การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในสหรัฐอเมริกา: ปัจจัยขับเคลื่อนและท่าทีของ FTC (ตอนที่ 1: ปัจจัยสภาพความเป็นจริงของตลาดและปัจจัยภายนอกจากสหภาพยุโรป)*

Data Abuse and Exploitation as Abuse of Dominance? The Driving Forces and the Position of FTC (Part I: Market Realities and European Influence as External Factor)

ปุลวิทย์ วาณิชยเศรษฐกุล

Pulawit Wanichsetakul

ผู้พิพากษา
ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (อาคาร A) ชั้น 5-7
120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร
Judge
The Central Intellectual Property and International Trade Court
Government Complex, Building A, 5-7 Fl.
120 Moo 3 Chaeng Watthana Rd. Thung Song Hong, Lak Si, Bangkok
Corresponding author Email: pulawit.w@gmail.com

(Received: January 24, 2025; Revised: April 21, 2025; Accepted: April 22, 2025)

บทคัดย่อ

ปัจจัยเรื่องสภาพความเป็นจริงของตลาดดิจิทัลที่เป็นตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลซึ่งทำให้ตลาดดิจิทัลมีความเสี่ยงต่อการถูกผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่ และทำให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเข้ามามีบทบาทสำคัญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และปัจจัยภายนอกจากอิทธิพลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป เป็นปัจจัยสองประการแรกที่ผลักดันให้คณะกรรมาธิการการค้าของสหรัฐอเมริกา (FTC) มองความเกี่ยวพันระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับการป้องกันการผูกขาดในแบบบูรณาการมากขึ้นและรับเอาแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบ

---

* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) (จุฬาฯ), น.ม. (จุฬาฯ), น.บ.ท., LL.M. (with Merit) (London School of Economics and Political Science), LL.M. (Columbia University) (ทุนสำนักงานศาลยุติธรรม), ปัจจุบันเป็นผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง

บทความฉบับนี้เรียบเรียงและปรับปรุงจากงานนิพนธ์ (LL.M. Writing Project Paper) ในชื่อ “Data Abuses and Exploitation as Abuse of Dominance? The Driving Forces and the Position of FTC” ของผู้เขียนที่มหาวิทยาลัยโคลัมเบีย สหรัฐอเมริกา (2565) ทั้งนี้ บทความฉบับนี้เขียนจากมุมมองส่วนตัวของผู้เขียนซึ่งอาจไม่จำต้องสะท้อนถึงมุมมองหรือความเห็นของหน่วยงานทั้งที่ผู้เขียนเคยสังกัดและสังกัดอยู่ในปัจจุบันเสมอไป

ด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลมาเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของตน ซึ่งนำไปสู่การดำเนินคดีป้องกันการผูกขาดกับดิจิทัลแพลตฟอร์มรายใหญ่ในระลอกล่าสุดนับแต่ปี 2020 เป็นต้นมา รวมถึงการดำเนินคดีกับ Facebook ของ FTC

คำสำคัญ: การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ, การผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่, ดิจิทัลแพลตฟอร์ม, การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

Abstract

The market realities of digital economy that is data-driven and prone to platform monopoly and the external influence of competition enforcement in the European Union are the first two factors that create the pressure on the Federal Trade Commission (FTC) to adopt the integrationist view regarding the interface between data protection and antitrust and adopt the exploitative abuse of dominance theory of harm associated with data privacy practices in its antitrust enforcement policy leading to the latest wave of monopolization claims against big tech companies in the United States since 2020 including *FTC v. Facebook, Inc*.

Keywords: Exploitative Abuse of Dominance Theory of Harm Associated with Data Privacy Practices, Abuse of Dominance, Platform Monopoly, Digital Platforms, Data Protection

บทนำ

การดำเนินคดีกับ Facebook ในเยอรมนี โดย Bundeskartellamt หรือ Federal Cartel Office (FCO) หน่วยงานป้องกันการผูกขาดของเยอรมนี ในปี 2019 ซึ่งนำไปสู่คำวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น (Preliminary Ruling) ของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (The Court of Justice of the European Union หรือ CJEU) เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2023 ได้จุดกระแสแห่งการศึกษาและการอภิปรายเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลายแง่มุม รวมถึงกลไกและลักษณะของเศรษฐกิจดิจิทัลหรือตลาดดิจิทัล ปัญหาการผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่ (Platform Monopoly) และความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองข้อมูลและสิทธิส่วนบุคคลกับการป้องกันการผูกขาดในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดการแข่งขัน ในจำนวนนี้ปัญหาที่เป็นที่ถกเถียงมากที่สุดคงจะหนีไม่พ้นการที่ Bundeskartellamt ของเยอรมนีดำเนินคดีกับ Facebook โดยอาศัยการละเมิดกฎเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นฐานของการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนี ในวงการกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ประเด็นดังกล่าวก็ถูกกล่าวถึงเช่นกันทั้งจากนักวิชาการ หน่วยงานที่กำหนดนโยบายและหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย โดยในปี 2021 คณะกรรมาธิการการค้าของสหรัฐฯ (Federal Trade

Commission หรือ FTC) ดำเนินคดีกับ Facebook ในความผิดฐานผูกขาด (Monopolization) ในช่วงเวลาไล่เลี่ยกับคดีของ Bundeskartellamt ในเยอรมนี โดยอาศัยรูปแบบการดำเนินธุรกิจของ Facebook เป็นฐานของข้อกล่าวหาเช่นกัน นอกจากนี้ ยังมีการสอบสวนและการดำเนินคดีกับบริษัทยักษ์ใหญ่ด้านเทคโนโลยีหรือ Big Tech รายอื่นในสหรัฐฯ อีกด้วย จึงมีคำถามว่า FTC มีแนวทางการดำเนินคดีเหมือนกับ Bundeskartellamt หรือไม่ กล่าวคือ FTC ยอมรับแนวคิดเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (Exploitative Abuse of Dominance Theory of Harm) หรือไม่ เพียงใด และอะไรคือปัจจัยที่ทำให้มีการดำเนินคดีกับดิจิทัลแพลตฟอร์มรายใหญ่ในระลอกล่าสุดนี้ สำหรับงานเขียนชิ้นนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงปัจจัยที่ผลักดันให้ FTC และหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอื่น ๆ ในสหรัฐฯ รับเอาแนวคิดการใช้การเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลเป็นฐานของการกระทำที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive Conduct) โดยจากการศึกษาผู้เขียนพบว่ามีปัจจัยสามประการที่ผลักดันให้ FTC รับเอาแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล กล่าวคือ ประการแรก ปัจจัยเรื่องสภาพความเป็นจริงในตลาดที่ตลาดดิจิทัลซึ่งขับเคลื่อนโดยข้อมูล (Data-driven) มีความเสี่ยงต่อการถูกผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่ (Platform Monopoly) และเกี่ยวพันกับปัญหาการคุ้มครองข้อมูลและสิทธิส่วนบุคคล ประการที่สอง อิทธิพลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นปัจจัยภายนอก และประการที่สาม การเปลี่ยนแปลงแนวคิดด้านนโยบายการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของนักกฎหมายสหรัฐฯ ซึ่งเป็นปัจจัยภายในที่ผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายโดย FTC โดยบทความตอนที่ 1 นี้ จะกล่าวถึงปัจจัยประการแรกและปัจจัยประการที่สอง ส่วนปัจจัยประการที่สามและท่าทีของ FTC ต่อแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะถูกกล่าวถึงต่อไปในบทความตอนที่ 2

1. เศรษฐกิจดิจิทัล: สภาพความเป็นจริงของตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล

สำหรับปัจจัยประการแรกที่ผู้เขียนกล่าวว่าเกิดจากสภาพความเป็นจริงของตลาดนั้น สภาพความเป็นจริงของตลาด (Market Realities) ดังกล่าว หมายถึง สภาพของตลาดดิจิทัลที่เป็นตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล (Data-driven) ซึ่งทำให้ตลาดดิจิทัลมีความเสี่ยงต่อการถูกผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่ (Platform Monopoly) และทำให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเข้ามามีบทบาทสำคัญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

1.1 ตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล

1.1.1 ข้อมูลผู้บริโภคและข้อมูลส่วนบุคคล

ในการประกอบธุรกิจเป็นที่เข้าใจตรงกันว่าไม่ว่าในตลาดแบบดั้งเดิมหรือตลาดแบบดิจิทัล ข้อมูลที่เกี่ยวกับผู้บริโภคเป็นข้อมูลสำคัญที่ผู้ประกอบธุรกิจจะนำมาใช้ปรับปรุงสินค้าหรือบริการของตน

เพื่อให้ได้ส่วนแบ่งตลาด (Market Share) เพิ่มขึ้น[1] โดยข้อมูลผู้บริโภคนั้นมีหลากหลายประเภท[2] ได้แก่ เนื้อหาที่ผู้ใช้ (คือ ผู้บริโภค) สร้างขึ้น (User-generated Content) หรือ UGC เช่น บล็อก รูปภาพ วิดีโอ และข้อมูลพฤติกรรมออนไลน์ของผู้บริโภค (Behavioural Data) เช่น คำค้นหาบนอินเทอร์เน็ตและการทำธุรกรรมออนไลน์ เป็นต้น[3] และจะมีมูลค่า (value) เพียงใดนั้นก็ย่อมขึ้นอยู่กับว่าผู้เล่นในตลาดกลุ่มใดนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ด้วย[4]

ข้อมูลผู้บริโภคเหล่านี้อาจมีที่มาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ (1) ข้อมูลที่ถูกจัดเก็บโดยสมัครใจ (Volunteered Data) (2) ข้อมูลที่ถูกจัดเก็บโดยการสังเกตพฤติกรรมของผู้บริโภคและมีการบันทึกข้อมูลไว้บนอินเทอร์เน็ต (Observed Data) ซึ่งอาจเป็นการจัดเก็บข้อมูลแบบเชิงรับ (passive) ที่ผู้บริโภคอาจจะทราบหรืออาจไม่ทราบเลยว่ามีการเก็บข้อมูลอยู่ก็ได้ เช่น location tracking หรือ browsing activities (3) ข้อมูลที่ถูกอนุมาน (Derived/Inferred Data) มาจากกระบวนการวิเคราะห์ข้อมูล (Data Analytics) เช่น ข้อมูลเครดิต หรือ (4) ข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจได้มาจากบุคคลที่สาม (Acquired Data) ไม่ว่าโดยอาศัยความสัมพันธ์เชิงพาณิชย์ เช่น โดยสัญญาการอนุญาตให้ใช้ข้อมูล หรือผ่านนายหน้าค้าข้อมูล (Data Broker) หรือ โดยอาศัยความสัมพันธ์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ เช่น ข้อมูลที่ภาครัฐเปิดให้เอกชนเข้าถึงและใช้[5]

---

[1] ข้อมูลผู้บริโภค (Consumer Data) นั้น Organisation for Economic Co-operation and Development หรือ OECD ให้นิยามว่า หมายถึง ข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริโภคที่ถูกเก็บ นำไปซื้อขายแลกเปลี่ยน หรือนำไปใช้ในทางการค้า (“data concerning consumers, where such data have been collected, traded, or used as part of a commercial relationship”) ดู Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD] Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition – Background Note,” p.7, OECD Doc. DAF/COMP(2020)1 (June 12, 2020) [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Consumer Data Rights and Competition Background Note*].

[2] Jacques Cremer et al., “Competition Policy for the Digital Era,” (2019) [online] Available from : https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en [14 August 2025]; ดูเพิ่มเติม Viktoria H.S.E. Robertson, “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, in **Common Market Law Review** 57 (2020), p.161; Katharine Kemp, “Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters”, in **European Competition Journal** 16, 2-3 (2020), p.1; OECD, “Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value,” DSTI/ICCP/IE/REG(2011)2/FINAL (April 2, 2013) (OECD Digital Economy Papers No. 220) [online] Available from : https://doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en [14 August 2025].

[3] ข้อมูลผู้บริโภคประเภทอื่น รวมถึง ข้อมูล Social Data เช่น ข้อมูลการติดต่อ (contacts) บนบัญชีผู้ใช้เครือข่ายสังคมออนไลน์ต่าง ๆ ข้อมูลฐานที่อยู่ (Locational Data) เช่น ที่อยู่ตามภูมิลำเนา ข้อมูล GPS ที่อยู่ไอพี (IP Address) และข้อมูล Geo-location จากโทรศัพท์เคลื่อนที่ ข้อมูลเชิงประชากร (Demographic Data) เช่น อายุ เพศ รายได้ เพศสภาพ ความคิดเห็นทางการเมือง ข้อมูลที่จัดเก็บโดยภาครัฐ เช่น ข้อมูลด้านสุขภาพและการเงินของภาครัฐ และข้อมูลชีวมิติ (Biometric Data) เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ ข้อมูลการจดจำม่านตา ข้อมูลการจดจำเสียง ดูเพิ่มเติม OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.7-8 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[4] Alessandro Acquisti et al., “The Economics of Privacy”, in **Journal of Economic Literature** 54, 2 (2016), p.442.

[5] OECD, “Enhancing Access to and Sharing of Data: Reconciling Risks and Benefits for Data Re-use across Societies,” (Nov. 26, 2019) [online] Available from : https://doi.org/10.1787/276aaca8-en [14 August 2025]; OECD

ที่มาที่แตกต่างกันของข้อมูลเหล่านี้สื่อให้เห็นว่า ความตระหนักของผู้บริโภคถึงการมีอยู่ของข้อมูลนั้นขึ้นอยู่กับวิธีที่ผู้ประกอบธุรกิจเก็บข้อมูลด้วย กล่าวคือ โดยธรรมชาติแล้ว ผู้บริโภคย่อมทราบว่าตนถูกเก็บข้อมูล หากเป็นข้อมูลที่ถูกจัดเก็บโดยสมัครใจ (Volunteered Data) และอาจพอทราบว่ากิจกรรมบนอินเทอร์เน็ตของตนอาจถูกผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ให้บริการต่าง ๆ เก็บข้อมูลอยู่ในกรณีของ Observed Data แต่ผู้บริโภคอาจมีโอกาสทราบน้อยกว่าหรืออาจไม่มีโอกาสทราบเลยหากข้อมูลของตนถูกเก็บโดยอาศัยการวิเคราะห์ข้อมูลในกรณีของ Derived Data หรือหากผู้ประกอบธุรกิจได้รับข้อมูลของตนมาจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในกรณีของ Acquired Data ดังนั้น ในกรณีของ Volunteered Data หรือ Observed Data จึงมีโอกาสเกิดปัญหาเรื่องการได้ข้อมูลมาโดยมิชอบน้อยกว่าและมีความเสี่ยงที่ข้อมูลดังกล่าวจะถูกเผยแพร่ต่อให้บุคคลที่สามโดยที่ผู้บริโภคไม่ทราบหรือไม่ยินยอมน้อยกว่าเช่นกันหากเปรียบเทียบกับ Derived Data หรือ Acquired Data ซึ่งผู้บริโภคมักไม่ทราบว่ามีอยู่[6]

ส่วนข้อมูลผู้บริโภคที่ถูกผู้ประกอบธุรกิจเก็บไปนั้นจะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับว่าข้อมูลดังกล่าวสามารถระบุตัวตน (Identifiability) ของผู้บริโภครายนั้น ๆ ได้เพียงใดด้วยเช่นกัน[7] ซึ่งอาจจำแนกเป็น (1) ข้อมูลที่สามารถระบุตัวตนได้แน่นอน (Identified/Identifying Data) (2) ข้อมูลแฝง (Pseudonymised Data) ซึ่งข้อมูลส่วนที่ใช้ในการระบุตัวตนเจ้าของข้อมูล (Identifier) ถูกแทนที่ด้วยข้อมูลแฝง (Alias) ซึ่งสามารถย้อนกลับไประบุตัวตนเจ้าของข้อมูลได้โดยผู้ที่ป้อนข้อมูลแฝงดังกล่าว (3) ข้อมูลแฝงที่ไม่สามารถเชื่อมโยงกับเจ้าของข้อมูล (Unlinked Pseudonymised Data) ซึ่งข้อมูลการตั้งค่าข้อมูลแฝงถูกลบออกหรือใช้เทคนิคที่ทำให้ไม่สามารถย้อนกลับได้ ส่งผลให้ไม่สามารถเชื่อมโยงข้อมูลแฝงเข้ากับเจ้าของข้อมูลได้ (4) ข้อมูลนิรนาม (Anonymised Data) ซึ่งเป็นข้อมูลที่ถูกแก้ไขให้ไม่มีความเชื่อมโยงกับตัวเจ้าของข้อมูลไม่ว่าโดยวิธีการสุ่ม (Randomization) หรือการแทนที่ข้อมูลที่ใช้ในการระบุตัวตน (Identifier) ด้วยข้อมูลที่ไม่เฉพาะเจาะจง (Generalization) ซึ่งทำให้มั่นใจได้ในระดับหนึ่งว่าเจ้าของข้อมูลดังกล่าวจะไม่ถูกระบุตัวตน และ (5) ข้อมูลที่ถูกรวบรวมในฐานข้อมูล (Aggregated Data) ซึ่งไม่ใช่ข้อมูลรายบุคคลแต่เกิดจากการนำข้อมูลของกลุ่มบุคคลในจำนวนที่มากพอที่จะทำให้ลักษณะรายบุคคลไม่สามารถนำมาใช้ระบุตัวตนเจ้าของข้อมูลได้[8] จากการจำแนกประเภทข้อมูลผู้บริโภคด้วยคุณสมบัติในการระบุตัวตนเจ้าของข้อมูลของข้อมูลนี้ แม้จะแสดงให้เห็นว่าไม่ใช่ข้อมูลผู้บริโภคทุกประเภทที่เสี่ยงต่อการถูกละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล แต่ในทางปฏิบัติแล้วก็ยังนับว่าเป็นการยากที่จะรับรองได้ว่าข้อมูลที่ถูกทำให้เป็นนิรนามแล้วจะไม่สามารถถูกนำมาใช้ระบุตัวตนย้อนกลับ (Re-identification) ได้[9]

Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.9 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[6] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.9-10 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[7] *Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, OECD Doc. C(80)58/FINAL (amended by OECD Doc. C(2013)79) (July 11, 2013), annex *reprinted in* OECD, *The OECD Privacy Framework*, 13 (2013).

[8] ISO/IEC, *Privacy enhancing data de-identification terminology and classification of techniques*, ISO/IEC 20889:2018(E) (Nov. 2018).

[9] The President’s Council of Advisors on Science and Technology [PCAST], Executive Office of the President, **Report to the President, Big Data and Privacy: A Technological Perspective** (n.p., 2014), p.39.

1.1.2 ฐานข้อมูลผู้บริโภคขนาดใหญ่ (Big Consumer Data)

ผลจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในปัจจุบันทำให้อินเทอร์เน็ตมีความเร็วสูงขึ้นมาก และข้อมูลการใช้สินค้าและบริการตลอดจนกิจกรรมต่าง ๆ ถูกเชื่อมต่อกันผ่านอินเทอร์เน็ตได้ (ซึ่งเราเรียกกันว่า Internet of Things) และขณะเดียวกันก็ทำให้ค่าใช้จ่ายในการเก็บรวบรวม เก็บรักษา ประมวลผล และวิเคราะห์ข้อมูลมีราคาถูกลงอย่างมาก ทำให้ปริมาณ (Volume) ของข้อมูลผู้บริโภคบนอินเทอร์เน็ตเพิ่มขึ้นอย่างมหาศาล[10] ขณะเดียวกัน ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีดังกล่าว ทำให้การสร้าง เข้าถึง ประมวลผล และวิเคราะห์ข้อมูลมีความเร็วสูง (Velocity) หรือแม้กระทั่งกระทำได้โดยทันทีแบบ Real-time หรือ “now-casting” ซึ่งผลของการที่การเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลสามารถกระทำได้ในปริมาณมากโดยความเร็วสูงยังทำให้ข้อมูลผู้บริโภคที่ถูกเก็บรวบรวมและประมวลผลมีความหลากหลาย (Variety) มากขึ้น[11] ผลที่ตามมา คือ ข้อมูลผู้บริโภคหลากหลายประเภทจากหลากหลายแหล่งที่มาถูกนำมารวมเข้าด้วยกันเป็นฐานข้อมูลขนาดใหญ่ (Pool) ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจอาจนำข้อมูลแต่ละแหล่งมารวมเข้าด้วยกันสำหรับใช้ในการวิเคราะห์ข้อมูล[12] ซึ่งยิ่งข้อมูลผู้บริโภคมีความหลากหลายมากขึ้นเท่าใด ก็จะทำให้การสร้างความเฉพาะตัวให้กับผู้บริโภคเป็นรายบุคคล (Personalization) ในการนำเสนอสินค้าและบริการก็มีความแม่นยำมากยิ่งขึ้นเท่านั้น[13] ซึ่งในทางกลับกันก็ช่วยเพิ่มมูลค่า (Value) ให้กับ

---

[10] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.10 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era,” 6, DAF/COMP(2016)14 (Oct. 27, 2016) [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note*]; OECD, “Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being,” (2015) [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Data-Driven Innovation Report*]; ดูเพิ่มเติม *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European Strategy for Data*, at 2, COM(2020) 66 final (Feb. 19, 2020).

[11] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.11 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.6 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025].

[12] Federal Trade Commission [FTC], “Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion?: Understanding the Issues,” (2016) [online] Available from : https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *FTC Big Data Report*].

[13] เดิมคุณลักษณะพิเศษของ Big Data ถูกเรียกเป็น 3Vs หมายถึง Volume, Velocity และ Variety ดู Doug Laney, “3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety,” (Meta Group, File No. 949, Feb. 6, 2001) [online] Available from : https://diegonogare.net/wp-content/uploads/2020/08/3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf [14 August 2025]; ภายหลังถูกเพิ่มเป็น 4Vs โดยเพิ่ม Value เข้ามาโดย Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, **Big Data and Competition Policy**, (Oxford University Press, 2016), Part 1; ดูเพิ่มเติม OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.5 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025].

ฐานข้อมูลผู้บริโภคนั้นด้วย[14] การสร้างมูลค่าให้กับฐานข้อมูลผู้บริโภคดังกล่าว ในด้านหนึ่งอาจมองว่าเป็นสาเหตุ (cause) ที่ทำให้เกิดการเพิ่มขึ้นของปริมาณของข้อมูล ความรวดเร็วในการเก็บและประมวลผลข้อมูล และความหลากหลายของข้อมูล ขณะเดียวกัน ในอีกด้านหนึ่งก็อาจมองได้ว่าเป็นผลลัพธ์ (consequence) ของการที่ข้อมูลมีปริมาณเพิ่มขึ้น มีความรวดเร็วในการเก็บและประมวลผลมากขึ้น และมีความหลากหลายมากขึ้นได้เช่นกัน[15] มูลค่าที่ถูกสร้างขึ้นดังกล่าวของฐานข้อมูลหรือที่เรียกกันว่า Big Data เป็นข้อพิจารณาสำคัญในการประเมินการแข่งขันทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่ขับเคลื่อนด้วยข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าการที่ผู้ประกอบธุรกิจเข้าถึงฐานข้อมูลได้นั้นเป็นเพียงการสร้างความได้เปรียบในการแข่งขันหรือเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้เล่นรายใหม่เข้าสู่ตลาดหรือไม่[16]

1.1.3 นวัตกรรมที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล: ข้อพิจารณาด้านข้อมูลส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้า

ฐานข้อมูลผู้บริโภคขนาดใหญ่ (Big Consumer Data) นี้ ก่อให้เกิดนวัตกรรมที่ขับเคลื่อนด้วยข้อมูล (Data-driven Innovation)[17] กล่าวคือ ในระบบนิเวศน์ของ Big Data วงจรการสร้างมูลค่าของข้อมูล (Data Value Cycle) เริ่มต้นขึ้นเมื่อข้อมูลถูกเก็บรวบรวม รวมถึงโดยการเปลี่ยนข้อมูลพฤติกรรมของผู้บริโภคซึ่งเกิดขึ้นในโลกแห่งความเป็นจริงหรือโลกออฟไลน์ให้เป็นข้อมูลดิจิทัลผ่านอุปกรณ์รับข้อมูลต่าง ๆ เช่น เซนเซอร์[18] หรือที่เรียกว่า Datafication[19, 20]

---

[14] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.11 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[15] OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.6 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025].

[16] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.11 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[17] OECD ให้นิยาม นวัตกรรมที่ขับเคลื่อนด้วยข้อมูล (Data-driven Innovation) ว่าหมายถึง “การใช้ประโยชน์จากข้อมูลและการวิเคราะห์เพื่อปรับปรุงหรือสร้างผลิตภัณฑ์ กรรมวิธี การจัดการองค์กร และตลาดแบบใหม่” (“the use of data and analytics to improve or foster new products, processes, organisational methods and market”) ดู OECD, “Data-Driven Innovation Report,” p.70 [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html [14 August 2025]

[18] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.14 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[19] J. Bertolucci, “IBM, Universities Team Up to Build Data Scientists,” INFORMATIONWEEK (Jan. 15, 2013) [online] Available from : https://web.archive.org/web/20130122000212/http://www.informationweek.com/big-data/news/big-data-analytics/ibm-universities-team-up-to-build-data/240146290 [14 August 2025]; ดูเพิ่มเติม Viktor Mayer-Schönberger & Kenneth Cukier, **Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think**, (London: John Murray, 2013), Chapter 5.

[20] OECD, “Data-Driven Innovation Report,” p.133 [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html [14 August 2025]

การเก็บรวบรวมข้อมูล (Data Collection) นี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นกิจกรรมพื้นฐานของธุรกิจ เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจมักจะเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริโภคไม่ว่าในทางใดทางหนึ่ง การเก็บข้อมูลผู้บริโภคจึงอาจเกิดขึ้นทั้งลักษณะเชิงรุก (active) และเชิงรับ (passive) และการเก็บรวบรวมข้อมูลอาจกระทำโดยบุคคลที่หนึ่ง (first party) หรือบุคคลที่สาม (third party) ก็ได้ ในขณะที่การเก็บรวบรวมข้อมูลโดยบุคคลที่หนึ่งนั้นกระทำโดยผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการที่เก็บรวบรวมข้อมูลโดยตรงจากผู้บริโภค (ลูกค้าหรือผู้ใช้บริการ) ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจ การเก็บรวบรวมข้อมูลโดยบุคคลที่สามกระทำผ่านเทคโนโลยีที่ใช้ในการติดตามพฤติกรรมผู้บริโภค (Tracking) ซึ่งอาจเป็น Cookies การติดตามระหว่างอุปกรณ์ (Cross-device Tracking) หรือ Tracking Pixel[21] การ Track หรือติดตามพฤติกรรมผู้บริโภคโดยบุคคลที่สามนี้อาจเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงทางการค้าเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่บุคคลที่สามนั้นจะได้ใช้บริการวิเคราะห์ข้อมูลเว็บไซต์ (website analytics) หรือบริการส่งหรือแสดงโฆษณาของตน หรือแลกกับการเข้าถึง Application Programming Interface (APIs) เพื่อเชื่อมต่อระบบของตนเข้ากับฐานข้อมูลของผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการที่เป็นบุคคลที่หนึ่ง[22]

วิธีที่ผู้บริโภคถูกเก็บข้อมูลและตัวตนของผู้เก็บรวบรวมข้อมูลนั้นส่งผลต่อข้อกังวลในเรื่องสิทธิส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้าที่แตกต่างกัน ในด้านสิทธิส่วนบุคคล ผู้บริโภคน่าจะรู้สึกสะดวกใจที่สุดในกรณีที่ถูกเก็บข้อมูลโดยผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการที่เป็นบุคคลที่หนึ่ง (first party) และโดยความยินยอมของตน (volunteered data) และผู้บริโภคอาจจะยังรู้สึกสะดวกใจอยู่หากพฤติกรรมของตนถูกสังเกตและเก็บข้อมูล (observed data) โดยบุคคลที่หนึ่งนั้น แต่พวกเขาอาจไม่ตระหนักถึงการติดตามพฤติกรรมโดยบุคคลที่สาม (third party) แม้กระทั่งในกรณีที่พวกเขายินยอมถูกเก็บข้อมูลหรือตระหนักว่าข้อมูลของพวกเขาถูกติดตามและเก็บรวบรวมโดยผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการที่เป็นบุคคลที่หนึ่ง (first party) อยู่ก็ตาม เนื่องจากข้อมูลที่ผู้บริโภคยินยอมถูกเก็บรวบรวมในบริบทหนึ่งอาจถูกนำไปใช้ในอีกบริบทหนึ่งซึ่งผู้บริโภคอาจไม่ยินยอมหากทราบตั้งแต่แรก[23] ดังนั้น ความยินยอมของผู้บริโภคในการเก็บข้อมูลจึงขึ้นอยู่กับบริบทเป็นสำคัญ (context specific)[24]

---

[21] Vangie Beal, “Cookies,” WEBOPEDIA (Sep. 4, 2008, updated on Apr. 16, 2024) [online] Available from : https://www.webopedia.com/DidYouKnow/Internet/all_about_cookies.asp [14 August 2025]; The Interactive Advertising Bureau [IAB], “Cookies on Mobile 101: Understanding the Limitations of Cookie-based Tracking for Mobile Advertising,” (Nov. 2013) [online] Available from : https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/07/CookiesOnMobile101Final.pdf [14 August 2025]; FTC, “Cross-Device Tracking: AN FTC Staff Report,” (Jan. 2017) [online] Available from : https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/cross-device-tracking-federal-trade-commission-staff-report-january-2017/ftc_cross-device_tracking_report_1-23-17.pdf [14 August 2025]; Sophie C. Boerman et al., “Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda”, in **Journal of Advertising** 46, 3 (2017), p.363; OECD, “Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers,” OECD Digital Economy Papers No. 272 (2019) [online] Available from : https://doi.org/10.1787/1f42c85d-en [14 August 2025].

[22] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.16 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[23] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.17-18 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[24] Acquisti et al., “The Economics of Privacy”, in **Journal of Economic Literature**, p.444.

สำหรับในการประเมินการแข่งขันทางการค้าแล้ว การที่ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถเข้าถึงฐานข้อมูลผู้บริโภคที่อยู่ในความครอบครองของคู่แข่งหรือสามารถสร้างฐานข้อมูลที่มีลักษณะคล้ายกันขึ้นมาใหม่ได้หรือไม่นั้น ย่อมเป็นข้อพิจารณาในการวินิจฉัยปัญหาว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งรายดังกล่าวมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ และปัญหาว่าการเปิดให้มีการเข้าถึงฐานข้อมูลของคู่แข่งนั้นจะทำให้การแข่งขันมีประสิทธิภาพหรือไม่ด้วยเช่นกัน เนื่องจากถึงแม้ข้อมูลผู้บริโภคบางอย่างอาจถูกเก็บขึ้นใหม่ได้อย่างง่ายดายโดยหลากหลายวิธีและอาจกระทำได้ผ่านบุคคลหลายกลุ่ม แต่การเข้าถึงการติดตามพฤติกรรมผู้บริโภคโดยบุคคลที่สามตลอดจนการเข้าถึงฐานข้อมูลผู้บริโภคที่มีขนาดใหญ่และมีความสามารถในการระบุตัวตนผู้บริโภคได้สูงก็ย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นได้ครอบครองฐานข้อมูลขนาดใหญ่ (pool of data) ซึ่งเป็นการยากที่คู่แข่งจะเลียนแบบหรือทำขึ้นใหม่ได้[25]

ข้อมูลผู้บริโภคที่ถูกเก็บรวบรวม ไม่ว่าในลักษณะ active หรือ passive และไม่ว่าโดยวิธีใด รวมถึงอาจเป็นข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับจากฐานข้อมูลเปิดของภาครัฐ หรือแม้กระทั่งซื้อมาจากนายหน้าค้าข้อมูล (data brokers) หรือผ่านตลาดซื้อขายข้อมูล ข้อมูลที่ถูกเก็บรวบรวมนี้จะถูกนำไปวิเคราะห์[26] โดยผู้ให้บริการวิเคราะห์ข้อมูล (data analytics providers) ซึ่งอาจเป็นผู้ให้บริการฮาร์ดแวร์ ผู้ให้บริการซอฟต์แวร์ หรือผู้ให้บริการที่ปรึกษาเกี่ยวกับการวิเคราะห์ข้อมูล[27] ซึ่งการพัฒนาของอัลกอริทึมและวิธีการแก้ปัญหาแบบฮิวริสติก (Heuristic Methods) ในการประมวลผลและวิเคราะห์ชุดข้อมูลขนาดใหญ่ การเกิดขึ้นของซอฟต์แวร์แบบโอเพ่นซอร์ส (open source software: OSS) ซึ่งครอบคลุมความต้องการที่หลากหลายในการเก็บรวบรวม เก็บรักษา ประมวลผล และวิเคราะห์ข้อมูล และบทบาทของ Cloud Computing ในการเพิ่มพื้นที่ในการเก็บรักษาและวิเคราะห์ข้อมูลได้ทำให้ค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาและประมวลผลข้อมูลถูกลงอย่างมาก ส่งผลให้เกิดการวิเคราะห์ข้อมูลที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นและมีราคาถูกขึ้นเช่นกัน[28] ผลลัพธ์ คือ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำข้อมูลผู้บริโภคไปใช้ได้อย่างหลากหลายในการตัดสินใจทางธุรกิจซึ่งเป็นกระบวนการสุดท้ายในวงจรของข้อมูล และข้อมูลที่ถูกสร้างขึ้นจากการตัดสินใจทางธุรกิจนี้ก็จะถูกป้อนกลับเข้าสู่กระบวนการเก็บรวบรวมข้อมูลรอบใหม่ต่อไป[29]

---

[25] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.18 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[26] OECD ให้นิยามว่า การวิเคราะห์ข้อมูล (Data Analytics) หมายถึง ชุดเครื่องมือหรือเทคนิคที่ใช้เพื่อดึงเอาสารสนเทศ (information) ออกมาจากข้อมูล (data) (“a set of techniques and tools that are used to extract information from data”) ดู OECD, “Data-Driven Innovation Report,” p.143 [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html [14 August 2025]

[27] Ibid., p.71-72.

[28] Ibid., p.145-150.

[29] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.14-15 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025]; OECD, “Data-Driven Innovation Report,” p.71-72 [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html [14 August 2025].

นวัตกรรมที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล (Data-driven Innovation) นี้ช่วยให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำข้อมูลผู้บริโภคมาใช้ได้หลากหลายประการ รวมถึงการพัฒนาคุณภาพหรือการทำงาน (functionality) ของสินค้าหรือบริการหลักของตน การนำเสนอสินค้าหรือบริการที่มีความเฉพาะตัว (personalized) มากขึ้น การพัฒนาการเรียนรู้ของเครื่องหรือ Machine Learning และระบบการวิเคราะห์ข้อมูลแบบอื่นที่อาศัยปัญญาประดิษฐ์หรือ AI (Artificial Intelligence) การขายโฆษณาหรือบริการอื่นที่มุ่งเป้าไปยังกลุ่มผู้บริโภค ซึ่งมักเกิดในตลาดที่มีลูกค้าหรือผู้ใช้สองด้านหรือหลายด้านในเวลาเดียวกัน (Two-sided/Multi-sided Markets) หรือการขายข้อมูลผู้บริโภคให้แก่บุคคลที่สาม[30] ซึ่งก่อให้เกิดตลาดสำหรับแลกเปลี่ยนข้อมูลผู้บริโภคและรายงานเกี่ยวกับผู้บริโภค[31]

1.2 ตลาดดิจิทัลกับปัญหาการผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่: ความเกี่ยวพันระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้า

1.2.1 ตลาดดิจิทัลและดิจิทัลแพลตฟอร์ม

การที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำข้อมูลไปใช้ได้หลากหลายประการนี้เน้นให้เห็นถึงความสำคัญของ Big Consumer Data ทั้งในฐานะที่เป็นปัจจัยการผลิตและสินทรัพย์ที่สร้างความได้เปรียบในการแข่งขันในตลาด ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงแข่งขันกันเพื่อข้อมูลผู้บริโภคเพื่อที่จะเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการของตน การแข่งขันเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลผู้บริโภคนี้ยังก่อให้เกิดวงจรที่เรียกว่า Feedback Loop กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มความสามารถในการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภค เพื่อเร่งให้เกิดการวิเคราะห์ข้อมูลและปรับปรุงอัลกอริทึมที่ใช้ จากนั้นนำข้อมูลที่ประมวลผลได้ไปพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการ เพื่อที่ท้ายที่สุดจะได้ดึงดูดผู้บริโภคมากขึ้นและสามารถที่จะเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคได้มากยิ่งขึ้นตามไปอีกเป็นวงจร[32] ซึ่งก่อให้เกิดตลาดแบบใหม่ที่ใช้ข้อมูลผู้บริโภคในการขับเคลื่อนธุรกิจ ประกอบด้วย ตลาดที่มีการเก็บรวบรวมข้อมูลจากผู้บริโภคโดยตรง ได้แก่ การเก็บข้อมูลในฐานะส่วนหนึ่งของการทำธุรกรรมกับผู้บริโภค หรือเป็นส่วนหนึ่งของการให้บริการแก่ผู้บริโภคอันเป็นรายได้หลักของธุรกิจ หรือทั้งสองรูปแบบผสมกัน และตลาดตัวกลางซึ่งผู้ประกอบธุรกิจซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลผู้บริโภคกัน ได้แก่ ธุรกิจการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคจากแหล่งต่าง ๆ ธุรกิจพื้นที่

---

[30] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.19 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[31] Competition and Markets Authority [CMA], “The Commercial Use of Consumer Data: Report on the CMA’s Call for Information,” (2015) [online] Available from : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *CMA Consumer Data Report*].

[32] Michal Gal & Daniel L. Rubinfeld, “Data Standardization”, in **New York University Law Review** 94 (2019), p.737; John Pecman et al., “Essential Facilities Fallacy: Big Tech, Winter-Take-All Markets, and Anticompetitive Effects”, in **CPI Antitrust Chronicle** (Feb. 2020), p.21; Australian Competition and Consumer Commission [ACCC], “Digital Platforms Inquiry: Final Report,” p.10 (2019) [online] Available from : https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf [14 August 2025].

เก็บรักษาข้อมูลและประมวลผลข้อมูลทั่วไป และธุรกิจเกี่ยวกับการวิเคราะห์ข้อมูล[33] และในตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลซึ่งอาจเรียกว่าเป็นตลาดดิจิทัลเหล่านี้ก็เกิดผู้เล่นแบบใหม่ที่เรียกว่าดิจิทัลแพลตฟอร์ม (Digital Platform) ซึ่งแบ่งได้เป็นสองประเภทหลัก คือ Attention Platform และ Matching Platform[34]

Attention Platform เป็นแพลตฟอร์มที่ให้บริการแก่ผู้บริโภคโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายและอาศัยรายได้จากการให้บริการพื้นที่โฆษณาซึ่งอาจคำนวณจากจำนวนครั้งที่ผู้บริโภค “คลิก” ดูโฆษณาดังกล่าว ดังนั้น แทนที่ผู้บริโภคจะต้องเสียค่าตอบแทนการใช้บริการแพลตฟอร์ม สิ่งที่ผู้บริโภคจะต้องเสียเพื่อตอบแทนการใช้บริการ คือ การให้ความสนใจ (Attention) หมายถึง การดูโฆษณาก่อนที่จะสามารถใช้บริการหรือดูเนื้อหาที่ให้บริการนั้นได้ นอกจากนั้น สิ่งที่ผู้บริโภคต้องจ่าย คือ ข้อมูล ไม่ว่าทางตรง โดยการกรอกข้อมูลส่วนตัวบนแบบฟอร์มออนไลน์ หรือทางอ้อม โดยการเก็บข้อมูลการสืบค้นหรือการซื้อของออนไลน์ของผู้บริโภค จากนั้น Attention Platform จะนำข้อมูลผู้บริโภคที่เก็บรวบรวมมานี้ไปปรับปรุงคุณภาพการให้บริการของตนเช่นเดียวกับทำให้สามารถแสดงโฆษณาที่มีความเฉพาะตัวกับผู้บริโภคแต่ละรายมากขึ้น ซึ่งในทางกลับกันก็จะช่วยให้แพลตฟอร์มดังกล่าวดึงดูดผู้บริโภคหรือผู้ใช้มากขึ้นและสามารถเรียกเก็บค่าบริการพื้นที่โฆษณาจากผู้ลงโฆษณาได้มากขึ้นตามจำนวนที่มีผู้ใช้ดูหรือคลิกดูโฆษณานั้นมากยิ่งขึ้น[35] ตัวอย่างที่ชัดเจนของ Attention Platforms ได้แก่ Search Engines และเครือข่ายสังคมออนไลน์ (Social Networks) ทั้งนี้ Attention Platforms อาจเรียกว่าเป็น Audience Providing Platforms หรือ Advertising Platforms ได้เช่นกัน[36]

สำหรับ Matching Platforms นั้น เป็นแพลตฟอร์มที่ให้บริการตลาดกลางสำหรับปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ได้แก่ ผู้ซื้อกับผู้ขาย นายจ้างกับลูกจ้าง หรือแม้แต่ระหว่างบุคคลทั่วไป เช่น แพลตฟอร์มหาคู่ออนไลน์ แพลตฟอร์มเหล่านี้มีรายรับจากค่าเข้าใช้บริการแพลตฟอร์มแบบคงที่ (fixed fees) และค่าธรรมเนียมการทำธุรกรรมที่ผันแปร (variable fees) ต่อหนึ่งธุรกรรม แต่ในกลุ่มผู้ใช้แพลตฟอร์มที่มีความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (elasticity of demand) สูงกว่า ค่าใช้จ่ายการเข้าใช้แพลตฟอร์มของผู้ใช้กลุ่มนั้นมักจะถูกแบกรับโดยกลุ่มผู้ใช้อีกกลุ่มหนึ่งแทน เช่น ผู้บริโภคไม่ต้องจ่ายค่าใช้แพลตฟอร์มร้านค้าออนไลน์เพื่อซื้อของ เช่นเดียวกับผู้ที่ต้องการหางานไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการใช้แพลตฟอร์มหรือ

---

[33] CMA, “CMA Consumer Data Report,” p.76 [online] Available from : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf [14 August 2025].

[34] OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.12 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025].

[35] Ibid., p.12-13.

[36] ดูตัวอย่าง Federal Ministry for Economic Affairs and Energy [BMWI], “A New Competition Framework for the Digital Economy: Report by the Commission ‘Competition Law 4.0’,” p.15 (2019) [online] Available from : https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า Competition Law 4.0 Report]; OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms,” p.58 (2018) [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms_a013f740-en.html [14 August 2025].

เว็บไซต์หางาน อย่างไรก็ตาม สิ่งที่เหมือนกันใน Matching Platform ทุกแพลตฟอร์ม คือ ข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้จะถูกเก็บและนำไปใช้เพื่อปรับปรุงคุณภาพแพลตฟอร์มและปรับปรุงอัลกอริทึมเพื่อที่จะ “จับคู่” (match) ผู้ใช้สองฝ่ายได้ดียิ่งขึ้น[37] Matching Platforms อาจเรียกอีกอย่างว่า Intermediation Platforms[38]

นอกจากนี้ แพลตฟอร์มยังอาจแบ่งออกได้จากประเภทของปฏิสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มผู้ใช้[39] ได้แก่[40] Transaction Platform และ Non-transaction Platforms[41] และมีข้อสังเกตว่า ในทางปฏิบัติเป็นเรื่องยากที่จะจำแนกประเภทแพลตฟอร์มได้ชัดเจนเนื่องจากแพลตฟอร์มหนึ่งอาจมีคุณลักษณะของแพลตฟอร์มมากกว่าหนึ่งประเภท เช่น Search Engines มีทั้งลักษณะของ Advertising (Attention) Platform และของ Intermediation (Matching) Platform ในเวลาเดียวกัน[42]

1.2.2 ลักษณะของตลาดดิจิทัล

แม้เราอาจจำแนกดิจิทัลแพลตฟอร์มได้เป็นหลายประเภท แต่เมื่อ Filippo Lancieri และ Patricia Morita Sakowski ทำการศึกษาและทบทวนรายงานรวม 22 ฉบับ ซึ่งจัดทำโดยหน่วยงานป้องกันการผูกขาด (antitrust authorities) และกลุ่มคณะทำงานผู้เชี่ยวชาญ (expert panels) จากหลากหลายประเทศ รวม 18 หน่วยงาน/คณะ กลับพบว่าไม่มีนิยามที่แน่ชัดหรือที่เป็นสากลของทั้งคำว่าตลาดดิจิทัล (Digital Markets) และคำว่าดิจิทัลแพลตฟอร์ม (Digital Platforms) อยู่เลย อย่างไรก็ตาม ดิจิทัลแพลตฟอร์มโดยทั่วไปแล้วเป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงตัวกลางที่เชื่อมระหว่างกลุ่มผู้ใช้งาน (users) สองกลุ่ม

---

[37] OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.13 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025].

[38] OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms,” p.58 [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms_a013f740-en.html [14 August 2025]

[39] Lapo Filistrucchi et al., “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, in **Journal of Competition Law & Economics** 10, 2 (2014), p.293; Giacomo Luchetta, “Is the Google Platform a Two-Sided Market?”, in **Journal of Competition Law & Economics** 10, 1 (2014), p.185.

[40] OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms,” p.57 [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms_a013f740-en.html [14 August 2025].

[41] ในขณะที่ Attention Platforms มักจะไม่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรม แต่ Matching Platforms อาจเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมด้วยหรือไม่ก็ได้ ดูเพิ่มเติม OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.31, footnote 22 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025].

[42] นอกจากนี้ แพลตฟอร์มอาจจำแนกได้จากกลุ่มเป้าหมาย กล่าวคือ แพลตฟอร์มที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค (Business-to-consumer Platforms หรือ B2C) ที่มักแข่งขันกันเพื่อให้แพลตฟอร์มของตนมีผู้ใช้จำนวนมาก และที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน (Business-to-business Platforms หรือ B2B) ที่ให้ความสำคัญกับจำนวนธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันหรือผู้ประกอบธุรกิจกับผู้ให้บริการแพลตฟอร์มเองที่เกิดบนแพลตฟอร์มเป็นหลัก ดูเพิ่มเติม BMWI, “Competition Law 4.0 Report,” p.15-16 [online] Available from : https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf [14 August 2025].

หรือมากกว่านั้นเข้าด้วยกันโดยได้รับประโยชน์จากการเกิดของเครือข่าย (network) ของกลุ่มผู้ใช้บนแพลตฟอร์มทั้งทางตรงและทางอ้อมหรือที่เรียกว่า direct network effects และ indirect network effects[43]

จากการศึกษาของ Lancieri และ Sakowski พบว่าผู้เชี่ยวชาญในแต่ละประเทศมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันเกี่ยวกับภาพรวมของโครงสร้างการแข่งขันในตลาดดิจิทัล กล่าวคือ ปัจจัยหรือลักษณะเฉพาะที่ทำให้ตลาดดิจิทัลมีความแตกต่างจากตลาดแบบดั้งเดิมไม่ได้มีแค่ประการเดียวแต่เกิดจากปัจจัยหรือลักษณะเฉพาะหลายประการรวมเข้าด้วยกันที่แสดงให้เห็นว่าตลาดดิจิทัลควรถูกประเมินการแข่งขันทางการค้าแตกต่างออกไปจากตลาดแบบดั้งเดิม[44] โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะร่วมที่มักพบในตลาดที่มีดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาด ได้แก่[45] อิทธิพลของเครือข่าย (network effects) ที่มีความเข้มข้นสูง[46] การประหยัดต่อขนาด (economies of scale) การประหยัดต่อขอบเขต (economies of scope) ซึ่งเป็นผลมาจากบทบาทของข้อมูลในฐานะที่เป็นปัจจัยการผลิตที่นำไปใช้ประโยชน์ได้หลากหลายทาง ต้นทุนส่วนเพิ่มหรือต้นทุนหน่วยสุดท้าย (marginal costs) ที่ต่ำมาก และขอบเขตการให้

---

[43] Filippo Lancieri & Patricia Morita Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in **Stanford Journal of Law, Business & Finance** 26 (2021), p.65.

[44] Lancieri & Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, p.73; Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.34 (2019) [online] Available from : https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Unlocking Digital Competition: Report Of The Digital Competition Expert Panel,” p.37 (2019) [online] Available from : https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Furman Report*]; BMWI, “Competition Law 4.0 Report,” p.16-17 [online] Available from : https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf [14 August 2025].

[45] Lancieri & Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, p.74-75.

[46] Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.38 [online] Available from : https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report [14 August 2025]; Bundeskartellamt [BKartA], “Market Power of Platforms and Networks,” Working Paper No. B6 113/15, 2016, p.3 [online] Available from : https://perma.cc/8TBN-A2WK [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *BKartA Working Paper*]; Mexican Comision Federal de Competencia Economica, “Rethinking Competition In The Digital Economy,” 2018, p.23 [online] Available from : https://perma.cc/ADX4-CFVA [14 August 2025]; BMWI, “Competition Law 4.0 Report,” p.21 [online] Available from : https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf [14 August 2025]; Portuguese Autoridade da Concorrencia [Portuguese Competition Authority], “Ecossistemas Digitais, Big Data E Algoritmos [Digital Ecosystems, Big Data and Algorithms],” p.9, (2019) [online] Available from : https://perma.cc/N7LF-P3WZ [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Portuguese Competition Auth.’s Report*]; Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 116th Congress (2020), “Report on Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations,” p.40-41 [online] Available from : https://democrats-judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/democrats-judiciary.house.gov/files/migrated/UploadedFiles/Competition_In_Digital_Markets.pdf [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *House Majority Report*].

บริการของแพลตฟอร์มที่ครอบคลุมได้ทั่วทั้งโลก (global scope)[47] อย่างไรก็ตาม การประหยัดต่อขนาด (economies of scale) อาจไม่ใช่ปัจจัยที่เกี่ยวข้องมากนักในบางตลาดที่การประมวลผลข้อมูลกระทำโดยบุคคลที่สาม นอกจากนี้ แพลตฟอร์มอาจเติบโตจนถึงจุดที่ไม่ได้รับประโยชน์จาก network effects อีกต่อไป หรือเกิดการไม่ประหยัดต่อขนาด (diseconomies of scale) ขึ้น ซึ่งเป็นผลมาจากความหนาแน่นของแพลตฟอร์ม (congestion effects) นั้นเอง[48]

ลักษณะร่วมที่มักพบในตลาดดิจิทัลเหล่านี้เป็นปัจจัยที่นำไปสู่การผูกขาดโดยผู้ประกอบธุรกิจหรือแพลตฟอร์มรายใหญ่รายเดียว (Platform Monopoly)[49] กล่าวคือ ตลาดดิจิทัลมักมีการแข่งขันสูงในช่วงแรกเพื่อที่จะเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่ แต่เมื่อมีผู้ให้บริการรายใหญ่เกิดขึ้นแล้ว ตลาดเหล่านี้มักจะเข้าสู่ภาวะที่การแข่งขันต่ำเป็นเวลายาวนานซึ่งผู้ประกอบธุรกิจรายที่ชนะหรือสามารถผูกขาดตลาดได้จะสามารถอาศัยอำนาจเหนือตลาดของตนในการได้มาซึ่งผลตอบแทนส่วนเกิน (economic rents)[50]

---

[47] Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.34-35 [online] Available from : https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.37 [online] Available from : https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel [14 August 2025]; Competition Policy Research Center, Japan Fair Trade Commission, “Report Regarding Trade Practices On Digital Platforms: Business-To-Business Transactions On Online Retail Platform And App Store,” p.39-41 (2019) [online] Available from : https://perma.cc/9JQE-WZSK [14 August 2025]; BKartA, “BKartA Working Paper,” p.9-10 [online] Available from : https://perma.cc/8TBN-A2WK [14 August 2025].

[48] Lancieri & Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, p.75, footnote 33; Portuguese Competition Authority, “Portuguese Competition Auth.’s Report,” p.11, 19 [online] Available from : https://perma.cc/N7LF-P3WZ [14 August 2025].

[49] Heike Schweitzer et al., “Summary of The Report’s Recommendations, Modernising The Law On Abuse Of Market Power: Report For The Federal Ministry For Economic Affairs And Energy (Germany),” p.2 (2018) [online] Available from : https://perma.cc/62HE-4VHC [14 August 2025]; Jacques Cremer et al., “Competition Policy for the Digital Era,” p.3, 36 [online] Available from : https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.38, 56, 88 [online] Available from : https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel [14 August 2025]; BKartA, “BKartA Working Paper,” p.9 [online] Available from : https://perma.cc/8TBN-A2WK [14 August 2025]; Portuguese Competition Authority, “Portuguese Competition Auth.’s Report,” p.19-22 [online] Available from : https://perma.cc/N7LF-P3WZ [14 August 2025]; Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 116th Congress (2020), “House Majority Report,” p.37 [online] Available from : https://democrats-judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/democrats-judiciary.house.gov/files/migrated/UploadedFiles/Competition_In_Digital_Markets.pdf [14 August 2025].

[50] Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.35 [online] Available from : https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.8 [online] Available from : https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel [14 August 2025]; The Netherlands Authority for Consumers and Markets [ACM], “Market Study Into Mobile App Stores,” p.67, 103-04 (2019) [online] Available from : https://perma.cc/E8R9-PC45 [14 August 2025].

ผลตอบแทนส่วนเกินนี้ได้รับการปกป้องโดยอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (entry barriers) ที่สูงอันเนื่องมาจาก network effects ของสินค้าหรือบริการ และการประหยัดต่อขนาดและขอบเขต (economies of scale and scope) อันเป็นผลมาจากการที่แพลตฟอร์มรายใหญ่นี้สามารถครอบครองและควบคุมฐานข้อมูลผู้บริโภค ซึ่งส่งผลให้แพลตฟอร์มรายใหญ่ดังกล่าวมีศักยภาพในการเสนอขายสินค้าหรือบริการที่มีความเฉพาะตัว (personalized) แก่ผู้บริโภคได้ดียิ่งขึ้น และการแข่งขันในการสร้างระบบนิเวศน์ของข้อมูลที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งจะกีดขวางการพัฒนาของสินค้าหรือบริการที่เป็นคู่แข่งด้วย[51] และโดยผลของวงจรการสร้างมูลค่าของข้อมูลนั้น ข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่เก็บรวบรวมจากผู้บริโภคเนื่องจากการใช้สินค้าและบริการก็จะยิ่งเสริมสร้างความแข็งแกร่งให้กับสถานะในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมากขึ้นไปอีก จึงเห็นได้ว่า ยิ่งผู้ประกอบธุรกิจมีความศักยภาพในการเก็บข้อมูลผู้บริโภคมากขึ้นเท่าใดก็จะยิ่งทำให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีความแข็งแกร่งมากขึ้นไปด้วย[52]

Network effects ที่เกิดขึ้นในตลาดดิจิทัลนั้น อาจเกิดขึ้นทั้งทางตรง (direct network effects) และทางอ้อม (indirect network effects) และอาจส่งผลทั้งเชิงบวก (positive network effects) และเชิงลบ (negative network effects) กล่าวคือ ผลเชิงบวกเกิดขึ้นเมื่อมูลค่าหรือประโยชน์ของโครงข่ายหรือแพลตฟอร์มเพิ่มมากขึ้นตามจำนวนของผู้ใช้ในฝั่งใดฝั่งหนึ่งของแพลตฟอร์ม และผลเชิงบวกในทางอ้อมเกิดขึ้นเมื่อจำนวนผู้ใช้ในฝั่งดังกล่าวของแพลตฟอร์มส่งผลให้คุณค่าของการใช้แพลตฟอร์มของผู้ใช้ที่อยู่ในอีกฝั่งหนึ่งของแพลตฟอร์มเดียวกันเพิ่มมากขึ้นด้วย[53]

ในทางตรงกันข้าม network effects ในเชิงลบเกิดขึ้นเมื่อจำนวนผู้ใช้บนฝั่งหนึ่งของแพลตฟอร์มมีมากจนเกินไปจนทำให้แพลตฟอร์มมีมูลค่าหรือความน่าดึงดูดน้อยลงไม่ว่าสำหรับผู้ใช้ในฝั่งเดียวกัน (ผลทางตรง) และในอีกฝั่งหนึ่ง (ผลทางอ้อม)[54] network effects ทางอ้อมนี้มีความสำคัญกับรูปแบบการประกอบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่งแพลตฟอร์มประเภท Attention หรือ Advertising Platforms ซึ่งใช้ประโยชน์จาก network effects ที่เกิดขึ้นบนสองฝั่งของแพลตฟอร์มระหว่างฝั่งของผู้ลงโฆษณา (Advertisers) ซึ่งเป็นแหล่งทุนสนับสนุนกิจกรรมบนแพลตฟอร์มและฝั่งของผู้บริโภค

---

[51] Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.35 [online] Available from : https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report [14 August 2025]; Jacques Cremer et al., “Competition Policy for the Digital Era,” p.23 [online] Available from : https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.38-39 [online] Available from : https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel [14 August 2025]; BKartA, “BKartA Working Paper,” p.12-15 [online] Available from : https://perma.cc/8TBN-A2WK [14 August 2025]; Portuguese Competition Authority, “Portuguese Competition Auth.’s Report,” p.21 [online] Available from : https://perma.cc/N7LF-P3WZ [14 August 2025].

[52] Lancieri & Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, p.75-76.

[53] BMWI, “Competition Law 4.0 Report,” p.16 [online] Available from : https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf [14 August 2025].

[54] Ibid.

ที่เป็นผู้ใช้หรือผู้เข้าชมแพลตฟอร์มนั้น เช่นเดียวกับกรณีของแพลตฟอร์มที่มีลูกค้าหรือผู้ใช้หลายฝั่ง (Multi-sided Platforms) ที่การเข้าใช้แพลตฟอร์มของกลุ่มลูกค้ากลุ่มหนึ่งหรือมากกว่านั้นได้รับการสนับสนุนด้านการเงินจากลูกค้าในอีกฝั่งหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อดึงดูดลูกค้ากลุ่มที่จ่ายเงินซื้อสินค้าหรือบริการ เช่น แพลตฟอร์มร้านค้าออนไลน์ หรือแพลตฟอร์มชำระเงินออนไลน์ เป็นต้น[55]

ศักยภาพของแพลตฟอร์มที่ก่อให้เกิดรูปแบบหรือโมเดลธุรกิจซึ่งสามารถสร้างฐานลูกค้าได้หลายกลุ่มในคราวเดียวและ network effects ทั้งทางตรงและทางอ้อมที่เกิดขึ้นจากโมเดลธุรกิจดังกล่าวนั้น ก่อให้เกิดแนวโน้มที่ผู้ใช้จำนวนมากและข้อมูลของผู้ใช้ดังกล่าวจะตกอยู่ในมือของผู้เล่นในตลาดเพียงไม่กี่ราย ซึ่งส่งผลให้ดิจิทัลแพลตฟอร์มที่อาศัยโมเดลธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลและมีความสามารถในการทำกำไรที่สูงนี้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญ และในขณะเดียวกันก็อาจทำให้เกิดภัยคุกคามต่อการแข่งขันได้เช่นกันหากนวัตกรรมที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลนั้นถูกนำมาใช้ในการหาประโยชน์โดยมิชอบจาก Big Data เพื่อเลือกปฏิบัติหรือกีดกันคู่แข่งในตลาดบางราย, การสร้างต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้แพลตฟอร์มอื่นที่สูง (high switching costs) การบังคับใช้สิทธิเด็ดขาดตามสัญญา หรือการกระทำโดยมิชอบในรูปแบบอื่น[56]

1.2.3 ข้อกังวลด้านข้อมูลส่วนบุคคล: ภัยต่อผู้บริโภค

จากลักษณะของตลาดดิจิทัล เห็นได้ว่า นอกจากประโยชน์แล้ว โมเดลธุรกิจเหล่านี้มาพร้อมกับความเสี่ยง ซึ่งหากกล่าวถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว ความเสี่ยงที่ชัดเจนที่สุดก็คือข้อกังวลเรื่องสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งอาจเป็นเรื่องการถูกโจรกรรมข้อมูล (data theft) การสูญเสียข้อมูล การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเผยแพร่ข้อมูลโดยที่เจ้าของข้อมูลไม่ทราบหรือไม่อนุญาต หรือการติดต่อในลักษณะก่อกวน[57] ซึ่งยิ่งข้อมูลส่วนบุคคลถูกเก็บรวบรวมและเก็บรักษามีปริมาณมากขึ้นเท่าใด ข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวก็มีโอกาสที่จะถูกนำไปเปิดเผยเป็นวงกว้างมากขึ้นเท่านั้น และยิ่งข้อมูลดังกล่าวถูกเก็บรักษาเป็นเวลานานมากเท่าใด ความเสี่ยงที่ข้อมูลดังกล่าวจะถูกโจรกรรม ถูกเปิดเผยโดยไม่ได้ตั้งใจ หรือถูกนำไปใช้ในทางที่ผิดกฎหมายก็มีมากขึ้นตามไปด้วย[58]

---

[55] Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.38-39 [online] Available from : https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report [14 August 2025].

[56] OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.13 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025].

[57] CMA, “CMA Consumer Data Report,” p.116-128 [online] Available from : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf [14 August 2025].

[58] Kemp, “Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters”, in **European Competition Journal**, p.17-18 (“the more personal information is collected and stored, the more broadly it is disclosed, and the longer it is stored, the more likely it will be hacked, accidentally disclosed or used for an illegal purpose”).

นอกจากนี้ ข้อมูลผู้บริโภคอาจถูกผู้ประกอบธุรกิจนำไปใช้ในการเลือกปฏิบัติต่อผู้บริโภคแต่ละรายเอง หรือใช้ชี้นำผู้บริโภค หรือใช้เพื่อกีดกันผู้บริโภคจากตลาดหรือสินค้าบางอย่างซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น[59] โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการแบบเฉพาะบุคคล (personalized pricing) ซึ่งกำหนดโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดอาจกลายเป็นภัยต่อผู้บริโภคเองได้ ถึงแม้อาจจะถูกมองว่าเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์ก็ตาม[60]

1.2.4 ภัยต่อการแข่งขันทางการค้า: การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

ขณะที่ในด้านการแข่งขันทางการค้า โมเดลธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลนี้เกี่ยวข้องกับการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคจำนวนมหาศาลซึ่งอาจก่อให้เกิดความล้มเหลวของตลาด (market failure) กล่าวคือ กลไกตลาดไม่ทำงานอย่างที่ควรจะเป็น รวมถึงการเกิดสภาพที่ผู้บริโภคมีข้อมูลไม่เท่ากันในการตัดสินใจเลือกสินค้าหรือบริการหรือเกิดความไม่สมมาตรทางด้านข้อมูล (asymmetric information) การเกิด network effects การที่ข้อมูลผู้บริโภค (ซึ่งโดยสภาพเป็นสิ่งที่ใช้แล้วไม่หมดไป (non-rivalry)) ถูกนำไปใช้เพื่อการวิเคราะห์ข้อมูลของผู้บริโภครายอื่นต่ออย่างไม่สิ้นสุด และสภาพการเป็นตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (imperfect competition) ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ไม่มีการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ดีพอในตลาด[61]

ในภาพรวม ภัยต่อผู้บริโภคอันเกิดจากโมเดลธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลหรือดิจิทัลแพลตฟอร์มจึงอาจเป็นภัยที่เกี่ยวข้องกับราคา คุณภาพ หรือนวัตกรรมก็ได้ และภัยที่เกิดจากความเสี่ยงในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับตัวผู้บริโภคโดยตรงนั้นก็อาจเป็นฐานที่ก่อให้เกิดภัยต่อการแข่งขันทางการค้าได้เช่นกัน โดยสืบเนื่องจากการที่ภาคธุรกิจมีการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคมากขึ้นเป็นทวีคูณในช่วงเวลาไม่กี่ปีที่ผ่านมา ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในความเป็นส่วนตัว การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และการแข่งขันทางการค้าก็กลายเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจจากหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าตลอดจนผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากขึ้นเป็นเท่าตัวเช่นกัน[62] และทำให้มีการเรียกร้องให้นำประเด็นเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาเป็นข้อพิจารณาในการประเมินการ

---

[59] Ibid.; OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.21 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Personalised Pricing in the Digital Era: Background Note,” p.27, OECD Doc. DAF/COMP(2018)13 (Nov. 28, 2018) [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Personalised Pricing in the Digital Era Background Note*].

[60] OECD Secretariat, “Personalised Pricing in the Digital Era Background Note,” p.17-26 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf [14 August 2025].

[61] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.23-24 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025]; ดูเพิ่มเติม เช่น Acquisti et al., “The Economics of Privacy”, in **Journal of Economic Literature**, p.449.

[62] Nicholas Economides & Ioannis Lianos, “Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective”, in **Journal of Competition Law & Economics** 17, 4 (2021), p.765.

แข่งขันทางการค้ามากขึ้นตามไปด้วย[63] ซึ่งถึงแม้ในปัจจุบันจะยังมีคดีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ไม่มากนัก แต่ก็มีการยอมรับถึงบทบาทที่เกี่ยวเนื่องกันระหว่างการคุ้มครองข้อมูล (ของผู้บริโภค) กับการแข่งขันทางการค้ามากขึ้น[64]

1.3 มุมมองของ FTC ในเรื่องความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

โดยทั่วไปแล้ว มีสองทฤษฎีหลักที่พูดถึงความเกี่ยวพันหรือเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ได้แก่ ทฤษฎีแบ่งแยก (separatist theory) ซึ่งมองว่าควรแยกกฎหมายสองส่วนออกจากกัน และทฤษฎีบูรณาการ (integrationist theory) ซึ่งมองว่าสิทธิส่วนบุคคล (privacy) เป็นองค์ประกอบหนึ่งในเรื่องคุณภาพ (quality) ในการประเมินการผูกขาด (antitrust analysis)[65] ตามทฤษฎีแบบ separatist แล้ว การนำเรื่องสิทธิส่วนบุคคล (privacy) เข้ามาเป็นข้อพิจารณาหนึ่งในการประเมินการผูกขาดจะก่อให้เกิดความสับสนในการปรับใช้มาตรฐานเรื่องสวัสดิการของผู้บริโภค

---

[63] European Data Protection Supervisor [EDPS], “Preliminary Opinion on Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy,” p.30 (2014) [online] Available from : https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en [14 August 2025]; CMA, “CMA Consumer Data Report,” [online] Available from : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.6 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025]; BKartA & Autorité de la Concurrence, “Competition Law and Data,” p.22-24 (2016) [online] Available from : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/Big%20Data%20Papier.pdf [14 August 2025]; OECD, “Quality Considerations in the Zero-Price Economy,” [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/quality-considerations-in-the-zero-price-economy_8022ca46-en.html [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.43 [online] Available from : https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.24-25 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[64] OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.6 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf [14 August 2025]; OECD, “Quality Considerations in the Zero-Price Economy,” [online] Available from : https://www.oecd.org/en/publications/quality-considerations-in-the-zero-price-economy_8022ca46-en.html [14 August 2025]; OECD, “Non-price Effects of Mergers,” [online] Available from : https://web-archive.oecd.org/2022-02-25/471820-non-price-effects-of-mergers.htm [14 August 2025]; Robertson, “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, in **Common Market Law Review**, p.161; Kemp, “Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters”, in **European Competition Journal**, p.1.

[65] Erika M. Douglas, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface”, in **Yale Law Journal Forum** 130 (2021), p.647, 653; ดูตัวอย่าง, James C. Cooper, “Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity”, in **George Mason Law Review** 20 (2013), p.1129, 1146; Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, “Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy”, in **Antitrust Law Journal** 80 (2015), p.121, 138-43.

ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด[66] ในทางตรงกันข้าม ทฤษฎีแบบ integrationist มองว่า มาตรฐานสวัสดิการของผู้บริโภคจะได้รับการปรับปรุงโดยการแข่งขันซึ่งอาจไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยเรื่องราคาเท่านั้น แต่อาจขึ้นอยู่กับปัจจัยที่ไม่ใช่ราคา (non-price factors) เช่น คุณภาพสินค้าและบริการ (quality) ด้วย ซึ่งในความหมายอย่างกว้างแล้ว คุณภาพดังกล่าวรวมถึงการแข่งขันกันในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย[67] ดังนั้น การประเมินการผูกขาดจะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อปัญหาดังกล่าวได้กลายมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการแข่งขันทางการค้าบนพื้นฐานของคุณภาพ[68]

จากการสังเกตการณ์ของ Erika M. Douglas พบว่า ทฤษฎีบูรณาการหรือ integrationist นี้ เป็นทฤษฎีที่ได้รับการพัฒนาและได้รับการยอมรับมากที่สุดเมื่อพูดถึงเรื่องความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล[69] เนื่องจากทฤษฎีดังกล่าวไม่เพียงถูกพูดถึงโดย FTC[70], กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ (DOJ)[71] และหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในยุโรป[72]

---

[66] Douglas, "The New Antitrust/Data Privacy Law Interface", in **Yale Law Journal Forum**, p.653; Ohlhausen & Okuliar, "Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy", in **Antitrust Law Journal**, p.138; ดูเพิ่มเติม *Reiter v. Sonotone Corp*., 442 U.S. 330, 343 (1979) ("Congress designed the Sherman Act as a 'consumer welfare prescription.'") (อ้างถึง Robert Bork, **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**, (New York: Basic Books, Inc., 1978) p.66.

[67] Douglas, "The New Antitrust/Data Privacy Law Interface", in **Yale Law Journal Forum**, p.653; ดูเพิ่มเติม, *Nat'l Soc'y of Prof'l Eng'rs v. United States*, 435 U.S. 679, 695 (1978) ("[A]ll elements of a bargain--quality, service, safety, and durability--and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers.").

[68] Erika M. Douglas, "Monopolization Remedies and Data Privacy", in **Virginia Journal of Law and Technology** 24 (2020), p.2, 25-26.

[69] Douglas, "The New Antitrust/Data Privacy Law Interface", in **Yale Law Journal Forum**, p.654; ดูเพิ่มเติม Geoffrey A. Manne & R. Ben Sperry, "The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework", in **CPI Antitrust Chronicle** (May 2015), p.2-3.

[70] ดูตัวอย่าง, FTC, "Statement Concerning Google/DoubleClick," p.2, FTC File No. 071-0170 (F.T.C. Dec. 20, 2007) [online] Available from : https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf [14 August 2025] (ซึ่งตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อจำกัดของเขตอำนาจของ FTC ในการปฏิเสธไม่พิจารณาประเด็นสิทธิความเป็นส่วนตัวในกรณีที่เรื่องดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันในด้านคุณภาพ); Deborah Feinstein, FTC Bureau of Competition, "The Not-So-Big News About Big Data," Competition Matters Blog (June 16, 2015) [online] Available from : https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/06/not-so-big-news-about-big-data [14 August 2025] ("[T]he FTC has explicitly recognized that privacy can be a non-price dimension of competition.").

[71] ดูตัวอย่าง, Makan Delrahim, Assistant Attorney Gen., Dep't of Justice, "". . . And Justice for All": Antitrust Enforcement and Digital Gatekeepers," Remarks for the Antitrust New Frontiers Conference (June 11, 2019) [online] Available from : https://perma.cc/8UM9-FBGA [14 August 2025] ("[D]iminished quality is also a type of harm to competition [P]rivacy can be an important dimension of quality.").

[72] Margrethe Vestager, Comm'r for Competition, Eur. Comm'n, "Making the Data Revolution Work for Us," Mackenzie Stuart Lecture at Cambridge (Feb. 4, 2019) [online] Available from : https://perma.cc/5SJ7-ACBK [14 August 2025] ("[I]f privacy is something that's important to consumers, competition should drive companies to offer better protection."); ดูตัวอย่าง, Eur. Comm'n, *Facebook/WhatsApp*, Case No. COMP/M.7217, Commission Decision C (2014) 7239 (Mar. 10, 2014), 174 (ซึ่งยอมรับสิทธิความเป็นส่วนตัวในฐานะที่เป็นปัจจัยการแข่งขันที่ไม่ใช่ราคาอย่าง

รวมถึงในคดีควบรวมกิจการ เท่านั้น แต่ยังได้รับการสนับสนุนโดยนักวิชาการหลายคนเช่นกัน[73] ส่วนในปัญหาว่าการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสัมพันธ์กับการป้องกันการผูกขาดอย่างไรนั้น งานเขียนในระยะหลังซึ่งกล่าวถึงลักษณะของตลาดดิจิทัลและการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบต่างก็ระบุคล้ายคลึงกันว่าการแข่งขันทางการค้าที่ลดลงนำไปสู่ระดับความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ลดลงเช่นกัน ซึ่งมุมมองดังกล่าวเป็นมุมมองของหน่วยงานรัฐในการดำเนินคดีกับ Facebook ทั้งในเยอรมนีและในสหรัฐฯ ด้วย นอกจากนี้ Douglas ยังพบว่า ผู้กำหนดนโยบายก็มีมุมมองแบบเดียวกัน[74] และบ่อยครั้งที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดแนะนำมาตรการการโอนย้ายข้อมูล (data portability) ว่าเป็นมาตรการที่จะส่งผลดีต่อการแข่งขัน[75]

ความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและความเป็นส่วนตัวเริ่มถูกกล่าวถึงในการวิเคราะห์การผูกขาดของ FTC ในกรณีการเข้าซื้อกิจการ DoubleClick ของ Google ในปี 2007 ที่ก่อให้เกิดข้อกังวลว่า การควบรวมกิจการดังกล่าวจะทำให้ฐานข้อมูลผู้บริโภคของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายผนวกรวมเข้าด้วยกัน ซึ่งอาจถูกนำไปใช้โดยมิชอบในลักษณะที่ส่งผลคุกคามต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภค กล่าวคือ ข้อมูลผู้บริโภคที่ Google ได้ไปจาก DoubleClick อาจถูกนำไปใช้เพื่อนำเสนอโฆษณาที่ถูกปรับแต่งตามพฤติกรรมผู้บริโภคแต่ละราย (behavioral advertising)

หนึ่ง); European Commission, "Commission Approves Acquisition of LinkedIn by Microsoft, Subject to Conditions," Press Release IP/16/4284 (Dec. 6, 2016) [online] Available from : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284 [14 August 2025].

[73] Douglas, "The New Antitrust/Data Privacy Law Interface", in **Yale Law Journal Forum**, p.655; ดูตัวอย่าง, Pamela Jones Harbour & Tara Isa Koslov, "Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets", in **Antitrust Law Journal** 76 (2010), p.769, 773 ("[P]rivacy is an increasingly important dimension of competition as well, which is exactly why modern antitrust analysis must take privacy into account."); Robert H. Lande, **The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy Is an Antitrust Concern**, FTC: WATCH, no. 714 (n.p., 2008), p.1; Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, **No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data**, Antitrust Source (n.p., 2015), p.1, 4 ("Privacy has been recognized as a non-price dimension of competition in the sense that firms can compete to offer greater or lesser degrees of privacy protection.").

[74] Douglas, "The New Antitrust/Data Privacy Law Interface", in **Yale Law Journal Forum**, p.655; FTC, "FTC Announces September 22 Workshop on Data Portability," Press Release (Mar. 31, 2020) [online] Available from : https://perma.cc/77CS-AFDD [14 August 2025] ("Data portability may also promote competition by allowing new entrants to access data they otherwise would not have, enabling the growth of competing platforms and services."); Joaquín Almunia, Comm'r for Competition, European Comm'n, "Competition and Privacy in Markets of Data," Remarks at the Privacy Platform Event (Nov. 26, 2012) [online] Available from : https://perma.cc/F777-6NJH [14 August 2025] ("[P]ortability of data is important for those markets where effective competition requires that customers can switch by taking their own data with them.").

[75] Douglas, "The New Antitrust/Data Privacy Law Interface", in **Yale Law Journal Forum**, p.656; ดูเพิ่มเติม FTC, "FTC Announces September 22 Workshop on Data Portability," Press Release (Mar. 31, 2020) [online] Available from : https://perma.cc/77CS-AFDD [14 August 2025]; Joaquín Almunia, Comm'r for Competition, European Comm'n, "Competition and Privacy in Markets of Data," Remarks at the Privacy Platform Event (Nov. 26, 2012) [online] Available from : https://perma.cc/F777-6NJH [14 August 2025].

ซึ่ง FTC ระบุว่ารวมถึงการติดตามพฤติกรรมหรือกิจกรรมของผู้บริโภคบนโลกออนไลน์ เช่น ข้อมูลการสืบค้น การเข้าชมเว็บไซต์ และเนื้อหาที่ผู้บริโภคเปิดดู เพื่อนำมาเสนอโฆษณาออนไลน์ที่มุ่งเป้าไปที่ความสนใจของผู้บริโภคแต่ละคน[76]

FTC ทำการทบทวนการซื้อกิจการและมีมติไม่โต้แย้งการควบรวมกิจการตามมาตรา 7 ของ Clayton Act ซึ่งเป็นบทบัญญัติห้ามการควบรวมกิจการที่อาจมีผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ (“substantially lessen competition”) โดยให้เหตุผลหลักว่า Google เป็นผู้ให้บริการเครือข่ายพื้นที่โฆษณา (ad network) (ผ่านบริการชื่อ AdSense) โดยเป็นคนกลางที่จำหน่ายพื้นที่ลงโฆษณาที่รวบรวมหรือซื้อมาจากเว็บไซต์ต่าง ๆ (ad intermediation) ส่วน DoubleClick เป็นผู้ให้บริการลงโฆษณาบุคคลที่สาม (third party ad serving) ให้กับผู้ลงโฆษณาที่ซื้อพื้นที่โฆษณาจากเว็บไซต์โดยตรง (ไม่ได้ผ่านคนกลาง) ธุรกิจของทั้งสองฝ่ายจึงไม่ได้แข่งขันอยู่ในตลาดเดียวกัน[77]

ถึงแม้ FTC จะวินิจฉัยว่า ไม่ปรากฏพยานหลักฐานที่สนับสนุนว่า การควบรวมกิจการรายนี้จะส่งผลร้ายแรงต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในประเด็นของโฆษณาออนไลน์ที่มาจากการติดตามพฤติกรรมของผู้บริโภค ข้อพิจารณาเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้จึงไม่อาจนำมาเป็นข้อโต้แย้งการควบรวมกิจการได้ ทั้งระบุว่าอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขการควบรวมกิจการของ FTC จำกัดอยู่เพียงเรื่องที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด แต่ FTC ก็ยอมรับในคำแถลงการณ์ว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคนี้เป็นหนึ่งในปัจจัยสภาพการแข่งขันในด้านที่ไม่ใช่ราคาเช่นกัน และยอมรับว่ารูปแบบการประกอบธุรกิจที่มีการติดตามพฤติกรรมผู้บริโภคบนโลกออนไลน์เพื่อที่จะนำเสนอโฆษณาออนไลน์ที่สอดคล้องกับความสนใจของผู้บริโภคแต่ละคนซึ่งการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคอาจเป็นไปในลักษณะที่เอาเปรียบผู้บริโภคนั้น เป็นประเด็นที่ไม่ได้ถูกหยิบยกขึ้นเฉพาะกรณีการควบรวมกิจการระหว่าง Google/DoubleClick เท่านั้น แต่เกิดขึ้นทั่วทั้งตลาดโฆษณาออนไลน์ ซึ่ง FTC เน้นย้ำถึงบทบาทของตนในการกำกับดูแลตลาดออนไลน์ในด้านการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคมาอย่างต่อเนื่อง และยืนยันความตั้งใจในการจับตาความเปลี่ยนแปลงของตลาดออนไลน์ที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและต่อเนื่องต่อไป[78] ซึ่งความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจกับสภาพความเป็นจริงในตลาดดิจิทัลที่ในเวลาดังกล่าวกำลังเติบโตอย่างก้าวกระโดดนั้นปรากฏอยู่ในความเห็นส่วนตนของกรรมาธิการ FTC เองด้วย ทั้งความเห็นพ้องและความเห็นแย้ง[79]

---

[76] FTC, “Statement Concerning Google/DoubleClick,” p.2 [online] Available from : https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf [14 August 2025].

[77] Ibid., p.6-12.

[78] Ibid., p.2, 13.

[79] ในส่วนของความเห็นพ้อง ดู FTC, “Concurring Statement of Commissioner Jon Leibowitz Concerning Google/DoubleClick,” p.2-3, FTC File No. 071-0170 (F.T.C. Dec. 20, 2007) [online] Available from : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/concurring-statement-commissioner-jon-leibowitz-google/doubleclick-matter/071220leib_0.pdf [14 August 2025]; ในส่วนของความเห็นแย้ง ดู FTC, “Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour Concerning Google/DoubleClick,” p.9-13, FTC File No. 071-0170 (F.T.C. Dec. 20, 2007) [online] Available from : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf [14 August 2025]; สำหรับงานเขียนทางวิชาการในช่วงเวลาเดียวกันก็จะพบความเห็นที่สนับสนุนแนวคิดแบบ integrationist ที่บูรณาการการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคว่าเป็นส่วนหนึ่งกับการป้องกันการผูกขาดเช่นกัน ดูเพิ่มเติม Robert H. Lande, **The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy Is an Antitrust Concern**, p.1.

ต่อมาเมื่อเข้าสู่ทศวรรษที่ 2010 แล้ว ความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจกับสภาพความเป็นจริงในตลาดปรากฏให้เห็นในรายงานฉบับต่าง ๆ ของ FTC ที่ศึกษาและรวบรวมข้อกังวลต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคที่เกิดขึ้นจากรูปแบบหรือโมเดลธุรกิจของผู้เล่นในตลาดดิจิทัล

ในปี 2012 FTC ได้ทำการศึกษาและสำรวจความคิดเห็นในเรื่องการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคจากผู้เกี่ยวข้องรวมถึงภาคธุรกิจ หนึ่งในประเด็นที่เป็นข้อกังวลที่ถูกกล่าวถึง คือ การตั้งเงื่อนไขการใช้บริการที่ไม่ให้ทางเลือกกับผู้บริโภคหรือเงื่อนไขแบบ take-it-or-leave-it ซึ่ง FTC ระบุว่า ปัจจัยที่ความเห็นส่วนใหญ่นำมาพิจารณาว่าเงื่อนไขการใช้บริการแบบ take-it-or-leave-it นี้ เหมาะสมหรือไม่ ได้แก่ ประการแรก สินค้าหรือบริการนั้นมีการแข่งขันเพียงพอ กล่าวคือ ผู้บริโภคมีตัวเลือกในการใช้สินค้าหรือบริการอื่นหรือไม่ ประการที่สอง จะต้องไม่ตั้งเงื่อนไขลักษณะนี้กับสินค้าหรือบริการที่มีความจำเป็น (essential product or service) และประการที่สาม ผู้ประกอบธุรกิจที่เสนอเงื่อนไขการใช้บริการแบบ take-it-or-leave-it นี้ ต้องเปิดเผยข้อกำหนดและเงื่อนไขในการซื้อสินค้าหรือบริการอย่างชัดเจนเพื่อให้ผู้บริโภคทราบเงื่อนไข ซึ่งข้อพิจารณาเหล่านี้ได้กลายมาเป็นข้อกล่าวหาในการดำเนินคดีกับ Facebook ในเยอรมนี ในเวลาต่อมา[80]

ในขณะเดียวกัน FTC แสดงความกังวลเกี่ยวกับบทบาทของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มขนาดใหญ่ว่าแพลตฟอร์มเหล่านี้อยู่ในสถานะที่สามารถติดตามกิจกรรมที่อยู่บนโลกออนไลน์ของผู้บริโภคแทบจะทุกอย่างเพื่อสร้างโพรไฟล์ของผู้บริโภคเพื่อการโฆษณาหรือการตลาด ซึ่งผู้บริโภคอาจมีตัวเลือกน้อยในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ หรืออาจมีข้อจำกัดในเรื่องความสะดวกหรือค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ ซึ่งนอกจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISPs) แล้ว ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มอื่น เช่น ระบบปฏิบัติการณ์ (operating systems) และเว็บเบราว์เซอร์ก็อยู่ในสถานะที่สามารถเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคได้เช่นกัน รวมถึงการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคที่เกิดขึ้นในเว็บไซต์ต่าง ๆ ผ่านเครื่องมือเช่นคุกกี้และลิงก์เชื่อมต่อไปยังสื่อสังคมออนไลน์ (social widgets) เช่นกัน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ในเวลาดังกล่าว FTC ยังคงประเมินผลกระทบในการเก็บรวบรวมข้อมูลพฤติกรรมของผู้บริโภคของ Google และ Facebook ว่ายังคงไม่ได้มีผลกระทบในวงกว้างมากนัก แต่ก็ตระหนักว่าเป็นเรื่องที่ FTC ยังต้องศึกษาต่อไปถึงศักยภาพในทางเทคนิคของแพลตฟอร์มรายใหญ่ทั้งหลายในการเก็บรวบรวมและใช้ข้อมูลผู้บริโภค[81]

นอกจากนี้ FTC ระบุถึงข้อกังวลเกี่ยวกับฐานข้อมูลผู้บริโภคขนาดใหญ่ (Big Data) ว่า ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำข้อมูลที่เก็บรวบรวมจากผู้บริโภคโดยความยินยอมไปอนุมานถึงลักษณะของผู้บริโภคคนอื่นที่ไม่ได้ยินยอมให้เก็บข้อมูลแต่อยู่ในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกันได้ ทั้งยังอาจทำให้ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวของผู้บริโภคถูกเปิดเผยได้ โดยอ้างถึงงานวิจัยชิ้นหนึ่งที่นำข้อมูลจากการกดปุ่ม likes บน Facebook ของผู้บริโภคมาประมวลผลร่วมกับข้อมูลที่เก็บรวบรวมจากแหล่งอื่น ซึ่งนักวิจัยพบว่าข้อมูลที่

[80] FTC, “Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations for Businesses and Policymakers,” p.50-52, FTC Report (Mar. 2012) [online] Available from : https://perma.cc/ZF4G-WBVL [14 August 2025].

[81] Ibid., p.55-57.

ถูกนำมาประมวลผลร่วมกันนั้นสามารถคาดเดาถึงข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้ได้อย่างแม่นยำ[82] ในทำนองเดียวกัน FTC ระบุถึงข้อกังวลเกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคจากการติดตามระหว่างอุปกรณ์ (Cross-device Tracking) ว่า ผู้บริโภคที่รู้สึกไม่สะดวกใจต่อการเก็บข้อมูลจากการเก็บข้อมูลระหว่างอุปกรณ์มีทางเลือกอย่างจำกัดในการจำกัดการถูกเก็บรวบรวมข้อมูล[83]

ทั้งหมดนี้ แม้จะเป็นการศึกษาในแง่มุมของสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคมากกว่าด้านการแข่งขันทางการค้า แต่ก็เป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงการตระหนักถึงสภาพความเป็นจริงในตลาดดิจิทัลของ FTC ที่พัฒนามาจากกรณีการควบรวมกิจการของ Google/DoubleClick ที่จุดประกายการศึกษาและการปรับเปลี่ยนมุมมองที่เริ่มบูรณาการปัญหาทั้งสองด้านเข้าด้วยกันมากขึ้นในทศวรรษที่ 2010 ซึ่งในเวลาดังกล่าว FTC ยังคงยืนยันมุมมองในคดี Google/DoubleClick ว่าสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคเป็นปัจจัยการแข่งขันในด้านที่ไม่ใช่ราคาเช่นกัน และไม่ปฏิเสธว่า ถึงแม้ในช่วงเวลาดังกล่าว FTC จะยังไม่เคยหยิบยกประเด็นการแข่งขันในด้านที่ไม่ใช่ราคาในเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคขึ้นในการดำเนินคดีหรือการคัดค้านการควบรวมกิจการโดยตรง แต่ประสบการณ์ของ FTC ในคดีที่เกี่ยวข้องกับตลาดข้อมูลผู้บริโภคจะกลายเป็นรากฐานให้กับการดำเนินคดีของ FTC ที่อาจเกิดขึ้นต่อไป[84]

2. พัฒนาการและอิทธิพลของแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสหภาพยุโรป

2.1 แนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ทฤษฎีเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (privacy-related theories of harm) ในปัจจุบัน มีทั้งทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำในลักษณะการเอาเปรียบหรือแสวงประโยชน์โดยมิชอบ (exploitative conduct) และการกระทำในลักษณะกีดกันทางการค้า (exclusionary conduct) และมีทั้งทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายก่อนเกิดเหตุ (*ex ante*) และหลังเกิดเหตุ (*ex post*) ซึ่งบทความนี้จะกล่าวถึงเฉพาะทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายหลังเกิดเหตุ (*ex post*) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการนำการใช้และหาประโยชน์จากข้อมูลส่วนบุคคลโดยมิชอบมาเป็นฐานของการกระทำที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (anticompetitive conduct) โดยจะไม่กล่าวถึงเรื่องการควบรวมกิจการ

---

[82] FTC, “FTC Big Data Report,” p.10-11, footnote 52 [online] Available from : https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf [14 August 2025].

[83] FTC, “FTC Cross-Device Tracking Report,” p.8 [online] Available from : https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/cross-device-tracking-federal-trade-commission-staff-report-january-2017/ftc_cross-device_tracking_report_1-23-17.pdf [14 August 2025].

[84] Feinstein, “The Not-So-Big News About Big Data,” p.2 [online] Available from : https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/06/not-so-big-news-about-big-data [14 August 2025].

2.1.1 แนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ในส่วนของแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Exploitative Abuse of Dominance Theories of Harm) นั้น ในทางทฤษฎีแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจอาจใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบโดยการลดมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค[85] ซึ่งในบางประเทศถือว่าการกระทำในลักษณะนี้เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในลักษณะการเอาเปรียบหรือการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ[86] โดย Maurice E. Stucke กล่าวถึงทฤษฎีนี้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ซึ่งครอบครองข้อมูลผู้บริโภคจำนวนมาก หรือที่ Stucke เรียกว่า Data-opolist ซึ่งมีโมเดลธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค มีแรงจูงใจที่จะลดระดับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ต่ำกว่าคู่แข่งในระดับเดียวกัน และเก็บข้อมูลส่วนบุคคลจากผู้บริโภคมากกว่าคู่แข่งในระดับเดียวกัน[87] ส่วน Ariel Ezrachi และ Viktoria H.S.E. Robertson ตั้งข้อสังเกตว่า รัฐควรมีอำนาจดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเก็บข้อมูลผู้บริโภคอย่างไม่เป็นธรรม (unfair data collection) ในทำนองเดียวกับในบางประเทศที่รัฐสามารถดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจที่ตั้งราคาสูงเกินควร (excessive pricing)[88] ในขณะที่ Nicholas Economides และ Ioannis Lianos ตั้งข้อสังเกตว่า แม้การตั้งราคาแบบเฉพาะบุคคล (personalized pricing) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair commercial practices) และการตั้งเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trading conditions) อาจเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบ (exploitative abuse of dominance) อย่างหนึ่งได้ แต่การตั้งราคาแบบเฉพาะบุคคล (personalized pricing หรือ price targeting) ก็อาจถูกมองเป็นเพียงการนำเทคโนโลยีมาใช้เพื่อตั้งราคาให้สอดคล้องกับความประสงค์ของผู้บริโภคแต่ละรายก็ได้เช่นกัน[89] และในขณะเดียวกันการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและการตั้งเงื่อนไข

---

[85] Kemp, "Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters", in **European Competition Journal**, p.1; Ariel Ezrachi & Viktoria H.S.E. Robertson, "Competition, Market Power and Third-Party Tracking", in **World Competition** 42, 1 (2019), p.5-20; ดูเพิ่มเติม Julie E. Cohen, "What Privacy is For", in **Harvard Law Review** 126 (2013), p.1904; Maurice E. Stucke, "Should We Be Concerned About Data-opolies?", in **Georgetown Law Technology Review** 2 (2018), p.275.

[86] OECD Secretariat, "Consumer Data Rights and Competition Background Note," p.29 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[87] Stucke, "Should We Be Concerned About Data-opolies?", in **Georgetown Law Technology Review**, p.285-286 ("A data-opolist, to the extent its business model depends on harvesting and exploiting personal data, has the incentive to reduce its privacy protection below competitive levels and collect personal data above competitive levels.").

[88] Ezrachi & Robertson, "Competition, Market Power and Third-Party Tracking", in **World Competition**, p.5-20.

[89] Economides & Lianos, "Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective", in **Journal of Competition Law & Economics**, p.813, อ้างอิง Case C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734, ¶ 70 (emphasis added): "[i]t is the beneficial nature of the effect on all consumers in the relevant markets that must be taken into consideration, not the effect on each member of that category of consumers."

ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นแนวคิดที่กว้างและเป็นปัญหาที่อาจแก้ไขโดยกฎหมายอื่นได้อยู่แล้ว เช่น การตีความว่าเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair competition) หรือใช้กฎหมายสัญญาทั่วไป[90]

2.1.2 แนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการกีดกันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

สำหรับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการกีดกันทางการค้า (Exclusionary Abuse of Dominance Theories of Harm) ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น OECD ตั้งข้อสังเกตว่า การกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกีดกันการเข้าสู่ตลาด (foreclosure) อาจเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะที่กีดกันไม่ให้คู่แข่งเข้าถึงข้อมูลผู้บริโภค อีกกรณีหนึ่ง คือ การเพิ่มต้นทุนของคู่แข่งหรือการเพิ่มอุปสรรคในการเข้าตลาดโดยการขายพ่วง (tying) หรือขายสินค้าหรือให้บริการแบบรวมเป็นแพ็คเกจ (bundling)[91]

สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะกีดกันทางการค้าในเรื่องข้อมูล (exclusionary conduct) นั้น มีตัวอย่างเช่น ในธุรกิจพลังงานในสหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส และอิตาลี หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในประเทศดังกล่าวมีคำสั่งให้ธุรกิจค้าปลีกพลังงานต้องเปิดให้คู่แข่งเข้าถึงข้อมูลการใช้พลังงานของผู้บริโภคเพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ดีขึ้น ขณะที่ในด้านของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ผู้บริโภคสามารถเลือกที่จะไม่ให้เผยแพร่ข้อมูลของตนได้ (opt out)[92]

แต่ในส่วนของคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (exploitative conduct) นั้น งานเขียนในด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจำนวนมากนับคดีที่ Bundeskartellamt ของเยอรมนีดำเนินคดีกับ Facebook เป็นคดีแรก ๆ ที่นำเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคมาเป็นฐานในการดำเนินคดีป้องกันการผูกขาดโดยตรง[93]

---

[90] Economides & Lianos, “Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective”, in **Journal of Competition Law & Economics**, p.816.

[91] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.29 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025].

[92] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.30 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025]; Autorité de la concurrence, “Décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l’électricité,” [online] Available from : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-10/14mc02.pdf [14 August 2025]; CMA, “Energy Market Investigation,” (2016) [online] Available from : https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5773de34e5274a0da3000113/final-report-energy-market-investigation.pdf [14 August 2025]; Mariateresa Maggiolino & Giulia Ferrari, “Can Digital Data be Replaced? Data Substitutability is the Key”, in **CPI Antitrust Chronicle** (Feb. 2020), p.37.

[93] OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.30 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025]; Economides & Lianos, “Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective”, in **Journal of Competition Law & Economics**, p.819-826.

2.2 การดำเนินคดีกับ Facebook ในประเทศเยอรมนีและการตอบสนองของสหภาพยุโรป

2.2.1 การดำเนินคดีกับ Facebook โดย Bundeskartellamt ในประเทศเยอรมนี

2.2.1.1 การดำเนินคดีของ Bundeskartellamt

Facebook (ปัจจุบัน คือ Meta Platforms) เริ่มเปิดให้บริการ Facebook.com ในประเทศเยอรมนีผ่านเว็บไซต์ www.facebook.com หรือ www.facebook.de และทางแอปพลิเคชัน Facebook บนสมาร์ตโฟนตั้งแต่ปี ค.ศ. 2008 จากข้อมูลของ Bundeskartellamt ในปีดังกล่าว Facebook.com ในประเทศเยอรมนีมีผู้ใช้รายวัน วันละประมาณ 23 ล้านคน นอกจากผู้ใช้ทั่วไป (private user) แล้ว Facebook.com เปิดให้บริการสำหรับผู้ใช้ประเภทธุรกิจ (ทั้งโดยการใช้บัญชีผู้ใช้ทั่วไปและบัญชี Business Manager) สามารถสร้างเพจ (page) เพื่อเผยแพร่เนื้อหาเกี่ยวกับกิจการของตนต่อผู้ใช้ทั่วไปผ่านการกดปุ่ม like หรือ subscribe เพจเช่นกัน โดย Facebook มีรายได้จากการให้บริการพื้นที่โฆษณาออนไลน์แก่ผู้ใช้ประเภทธุรกิจและผู้ประกอบธุรกิจทั่วไป โฆษณาที่นำเสนอให้กับผู้ใช้ทั่วไปจะถูกปรับแต่งให้สอดคล้องกับข้อมูลการใช้งานของผู้ใช้แต่ละราย เช่น พฤติกรรมการใช้จ่ายออนไลน์ ความสนใจและกำลังซื้อ หรือที่เรียกว่า “targeted advertising” นอกจากนี้ Facebook ยังให้บริการเครื่องมือ (tool) ที่เรียกว่า “Facebook Business Tools” ให้แก่ผู้ให้บริการและผู้พัฒนาเว็บไซต์ (Developers) ผู้ลงโฆษณา (Advertisers) และผู้ประกอบธุรกิจอื่นสามารถใส่ฟังก์ชันของ Facebook เข้าไปในเว็บไซต์ แอปพลิเคชัน หรือคำเสนอออนไลน์ของตนผ่านอินเตอร์เฟซที่เรียกว่า Application Programming Interface หรือ API ที่ถูกตั้งค่าไว้ล่วงหน้าโดย Facebook เพื่อทำหน้าที่เชื่อมต่อข้อมูลระหว่าง Facebook กับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ได้แก่ ปลั๊กอิน (plugins) เช่น ปุ่ม like หรือปุ่ม share ช่องทางล็อกอินเข้าสู่ Facebook.com และบริการวิเคราะห์ข้อมูลหรือที่เรียกว่า Facebook Analytics ซึ่งทำงานผ่านชุดคำสั่งหรือโค้ด (Code) ที่ชื่อว่า Facebook Pixel (สำหรับเว็บไซต์) หรือชุดเครื่องมือพัฒนาซอฟต์แวร์ (software development kits หรือ SDK) (สำหรับแอปพลิเคชัน) เพื่อเก็บข้อมูลของผู้ใช้งาน[94]

นอกจากนี้ บริการของ Facebook ยังรวมถึงแอปพลิเคชันอื่น ได้แก่ Instagram (Facebook ซื้อกิจการในปี ค.ศ. 2012) ซึ่งมีรายได้จากค่าโฆษณาเช่นเดียวกัน, WhatsApp (Facebook ซื้อกิจการในปี ค.ศ. 2014 ให้บริการในทวีปยุโรปโดยบริษัทลูกสัญชาติไอร์แลนด์ ชื่อว่า WhatsApp Ltd.) ซึ่งประกาศว่าจะเริ่มใส่โฆษณาเข้าไปในฟังก์ชันสถานะ (status) ของแอปพลิเคชันในปี ค.ศ. 2019, Masquerade (Facebook ซื้อกิจการในปี ค.ศ. 2016) ซึ่งใช้ตัดต่อและแชร์รูปภาพ และอุปกรณ์แว่นสำหรับเทคโนโลยีความเป็นจริงเสมือน (Virtual Reality หรือ VR) พร้อมซอฟต์แวร์ภายใต้ชื่อ Oculus[95]

---

[94] BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.7-25; BKartA, “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources,” press release [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html [20 April 2025].

[95] BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.22-25; BKartA,

Bundeskartellamt ระบุว่า ในการให้บริการดังกล่าว Facebook สร้างเงื่อนไขการลงทะเบียนเข้าใช้งาน Facebook.com ว่าผู้ใช้บริการต้องตกลงตามข้อกำหนดการใช้บริการ (Terms of service) ซึ่งกำหนดให้ Facebook สามารถเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลและนโยบายคุกกี้ (Cookies) ของ Facebook ได้แก่ ข้อมูลการใช้งานนอกเครือข่าย Facebook (Off-Facebook Data) ที่เก็บรวบรวมจากบัญชีผู้ใช้และอุปกรณ์การใช้งานของผู้ใช้นั้น (device-related) ผ่าน Facebook Business Tool ที่ผู้ให้บริการรายอื่นนำไปติดตั้งอยู่ในเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของตน และข้อมูลการใช้งานจากแอปพลิเคชันหรือผลิตภัณฑ์อื่นภายในกลุ่มบริษัทของ Facebook เอง ทั้งนี้ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ใช้ Facebook เพื่อนำไปประมวลผลร่วมกับข้อมูลการใช้งานภายใน Facebook.com (Facebook Data) และนำข้อมูลที่ได้ไปใช้[96]

Bundeskartellamt วินิจฉัยว่า นโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของ Facebook เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดเครือข่ายสังคมออนไลน์ในประเทศเยอรมนีของ Facebook โดยมิชอบ เนื่องจากนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวซึ่งผู้บริโภคไม่มีทางเลือก หรือที่เรียกว่าเงื่อนไขแบบ “take-it-or-leave-it” มีลักษณะเป็นข้อกำหนดทางธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบ (exploitative business terms) ตามมาตรา 19 (1) ของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนี หรือ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ทั้งยังขัดต่อ General Data Protection Regulation (GDPR) หรือกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป อันส่งผลกระทบต่อทั้งผู้ใช้งานและคู่แข่งขันของ Facebook ในตลาดเดียวกัน[97]

เมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2019 Bundeskartellamt จึงมีคำสั่งห้ามบริษัท Facebook Inc. (สหรัฐอเมริกา) บริษัท Facebook Ireland จำกัด (สาธารณรัฐไอร์แลนด์) และบริษัท Facebook Germany GmbH ซึ่งเป็นบริษัทลูกของ Facebook ในประเทศเยอรมนี โดยห้ามบริษัทเหล่านี้บังคับใช้นโยบายการประมวลผลข้อมูลตามข้อกำหนดการใช้บริการ (Terms of service) ตลอดจนนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลและนโยบายคุกกี้ และให้ Facebook ยุติการกระทำตามนโยบายดังกล่าวในส่วนที่เป็นการ

“Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources,” press release [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html [20 April 2025].

[96] BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.41-244; BKartA, “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources,” press release [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html [20 April 2025].

[97] BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.245-257; BKartA, “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources,” press release [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html [20 April 2025]; OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.30 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025]; Anne C. Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in **Antitrust Bulletin** 66, 2 (2021), p.276–307.

เก็บรวบรวมข้อมูลบัญชีผู้ใช้และอุปกรณ์การใช้งานของผู้ใช้ (device-related) ทั้งข้อมูลที่ได้จากการใช้บริการต่าง ๆ ในเครือของ Facebook (corporate services) และข้อมูลจากบุคคลที่สาม (third-party mobile apps) ผ่าน Facebook Business Tool และห้ามการนำข้อมูลดังกล่าว (Off-Facebook Data) มาประมวลผลร่วมกับข้อมูลภายใน Facebook.com (Facebook Data) เพื่อให้บริการ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ใช้ โดยมีคำสั่งให้ Facebook ปฏิบัติตามและเปลี่ยนแปลงนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของตนภายในระยะเวลา 12 เดือน โดยต้องเสนอแผนการดำเนินการตามคำสั่งต่อ Bundeskartellamt ภายในระยะเวลา 4 เดือน[98]

มาตรา 19 (1) ของ GWB นั้น เป็นบทบัญญัติที่ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบธุรกิจ (ไม่ว่ารายเดียวหรือหลายรายร่วมกัน) ซึ่งบัญญัติในลักษณะกว้าง ๆ และถูกขยายความในมาตรา 19 (2) ว่า การกระทำลักษณะใดบ้างที่เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งตามกฎหมายในขณะที่การดำเนินคดีนี้เกิดขึ้นนั้นไม่ได้บัญญัติถึงลักษณะการประกอบธุรกิจดังเช่นที่ Facebook ถูกกล่าวหาแต่อย่างใด ส่วนลักษณะการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกบัญญัติไว้ในขณะนั้นถูกบัญญัติในลักษณะกว้าง ๆ ในมาตรา 19 (2) 2. กล่าวคือ การกำหนดเงื่อนไขในทางธุรกิจที่ย่อมไม่เกิดขึ้นในสถานการณ์ที่การแข่งขันในตลาดเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ แต่ที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกำหนดเงื่อนไขเช่นนั้นเป็นเพราะมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งจะต้องมีการเปรียบเทียบว่าผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดจะสามารถกำหนดเงื่อนไขแบบเดียวกันได้หรือไม่ในตลาดที่มีการแข่งขัน จึงมีปัญหาเกิดขึ้นว่า Bundeskartellamt กำลังกล่าวหาว่า Facebook กระทำการตามมาตรา 19 (2) 2. หรือไม่ และ Bundeskartellamt ได้วิเคราะห์การกระทำของ Facebook ตามเงื่อนไขของข้อดังกล่าวซึ่งต้องมีการเปรียบเทียบการกระทำของ Facebook ในสถานการณ์จริงกับสถานการณ์ที่การแข่งขันเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ ซึ่งปัญหานี้ได้กลายเป็นส่วนสำคัญในการอุทธรณ์ของ Facebook

2.2.1.2 การขอคุ้มครองชั่วคราวระหว่างอุทธรณ์คำสั่งของ Bundeskartellamt ต่อศาลเยอรมนี

ภายหลังจากทราบคำสั่งแล้ว Facebook ยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ต่อศาลภูมิภาคประจำเมืองดึสเซิลดอร์ฟ (Higher Regional Court of Düsseldorf หรือ Oberlandesgericht Düsseldorf) โดยยกเหตุว่าคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย พร้อมกับยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลเพื่อให้ศาลระงับคำสั่งห้ามของ Bundeskartellamt เป็นการชั่วคราว เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 2019 ศาล Düsseldorf มีคำสั่งอนุญาตให้คุ้มครองชั่วคราว โดยให้ระงับผลของคำสั่งห้ามเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลของ

[98] BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.258-271; BKartA, "Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources," press release [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html [20 April 2025].

Bundeskartellamt เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในเนื้อหาคดี ตามคำวินิจฉัยที่ VI-Kart 1/19 (V)[99] โดยสองเหตุผลหลักของศาล Düsseldorf คือ ข้อกำหนดการให้บริการของ Facebook นั้น เข้าลักษณะของเงื่อนไขทางธุรกิจตามความในมาตรา 19 (2) 2. ของ GWB ซึ่งศาลเห็นว่า Bundeskartellamt ไม่ได้ประเมินการแข่งขันตามเงื่อนไขของบทบัญญัติดังกล่าวที่ต้องนำการกระทำของ Facebook ไปเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่มีการแข่งขันในตลาดแต่อย่างใด และศาลเห็นว่า การกระทำของ Facebook ที่ถูกกล่าวหานั้น ไม่ใช่การใช้อำนาจเหนือตลาดตามความในบทบัญญัติมาตรา 19 (1) ซึ่งเป็นบททั่วไปเช่นกัน

ศาล Düsseldorf ไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ว่า Facebook ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เพราะศาลเห็นว่า การที่ Facebook เก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลจากบริการอื่นของตนและจากบุคคลที่สามเพื่อนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้นั้น ไม่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบผู้ใช้ เนื่องจากผู้ใช้มีอิสระที่จะเปิดเผยข้อมูลเดียวกันกับที่ Facebook เก็บรวบรวมนั้นต่อผู้ให้บริการรายอื่นรวมถึงคู่แข่งของ Facebook ด้วย ซึ่ง Bundeskartellamt มิได้แสดงรายละเอียดว่าข้อมูลส่วนใดที่เกิดจากการเก็บรวบรวมและประมวลผลโดยเกินกว่าความจำเป็น ทั้งเป็นผู้ใช้เองที่ให้ความยินยอมกับข้อกำหนดการใช้บริการ รวมถึงนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลและนโยบายคุกกี้ โดยสมัครใจเพื่อใช้บริการ Facebook.com โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ที่ว่าการละเมิดต่อกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมีผลเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในทันที ซึ่งศาลเห็นว่า Bundeskartellamt มิได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำของ Facebook ที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดอย่างร้ายแรงตามเงื่อนไขของมาตรา 19 (1) ของ GWB ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) ว่าการเก็บและประมวลผลข้อมูลดังกล่าวกีดกันการแข่งขันทางการค้าอย่างไร[100]

2.2.1.3 คำวินิจฉัยของศาล Federal Court of Justice ประเทศเยอรมนี

Bundeskartellamt อุทธรณ์คำสั่งอนุญาตให้คุ้มครองชั่วคราวของศาล Higher Regional Court เมือง Düsseldorf ต่อศาลสูงหรือศาลสหพันธรัฐของประเทศเยอรมนี (Federal Court of Justice) เพื่อให้คำสั่งระงับการเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลกลับมามีผลบังคับใช้อีกครั้ง ซึ่งศาลสูงประเทศเยอรมนี แผนกคดีป้องกันการผูกขาด วินิจฉัยว่า กรณีไม่มีข้อสงสัยอย่างร้ายแรงว่า Facebook มีอำนาจเหนือตลาด Social Network ในประเทศเยอรมนี ทั้งไม่มีข้อสงสัยว่าการบังคับใช้ข้อกำหนดการให้บริการของ Facebook นั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ[101]

---

[99] Oberlandesgericht Düsseldorf [OLG] [Higher Regional Court of Düsseldorf] Aug. 26, 2019, Vi-Kart 1/19 (V), interim proceedings (Ger.).

[100] Higher Regional Court of Düsseldorf Aug. 26, 2019, Vi-Kart 1/19 (V), interim proceedings (Ger.); Competition Policy International [CPI], "Germany: Facebook succeeds in blocking German ban on data collection," [online] Available from : https://www.competitionpolicyinternational.com/germany-cartel-office-to-take-facebook-case-to-high-court/ [14 August 2025].

[101] Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jun. 23, 2020, KVR 69/19, interim proceedings (Ger.);

อย่างไรก็ตาม ศาลสูงไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ส่วนที่ว่าการกระทำละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ Facebook เป็นผลมาจากการกระทำละเมิดต่อ GDPR เนื่องจากศาลสูงเห็นว่า กรณียังไม่แน่ชัดว่า การที่ Facebook นำข้อมูลพฤติกรรมของผู้ใช้มาจากนอก Facebook.com (Off-Facebook Data) มาประมวลผลและใช้ข้อมูลดังกล่าวไม่ว่าผู้ใช้จะล็อกอินเข้าใช้ Facebook.com หรือไม่นั้นจะเป็นการละเมิดต่อ GDPR หรือไม่[102]

แต่ศาลสูงเยอรมนีพิเคราะห์ถึงรูปแบบการให้บริการของ Facebook ว่า Facebook ให้บริการบนตลาด 2 ตลาดด้วยกัน ตลาดแรก คือ ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทส่วนบุคคล (private social network) บนแพลตฟอร์ม ส่วนในตลาดที่สองนั้น Facebook ให้บริการพื้นที่โฆษณาบนแพลตฟอร์มแก่บริษัทอื่น ๆ เพื่อนำรายได้จากค่าโฆษณาในตลาดที่สองมาสนับสนุนการให้บริการผู้ใช้ในตลาดแรกซึ่งไม่มีการเรียกเก็บค่าบริการเป็นตัวเงิน ซึ่งในฐานะที่ Facebook เป็นผู้ให้บริการ Private Social Network รายใหญ่ในประเทศเยอรมนี Facebook จึงมีความรับผิดชอบพิเศษที่จะต้องรักษาการแข่งขันที่ยังคงอยู่ในตลาด Private Social Network เอาไว้ ศาลสูงจึงเห็นว่า ความสำคัญอย่างยิ่งยวดในทางเศรษฐกิจของการเข้าถึงข้อมูลของ Facebook เป็นประเด็นที่ต้องนำมาวินิจฉัย ซึ่งจากรูปแบบการประกอบธุรกิจของ Facebook ดังกล่าว ศาลสูงเห็นว่า การที่ Facebook ไม่ให้ทางเลือกแก่ผู้ใช้ในเรื่องนโยบายการเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้จากกิจกรรมนอกเครือข่าย Facebook.com (Off-Facebook Data) นั้น จึงไม่เพียงก่อผลกระทบต่ออำนาจการตัดสินใจของบุคคล (personal autonomy) แต่ยังกระทบต่อการใช้สิทธิในการกำหนดเกี่ยวกับข้อมูลส่วนตัวของตน (right to informational self-determination) ที่ได้รับความคุ้มครองโดย GDPR เงื่อนไขการใช้ Facebook ดังกล่าว จึงก่อให้เกิดอุปสรรคต่อผู้ใช้ในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ หรือที่เรียกว่า “lock-in effect” ซึ่งเป็นการหาประโยชน์โดยมิชอบต่อผู้ใช้ อันมีผลทำให้การแข่งขันทางการค้าไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพอันเนื่องมาจากสถานะที่มีอำนาจเหนือตลาดของ Facebook โดยศาลสูงอ้างอิงข้อมูลจาก Bundeskartellamt ว่า มีผู้ใช้ Facebook จำนวนไม่น้อยที่ประสงค์จะเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลน้อยกว่าที่ถูกกำหนดไว้ในนโยบายการใช้ข้อมูล ซึ่งหากการแข่งขันทางการค้าในตลาด Private Social Network เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ผู้ใช้ย่อมมีสิทธิเลือกระดับการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ และย่อมมีสิทธิที่จะเลือกเปลี่ยนไปใช้บริการของผู้ให้บริการรายอื่นได้เช่นกัน ศาล Federal Court ประเทศเยอรมนี

ดู Federal Court of Justice, “Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position,” [online] Available from : https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html [14 August 2025]; BKartA, “Translation of Press Release No 080/2020 published by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 23/06/2020,” [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v [20 April 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Federal Court Facebook Decision Press Release Translation*].

[102] Federal Court of Justice Jun. 23, 2020, KVR 69/19, interim proceedings (Ger.); BKartA, “Federal Court Facebook Decision Press Release Translation,” [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v [20 April 2025]

จึงเห็นว่า ข้อกำหนดการให้บริการของ Facebook ตามที่ Bundeskartellamt กล่าวหานั้น มีลักษณะที่อาจกีดขวางการแข่งขันทางการค้า[103]

เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2020 ศาล Federal Court ของประเทศเยอรมนีจึงพิพากษากลับคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวของศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf ทำให้ Bundeskartellamt สามารถบังคับใช้คำสั่งห้ามเก็บรวบรวมข้อมูลของตนกับ Facebook ได้ต่อไปจนกว่าศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf จะมีคำพิพากษาในคดีหลัก[104]

ต่อมาเมื่อวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2021 ศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf ที่ยังไม่มีคำพิพากษาในคดีหลักเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt จึงตัดสินใจส่งประเด็นให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (The Court of Justice of the European Union หรือ CJEU) วินิจฉัยว่า Bundeskartellamt มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำของ Facebook ว่าละเมิดต่อ GDPR ซึ่งไม่ใช่อำนาจหน้าที่กำกับดูแลของตนหรือไม่ และศาลเยอรมนีจะตีความรูปแบบการประกอบธุรกิจของ Facebook ตามกรอบ GDPR อย่างไร[105] ซึ่งเมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 2022 Athanasios Rantos ซึ่งเป็น Advocate General ในคดีนี้ ได้ทำความเห็นส่วนตนออกมา ก่อนที่ศาลยุติธรรมยุโรปโดย Grand Chamber (ประกอบด้วยองค์คณะผู้พิพากษา 15 คน) มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 2023[106]

2.2.2 คำวินิจฉัยเบื้องต้นของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปและความเห็นของ Advocate General

2.2.2.1 Bundeskartellamt มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำของ Facebook ว่าละเมิดต่อ GDPR ซึ่งไม่ใช่อำนาจหน้าที่กำกับดูแลของตนหรือไม่

ในปัญหาว่า Bundeskartellamt มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำของ Facebook ว่าเป็นไปตาม GDPR หรือไม่นั้น ศาล CJEU และ Advocate General มีความเห็นพ้องกันว่า หน่วยงานกำกับ

---

[103] Ibid.

[104] Ibid.

[105] ดูเพิ่มเติม OECD Secretariat, "Consumer Data Rights and Competition Background Note," p.30 [online] Available from : https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf [14 August 2025]; Witt, "Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case", in **Antitrust Bulletin**, p.281-295; Giuseppe Colangelo & Mariateresa Maggiolino, **Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S.**, (Stan. L. Sch. & U. of Vienna Sch. of L. TTLF, Working Paper No. 31/2018); Pranvera Këllezi, "Data Protection and Competition Law: Non-Compliance as Abuse of Dominant Position", in **Sui Generis** 343 (2019), p.344.

[106] Case C-252/21, *Meta Platforms Inc., formerly Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Ltd., formerly Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt, intervener: Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.* (Request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Düsseldorf (Higher Regional Court, Düsseldorf, Germany)), Opinion of Advocate General Rantos, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-252/2 [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*]; Case C-252/21, *Meta Platforms Inc.*, Judgment, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *CJEU Meta Platforms Judgment*].

ดูแลการแข่งขันทางการค้าจะต้องวินิจฉัยประเด็นต่าง ๆ รวมถึงประเด็นว่า การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่พิพาทนั้นมีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้า (anticompetitive) หรือไม่ ปัญหาที่ว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นไปตาม GDPR หรือไม่ ประกอบกับพฤติการณ์แวดล้อมอื่น ๆ จึง “อาจเป็นข้อพิจารณาสำคัญ” (“may be a vital clue”) ในการวินิจฉัยว่ามีการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่[107]

Rantos ระบุว่า ในหลักการแล้ว GDPR ไม่ได้ห้ามมิให้หน่วยงานตามกฎหมายอื่นวินิจฉัยการปฏิบัติตามบทบัญญัติของ GDPR โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อหน่วยงานตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น (ในกรณีนี้ คือ Bundeskartellamt) ใช้อำนาจที่มีตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปในเรื่องการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามข้อ 102 ของ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) หรือตามกฎหมายภายในที่เทียบเท่า[108] ซึ่งรวมถึงมาตรา 19 ของ GWB ซึ่งเป็นฐานของคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ในคดีนี้เช่นกัน[109] โดย Rantos ตั้งข้อสังเกตว่า ขอบเขตของข้อ 102 ของ TFEU นั้นมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปและไม่อาจถูกจำกัดโดยกรอบของ Regulation (GDPR) ซึ่งประกาศใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติของ EU ได้[110]

ตามความเห็นของ Rantos เนื้อหาคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt นั้น ไม่ได้ลงโทษ Facebook จากการกระทำที่ขัดต่อ GDPR แต่การประเมินและวินิจฉัยการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของ GDPR ของ Facebook นั้น เป็นเพียงประเด็นปัญหารองหรือปัญหาเบื้องต้นที่จะต้องวินิจฉัยก่อน (incidental question) ที่สืบเนื่องมาจากปัญหาหลักว่า Facebook ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือไม่ อันอยู่ภายใต้อำนาจของ Bundeskartellamt เท่านั้น[111] ซึ่งศาล CJEU ก็วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า ในกรณีนี้หน่วยงานตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ได้เข้าไปแทนที่โดยใช้อำนาจของหน่วยงานที่มีอำนาจภายใต้ GDPR และการที่หน่วยงานตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าววินิจฉัยว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของ GDPR นั้น ก็เป็นไปเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการวินิจฉัยปัญหาว่าผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามความในมาตรา 102 ของ TFEU ซึ่งเป็นอำนาจภายใต้ข้อ 5 ของ Regulation (EC) ที่ 1/2003 (ว่าด้วยการอนุวัติการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป) เท่านั้น มิใช่การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจภายใต้ GDPR แต่อย่างใด[112]

---

[107] Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.23; Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.47-48; Case C-152/19, *Deutsche Telekom v Commission*, Judgment, ECLI:EU:C:2021:238 (Mar. 25, 2021), para.41-42.

[108] Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.22.

[109] Ibid., endnote 16.

[110] Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), endnote 17; Case C-295/12, *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, Judgment, ECLI:EU:C:2014:2062 (Jul. 10, 2014).

[111] Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.18.

[112] Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.46, 49.

นอกจากนี้ CJEU ยังเน้นย้ำถึงสภาพความเป็นจริงในตลาดดิจิทัลเกี่ยวกับความสำคัญของการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทของเศรษฐกิจดิจิทัลว่า โมเดลธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลของ Facebook นี้ ช่วยให้แพลตฟอร์มสามารถทำรายได้จากการนำเสนอโฆษณาที่ถูกปรับแต่งให้มีความเฉพาะตัวของผู้ใช้โดยอาศัยข้อมูลผู้บริโภคที่ถูกเก็บรวบรวมมา ดังนั้น การตัดอำนาจมิให้หน่วยงานที่กำกับดูแลการแข่งขันทางการค้านำเอากฎเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาประกอบในการพิจารณาในการวินิจฉัยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้น ในความเห็นของศาลแล้ว ย่อมเป็นการเพิกเฉยต่อสภาพความเป็นจริงของการพัฒนาเศรษฐกิจดิจิทัลโดยรูปแบบหรือโมเดลธุรกิจในลักษณะนี้และย่อมทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรปเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพ[113]

ดังนั้น ศาล CJEU จึงวินิจฉัยว่า หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าซึ่งกระทำการตามอำนาจในหน้าที่จึงอาจวินิจฉัยถึงปัญหาว่าการปฏิบัติของผู้ประกอบธุรกิจที่พิพาทนั้นเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของ GDPR หรือไม่ ในกรณีที่การพิจารณาดังกล่าวจะจำเป็นต่อการวินิจฉัยว่ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเกิดขึ้นหรือไม่ หรือที่ Rantos ระบุว่า ตราบเท่าที่ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหารองหรือปัญหาเบื้องต้นที่จะต้องวินิจฉัยเสียก่อน (incidental question) เท่านั้น[114]

2.2.2.2 แนวทางวินิจฉัยตีความรูปแบบการประกอบธุรกิจของดิจิทัลแพลตฟอร์มตามกรอบ GDPR

ปัญหาเรื่องการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวเป็นพิเศษ

สำหรับในส่วนของเนื้อหาของคดีนั้นเกี่ยวข้องกับข้อ 9 (1) ของ GDPR ที่ห้ามการประมวลผล (หมายความรวมทั้งการเก็บรวมรวม ใช้ หรือประมวลผล) ข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดอยู่ในประเภทพิเศษ (special categories of personal data) ได้แก่ ข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในศาสนาหรือปรัชญา สมาชิกภาพในสหภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพสำหรับการระบุตัวบุคคล ข้อมูลสุขภาพ หรือข้อมูลเกี่ยวกับชีวิตด้านเพศหรือรสนิยมทางเพศ ซึ่งคดีนี้มีปัญหาว่า การที่ Facebook เก็บรวบรวมข้อมูลนอกแพลตฟอร์มของผู้ใช้ (Off-Facebook Data) มาเชื่อมโยงกับข้อมูลผู้ใช้แพลตฟอร์ม (Facebook Data) แล้วนำข้อมูลที่ได้นั้นไปใช้ เป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลประเภทพิเศษตามข้อ 9 (1) นี้แล้วหรือไม่

ในปัญหาแรกนี้ ศาล CJEU วินิจฉัยว่า การประมวลผลข้อมูลตามความในข้อ 9 (1) ย่อมรวมถึงการนำข้อมูลนอกแพลตฟอร์มเครือข่ายสังคมออนไลน์มาเชื่อมโยงเข้ากับข้อมูลบัญชีผู้ใช้แพลตฟอร์มและนำข้อมูลที่ประมวลผลมานั้นมาใช้ และการประมวลผลนั้นย่อมต้องห้ามตามข้อดังกล่าว หากข้อมูลที่ถูกประมวลผลนั้นจะทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวในประเภทต่าง ๆ ตามที่ระบุในบทบัญญัติข้อ 9 (1) ของ GDPR ถูกเปิดเผยออกมา ไม่ว่าข้อมูลนั้นจะเป็นของผู้ใช้แพลตฟอร์มนั้นเองหรือเป็นของบุคคลอื่น ทั้งนี้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามข้อ 9 (2)[115]

---

[113] Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.50-51.

[114] Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.21-24, 78.1; Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.62.

[115] Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.71-73; Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.78.2.

ศาล CJEU เห็นพ้องกับแนวทางการวินิจฉัยของ Rantos ว่าปัจจัยสำคัญในการพิจารณา คือ ระดับความสามารถในการระบุตัวตน (identifiability) ของข้อมูล และลำพังการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Personal Data) เกี่ยวกับการเข้าใช้เว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันอื่นของผู้ใช้ไม่ถือเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวตามความหมายของข้อ 9 (1) ของ GDPR เสมอไป แต่การนำข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวดังกล่าวไปเชื่อมโยงเข้ากับข้อมูลบัญชีผู้ใช้ Facebook ของผู้ใช้ที่เกี่ยวข้องแต่ละรายหรือการนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ย่อมถือเป็นการประมวลผลแล้ว หากข้อมูลที่ถูกประมวลผลนั้นช่วยให้ Facebook สามารถสร้างข้อมูลผู้ใช้ (user profiling) โดยอาศัยข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวประเภทต่าง ๆ ตามที่ระบุในบทบัญญัติข้อ 9 (1) ดังกล่าวที่ปรากฏขึ้น ซึ่งอาจจำเป็นต้องจำแนกระหว่างข้อมูลที่ปรากฏในเบื้องต้นว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวกับข้อมูลที่ไม่ใช่ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวในตัวเองแต่จำเป็นต้องอาศัยการรวมข้อมูล (aggregation) เพื่อที่จะได้มาซึ่งข้อสรุปเกี่ยวกับข้อมูลผู้ใช้ที่ใกล้เคียงความเป็นจริง[116] ดังนั้น ศาล Düsseldorf จะต้องวินิจฉัยว่าข้อมูลที่ถูกเก็บรวบรวมจากนอกแพลตฟอร์มหรือ Off-Facebook Data นั้น จะสามารถทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวตามข้อ 9 (1) ถูกเปิดเผยออกมาได้หรือไม่ ไม่ว่าโดยตัวข้อมูลนั้นเองหรือเมื่อนำมาเชื่อมโยงกับข้อมูลของผู้ใช้ที่ถูกเก็บรวบรวมบนแพลตฟอร์ม Facebook (Facebook Data)

ข้อยกเว้นในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวเป็นพิเศษ

สำหรับข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้ครอบครองข้อมูลสามารถประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลประเภทพิเศษตามข้อ 9 (1) ได้นั้น อยู่ในข้อ 9 (2) ซึ่งมีทั้งหมด 10 ประการ ด้วยกัน ตามข้อ 9 (2) (a) ถึง (j) ซึ่งข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องในคดีนี้ คือ ข้อ 9 (2) (e) ผู้ใช้ได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่จะทำให้ข้อมูลเป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะ

สำหรับในส่วนของข้อยกเว้นตามข้อ 9 (2) (e) นี้ ศาล CJEU เห็นพ้องกับความเห็นของ Advocate General ว่า ข้อมูลการเข้าชมเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันอื่นของผู้ใช้แพลตฟอร์ม Social Network (ในคดีนี้ คือ Off-Facebook Data) เป็นข้อมูลที่มีเพียงผู้ดูแล (administrator) ของเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันนั้น และแพลตฟอร์ม Social Network (ในคดีนี้ คือ Facebook) ที่ได้รับข้อมูลมาเท่านั้นที่จะมองเห็นข้อมูลดังกล่าวได้ ดังนั้น การที่ผู้ใช้ป้อนข้อมูลเข้าไปในเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันดังกล่าวจึงไม่อาจถือเป็นพยานหลักฐานว่าผู้ใช้ยินยอมให้ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะ ในทำนองเดียวกัน แม้การที่ผู้ใช้คลิกที่ปลั๊กอินของแพลตฟอร์ม Social Network ที่เชื่อมต่อเข้ากับเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันอื่น (เช่น ปุ่ม share ของ Facebook) จะเป็นการแสดงความประสงค์โดยชัดแจ้งให้มีการเผยแพร่ข้อมูลบางอย่างของผู้ใช้ต่อสาธารณะภายนอกเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันนั้น แต่ในกรณีดังกล่าวผู้ใช้เพียงตระหนักว่าตนกำลังเผยแพร่หรือแชร์ข้อมูลกับกลุ่มคนเฉพาะกลุ่มเท่านั้นซึ่งมักจะกำหนดไว้โดย

[116] Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.38-39; ดูเพิ่มเติม European Data Protection Board [EDPB], "Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users," p.124 [online] Available from : https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_en.pdf [14 August 2025].

ผู้ใช้ดังกล่าวเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายถึงการยินยอมให้ข้อมูลนั้นถูกเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นการทั่วไป[117] นอกจากนี้ Rantos ยังตั้งข้อสังเกตว่า แม้กระทั่งในกรณีที่ผู้ใช้ได้ตั้งค่าการมองเห็นเนื้อหาบน Facebook ของตนให้ผู้ใช้ทุกคนบนแพลตฟอร์มสามารถมองเห็นได้หรือตั้งค่าเป็นสาธารณะ แต่การตั้งค่าดังกล่าวก็ไม่ใช่พยานหลักฐานในตัวเองว่าผู้ใช้รายนั้นแสดงเจตนาให้ข้อมูลส่วนบุคคลของตนเป็นข้อมูลสาธารณะโดยชัดแจ้ง[118]

ดังนั้น ตามความเห็นของศาล CJEU แล้ว ในกรณีที่ผู้ใช้มีทางเลือกในการตัดสินใจในความเป็นจริงว่าจะเปิดเผยข้อมูลของตนที่ถูกเก็บรวบรวมมาจากนอกแพลตฟอร์ม Social Network เพียงใด โดยที่ผู้ใช้รับทราบข้อเท็จจริงทั้งหมดเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลของตน และผู้ใช้ได้ป้อนข้อมูลเข้าไปยังเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันบุคคลที่สามหรือคลิกที่ปลั๊กอินของแพลตฟอร์ม Social Network ที่เชื่อมต่อเข้ากับเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของบุคคลที่สามนั้นโดยสมัครใจแล้ว กรณีดังกล่าวย่อมถือได้ว่าผู้ใช้ได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่จะทำให้ข้อมูลนอกแพลตฟอร์มดังกล่าวนั้นเป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะ (“manifestly making public”) ตามความในข้อ 9 (2) (e) ของ GDPR แล้ว แต่หากไม่ปรากฏว่าผู้ใช้มีตัวเลือกในการตั้งค่าการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแล้ว จะต้องได้ความว่าผู้ใช้ได้ให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง (“have explicitly consented”) ตามข้อ 9 (2) (a) ว่าให้ข้อมูลที่เกิดจากการเข้าชมหรือการคลิกที่ปลั๊กอินของแพลตฟอร์ม Social Network ที่เชื่อมต่อเข้ากับเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของบุคคลที่สามนั้นเป็นข้อมูลที่อาจเข้าถึงได้โดยบุคคลทั่วไปทุกคนที่สามารถเข้าถึงเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันบุคคลที่สามนั้นได้ ซึ่งเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันบุคคลที่สามนั้นจะต้องขอความยินยอมโดยชัดแจ้งก่อนการเข้าชมหรือการคลิกที่ปลั๊กอินดังกล่าว[119]

ทั้งนี้ ตามความเห็นของทั้งศาล CJEU และ Rantos ลำพังการที่ผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดภายในประเทศที่เกี่ยวข้องไม่ได้ทำให้การให้ความยินยอมของผู้ใช้ที่ยินยอมให้เครือข่ายสังคมออนไลน์นั้นประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้เสียไปเสมอ แต่สถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ให้บริการดังกล่าวเป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องในการวินิจฉัยว่าผู้ใช้ได้ให้ความยินยอมโดยอิสระหรือไม่ ที่ต้องนำไปพิจารณาร่วมกับปัจจัยอื่นด้วย[120]

ตามคำวินิจฉัยของศาล CJEU หากศาล Düsseldorf ของเยอรมนีรับฟังข้อเท็จจริงไม่ได้ว่าผู้ใช้ได้ให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือความยินยอมดังกล่าวไม่ใช่ความยินยอมตามความหมายของ GDPR ซึ่งระบุอยู่ในข้อ 4 (11) กล่าวคือ ผู้ใช้ไม่ได้ให้ความยินยอมโดยใจสมัคร หรือให้โดยไม่เจาะจงวัตถุประสงค์ความยินยอม หรือให้โดยที่ผู้ใช้ไม่ได้รับทราบข้อมูลทั้งหมดจากผู้ให้บริการ หรือเป็นความยินยอมที่มีลักษณะกำกวมแล้ว ศาล Düsseldorf จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของ Facebook

---

[117] Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.44, 78.3; Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.74-80.

[118] Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), endnote 56.

[119] Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.81-85.

[120] Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.71-77, 78.4; Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.143-154.

เข้าเงื่อนไขข้อยกเว้นเรื่องเหตุจำเป็นตามข้อใดข้อหนึ่งของข้อ 6 (1) (b) ถึง (f) ของ GDPR หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อยกเว้นตามข้อ (b) ว่า การนำ Off-Facebook Data มาประมวลผลร่วมกับ Facebook Data มีความจำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาการให้บริการแก่ผู้ใช้ซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลหรือไม่ ซึ่งมีการยกข้อกล่าวอ้าง 2 เหตุผล คือ เพื่อการนำเสนอเนื้อหาออนไลน์ที่ปรับแต่งความเฉพาะตัวของผู้ใช้ (personalised content) และเพื่อการใช้บริการในกลุ่ม Meta ที่เสถียรและไร้รอยต่อ (seamless) และตามข้อ (f) ว่า การประมวลผลข้อมูลดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่เป็นผลประโยชน์อันชอบธรรม (legitimate interests) ของผู้ควบคุมข้อมูลหรือบุคคลที่สามที่เกี่ยวข้องหรือไม่ ซึ่งมีการยกข้อกล่าวอ้าง 4 ประการ คือ การนำเสนอโฆษณาที่ปรับแต่งความเฉพาะตัว (personalised advertising) ความมั่นคงปลอดภัยของเครือข่าย (network security) การพัฒนาผลิตภัณฑ์ (product improvement) และการแบ่งปันข้อมูลกับหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายของรัฐเพื่อป้องกันการกระทำความผิดอาญา[121]

2.3 ความพยายามในการกำกับดูแลดิจิทัลแพลตฟอร์มรายใหญ่ของเยอรมนีและสหภาพยุโรป

แนวทางคำวินิจฉัยเบื้องต้นของศาล CJEU และอิทธิพลความเห็นของ Advocate General นี้ได้นำไปสู่การเจรจาที่ Facebook (หรือปัจจุบัน คือ Meta Platforms) ยินยอมปรับเปลี่ยนมาตรการจัดการข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้ตามที่ถูกกล่าวหาในหลายส่วนและถอนอุทธรณ์ออกจากการพิจารณาของศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf ซึ่งท้ายที่สุด Bundeskartellamt ได้ประกาศยุติการดำเนินคดีไปเมื่อเดือนตุลาคม 2024 ที่ผ่านมา[122]

ทั้งนี้ นอกจากคำตัดสินของศาล CJEU ข้างต้นแล้ว ยังมีตัวชี้วัดอื่น ๆ ที่ชี้ให้เห็นถึงแนวโน้มของผลคดีอยู่ก่อนแล้วเช่นกัน ข้อที่น่าสนใจอย่างยิ่ง คือ ภายหลังจากศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf มีคำสั่งให้ระงับผลของคำสั่งของ Bundeskartellamt เป็นการชั่วคราวแล้ว รัฐบาลสหพันธรัฐของเยอรมนีได้เสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนีหรือ GWB ซึ่งถึงแม้ข้อเสนอการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวจะไม่ได้เกิดจากคำวินิจฉัยของศาล Düsseldorf โดยตรง เนื่องจากมีรายงานว่ารัฐบาลเยอรมนีได้ทำการศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2018 แล้ว ภายหลังจากที่มีข้อเสนอเรียกร้องให้มีการปรับปรุงกฎหมายจากรายงานของผู้เชี่ยวชาญต่างเพื่อปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับแพลตฟอร์มออนไลน์ที่มีอำนาจเหนือตลาด แต่ร่างกฎหมายที่เสนอใหม่นั้นก็มีความเกี่ยวเนื่องกับคดี Facebook ในเยอรมนีอย่างยิ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งร่างกฎหมายใหม่ดังกล่าวนำความเห็นของ Bundeskartellamt ในคดีมาเป็นฐานของเหตุผลในการยกร่างหลายมาตราด้วยกัน Anne C. Witt ตั้งข้อสังเกตว่า ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวแสดงความ

---

[121] Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.86-139.

[122] BKartA, "Press Release on 10/10/2024," [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2024/10_10_2024_Facebook.html [20 April 2025]; ดูเพิ่มเติม BKartA, "Case Summary B6-22/16," (Oct. 10, 2024) [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2024/B6-22-16.html?nn=48888 [20 April 2025].

เห็นพ้องกับความเห็นของ Bundeskartellamt ในคดี Facebook อย่างชัดเจนและในขณะเดียวกันก็ต้องการที่จะหักล้างเหตุผลของศาล Düsseldorf ในคดีนี้ โดยมีการอ้างอิงถึงคำสั่งศาลว่าเป็นตัวอย่างของการทำให้เกิดความไม่แน่นอนของกฎหมาย (Legal Uncertainty) ในประเด็นนี้มาสนับสนุนหลักการและเหตุผลในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนขึ้น ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนี ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 10 นี้ มีผลบังคับใช้เมื่อเดือนมกราคม 2021[123]

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนี ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 10 นี้ ได้ใส่แนวคิดของ Bundeskartellamt ที่ว่า การกระทำในลักษณะการเอาเปรียบอันเป็นผลมาจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอาจเป็นมูลฐานของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบได้ เข้าไปในบทบัญญัติของกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติม[124] โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 19a (2) 4. ของ GWB ให้อำนาจแก่ Bundeskartellamt ที่จะมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการแข่งขันในตลาด (“an undertaking of paramount significance for competition across markets”) กระทำการอันเป็นการสร้างหรือเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือกีดขวางผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นโดยประการอื่น โดยการประมวลผลข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันซึ่งเก็บรวบรวมโดยผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น หรือการบังคับใช้ข้อกำหนดและเงื่อนไขใด ๆ ที่ระบุให้ยินยอมให้มีการประมวลผลข้อมูลดังกล่าว ซึ่งรวมถึงการห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจนำการใช้บริการมาเป็นเงื่อนไขให้ผู้ใช้ต้องยินยอมให้มีการนำข้อมูลที่ได้จากการใช้บริการอื่น ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกัน หรือข้อมูลที่ได้จากจากใช้บริการของผู้ให้บริการบุคคลที่สาม โดยที่ผู้ใช้ไม่มีตัวเลือกที่เพียงพอในการตัดสินใจว่าจะยินยอมให้มีการประมวลผลข้อมูลดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร และเพื่อวัตถุประสงค์ใด ซึ่งรูปแบบการกระทำ (fact patterns) ตามที่บัญญัตินี้เป็นรูปแบบการกระทำเดียวกันกับตามข้อกล่าวหาของ Bundeskartellamt ในคดี Facebook[125]

---

[123] Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in **Antitrust Bulletin**, p.296; Wolfgang Kerber & Karsten K. Zolna, “The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law”, in **European Journal of Law and Economics** 54 (2022), p.24.

[124] Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in **Antitrust Bulletin**, p.296.

[125] BKartA, “English translation of the 10th Amendment to the German Competition Act, Act against Restraints of Competition (Competition Act – GWB),” [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2021/25_05_2021_GWB_EN.html [20 April 2025], Section 19a:

“(1) The Bundeskartellamt may issue a decision declaring that an undertaking which is active to a significant extent on markets within the meaning of Section 18(3a) is of paramount significance for competition across markets...

(2) In case of a declaratory decision pursuant to subsection 1, the Bundeskartellamt may prohibit such undertakings from

...

4. by processing competitively sensitive data collected by the undertaking, to create or appreciably raise barriers to market entry or otherwise hinder other companies, or to require terms and conditions that permit such processing, in particular

ทั้งนี้ มาตรา 18 (3)a ของ GWB ซึ่งแก้ไขใหม่นั้น ได้วางหลักเกณฑ์การประเมินสถานะในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในกรณีของตลาดหรือเครือข่ายที่มีลูกค้าหรือผู้ใช้หลายด้าน (“multi-sided markets and networks”) ว่าต้องคำนึงปัจจัยต่าง ๆ รวมถึง ผลกระทบของ network effects ทั้งทางตรงและทางอ้อม ทางเลือกของผู้ใช้ในการใช้บริการของผู้ให้บริการหลายรายได้พร้อม ๆ กันและค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ (switching costs) การประหยัดต่อขนาดของผู้ประกอบธุรกิจอันเนื่องมาจาก network effects การเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจ และแรงกดดันจากการแข่งขัน (competitive pressure) ที่ขับเคลื่อนโดยนวัตกรรม[126]

ภายหลังจาก GWB ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 10 นี้ มีผลบังคับใช้แล้ว Bundeskartellamt ได้เปิดการดำเนินคดีกับบริษัท Tech Company รายใหญ่หลายราย ตามมาตรา 19a ที่แก้ไขใหม่นี้ รวมถึงการดำเนินการสอบสวน Amazon และ Google[127]

---

a) to make the use of services conditional on users consenting to the processing of data from other services of the undertaking or a third party provider without giving users an adequate choice as to the circumstance, purpose and manner of processing;

b) to process competitively sensitive data received from other companies for purposes other than those necessary for the provision of its own services to those companies, without giving those companies an adequate choice as to the circumstance, purpose and manner of processing;”

[126] BKartA, “English translation of the 10th Amendment to the German Competition Act, Act against Restraints of Competition (Competition Act – GWB),” [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2021/25_05_2021_GWB_EN.html [20 April 2025], Section 18:

“(3a) In particular in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of:

1. direct and indirect network effects,
2. the parallel use of services from different providers and the switching costs for users,
3. the undertaking’s economies of scale arising in connection with network effects,
4. the undertaking’s access to data relevant for competition,
5. innovation-driven competitive pressure…”

[127] ดูตัวอย่าง BKartA, “Proceedings against Amazon based on new rules for large digital companies (Section 19a GWB),” Press Release (May 18, 2021), [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_Amazon_19a.html [20 April 2025]; BKartA, “Proceeding against Google based on new rules for large digital players (Section 19a GWB) – Bundeskartellamt examines Google’s significance for competition across markets and its data processing terms,” Press Release (May 25, 2021) [online] Available from : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/25_05_2021_Google_19a.html [20 April 2025]; Internationale Kartellkonferenz [IKK] [International Conference on Competition, “BKartA Case Summary B7 – 61/21,” [online] Available from : https://www.internationale-kartellkonferenz.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B7-61-21.html [20 April 2025]; IKK, “Bundeskartellamt determines Google’s paramount significance for competition across markets pursuant to the new Section 19a(1),” [online] Available from : https://www.internationale-kartellkonferenz.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B7-61-21.pdf;jsessionid=81ABDCAC00D13D40DCA4A0CE9775EF85.1_cid362?__blob=publicationFile&v=6 [20 April 2025].

คำวินิจฉัยของศาล Federal Court of Justice ของเยอรมนี ในคดี Facebook ในส่วนของวิธีการชั่วคราว และท่าทีของเยอรมนีในการประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 10 นับเป็นก้าวสำคัญในการบรรจุเอาข้อกังวลเรื่องสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลหรือ Privacy เข้าไปในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า[128] ซึ่งคดี Facebook ในเยอรมนีนี้ไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดการอภิปรายในแวดวงวิชาการและเพิ่มน้ำหนักให้กับแนวคิดที่สนับสนุนการผนวกข้อพิจารณาเรื่องข้อมูลส่วนบุคคลในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น แต่ท่าทีของเยอรมนียังอาจเป็นจุดเริ่มต้นให้ประเทศอื่นบรรจุข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเข้าไปในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเริ่มต้นที่สหภาพยุโรป ซึ่งแม้คดี Facebook ของ Bundeskartellamt ที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมยุโรปจะอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนีซึ่งเป็นกฎหมายภายในเป็นหลัก แต่คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปที่ตัดสินโดย Grand Chamber ก็สะท้อนถึงมุมมองของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปที่มีความชัดเจนมากขึ้นว่า มาตรา 102 ของสนธิสัญญา TFEU อาจมีผลเป็นการห้ามการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่มากเกินควร (excessive data collection) โดยแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ ดังที่เคยมีรายงานก่อนหน้านี้ว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะที่ 4 ของศาลยุติธรรมยุโรปเคยแสดงความเห็นในทำนองเดียวกันว่าลักษณะการกระทำในการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้ใช้ดังเช่นในคดี Facebook นี้ อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้เช่นกัน[129] ประการสำคัญ คือ ข้อบ่งชี้ที่สหภาพยุโรปรวมถึงศาลยุติธรรมยุโรปเห็นพ้องด้วยกับแนวคิดของ Bundeskartellamt ในการดำเนินคดี Facebook นี้ ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนจากการที่ข้อกังวลเรื่องวิธีการทำธุรกิจของดิจิทัลแพลตฟอร์มต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลและความเป็นส่วนตัวได้ถูกบัญญัติให้เป็นข้อห้ามของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มรายใหญ่ซึ่งถูกเรียกว่า Gatekeeper ตามกฎหมายใหม่ของสหภาพยุโรป คือ Digital Markets Act (DMA)[130] ซึ่งมีการประกาศใช้ตั้งแต่เดือนพฤศจิกายน 2022 และเริ่มมีผลบังคับใช้กับบรรดาแพลตฟอร์มแล้วในเดือนพฤษภาคม 2023 และครบกำหนดให้บรรดาแพลตฟอร์มที่เข้าข่ายเป็น “Gatekeeper” ต้องรายงานข้อมูลการให้บริการต่อคณะกรรมาธิการยุโรปเพื่อ

---

[128] Kerber & Zolna, “The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law”, in **European Journal of Law and Economics**, p.22; Rupprecht Podszun, “The Consumer as a Market Player: Competition Law, Consumer Choice and Data Protection in the German Facebook Decision”, in **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht** (2020), p.1268-1276; Marija Stojanovic, “Can Competition Law Protect Consumers in Cases of A Dominant Company Breach of Data Protection Rules?”, in **European Competition Journal** 16, 2-3 (2020), p.531-569; Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in **Antitrust Bulletin**, p.276-307.

[129] Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in **Antitrust Bulletin**, p.302.

[130] Kerber & Zolna, “The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law”, in **European Journal of Law and Economics**, p.22-24; ดูเพิ่มเติม, Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of Sep. 14, 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), 2022 O.J. (L 265/1) [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Digital Market Act*].

ทำการประเมินสถานะความเป็น “Gatekeeper” ไปเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2023[131] ก่อนที่ศาล CJEU จะมีคำพิพากษาในคดี *Meta Platforms* เสียอีก

ทั้งนี้ ข้อ 3 (1) ของ DMA ได้กำหนดนิยามของ “Gatekeeper” ไว้ หมายถึง ผู้ประกอบธุรกิจที่[132]

(a) มีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อตลาดภายในของรัฐสมาชิก
(b) ธุรกิจที่ให้บริการ คือ การเป็นแพลตฟอร์มหลัก (core platform service) คือ การให้บริการเชื่อมต่อสำคัญให้กลุ่มผู้ใช้ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ (business users) สามารถเข้าถึงกลุ่มผู้ใช้ที่เป็นผู้บริโภค (end users) และ
(c) มีสถานะที่แข็งแกร่งในตลาดที่ให้บริการอย่างยาวนาน หรือคาดเห็นได้ว่าจะมีสถานะดังกล่าวในอนาคตอันใกล้

โดยในการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจหรือแพลตฟอร์มมีสถานะเป็น Gatekeeper หรือไม่นั้น มีหลักเกณฑ์ตามข้อ 3 (8) ของ DMA รวมถึง[133] ในข้อ 3 (8) (c) Network effects ของแพลตฟอร์มและประโยชน์ที่แพลตฟอร์มได้รับจากการทำธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยคำนึงถึงความสามารถของกิจการในการเข้าถึงและเก็บรวบรวมข้อมูลทั้งที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลและไม่เป็นข้อมูลส่วนบุคคล หรือศักยภาพในการวิเคราะห์ข้อมูล และ (e) การที่ผู้ใช้ทั้งที่เป็นกลุ่มธุรกิจและกลุ่มผู้บริโภคไม่สามารถเปลี่ยนไปใช้บริการของผู้ให้บริการรายอื่น (lock-in) รวมถึงอุปสรรคในเรื่องต้นทุนในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ (switching costs) และการสร้างอคติในเชิงพฤติกรรมที่ชี้นำผู้ใช้ทั้งกลุ่มธุรกิจและผู้บริโภคไม่ให้เปลี่ยนผู้ให้บริการหรือใช้บริการหลายแพลตฟอร์มในเวลาเดียวกัน (multi-home) ซึ่งล้วนแต่เป็นลักษณะเฉพาะของตลาดดิจิทัล

เมื่อพิจารณาว่าเป็น Gatekeeper แล้ว ข้อ 5 (2) ของ DMA ได้กำหนดข้อห้ามในการให้บริการกล่าวคือ[134]

(a) ห้ามประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค (end users) ที่ใช้บริการของผู้ให้บริการบุคคลที่สามซึ่งต้องอาศัยบริการแพลตฟอร์มหลัก (core platform services) ของ Gatekeeper เพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริการโฆษณาออนไลน์
(b) ห้ามนำข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากบริการแพลตฟอร์มหลักที่เกี่ยวข้องมารวมเข้ากับข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากการให้บริการแพลตฟอร์มหลักอื่นหรือการให้บริการอื่นของ Gatekeeper นั้นเอง หรือนำมารวมเข้ากับข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากการให้บริการของบุคคลที่สาม

---

[131] ดู European Commission, “The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets,” [online] Available from : https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en [14 August 2025].

[132] Art 3 (1) of Digital Market Act.

[133] Art 3 (8) of Digital Market Act.

[134] Art 5 (2) of Digital Market Act.

(c) ห้ามนำข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากบริการแพลตฟอร์มหลักที่เกี่ยวข้องไปใช้ในการให้บริการอื่นที่ให้บริการแยกต่างหากจากกันโดย Gatekeeper นั้น รวมถึงบริการแพลตฟอร์มหลักอื่น

(d) ห้ามทำการลงทะเบียนผู้ใช้ (end users) สำหรับบริการอื่น ๆ ของ Gatekeeper เพื่อที่จะนำข้อมูลส่วนบุคคลในการให้บริการเหล่านั้นมารวมกัน

ทั้งนี้ ข้อ 5 (2) ของ DMA กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า เว้นแต่ผู้ใช้จะได้รับทราบทางเลือกที่ตนมีและได้ให้ความยินยอมตามความในข้อ 4 (11) และข้อ 7 ของ Regulation (EU) 2016/679 หรือ GDPR

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะของ Gatekeeper ที่ให้บริการแพลตฟอร์มหลักและหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนว่าได้รับอิทธิพลมาจากคดีของ Facebook ในเยอรมนี เนื่องจากเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางธุรกิจของแพลตฟอร์มที่เป็น Gatekeeper ที่มีรูปแบบของข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงและมีข้อพิจารณาเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในทำนองเดียวกับในคดีของ Bundeskartellamt

การมีผลบังคับใช้ของ Digital Markets Act นี้ และความเห็นของ CJEU กับ Advocate General ในคดี *Meta Platforms* สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับข้อพิจารณาเรื่องการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และแนวโน้มที่คำวินิจฉัยของ CJEU ตลอดจนความเห็นของ Advocate General จะกลายเป็นแนวทางที่สหภาพยุโรปจะจัดการกับปัญหาเรื่องการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคเกินความจำเป็น (excessive data collection) ทั้งในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและ GDPR และเป็นแนวทางว่ากฎหมายทั้งสองฉบับจะทำงานควบคู่กันไปอย่างไร

2.4 อิทธิพลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

พัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนี้เองที่เป็นปัจจัยที่สอง โดยเป็นปัจจัยจากภายนอกที่จะส่งผลต่อการยอมรับแนวคิดเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในสหรัฐอเมริกา ซึ่งอิทธิพลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปที่มีต่อประเทศอื่น รวมถึงสหรัฐฯ นั้น เป็นสิ่งที่มีการศึกษากันมานาน Anu Bradford (มหาวิทยาลัยโคลัมเบีย) ได้ศึกษาถึงปัจจัยหรือเงื่อนไขซึ่งเกี่ยวพันกันหลายประการที่ส่งผลให้กฎหมายของสหภาพยุโรปเป็นระบอบที่ทรงอิทธิพล[135] กล่าวคือ สถานะความเป็นหนึ่งในตลาดผู้บริโภคที่ใหญ่ที่สุดในโลกซึ่งมีสัดส่วนผู้บริโภคที่มีกำลังซื้อสูงจำนวนมากนี้เองที่ทำให้ตลาดภายในของสหภาพยุโรปมีความสำคัญมากเพียงพอที่จะจูงใจให้ผู้ผลิตสินค้าหรือผู้ให้บริการจากนอก EU ยอมที่จะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เรื่องมาตรฐานที่มีความเคร่งครัดของ EU เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างต้นทุนในการปรับเปลี่ยนสินค้าหรือบริการให้สอดคล้องกับมาตรฐานกับการได้เข้าสู่ตลาดของ EU ผลที่ตามมา คือ ผู้ผลิตจำนวนมากพึ่งพิงกับความสามารถในการป้อนสินค้าหรือบริการเข้าสู่ตลาด EU เป็นหลัก[136]

---

[135] Anu Bradford, “The Brussels Effect”, in **Northwestern University Law Review** 107, 1 (2012).

[136] Bradford, “The Brussels Effect”, in **Northwestern University Law Review**, p.11-12; ดูเพิ่มเติม Alasdair R. Young, “Political Transfer and “Trading Up”? Transatlantic Trade in Genetically Modified Food and U.S. Politics”, in **World Politics** 55 (2003), p.457, 459.

แต่ลำพังตลาดที่มีขนาดใหญ่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ส่งผลให้กฎเกณฑ์ของ EU มีอิทธิพลต่อประเทศต่าง ๆ แต่ในความจริงแล้ว ปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่ออิทธิพลของกฎหมายสหภาพยุโรป คือ สถานะความเป็นองค์การระหว่างประเทศเหนือรัฐ (supranational organization) และการเป็นตลาดเดียว (Single Market) ของสหภาพยุโรปที่ทำให้ EU สามารถออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ มาบังคับใช้กับทุกประเทศที่อยู่ในตลาดของ EU โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission หรือ EC) ถูกสร้างขึ้นให้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและมีอำนาจที่จะดำเนินคดีกับรัฐสมาชิกที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของ EU ต่อศาลของสหภาพยุโรปได้ ด้วยเหตุดังกล่าว สหภาพยุโรปจึงมีศักยภาพด้านกฎเกณฑ์ที่สามารถสร้างต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่อผู้ประกอบธุรกิจได้โดยการตัดผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้เล่นที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของ EU ออกไปจากตลาด[137]

นอกจากนี้ ผลของการที่สหภาพยุโรปประกอบด้วยรัฐสมาชิกที่มีประชากรที่มีรายได้สูงหลายประเทศ สหภาพยุโรปจึงกลายเป็นระบอบที่ให้น้ำหนักกับการบังคับใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานสินค้าบริการที่เคร่งครัดมากกว่า ซึ่งสะท้อนถึงข้อกังวลถึงความเสี่ยงของการไม่บังคับใช้กฎหมาย (false negatives) ดังนั้น หากมีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำใดอาจส่งผลร้ายที่ทำให้ผู้บริโภคไม่ได้รับความคุ้มครองเท่ากับระดับที่สหภาพยุโรปตั้งเป้าเอาไว้ EU จะเลือกการแทรกแซงตลาดและบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่มีความเคร่งครัดมากขึ้น ซึ่งตรงข้ามกับสหรัฐฯ ที่เลือกที่จะวัดปริมาณของความเสี่ยงนั้นก่อนและวินิจฉัยถึงเหตุที่เพียงพอที่จะแทรกแซงตลาด ซึ่งจะต้องประเมินก่อนว่าการแทรกแซงจะมีประโยชน์สูงกว่าต้นทุนที่จะเพิ่มขึ้นหรือไม่[138]

การเลือกที่จะเน้นเป้าหมายของการออกกฎเกณฑ์ควบคุมมาตรฐานไปที่ตลาดผู้บริโภคทำให้ EU สามารถป้องกันไม่ให้ผู้ผลิตเลือกประเทศที่จะนำสินค้าหรือบริการเข้าสู่ตลาดเพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ได้ และทำให้มาตรฐานด้านกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดของตนกลายเป็นมาตรฐานสากลในที่สุด ดังนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจต้องการจะเข้าถึงผู้บริโภคจำนวน 500 ล้านคน ในสหภาพยุโรปแล้ว พวกเขาจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภคของสหภาพยุโรป[139] และเนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจมีแรงจูงใจที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขการคุ้มครองผู้บริโภคอันเคร่งครัดเพื่อเข้าสู่ตลาดผู้บริโภคขนาดใหญ่ของ EU แล้ว จึงเห็นได้ว่าปัจจัยประการสุดท้ายที่ทำให้มาตรฐานที่เข้มงวดของสหภาพยุโรปกลายเป็นมาตรฐานสากล คือ การแบ่งแยกไม่ได้ของกฎระเบียบ (Non-divisibility) กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีแรงจูงใจที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานที่เป็นสากลในการผลิตหรือการอื่นใดซึ่งแบ่งแยกไม่ได้ในหลากหลายตลาด หรือเมื่อประโยชน์

---

[137] Bradford, “The Brussels Effect”, in **Northwestern University Law Review**, p.12-14; David Bach & Abraham L. Newman, “The European Regulatory State and Global Public Policy: Micro-Institutions, Macro-Influence”, in **Journal of European Public Policy** 14 (2007), p.827, 831; Giandomenico Majone, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, in **West European Politics** (July 1994), p.77, 83–101; Margot Horspool & Matthew Humphreys, **European Union Law**, 6th ed. (Oxford University Press, 2010), p.39–70.

[138] Bradford, “The Brussels Effect”, in **Northwestern University Law Review**, p.14-16; J. Luis Guasch & Robert W. Hahn, “The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries”, in **World Bank Research Observer** 14 (1999), p.137, 138.

[139] Bradford, “The Brussels Effect”, in **Northwestern University Law Review**, p.16-17.

ที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามมาตรฐานที่เป็นแบบเดียวกันเนื่องมาจากการประหยัดต่อขนาดมีมากกว่าต้นทุนของการปรับแต่งการผลิตให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎระเบียบที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ[140]

หากมองจากในมุมของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้าแล้ว การที่สหภาพยุโรปบังคับให้บริษัท Big Tech ทั้งหลายต้องปรับปรุงแก้ไขวิธีปฏิบัติในการเก็บรักษาข้อมูลและการปฏิบัติอื่น ๆ เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การแบ่งแยกไม่ได้ในเชิงเทคนิค (Technical Non-divisibility) หรือการที่บริษัทต่าง ๆ ไม่สามารถสร้างระบบเก็บรวบรวมข้อมูลแยกสำหรับสหภาพยุโรปที่ใช้กฎเกณฑ์ที่มีมาตรฐานสูงกว่าที่อื่นโดยเฉพาะเนื่องจากเหตุผลทางเทคนิคจึงเป็นตัวบังคับให้บริษัทต่าง ๆ เช่น Google ต้องปรับเปลี่ยนการให้บริการของตนทั่วโลกให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ EU ที่มีมาตรฐานสูงที่สุดแทน[141] การแบ่งแยกไม่ได้ในทางเทคนิค (Technical Non-divisibility) นี้ ควบคู่ไปกับการแบ่งแยกไม่ได้ในทางกฎหมาย (Legal Non-divisibility) และการแบ่งแยกไม่ได้ในทางเศรษฐกิจ (Economic Non-divisibility) ช่วยให้สหภาพยุโรปสามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการกำกับดูแลตลาดทั่วทั้งโลกได้นั่นเอง หรือที่ Bradford ใช้คำว่าสร้างอิทธิพลของบรัสเซลส์ (ศูนย์กลางของสหภาพยุโรป) หรือ “Brussels Effect”[142]

ด้วยเหตุผลเหล่านี้ทำให้บ่อยครั้งที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปกลายเป็นมาตรฐานการแข่งขันทางการค้าสากลโดยพฤตินัย ซึ่งหนึ่งในตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดของเรื่องนี้ คือ การที่สหภาพยุโรปขัดขวางการซื้อกิจการ Honeywell International ของ General Electric ซึ่งถึงแม้หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ จะเห็นชอบกับธุรกรรมการซื้อกิจการนี้แล้ว แต่สุดท้ายการเข้าซื้อกิจการรายดังกล่าวก็ถูกห้ามไปทั่วโลกเนื่องจากในทางกฎหมายแล้วย่อมเป็นไปไม่ได้ที่จะอนุญาตให้มีการควบรวมกิจการในตลาดของประเทศหนึ่ง ในขณะที่ธุรกรรมเดียวกันถูกห้ามในอีกประเทศหนึ่ง เหตุผลคือ คำวินิจฉัยในเรื่องการควบรวมกิจการนั้นไม่สามารถแบ่งแยกได้ในทางกฎหมาย (legally non-divisible)[143]

---

[140] Daniel W. Drezner, “Globalization, Harmonization, and Competition: The Different Pathways to Policy Convergence”, in **Journal of European Public Policy** 12 (2005), p.841, 841–59; David Lazer, “Regulatory Interdependence and International Governance”, in **Journal of European Public Policy** 8 (2001), p.474, 476–78.

[141] Ryan Singel, “EU Tells Search Engines to Stop Creating Tracking Databases,” WIRED (Apr. 8, 2008, 9:25 AM) [online] Available from : https://www.wired.com/2008/04/eu-tells-search/ [14 August 2025].

[142] Bradford, “The Brussels Effect”, in **Northwestern University Law Review**, p.17-18.

[143] Bradford, “The Brussels Effect”, in **Northwestern University Law Review**, p.19-22; Anu Bradford, **Antitrust Law in Global Markets**, Research Handbook On The Economics Of Antitrust Law (Einer Elhauge ed.) (Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc., 2012), p.309; ดูเพิ่มเติม Commission Decision of 3 July 2001 Declaring a Concentration to be Incompatible with the Common Market and the EEA Agreement, Case COMP/M.2220—General Electric/Honeywell, 2004 O.J. (L 48) 1. สำหรับมุมมองของสหรัฐฯ ดูเปรียบเทียบกับ U.S. Dep’t of. Justice, “Justice Department Requires Divestitures in Merger Between General Electric and Honeywell,” Press Release (May 2, 2001) [online] Available from : https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2001/8140.htm [14 August 2025].

ในส่วนของอิทธิพลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้น Anu Bradford, Adam Chilton, Katerina Linos และ Alexander Weaver ได้ทำการศึกษาวิจัยข้อมูลจากประเทศต่าง ๆ ที่มีการประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า รวม 126 ประเทศ[144] และพบความคล้ายคลึงทั้งในด้านสารบัญญัติและในด้านภาษาระหว่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ซึ่งบ่งชี้ว่าปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของสหภาพยุโรปมากกว่าของกฎหมายของสหรัฐฯ โดยชุดข้อมูลแสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ ที่ลดลง และอิทธิพลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปที่เพิ่มมากขึ้นตามกาลเวลา โดยนอกจาก “อิทธิพลของบรัสเซลส์”[145] แล้ว รายงานวิจัยฉบับนี้ยังระบุว่ามีกลุ่มของปัจจัยผลักและปัจจัยดึงดูด (push and pull factors) ที่ส่งผลให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีอิทธิพลเหนือกว่า[146] กล่าวคือ สหภาพยุโรปมักใช้ประโยชน์จากการทำความตกลงให้สิทธิพิเศษทางการค้า (preferential trade agreements) ในการ “ผลักดัน” มาตรฐานด้านกฎเกณฑ์ของตนให้แพร่กระจายออกไปยังประเทศอื่น และในอีกด้านหนึ่ง ลักษณะของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเองที่มีขอบเขตเนื้อหาที่กว้าง กล่าวคือ ในขณะที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสวัสดิการของผู้บริโภค (consumer welfare) เป็นหลัก แต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปก็สอดแทรกข้อพิจารณาด้านอื่น ๆ เข้าไปในกฎหมายด้วยเช่นกันซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัวซึ่งกล่าวถึงในบทความฉบับนี้นั่นเอง ลักษณะที่ประนีประนอมระหว่างการให้ความสำคัญกับตลาดที่แข่งขันเสรีและการแทรกแซงโดยรัฐเพื่อคุ้มครองคุณค่าที่มีความสำคัญในด้านต่าง ๆ นี้เองที่ทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปกลายเป็นแม่แบบหรือโมเดลที่ “ดึงดูด” หรือได้รับการยอมรับจากประเทศกำลังพัฒนาและตลาดเกิดใหม่ (emerging markets) ในการรับเอาไปใช้มากกว่า[147]

ในอีกด้านหนึ่ง Anu Bradford, Adam Chilton และ Filippo Maria Lancieri ได้ทำการวิจัยอีกชิ้นหนึ่ง ซึ่งศึกษากรอบกฎหมายป้องกันการผูกขาด/กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ

---

[144] Anu Bradford et al., “The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law”, in **Journal of Empirical Legal Studies** 16, 4 (2019), p.731, 739-754.

[145] Bradford, “The Brussels Effect”, in **Northwestern University Law Review**, p.1-16.

[146] Bradford et al., “The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law”, in **Journal of Empirical Legal Studies**, p.754-761; ดูเพิ่มเติม David Gerber, “Constructing Competition Law in China: The Potential Value of European and U.S. Experience”, in **Washington University Global Studies Law Review** 3 (2004), p.315; William E. Kovacic, “Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisition in Emerging Economies”, in **University of Cincinnati Law Review** 66 (1998), p.1071.

[147] นอกจากนี้ รูปแบบการบัญญัติกฎเกณฑ์ที่มีรายละเอียดชัดเจนของสหภาพยุโรป ซึ่งมีการแปลออกเป็นหลายภาษาตามภาษาราชการที่ใช้ในแต่ละรัฐสมาชิก ก็สามารถเป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายให้กับประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ภาษาเดียวกันและมีประสบการณ์ด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าน้อยกว่า และเป็นเครื่องมือที่ช่วยให้ประเทศเหล่านั้นสร้างความแน่นอนและความสามารถคาดการณ์ได้ให้กับกฎหมาย (predictability and legal certainty) ของตน ดูเพิ่มเติม Katerina Linos & Tom Pegram, “The Language of Compromise in International Agreements”, in **International Organization** 70, 3 (2016), p.587; Daniel M. Klerman et al., “Legal Origin or Colonial History?”, in **Journal of Legal Analysis** 3, 2 (2011), p.379.

ทั่วโลกผ่านชุดข้อมูล 2 ชุด คือ ชุดข้อมูลกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเปรียบเทียบ (Comparative Competition Law Dataset) และชุดข้อมูลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเปรียบเทียบ (Comparative Competition Enforcement Dataset)[148] เพื่อศึกษาถึงอิทธิพลของ Chicago School of Antitrust Analysis ซึ่งเป็นสำนักความคิดด้านกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่มีอิทธิพลอย่างมากในสหรัฐฯ ใน 3 แง่มุม คือ (1) เป้าหมายและข้อยกเว้นที่แต่ละประเทศนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตน (2) บทบัญญัติของกฎหมายที่ควบคุมการกระทำฝ่ายเดียวที่จำกัดการแข่งขัน (unilateral conduct) และ (3) นโยบายการตรวจสอบการควบรวมกิจการ (merger review) ทั่วโลก ซึ่งผลของงานวิจัยชิ้นนี้ชี้ว่ามุมมองต่าง ๆ ที่เคยถูกปฏิเสธอย่างชัดแจ้งโดย Chicago School of Antitrust Analysis ได้กลายมาเป็นลักษณะพิเศษร่วมที่พบได้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของหลาย ๆ ประเทศในปัจจุบัน[149] โดยเฉพาะอย่างยิ่งชุดข้อมูลระบุว่า นับตั้งแต่ทศวรรษที่ผ่านมา (งานวิจัยฉบับนี้เก็บข้อมูลถึงปี 2010) มีประเทศจำนวนมากขึ้นที่นำเอาวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของกฎหมายป้องกันการผูกขาด/กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มุ่งเน้นนโยบายด้านอุตสาหกรรมหรือนโยบายทางสังคมที่มีขอบเขตที่กว้างขึ้นหรือเป็นเป้าหมายที่ไม่เกี่ยวข้องกับประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งขัดแย้งกับแนวคิดของสำนักชิคาโกที่มุ่งเน้นประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์เป็นสำคัญ ขณะที่ในเรื่องการควบรวมกิจการชุดข้อมูลแสดงให้เห็นว่ามีจำนวนประเทศที่ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจยกข้อต่อสู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์เพิ่มมากขึ้น[150] ซึ่งแม้งานวิจัยฉบับนี้จะมีข้อจำกัดอยู่บางประการ[151] แต่เห็นได้ว่าปัจจุบันนักวิชาการที่มีอิทธิพลในสหรัฐฯ หลายคน ต่างก็เสนอให้มีการทบทวนแนวทางของนโยบายการป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ[152]

ภายหลังจาก GDPR มีผลใช้บังคับในสหภาพยุโรปในปี 2018 แล้ว และมีการดำเนินคดีกับ Facebook โดย Bundeskartellamt ในเยอรมนี ซึ่งเริ่มขึ้นในปี 2019 เมื่อเข้าสู่ทศวรรษที่ 2020 มุมมองของ FTC เปลี่ยนแปลงมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ในปี 2021 ในรายงานที่ FTC เสนอต่อรัฐสภาสหรัฐฯ (คองเกรส) ระบุว่า เป้าหมายหลักของ FTC ในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว คือ การบูรณาการข้อกังวลของสิทธิความเป็นส่วนตัวต่อการแข่งขันทางการค้า การเพิ่มมาตรการเยียวยาการละเมิด การให้

---

[148] ดู Anu Bradford & Adam S. Chilton, “Competition Law Around the World from 1889 to 2010: The Competition Law Index”, in **Journal of Competition Law & Economics** 14 (2018), p.393, 410; และ Anu Bradford et al., “Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets”, in **Journal of Empirical Legal Studies** 16, 2 (2019), p.411, 412–13.

[149] Anu Bradford et al., “The Chicago School’s Limited Influence on International Antitrust”, in **University of Chicago Law Review** 87, 2 (2019), p.297.

[150] Ibid., p.318-328, figures 3-8.

[151] สำหรับข้อจำกัดในการศึกษาอิทธิพลของสำนักชิคาโกในเชิงประจักษ์ ดูเพิ่มเติม Bradford et al., “The Chicago School’s Limited Influence on International Antitrust”, in **University of Chicago Law Review**, p.317-318, 328-329.

[152] ดูตัวอย่าง, Jonathan B. Baker, **The Antitrust Paradigm: Restoring A Competitive Economy,** (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019), p.2-7; Eric A. Posner et al., “A Proposal to Limit the Anticompetitive Power of Institutional Investors”, in **Antitrust Law Journal** 81 (2017), p.669, 669–70; Suresh Naidu et al., “Antitrust Remedies for Labor Market Power”, in **Harvard Law Review** 132 (2018), p.536, 547–49.

ความสำคัญกับการกำกับดูแลดิจิทัลแพลตฟอร์ม และการขยายขอบเขตของแนวปฏิบัติและการทำความเข้าใจในเรื่องนัยหรือผลกระทบของอัลกอริทึมต่อการคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้า[153]

FTC ระบุถึงเป้าหมายที่จะให้ความสำคัญกับการศึกษาความเกี่ยวพันระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัวกับการแข่งขันทางการค้า โดยเน้นย้ำถึงสถานะของผู้เล่นรายใหญ่ในตลาดดิจิทัลที่มีอำนาจเหนือตลาดอันเนื่องมาจากความสามารถในการเข้าถึงและควบคุมข้อมูลผู้ใช้ โดยยกตัวอย่างว่า การกระทำที่ละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองผู้บริโภค (ซึ่งย่อมหมายความรวมถึงการคุ้มครองข้อมูลหรือสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคด้วย) นั้น อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจเหนือตลาด และในอีกทางหนึ่ง การละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวก็อาจส่งผลกระทบที่ร้ายแรงต่อการแข่งขันในตลาดได้เช่นกัน และผู้ประกอบธุรกิจอาจได้มาซึ่งส่วนแบ่งตลาดที่มากขึ้นโดยอาศัยเงื่อนไขการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวที่มีลักษณะหลอกลวง (deceptive) ก็ได้[154] ในขณะเดียวกัน FTC ก็ประกาศเจตจำนงที่จะกำกับดูแลการปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (data practices) ของดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดเพิ่มมากขึ้น[155] นอกจากรายงานฉบับนี้แล้ว ในรายงานเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ที่เผยแพร่ในปีเดียวกัน (2021) FTC ไม่เพียงมุ่งเป้าหมายในการสำรวจว่า ผู้ให้บริการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคอย่างไรและมีการนำข้อมูลนั้นไปประมวลผลร่วมกับข้อมูลจากแหล่งอื่นหรือไม่ อย่างไร ซึ่งเป็นรูปแบบการกระทำ (fact patterns) ในคดี Facebook ของ Bundeskartellamt ในประเทศเยอรมนีแล้ว FTC ยังอธิบายความเกี่ยวพันระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัวกับการแข่งขันทางการค้าในแบบเดียวกัน โดยมีการอ้างอิงถึงคดี Facebook ของ Bundeskartellamt ว่าเป็นตัวอย่างกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบโดยการบังคับใช้ข้อตกลงการให้บริการที่ละเมิดกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย[156]

ในส่วนของการกำกับดูแลพฤติกรรมของดิจิทัลแพลตฟอร์มเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้น FTC ระบุว่าเป้าหมายหลัก (priority) ในการตรวจสอบของ FTC รวมถึง ประเด็นผลกระทบในด้านการคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้าของโมเดลธุรกิจที่อาศัยการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคที่มีขอบเขตกว้างขวางและมีแนวโน้มที่อาจผิดกฎหมายเพื่อนำข้อมูลที่ได้ไปใช้สนับสนุนการเผยแพร่โฆษณาแบบ targeted advertising ประเด็นการปฏิบัติในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดอันเนื่องมาจากขอบเขตการให้บริการและขนาดของธุรกิจที่ใหญ่

---

[153] FTC, “FTC Report to Congress on Privacy and Security,” p.3 (Sep. 13, 2021) [online] Available from : https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftc-report-congress-privacy-security/report_to_congress_on_privacy_and_data_security_2021.pdf [14 August 2025].

[154] Ibid., p.4.

[155] Ibid., p.6.

[156] FTC, “A Look at What ISPs Know About You: An FTC Staff Report,” p. 3-4, 33-44, footnote 19, Appendix A (Oct. 21, 2021) [online] Available from : https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/look-what-isps-know-about-you-examining-privacy-practices-six-major-internet-service-providers/p195402_isp_6b_staff_report.pdf [14 August 2025].

จนก่อให้เกิดข้อกังวลในด้านสิทธิความเป็นส่วนตัวและการแข่งขันทางการค้า ประเด็นการซื้อกิจการที่ทำให้ดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดสามารถเก็บรวบรวมและควบคุมข้อมูลผู้บริโภคที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก หรือสามารถปิดกั้นการพัฒนานโยบายการคุ้มครองข้อมูลที่เป็นคุณกับผู้บริโภคมากกว่า ตลอดจนประเด็นพฤติกรรมการกีดกันหรือการจำกัดคู่แข่งของดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดเพื่อปกป้องฐานข้อมูลสำคัญของตนซึ่งส่งผลให้ระดับของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัวลดต่ำลงและทำให้มีการเผยแพร่โฆษณาที่ล่วงล้ำความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคมากขึ้น[157]

รูปแบบพฤติกรรมของดิจิทัลแพลตฟอร์มรายใหญ่ที่ส่งผลต่อการคุ้มครองข้อมูลและความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคดังกล่าวไม่เพียงปรากฏอยู่ในนโยบายในฐานะที่เป็นเป้าหมายการบังคับใช้กฎหมายของ FTC แต่ยังปรากฏในคำฟ้องของ FTC ในการดำเนินคดีกับ Facebook ด้วย ซึ่งสะท้อนถึงมุมมองของ FTC ในเรื่องความเกี่ยวพันระหว่างการป้องกันการผูกขาดและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่มีลักษณะบูรณาการมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัดเมื่อเปรียบเทียบกับในช่วงเวลาก่อนหน้า[158]

ในคำฟ้องของ FTC ในคดี *FTC v. Facebook, Inc*. นั้น ถึงแม้ข้อกล่าวหาหลักของ FTC จะเป็นการที่ Facebook เข้าซื้อกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะที่จำกัดการแข่งขัน (anticompetitive acquisition) เพื่อปกป้องอำนาจเหนือตลาดของตน รวมถึงการซื้อกิจการ Instagram และ WhatsApp และการกำหนดเงื่อนไขการใช้แพลตฟอร์มของ Facebook ที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันเพื่อปกป้องอำนาจเหนือตลาดของตนโดยลดโอกาสแข่งขันของผู้พัฒนาแอปพลิเคชันบุคคลที่สาม (app developers) อันเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 (a) ของ FTC Act[159] แต่ FTC ยังระบุในคำฟ้องด้วยว่า การแข่งขันทางการค้าจะทำให้ผู้บริโภคมีตัวเลือกในการใช้บริการ personal social network มากขึ้น รวมถึงตัวเลือกในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัว ตลอดจนทางเลือกว่าจะถูกเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อการโฆษณามากน้อยเพียงใด ซึ่งการกระทำที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันของ Facebook ตามคำฟ้องได้ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยการทำให้ในตลาดไม่มีการแข่งขันที่มากพอที่จะยับยั้งไม่ให้ Facebook ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งการที่ไม่มีการแข่งขันในตลาดดังกล่าว ทำให้ Facebook สามารถให้บริการโดยลดระดับของคุณภาพการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลลงจากระดับที่จะต้องให้บริการหากในตลาด

---

[157] FTC, "FTC Report to Congress on Privacy and Security," p.8 [online] Available from : https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftc-report-congress-privacy-security/report_to_congress_on_privacy_and_data_security_2021.pdf [14 August 2025].

[158] FTC ยื่นฟ้องเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2021 ต่อมายื่นคำฟ้องฉบับแก้ไขเพิ่มเติม 2 ครั้ง ครั้งแรกวันที่ 19 สิงหาคม 2021 ครั้งที่สองวันที่ 8 กันยายน 2021 ดู Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, *FTC v. Facebook, Inc. (Facebook II)*, No. 1:20-cv-03590; First Amended Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB; Substitute Amended Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB.

[159] Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590, paras 68-160; ดูเปรียบเทียบกับ First Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 77-216; Substitute Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 77-217.

มีการแข่งขันที่มากพอได้ โดยยกตัวอย่างกรณีที่ Facebook เคยถูกดำเนินคดีจากการละเมิดข้อมูลและสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้งานในปี 2012 และปี 2019 และระบุว่าการที่ Facebook สามารถกระทำเช่นนั้นโดยไม่ส่งผลเสียต่อจำนวนผู้ใช้งานแพลตฟอร์มนั่นเองที่บ่งชี้ว่า Facebook มีอำนาจเหนือตลาด[160] นอกจากนี้ ในคำฟ้องฉบับแก้ไขครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 FTC อ้างอิงถึงคดี Facebook ในประเทศเยอรมนีว่า Bundeskartellamt นำข้อมูล ได้แก่ ปริมาณผู้ใช้งานรายวัน ปริมาณผู้ใช้งานรายเดือน ตลอดจนเวลาที่ผู้ใช้งานใช้บนแพลตฟอร์ม มาเป็นตัวชี้วัดถึงอำนาจเหนือตลาดของ Facebook[161]

ถึงแม้ในเบื้องต้นอาจจะพอเห็นได้ว่า ข้อกล่าวหาของ Bundeskartellamt กับของ FTC ไม่เหมือนกันเสียทีเดียว แต่ก็มีที่มาจากมุมมองที่บูรณาการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้าที่อยู่บนพื้นฐานของสภาพความเป็นจริงในตลาดดิจิทัล ทั้งอาศัยรูปแบบการดำเนินธุรกิจของ Facebook เป็นฐานของข้อกล่าวหาเช่นเดียวกัน[162] ทั้งยังสะท้อนให้เห็นการที่ FTC นำการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรปรวมถึงเยอรมนีมาเทียบเคียงในการดำเนินคดีกับ Facebook ในสหรัฐฯ ด้วย ซึ่งนอกจากปัจจัยเรื่องสภาพความเป็นจริงในตลาดและปัจจัยภายนอกในเรื่องอิทธิพลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรปแล้ว ในบทความตอนที่ 2 ผู้เขียนจะนำเสนอมุมมองด้านนโยบายการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของนักกฎหมายสหรัฐฯ ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล และข้อเสนอในการปรับเปลี่ยนแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของนักกฎหมายสหรัฐฯ ซึ่งเป็นปัจจัยที่สามอันเป็นปัจจัยภายในที่ผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายโดย FTC ก่อนที่จะกล่าวถึงบทบาทของ FTC ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และท่าทีของ FTC ต่อแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในตลาดดิจิทัลเป็นลำดับสุดท้าย

---

[160] Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590, para 163; ดูเปรียบเทียบกับ First Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 206, 220-221; Substitute Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 207, 221-222.

[161] First Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, para 202 b.; ดูเปรียบเทียบกับ Substitute Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, para 203 b.

[162] Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590, paras 38-67; ดูเปรียบเทียบกับ First Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 20-76; Substitute Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 20-76.