างกัน ในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการเสนอขายสินค้า เลียนแบบอันเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมนั้น โดยเนื้อหาแห่งคดีแล้ว ผู้วินิจฉัยจำเป็นต้องมีความเชี่ยวชาญในการวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวมีการเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน ของสินค้าต้นแบบจริงหรือไม่ อย่างไร และเมื่อได้ความแล้วว่า มีการเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิง การแข่งขันของสินค้าต้นแบบ ผู้วินิจฉัยจะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ดังกล่าวเข้าลักษณะของการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมหรือไม่ อาทิ การเสนอขายสินค้า เลียนแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการหลอกลวงแหล่งที่มาทางการค้าของสินค้า ทั้งที่ การหลอกลวง

¹⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อ รักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครอง ผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่อยุติการที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือกีดกัน การจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”.

ดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้ หรือไม่ เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น ในบางกรณีผู้วินิจฉัยยังอาจต้องนำคุณค่าของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาประกอบการพิจารณาด้วย ซึ่งการวินิจฉัยในประเด็นเหล่านั้นไม่ใช่ความเชี่ยวชาญของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และอยู่นอกเหนือความเชี่ยวชาญของศาลปกครองเช่นกัน

ด้วยเหตุนี้เอง วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้จึงเสนอให้มีการบัญญัติบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขึ้นใหม่เพิ่มเติมขึ้นหนึ่งมาตราเพื่อใช้ในการห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณีซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมเป็นการเฉพาะ โดยบัญญัติเป็นมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และกำหนดให้การฝ่าฝืนมาตราดังกล่าวมีสภาพบังคับเป็นเพียงแค่การเรียกค่าเสียหายเท่านั้น เนื่องจากการให้สิทธิแก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบก็เพียงพอที่จะป้องกันการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมได้และได้สัดส่วนกับผลเสียของพฤติกรรมแล้ว ทั้งนี้ ที่ผ่านมศาลไทยก็จัดการกับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการลงขาย โดยใช้มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเช่นกัน และหากพิจารณาเปรียบเทียบกับผลทางกฎหมายของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบได้เช่นเดียวกัน ก็จะพบว่าผลทางกฎหมายหลักของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็อยู่ในรูปแบบของการให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิในการเรียกค่าเสียหายเช่นกัน

ในการนี้ จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขมาตรา 69 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ด้วย โดยบัญญัติให้ผู้เสียหายจากการฝ่าฝืนมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ และเมื่อมีการแก้ไขให้ผู้เสียหายจากการฝ่าฝืนมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้แล้ว ผู้เสียหายก็มีอำนาจดำเนินคดีไปยังศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเพื่อเรียกค่าเสียหายจากผู้ฝ่าฝืนได้ตามมาตรา 26 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 รวมทั้งสามารถร้องขอให้ผู้ฝ่าฝืนหยุดการกระทำได้อีกด้วยตามมาตรา 26 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ประกอบมาตรา 254 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ทั้งนี้ หากมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ตามข้อเสนอดังกล่าว จะเห็นได้ว่า องค์การที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัยว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีที่

เกิดขึ้นนั้น เจ้าของประกอบเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ และผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและหยุดการเสนอขายสินค้าเลียนแบบหรือไม่ เพียงใด นั้นจะมีเพียงองค์กรเดียว คือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นองค์กรที่โดยสภาพแล้วมีความชำนาญที่สุดในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องการดำรงอยู่ของการเลียนแบบ และดำรงอยู่ของความไม่เป็นธรรมของการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ซึ่งในบางคดีจะต้องนำคุณค่าของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาประกอบการพิจารณาด้วย