

การศึกษาเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2563
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Comparative Study of Regulatory Regime Concerning Mergers and Acquisitions
Under Competition Law



A Dissertation Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Doctor of Juridical Science in Laws

Common Course

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2020

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การศึกษาเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตาม
	กฎหมายการแข่งขันทางการค้า
โดย	นายพีรพงศ์ จงไพศาลสกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ดร.ศิริพล ยอดเมืองเจริญ)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)	
.....	กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์)	
.....	กรรมการ
(อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)	
.....	กรรมการ
(อาจารย์ ดร.พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล)	

พืรพงศ์ จงไฟศาลสกุล : การศีกษาเปรียบเทียบระบบกำกัับดูแลการรวมธุรกิจตาม
 กฎหมายการแข่งชันทางการค้า. (A Comparative Study of Regulatory Regime
 Concerning Mergers and Acquisitions Under Competition Law) อ.ที่ปรีกษา
 หลัก : ศ. ดร.ศักดา ธนิตกุล

การศีกษาเปรียบเทียบระบบการกำกัับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งชันทาง
 การค้าของต่างประเทศ และประเทศไทยนั้น แสดงให้เห็นว่าระบบการกำกัับดูแลการรวมธุรกิจตาม
 พระราชบัญญัติการแข่งชันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังมีข้อบกพร่องหลายประการที่อาจส่งผลให้
 คณะกรรมการการแข่งชันทางการค้าไม่สามารถนำพระราชบัญญัติการแข่งชันทางการค้า พ.ศ.
 2560 มาเป็นเครื่องมือในการกำกัับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ข้อบกพร่องในการกำกัับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งชันทางการค้า
 พ.ศ. 2560 ที่พบจากการศีกษาได้แก่ ระบบการกำกัับดูแลการรวมธุรกิจที่ไม่เหมาะสม การไม่กำกัับ
 ดูแลการรวมธุรกิจรูปแบบสำคัญบางรูปแบบ การไม่มีเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจนและครบถ้วน
 สมบูรณ์ ตลอดจนการมีกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจที่ไม่เหมาะสม และการไม่มีแนวทางใน
 การพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาที่ชัดเจนและเหมาะสม ซึ่งข้อบกพร่องเหล่านี้อาจเป็นสาเหตุ
 สำคัญที่ทำให้พระราชบัญญัติการแข่งชันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น ยังคงไม่สามารถการ
 กำกัับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างสมบูรณ์ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งชันทางการค้าจึงควรพิจารณาปรับปรุงและเพิ่มเติม
 บทบัญญัติว่าด้วยการกำกัับดูแลการรวมธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งชันทางการค้า พ.ศ.
 2560 และกฎหมายลำดับรองฉบับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การกำกัับดูแลการรวมธุรกิจตาม
 กฎหมายการแข่งชันทางการค้าของประเทศไทยนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2563

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรีกษาหลัก

6186551434 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Competition law, Merger control

Peerapong Jongpaisalsakul : A Comparative Study of Regulatory Regime Concerning Mergers and Acquisitions Under Competition Law. Advisor: Prof. SAKDA THANITCUL, Ph.D.

A comparative study of the merger regulation system under the competition laws of the foreign countries and Thailand shows that there are abundant errors under the Competition Act B.E. 2560. These errors may lead to the difficulty to efficiently regulate mergers by the Thailand Competition Commission.

The errors of the merger control regulation under the Competition Act B.E. 2560 are as follows: an inappropriate merger control system, an omission of control of some format of a merger, an absence of the clear and complete criteria to assess the competitive harm of mergers, an inappropriate legal procedure, and a lack of remedy measure determining guidance. Accordingly, the abovementioned errors may cause the Competition Act B.E. 2560 cannot be fully used to regulate mergers as its purposes.

The Commission may consider adjusting and improve the merger control provisions under the Competition Act B.E. 2560 and its relevant subordinate legislation to make the merger regulation of Thailand competition law more efficient.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2020

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่อาจเกิดขึ้นได้หากปราศจากคุณพิสิษฐ์ จงไพศาลสกุล และคุณ อรวรรณ ผลสมบูรณ์ ผู้ซึ่งเป็นบุคคลที่สำคัญที่สุดในชีวิตของข้าพเจ้า ที่ได้อบรม สั่งสอน สนับสนุน และเป็นตัวอย่างแห่งความพากเพียรพยายามและความตั้งใจแก่ข้าพเจ้า อีกทั้งยังเป็นกำลังใจให้แก่ข้าพเจ้า ตลอดช่วงระยะเวลาแห่งการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา และช่วยเหลือข้าพเจ้า ให้ข้าพเจ้าสามารถผ่านพ้นอุปสรรคและความยากลำบากต่าง ๆ ได้อย่างง่ายดายเสมอมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล เป็นอย่างสูงที่นอกจากจะได้ กรุณาแนะนำให้ข้าพเจ้าศึกษาต่อในระดับปริญญาโทชั้นพิเศษ โดยรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และให้คำปรึกษาอันทรงคุณค่าแก่ข้าพเจ้าแล้ว ยังได้กรุณาให้ความช่วยเหลือและดูแลสั่งสอนข้าพเจ้า เป็นอย่างดีตลอดช่วงระยะเวลาที่ได้ศึกษาอยู่ในคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยแห่งนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ดร.ศิริพล ยอดเมืองเจริญ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์ และขอขอบพระคุณศาสตราจารย์พิเศษสุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ และอาจารย์ ดร.พีรพัฒน์ โชคสุวัฒน์สกุล ซึ่ง กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้า และเสียสละเวลามอบคำปรึกษา คำแนะนำ และ ข้อเสนอแนะอันทรงคุณค่าให้แก่ข้าพเจ้ามาตลอดระยะเวลาแห่งการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณคณาจารย์แห่งมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และจุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัยทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ด้านกฎหมาย ให้คำปรึกษา และเป็นกำลังใจให้แก่ ข้าพเจ้าตลอดระยะเวลาที่ข้าพเจ้าศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต ณ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และขอขอบคุณเพื่อน ๆ รุ่นพี่ และรุ่นน้องของข้าพเจ้าทุกท่านที่ได้มอบกำลังใจให้แก่ข้าพเจ้าอยู่เสมอ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้รับทุนการสนับสนุนทุนการศึกษาจากทุนการศึกษา หลักสูตรดุษฎีบัณฑิต "100 ปี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย" และทุน 90 ปี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กองทุนรัชดาภิเษกสมโภช ซึ่งผู้เขียนขอขอบพระคุณจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเป็นอย่างสูง

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอขอบพระคุณทุกท่าน ที่ได้ช่วยอบรมสั่งสอนข้าพเจ้าเสมอมา และหากวิทยานิพนธ์ ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฝ
สารบัญรูป.....	พ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	8
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	8
1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย	8
1.5 ขอบเขตการศึกษาวิจัย.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	9
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	14
2.1 แนวคิดการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและการแทรกแซง การประกอบธุรกิจโดยรัฐ.....	15
2.1.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี นิยม.....	16
2.1.1.1 ความหมายของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม	16
2.1.1.2 ลักษณะของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม.....	17
2.1.1.3 การทำงานของกลไกตลาด	19

2.1.1.4	ข้อดีและข้อเสียของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม	22
2.1.2	แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมโดยรัฐ.....	23
2.1.2.1	ทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ.....	23
2.1.2.2	เหตุผลและความจำเป็นในการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐ.....	29
2.1.2.3	ความล้มเหลวของกลไกตลาด.....	31
2.1.2.4	รูปแบบการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐ.....	33
2.2	ความสัมพันธ์ของการรวมธุรกิจกับการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม.....	33
2.2.1	มูลเหตุจูงใจในการรวมธุรกิจ.....	34
2.2.1.1	การเพิ่มประสิทธิภาพของกิจการ	34
2.2.1.2	ข้อมูลที่ไม่เท่าเทียมกันและการส่งสัญญาณ	36
2.2.1.3	การแก้ปัญหาที่เกิดจากการที่ผู้บริหารไม่ได้เป็นเจ้าของกิจการ	36
2.2.1.4	การจ่ายเงินสดส่วนเกินคืนให้แก่เจ้าของกิจการ	37
2.2.1.5	การเพิ่มอำนาจการต่อรองด้านการค้า	37
2.2.1.6	ผลประโยชน์ในด้านภาษี	37
2.2.1.7	การได้มาซึ่งเทคโนโลยีและทรัพย์สินทางปัญญา	38
2.2.2	ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ.....	38
2.2.2.1	ผลกระทบในแง่ดี	38
2.2.2.2	ผลกระทบในแง่ลบ.....	40
2.2.3	สาเหตุและผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแต่ละประเภท	41
2.2.3.1	การรวมธุรกิจในแนวนอน.....	42
2.2.3.2	การรวมธุรกิจในแนวตั้ง.....	43
2.2.3.3	การรวมธุรกิจแบบหลากหลาย	44
2.2.4	การแทรกแซงการรวมธุรกิจโดยรัฐ	45

2.2.4.1	เหตุผลและความจำเป็นของรัฐในการเข้าแทรกแซงการรวมธุรกิจ	46
2.2.4.2	ลักษณะของการแทรกแซงการรวมธุรกิจโดยรัฐ.....	47
2.3	มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยรัฐ.....	47
2.3.1	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัท	47
2.3.2	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจเฉพาะ	48
2.3.2.1	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในธุรกิจสถาบันการเงิน.....	48
2.3.2.2	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในธุรกิจหลักทรัพย์	48
2.3.2.3	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในธุรกิจประกันภัย.....	49
2.3.2.4	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในกิจการโทรคมนาคม.....	50
2.3.3	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	51
2.4	แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	52
2.4.1	เจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	52
2.4.2	ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	54
2.4.3	วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	57
2.4.4	รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	58
2.4.4.1	การควบกิจการ	59
2.4.4.2	การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ	62
2.4.4.3	การโอนกิจการหรือสินทรัพย์	64
2.4.4.4	กิจการร่วมค้า.....	65
2.4.5	รูปแบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	67
2.4.5.1	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบอนุญาต.....	67
2.4.5.2	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้ง.....	67
2.4.5.3	การกำกับดูแลเฉพาะพฤติกรรมภายหลังการรวมธุรกิจ.....	68
2.4.6	ผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	68

2.4.6.1 การรวมธุรกิจอันอาจทำให้เกิดการผูกขาด หรือสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด	68
2.4.6.2 การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ	68
2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด	69
2.5.1 ความหมายและความเป็นมาของแนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด	69
2.5.2 วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด.....	72
2.5.3 ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด.....	74
2.5.3.1 ข้อเสียต่อผู้บริโภค.....	74
2.5.3.2 ข้อเสียต่อผู้ผลิต.....	74
2.5.3.3 ข้อเสียต่อสังคม	75
2.5.4 แนวทางการประเมินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด.....	75
2.5.4.1 ส่วนแบ่งตลาด.....	75
2.5.4.2 ยอดขาย.....	76
2.5.4.3 ปัจจัยสภาพการแข่งขันอื่น ๆ.....	76
2.5.5 แนวทางการประเมินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน	77
2.5.5.1 ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีสถานะของการร่วมกัน	78
2.5.5.2 สถานะของการร่วมกันนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด.....	84
2.6 แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ	85

2.6.1	ความหมายและความเป็นมาของแนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ	85
2.6.2	วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ.....	87
2.6.3	ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ.....	88
2.6.3.1	ผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว	89
2.6.3.2	ผลกระทบจากการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายราย.....	91
2.6.4	แนวทางการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ	93
2.6.4.1	การเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาด	93
2.6.4.2	ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ	95
2.6.4.3	ปัจจัยอื่น ๆ	96
2.6.4.4	ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ	97
2.6.4.5	ความจำเป็นในการรวมธุรกิจเนื่องจากประสบปัญหาการดำเนินธุรกิจ	97
2.7	บทสรุป.....	98
บทที่ 3	แนวคิดเกี่ยวกับเกณฑ์กำกับดูแลการรวมธุรกิจในต่างประเทศและในประเทศไทย.....	99
3.1	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหรัฐอเมริกา.....	100
3.1.1	ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหรัฐอเมริกา.....	100
3.1.2	รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล	105
3.1.2.1	การรวมธุรกิจในรูปแบบทั่วไป	105
3.1.2.2	กิจการร่วมค้า.....	106
3.1.2.3	การตั้งกรรมการหรือพนักงานไขว้ระหว่างนิติบุคคล	109
3.1.3	รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ	111

3.1.4	การกำหนดขอบเขตตลาด	113
3.1.4.1	ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง	114
3.1.4.2	ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง	115
3.1.5	ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจใแนวนอน.....	116
3.1.5.1	การกระจุกตัวของตลาด	117
3.1.5.2	ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ	123
3.1.5.3	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	128
3.1.5.4	อำนาจของผู้ซื้อในตลาด.....	134
3.1.5.5	อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด.....	135
3.1.5.6	ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ	141
3.1.5.7	เหตุผลด้านความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจ	146
3.1.6	ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง.....	148
3.1.6.1	การกระจุกตัวของตลาด	152
3.1.6.2	ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ	154
3.1.6.3	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	156
3.1.6.4	ผลกระทบต่อการแข่งขัน	157
3.1.7	ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย	159
3.1.7.1	การกระจุกตัวของตลาด	162
3.1.7.2	การเข้าสู่ตลาด	162
3.1.7.3	ประโยชน์ที่เกิดจากการรวมธุรกิจ.....	162
3.1.7.4	ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกรวมธุรกิจ	163
3.1.7.5	ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ	163
3.1.8	ข้อยกเว้น	163

3.2 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหภาพยุโรป.....	164
3.2.1 ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรป.....	165
3.2.1.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปในอดีต.....	166
3.2.1.2 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปโดยกฎหมายควบคุมการรวมธุรกิจโดยเฉพาะในยุคเริ่มต้น	168
3.2.1.3 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน.....	170
3.2.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล	172
3.2.2.1 การควบกิจการ	172
3.2.2.2 การได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น.....	173
3.2.2.3 กิจการร่วมค้า.....	178
3.2.3 รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ	181
3.2.3.1 การรวมธุรกิจที่มีมติของสหภาพยุโรปตามมาตรา 1 วรรคสอง	183
3.2.3.2 การรวมธุรกิจที่มีมติของสหภาพยุโรปตามมาตรา 1 วรรคสาม	183
3.2.4 การกำหนดขอบเขตตลาด	184
3.2.5 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวนอน.....	186
3.2.5.1 ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด.....	187
3.2.5.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ.....	191
3.2.5.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	202
3.2.5.4 อำนาจของผู้ซื้อในตลาด.....	214
3.2.5.5 การเข้าสู่ตลาด	218
3.2.5.6 ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ	223
3.2.5.7 เหตุผลด้านความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจ	226
3.2.6 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวตั้ง.....	228

3.2.6.1	ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด	229
3.2.6.2	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจ	230
3.2.6.3	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	236
3.2.7	ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย	237
3.2.7.1	ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด	237
3.2.6.2	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจ	238
3.2.6.3	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	242
3.2.8	ข้อยกเว้น	244
3.3	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศ	245
3.3.1	ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น	246
3.3.2	รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล	249
3.3.2.1	การได้มาซึ่งหุ้น	250
3.3.2.2	การตั้งกรรมการหรือพนักงานชั่วคราวระหว่างนิติบุคคล	252
3.3.2.3	การควบกิจการ	253
3.3.2.4	การแตกบริษัท	254
3.3.2.5	การโอนหุ้นร่วมกัน	254
3.3.2.6	การได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์	254
3.3.3	รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ	255
3.3.4	การกำหนดขอบเขตตลาด	256
3.3.4.1	ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง	257
3.3.4.2	ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง	258
3.3.5	ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวนอน.....	258

3.3.5.1 การกระจุกตัวของตลาด	259
3.3.5.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ	260
3.3.5.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	264
3.3.5.4 การนำเข้า.....	269
3.3.5.5 การเข้าสู่ตลาด	271
3.3.5.6 ประสิทธิภาพ	273
3.3.5.7 สถานะทางการเงินของบริษัท.....	275
3.3.6 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง.....	277
3.3.6.1 การกระจุกตัวของตลาด	277
3.3.6.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ.....	278
3.3.6.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	282
3.3.7 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย	285
3.3.7.1 การกระจุกตัวของตลาด	285
3.3.7.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ	286
3.3.7.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	288
3.3.6 ข้อยกเว้น	289
3.4 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันในประเทศสิงคโปร์.....	290
3.4.1 ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศสิงคโปร์.....	291
3.4.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจที่กำกับดูแล	293
3.4.2.1 การควบกิจการ	294
3.4.2.2 การได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่ง... ..	294
3.4.2.3 การได้มาซึ่งสินทรัพย์	296
3.4.2.4 กิจการร่วมค้า.....	296

3.4.3	รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ	299
3.4.4	การกำหนดขอบเขตตลาด	301
3.4.5	ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวนอน.....	302
3.4.5.1	ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด	303
3.4.5.2	ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ	304
3.4.5.3	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	307
3.4.5.4	การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่และการขยายกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายเดิม	310
3.4.5.5	อำนาจของผู้ซื้อในตลาด	312
3.4.5.6	ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ	313
3.4.5.7	การประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจ	317
3.4.6	ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง.....	318
3.4.6.1	การปิดกั้นตลาด	319
3.4.6.2	การเพิ่มโอกาสในการมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ	322
3.4.6.3	การก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่	322
3.4.6.4	อำนาจของผู้ซื้อในตลาด	323
3.4.7	ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย	323
3.4.7.1	ความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจจะดำเนินกลยุทธ์ที่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขัน	324
3.4.7.2	การเพิ่มโอกาสในการมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ	324
3.4.7.3	การก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่	325
3.4.7.4	อำนาจของผู้ซื้อในตลาด	325
3.4.8	ข้อยกเว้น	325
3.4.6.1	ข้อยกเว้นตามมาตรา 54 (7) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	326

3.4.6.2	ข้อยกเว้นตามตารางท้ายกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	326
3.4.6.3	ข้อยกเว้นเนื่องจากประโยชน์สาธารณะ	327
3.5	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศไทย.....	328
3.5.1	ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศไทย.....	328
3.5.1.1	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในอดีต	328
3.5.1.2	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในปัจจุบัน	331
3.5.2	รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล	334
3.5.2.1	การควบกิจการ	334
3.5.2.2	การโอนสินทรัพย์	334
3.5.2.3	การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ	335
3.5.3	รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ	337
3.5.3.1	ระบบการแจ้ง	338
3.5.3.2	ระบบการขออนุญาต.....	338
3.5.4	การกำหนดขอบเขตตลาด	341
3.5.4.1	การพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปสงค์	342
3.5.4.2	การพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปทาน.....	344
3.5.4.3	การพิจารณาการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้น.....	344
3.5.5	ปัจจัยพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจ	344
3.5.5.1	การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ	345
3.5.5.2	การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด	346
3.5.6	ข้อยกเว้น	352
3.6	บทสรุป.....	353

บทที่ 4 กระบวนการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการรวมธุรกิจในต่างประเทศ และในประเทศไทย	355
4.1 กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหรัฐอเมริกา.....	356
4.1.1 องค์การบังคับใช้กฎหมาย	356
4.1.1.1 กรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม	356
4.1.1.2 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า	358
4.1.2 การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์การบังคับใช้กฎหมาย	359
4.1.2.1 การพิจารณาขนาดของธุรกรรมรวมธุรกิจ	361
4.1.2.2 การพิจารณาขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง.....	362
4.1.3 กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจ	362
4.1.3.1 การพิจารณาในขั้นต้น	365
4.1.3.2 การพิจารณาในช่วงที่ 2.....	368
4.1.4 คำตัดสินขององค์การบังคับใช้กฎหมาย	369
4.1.4.1 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจชอบด้วยกฎหมาย	369
4.1.4.2 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย	370
4.1.5 มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย	371
4.1.5.1 มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง	372
4.1.5.2 มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม.....	376
4.2 กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหภาพยุโรป	378
4.2.1 องค์การบังคับใช้กฎหมาย	379
4.2.2 การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป	381
4.2.3 กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป.....	384

4.2.4	กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ	386
4.2.4.1	กระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 1	388
4.2.4.2	กระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 2	389
4.2.5	คำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป.....	391
4.2.5.1	คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจชอบด้วยกฎหมาย	391
4.2.5.2	คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย	392
4.2.6	มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย	393
4.2.6.1	การเยียวยาเชิงโครงสร้าง.....	395
4.2.6.2	การเยียวยาเชิงพฤติกรรม.....	400
4.3	กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของ ประเทศญี่ปุ่น.....	402
4.3.1	องค์กรบังคับใช้กฎหมาย	402
4.3.2	การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทาง การค้า.....	403
4.3.2.1	การได้มาซึ่งหุ้น	403
4.3.2.2	การควบกิจการ การแตกบริษัท การโอนหุ้นร่วมกัน หรือการได้มาซึ่งกิจการ หรือสินทรัพย์.....	404
4.3.3	กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า	404
4.3.3.1	การพิจารณาเอกสาร.....	407
4.3.3.2	การพิจารณาโดยละเอียด	407
4.3.4	กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ	408
4.3.3.1	การพิจารณาขั้นแรก	409
4.3.3.2	การพิจารณาช่วงที่ 2.....	411
4.3.5	คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า	412
4.3.5.1	คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจชอบด้วยกฎหมายป้องกันการผูกขาด	412

4.3.5.2 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจไม่ชอบด้วยกฎหมายป้องกันการผูกขาด	412
4.3.6 มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย	412
4.3.6.1 การเยียวยาเชิงโครงสร้าง	413
4.3.6.2 การเยียวยาเชิงพฤติกรรม.....	414
4.4 กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของ ประเทศสิงคโปร์	417
4.4.1 องค์การบังคับใช้กฎหมาย	417
4.4.1.1 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค.....	417
4.4.1.2 คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์.....	419
4.4.1.3 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม	419
4.4.2 การรวมธุรกิจที่ควรดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทาง การค้าและคุ้มครองผู้บริโภค.....	420
4.4.3 กระบวนการก่อนการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตอย่างเป็นทางการ	421
4.4.3.1 กระบวนการขอคำแนะนำแบบไม่เปิดเผย	421
4.4.3.2 กระบวนการขอคำปรึกษา.....	423
4.4.4 กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ	425
4.4.4.1 การพิจารณาช่วงที่ 1.....	427
4.4.4.2 การพิจารณาช่วงที่ 2.....	428
4.4.5 คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศ สิงคโปร์.....	429
4.4.5.1 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจชอบด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	430
4.4.5.2 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจไม่ชอบด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	431
4.4.6 มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย	432
4.4.6.1 การเยียวยาเชิงโครงสร้าง	434
4.4.6.2 การเยียวยาเชิงพฤติกรรม.....	434

4.5	กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศไทย.....	435
4.5.1	องค์กรบังคับใช้กฎหมาย	436
4.5.2	การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า.....	438
4.5.2.1	การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ	438
4.5.2.2	การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด	439
4.5.3	กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจ	440
4.5.4	คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า	441
4.5.4.1	คำตัดสินอนุญาตให้รวมธุรกิจ.....	442
4.5.4.2	คำตัดสินไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจ	442
4.5.5	มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย	442
4.5.5.1	การเยียวยาเชิงโครงสร้าง	443
4.5.5.2	การเยียวยาเชิงพฤติกรรม.....	444
4.6	บทสรุป.....	445
บทที่ 5	วิเคราะห์และเปรียบเทียบระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	446
5.1	วิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	447
5.1.1	การกำหนดรูปแบบของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจ	447
5.1.1.1	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการขออนุญาต	447
5.1.2.1	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจ	452
5.1.3.1	การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งภายหลังการรวมธุรกิจ	455
5.1.2	เกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ.....	457

5.1.2.1 การพิจารณาจากขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง	457
5.1.2.2 การพิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ	460
5.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างรูปแบบของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจและเกณฑ์การพิจารณา การรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล	461
5.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมาย การแข่งขันทางการค้า.....	463
5.2.1 การควบกิจการ	464
5.2.2 การได้มาซึ่งหุ้น.....	464
5.2.2.1 การพิจารณาจากมูลค่าของธุรกรรม	465
5.2.2.2 การพิจารณาจากอำนาจในการควบคุม	466
5.2.2.3 การพิจารณาจากสัดส่วนของหุ้นที่ได้รับ	468
5.2.3 การได้มาซึ่งสินทรัพย์.....	469
5.2.3.1 การพิจารณาจากมูลค่าของธุรกรรม	470
5.2.3.2 การพิจารณาจากอำนาจในการควบคุม	471
5.2.3.3 การพิจารณาจากสัดส่วนของสินทรัพย์ที่ได้รับ	472
5.2.4 กิจการร่วมค้า	474
5.2.4.1 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากก่อตั้งกิจการร่วมค้า.....	475
5.2.4.2 ลักษณะของกิจการร่วมค้าที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขัน ทางการค้า	477
5.2.5 การตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไวัระหว่างนิติบุคคล	478
5.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจ เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ	482
5.3.1 ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจใน แนวนอน	483
5.3.1.1 ส่วนแบ่งตลาดและความกระจุกตัวของตลาด	483

5.3.1.2	ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ.....	488
5.3.1.3	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	495
5.3.1.4	อำนาจของผู้ซื้อในตลาด.....	501
5.3.1.5	การเข้าสู่ตลาดและการนำเข้า	503
5.3.1.6	ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ	506
5.3.1.7	เหตุผลด้านความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจ	511
5.3.2	ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจใน แนวดิ่ง.....	513
5.3.2.1	ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด.....	514
5.3.2.2	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจ.....	516
5.3.2.3	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	519
5.3.3	ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแบบ หลากหลาย	520
5.3.3.1	ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด.....	522
5.3.3.2	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจ.....	523
5.3.3.3	ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	525
5.3.4	ปัญหาเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวม ธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560	526
5.3.4.1	ปัญหาความไม่ชัดเจนในหลักเกณฑ์การประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า.....	526
5.3.4.2	ปัญหาความไม่ถูกต้องในการประเมินผลกระทบต่อแข่งขันภายหลังการรวม ธุรกิจ.....	531
5.3.4.3	ปัญหาการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใช้การรวม ธุรกิจในแนวนอน	543
5.4	วิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการ แข่งขันทางการค้า.....	545

5.4.1	กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย	546
5.4.1.1	ผลดีต่อผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสงค์จะดำเนินการรวมธุรกิจ.....	546
5.4.1.2	ผลดีต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า	548
5.4.2	กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการ.....	550
5.4.2.1	ข้อมูลสำหรับผู้ประกอบธุรกิจต้องนำเสนอต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย	550
5.4.2.2	กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย.....	553
5.5	วิเคราะห์และเปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับแนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาตาม กฎหมายการแข่งขันทางการค้า	557
5.5.1	แนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง.....	559
5.5.1.1	รูปแบบของมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง	559
5.5.1.2	หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง	560
5.5.2	แนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม	562
5.5.2.1	รูปแบบของมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม	562
5.5.2.2	หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม	563
5.5.3	ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเยียวยาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง การค้า พ.ศ. 2560	563
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	566
6.1	บทสรุป.....	566
6.1.1	บทสรุปว่าด้วยระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจ	567
6.1.2	บทสรุปว่าด้วยเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจ.....	571
6.1.2.1	รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	571
6.1.2.2	เกณฑ์พิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ.....	573

6.1.3 บทสรุปว่าด้วยกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	581
6.1.4 บทสรุปว่าด้วยมาตรการบังคับใช้กฎหมาย.....	583
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	585
6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560	586
6.2.1.1 ข้อเสนอแนะว่าด้วยการกำหนดรูปแบบของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจ	586
6.2.1.2 ข้อเสนอแนะว่าด้วยการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแล	589
6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	591
6.2.2.1 การปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	591
6.2.2.2 การเพิ่มเติมรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	595
6.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ	598
6.2.3.1 การกำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ชัดเจน	599
6.2.3.2 การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่นที่มีใช้การรวมธุรกิจในแนวนอน.....	606
6.2.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560	607
6.2.4.1 การเพิ่มเติมกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า	608
6.2.4.2 การปรับปรุงแก้ไขกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า	610

6.2.5 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขัน
 ทางการค้า..... 612

6.2.5.1 การกำหนดกรอบแนวทางในการพิจารณาเงื่อนไขหรือระยะเวลาอันเป็น
 มาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ 612

6.2.5.2 การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่นำเสนอเงื่อนไขหรือระยะเวลาอันเป็น
 มาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ 613

บรรณานุกรม..... 616

ประวัติผู้เขียน..... 636



สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 ตารางแสดงจำนวนการรวมธุรกิจในสหรัฐอเมริกา ระหว่างปี ค.ศ. 1895 - 1904.....	55
ตารางที่ 2 ตารางสรุปข้อดีและข้อเสียของการควบกิจการ.....	61
ตารางที่ 3 ตารางสรุปข้อดีและข้อเสียของการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ.....	62
ตารางที่ 4 ตารางสรุปข้อดีและข้อเสียของการโอนกิจการหรือสินทรัพย์.....	64
ตารางที่ 5 ตารางปัจจัยพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน ตามกฎหมายการ แข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป.....	213
ตารางที่ 6 สถิติเรื่องร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (ตุลาคม 2542 - มีนาคม 2558).....	330
ตารางที่ 7 ตารางเปรียบเทียบขนาดของการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายการ แข่งขันทางการค้า.....	458
ตารางที่ 8 ตารางเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจและเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	461
ตารางที่ 9 ตารางเปรียบเทียบรูปแบบของการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการ แข่งขันทางการค้า.....	463
ตารางที่ 10 ตารางเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาการได้มาซึ่งสินทรัพย์ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	472
ตารางที่ 11 ตารางเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดโดยอาศัยดัชนีเฮอร์ ฟินดัล-เฮิร์ชแมน.....	486
ตารางที่ 12 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการ รวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ.....	511
ตารางที่ 13 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยที่ใช้ในการประเมินผลกระทบจากการ รวมธุรกิจในแนวนอน.....	532
ตารางที่ 14 ตารางเปรียบเทียบข้อมูลที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องนำเสนอในการขออนุญาตรวมธุรกิจ ..	551

ตารางที่ 15 ตารางเปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายการ
 แข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ 556

ตารางที่ 16 ตารางสรุปรายละเอียดปัจจัยที่ใช้ในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวนอน
 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ 573



สารบัญรูป

	หน้า
รูปที่ 1 ภาพแสดงส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจประกันภัยขนาดใหญ่ 10 อันดับแรก ในประเทศไทย ประจำปี พ.ศ. 2560	50
รูปที่ 2 ภาพแสดงสัดส่วนเรื่องร้องเรียนจำแนกตามลักษณะพฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน (ตุลาคม 2542 - มีนาคม 2558).....	331
รูปที่ 3 ภาพแสดงระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.....	340
รูปที่ 4 โครงสร้างองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป	381
รูปที่ 5 แนวทางการประเมินตนเองตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์	421
รูปที่ 6 ภาพแสดงกระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์	432

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมนั้น เศรษฐกิจจะสามารถพัฒนาได้เป็นอย่างดีต่อเมื่อปัจเจกชนมีเสรีภาพในทางการเมืองและในทางเศรษฐกิจ มีเสรีภาพในการดำเนินการทางการค้าและอุตสาหกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีเสรีภาพในการประกอบกิจการ การผลิตและการแลกเปลี่ยน อันรวมไปถึงการบริโภคซึ่งผู้ผลิตและผู้บริโภคต่างมีความเป็นอิสระต่อกัน มีการแข่งขัน มีการแบ่งงานกันทำ ยังมีการซื้อขายแลกเปลี่ยนกัน หรือมีการแข่งขันทางการค้าและอุตสาหกรรมกันมากเท่าใด เศรษฐกิจก็จะดีเท่านั้น โดยที่รัฐไม่ควรเข้ามายุ่งเกี่ยวกับเศรษฐกิจ¹ อตัม สมิธ ผู้ซึ่งเป็นบิดาแห่งเศรษฐศาสตร์จึงเห็นว่ารัฐควรมีบทบาทอย่างจำกัด เพราะการเข้าแทรกแซงของรัฐบาลมากเกินไปจะเป็นการทำลายธรรมชาติของการประสานงาน และการแลกเปลี่ยนกันระหว่างปัจเจกชน อันจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด และเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจในท้ายที่สุด² โดยที่กลไกตลาดหรือกลไกราคาซึ่ง อตัม สมิธ เรียกว่า มือที่มองไม่เห็น (invisible hand)³ จะเป็นเครื่องมือในการจัดสรรทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจ โดยควบคุมให้การดำเนินการของทุกส่วนในระบบเศรษฐกิจเป็นไปโดยถูกต้อง และเกิดประสิทธิภาพ ตามความต้องการของคนส่วนใหญ่ เช่น ในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจว่าผู้ผลิตจะผลิตอะไร อย่างไร และเพื่อใคร⁴ ด้วยความสำคัญของกลไกตลาดดังกล่าว รัฐในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมจึงมีบทบาทที่จะต้องคอยดูแลกลไกตลาดไม่ให้ล้มเหลว และรักษากลไกตลาดให้สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเป็นผู้กำหนดกติกา ออกกฎหมายและมาตรการต่าง ๆ

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹ กฤษณ์ วสินนท์, "หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," ใน แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม, ณรงค์เดช สุขโขษิต, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ส เจริญ การพิมพ์ จำกัด, 2554), หน้า 121.

² ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 43.

³ กฤษณ์ วสินนท์, "หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," ใน แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม, หน้า 123.

⁴ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 11.

เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดในระบบเศรษฐกิจใช้อำนาจหรือข่มขู่เอาเปรียบในการจัดสรรทรัพยากร อีกทั้งเป็นผู้รักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายและสัญญาที่ปัจเจกชนตกลงกัน⁵

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม ผู้ประกอบการย่อมมีอิสระที่จะดำเนินการใด ๆ ในทางธุรกิจ โดยปราศจากการผูกขาดของรัฐ ดังนั้น ในกรณีของการรวมธุรกิจก็เช่นกัน ผู้ประกอบการทุกรายย่อมมีเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะรวมธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดสินค้าหรือบริการ เพื่อที่จะพัฒนาศักยภาพในการประกอบธุรกิจของตนให้ดียิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ดี การรวมธุรกิจของผู้ประกอบการนั้นไม่เพียงแต่ส่งผลต่อศักยภาพในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการเท่านั้น แต่ยังอาจส่งผลกระทบต่ออื่น ๆ ทั้งในแง่ดีและแง่ลบต่อสังคมส่วนรวมได้อีกด้วย ดังนั้น การรวมธุรกิจจึงเป็นอีกกรณีหนึ่งที่รัฐจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงโดยการกำกับดูแลมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมธุรกิจที่มีแนวโน้มจะทำให้การแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการลดลง อันอาจส่งผลกระทบต่อกลไกตลาดซึ่งเป็นกระบวนการสำคัญในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม โดยอาจทำให้กลไกตลาดล้มเหลวได้ รัฐจึงต้องกำหนดกฎเกณฑ์บางประการเพื่อควบคุมการรวมธุรกิจมิให้ส่งผลเสียดังกล่าวข้างต้น เรียกว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า อันเป็นกฎหมายที่รัฐใช้เพื่อแก้ปัญหาการผูกขาดหรือภาวะการฉ้อโกงใด ๆ ที่อาจทำให้เกิดสภาพการจำกัดการแข่งขันขึ้นในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม⁶

โดยทั่วไปแล้ว ประเทศต่าง ๆ ที่มีบทบัญญัติกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด จะควบคุมการรวมธุรกิจที่ส่งผล 2 ประการ กล่าวคือ ควบคุมการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ และการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยที่ไม่ว่าการรวมธุรกิจจะส่งผลประการใดก็จำเป็นต้องขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายทุกกรณี เพราะถือว่าผลกระทบทั้งสองประการนั้น จะส่งผลเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ๆ อย่างถาวร จนอาจส่งผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันมากกว่าการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการนั้นเสียอีก⁷ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบในแง่ของการทำให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งมีอำนาจในตลาดมากขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ ซึ่งเกิดจากการรวมอำนาจในการควบคุมปริมาณการผลิตในตลาดไว้ที่ผู้ประกอบการรายหนึ่ง และสุดท้ายจะส่งผลทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นสามารถขึ้นราคาสินค้าได้

⁵ ชัยรัตน์ เอี่ยมกุลวัฒน์, เศรษฐศาสตร์ภาครัฐ : ทฤษฎีและแนวคิดเชิงนโยบาย (กรุงเทพมหานคร: คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 17, 29 - 34.

⁶ สุธีร์ ศุภนิศย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 1 - 2.

⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials* (New York: Oxford University Press, 2001), p.699.

อย่างอิสระ หรืออาจส่งผลกระทบต่อในแง่ของการทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายในตลาดที่คงเหลืออยู่ ภายหลังการรวมธุรกิจ สามารถร่วมมือกันกระทำการใด ๆ ในตลาดได้โดยง่าย เนื่องจากการรวมธุรกิจ นั้นได้ทำให้ผู้ประกอบการที่มุ่งมั่นแข่งขันนั้นออกไปจากตลาดแล้ว⁸

การพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจตามกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้น ในขั้นแรก องค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ จะเริ่มต้นพิจารณาจากยอดขายของผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจกัน หากผู้ประกอบการมียอดขายต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนด ก็จะได้รับยกเว้นให้ สามารถทำการรวมธุรกิจกันได้โดยไม่ต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อโครงสร้างของตลาดภาย หลังจากการรวมธุรกิจแต่อย่างใด เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกและส่งเสริมการเติบโตทางธุรกิจ ของผู้ประกอบการรายย่อยภายในประเทศ แต่หากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้นมียอดขายถึง เกณฑ์ที่กำหนดแล้ว ในการรวมธุรกิจก็ต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรบังคับใช้กฎหมาย โดยองค์กร บังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาจากโครงสร้างของตลาดสินค้าหรือบริการก่อนและหลังจากการรวม ธุรกิจนั้น ซึ่งจะพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความกระจุกตัวในตลาด อุปสรรคใน การเข้าสู่ตลาด ประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจ เป็นต้น⁹ หากองค์กรบังคับใช้กฎหมายเห็นว่าการรวม ธุรกิจนั้นมิได้ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างของตลาด หรือการแข่งขันในตลาด กล่าวคือ มิได้ก่อให้เกิด สถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ หรือการรวมธุรกิจนั้นมิได้ส่งผลเป็นการ ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว องค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นก็จะอนุญาตให้ผู้ประกอบการนั้นสามารถกระทำการรวมธุรกิจกันได้ตาม กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศของตน ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละ ประเทศมักจะกำหนดขั้นตอนที่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่ต้องการรวมธุรกิจนั้นสามารถเข้าทำ การปรึกษาองค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศตนเองก่อนได้ โดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นก็จะ ให้คำแนะนำในเบื้องต้นว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่อโครงสร้างของตลาด หรือการ แข่งขันหรือไม่ และอาจให้คำแนะนำในการปรับปรุงแผนการรวมธุรกิจให้ไม่ส่งผลกระทบต่อ โครงสร้างหรือการแข่งขันในเบื้องต้นว่าการรวมธุรกิจที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายแล้ว องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจมี อำนาจเพิกถอนการดำเนินการต่าง ๆ อันเป็นการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการเหล่านั้นได้

ในประเทศไทย กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้รับการตราขึ้นอย่างเป็นทางการเมื่อปี พ.ศ. 2542 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี และป้องกันมิให้เกิดการใช้

⁸ Thomas W. Ross and Andy Baziliauskas, "Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects," *Canadian Business Law Journal* 33(2000): 377 - 378.

⁹ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics* (New York: Foundation Press, 2008), pp.575 - 577.

อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมอันก่อให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ¹⁰ อันเป็นการคุ้มครองการแข่งขัน หรือกลไกตลาดในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ซึ่งเป็นระบบเศรษฐกิจแบบตลาด¹¹ ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมีมาตรการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ 5 ประการ ได้แก่ การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม การรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และการตกลงกับผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศที่ไม่มีเหตุผลอันส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากมีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมาเป็นระยะเวลาเกือบ 20 ปี ปรากฏว่าไม่มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติต่าง ๆ ข้างต้นหรือไม่ คงมีเพียงประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจรายใดจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดบ้างหรือไม่ แต่ยังคงไม่ปรากฏว่ามีกรออกกฎหมายลำดับรองในบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ อีกแต่อย่างใด โดยเฉพาะในส่วนของมาตรการรวมธุรกิจ ซึ่งไม่มีการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่จำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมาย ไม่สามารถใช้อำนาจพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้

ในปี พ.ศ. 2560 จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย และประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยมีการปรับปรุงโครงสร้างองค์กรบังคับใช้กฎหมาย และมาตรการต่าง ๆ ในการกำกับดูแลการแข่งขันให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น¹² โดยมีบทบัญญัติบังคับให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองที่จำเป็นต่อการบังคับใช้กฎหมายให้แล้วเสร็จภายใน 365 วัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ¹³ ทำให้ในปี พ.ศ. 2561 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ตรากฎหมายลำดับรองที่จำเป็นต่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกมาจนครบถ้วน โดยเฉพาะกฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ซึ่งมีจำนวน 3 ฉบับ แบ่งออกเป็นประกาศเกี่ยวกับ

¹⁰ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

¹¹ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 2.

¹² หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

¹³ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 92 บัญญัติว่า “บรรดากฎกระทรวง ประกาศ หลักเกณฑ์ หรือระเบียบที่ออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ จนกว่าจะมีกฎกระทรวง ประกาศ หรือระเบียบ ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

การดำเนินการออกกฎกระทรวง ประกาศ หรือระเบียบตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในสามร้อยหกสิบห้าวัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ หากไม่สามารถดำเนินการได้ ให้รัฐมนตรีรายงานเหตุผลที่ไม่อาจดำเนินการได้ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบ”

หลักเกณฑ์การดำเนินการที่ถือเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมาย ประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตรวมธุรกิจ ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นจำเป็นต้องขออนุญาต ตามกฎหมาย และประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ ในกรณีที่ การรวมธุรกิจนั้นจำเป็นต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และกฎหมายลำดับรองที่ เกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแล้ว พบว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยแบ่ง ลักษณะการกำกับดูแลการรวมธุรกิจออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ กลุ่มของการรวมธุรกิจที่อาจ ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งจะต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการ แข่งขันทางการค้า และกลุ่มของการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งจะต้องขออนุญาตและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทาง การค้า¹⁴ ดังนั้น ในกลุ่มของการรวมธุรกิจที่ต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า นั้น จะต้องเป็นไปตามประกาศหลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาสถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมี อำนาจเหนือตลาด แต่ในกลุ่มของการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจำเป็นต้องประกาศหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจที่ อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญนั้นมีลักษณะอย่างไรเป็นการเฉพาะ ซึ่ง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ได้ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาในเรื่องดังกล่าวเป็น ที่เรียบร้อยแล้ว โดยกำหนดให้การรวมธุรกิจที่จะถือว่าอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมี นัยสำคัญตามความหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในปัจจุบันนั้น หมายถึง การรวมธุรกิจที่ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งหรือของผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจใน ตลาดใดตลาดหนึ่งรวมกันตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

ผู้เขียนพบว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่ได้ยอมรับแนวคิดในการกำกับ ควบคุมการรวมธุรกิจที่มีลักษณะเดียวกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ มา บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และกฎหมายลำดับรองของ พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ ยังคงจำเป็นต้องได้รับการศึกษาใน 4 ประเด็นใหญ่ ๆ ซึ่งมีความเชื่อมโยง กันในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ ประเด็นแรก แนวคิดใน

¹⁴ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 51 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการรวมธุรกิจอันอาจ ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ต้องแจ้งผล การรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ

ผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต้อง ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ...”

การกำหนดรูปแบบของระบบควบคุมการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ประเด็นที่สอง แนวทางการกำหนดเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ ประเด็นที่สาม กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และประเด็นที่สี่ มาตรการบังคับของบทบัญญัติที่กำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ เพื่อพัฒนาให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ประเด็นแรก แนวคิดในการกำหนดรูปแบบของระบบควบคุมการรวมธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้กำหนดรูปแบบของระบบควบคุมการรวมธุรกิจโดยบัญญัติให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ต้องทำการแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพราะฉะนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจจึงสามารถดำเนินการรวมธุรกิจไปโดยไม่ต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ก่อน เพียงแต่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ภายหลังจากที่การรวมธุรกิจนั้นเสร็จสิ้นแล้ว ซึ่งรูปแบบของระบบควบคุมการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ อาจมีสาเหตุเนื่องมาจากแนวคิดที่ต้องการอำนวยความสะดวก และให้เสรีภาพแก่ผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อส่งเสริมให้เกิดการรวมธุรกิจในประเทศไทย ซึ่งเป็นแนวคิดที่อาจขัดหรือแย้งกับเจตนารมณ์ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อขนาดที่ทำให้การแข่งขันในตลาดอาจลดลงอย่างมีนัยสำคัญตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น ในประเด็นข้างต้นนี้ ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาแนวคิดในการกำหนดรูปแบบของระบบควบคุมการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ โดยนำแนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศมาใช้เปรียบเทียบเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนารูปแบบของระบบดังกล่าวให้เหมาะสมต่อสภาพเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรมของประเทศไทยในปัจจุบัน โดยที่ไม่ขัดหรือแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประเด็นที่สอง แนวทางการกำหนดเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจของประเทศไทยในปัจจุบันยังขาดรายละเอียดในการพิจารณาผลกระทบต่อโครงสร้างของตลาด และสภาพการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ คงพิจารณาเพียงแต่ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจเท่านั้น ทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศไทยยังมีข้อบกพร่องในการพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจ จึงสมควรได้รับการศึกษาเพื่อพัฒนาปรับปรุงต่อไปในอนาคต ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ เพื่อนำมาใช้เป็น

แนวทางในการปรับปรุงหลักเกณฑ์ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย อันจะทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจภายในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยสามารถใช้บทบัญญัติดังกล่าวเพื่อควบคุมมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญได้จริง

ประเด็นที่สาม การขาดกระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งอาจเป็นสาเหตุให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นไปโดยไม่มีผล กล่าวคือ การที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจเข้าปรึกษาคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในเบื้องต้นถึงผลกระทบต่อโครงสร้างตลาดและการแข่งขันก่อนการรวมธุรกิจ รวมถึงการถ่ายโอนอำนาจในการพิจารณาผลกระทบดังกล่าวจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายไปยังเอกชน โดยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจนั้นเป็นผู้พิจารณาผลกระทบข้างต้นด้วยตนเองทั้งหมด ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนจึงต้องการศึกษากระบวนการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนากระบวนการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

นอกจากนี้ ในประเด็นที่สี่ การขาดสภาพบังคับของกฎหมายที่เหมาะสมแก่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจ กล่าวคือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นให้อำนาจองค์กรบังคับใช้กฎหมายลงโทษปรับทางปกครองแก่ผู้ประกอบการธุรกิจได้เท่านั้น โดยมีได้ให้อำนาจองค์กรบังคับใช้กฎหมายในการออกคำสั่งใด ๆ เพื่อเป็นการเยียวยาการฝ่าฝืนต่อกฎหมายเช่นว่านั้นเอาไว้ด้วย ซึ่งการกำหนดผลของการฝ่าฝืนกฎหมายไว้เช่นนี้ อาจส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพในท้ายที่สุด จึงควรมีการศึกษารูปแบบของการบังคับใช้กฎหมายแก่การรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกระบวนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยเป็นไปอย่างสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายมากยิ่งขึ้น

โดยสรุปแล้ว การขาดระบบการควบคุม หลักเกณฑ์การพิจารณา กระบวนการดำเนินการตามกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายที่เหมาะสม จะทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นไปโดยยากลำบาก และทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถควบคุมการรวมธุรกิจได้จริง จนอาจนำไปสู่ความล้มเหลวในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกครั้ง ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมุ่งศึกษาเพื่อหาแนวทางพัฒนาและปรับปรุงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

พ.ศ. 2560 โดยทำการศึกษาถึงนโยบาย แนวคิดและทฤษฎีของหลักเกณฑ์ดังกล่าว รวมถึงบทบัญญัติ และการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ที่ได้มีผลงานการกำกับดูแลการรวมธุรกิจมาอย่างยาวนาน เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไปบังคับใช้ได้จริง

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อวิเคราะห์หลักกฎหมาย และทฤษฎีเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย
2. เพื่อประเมินระบบ หลักเกณฑ์ และแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย
3. เพื่อศึกษาผลกระทบของกระบวนการดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจ และมาตรการบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ
4. เพื่อนำเสนอแนวทางการปรับปรุงระบบการกำกับดูแล การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจ กระบวนการดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจ และมาตรการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่เหมาะสม

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

แม้จะมีการนำแนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แล้ว แต่ในปัจจุบันบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่สามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจได้ตามวัตถุประสงค์

1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย

ใช้วิธีการศึกษาเปรียบเทียบระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ การกำหนดเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจ กระบวนการดำเนินการตามกฎหมายเกี่ยวกับการรวมธุรกิจ รวมถึงการบังคับใช้กฎหมายในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย และกฎหมายของต่างประเทศ โดยการวิจัยเอกสาร โดยค้นคว้าจากหนังสือ บทบัญญัติของกฎหมาย ประกาศ แนวปฏิบัติ บทความ วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญ

1.5 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

งานวิจัยนี้จะศึกษาถึงปัญหาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแนวปฏิบัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ รวมถึงคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ ตั้งแต่อดีตจนถึงปี พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นการศึกษาในบริบทของการประกอบธุรกิจก่อนหน้าที่จะมีการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 อย่างรุนแรง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. พบหลักกฎหมาย และทฤษฎีเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย
2. พบผลดีและผลเสียของระบบ หลักเกณฑ์ และแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย
3. สามารถชี้แจงผลกระทบของกระบวนการดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจ และสภาพบังคับตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ
4. สามารถนำเสนอแนวทางการปรับปรุงระบบการกำกับดูแล การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจ กระบวนการดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจ และสภาพบังคับตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่เหมาะสม

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

1. ศักดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

คำอธิบายกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนี้ มีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างละเอียดและครบถ้วน ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ความจำเป็นในการมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และรายละเอียดของพฤติกรรมต่างๆ ที่ต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้อธิบายถึงแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั้งในประเทศไทย และประเทศอื่น ๆ ซึ่งมีความเป็นสากล พร้อมทั้งยกตัวอย่างแนวคำตัดสินของศาลใน

ต่างประเทศเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญซึ่งมีความสัมพันธ์กับประเด็นที่ผู้เขียนต้องการศึกษาเป็นอย่างมาก

2. ศักดา ธนิตกุล และคณาจารย์. กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

หนังสือกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทยนี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการเปรียบเทียบระบบการเมืองการปกครอง ระบบเศรษฐกิจ ระบบกฎหมาย โครงสร้างศาลยุติธรรม ความเป็นมาของการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้า สาระสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย องค์กรและการบังคับใช้กฎหมาย และยังมีเนื้อหาถึงไปถึงกฎหมายลำดับรอง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า คำพิพากษาของศาล และความเห็นของนักวิชาการในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ ซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมถึงประเด็นการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศต่าง ๆ ข้างต้น ทั้งหลักเกณฑ์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจ การเยียวยา และตัวอย่างแนวคำตัดสิน จึงมีความสำคัญต่อการศึกษาเปรียบเทียบของผู้เขียนเป็นอย่างมาก

3. อัญญา ชันธวิทย์. การควบกิจการและการครอบงำกิจการ. กรุงเทพมหานคร : คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

ตำราการควบกิจการและการครอบงำกิจการนี้ได้กล่าวถึงทฤษฎีการรวมธุรกิจ การทำความเข้าใจกับแนวคิด การวิเคราะห์ และการประเมินการรวมธุรกิจ โดยเฉพาะแนวคิด ทฤษฎีในทางเศรษฐศาสตร์และทางการเงิน นอกจากนั้น เพื่อเป็นการนำความรู้ทางทฤษฎีมาอธิบายปรากฏการณ์จริง ตำราเล่มนี้ยังได้เสนอกรณีตัวอย่างการรวมธุรกิจครั้งใหญ่ที่เกิดขึ้นทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย พร้อมทั้งวิเคราะห์การรวมธุรกิจเหล่านั้น จึงเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการนำมาศึกษาวิเคราะห์ เพื่อพัฒนาระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญต่อการศึกษาของผู้เขียน

4. กิติพงศ์ อุรพีพัฒนพงศ์ และคณะ. รู้เพื่อการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย. กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557.

การรวมธุรกิจเป็นธุรกรรมหนึ่งในการนำไปสู่ความก้าวหน้าของการประกอบธุรกิจ ดังนั้น จึงมีข้อพิจารณามากมายในทางปฏิบัติ ซึ่งหนังสือรู้เพื่อการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทยเล่มนี้ได้อธิบายถึงกลยุทธ์ในการรวมธุรกิจ ข้อควรพิจารณา บทบาทหน้าที่ของเจ้าของกิจการ ผู้ถือหุ้น

กรรมการ ผู้บริหาร และตัวอย่างกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นจริงจากประสบการณ์โดยตรงของผู้เขียน โดยมุ่งเน้นในประเด็นทางกฎหมายและทางภาษีเป็นหลัก ดังนั้น เมื่อศึกษาร่วมกับตำราการควบกิจการ และการครอบงำกิจการ ซึ่งเขียนโดยศาสตราจารย์ ดร. อัญญา ชันธวิทย์แล้ว ทำให้ผู้เขียนสามารถศึกษาภาพรวมของการรวมธุรกิจได้ครบทั้งแง่มุมทางเศรษฐศาสตร์ การเงิน และทางกฎหมาย ซึ่งนำไปสู่การวิเคราะห์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้อย่างรอบด้าน

5. Dabbah, M. M. Merger Control Worldwide. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

หนังสือ Merger Control Worldwide รวบรวมข้อมูลของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก โดยครอบคลุมทั้งภาพรวม ตลอดจนรายละเอียดสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ และกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ ซึ่งมีความสำคัญต่อการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ และกระบวนการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ที่ผู้เขียนต้องการศึกษาผู้เขียนเป็นอย่างมาก เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศไทย อันจะนำไปสู่การเสนอแนะแนวทางการพัฒนาและปรับปรุงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยต่อไป

6. Groshinski, K., and Davies, C. Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide. Hague: Kluwer Law International, 2015.

หนังสือเล่มนี้ เป็นหนังสือที่รวบรวมเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศในแถบเอเชียแปซิฟิกไว้อย่างละเอียด โดยมีเนื้อหาครบถ้วนถึงหลักเกณฑ์ พฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมาย รวมถึงประสบการณ์การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีความสำคัญของแต่ละประเทศ จึงประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศซึ่งถูกรวบรวมไว้โดยผู้เชี่ยวชาญทั้งทางทฤษฎี และทางปฏิบัติเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้น ๆ จึงมีความสัมพันธ์แก่การศึกษาเปรียบเทียบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของแต่ละประเทศในวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน

7. Gore, D., Lewis, S., Lofaro, A., and Dethmers, F. The Economic Assessment of Mergers Under European Competition Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

หนังสือ The Economic Assessment of Mergers Under European Competition Law มุ่งอธิบายหลักการทางเศรษฐศาสตร์ที่จำเป็นต้องนำมาปรับใช้ในการบังคับใช้มาตรการการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป โดยเริ่มต้นตั้งแต่การอธิบายหลักการทางพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง เทคนิคการวิเคราะห์ และการพิจารณาพยานหลักฐานที่นำมาใช้ในการประเมินผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาการลดลงของการแข่งขันอันเกิดจากการรวมธุรกิจซึ่งเป็นประเด็นสำคัญในการศึกษาของผู้เขียน จึงกล่าวได้ว่าหนังสือเล่มนี้อธิบายตั้งแต่หลักการพื้นฐาน ไปจนถึงการนำหลักการเหล่านั้นมาบังคับใช้แก่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ถึงแม้ว่าหนังสือดังกล่าวจะมีขอบเขตของเนื้อหาเฉพาะกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปก็ตาม แต่เนื้อหาของหนังสือได้อธิบายหลักการพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งจำเป็นต้องนำมาปรับใช้แก่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทุกประเทศ จึงมีความสำคัญต่อการศึกษาและวิเคราะห์มาตรการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่างๆ รวมถึงประเทศไทยของผู้เขียน

8. Jones, A., and Sufrin, B. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. 4th edition. New York: Oxford University Press, 2011.

หนังสือ EU Competition Law: Text, Cases, and Materials นี้ เป็นคำอธิบายกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเน้นอธิบายกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปโดยเฉพาะ มีเนื้อหาอธิบายหลักการ ความเป็นมา รายละเอียดของหลักเกณฑ์ รวมถึงแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับพฤติกรรมต่างๆ ที่ต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมการรวมธุรกิจอันเป็นหนึ่งในพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น หนังสือเล่มนี้ จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการศึกษาระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรป ซึ่งถือเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งในการศึกษาของผู้เขียน

9. Kwoka, J. Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy. Cambridge: The MIT Press, 2015.

หนังสือ Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy มุ่งอธิบายการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา โดยอธิบายตั้งแต่ความสำคัญของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ รูปแบบของนโยบายการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่มีประสิทธิภาพ รวมถึงวิเคราะห์ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหรัฐอเมริกา อันเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งในการศึกษาของ

ผู้เขียน หนังสือเล่มนี้จึงครอบคลุมไปด้วยเนื้อหาสำคัญหลากหลายประเด็นที่สนับสนุนการศึกษา ค้นคว้าของผู้เขียนได้เป็นอย่างดี

10. Shiau, D., and Chen, E. Merger Control in Singapore: Law and Practice. (Singapore: LexisNexis, 2011)

หนังสือ Merger Control in Singapore: Law and Practice แต่งขึ้นโดยผู้ที่ได้รับการยอมรับว่ามีความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ และของภูมิภาคอาเซียนมากที่สุดคนหนึ่ง มีขอบเขตเนื้อหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เป็นการเฉพาะ โดยอธิบายตั้งแต่ภาพรวมของนโยบายการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศสิงคโปร์ พัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและคำตัดสินเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวมถึงอธิบายหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ ทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรวมธุรกิจในประเทศสิงคโปร์ จึงมีความสัมพันธ์อย่างมากต่อการศึกษาของผู้เขียนเกี่ยวกับประเด็นการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศสิงคโปร์

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

โดยทั่วไปแล้ว รัฐที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น จะให้อิสระแก่เอกชนในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามที่ต้องการ ให้เสรีภาพแก่เอกชนในการตัดสินใจเลือกใช้ทรัพยากรด้วยตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องมีการวางแผนการเข้าแทรกแซง หรือการควบคุมจากรัฐบาล¹ อย่างไรก็ตาม ในประเทศส่วนใหญ่ที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น มักจะมีการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นเครื่องมือที่รัฐนำมาใช้ในการเข้าแทรกแซง และจำกัดอิสระหรือเสรีภาพบางประการในการประกอบธุรกิจของเอกชน² จึงกล่าวได้ว่าแม้รัฐจะมีนโยบายทางเศรษฐกิจที่ต้องการให้เอกชนสามารถประกอบธุรกิจได้อย่างเสรีก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันนั้นรัฐกลับออกกฎหมายที่ห้ามมิให้เอกชนกระทำการบางอย่างในการประกอบธุรกิจ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพของเอกชน

ในบรรดาพฤติกรรมกรรมการประกอบธุรกิจของเอกชนมากมายนั้น มีพฤติกรรมกรรมการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่งของเอกชนที่รัฐส่วนใหญ่มักจะเข้ามากำกับดูแล และห้ามมิให้เอกชนมีพฤติกรรมนั้นในบางกรณี พฤติกรรมเช่นว่านั้นได้แก่การรวมธุรกิจกันระหว่างผู้ประกอบการหลายราย กล่าวคือ การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในบางกรณีนั้น รัฐอาจเข้ามาแทรกแซงโดยไม่ยอมให้เกิดการรวมธุรกิจเช่นว่านั้นได้ หรืออาจกำหนดภาระหน้าที่ต่าง ๆ แก่ผู้ประกอบการที่ต้องการรวมธุรกิจ เพื่อป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นตามมาภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น³

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงความเป็นมา หลักการและเหตุผลที่รัฐในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมต้องเข้าแทรกแซงการประกอบธุรกิจของเอกชน โดยเฉพาะแนวคิดในการเข้าแทรกแซงการรวมธุรกิจของเอกชน เพื่อแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่รัฐต้องกำกับดูแลการรวมธุรกิจ รวมถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการเข้าแทรกแซงของรัฐ อันจะนำไปสู่ข้อสรุปว่าการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยรัฐนั้น ส่งเสริมหรือเป็นอุปสรรคต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจหรือไม่ อย่างไร และประเทศไทยควรมีการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอย่างเข้มงวดหรือไม่ เพียงไร

¹ ชูศักดิ์ จรุงสวัสดิ์, ระบบเศรษฐกิจและการพัฒนาการเศรษฐกิจไทย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: ส. เสริมมิตรการพิมพ์, 2555), หน้า 19.

² สุธีร์ ศุภนิธย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 1 - 2.

³ Alison Jones and Brenda Sufryn, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.699.

ในบทนี้ผู้เขียนจึงลำดับการศึกษาโดยเริ่มต้นจากการศึกษาแนวคิดในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม และการเข้าแทรกแซงของรัฐในพฤติกรรมต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจของเอกชน นอกจากนี้ ผู้เขียนยังศึกษาและวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมซึ่งต้องมีกลไกตลาดเป็นหัวใจสำคัญ⁴ กับพฤติกรรมการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจในระบบเศรษฐกิจเช่นว่านั้น ภายหลังจากนั้น ผู้เขียนจึงศึกษาและวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่รัฐใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งรัฐต่าง ๆ นิยมนำมาใช้ในการควบคุมการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ

2.1 แนวคิดการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและการแทรกแซงการประกอบธุรกิจโดยรัฐ

การอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มชนโดยทั่วไปทำให้เกิดเป็นระบบสังคมเศรษฐกิจขึ้น (social economy) ซึ่งในแต่ละสังคมเศรษฐกิจนั้นย่อมมีการแบ่งงานกันทำตามความถนัดของแต่ละบุคคลหรือหน่วยการผลิต โดยที่หน่วยการผลิตเหล่านั้นจะต้องประสานงานกันเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ ปัญหาผลิตอะไร ปัญหาผลิตอย่างไร และปัญหาผลิตเพื่อใคร ซึ่งการตัดสินใจแก้ปัญหาพื้นฐานข้างต้นนั้นมีหลายวิธี สังคมเศรษฐกิจใดจะมีวิธีแก้ไขปัญหาพื้นฐานข้างต้นอย่างไร ขึ้นอยู่กับว่าแต่ละสังคมนั้นมีระบบเศรษฐกิจแบบใด ระหว่างระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนจากส่วนกลาง หรือระบบเศรษฐกิจแบบผสม⁵ เพราะระบบเศรษฐกิจนั้นมีหน้าที่เสมือนผู้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งหมดในสังคม

การแก้ไขปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจตามแนวความคิดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้นปัจเจกชนต้องมีเสรีภาพในการเมืองและในทางเศรษฐกิจ มีเสรีภาพในการดำเนินการทางการค้าและอุตสาหกรรม โดยที่รัฐไม่ควรเข้ามายุ่งเกี่ยวกับเศรษฐกิจ⁶ แต่ในความเป็นจริง การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม มักมีความจำเป็นต่าง ๆ ที่ทำให้รัฐต้องเข้าแทรกแซงเพื่อรักษาระบบเศรษฐกิจไว้ หรือเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม กับการแทรกแซงการประกอบธุรกิจโดยรัฐ

⁴ ชัยรัตน์ เอี่ยมกุลวัฒน์, เศรษฐศาสตร์ภาครัฐ : ทฤษฎีและแนวคิดเชิงนโยบาย, หน้า 17.

⁵ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคนิ, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 10 - 14.

⁶ กฤษณ์ วสินนท์, "หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," ใน แพนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม, หน้า 123.

2.1.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเพื่อวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์กับการที่รัฐต้องเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจนั้น ต้องเริ่มต้นจากการศึกษาความหมายและความเป็นมาของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ลักษณะสำคัญของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม การทำงานของกลไกตลาดซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม รวมถึงข้อดีและข้อเสียของระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม อันจะนำไปสู่ความจำเป็นที่ทำให้รัฐต้องเข้าแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

2.1.1.1 ความหมายของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ระบบเศรษฐกิจ (economic system) หมายถึง กลุ่มบุคคลของสังคมที่รวมตัวกันเป็นกลุ่มของสถาบันทางเศรษฐกิจต่าง ๆ เช่น สถาบันการผลิต สถาบันการเงินการธนาคาร สถาบันการค้า สถาบันการขนส่ง สถาบันการประกันภัย เป็นต้น ซึ่งสถาบันเหล่านั้นยึดถือการปฏิบัติแนวทางเดียวกันในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยมีวัตถุประสงค์คืออำนวยความสะดวกในการแก้ไขปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ เพื่อให้สามารถบำบัดความต้องการให้แก่บุคคลต่าง ๆ ที่อยู่ร่วมกันในสังคมนั้นมากที่สุด ระบบเศรษฐกิจใดที่สามารถแก้ไขปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจได้อย่างครบถ้วน ย่อมเท่ากับว่าประเทศหรือสังคมนั้นสามารถจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในประเทศที่มีอยู่ไม่จำกัดได้อย่างทั่วถึง ช่วยให้ประชาชนมีความอยู่ดีกินดี ประเทศชาติย่อมพัฒนาไปสู่เป้าหมายที่วางไว้ได้⁷

ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเป็นหนึ่งในระบบเศรษฐกิจรูปแบบหนึ่งที่สังคมต่าง ๆ เลือกใช้ โดยอาจมีชื่อเรียกต่าง ๆ กัน เช่น ระบบวิสาหกิจเสรี (free-enterprise system) ระบบวิสาหกิจเอกชน (private-enterprise system) หรือระบบตลาด (market system) เป็นต้น รัฐในระบบเศรษฐกิจรูปแบบนี้จะให้อิสระแก่เอกชนในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามที่ตนสนใจ อย่างไรก็ตาม ความเป็นอิสระนี้มีความหมายที่แตกต่างกันไปในแต่ละสังคม สังคมบางแห่งอาจให้ความเป็นอิสระเสรีอย่างเต็มที่ ในขณะที่สังคมบางแห่งมีการกำหนดขอบเขตของความเป็นอิสระนั้นไว้ ซึ่งความแตกต่างกันของแต่ละสังคมขึ้นอยู่กับสภาพสังคม และการเมืองเป็นหลัก⁸

การให้เสรีภาพแก่เอกชนในการตัดสินใจเลือกใช้ทรัพยากรด้วยตนเองนั้น สืบเนื่องมาจากความเชื่อที่ว่า การแข่งขันทางเศรษฐกิจโดยเสรีจะนำไปสู่การใช้ทรัพยากรอย่างมี

⁷ ณรงค์ โพร้พถกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ (ปทุมธานี: พูลสวัสดิ์ พับลิชชิ่ง, 2555), หน้า 47 - 48.

⁸ ชูศักดิ์ จรุงสวัสดิ์, ระบบเศรษฐกิจและการพัฒนาการเศรษฐกิจไทย, หน้า 19.

ประสิทธิภาพ มีเสถียรภาพในการผลิตและการจ้างงาน และทำให้เศรษฐกิจเติบโตอย่างรวดเร็ว จึงไม่จำเป็นต้องมีการวางแผนการเข้าแทรกแซง หรือการควบคุมจากรัฐบาล⁹ ทั้งนี้ อัดัม สมิธ (Adam Smith) บิดาแห่งเศรษฐศาสตร์ได้กล่าวไว้ว่า การผลิตและการแลกเปลี่ยนที่ก่อให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่ดีที่สุด จะเกิดจากการกระทำของปัจเจกชนซึ่งมีความรักตัวและเห็นแก่ตัว ต่างแลกเปลี่ยนกันเพื่อประโยชน์ของตนเอง ทำให้เกิดการแบ่งงานกันทำ การเพิ่มประสิทธิภาพของการผลิต และการเพิ่มผลผลิต อันมีวัตถุประสงค์เพื่อยกฐานะของตนเองให้มากที่สุด แต่ในขณะเดียวกัน ความพยายามยกฐานะของปัจเจกชนก็ได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมด้วย ซึ่งการแลกเปลี่ยนหรือประสานงานดังกล่าวระหว่างปัจเจกชนจะดำเนินไปได้และให้ผลที่ดีที่สุดต่อเมื่อมิได้มีองค์กรกลางใดทำหน้าที่วางแผน หรือมีการตกลงกันไว้ก่อนระหว่างบุคคลทั้งหลาย¹⁰ อัดัม สมิธ จึงเห็นว่ารัฐควรมีบทบาทอย่างจำกัด เพราะการเข้าแทรกแซงของรัฐบาลมากเกินไปจะเป็นการทำลายธรรมชาติของการประสานงาน แลกเปลี่ยนกันระหว่างปัจเจกชน อันจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด และเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจในท้ายที่สุดอันก่อให้เกิดการแข่งขันกันในตลาด¹¹

ในระบบเศรษฐกิจดังกล่าวข้างต้นนี้ กลไกตลาดหรือกลไกราคาซึ่ง อัดัม สมิธ เรียกว่า มือที่มองไม่เห็น (invisible hand)¹² จะเป็นเครื่องมือในการจัดสรรทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจที่คอยควบคุมให้การดำเนินการของทุกส่วนในระบบเศรษฐกิจเป็นไปโดยถูกต้อง และเกิดประสิทธิภาพ ตามความต้องการของคนส่วนใหญ่¹³

2.1.1.2 ลักษณะของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม มีลักษณะที่สำคัญดังต่อไปนี้

ก. เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพยากร (ownership)

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม คราวเรือนและธุรกิจซึ่งเป็นหน่วยเศรษฐกิจขั้นพื้นฐานมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่าง ๆ ตามกฎหมาย จึงมีเสรีภาพเต็มที่ในการจัดการกับ

⁹ เรื่องเดียวกัน

¹⁰ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, หน้า 37.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

¹² กฤษณ์ วสินนท์, "หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," ใน แพนดอกไม้ให้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิชญ์ เครืองาม, หน้า 123.

¹³ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 11.

ปัจจัยการผลิตต่าง ๆ ซึ่งส่งเสริมให้บุคคลเหล่านั้นมีแรงจูงใจที่จะลงทุนหรือพัฒนาทรัพยากรที่ตนมีอยู่ เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งต่อตนเองและต่อผู้อื่นมากที่สุด¹⁴

ข. เอกชนมีเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ (freedom)

ผู้เป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตมีเสรีภาพในการประกอบธุรกิจได้ตามที่ตนต้องการ เอกชนมีอิสระในการเลือกวิธีการผลิตและจำหน่ายจ่ายโอนผลผลิตของตน คราวเรือนก็มีเสรีภาพในการขายปัจจัยการผลิตที่ตนเป็นเจ้าของให้แก่หน่วยธุรกิจได้ ซึ่งเสรีภาพนี้ยังรวมไปถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วย ดังนั้น ประชาชนจึงมีเสรีภาพอย่างกว้างขวางในการเลือกประกอบอาชีพตามความถนัด เพื่อให้ได้ผลตอบแทนมากที่สุด¹⁵

ค. มีการแข่งขันอย่างเสรี

การแข่งขันถือเป็นปัจจัยสำคัญของระบบที่จะป้องกันการแสวงหากำไรเกินควร เนื่องจากเอกชนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะเข้าหรือออกจากระบบเศรษฐกิจ ดังนั้น เมื่อใดเกิดมีผู้ผลิตรายใดหรือกลุ่มใดคิดจะผูกขาดหรือรวมหัวกันขึ้นราคาสินค้าเพื่อหวังกำไรเกินปกติ ผู้ผลิตรายใหม่ก็จะเข้ามาในตลาดเพื่อแข่งขัน ซึ่งทำให้ราคาสินค้าลดลงได้ในที่สุด และผู้บริโภคในระบบเศรษฐกิจนั้นก็จะมีโอกาสได้ใช้สินค้าที่มีคุณภาพในราคาที่ยุติธรรม¹⁶

ง. มีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจผ่านกลไกตลาด (price mechanism) หรือระบบตลาด (market system)

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม กลไกตลาดจะเป็นตัวควบคุมให้การดำเนินการของทุกส่วนในระบบเศรษฐกิจเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ราคาจะถูกนำมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจพื้นฐานทางเศรษฐกิจ ซึ่งราคาดังนั้นจะถูกกำหนดโดยอุปสงค์และอุปทานของสิ่งนั้นในตลาด ถ้าปริมาณความต้องการซื้อและความต้องการขายเท่ากัน ราคาก็จะคงที่ไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากความต้องการซื้อและความต้องการขายไม่เท่ากัน ราคาก็จะมีการเคลื่อนไหวทันที โดยที่กำไรจะเป็นเครื่องจูงใจให้ผู้ผลิตพยายามหาเทคนิคการผลิตใหม่ ๆ มาเพื่อใช้ปรับปรุงการ

¹⁴ ณรงค์ โปธิ์พุกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 284; วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 12.

¹⁵ ชูศักดิ์ จรุงสวัสดิ์, ระบบเศรษฐกิจและการพัฒนาการเศรษฐกิจไทย, หน้า 19; ณรงค์ โปธิ์พุกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 284 - 285; วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 12.

¹⁶ ณรงค์ โปธิ์พุกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 286; ชูศักดิ์ จรุงสวัสดิ์, ระบบเศรษฐกิจและการพัฒนาการเศรษฐกิจไทย, หน้า 20.

ผลิต และลดต้นทุนการผลิตเพื่อเพิ่มกำไร ส่วนผู้บริโภคก็ใช้การเปรียบเทียบราคาของสินค้าเพื่อเลือกซื้อสินค้าที่จะนำความพอใจมาให้มากที่สุด ด้วยการจ่ายในราคาต่ำที่สุด¹⁷

จ. รัฐบาลไม่มีหน้าที่ในการยุ่งเกี่ยวกับกิจการค้าของเอกชน (laissez faire)

โดยหลักแล้ว ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนี้ รัฐบาลไม่มีหน้าที่ในการยุ่งเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของเอกชน¹⁸ โดยที่อดัม สมิทเห็นว่ารัฐในระบบเศรษฐกิจแบบนี้ควรมีบทบาทหน้าที่จำกัดอยู่เพียง 3 ประการเท่านั้น คือ การป้องกันประเทศ การคุ้มครองสมาชิกของสังคมจากความไม่ยุติธรรม และการจัดการก่อตั้งและบำรุงรักษาสถาบันสาธารณะและกิจการที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่สังคมแต่มีรายได้ไม่พอกับค่าใช้จ่าย เช่น การจัดการเรื่องเงินตรา การศึกษา เป็นต้น¹⁹

อย่างไรก็ตาม เมื่อระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมได้วิวัฒนาการและขยายออกไปมาก ความคิดดังกล่าวก็เริ่มเปลี่ยนแปลงไป เพราะการปล่อยให้เอกชนดำเนินการทุกอย่างโดยเสรีทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ขึ้น ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมดูแลบ้าง เช่น มีการออกกฎหมายหรือระเบียบเพื่อป้องกันการผูกขาด การดูแลสวัสดิการของผู้ใช้แรงงาน ตลอดจนการเข้าควบคุมหรือเข้าดำเนินการบางอย่างที่เป็นสาธารณูปโภคที่จำเป็นสำหรับประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ ดังนั้น บทบาทของรัฐบาลในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนี้จึงมีมากขึ้น²⁰

2.1.1.3 การทำงานของกลไกตลาด

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม กลไกตลาดหรือกลไกราคาซึ่ง อดัม สมิทเรียกว่า มือที่มองไม่เห็น (invisible hand)²¹ จะเป็นเครื่องมือในการจัดสรรทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจที่คอยควบคุมให้การดำเนินการของทุกส่วนในระบบเศรษฐกิจเป็นไปโดยถูกต้อง และเกิดประสิทธิภาพ ตามความต้องการของคนส่วนใหญ่ กล่าวคือ กลไกตลาดจะแก้ไขปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจว่าผู้ผลิตจะผลิตอะไร อย่างไร และเพื่อใคร²²

ก. ปัญหาอะไร

¹⁷ ชูศักดิ์ จรูญสวัสดิ์, ระบบเศรษฐกิจและการพัฒนาการเศรษฐกิจไทย, หน้า 20; ณรงค์ โพธิ์พฤกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 285; วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 12.

¹⁸ ณรงค์ โพธิ์พฤกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 286.

¹⁹ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, หน้า 122.

²⁰ ณรงค์ โพธิ์พฤกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 286.

²¹ กฤษณ์ วสินทร์, "หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," ใน แพนด็อกไม้ไผ่ใคร่ : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม, หน้า 123.

²² วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 11.

กลไกตลาดจะเป็นตัวกำหนดว่าควรจะมีสินค้าอะไร โดยอาศัยหลักความจริงว่าสินค้าชนิดใดมีคนต้องการมากที่สุด เมื่อผลิตแล้วจะขายได้และได้ราคาดีที่สุด²³ เพราะฉะนั้น ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ผู้ผลิตจะผลิตเฉพาะสินค้าและบริการที่ผู้บริโภคต้องการ ซึ่งอิทธิพลของผู้บริโภคต่อผู้ผลิตในการผลิตสินค้าและบริการที่ตนต้องการนี้เรียกว่า อธิปไตยของผู้บริโภค (consumer's sovereignty) การที่ผู้ผลิตจะทราบว่าผู้บริโภคต้องการสินค้าและบริการอะไรบ้าง สามารถพิจารณาได้จากเงินที่ผู้บริโภคนำมาใช้จ่ายซื้อสินค้าและบริการต่าง ๆ หากผู้บริโภคต้องการสินค้าและบริการใดมาก ก็จะยินดีจ่ายเงินเพื่อซื้อสินค้าและบริการนั้นในราคาที่สูง เมื่อผู้ผลิตทราบว่าผู้บริโภคต้องการสินค้าและบริการใดมากน้อยเพียงไร ผู้ผลิตก็จะนำราคาสินค้าและบริการเหล่านั้นมาเปรียบเทียบกับต้นทุนการผลิต เพื่อที่จะทราบว่าหากทำการผลิตสินค้านั้นออกขายแล้วจะได้กำไรหรือขาดทุน ถ้าขาดทุนก็ไม่ผลิต ถ้าได้กำไรก็จะพิจารณาต่อไปว่าควรจะมีผลผลิตออกขายเท่าใดจึงจะได้กำไรสูงสุด²⁴

ข. ปัญหาอย่างไร

ตามปกติผู้ผลิตทุกคนต้องการจะได้กำไรสูงสุด ซึ่งกำไรนั้นเกิดจากความแตกต่างระหว่างราคาขายและต้นทุนการผลิต กำไรจะมากน้อยเพียงไรขึ้นอยู่กับราคาขายและต้นทุนการผลิต โดยปกติหากราคายิ่งสูงก็ยิ่งขายสินค้านั้นน้อย²⁵ ดังนั้น การจะผลิตอย่างไร กลไกตลาดก็จะช่วยตัดสินใจวิธีใดที่ผลิตแล้วเสียต้นทุนการผลิตต่ำที่สุดเพื่อให้ได้กำไรมากที่สุด โดยผู้ผลิตจะตัดสินใจด้วยราคาของสินค้าและปัจจัยการผลิตร่วมกัน²⁶

ค. ปัญหาเพื่อใคร

สินค้าที่ผลิตได้นั้นควรจะจัดสรรให้กับทุกคนในสังคมอย่างไร ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมใช้ราคาของสินค้าและบริการเป็นเกณฑ์ในการแจกจ่ายผลผลิตให้แก่บุคคลในสังคม เพราะฉะนั้น ผู้มีรายได้ย่อมมีอำนาจซื้อ (purchasing power) ซึ่งรายได้ส่วนใหญ่เกิดจากการทำงานให้กับหน่วยผลิต หน่วยผลิตก็จะจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต แต่เนื่องจากสินค้าและบริการนั้นมีอยู่อย่างจำกัด ไม่สามารถสนองความต้องการของผู้บริโภคได้ทั้งหมด ผู้บริโภคที่มีอำนาจซื้อจึงต้องแข่งขันกันซื้อสินค้าและบริการที่ต้องการ ราคาจึงจะเป็นตัวตัดสิน โดยที่หากจำนวนซื้อสินค้าใดมีมากกว่าจำนวนขาย ราคาสินค้านั้นก็จะสูงขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทั่งจำนวนซื้อ

²³ ณรงค์ โพธิ์พุกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 285.

²⁴ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 12.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

²⁶ ณรงค์ โพธิ์พุกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 285.

พอดีกับจำนวนขาย ในทางตรงกันข้าม ถ้าจำนวนซื้อสินค้าและบริการใดมีน้อยกว่าจำนวนขาย ราคาสินค้าและบริการนั้นก็ลดลงเรื่อย ๆ จนกระทั่งจำนวนซื้อเท่ากับจำนวนขายพอดี ด้วยกลไกตลาดดังกล่าว สินค้าก็จะถูกจัดสรรไปยังผู้บริโภคที่ต้องการ ซึ่งมีรายได้เพียงพอที่จะจ่ายซื้อสินค้านั้นตามราคาตลาดได้²⁷

นอกจากนี้ กลไกตลาดยังช่วยให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น ถ้าสินค้าชนิดหนึ่งมีการผลิตมากเกินไปเกินความต้องการของตลาดทำให้ขายไม่หมด ผู้ขายก็ต้องลดราคาเพื่อจะได้ขายได้หมด จนอาจทำให้ผู้ขายขาดทุนได้ ดังนั้น ผู้ผลิตบางรายอาจต้องลดปริมาณการผลิตหรือเลิกการผลิต ทำให้ทรัพยากรที่เคยใช้สามารถได้รับการจัดสรรให้ไปผลิตสินค้าอื่นที่ยังมีค่านี้อุปสงค์มาก หรือถูกนำไปใช้ผลิตสินค้าโดยผู้ผลิตที่มีประสิทธิภาพดีกว่า ทำให้ระบบเศรษฐกิจดีขึ้น ในทางตรงกันข้าม เมื่อใดสินค้าเกิดการขาดตลาด ราคาสินค้านั้นก็จะสูงขึ้น ทำให้มีผู้ผลิตสินค้าชนิดนั้นเพิ่มมากขึ้น จนในที่สุดความขาดแคลนสินค้าชนิดนั้นก็ถูกขจัดไปโดยกระบวนการของกลไกตลาดนี้เอง²⁸

กล่าวโดยสรุป กลไกตลาดหรือกลไกราคานี้จึงเป็นกระบวนการในการปรับตัวของราคาสินค้าและบริการหรือปัจจัยการผลิตที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติตามแรงผลักดันของอุปทานและอุปสงค์ของตลาด โดยที่แรงผลักดันทั้งสองนี้ส่งผลให้มีการปรับตัวของระดับ ราคาและปริมาณการซื้อขายของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ โดยปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจนอกตลาด เช่น การแทรกแซงของรัฐบาล²⁹ อย่างไรก็ตาม การจัดสรรทรัพยากรโดยกลไกตลาดนั้นจะมีประสิทธิภาพหรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าตลาดมีการแข่งขันกันอย่างสมบูรณ์หรือไม่ ถ้าระบบเศรษฐกิจมีการแข่งขันกันแบบสมบูรณ์ที่มีผู้ซื้อและผู้ขายมากมาย และมีข้อมูลในตลาดครบถ้วน การจัดสรรทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจโดยกลไกตลาดนั้นก็จะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพโดยที่รัฐไม่จำเป็นต้องเข้าแทรกแซงแต่อย่างใด³⁰ ดังนั้น ความมีอยู่ของการแข่งขันโดยเสรีในระบบเศรษฐกิจจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง สังคมใดที่มีการแข่งขันกันมาก ก็จะเกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และมีความสมดุลทางเศรษฐกิจมาก³¹

²⁷ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 13.

²⁸ ณรงค์ โพธิ์พุกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 285.

²⁹ กฤษณ์ วสินนท์, "หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," ใน แทนดอกไม้ให้วัวครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม, หน้า 124.

³⁰ ชัยรัตน์ เอี่ยมกุลวัฒน์, เศรษฐศาสตร์ภาครัฐ : ทฤษฎีและแนวคิดเชิงนโยบาย, หน้า 17.

³¹ กฤษณ์ วสินนท์, "หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," ใน แทนดอกไม้ให้วัวครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม, หน้า 127.

2.1.1.4 ข้อดีและข้อเสียของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

การชี้ขาดว่าระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนจากส่วนกลาง หรือระบบเศรษฐกิจแบบผสม ระบบเศรษฐกิจแบบใดเป็นระบบเศรษฐกิจที่ดีที่สุดนั้นเป็นเรื่องยาก เพราะระบบเศรษฐกิจแต่ละแบบต่างก็มีข้อดีและข้อเสีย ระบบเศรษฐกิจแบบใดจะเหมาะสมกับประเทศใดขึ้นอยู่กับความเชื่อมั่นในวิธีการที่จะนำไปสู่จุดหมายปลายทางที่ต้องการ เช่น ในสังคมแบบนายทุนอาจมีความเชื่อมั่นในประสิทธิภาพของกลไกตลาด ให้ความสำคัญกับความมีอิสระทางเศรษฐกิจ คนในสังคมแบบนี้อาจเห็นว่าการปล่อยให้ทุกคนทำตามที่ตนเห็นว่าดีที่สุด จะทำให้ส่วนรวมได้รับประโยชน์มากที่สุด เพราะการตัดสินใจทางเศรษฐกิจอย่างมีเหตุผลเพื่อให้แต่ละคนได้รับผลดีที่สุด ย่อมทำให้สังคมส่วนรวมดีตามไปด้วย จึงไม่จำเป็นต้องไปบังคับให้แต่ละคนปฏิบัติตามคำสั่ง ในขณะที่คนในสังคมที่เชื่อในระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนจากส่วนกลางนั้นเห็นว่าหากปล่อยให้ทุกคนทำตามใจตัวเองอาจเป็นผลเสีย เพราะบางคนมองการณ์ไกลไม่เก่ง บางคนถูกเอาเปรียบ จึงเชื่อว่าการใช้วิธีวางแผนจากส่วนกลางจะสามารถกระจายผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจไปสู่ประชาชนอย่างทั่วถึง³²

ข้อดีของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ได้แก่ เอกชนมีเสรีภาพในการดำเนินการทางเศรษฐกิจตามที่ชำนาญ ซึ่งการมีเสรีภาพนั้นจะเป็นตัวกระตุ้นให้มีการใช้เวลา พลังงาน และทรัพยากรอย่างมีคุณค่า อันทำให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ก่อให้เกิดความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และก่อให้เกิดการพัฒนาเทคนิคการผลิต³³

ข้อเสียของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ได้แก่ ระบบเศรษฐกิจแบบนี้อาจทำให้การกระจายรายได้ไม่เท่าเทียมกัน ผู้ที่มีทรัพย์สินมากย่อมสามารถทำให้เกิดรายได้ในรูปค่าเช่าและดอกเบี้ยได้โดยไม่ต้องออกแรงทำงาน อันนำไปสู่ความเหลื่อมล้ำในสังคม และระบบเศรษฐกิจแบบนี้อาจนำไปสู่การผูกขาด โดยผู้ขายรายใหญ่ที่มีอิทธิพลต่อราคาจะมีอำนาจผูกขาด และเกิดการเอาเปรียบผู้ซื้อได้ นอกจากนี้ การมีเสรีภาพในการใช้ทรัพยากรยังอาจทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างสิ้นเปลือง และไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม³⁴

³² วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 14.

³³ ณรงค์ โพธิ์พุกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 66; วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 22.

³⁴ ณรงค์ โพธิ์พุกษานันท์, สังคมกับเศรษฐกิจ, หน้า 67; วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป, หน้า 22.

2.1.2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมโดยรัฐ

ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมตามแนวความคิดเริ่มแรกของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกนั้น ปฏิเสธการเข้าควบคุมและการแทรกแซงของรัฐอย่างสิ้นเชิง เพราะเชื่อว่าการให้เสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคลในการตัดสินใจกระทำกรไต่ ๆ จะนำไปสู่สวัสดิการสูงสุดแก่สังคมโดยรวม³⁵ แต่ในเวลาต่อมา แนวความคิดเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้นก็เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไป โดยนำหลักประโยชน์นิยมมาใช้เป็นหลักคิด จนทำให้เกิดการยอมรับประโยชน์ของการที่รัฐเข้ามามีบทบาททางเศรษฐกิจ จึงยินยอมให้รัฐเข้าแทรกแซงในกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้มากยิ่งขึ้น เพื่อก่อให้เกิดความสุขสูงสุดสำหรับคนจำนวนมากที่สุด โดยยอมให้รัฐเข้าแทรกแซงเพื่อวางกรอบให้เกิดการแข่งขันที่แท้จริง ไม่ให้มีการผูกขาดและการกระจุกตัวของทุน ดังนั้น ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในปัจจุบันจึงยอมรับการเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจของรัฐ ในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญอีกเครื่องมือหนึ่งในการพัฒนาและการสร้างความสมดุลทางเศรษฐกิจควบคู่ไปกับกลไกตลาด³⁶

การศึกษาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมโดยรัฐนี้ เริ่มจากการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เหตุผลและความจำเป็นในการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐ ความล้มเหลวของตลาด และรูปแบบการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐ

2.1.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

โดยหลักการแล้ว การเข้าแทรกแซงของรัฐเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม การแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐบาลควรจำกัดเพียงสามประการ คือ การป้องกันประเทศ การคุ้มครองสมาชิกของสังคมจากความไม่ยุติธรรม และการจัดการก่อตั้งและบำรุงรักษาสถาบันสาธารณะและกิจการที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่สังคมแต่มีรายได้น้อยไม่พอจ่าย เช่น การจัดการเรื่องเงินตรา การศึกษา เป็นต้น³⁷ แต่ดังที่ได้กล่าวข้างต้นว่าในปัจจุบันมีการยอมรับการเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจของรัฐมากยิ่งขึ้น ซึ่งแนวคิดหรือทฤษฎีที่สนับสนุนว่ารัฐมี

³⁵ ฤกษ์ วัฒนันท์, "หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ," ใน ทันตอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิชณ เครืองาม, หน้า 121.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 125 - 127.

³⁷ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง, หน้า 122.

อำนาจที่จะเข้าแทรกแซงการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชนนั้นมียุ่อย่างหลากหลาย โดยแต่ละทฤษฎีได้สะท้อนกรอบแนวความคิดพื้นฐานที่ค่อนข้างจะแตกต่างกัน สรุปได้ดังนี้³⁸

ก. ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ (public interest theory)

โดยทั่วไป หลักประโยชน์สาธารณะ หมายความว่า ความอยู่ดีกินดีโดยรวม (common well-being or general welfare) สำหรับการประยุกต์ใช้กับทฤษฎีการกำกับดูแลนั้นอธิบายได้ว่าการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้นจะต้องตอบสนองหรือสอดคล้องกับความต้องการของสาธารณะชน³⁹ ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นทฤษฎีประโยชน์สาธารณะต้องอิงอยู่บนพื้นฐานความคิดทางด้านการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ โดยต้องตอบโจทยว่า เมื่อไรและอย่างไรที่รัฐควรเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการทางธุรกิจของเอกชนเพื่อส่งเสริมหรือยกระดับสวัสดิการและความเป็นอยู่ของประชาชนในสังคม รวมทั้งต้องให้ความคุ้มครองประชาชนในฐานะผู้บริโภค ดังนั้น ภายใต้แนวคิดประโยชน์สาธารณะ การกำกับดูแลของรัฐต้องดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก มิใช่อิงกับผลประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด กลุ่มบุคคลหนึ่งกลุ่มบุคคลใด หรือบางอุตสาหกรรม หลักประโยชน์สาธารณะนี้มีอิทธิพลอย่างมากในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และอีกหลายประเทศ โดยเฉพาะในกฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายกำกับดูแลกิจการสาธารณูปโภค หรือกฎหมายกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ เป็นต้น

แนวคิดหลักของทฤษฎีนี้ คือ เมื่ออุตสาหกรรมใดเป็นตลาดที่มีการผูกขาด รัฐควรต้องเข้าไปแทรกแซง อาจห้ามหรือล้งโทษมิให้มีการผูกขาด หรือหากพิจารณาว่าเป็นการผูกขาดโดยธรรมชาติ ก็อาจเข้าไปกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้น เพื่อประโยชน์ของสาธารณะโดยรวม เพราะหากไม่มีการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ผูกขาด ผู้ประกอบการสามารถตั้งราคาสินค้าหรือบริการได้ตามอำเภอใจหรือจำกัดจำนวนสินค้าหรือปริมาณ เพื่อให้เกิดกำไรสูงสุดแก่ตนเอง พฤติกรรมดังกล่าวจะส่งผลให้เกิดปริมาณสินค้าหรือบริการขาดแคลน มีการตั้งราคาที่สูงเกินกว่าต้นทุนมากหรือราคาที่เหมาะสมจะเป็นตามกลไกตลาด ทำให้ประชาชนผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนและเกิดการถ่ายโอนรายได้จากผู้บริโภคมาสู่ผู้ประกอบการอันนำไปสู่ความล้มเหลวของตลาด รวมทั้งอาจมีการใช้อำนาจเหนือตลาดในการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดก็ได้ จึงนับได้ว่าการผูกขาดส่งผลกระทบทางลบต่อสังคมโดยรวม ฉะนั้น การเข้าไปแทรกแซงของรัฐโดย

³⁸ เฉลิมชัย กักเกียรติกุล, "ทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2562. แหล่งที่มา: <http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2013/06/public-interest-theory-common-well.html>

³⁹ ชาลุมชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 27 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 65.

การกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทนี้จึงมีความชอบธรรมและสอดคล้องกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม⁴⁰

ข. ทฤษฎีทางเลือกของสาธารณะ (public choice theory)

หลักทางเลือกสาธารณะมีรากฐานมาจากรัฐศาสตร์ แต่ก็ได้ขยายอิทธิพลเข้ามามีบทบาทในเรื่องการกำกับดูแลค่อนข้างมาก โดยอยู่บนสมมุติฐานว่ามีความยุ่งยากซับซ้อนในการตัดสินใจทางการเมืองในระบบประชาธิปไตย จึงพยายามอธิบายวิธีการตัดสินใจของรัฐบาล โดยนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาประยุกต์ใช้ค่อนข้างมากในการวิเคราะห์หรือช่วยในการตัดสินใจของรัฐบาล รวมทั้งการกระทำหรือดำเนินงานของรัฐบาลด้วย⁴¹ ทฤษฎีทางเลือกของสาธารณะได้ใช้การวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองของรัฐ กล่าวคือ ทฤษฎีนี้มองว่ากลุ่มผลประโยชน์จะเป็นปัจจัยหลักที่มีอิทธิพลต่อการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐ กล่าวคือโดยธรรมชาติของมนุษย์ ทุกคนต้องการที่จะหารายได้หรือทำกำไรให้กับตนเองได้มากที่สุด ทุกคนจึงพยายามผลักดันทางเลือกหรือหนทางที่ทำให้ตนเองได้รับประโยชน์มากขึ้นทั้งทางตรงและทางอ้อมในการเมือง คนที่มีผลประโยชน์เหมือนหรือคล้ายกันจึงพยายามรวมกลุ่มกันเพื่อจะได้มีอิทธิพลมากขึ้นในการต่อรองทางการเมือง โดยการรวมกลุ่มนี้เรียกว่า กลุ่มผลประโยชน์⁴²

ตามมุมมองของทฤษฎีทางเลือกของสาธารณะ กลุ่มผลประโยชน์ก็จะพยายามผลักดันให้เกิดหรือมีการกำกับดูแลในรูปแบบที่ตนเองต้องการ การผลักดันของกลุ่มผลประโยชน์อาจผลักดันฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงให้บัญญัติหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับความต้องการของตน หรือผลักดันผ่านหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลให้เสนอขอแก้ไขกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือออกระเบียบกฎเกณฑ์การกำกับดูแลให้สอดคล้องกับความต้องการของกลุ่มผลประโยชน์ ในกรณีที่หน่วยงานนั้นมีอำนาจ ดังนั้น ระเบียบกฎเกณฑ์และวิธีการการกำกับดูแลส่วนใหญ่จะตอบสนองความต้องการของกลุ่มอุตสาหกรรมหรือกลุ่มผลประโยชน์⁴³

⁴⁰ เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล, "ทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2562. แหล่งที่มา: <http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2013/06/public-interest-theory-common-well.html>

⁴¹ สัญญา เคนาภูมิ, "กระบวนการค้นทางเลือกสาธารณะ," *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี* 9, 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2561): 93.

⁴² ธรรมรักษ์ เรืองจรัส, "อรัณภพ : ทฤษฎีรัฐประศาสนศาสตร์" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2562. แหล่งที่มา: http://www.thai-hrd.com/images/column_1271961326/Introduction%20to%20Public%20Administration.pdf

⁴³ เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล, "ทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2562. แหล่งที่มา: <http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2013/06/public-interest-theory-common-well.html>

ค. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การกำกับดูแล (economic theory of regulation)

ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การกำกับดูแลหรือทฤษฎีครอบงำ (capture) วิจารณ์การจากแนวคิดของศาสตราจารย์ George Stigler และศาสตราจารย์ Sam Peltzman ในช่วงปี ค.ศ. 1971 อันเป็นช่วงเวลาที่สหรัฐอเมริกาหันมาให้ความสนใจปัญหาการเพิ่มขึ้นของอัตราเงินเฟ้อ พร้อม ๆ กับการขาดความน่าเชื่อถือของการบริหารงานของรัฐบาลในการแทรกแซงกลไกตลาด นักวิชาการจึงได้สนับสนุนแนวคิดในการลดการแทรกแซงกลไกตลาดของรัฐโดยการลดการกำกับดูแล ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ Stigler ได้วิเคราะห์ว่านโยบายของรัฐบาลในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่ใช้แก้ไขปัญหาค่าความล้มเหลวของตลาดตามแนวคิดของสำนักคลาสสิกนั้น มักถูกผลักดันโดยกลุ่มผลประโยชน์บางกลุ่มในสังคมที่มีอิทธิพล ซึ่งกลุ่มผลประโยชน์จะต้องแข่งขันกันเองเพื่อจูงใจให้เกิดการกำกับดูแลที่ตนต้องการ โดยกลุ่มผลประโยชน์ที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดแนวทางการกำกับดูแลมักจะเป็นกลุ่มอุตสาหกรรมผู้ผลิตสินค้าหรือให้บริการและมักมีการแบ่งสรรผลประโยชน์ในระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเอง ในขณะที่กลุ่มผู้บริโภคเป็นกลุ่มที่มีจำนวนมากกว่ากลับมีอิทธิพลต่อการกำหนดแนวทางการกำกับดูแลน้อยมาก ดังนั้น ผลของการกำกับดูแลจึงมักเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการรายเดิมในตลาดเป็นส่วนใหญ่ การแทรกแซงของรัฐหรือการกำกับดูแลจึงต้องมีการวิเคราะห์ตามหลักการทางเศรษฐศาสตร์ โดยการอธิบายว่าการอธิบายว่าผู้ใดจะได้รับประโยชน์หรือภาระของการกำกับดูแล รูปแบบของการกำกับดูแลคืออะไร และผลกระทบของการกำกับดูแลที่จะเกิดขึ้น⁴⁴

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ Richard A. Posner ของสำนักชิคาโกอธิบายว่าภายใต้ตลาดที่ผูกขาดหรือในกรณีที่เกิดความล้มเหลวในการแข่งขันจะเกิดสิ่งๆ ไรจากการผูกขาด ซึ่งเป็นสิ่งที่องค์กรกำกับดูแลมีหน้าที่ต้องขจัดให้หมดไป ในทางตรงกันข้ามผู้ประกอบการภายใต้การกำกับดูแลดังกล่าวย่อมมีแรงจูงใจที่จะสร้างอิทธิพลเหนือองค์กรกำกับดูแลเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์จากกำไรหรือค่าเช่าจากการกำกับดูแล ผลที่ตามมาคือองค์กรกำกับดูแลมักจะถูกยึดหรือครอบงำจากกลุ่มผลประโยชน์ที่เป็นผู้ประกอบการภายใต้การกำกับดูแลนั่นเอง เหตุที่องค์กรกำกับดูแลถูกจับยึดได้ง่ายโดยกลุ่มผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดนั้น เนื่องจากกลุ่มผู้ประกอบการดังกล่าวมีผลได้ผลเสียโดยตรงทางธุรกิจและสามารถรวมตัวหรือบริหารจัดการได้ง่ายกว่าเพราะมีขนาดเล็กกว่า ในทางตรงกันข้ามผลได้เสียขององค์กรกำกับดูแลคือการพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะเท่านั้น จึงเป็นแรงจูงใจที่ผลักดันให้กลุ่มผู้ประกอบการทำทุกวิถีทางเพื่อสร้างอิทธิพลเหนือองค์กร

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน

กำกับดูแล ดังนั้น ผลก็คือองค์กรกำกับดูแลมักจะตัดสินใจหรือวางนโยบายในเชิงพิทักษ์ผลประโยชน์ของกลุ่มผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดมากกว่าการส่งเสริมประสิทธิภาพของตลาดหรือพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะ ตัวอย่างคือ กิจการโทรคมนาคมในสหรัฐอเมริกา กลุ่มบริษัทเบลล์เป็นผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายใหญ่ของประเทศ ซึ่งเข้าข่ายผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด แต่กฎเกณฑ์กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมกลับเข้าข้างผู้ประกอบการมากกว่าผู้ใช้บริการหรือผู้บริโภค โดยให้การยกเว้นจากความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด และยังยอมรับกฎเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดอัตราค่าบริการที่อิงหลักอัตราผลตอบแทนการลงทุน ซึ่งเท่ากับว่าองค์กรกำกับดูแลอนุญาตหรือรับรองการคืนทุน พร้อมกำไรของผู้ประกอบการและนักลงทุนไว้ด้วย

โดยสรุป รูปแบบของการกำกับดูแลในแง่มุมมองของแนวคิดนี้จึงมีลักษณะดังนี้ กลุ่มผลประโยชน์ ซึ่งมีระบบจัดการที่มีประสิทธิภาพจะได้รับประโยชน์จากการกำกับดูแลมากกว่ากลุ่มผลประโยชน์ที่มีความซับซ้อนและมีขนาดใหญ่ เช่น กลุ่มผู้บริโภค เพราะกลุ่มผู้บริโภคมีขนาดใหญ่จึงยากที่จะบริหารจัดการให้เป็นกลุ่มก้อนและอาจมีต้นทุนในการบริหารจัดการหรือรวมตัวที่สูงมาก ดังนั้น นโยบายการกำกับดูแลมักจะให้ความสำคัญกับการรักษาหรือคงไว้ซึ่งการจัดสรรค่าเช่าทางเศรษฐกิจในระหว่างกลุ่มสมาชิกในกลุ่มผลประโยชน์นั้น เมื่อการกำกับดูแลตั้งอยู่บนพื้นฐานการจัดสรรความมั่งคั่งในระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ที่มีอิทธิพลเหนือองค์กรกำกับดูแล นโยบายซึ่งลดความเหลื่อมล้ำหรือกระจายความมั่งคั่งจึงมักจะไม่ได้รับการยอมรับหรือถูกปฏิเสธ ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การกำกับดูแลจึงเสนอว่าหากการกำกับดูแลใดไม่ได้ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจอีกต่อไป ควรลดหรือกำจัดดูแลเหล่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยกเลิกข้อจำกัดหรือการกำกับดูแลจำนวนผู้ประกอบการในตลาด จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดนี้นำไปสู่แนวคิดการลดหรือผ่อนคลายการกำกับดูแล (deregulation) และบทบาทของรัฐในสมัยใหม่ควรมีลักษณะเป็นการควบคุมโดยรัฐในทำนองเดียวกันกับมือที่มองไม่เห็น (invisible hand of regulators)⁴⁵

ง. ทฤษฎีการบริหารงานของรัฐ (public administration theory)

ทฤษฎีการบริหารงานของรัฐกลับมองว่า การที่รัฐเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการของภาคเอกชนก็เพราะว่า รัฐต้องเข้าไปกำกับดูแลเพื่อแก้ไขปัญหาทางสังคมหรือให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐ การกำกับดูแลยังทำให้การบริหารงานและการปฏิบัติงานของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากขึ้น โดยทั่วไป รัฐจะเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการของเอกชนเพื่อทำให้การบริหารจัดการของรัฐดีขึ้น หรือทำให้การกำกับดูแลของรัฐมีความยืดหยุ่นมากขึ้น

⁴⁵ Paul Cook *et al.*, *Leading Issues in Competition, Regulation and Development* (Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2005), p.4.

โดยรัฐบาลในหลาย ๆ ประเทศได้มีความพยายามที่จะปรับปรุงความมีประสิทธิภาพ ประสิทธิภาพ และ ความโปร่งใสของกฎเกณฑ์กำกับดูแลต่าง ๆ ที่ใช้ในการกำกับดูแลในฐานะที่เป็นเครื่องมือหลักของ รัฐบาลสิ่งหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ เพื่อธำรงไว้และก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดต่อสาธารณชนในประเทศ

จากผลดังกล่าวรัฐอันเป็นผู้ที่มีหน้าที่วางนโยบาย (policy-making) ออกกฎเกณฑ์ (rule-making) ดำเนินการตามกฎเกณฑ์ (implementing) และบังคับใช้กฎเกณฑ์ (enforcing) ควรจะคำนึงถึงปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ สังคม เศรษฐกิจ เทคโนโลยีและการเมืองที่ เกิดจากตัวแปรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง หากกล่าวอีกนัยหนึ่งในการออก การบริหารและการบังคับใช้ กฎเกณฑ์นั้น รัฐควรต้องมีความเข้าใจลักษณะของกลุ่มที่เป็นเป้าหมายของการกำกับดูแล เนื้อหาและ ความจำเป็นของการกำกับดูแล และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการควบคุมกำกับดูแลต่าง ๆ รวมทั้งลักษณะและสภาพของเครื่องมือในเชิงนโยบายหลาย ๆ ประเภทที่แตกต่างกันเพื่อที่จะได้ สามารถจัดหาเครื่องมือที่ถูกต้องและเหมาะสมมาใช้ในการบรรลุเป้าหมายของการควบคุมกำกับดูแล ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ซึ่งจากเหตุผลนี้เองจึงได้นำไปสู่แนวความคิดในเรื่องการ ปฏิรูปและบริหารกฎเกณฑ์ในการควบคุมกำกับดูแล ตัวอย่างเช่น ในสหรัฐอเมริกาในยุคเริ่มแรกของการ พัฒนาการโทรคมนาคม รัฐบาลมีนโยบายที่ต้องการให้เครื่องใช้โทรศัพท์เป็นเครื่องใช้ประจำบ้าน รัฐจึงพยายามเข้าไปแทรกแซงการกำหนดทิศทางและลักษณะการให้บริการโทรคมนาคม เช่น การ ให้บริการราคาพิเศษแก่กลุ่มคนที่อยู่ห่างไกล การอุดหนุนข้ามภาค หรือการปรับเปลี่ยนรูปแบบหรือ เงื่อนไขการกำกับดูแลที่ผิดพลาด ล้าสมัย หรือเข้มงวดเกินไป ทฤษฎีนี้สนับสนุนแนวความคิดเรื่องการ ลดหรือผ่อนคลายการกำกับดูแล และการปฏิรูปการกำกับดูแล ซึ่งมักใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิรูป อุตสาหกรรมประการหนึ่ง

ปัจจุบันนี้กลุ่มประเทศ OECD และสหรัฐอเมริกาได้นำแนวทางข้างต้น มาใช้ในทางปฏิบัติอย่างกว้างขวาง อย่างเช่น การใช้แนวความคิดในรูปแบบของ “การวิเคราะห์ ผลกระทบของกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมกำกับดูแล” (Regulatory Impact Analysis หรือ RIA) โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้มีการนำแนวความคิดทางการกำกับดูแล เศรษฐศาสตร์มาประยุกต์ใช้ด้วย และได้มีการวิเคราะห์ภาระที่เกิดจากกฎเกณฑ์และการกำกับดูแล และผลประโยชน์ที่ได้รับจากกฎเกณฑ์หรือการกำกับดูแลนั้น แล้วนำมาเปรียบเทียบกันเพื่อพิจารณา ดูว่าการกำกับดูแลนั้นมีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ กล่าวคือหากต้นทุนหรือภาระนั้นสูงกว่าผลประโยชน์ ที่ได้รับจากการกำกับดูแล ก็จำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนไม่ว่าจะโดยแก้ไขกฎเกณฑ์หรือวิธีการที่ใช้ใน

การกำกับดูแลเหล่านั้นเสียใหม่ รวมทั้งยังมีการพิจารณาหาแนวทางหรือทางเลือกใหม่ที่จะนำมาประยุกต์ใช้จัดการหรือแก้ไขปัญหาเหล่านั้นแทนแนวทางที่มีอยู่เดิม⁴⁶

นอกจากสี่ทฤษฎีพื้นฐานที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีทฤษฎีอื่นอีกที่พยายามอธิบายการเข้าแทรกแซงของรัฐ เช่น ทฤษฎีสถาบัน (institutional theory) ที่ให้ความสำคัญกับสถาบันที่ทำหน้าที่กำกับดูแลและความสัมพันธ์กับผู้เกี่ยวข้องอื่นในตลาดและสังคม โดยมีการเพิ่มมุมมองทางด้านสังคมวิทยาเข้ามาเป็นปัจจัยในการวิเคราะห์ด้วย หรือทฤษฎีเศรษฐศาสตร์-รัฐศาสตร์ (political-economic theory) ที่ให้ความสำคัญกับปัจจัยและมิติทางสังคมและการเมืองมากกว่ากรอบแนวคิดพื้นฐานหรือปัจจัยทางเศรษฐศาสตร์บนพื้นฐานของนักเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก

2.1.2.2 เหตุผลและความจำเป็นในการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐ

ในระบบตลาดที่สมบูรณ์แบบนั้น เมื่อกำหนดให้บุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแล้ว การจัดสรรทรัพยากรและผลิตผลของสังคมย่อมเป็นไปตามเจตจำนงที่เป็นอิสระของสมาชิกในสังคมนั้น การจัดสรรทรัพยากรและผลิตผลระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภคในสังคมจะอยู่ในลักษณะที่มีประสิทธิภาพ และเป็นไปตามความต้องการของผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่การที่ผู้ผลิตสามารถแสวงหากำไรมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่ไม่สามารถขูดรีดเอาเปรียบผู้บริโภคได้ กล่าวคือ ไม่สามารถผลิตสินค้าด้วยคุณภาพ หรือค่ากำไรเกินควรด้วยการตั้งราคาสินค้าในระดับสูงได้ ทั้งนี้ เพราะผู้บริโภคไม่จำเป็นจะต้องซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตรายดังกล่าว แต่สามารถหันไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตที่เป็นคู่แข่งที่มีสินค้าหรือบริการซึ่งมีคุณภาพสูงกว่า หรือขายในราคาที่ต่ำกว่าได้ สินค้าหรือบริการใดที่ไม่มีผู้บริโภคนิยมอยากซื้อ ก็จะทำให้ผู้ผลิตมีกำไรน้อยลงหรือประสบภาวะขาดทุน และเลิกผลิตสินค้าหรือบริการนั้นในที่สุด⁴⁷

กลไกตลาดซึ่งเป็นหัวใจของระบบตลาดนั้นจะสามารถปฏิบัติงานอย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้บรรลุถึงสภาวะดังกล่าวในตลาดได้ก็ต่อเมื่อมีลักษณะดังต่อไปนี้⁴⁸

ก. ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นเป็นตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ (perfect competition) กล่าวคือ ไม่มีผู้ผลิตคนไหนคนเดียวมีอำนาจควบคุมการกำหนดราคาที่เขา

⁴⁶ เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล, "ทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2562. แหล่งที่มา: <http://chalermchai-nbct.blogspot.com/2013/06/public-interest-theory-common-well.html>

⁴⁷ ไกรยุทธ ธีรตยาคินันท์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐ (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2525), หน้า 8 - 9.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14 - 16.

ต้องการซื้อหรือขายได้ ผู้ผลิตและผู้บริโภคจะต้องอยู่ในสภาพที่ซื้อหรือขายสินค้าหรือบริการนั้นใน ระดับราคาที่ถูุกกำหนดโดยอิทธิพลของระดับอุปสงค์และอุปทานในตลาด

ข. ผู้บริโภคและผู้ผลิตมีความรู้ที่สมบูรณ์เกี่ยวกับภาวะของตลาดและสินค้า กล่าวคือ หากเกิดการเปลี่ยนแปลงของภาวะตลาด ซึ่งทำให้ระดับราคาซื้อขายผันแปรไปจากเดิม การเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้นจะต้องเป็นที่ทราบกันดีในหมู่ของผู้เกี่ยวข้องทุก ๆ ฝ่าย เพื่อให้เกิดการปรับตัว ให้เข้ากับสถานการณ์ใหม่ ๆ นั้น และนำไปสู่การผลิตสินค้าและการจัดสรรผลิตผลที่มีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับความต้องการที่มาในรูปแบบใหม่ของสังคม

ค. ผู้ผลิตและผู้บริโภคสามารถเคลื่อนย้ายและปรับตัวได้อย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ ในสังคมที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนี้ สมาชิกทุกคนจะต้องพร้อมที่จะเปลี่ยนแปลง รูปแบบการใช้จ่ายและการแสวงหารายได้เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงของระดับค่าตอบแทน เช่น เมื่อ ความต้องการของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไป ผู้ผลิตต้องสามารถปรับระดับการผลิตและชนิดของสินค้าที่ผลิต ให้สอดคล้องกับการแสดงออกของผู้บริโภคได้ เป็นต้น

ง. ต้นทุนการผลิตสินค้าต่อหน่วยไม่มีประเภทที่ลดลงเมื่อผลิตสินค้านั้นใน จำนวนที่มากขึ้น กล่าวคือ การที่ต้นทุนต่อหน่วยเพิ่มขึ้นหรือคงที่เมื่อผลิตสินค้ามากขึ้น จะเอื้ออำนวย ให้การแข่งขันในตลาดเกิดขึ้นได้ แต่ในทางตรงกันข้าม หากต้นทุนการผลิตสินค้าต่อหน่วยลดลงเมื่อ ผลิตสินค้าในจำนวนสูงขึ้น อาจทำให้เกิดสถานการณ์ที่ผู้ผลิตรายใหม่ ๆ ไม่สามารถผลิตสินค้าชนิด เดียวกันนี้ได้ในระดับต้นทุนต่อหน่วยที่เท่ากับผู้ผลิตรายแรก ทำให้ตลาดสินค้าดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะ มีผู้ผลิตรายเดียว เพราะผู้ผลิตรายใหม่ ๆ จะประสบความขาดทุนเมื่อผลิตสินค้าดังกล่าวออกมาขาย แข่งกับผู้ผลิตรายแรก นำไปสู่การล้มเลิกกิจการในที่สุด ทำให้ผู้ผลิตรายแรกไม่มีคู่แข่งในตลาด และสามารถควบคุมหรือกำหนดระดับราคาของสินค้าที่ผลิตได้ในที่สุดในฐานะเป็นผู้ผูกขาด

จ. ผู้ซื้อ ผู้ว่าจ้าง หรือเจ้าของสินค้าและบริการเท่านั้นที่จะได้รับประโยชน์ จากสินค้าและบริการนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผลประโยชน์นั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเฉพาะตัวสำหรับผู้ซื้อ หรือผู้เป็นเจ้าของเท่านั้น เช่น เสื้อที่ผู้บริโภคซื้อมาสวมใส่ ก็ให้ประโยชน์แก่ผู้สวมใส่เท่านั้น ในกรณีนี้ ผู้บริโภคจะแสดงความต้องการในสิ่งนั้นหรือไม่ก็โดยอาศัยการเปรียบเทียบผลประโยชน์ที่เขาได้รับ จากสิ่งนั้นกับราคาที่เขาคงจ่าย ในทำนองเดียวกัน ต้นทุนการผลิตที่เกิดขึ้นในกระบวนการผลิตก็เป็น สิ่งที่เกิดขึ้นเฉพาะตัวผู้ผลิตเท่านั้น ถ้าเป็นไปตามลักษณะนี้ได้ การจัดสรรทรัพยากรในสังคมก็จะ สอดคล้องกับระดับผลประโยชน์และต้นทุนของทุก ๆ ฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยไม่มีการมองข้าม ผลประโยชน์บางส่วนหรือต้นทุนบางประเภท

เมื่อพิจารณาจากลักษณะที่ต้องเกิดขึ้นสำหรับระบบตลาดที่สมบูรณ์แบบแล้ว ย่อมเป็นที่ตระหนักกันดีว่า ระบบตลาดแบบสมบูรณ์นี้เป็นไปไม่ได้ในชีวิตจริง ตรงกันข้ามกับระบบตลาดที่ปรากฏอยู่ในชีวิตจริงซึ่งล้วนเป็นระบบตลาดที่ไม่สมบูรณ์ มีปรากฏการณ์ของการค้าผูกขาด ไม่มีการแข่งขันระหว่างผู้ผลิต ต้นทุนการผลิตสินค้าและบริการบางชนิดก็ลดลงเรื่อย ๆ เมื่อขยายปริมาณการผลิตในจำนวนที่มากขึ้น สินค้าและบริการจำนวนมากมีคุณสมบัติอันก่อให้เกิดผลภายนอก (externalities) ทั้งในด้านบวกและด้านลบ ซึ่งความไม่สมบูรณ์ต่าง ๆ ที่ปรากฏในระบบตลาดนี้ นิยมเรียกกันอย่างกว้าง ๆ ว่าความล้มเหลวของตลาด (market failures) อันอาจก่อให้เกิดผลกระทบอันนำไปสู่ความจำเป็นที่รัฐบาลต้องเข้ามาแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจ⁴⁹ โดยที่ผลกระทบที่เกิดจากความล้มเหลวของตลาด ได้แก่ ทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่สมบูรณ์ เกิดการขาดความเสถียรของตลาด สินค้าหรือบริการบางชนิดหายไปจากตลาด และเกิดผลที่ไม่ต้องการในตลาด ซึ่งหมายถึงพฤติกรรมใด ๆ ที่แปลกไปจากการทำนายด้วยแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์⁵⁰

2.1.2.3 ความล้มเหลวของกลไกตลาด

ความล้มเหลวของตลาด หรือก็คือความล้มเหลวของกลไกตลาด อันเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้ระบบเศรษฐกิจไม่สามารถจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพได้ อาจเกิดขึ้นจากสาเหตุเบื้องต้น 7 ประการ⁵¹ กล่าวคือ

ก. ความเป็นธรรมในสังคม ซึ่งอาจไม่ใช่ความล้มเหลวของกลไกตลาดโดยตรง แต่เป็นปัญหาที่กลไกตลาดอาจไม่สามารถแก้ไขได้ เนื่องจากการจัดสรรทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจให้มีประสิทธิภาพสูงสุดโดยกลไกราคานั้น มิได้มีสิ่งใดรับรองว่าการจัดสรรทรัพยากรเช่นนั้นจะมีความยุติธรรม เพราะประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรนั้นอาจเกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งได้รับสินค้าหรือบริการมากกว่าอีกคนหนึ่ง ซึ่งแม้จะมีประสิทธิภาพ แต่ไม่มีความเป็นธรรม

ข. สินค้าสาธารณะ กล่าวคือ สินค้าหรือบริการบางประเภท เช่น การป้องกันประเทศ ซึ่งเป็นสินค้าที่ไม่สามารถกีดกันการบริโภคได้ และเป็นสินค้าที่ไม่เป็นปรปักษ์ต่อการบริโภค หรือเป็นสินค้าที่สามารถบริโภคพร้อมกันได้ โดยไม่ได้ทำให้การบริโภคของผู้บริโภคคนอื่น ๆ ลดน้อยลง จึงไม่มีเอกชนใดต้องการผลิต หรืออาจไม่สามารถผลิตให้เพียงพอต่อความต้องการของสังคม

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16 - 17.

⁵⁰ ธรรมนิติ์ สุ่มันตกุล, "กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : การออกกฎและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 ตุลาคม 2562. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=233>

⁵¹ ชัยรัตน์ เอี่ยมกุลวัฒน์, เศรษฐศาสตร์ภาครัฐ : ทฤษฎีและแนวคิดเชิงนโยบาย, หน้า 29 - 34.

ได้ เพราะผู้ผลิตไม่สามารถรู้ว่าผู้ใดต้องการเท่าไร และจะคิดราคาที่จะเก็บจากผู้บริโภคอย่างไร ทำให้ราคาสินค้าสาธารณะไม่สามารถกำหนดได้โดยกลไกตลาด

ค. ปัญหาผลกระทบต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ สินค้าบางประเภทที่ราคาถูกกำหนดโดยกลไกราคานั้น ต่ำกว่าหรือสูงเกินกว่าต้นทุนของสังคม เพราะการผลิตสินค้าจำพวกนี้ออกมาแล้วมีผลกระทบต่อบุคคลอื่น เช่น โรงงานที่ผลิตสินค้าที่ปล่อยน้ำเสียลงในแม่น้ำลำคลอง แต่ขายสินค้าในราคาที่สะท้อนเฉพาะต้นทุนของผู้ผลิตเท่านั้น ราคาที่ขายไปจึงไม่รวมค่าเสียหายต่อชุมชนในทางกลับกัน มหาวิทยาลัยเอกชนที่ผลิตบัณฑิตศึกษาออกมาเป็นบุคลากรที่มีคุณภาพในสังคม สามารถสร้างงานและคุณประโยชน์ให้ประเทศชาติมหาศาล อันก่อให้เกิดผลกระทบในทางบวกนอกเหนือจากการกินดีอยู่ดีขึ้นของตัวเอง ซึ่งในกรณีนี้ ราคาค่าเล่าเรียนที่กำหนดโดยกลไกราคานั้นสูงเกินไป อันเป็นสิ่งที่กลไกราคาไม่สามารถจัดการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

ง. ข้อมูลนั้นหายาก กล่าวคือ ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์นั้น มีข้อสมมติว่าข้อมูลทุกอย่างนั้นมีครบถ้วนและเปิดเผยอย่างโปร่งใส และราคาทั้งหมดในตลาดนั้น ผู้บริโภคผู้แจ้งหมดโดยไม่ต้องเสียเวลาในการหาข้อมูล แต่ในความเป็นจริง ข้อมูลที่มาประกอบการตัดสินใจของผู้บริโภคและผู้ผลิตนั้นอาจไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ เช่น การพิจารณาซื้อรถเก๋งสักคัน ผู้บริโภคไม่สามารถมั่นใจเต็มร้อยว่ารถยนต์เก๋งคันนั้นมีเครื่องยนต์ที่ดี ไม่เคยผ่านการจมน้ำหรือพลิกคว่ำมาก่อน ซึ่งกลไกราคาไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าหรือบริการที่มีประสิทธิภาพในกรณีดังกล่าวนี้ได้

จ. การไร้ตลาดของสินค้าบางชนิด กล่าวคือ กลไกราคาจะสามารถจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพได้ ประเทศนั้นจะต้องมีตลาดให้กับสินค้าทุกอย่าง แต่บางครั้งภาคเอกชนไม่สามารถผลิตสินค้าหรือให้บริการได้ เช่น ตลาดสินค้ามลพิษ การประกันผู้ทำงานในกรณีว่างงาน หรือการประกันเงินฝากของผู้ฝากเงินในสถาบันการเงิน ซึ่งเอกชนไม่คุ้มทุนที่จะผลิตบริการต่าง ๆ เหล่านี้ ทำให้กลไกราคาไม่สามารถจัดให้มีการผลิตสินค้าหรือบริการเหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ฉ. การผูกขาด กล่าวคือ เมื่อผู้ผลิตมีอำนาจผูกขาดในตลาด ราคาสินค้าที่มีการผูกขาดนั้นจะไม่สะท้อนต้นทุนหน่วยสุดท้าย (marginal cost) ที่แท้จริงของผู้ขาย เพราะจะถูกกำหนดให้สูงกว่าต้นทุนหน่วยสุดท้าย ทำให้ผู้ผลิตมีกำไรมากกว่าปกติ (excessive profit) อันเป็นกรณีที่กลไกราคาไม่สามารถจัดการกับราคาและปริมาณของสินค้าหรือบริการนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้ที่มีอำนาจในตลาดรายหนึ่งในตลาดควบคุมราคาและปริมาณของสินค้าหรือบริการนั้นอยู่

ข. การไม่มีเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ เช่น การว่างงาน อัตราเงินเฟ้อสูง ความตกต่ำทางเศรษฐกิจ อาจเป็นสัญญาณว่า กลไกราคานั้นล้มเหลวที่ไม่สามารถทำให้เกิดการจ้างงานอย่างเต็มที่ ไม่สามารถควบคุมเงินเฟ้อให้อยู่ในอัตราที่เหมาะสม ซึ่งอาจไม่ใช่ปัญหาที่เกิดจากความล้มเหลวของกลไกราคาโดยตรง แต่เป็นอีกปัญหาหนึ่งที่กลไกราคาไม่สามารถแก้ไขปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ได้

2.1.2.4 รูปแบบการแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐ

การเข้าแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐนั้น อาจกระทำได้ใน 2 รูปแบบใหญ่ ๆ ด้วยกัน⁵² ได้แก่

ก. รัฐเข้าดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วยตนเอง โดยใช้วิธีโอนกิจการเป็นของรัฐ หรือการที่รัฐจัดตั้งบริษัทใดบริษัทหนึ่งขึ้นมาเพื่อประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกันที่เอกชนดำเนินการ เรียกว่า รัฐวิสาหกิจ

ข. รัฐไม่เข้าดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วยตนเอง แต่ใช้วิธีการวางแผนเศรษฐกิจซึ่งมักปรากฏอยู่ในรูปของแผนพัฒนาเศรษฐกิจ หรือใช้วิธีการให้ความสนับสนุนแก่การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน โดยรัฐอาจออกกฎหมายให้การสนับสนุนแก่การประกอบธุรกิจบางประเภทของเอกชน โดยการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่เอื้อประโยชน์แก่การประกอบธุรกิจดังกล่าว นอกจากนี้ รัฐยังอาจใช้วิธีการควบคุมกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ การกำหนดกรอบหรือหลักเกณฑ์ในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางประการ เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบอาชีพบางประเภท การห้ามประกอบธุรกิจบางประเภท และการออกคำสั่งอนุญาตหรืออนุมัติให้สามารถกระทำการใดได้ เป็นต้น

2.2 ความสัมพันธ์ของการรวมธุรกิจกับการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

การรวมธุรกิจเป็นหนึ่งในพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่ปรากฏขึ้นบ่อยครั้งทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย ไม่ว่าจะในช่วงเวลาที่สภาวะทางเศรษฐกิจเติบโตเป็นอย่างดี หรือในช่วงเวลาที่เกิดวิกฤติจากเศรษฐกิจ หากในช่วงใดไม่มีการรวมธุรกิจเกิดขึ้น อาจเป็นสัญญาณอย่างหนึ่ง que แสดงให้เห็นว่าเศรษฐกิจในขณะนั้นอยู่ในภาวะชะงักงัน ซึ่งจะส่งผลต่อเศรษฐกิจทั้งในระดับประเทศ และระดับโลกอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้⁵³ จึงกล่าวได้ว่า การรวมธุรกิจเป็นพฤติกรรมการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่ง

⁵² ดวงเดือน สุเทพพร, "การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจในขอบเขตของกฎหมายมหาชน" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 34 - 38.

⁵³ กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, ผู้เฝ้าระวังการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557), หน้า 1 - 3.

พบได้ตลอดเวลาในระบบเศรษฐกิจ ดังนั้น การรวมธุรกิจจึงอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจได้ โดยเฉพาะในแง่ของผลกระทบต่อการแข่งขัน ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม โดยจะทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด⁵⁴ ในวันนี้จึงทำการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการรวมธุรกิจกับการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ซึ่งจะนำไปสู่เหตุผลและความจำเป็นที่ทำให้รัฐต้องเข้าแทรกแซงพฤติกรรมกรรมการรวมธุรกิจในท้ายที่สุด

การศึกษาความสัมพันธ์ของการรวมธุรกิจกับการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมนี้ เริ่มต้นจากการศึกษามูลเหตุจูงใจในการรวมธุรกิจ ผลกระทบทั้งในแง่ดีและแง่ลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ สาเหตุและลักษณะของผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแต่ละรูปแบบ และการเข้าแทรกแซงการรวมธุรกิจโดยรัฐ

2.2.1 มูลเหตุจูงใจในการรวมธุรกิจ

ในปัจจุบัน ผู้ประกอบธุรกิจทั้งในประเทศไทย และในต่างประเทศ ต่างนิยมขยายกิจการโดยการเข้าร่วมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น (external growth) มากกว่าที่จะปล่อยให้กิจการค่อย ๆ เจริญเติบโตจากธุรกิจภายในของผู้ประกอบธุรกิจเอง (internal growth)⁵⁵ ซึ่งมูลเหตุจูงใจที่มักจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนิยมขยายกิจการโดยการรวมธุรกิจมากกว่า พอสรุปได้ดังต่อไปนี้

2.2.1.1 การเพิ่มประสิทธิภาพของกิจการ

เมื่อผู้ประกอบธุรกิจหลายรายเข้าร่วมกัน จะทำให้ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นดีขึ้น และเมื่อตลาดทราบว่าคุณสมบัติการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจจะดีขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ ตลาดก็จะสะท้อนไปยังมูลค่าหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจที่เพิ่มสูงขึ้น เป็นผลให้เกิดอัตราผลตอบแทนเกินปกติกับผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าทำการรวมธุรกิจกัน ซึ่งการพัฒนาประสิทธิภาพในการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจภายหลังจากการรวมธุรกิจอาจเกิดจากหลายสาเหตุ⁵⁶ ได้แก่

ก. การที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าร่วมธุรกิจได้ถ่ายทอดเทคโนโลยีในการบริหารงานที่ดีไปให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกรวมธุรกิจ (differential managerial efficiency) เพราะตามปกติแล้ว ระดับความสามารถในการบริหารงานของผู้บริหารในแต่ละกิจการอาจแตกต่างกันออกไป ซึ่งผู้บริหารเหล่านั้นสามารถใช้เทคโนโลยีการบริหารงานเพื่อบริหารกิจการหลายกิจการได้ใน

⁵⁴ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง*, หน้า 40.

⁵⁵ กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, *รู้เพื่อการควบคุมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย*, หน้า 9 - 10.

⁵⁶ อัญญา ชันฉวีทรัพย์, *การควบกิจการและการครอบงำกิจการ* (กรุงเทพมหานคร: คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 46.

เวลาเดียวกัน ดังนั้น เมื่อผู้บริหารของกิจการหนึ่งสามารถบริหารงานได้มีประสิทธิภาพดีกว่า และยังสามารถบริหารหลายกิจการได้ในเวลาเดียวกัน ผู้บริหารของกิจการหนึ่งจึงอาจเข้าร่วมธุรกิจของอีกกิจการหนึ่ง และถ่ายทอดเทคโนโลยีการบริหารงานที่มีประสิทธิภาพนี้ให้แก่ผู้ถูกรวมธุรกิจ ซึ่งทำให้การดำเนินงานของผู้ถูกรวมธุรกิจดีขึ้น ในขณะที่ประสิทธิภาพของผู้เข้าร่วมธุรกิจก็ไม่ได้ลดลง จึงจูงใจให้เกิดการรวมธุรกิจขึ้นเพราะทำให้ผลการดำเนินงานรวมของทั้งสองกิจการจะดีขึ้น เนื่องจากกิจการทั้งสองสามารถใช้กลุ่มผู้บริหารที่มีความสามารถร่วมกันได้ (managerial synergy)

ข. การรวมธุรกิจนั้นได้เปลี่ยนแทนผู้บริหารที่ไม่มีประสิทธิภาพ อันเป็นการปรับปรุงโครงสร้างของกิจการ (inefficient management) ซึ่งอาจเกิดจากการที่ผู้บริหารของกิจการที่ถูกรวมธุรกิจไม่ได้ใช้ความสามารถของตนในการบริหารอย่างเต็มกำลัง หรือไม่ได้บริหารงานโดยเห็นประโยชน์ของกิจการเป็นที่ตั้ง ในกรณีนี้ กิจการที่มีผู้บริหารที่ดี ก็อาจเข้าร่วมธุรกิจโดยการครอบงำกิจการอื่น ซึ่งอาจทำให้ผลการดำเนินงานของกิจการภายหลังการถูกครอบงำดีขึ้น

ค. การรวมธุรกิจอาจทำให้ต้นทุนของการดำเนินงานลดลง (operating synergy) เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นทำให้กิจการที่เข้าร่วมกันมีขนาดใหญ่ขึ้น ซึ่งนำไปสู่การลดลงของต้นทุนหรือความซับซ้อนในการดำเนินงาน หรือเรียกว่าเกิดการประหยัดจากขนาด (economies of scale)⁵⁷ ทั้งในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมตัวกันประกอบธุรกิจอย่างเดียวกัน (horizontal integration) ซึ่งสามารถใช้กำลังการผลิตร่วมกัน และกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมตัวกันประกอบธุรกิจในแนวตั้ง (vertical integration)

ง. การรวมธุรกิจอาจทำให้การกระจายธุรกรรมของกิจการดีขึ้น (pure diversification) ซึ่งการกระจายธุรกิจจะช่วยให้การดำเนินงานของกิจการมีประสิทธิภาพดีขึ้นทั้งทางตรงและทางอ้อม ทั้งนี้ เนื่องจากกิจการที่มีธุรกรรมกระจายตัวออกไปหลายประเภทจะได้รับผลกระทบน้อยกว่าในกรณีที่ธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งชะลอตัว กิจการก็ยังมีกระแสเงินจากธุรกิจประเภทอื่นมาค้ำจุนธุรกิจหมวดที่ตกต่ำ และยังส่งผลทางอ้อมเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่พนักงานของกิจการ ทำให้ขวัญและกำลังใจในการทำงานของพนักงานดียิ่งขึ้น นอกจากนี้ การกระจายตัวของกิจการออกไปในธุรกิจประเภทต่าง ๆ ยังอาจช่วยให้การเจริญเติบโตของกิจการเป็นไปได้เป็นอย่างดี

จ. การรวมธุรกิจอาจทำให้เกิดผลดีทางด้านการบริหารการเงินของกิจการ (financial synergy) กล่าวคือ การที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าร่วมธุรกิจกัน ทำให้กิจการมีทุนมากยิ่งขึ้น

⁵⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.700; กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, รัฐเพื่อการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, หน้า 10.

และสามารถบริหารจัดการเงินทุนนั้นไปตามสภาพธุรกิจของแต่ละกิจการได้อย่างดียิ่งขึ้น นอกจากนี้ การรวมธุรกิจยังเป็นการช่วยลดความเสี่ยงจากการดำเนินงาน การมีกิจการหลายประเภททำให้สามารถนำเงินจากกิจการประเภทหนึ่งมาช่วยประคับประคองกิจการอีกประเภทหนึ่งให้รอดพ้นจากช่วงที่ธุรกิจนั้นตกต่ำลงได้

ฉ. การรวมธุรกิจเป็นหนึ่งในรูปแบบของการปรับกลยุทธ์ให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของการบริหารงานของกิจการได้ (strategic management)

ช. การรวมธุรกิจอาจทำให้เกิดการปรับปรุงประสิทธิภาพการทำงาน เพื่อลดปัญหากิจการมีมูลค่าต่ำกว่าระดับที่ควรจะเป็นจริง (undervaluation) โดยที่การรวมธุรกิจที่ส่งผลให้ประสิทธิภาพในการบริหารงานของกิจการดีขึ้น จะทำให้มูลค่าหุ้นของกิจการมีราคาสูงขึ้น เป็นการแก้ปัญหามูลค่าหุ้นต่ำกว่าระดับที่ควรจะเป็น

2.2.1.2 ข้อมูลที่ไม่เท่าเทียมกันและการส่งสัญญาณ

ข้อมูลที่ไม่เท่าเทียมกัน (asymmetric information) ได้แก่กรณีที่ผู้ประกอบการในตลาดนั้นมีข้อมูลไม่เท่ากัน ทำให้มูลค่าของกิจการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งประเมินอาจจะสูงหรือต่ำกว่ามูลค่าที่ผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งประเมินก็ได้ ดังนั้น จึงเป็นเหตุจูงใจให้ผู้ประกอบการที่เห็นว่ากิจการนั้นมีมูลค่าสูงกว่าที่ปรากฏอยู่ในตลาด เข้าร่วมธุรกิจและเผยความจริงให้ตลาดทราบว่ากิจการที่ถูกรวมธุรกิจนั้นเป็นกิจการที่ดี แต่มีมูลค่าต่ำกว่าความเป็นจริง จนทำให้กิจการนั้นมีมูลค่าสูงขึ้นในที่สุด

การส่งสัญญาณ (signaling) ซึ่งเป็นผลต่อเนื่องมาจากการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดนั้นมีข้อมูลที่ไม่เท่ากัน การรวมธุรกิจจึงอาจเป็นการส่งสัญญาณประเภทหนึ่งให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ทราบว่ากิจการที่ถูกรวมธุรกิจนั้นเป็นกิจการที่ดี แต่ตลาดให้มูลค่าต่ำเกินไป เป็นต้น⁵⁸

2.2.1.3 การแก้ปัญหาที่เกิดจากการที่ผู้บริหารไม่ได้เป็นเจ้าของกิจการ

การที่กิจการนั้นจ้างผู้บริหารมืออาชีพดำเนินงานอาจก่อให้เกิดปัญหาแก่กิจการได้ เช่น ผู้บริหารอาจไม่ตั้งใจบริหารงาน หรือใช้จ่ายจนเกินความจำเป็น ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่เจ้าของกิจการเป็นผู้บริหารเอง ก็จะตั้งใจบริหารงานให้ดีที่สุด และมีความระมัดระวังใต้อรรถระบอบก่อนใช้จ่าย เพราะผลกำไรของกิจการจะตกเป็นของผู้บริหารทั้งหมด อีกทั้งการที่กิจการจ้าง

⁵⁸ อัญญา ชันธวิทย์, การควบกิจการและการครอบงำกิจการ, หน้า 56 - 59.

ผู้บริหารมืออาชีพ จะนำไปสู่ปัญหาตัวแทนได้ (agency problems) คือ การใช้สวัสดิการของตำแหน่งผู้บริหารเกินความจำเป็นจนเกิดเป็นค่าใช้จ่ายแก่กิจการจำนวนมาก ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว กิจการไม่สามารถเปลี่ยนแทนผู้บริหารที่ไม่มีประสิทธิภาพได้เอง ทำให้มูลค่าหุ้นของกิจการนั้นปรับตัวลงเรื่อย ๆ

การรวมธุรกิจจึงอาจเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นอย่างหนึ่ง เพราะเมื่อตลาดทราบว่าจะมีการรวมธุรกิจในกิจการดังกล่าว ซึ่งจะนำไปสู่การปรับปรุงคุณภาพของผู้บริหารในภายหลัง ตลาดก็จะปรับมูลค่าหุ้นให้สูงขึ้นจนทำให้เกิดอัตราผลตอบแทนเกินปกติของหุ้นของกิจการ⁵⁹

2.2.1.4 การจ่ายเงินสดส่วนเกินคืนให้แก่เจ้าของกิจการ

โดยปกติ ผู้บริหารควรจ่ายเงินสดส่วนเกินคืนให้แก่เจ้าของและเจ้าหน้าที่ของกิจการหากไม่สามารถจัดหาโครงการลงทุนที่เพิ่มมูลค่าของกิจการได้ แต่หากผู้บริหารจ่ายเงินสดส่วนเกินนี้ออกไป จะทำให้อำนาจการควบคุมของผู้บริหารลดลงตามไปด้วย และการจ่ายเงินสดส่วนเกินออกไปยังทำให้การดำเนินงานของผู้บริหารไม่คล่องตัว เพราะต้องหาเงินทุนจากตลาดบ่อยครั้งขึ้น ดังนั้น การรวมธุรกิจโดยการก่อหนี้เพื่อระดมทุน (leveraged buyout) จึงอาจเป็นหนทางหนึ่งที่จะเพิ่มหนี้แก่กิจการ ทำให้ผู้บริหารจ่ายเงินสดส่วนเกินออกได้⁶⁰

2.2.1.5 การเพิ่มอำนาจการต่อรองด้านการค้า

การรวมธุรกิจทำให้กิจการมีขนาดใหญ่ขึ้น ในขณะที่กำลังการผลิตของอุตสาหกรรมนั้น ๆ ยังคงเดิม ส่วนแบ่งตลาดของกิจการภายหลังจากการรวมธุรกิจจะเพิ่มสูงขึ้นมากเมื่อเทียบกับกิจการอื่น ๆ ในตลาดเดียวกัน แต่การแข่งขันในตลาดดังกล่าวจะลดน้อยลง จนอาจทำให้กิจการนั้นมีขนาดใหญ่พอที่จะมีอำนาจต่อรองในการกำหนดราคาของสินค้าหรือวัตถุดิบเพื่อการผลิตนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของกำไรจากกิจการนั้น⁶¹ และสะท้อนไปยังมูลค่าหุ้นที่สูงขึ้น⁶²

2.2.1.6 ผลประโยชน์ในด้านภาษี

ผลประโยชน์ทางภาษีอาจเป็นมูลเหตุจูงใจอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจทำการรวมธุรกิจกัน กล่าวคือ ผู้ประกอบการธุรกิจอาจนำผลขาดทุนสะสมของกิจการที่เข้าร่วมกันนั้นมา

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59 - 60.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61 - 62.

⁶¹ กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, ผู้ประกอบการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, หน้า 11.

⁶² อัญญา ชันธวิทย์, การควบกิจการและการควบกำไรกิจการ, หน้า 62 - 63.

ใช้ประโยชน์ได้⁶³ หรืออาจทำให้กำไรสุทธิของกิจการที่ต้องนำไปคำนวณเพื่อเสียภาษีนี้นดลดน้อยลง นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าร่วมธุรกิจยังอาจได้รับสิทธิพิเศษทางด้านภาษีเนื่องจากเป็นกิจการที่ได้รับการส่งเสริมจากรัฐ⁶⁴

2.2.1.7 การได้มาซึ่งเทคโนโลยีและทรัพย์สินทางปัญญา

การรวมธุรกิจเป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้มาซึ่งเทคโนโลยี หรือทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่ในความครอบครองของผู้ถูกรวมธุรกิจ⁶⁵

อย่างไรก็ดี นอกจากมูลเหตุจูงใจหลัก ๆ ทั้ง 7 ประการที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ในบางกรณี ผู้ประกอบธุรกิจยังอาจมีมูลเหตุจูงใจอื่น ๆ ที่ทำให้ต้องทำการรวมธุรกิจได้อีก เช่น การรวมธุรกิจในกรณีที่มีการดำเนินกิจการนั้นไม่ประสบความสำเร็จ จึงเลือกที่จะขายธุรกิจให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นแทน เป็นต้น⁶⁶

2.2.2 ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายนั้น อาจเกิดผลกระทบต่าง ๆ ตามมาได้ในระบบเศรษฐกิจ ซึ่งผลกระทบเหล่านั้นอาจเป็นไปได้ทั้งในแง่ดี หรือในแง่ลบ กล่าวคือ

2.2.2.1 ผลกระทบในแง่ดี

ก. เกิดการคานอำนาจในการแข่งขัน (countervailing power)

การรวมธุรกิจอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดเล็กซึ่งไม่มีศักยภาพหรืออำนาจเพียงพอที่จะแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจมากกว่า สามารถรวมตัวกันเพื่อเพิ่มอำนาจต่อรองและศักยภาพในการแข่งขันให้มากขึ้น อันเป็นการคานอำนาจไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่ในตลาดมีอำนาจเหนือตลาดมากเกินไป ซึ่งส่งผลต่อการแข่งขันในตลาดเป็นการทำให้การแข่งขันในตลาดมีมากขึ้นอีกด้วย

ข. เกิดการประหยัดจากขนาด (economies of scale)

การรวมธุรกิจจะทำให้กิจการมีขนาดใหญ่ขึ้น จึงเกิดการขยายขนาดของการผลิตอันก่อให้เกิดการประหยัดจากขนาด เนื่องจากเมื่อกิจการมีขนาดการผลิตที่ใหญ่ขึ้น มีปริมาณการผลิตที่มากขึ้น ก็จะทำให้เกิดการผลิตรวดละมาก ๆ (mass production) ซึ่งจะช่วยให้ประหยัดเวลา และ

⁶³ กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, รัฐเพื่อวงการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, หน้า 14.

⁶⁴ อัญญา ชันชวิทย์, การควบกิจการและการครอบงำกิจการ, หน้า 68 - 69.

⁶⁵ กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, รัฐเพื่อวงการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, หน้า 15.

⁶⁶ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.701.

ตัดทอนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ไม่จำเป็นลงได้อย่างมาก นอกจากนี้ ต้นทุนคงที่ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็ค่าเครื่องใช้ เครื่องมือที่ใช้ในการผลิต ค่าใช้จ่ายด้านการบริหารจัดการ รวมตลอดถึงค่าใช้จ่ายด้านการตลาดก็จะถูกกระจายออกไปมากขึ้น เป็นผลให้ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยลดต่ำลง⁶⁷ โดยที่การประหยัดจากขนาดที่เกิดจากการรวมธุรกิจนั้น ครอบคลุมทั้งการประหยัดที่เกิดจากภายใน (internal economies of scale) อันเกิดจากการจัดซื้อที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถจัดซื้อวัตถุดิบในจำนวนที่มากขึ้น จึงมักได้รับส่วนลดจากผู้ขายมากขึ้น หรืออาจเกิดจากการแบ่งงาน มีการแบ่งงานกันทำ มีความชำนาญเฉพาะด้านมากยิ่งขึ้น เป็นต้น และในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดการประหยัดจากขนาดภายนอกกิจการด้วย (external economies of scale) ซึ่งเป็นผลจากปัจจัยภายนอกที่การกระจุกตัวของหน่วยผลิตที่เพิ่มขึ้นนั้น ทำให้กลุ่มแรงงานที่มีทักษะมุ่งมาทำงานในพื้นที่นั้นมากยิ่งขึ้น จนเกิดการแลกเปลี่ยนหรือใช้ประโยชน์ร่วมกันจากหน่วยงานที่อยู่ในเขตพื้นที่นั้น⁶⁸

ค. จำนวนผู้แข่งขันในตลาดเพิ่มมากขึ้น

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น การแข่งขันถือเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้กลไกตลาดทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁶⁹ ซึ่งการรวมธุรกิจนี้จะช่วยให้การแข่งขันในตลาดเพิ่มมากขึ้น โดยทำให้จำนวนผู้ประกอบการในบางตลาดมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งตลาดที่มีความเสี่ยงและใช้เงินลงทุนสูง ซึ่งปกติแล้วธุรกิจขนาดเล็กไม่สามารถเข้าไปแข่งขันในตลาดที่มีลักษณะเช่นนั้นได้ ดังนั้น การรวมธุรกิจจะทำให้ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมธุรกิจกันมีขนาดใหญ่ขึ้น จนมีเงินทุนเพียงพอที่จะเข้าสู่ตลาดดังกล่าวได้ จึงส่งผลให้ในตลาดนั้นมีการแข่งขันมากยิ่งขึ้น เนื่องจากจำนวนผู้ประกอบการที่เพิ่มขึ้น

ทั้งนี้ การรวมธุรกิจที่จะส่งผลเป็นการเพิ่มจำนวนผู้แข่งขันในตลาดนั้น จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจนั้น ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดดังกล่าวได้โดยลำพัง จำเป็นที่ผู้ประกอบการจะต้องทำการรวมธุรกิจกัน จึงจะสามารถเข้าสู่ตลาดได้ เพราะมิฉะนั้นแล้ว หากผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถเข้าสู่กิจการได้โดยลำพัง ย่อมหมายความว่า การแข่งขันที่อาจจะเกิดขึ้น (potential competition) ในตลาดดังกล่าวนั้นจะลดลงหากมีการรวมธุรกิจข้างต้นเกิดขึ้น เนื่องจากแทนที่ระดับการแข่งขันในตลาดดังกล่าวจะมีโอกาสเพิ่มขึ้นจากผู้ประกอบการ 2 ราย แต่กลับเหลือผู้ประกอบการเพียงรายเดียวที่เข้ามาสู่ตลาด

⁶⁷ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 259.

⁶⁸ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 134 - 135.

⁶⁹ ไกรยุทธ ธีรตยาสินนท์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐ, หน้า 14 - 16.

ง. ต้นทุนการผลิตลดลง

การรวมธุรกิจบางประเภทอาจส่งผลเป็นการลดขั้นตอนการติดต่อ หรือการดำเนินงานในการติดต่อซื้อขายระหว่างกัน ทำให้ต้นทุนการตลาดหรือต้นทุนในการขนส่งลดลง จึงทำให้ต้นทุนการผลิตของหน่วยการผลิตนั้นลดลง ก่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

จ. ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภค

การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการพัฒนา หรือการปรับปรุงเทคโนโลยีการผลิต เกิดการพัฒนาการบริหารจัดการของหน่วยธุรกิจ ตลอดจนมีการนำเทคโนโลยีใหม่ ๆ เข้ามาช่วยในการผลิตมากยิ่งขึ้น จนทำให้ผลิตภัณฑ์ของหน่วยผลิตนั้นมีคุณภาพมากขึ้น จึงเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค กล่าวคือ ทำให้ผู้บริโภคสามารถบริโภคสินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพสูงขึ้นในขณะที่ราคาของสินค้าหรือบริการนั้นลดลงได้

2.2.2.2 ผลกระทบในแง่ลบ

ก. ทำให้การแข่งขันลดลง

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ผู้ประกอบธุรกิจได้ค้นพบหลากหลายวิธีในการลดระดับการแข่งขัน ซึ่งการรวมธุรกิจก็เป็นหนึ่งในวิธีการนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมธุรกิจในแนวนอน (horizontal merger) ซึ่งมีผลทำให้จำนวนผู้แข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นลดลง จนการผลิตกระจุกตัวอยู่กับผู้ผลิตเพียงไม่กี่ราย⁷⁰ และหากตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีลักษณะโครงสร้างตลาดเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นก็ทำให้เกิดสถานะของการเป็นผู้ผูกขาดขึ้นในตลาด ซึ่งจะส่งผลให้โครงสร้างตลาดเปลี่ยนไปเป็นตลาดผูกขาดได้

ข. เกิดการสร้างหรือเพิ่มอำนาจเหนือตลาด

การรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งมีอำนาจตลาดค่อนข้างมากอยู่แล้ว การรวมธุรกิจจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้น จนอาจนำไปสู่การมีอำนาจเหนือตลาดได้ (dominant position) ซึ่งการมีอำนาจเหนือตลาดจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการได้โดยอิสระ ปราศจากความกดดันจากการแข่งขันในตลาด รวมถึงอาจมีอิทธิพลต่อการแข่งขันที่มีชื่อเสียงเรื่องราคาด้วย⁷¹

⁷⁰ เจมส์ ฟูลเชอร์, ทุนนิยม : ความรู้ฉบับพกพา (กรุงเทพมหานคร: โอเพ่นเวลดส์, 2554), หน้า 48 - 49.

⁷¹ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 85.

โดยเฉพาะในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการพยายามสร้างอำนาจต่อรองด้านการค้า ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาคชี้ว่าการรวมธุรกิจด้วยมูลเหตุนี้จะทำให้ประสิทธิภาพของเศรษฐกิจลดลง เพราะผู้เข้าร่วมธุรกิจสามารถผูกขาดตลาด หรือรวมกลุ่มกันกำหนดราคาสินค้าที่สูงขึ้นเพื่อกำไรเฉพาะกลุ่มตน ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระค่าสินค้าที่แพงขึ้น⁷²

ค. ก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด

การรวมธุรกิจอาจทำให้ผู้ประกอบการสามารถลดขั้นตอนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานต่าง ๆ ลงได้ โดยเฉพาะการรวมธุรกิจในแนวตั้ง (vertical merger) ซึ่งทำให้เกิดการผลิตที่ครบวงจรในตัวเอง จนทำให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ เสียเปรียบในการแข่งขัน และก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ด้วย⁷³

นอกจากนี้ ดังที่กล่าวแล้วว่าการรวมธุรกิจทำให้ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมกันนั้นได้รับประโยชน์จากการประหยัดจากขนาด และมีเทคโนโลยีในการผลิตที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น ทำให้สามารถลดต้นทุนการผลิตได้ ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดนั้น มีต้นทุนการผลิตต่อหน่วยสูงกว่า จึงทำให้เกิดความเสียเปรียบ และผู้ประกอบการรายใหม่นั้นยังจะต้องต่อสู้กับความเชื่อถือต่อตราสินค้าของผู้ประกอบการเดิมในตลาด จึงทำให้มีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการตลาดที่สูง จนเกิดเป็นอุปสรรคที่ทำให้ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้

ง. เกิดการจัดการแข่งขันที่อาจเป็นไปได้

การรวมธุรกิจอาจส่งผลในทางลบต่อการแข่งขันในแง่ที่เป็นการจัดการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย (conglomerate merger) หากผู้ประกอบการนั้นไม่ได้มีการรวมธุรกิจกัน ผู้ประกอบการรายหนึ่งอาจขยายกิจการภายในกิจการของตนจนเข้าสู่ตลาดสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง จนกลายเป็นคู่แข่งกันได้

2.2.3 สาเหตุและผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแต่ละประเภท

การรวมธุรกิจนั้นอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่

⁷² อัญญา ชันชวิทย์, การควบคุมกิจการและการควบรวมกิจการ, หน้า 101.

⁷³ วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีดั้งเดิม, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2538), หน้า 421 - 422.

2.2.3.1 การรวมธุรกิจในแนวนอน

การรวมธุรกิจแนวนอน (horizontal merger) คือการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ประกอบธุรกิจอย่างเดียวกัน⁷⁴ กล่าวคือ ผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกัน หรือสามารถทดแทนกันได้ได้อย่างใกล้ชิด โดยที่ผู้ประกอบการแต่ละรายที่มารวมกันนั้นได้ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดภูมิศาสตร์เดียวกันด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกันแนวนอนนี้คือผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกัน ในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น⁷⁵ ซึ่งการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้มักจะมีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ทางการผลิตหรือการตลาด⁷⁶

การรวมธุรกิจในลักษณะนี้ถือได้ว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมาก เพราะการรวมธุรกิจประเภทนี้จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาด เป็นการเพิ่มการกระจุกตัว จนทำให้การแข่งขันลดลงอย่างเห็นได้ชัด หรืออาจถึงขนาดทำให้การแข่งขันในตลาดหมดไปเลยจนทำให้เกิดการผูกขาดขึ้นก็ได้⁷⁷ ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ลีเวอร์ บราเธอร์ จำกัด ซึ่งเป็นผู้ผลิตไอศกรีมวอลล์ กับบริษัท โพรโมสต์ ฟริสแลนด์ จำกัด ซึ่งเป็นผู้ผลิตไอศกรีมโพรโมสต์อันมีส่วนแบ่งตลาดกว่า 40% ถือเป็นอันดับหนึ่งในขณะนั้น โดยอยู่ในตลาดไอศกรีมที่มีราคาระดับสูงที่ไม่มีการแข่งขันมากนัก โดยบริษัทโพรโมสต์มีช่องทางจำหน่ายสินค้าครอบคลุมทุกช่องทาง ทั้งในรูปแบบตู้แช่ไอศกรีมในร้านค้าปลีก รถขายไอศกรีม หรือแม้กระทั่งในรูปแบบร้านไอศกรีมโดยเฉพาะในชื่อของศาลาโพรโมสต์ แต่ในปี พ.ศ. 2530 บริษัท ลีเวอร์บราเธอร์ จำกัด ก็ได้ประกาศว่าจะประกอบธุรกิจไอศกรีมและมีความต้องการจะเข้าสู่ตลาดในระดับเดียวกันกับบริษัทโพรโมสต์ โดยนำเสนอผลิตภัณฑ์ไอศกรีมในยี่ห้อวอลล์⁷⁸

การเข้าสู่ตลาดไอศกรีมของบริษัทลีเวอร์บราเธอร์นั้น มีจุดมุ่งหมายที่ต้องการจะเป็นผู้นำในตลาดไอศกรีม จึงเลือกใช้วิธีการซื้อกิจการไอศกรีมโพรโมสต์ของบริษัท โพรโมสต์ ฟริสแลนด์ จำกัด ในปี พ.ศ. 2535 และภายหลังจากนั้นก็ได้ทำการยุติการดำเนินกิจการไอศกรีมดังกล่าวทั้งหมดอันเป็นการกำจัดคู่แข่งรายสำคัญ แล้วจึงอาศัยช่องทางการจัดจำหน่ายเดิม

⁷⁴ อัญญา ชันธวิทย์, การควบกิจการและการครอบงำกิจการ, หน้า 92.

⁷⁵ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 6th ed. (Minnesota: West Academic, 2020), p.630.

⁷⁶ กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, รัฐเพื่อวงการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, หน้า 3.

⁷⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 76.

⁷⁸ ดนุช ตันเทอดทิพย์, "โพรโมสต์ มีอาจไม่เคลื่อนไหว" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2564. แหล่งที่มา: <http://info.gotomanager.com/news/details.aspx?id=7624>

ของไอศกรีมโฟรโมสต์ในการจัดจำหน่ายไอศกรีมวอลล์ของตนเองแทน⁷⁹ ทำให้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเพิ่มขึ้นเป็น 60 - 70% และกลายเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งในตลาดไอศกรีมเป็นอันดับหนึ่งในเวลาอันรวดเร็ว⁸⁰

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการรวมธุรกิจนี้ในแนวนอนนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบอย่างมากต่อระบบเศรษฐกิจ แต่ในขณะเดียวกัน การรวมธุรกิจประเภทนี้ก็อาจส่งผลดีอย่างมากในทางเศรษฐกิจได้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ การรวมธุรกิจประเภทนี้ก่อให้เกิดการประหยัดจากขนาดเป็นอย่างมาก ซึ่งจะนำไปสู่การลดต้นทุนการผลิต หรืออาจส่งผลให้ต้นทุนทางการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจลดลง อันจะทำให้ระดับราคาของสินค้าหรือบริการนั้นลดลงได้ในท้ายที่สุด⁸¹ ดังนั้น การรวมธุรกิจในแนวนอนจึงอาจเป็นผลดีต่อผู้บริโภคโดยรวมได้⁸²

2.2.3.2 การรวมธุรกิจแนวตั้ง

การรวมธุรกิจในแนวตั้ง (vertical merger) คือการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้ประกอบธุรกิจอย่างเดียวกัน แต่มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกัน เช่น อาจเป็นผู้จัดจำหน่าย หรือผู้ป้อนวัตถุดิบ ดังนั้น การรวมธุรกิจแบบนี้จึงเป็นการเสริมให้ธุรกิจของทั้งสองฝ่ายเข้มแข็งขึ้น⁸³ เนื่องจากจะทำให้ต้นทุนในการติดต่อ (transaction cost) ในกระบวนการผลิตลดลง ก่อให้เกิดการดำเนินธุรกิจแบบครบวงจร สามารถทำให้ต้นทุนการดำเนินการลดลงได้⁸⁴ ซึ่งกล่าวได้ว่าการทำให้ประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจเพิ่มขึ้น และทำให้ต้นทุนในกระบวนการผลิตลดลงนั้นเป็นวัตถุประสงค์สำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจกันแนวตั้ง⁸⁵

อย่างไรก็ดี การรวมธุรกิจประเภทนี้อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันในตลาดได้เช่นกัน เนื่องจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้ โดยมีลักษณะของผลกระทบเช่นเดียวกันกับกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมการจำกัดสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น (exclusive dealing) เนื่องจากการรวมธุรกิจตั้งแต่ระดับการผลิตจนถึงระดับการจัดจำหน่ายเข้าไว้ด้วยกัน จะส่งผลให้คู่แข่งรายอื่น ๆ เสียเปรียบ และยังสามารถนำไปสู่การมี

⁷⁹ ศักดิ์ชัย พลพัฒน์, "เมื่อวอลล์มา ทำไมโฟรโมสต์ต้องไป?" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2564. แหล่งที่มา: <https://www.busetoday.co/opinions/23/09/2019/6407/>

⁸⁰ อัญญา ชันธวิทย์, *การควบกิจการและการครอบงำกิจการ*, หน้า 92.

⁸¹ Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p.311.

⁸² สุธีร์ ศุภนิตย์, *หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 76.

⁸³ อัญญา ชันธวิทย์, *การควบกิจการและการครอบงำกิจการ*, หน้า 92 - 93.

⁸⁴ สุธีร์ ศุภนิตย์, *หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 77.

⁸⁵ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, pp.491 - 493.

พฤติกรรมเลือกปฏิบัติในด้านราคาได้อีกด้วย (price discrimination) จนในที่สุดการรวมธุรกิจใ
 แนวตั้งก็อาจนำไปสู่การลดประสิทธิภาพในตลาดลงได้เช่นกัน⁸⁶ เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวนั้น
 นอกจากจะเป็นการทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในตลาดอยู่ก่อนแล้วต้องเสียเปรียบ ยังทำให้ผู้ประกอบการ
 ธุรกิจรายอื่นจะเข้ามาแข่งขันได้ยากขึ้น หรือเกิดความเสียเปรียบในการแข่งขัน จนกลายเป็นอุปสรรค
 ต่อการที่ผู้ประกอบการรายใหม่ ๆ จะเข้ามาในตลาด (barrier to entry) อีกด้วย ทำให้ตลาดสินค้า
 หรือบริการนั้นไม่สามารถมีการแข่งขันได้ อันเป็นผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจ⁸⁷

ตัวอย่างเช่น การเข้าซื้อหุ้นจำนวน 23% ของบริษัท General Motors โดย
 บริษัท Du Pont ในสหรัฐอเมริกา⁸⁸ ซึ่งบริษัท Du Pont นั้นเป็นผู้จำหน่ายสีและวัสดุผ้าสำหรับการ
 ผลิตรถยนต์ให้แก่บริษัท General Motors โดยที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ปรากฏว่าบริษัท
 General Motors ซึ่งเป็นผู้ผลิตรถยนต์รายใหญ่ที่มีส่วนแบ่งตลาดราว 50% ในสหรัฐอเมริกานั้น ได้
 ทำการสั่งซื้อสีและวัสดุผ้าจำนวนกว่าครึ่งหนึ่งของปริมาณที่ต้องการใช้ในการผลิตทั้งหมดจากบริษัท
 Du Pont ทำให้เกิดการจำกัดและการปิดกั้นในการเข้ามาแข่งขันของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่
 ต้องการจำหน่ายสีและวัสดุที่ใช้ในการผลิตรถยนต์ให้แก่บริษัท General Motors ซึ่งเป็นผู้ผลิตราย
 ใหญ่ อันเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งกรณีดังกล่าว เป็นต้น⁸⁹

2.2.3.3 การรวมธุรกิจแบบหลากหลาย

การรวมธุรกิจแบบหลากหลาย (conglomerate merger) คือการรวมธุรกิจ
 ที่ไม่เข้าลักษณะเป็นการรวมธุรกิจในแนวนอนหรือการรวมธุรกิจในแนวตั้ง โดยที่ผู้ประกอบการนั้น
 ไม่ได้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกัน⁹⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การรวมธุรกิจแบบหลากหลาย ได้แก่ การรวม
 ธุรกิจที่ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมธุรกิจกันนั้นไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกัน ไม่ว่าจะในฐานะผู้ซื้อ
 ผู้ขาย หรือผู้แข่งขันในตลาดเดียวกันก็ตาม⁹¹ โดยผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจประเภทนี้มักมี
 วัตถุประสงค์เพื่อขยายประเภทของผลิตภัณฑ์ หรือเพื่อกระจายธุรกิจอย่างแท้จริง โดยการรวมธุรกิจ
 ประเภทนี้จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถกระจายรายได้ได้อย่างสม่ำเสมอ⁹²

⁸⁶ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.672.

⁸⁷ สุธีร์ ศุภนิตย, *หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 77.

⁸⁸ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 77 S.Ct. 872 (1957).

⁸⁹ Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*, p.336.

⁹⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.709.

⁹¹ กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, *คู่มือการควบคุมรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย*, หน้า 4.

⁹² อัญญา ชันธวิทย์, *การควบกิจการและการครอบงำกิจการ*, หน้า 93.

การรวมธุรกิจประเภทนี้ไม่มีผลต่อการกระจุกตัวในตลาด หรือทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงแต่อย่างใด แต่อาจเกิดผลกระทบในอีกลักษณะหนึ่ง คือ การทำให้เกิดการแผ่ขยายอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือเป็นการสร้างอาณาจักรธุรกิจในระบบเศรษฐกิจ จนอาจทำให้เกิดการกระจุกตัวในระบบเศรษฐกิจที่ทำให้อำนาจทางเศรษฐกิจตกอยู่ในมือของผู้ประกอบธุรกิจไม่กี่รายได้⁹³ นอกจากนี้ การรวมธุรกิจประเภทนี้ยังอาจส่งผลต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ กล่าวคือ หากผู้ประกอบการธุรกิจมิได้ทำการรวมธุรกิจกันแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งอาจเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดนั้นได้โดยลำพัง และอาจเป็นคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าร่วมธุรกิจกันนั้นได้ ทำให้การแข่งขันในตลาดเพิ่มสูงขึ้น อันส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการเข้ามาแข่งขันโดยลำพังของผู้ประกอบธุรกิจ แต่การรวมธุรกิจดังกล่าวได้ทำให้โอกาสที่จะเกิดการแข่งขันนั้นถูกทำลายลง⁹⁴

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่าง การเข้าซื้อสินทรัพย์ของบริษัท Clorox โดยบริษัท Procter & Gamble ในสหรัฐอเมริกา⁹⁵ ซึ่งบริษัท Procter & Gamble นั้นเป็นผู้ผลิตผงซักฟอกและผลิตภัณฑ์สำหรับครัวเรือนขนาดใหญ่ในสหรัฐอเมริกา ขณะที่บริษัท Clorox นั้นเป็นผู้ผลิตน้ำยาซักผ้าขาวที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริกา โดยมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 49% ในตลาดสินค้าดังกล่าว ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ในการเข้าซื้อสินทรัพย์ของบริษัท Clorox นั้น เป็นไปเพื่อขยายขอบเขตผลิตภัณฑ์ในความครอบครองของบริษัท Procter & Gamble ซึ่งในความเป็นจริงแล้วบริษัท Procter & Gamble เป็นผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีศักยภาพในการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวได้โดยลำพัง และสามารถเข้ามาเพิ่มความกดดันในการแข่งขันให้กับบริษัท Clorox จนทำให้การแข่งขันในตลาดสูงขึ้นได้ แต่บริษัท Procter & Gamble กลับเลือกใช้วิธีการรวมธุรกิจกับบริษัท Clorox ซึ่งเป็นบริษัทขนาดใหญ่ในตลาด จึงทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ที่ควรจะได้รับจากการแข่งขันที่เพิ่มขึ้นหากบริษัท Procter & Gamble เลือกว่าจะเข้ามาแข่งขันในตลาดด้วยตนเอง อันเป็นกรณีที่การรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อสวัสดิการของผู้บริโภคได้⁹⁶

2.2.4 การแทรกแซงการรวมธุรกิจโดยรัฐ

การรวมธุรกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น ก่อให้เกิดผลกระทบต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทโดยการแทรกแซงการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ โดยมีเหตุผลและลักษณะของการเข้าแทรกแซงดังที่จะได้กล่าวถึงดังนี้

⁹³ สุธีร์ ศุภนิมิตต์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 78.

⁹⁴ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.712.

⁹⁵ Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967).

⁹⁶ Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*, pp.344 - 348.

2.2.4.1 เหตุผลและความจำเป็นของรัฐในการเข้าแทรกแซงการรวมธุรกิจ

จากการศึกษาถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจต่อการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด โดยทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงหรือหายไป⁹⁷ หรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อโครงสร้างของตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจเพิ่มระดับการกระจุกตัวของตลาด ซึ่งจะนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของอำนาจตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ⁹⁸ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาดที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะอย่างถาวรเสียยิ่งกว่าการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจอีก⁹⁹ จึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค ลูกค้า หรือแม้กระทั่งคู่แข่งในตลาด หรืออาจนำไปสู่การสร้างอาณาจักรทางธุรกิจจนผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีอำนาจทางเศรษฐกิจได้ ดังนั้น รัฐในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมจึงจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงการรวมธุรกิจเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจ¹⁰⁰ โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น ช่วยให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถกำกับดูแลการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาดที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้¹⁰¹

อย่างไรก็ดี การรวมธุรกิจนั้นก็สามารถก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น การที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายเข้าแทรกแซงการรวมธุรกิจจึงเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนเป็นอย่างมาก เพราะหากใช้มาตรการที่เคร่งครัดจนเกินไป ย่อมจะทำให้สูญเสียโอกาสในการเพิ่มประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ซึ่งจะไม่เป็นผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศได้¹⁰² จึงเป็นหน้าที่ขององค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศที่จะต้องพิจารณา และชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบต่อการแข่งขัน กับประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นให้ได้ ซึ่งประโยชน์นี้อาจกินความรวมถึงประโยชน์สาธารณะที่ไม่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการด้วย¹⁰³

⁹⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 74.

⁹⁸ D. G. Goyder, EC Competition Law, 4th ed. (New York: Oxford University Press, 2003), p.335.

⁹⁹ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p.1059.

¹⁰⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 75.

¹⁰¹ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, p.1059.

¹⁰² Gunnar Niels, Helen Jenkins, and James Kavanagh, Economics for Competition Lawyers (Oxford: Oxford University Press, 2011), p.334; สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 75.

¹⁰³ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, p.1059.

2.2.4.2 ลักษณะของการแทรกแซงการรวมธุรกิจโดยรัฐ

การแทรกแซงการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจโดยรัฐนั้น จะกระทำอยู่ในลักษณะของการควบคุมกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ รัฐจะกำหนดกรอบหรือหลักเกณฑ์ในการรวมธุรกิจ โดยที่กรอบหรือหลักเกณฑ์นั้นมิได้จำกัดการพิจารณาจากเฉพาะพฤติกรรมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตของผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น แต่จะต้องนำประเด็นเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อโครงสร้างตลาด และระดับการกระจุกตัวของตลาดเข้ามาร่วมพิจารณาด้วย¹⁰⁴ เมื่อรัฐได้กำหนดกรอบหรือหลักเกณฑ์เช่นนั้นแล้ว ก็จะใช้อำนาจเข้าแทรกแซงโดยการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจกันนั้นต้องขออนุญาตต่อรัฐก่อน แล้วรัฐจึงจะพิจารณาว่าจะให้เกิดการรวมธุรกิจนั้นได้หรือไม่¹⁰⁵

2.3 มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยรัฐ

การรวมธุรกิจอาจก่อให้เกิดผลกระทบได้ในหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นต่อระบบเศรษฐกิจ ผู้บริโภค คู่ค้า คู่แข่งขัน หรือในบางกรณีก็อาจส่งผลกระทบต่อผู้ร่วมประกอบธุรกิจ หรือผู้ถือหุ้นในกิจการของผู้ประกอบธุรกิจนั่นเอง ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่หลากหลาย โดยอาจสรุปได้ดังต่อไปนี้

2.3.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัท

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัทนั้น มีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองส่วนได้เสียของผู้ถือหุ้น และเจ้าหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการทำการรวมธุรกิจซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจดังกล่าว¹⁰⁶ ดังนั้น การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัทนี้ จะมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการได้มิตพิเศษจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นในกิจการของผู้ประกอบธุรกิจ นอกจากนี้ ยังอาจเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของกิจการสามารถคัดค้านการรวมธุรกิจ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะต้องโฆษณาและบอกกล่าวเจ้าหน้าที่ให้ทราบ เพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหน้าที่ไม่ให้เสียเปรียบภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นเสร็จสิ้น¹⁰⁷ เป็นต้น

¹⁰⁴ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, p.335.

¹⁰⁵ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.699.

¹⁰⁶ ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 2 (เชียงใหม่: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2553), หน้า 227.

¹⁰⁷ สหชน รัตนไพจิตร, กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 457 - 459; กิตติพงศ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์ และคณะ, รัฐเพื่อการควบคุมรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, หน้า 120 - 122.

2.3.2 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจเฉพาะ

กิจการและธุรกิจบางประเภทนั้นมักจะมีกฎหมายที่กำกับดูแลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจไว้ โดยเฉพาะ ซึ่งส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับสถาบันการเงิน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจประกันภัย และกิจการโทรคมนาคม อันเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมาก โดยในแต่ละประเภทของธุรกิจนั้น รัฐก็มีวัตถุประสงค์และรูปแบบการกำกับดูแลที่แตกต่างกันออกไป¹⁰⁸

2.3.2.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในธุรกิจสถาบันการเงิน

ในสภาวะที่สภาพการแข่งขันทางธุรกิจมีความเข้มข้นมากขึ้น จึงหนีไม่พ้นที่สถาบันการเงินไม่ว่าจะมีขนาดเล็ก กลาง หรือใหญ่ ต่างต้องหากกลยุทธ์เพื่อเสริมสร้างความแข็งแกร่งและเพื่อความเจริญเติบโตอย่างยั่งยืน การรวมธุรกิจก็เป็นกลยุทธ์ที่สำคัญมากที่สุดประการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลายในหมู่แวดวงสถาบันการเงิน แต่เนื่องจากธุรกิจสถาบันการเงินนั้นถือเป็นธุรกิจที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจอย่างหนึ่ง¹⁰⁹ ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจสถาบันการเงินต้องการทำการรวมธุรกิจ รัฐจึงต้องเข้ามากำกับดูแลเพื่อตรวจสอบให้การรวมธุรกิจนั้นเป็นไปโดยถูกต้อง โดยรัฐมักจะกำกับดูแลในประเด็นต่าง ๆ ได้แก่ สถานะของใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสถาบันการเงินได้ ภายหลังจากการรวมธุรกิจ หรืออัตราส่วนการถือหุ้นโดยผู้ถือหุ้นที่เป็นชาวต่างประเทศ ข้อจำกัดต่าง ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการ รวมถึงเจ้าหน้าที่ของสถาบันการเงินนั้น ๆ ด้วย¹¹⁰

2.3.2.2 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในธุรกิจหลักทรัพย์

สภาพการแข่งขันทางธุรกิจที่เข้มข้นขึ้นในสภาวะทางเศรษฐกิจที่ดีขึ้นนั้น ทำให้บริษัทหลักทรัพย์ทั้งหลายได้เร่งปรับตัว ไม่ว่าจะด้วยการปรับโครงสร้างของบริษัท การรวมธุรกิจกับบริษัทหลักทรัพย์รายอื่น ๆ หรือการขายกิจการให้กับผู้ลงทุนชาวต่างประเทศที่สนใจลงทุนในธุรกิจหลักทรัพย์¹¹¹ ซึ่งธุรกิจหลักทรัพย์นั้นเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมาก เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์นั้นเป็นตัวกลางระหว่างลูกค้าที่ต้องการซื้อขายหลักทรัพย์ กับกิจการในตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์จึงมีหน้าที่รวบรวมข้อมูลของลูกค้า วิเคราะห์

¹⁰⁸ กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, กลยุทธ์การควบรวมกิจการอย่างมืออาชีพ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557), หน้า 117.

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน

¹¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 125 - 126.

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 126.

ข้อมูลเพื่อรายงานให้ลูกค้าใช้ประกอบการตัดสินใจ รวมถึงจะต้องดูแลทรัพย์สินของลูกค้าไม่ว่าจะเป็น หลักทรัพย์ที่ลูกค้าลงทุน หรือเงินที่วางไว้เป็นหลักประกันต่าง ๆ

เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจหลักทรัพย์ต้องการรวมธุรกิจ รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ากำกับดูแลว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจจะยังคงมีความรู้ความชำนาญในการประกอบธุรกิจดังกล่าวอยู่ รวมถึงยังคงมีฐานะทางการเงินที่มั่นคง และมีทุนเพียงพอในการรองรับการประกอบธุรกิจ เพื่อคุ้มครองลูกค้าซึ่งเป็นผู้ลงทุน และรักษาไว้ซึ่งการพัฒนาอุตสาหกรรมหลักทรัพย์และตลาดทุนของประเทศ¹¹²

2.3.2.3 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในธุรกิจประกันภัย

ในขณะที่รัฐเข้ากำกับดูแลการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ส่วนใหญ่เพื่อธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ๆ แต่สำหรับธุรกิจประกันภัยนั้น เนื่องจากธุรกิจประเภทนี้เป็นธุรกิจที่จำเป็นต้องใช้ทุนจำนวนมาก โดยเฉพาะธุรกิจประกันวินาศภัย ดังนั้น เพื่อเพิ่มศักยภาพในการแข่งขัน และความมั่นคงทางการเงินของบริษัทประกันภัย รัฐจึงมักสนับสนุนให้เกิดการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจประกันภัย เพื่อลดจำนวนบริษัทประกันภัยในตลาด อันจะส่งผลดีต่อตลาดสินค้าหรือบริการชนิดนี้¹¹³

โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจประกันภัยในประเทศไทยซึ่งมีความเหลื่อมล้ำกันมาก กล่าวคือ ในขณะที่กลุ่มบริษัทประกันภัยขนาดใหญ่ 10 อันดับแรก มีส่วนแบ่งตลาดถึง 62.17% และมีเบี้ยประกันภัยรับตรง (direct premium) เฉลี่ยบริษัทละ 14,000 ล้านบาท แต่บริษัทประกันภัย 49 บริษัทอื่น ๆ ที่เหลืออยู่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเพียง 38% และมีเบี้ยประกันภัยเฉลี่ยบริษัทละ 1,700 ล้านบาทเท่านั้น ด้วยขนาดของรายรับที่ต่างกันถึง 8 เท่า ทำให้ต้นทุนการบริหารจัดการ (operating expenses) และค่าใช้จ่ายในการหางาน (acquisition costs) ของบริษัทขนาดใหญ่มีความได้เปรียบในการแข่งขันสูงกว่าบริษัทขนาดเล็กเป็นอย่างมาก ดังนั้น เพื่อให้การประกอบธุรกิจประกันภัยมีความยั่งยืน และสามารถต่อยอด ขยับฐานการทำธุรกิจต่อไปในอนาคตได้ การรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจประกันภัยจึงมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น¹¹⁴

¹¹² สมาคมบริษัทหลักทรัพย์, "ทำธุรกิจหลักทรัพย์ 'ไม่ถนัดอย่างที่คิด' [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 ตุลาคม 2562. แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/720919>

¹¹³ กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, *กลยุทธ์การควบรวมกิจการอย่างมืออาชีพ*, หน้า 130 - 131.

¹¹⁴ กีเดช อนันต์ศิริประภา, "ธุรกิจประกันภัยไทย: ทำไมต้องมี M&A," *วารสารประกันภัย* 33, 139 (เมษายน - มิถุนายน 2561): 7 - 9.

รูปที่ 1 ภาพแสดงส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจประกันภัยขนาดใหญ่ 10 อันดับแรก
ในประเทศไทย ประจำปี พ.ศ. 2560¹¹⁵



2.3.2.4 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในการโทรคมนาคม

ในอดีต กิจการสื่อสารโทรคมนาคมเป็นกิจการที่รัฐเป็นผู้ควบคุมและผูกขาดมาโดยตลอด เนื่องจากธุรกิจประเภทนี้เป็นธุรกิจที่มีอิทธิพลต่อความคิดของประชาชน เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รวมถึงเสรีภาพในการรับรู้ข่าวสารอันเป็นพื้นฐานของเสรีภาพในฐานะที่เป็นมนุษย์ ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้เอกชนรายใดรายหนึ่งเข้าครอบงำทางความคิดของประชาชนส่วนใหญ่¹¹⁶ กฎหมายจึงห้ามมิให้เอกชนประกอบธุรกิจโทรคมนาคม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐซึ่งมักอยู่ในรูปของสัญญาสัมปทาน แต่ด้วยความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี การเมือง การค้าการลงทุนระหว่างประเทศในยุคโลกาภิวัตน์ ธุรกิจประเภทนี้จึงมีการแข่งขันมากยิ่งขึ้น รัฐจึงต้องยอมให้เอกชนเป็นผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว โดยทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแลแทน¹¹⁷

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

¹¹⁶ สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, สรุปผลการศึกษาด้านการกำกับดูแลการแข่งขันในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, 2560), หน้า 26.

¹¹⁷ กิติพงศ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์ และคณะ, กลยุทธ์การควบรวมกิจการอย่างมืออาชีพ, หน้า 138 - 139.

การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมจึงเป็นพฤติกรรมการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่งที่รัฐต้องเข้ามากำกับดูแล เนื่องจาก การรวมธุรกิจในธุรกิจประเภทนี้ แม้จะก่อให้เกิดผลดี คือ ทำให้เกิดการลดต้นทุน เกิดการประสานกำลังทำงานด้านการนำเสนอข้อมูลข่าวสารอย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้มีช่องทางการจำหน่ายมากขึ้น ส่งผลให้ประชาชนผู้รับสารเองมีโอกาสนในการรับข่าวสารที่หลากหลายและมีคุณภาพมากขึ้น รวมถึงทำให้เกิดความมั่นคงทางธุรกิจ แต่การรวมธุรกิจนั้นอาจนำไปสู่การผูกขาด จนทำให้เกิดผลกระทบทางสังคมในแง่ของการครอบงำความคิด เสรีภาพในการรับรู้ข่าวสาร และความหลากหลายกับสังคมโดยรวมได้เช่นกัน¹¹⁸ ดังนั้น รัฐส่วนใหญ่จึงมักจะจัดตั้งหน่วยงานเพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจโทรคมนาคมไว้โดยเฉพาะ

2.3.3 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองระบบเศรษฐกิจเป็นสำคัญ เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นอาจทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงหรือหายไป เป็นการเปลี่ยนโครงสร้างของตลาด เกิดการกระจุกตัว เกิดการผูกขาดในตลาด หรืออาจเป็นการกีดกันขีดขวางการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ หรือเป็นการเพิ่มการมีอำนาจตลาดจนกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นสามารถควบคุมราคาหรือปริมาณของสินค้าในตลาดได้ ซึ่งสภาพการณ์เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายได้ไม่ว่าจะเป็นต่อผู้บริโภค ลูกค้า หรือแม้แต่คู่แข่งในตลาด¹¹⁹ ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองระบบเศรษฐกิจ รัฐจึงจำเป็นต้องกำกับดูแลการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจในกิจการทุกประเภทที่มีได้มีกฎหมายธุรกิจเฉพาะกำหนดไว้เป็นพิเศษ

ด้วยเหตุดังกล่าว ลักษณะการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของรัฐโดยอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น จึงจะพิจารณาถึงผลกระทบต่อการแข่งขัน โครงสร้างของตลาด และการกระจุกตัวของตลาดเป็นสำคัญ โดยรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจ เพื่อนำมาใช้พิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน โครงสร้างของตลาด และการกระจุกตัวในตลาดมากน้อยเพียงไร โดยที่การกำกับดูแลของรัฐนั้นก็จะต้องไม่เคร่งครัดเกินไปจนทำให้ขาดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ เพราะฉะนั้น การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของรัฐโดยอาศัยกฎหมาย

¹¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, สรุปผลการศึกษาด้านการกำกับดูแลการแข่งขันในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์, หน้า 27.

¹¹⁹ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 123.

แข่งขันทางการค้านี้ จึงต้องหาดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นกับผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย¹²⁰

2.4 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่รัฐต้องเข้ากำกับดูแลพฤติกรรมดังกล่าว รวมถึงรูปแบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่รัฐนำมาใช้นั้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษาตั้งแต่เจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อแสดงให้เห็นถึงขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลพฤติกรรมต่าง ๆ ของผู้ประกอบการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แล้วจึงศึกษาความเป็นมา และวัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตลอดจนรูปแบบของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่รัฐนำมาใช้เพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อลักษณะต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง

2.4.1 เจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (competition law) หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด (antitrust law หรือ monopoly law) นั้น เป็นมาตรการทางกฎหมายที่รัฐนำมาใช้โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแก้ปัญหาการผูกขาด อันเป็นสภาวะการณ์ที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ไปซึ่งอำนาจตลาด ก่อให้เกิดความสามารถที่จะควบคุมตลาดสินค้าหรือบริการ โดยมีอำนาจที่จะกำหนดราคาและปริมาณสินค้าได้โดยอิสระ ปราศจากแรงกดดันจากตลาด ทำให้ผู้ประกอบการนั้นอยู่ในสถานะที่สามารถแสวงหากำไรในการขายสินค้าได้ตามใจชอบ โดยที่ผู้ประกอบการนั้นสามารถควบคุมปริมาณสินค้าให้น้อยกว่าความต้องการ ทำให้สินค้านั้นมีราคาสูงขึ้น¹²¹ รวมถึงเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะช่วยป้องกันการก่อให้เกิดการผูกขาดโดยการรวมธุรกิจของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการ และเป็นมาตรการในการแก้ปัญหาการตกลงร่วมมือกันเพื่อยุติการแข่งขันระหว่างกันของบรรดาผู้ประกอบการ (cartel) เช่น การที่ผู้ประกอบการตกลงร่วมมือกันในการกำหนดราคาสินค้า (price fixing agreement) การตกลงร่วมมือกันเกี่ยวกับปริมาณสินค้าในตลาด (output restriction) การตกลงร่วมมือกันในการประมูล (bid rigging) และการตกลงแบ่งพื้นที่การ

¹²⁰ Herbert Hovenkamp, *Black Letter Outline on Antitrust* (Minnesota: West Academic Publishing, 2005), p.259.

¹²¹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 2nd ed. (Minnesota: West Publishing, 2001), p.78.

ขายสินค้า (territory division) ตลอดจนเป็นมาตรการที่ช่วยควบคุมไม่ให้เกิดสภาพการจำกัดการแข่งขัน (restriction of competition) ในตลาดสินค้าและบริการ เช่น ไม่ให้มีการสกัดกั้นการเข้ามาแข่งขันในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หรือการจัดผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งของตนให้ออกไปจากตลาด หรือการบีบบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจใดติดต่อทางธุรกิจแต่เฉพาะกับตน ห้ามติดต่อกับคู่แข่งของตน (exclusive dealing)¹²²

มาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ข้างต้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม หรือระบบตลาด ทั้งนี้ เพราะเป็นระบบที่ต้องอาศัยการแข่งขันเป็นสำคัญ หากตลาดสินค้าหรือบริการมีการผูกขาด อาจส่งผลเสียต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและผู้บริโภคได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดนี้ มีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการ ภายใต้นโยบายว่าด้วยการแข่งขันของแต่ละประเทศ (competition policy)¹²³

นอกจากการมีเป้าหมายทางเศรษฐกิจข้างต้นแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังมีเป้าหมายทางสังคมอีกด้วย กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของปัจเจกชนในสังคม ผู้ใดพร้อมที่จะเป็นผู้ผลิต ผู้ค้า ผู้จำหน่าย หรือให้บริการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคม บุคคลเหล่านั้นก็จะสามารถเข้าสู่ตลาดสินค้าและบริการได้โดยปราศจากอุปสรรคใด ๆ ไม่ถูกผู้ที่อยู่ในตลาดนั้นก่อนแล้วกั้นกีดกันทำให้ไม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ และในขณะเดียวกัน เมื่อสามารถเข้าสู่ตลาดเป็นผู้ประกอบธุรกิจในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว ก็ จะได้รับการคุ้มครองไม่ให้ถูกกีดกันกีดกันหรือถูกกีดกันโดยไม่ชอบจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่อยู่ในตลาดเพื่อให้ออกจากการแข่งขันไป¹²⁴

กล่าวโดยสรุป กฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศต่าง ๆ ล้วนมีเจตนารมณ์ที่เหมือนกัน คือส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม แต่อย่างไรก็ดี แนวทาง หลักการ และรูปแบบแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกันออกไปได้ โดยขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของประเทศเหล่านั้น เป็นสำคัญ¹²⁵

¹²² สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 1 - 2.

¹²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

¹²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

¹²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

2.4.2 ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้ เริ่มต้นขึ้นในยุคอุตสาหกรรมใหม่ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นช่วงที่กลุ่มผู้บริหารอุตสาหกรรมชั้นนำอาศัยความมั่งคั่งอิทธิพลทางการเมือง และบริบททางวัฒนธรรมเข้ามากำหนดจังหวะชีวิตของชาวอเมริกา โดยขณะที่การแข่งขันในสหรัฐอเมริกากำลังเป็นไปอย่างคึกคัก ผู้ประกอบธุรกิจจำนวนหลายรายก็ได้เริ่มค้นหาแนวทางในการลดการแข่งขันในตลาดลง ไม่ว่าจะโดยการร่วมกันกำหนดราคา (price-fixing) หรือการรวมธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระหว่างบรรดากลุ่มผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับน้ำมันและเหล็กซึ่งเป็นธุรกิจที่ประเทศในยุคอุตสาหกรรมใหม่ต้องพึ่งพาเป็นอย่างมาก¹²⁶ ตัวอย่างเช่น กรณีของบริษัท สแตนดาร์ดออยล์ ซึ่งก่อตั้งในปี ค.ศ. 1867 ของนักธุรกิจชื่อ จอห์น ดี. ร็อกกีเฟลเลอร์ ก็มีการใช้วิธีการก่อตั้งทรัสต์เพื่อรวมอำนาจในการบริหารจัดการผู้ประกอบธุรกิจรายต่าง ๆ ไว้กับตนเพื่อสกัดกั้นคู่แข่งรายอื่น ๆ ให้ออกไปจากตลาด ตลอดจนใช้วิธีการต่าง ๆ กดดันผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยทั้งหลายอย่างไร้ความปราณี เช่น การลดราคาขายน้ำมันลงกว่าครึ่งหนึ่งเพื่อดึงดูดลูกค้า และการทำสัญญากับบริษัทรถไฟเพื่อควบคุมต้นทุนการขนส่งน้ำมันของตนให้อยู่ในระดับต่ำ จนในที่สุดก็สามารถเข้าควบคุมธุรกิจกลั่นน้ำมันของสหรัฐอเมริกาได้¹²⁷

ในเวลาต่อมา ด้วยความหวาดกลัวของประชาชนจากพฤติกรรมต่าง ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจในช่วงเวลาดังกล่าว ทำให้เกิดขบวนการต่อต้านการผูกขาด และผลักดันออกมาเป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาด ชื่อว่า Sherman Act ได้สำเร็จในปี ค.ศ. 1890 ทำให้การสมคบคิดเพื่อสร้างอุปสรรคทางการค้าเป็นสิ่งผิดกฎหมาย แต่ถึงกระนั้น ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1890 - 1897 อันเป็นช่วงแรกที่กฎหมายฉบับดังกล่าวตราขึ้น มีการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้เพียงครั้งคราวเท่านั้น โดยที่การดำเนินคดีสำคัญในช่วงเวลาดังกล่าวจำนวน 13 คดีแรกนั้น กลับเป็นการนำกฎหมายฉบับนี้มาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมสภาพแรงงานรถไฟถึง 12 คดี¹²⁸ ซึ่งไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา จนกระทั่งมีการบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act ได้สำเร็จตามเจตนารมณ์เป็นครั้งแรก โดยเป็นการบังคับใช้แก่การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจรถไฟ ซึ่งมี

¹²⁶ OpenStax, *Business Law I Essentials* (Texas: Rice University, 2019), p.124.

¹²⁷ พอล โบเยอร์, *ประวัติศาสตร์อเมริกา : ความรู้ฉบับพกพา*, ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ และอาวูธ ธีระเอก, ผู้แปล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บุ๊คสเคป, 2561), หน้า 132 - 136.

¹²⁸ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust* (Minnesota: West Academic Publishing, 2017), p.41.

พฤติกรรมความร่วมมือกันกำหนดราคาค่าขนส่งสินค้าในเส้นทางต่าง ๆ ในคดี *Trans-Missouri*¹²⁹ ในปี ค.ศ. 1897 และคดี *Joint Traffic*¹³⁰ ในปี ค.ศ. 1898¹³¹

ผลจากการบังคับใช้กฎหมายแก่พฤติกรรมความร่วมมือกันกำหนดราคาในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1895 - 1899 จำนวนถึง 7 กรณี ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจในช่วงเวลาดังกล่าวเริ่มเปลี่ยนพฤติกรรมของตนจากการก่อตั้งทรัสต์เพื่อร่วมกันกำหนดราคาซึ่งมีคำตัดสินของศาลฎีกาแล้วว่าเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมาย กลายเป็นการรวมธุรกิจกันเพื่อเพิ่มอำนาจตลาดของตน จนทำให้จำนวนการรวมธุรกิจในสหรัฐอเมริกาภายหลังจากการมีคำตัดสินของศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1897 - 1898 เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญดังที่ปรากฏในตารางดังต่อไปนี้¹³²

ตารางที่ 1 ตารางแสดงจำนวนการรวมธุรกิจในสหรัฐอเมริกา ระหว่างปี ค.ศ. 1895 - 1904

ปี ค.ศ.	จำนวนการรวมธุรกิจ	จำนวนกิจการที่ลดลง เนื่องจากการรวมธุรกิจ	มูลค่าการรวมธุรกิจ (หน่วย: ล้านเหรียญสหรัฐ)
1895	10	34	30.8
1896	9	26	24.7
1897	14	67	115.0
1898	44	271	647.6
1899	191	979	2,063.6
1900	75	306	417.0
1901	94	284	1,963.1
1902	125	285	725.3
1903	84	120	190.1
1904	46	68	91.6

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1904 จึงมีการบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act ต่อการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจรถไฟ โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินในคดี *Northern Securities*¹³³

¹²⁹ United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897)

¹³⁰ United States v. Joint Traffic Ass'n, 171 U.S. 505 (1898)

¹³¹ John J. Binder, "The Sherman Antitrust Act and the Railroad Cartels," *Journal of Law & Economics* 31, 2 (1988): 446 - 447.

¹³² George Bittlingmayer, "Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave?," *Journal of Law & Economics* 28, 1 (1985): 95.

¹³³ Northern Securities Company v. United States, 193 U.S. 197 (1904)

ซึ่งเป็นการก่อตั้งบริษัทโฮลดิ้ง (holding company) อันได้แก่ บริษัท Northern Securities เพื่อเข้าซื้อหุ้นและรวมการประกอบธุรกิจของบริษัท Great Northern Railway และบริษัท Northern Pacific Railroad ซึ่งล้วนเป็นผู้ประกอบธุรกิจรถไฟขนาดใหญ่ในสหรัฐอเมริกาเข้าไว้ด้วยกัน ทำให้การขนส่งทางรถไฟจำนวนมากถูกควบคุม ส่งผลให้บริษัท Northern Securities สามารถมีพฤติกรรมอันส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ ซึ่งเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย Sherman Act โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการจำหน่ายหุ้นของทั้งสองบริษัทข้างต้นออกไปยังผู้ถือหุ้นตามสัดส่วน จึงทำให้การประกอบธุรกิจรถไฟกลับมามีการแข่งขันดังเดิม¹³⁴

ในเวลาต่อมา ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาก็ได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act ที่สำคัญได้แก่คดี *Standard Oil*¹³⁵ และคดี *American Tobacco*¹³⁶ ในปี ค.ศ. 1911 อันเป็นการบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการจำกัดคู่แข่งจนนำไปสู่การผูกขาด และการรวมธุรกิจจนก่อให้เกิดการผูกขาดตามลำดับ ทั้งนี้ คำตัดสินของศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว ส่งผลทำให้จำนวนของการรวมธุรกิจในสหรัฐอเมริกาลดลงอย่างมีนัยสำคัญ¹³⁷ แต่อย่างไรก็ดี การปรับใช้กฎหมาย Sherman Act แก่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้นมีข้อจำกัดอันเนื่องมาจากตัวบทบัญญัติของกฎหมายเองค่อนข้างมาก ส่งผลให้การดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจด้วยพฤติกรรมรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างยากลำบาก ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจยังไม่ได้เชื่ออย่างเต็มที่ว่าการรวมธุรกิจนั้นเป็นพฤติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงยังคงมีการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันปรากฏให้เห็นอยู่เช่นเดิม¹³⁸

ด้วยเหตุดังกล่าว ในยุคสมัยของประธานาธิบดีวูดโรว์ วิลสัน ในปี ค.ศ. 1914 จึงได้เกิดการผลักดันให้รัฐสภาผ่านกฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการพาณิชย์แห่งชาติ (Federal Trade Commission Act) เพื่อควบคุมการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และผ่านกฎหมายอีกฉบับชื่อว่า Clayton Act ที่ช่วยให้กฎหมาย Sherman Act มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยระบุให้ชัดเจนว่าพฤติกรรมใดบ้างที่เข้าข่ายผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา¹³⁹ แล้วจึงเกิดการแก้ไข

¹³⁴ Robin A. Prager, "The Effects of Horizontal Mergers on Competition: The Case of the Northern Securities Company," *The RAND Journal of Economics* 23, 1 (1992): 123 - 124; William Mitchell Acworth, "The Northern Securities Case," *Journal of the Society of Comparative Legislation* 6, 2 (1905): 251 - 252.

¹³⁵ *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911)

¹³⁶ *United States v. American Tobacco Company*, 221 U.S. 106 (1911)

¹³⁷ George Bittlingmayer, "Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave?," *Journal of Law & Economics*: 116.

¹³⁸ Robin A. Prager, "The Effects of Horizontal Mergers on Competition: The Case of the Northern Securities Company," *The RAND Journal of Economics*: 125.

¹³⁹ พอล โบเยอร์, *ประวัติศาสตร์อเมริกา : ความรู้ฉบับพกพา*, หน้า 167.

ต่อมาอีกหลายครั้งเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ จนสามารถออกหลักเกณฑ์อันเป็นรูปธรรม อธิบายวิธีการที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย และวิธีการพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจโดยละเอียด โดยนำเสนอในรูปแบบที่เข้าใจง่าย¹⁴⁰

ความชัดเจน เข้าใจง่าย และเป็นรูปธรรมของหลักเกณฑ์ที่สหรัฐอเมริกาใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศอุตสาหกรรมตะวันตก เช่น สหภาพยุโรป ประเทศแคนาดา ประเทศญี่ปุ่น หรือประเทศอุตสาหกรรมใหม่ เช่น ประเทศเกาหลีใต้ ต่างนำแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของอเมริกามาประยุกต์ใช้ให้เข้ากับบริบทของประเทศตน นอกจากนี้ รูปแบบของระบบการขออนุญาตรวมธุรกิจล่วงหน้า (the pre-merger notification) ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นระบบที่มีอิทธิพลต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ซึ่งรับความคิดเกี่ยวกับระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบดังกล่าวไปประยุกต์ใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศตนเองด้วย¹⁴¹

2.4.3 วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าการแทรกแซงการรวมธุรกิจโดยรัฐนั้นอาจมีวัตถุประสงค์หลากหลายด้วยกัน ตั้งแต่การคุ้มครองประชาชน ผู้ถือหุ้นของบริษัทต่าง ๆ เจ้าหนี้ แต่วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมีจุดมุ่งหมายที่ชัดเจน กล่าวคือ เพื่อคุ้มครองการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจ มิให้ถูกบั่นทอน ทำลาย หรือเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ต่อต้านการแข่งขันจากการรวมธุรกิจนั้น¹⁴²

กล่าวโดยเฉพาะคือ การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจอันจะส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มารวมตัวนั้นมีอำนาจตลาดสูงจนเกินไป ซึ่งอาจทำให้เกิดการขึ้นราคาสินค้า ลดปริมาณการผลิต และอาจทำให้แรงจูงใจในการพัฒนานวัตกรรมชิ้นใหม่ของผู้ประกอบธุรกิจนั้นลดลงได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน ซึ่งมีโอกาสจะเกิดผลกระทบดังกล่าวข้างต้นได้สูง

ทั้งนี้ สาเหตุสำคัญที่ทำให้กฎหมายการแข่งขันทางจำเป็นต้องมีการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ โดยการป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบข้างต้นขึ้น แทนที่จะอาศัยบทบัญญัติ

¹⁴⁰ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 121.

¹⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 121 - 122.

¹⁴² Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.572.

อื่น ๆ เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมภายหลังการรวมธุรกิจเพียงเท่านั้น เพราะว่า ถึงแม้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะมีบทบัญญัติที่กำหนดให้การตกลงร่วมกันขึ้นราคาสินค้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนั้นเป็นความผิดอยู่แล้วก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีโอกาสใช้บังคับจริงได้น้อยมาก เนื่องจากการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนั้นสามารถตรวจพบได้ยากและผลจากการบังคับใช้กฎหมายในอดีตนั้น พบว่าการตกลงดังกล่าวนี้มีอัตราการตรวจพบที่ต่ำมาก และหากปล่อยให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้อย่างอิสระ จนเกิดพฤติกรรมการขึ้นราคาภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นขึ้นแล้ว ก็อาจเกิดกรณีที่ไม่สามารถนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาดำเนินการต่อพฤติกรรมดังกล่าวได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการรวมธุรกิจนั้นมีได้ถึงขนาดทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดไว้¹⁴³

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า วิธีการที่จะปกป้องโครงสร้างของตลาดมิให้ตกอยู่ในสภาวะที่จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถมีพฤติกรรมต่าง ๆ อันส่งผลร้ายต่อคู่แข่ง หรือผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น คือการใช้วิธีการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจกันจนก่อให้เกิดผู้ประกอบการอยู่ในสถานะที่จะสามารถมีพฤติกรรมเหล่านั้นได้ โดยจะต้องนำปัจจัยต่าง ๆ มาพิจารณา อันรวมถึงประสิทธิภาพอันเป็นผลดีที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย

2.4.4 รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามักจะกำหนดลักษณะของธุรกรรม หรือการดำเนินการที่ถือว่าการรวมธุรกิจตามกฎหมายว่าหมายถึงการเปลี่ยนแปลงอำนาจในการควบคุมการประกอบธุรกิจในลักษณะถาวร ด้วยวิธีการควบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่มีความเป็นอิสระต่างหากจากกัน หรือด้วยวิธีการได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ทำให้สามารถควบคุมผู้ประกอบการรายอื่นนั้นได้¹⁴⁴ ทั้งนี้ รวมไปถึงการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้าที่มีการบริหารงานอย่างเป็นอิสระ และมีการดำเนินการในลักษณะถาวร¹⁴⁵

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของธุรกรรมดังกล่าวแล้ว อาจสามารถสรุปแบ่งรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกได้เป็น 4 รูปแบบ ได้แก่

¹⁴³ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, pp.466 - 472.

¹⁴⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), p.853.

¹⁴⁵ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1076.

2.4.4.1 การควบกิจการ

รูปแบบแรกของการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ การควบกิจการ (merger) ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี กล่าวคือ

ก. การที่บริษัทตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไป ซึ่งต่างก็เป็นนิติบุคคลต่างหากจากกัน ควบเข้าเป็นบริษัทเดียวกันและเกิดเป็นองค์กรใหม่¹⁴⁶ เป็นผลให้ทั้งสองบริษัทเดิมสิ้นสภาพจากการเป็นนิติบุคคล และบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นจะได้อัตโนมัติทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่มีอยู่ของทั้งสองบริษัทเดิม (amalgamation)¹⁴⁷ ตัวอย่างเช่น หากบริษัท ก. จำกัด ซึ่งมีสินทรัพย์ 2 ล้านบาท และมีหนี้สิน 1 ล้านบาทและบริษัท ข. จำกัด ซึ่งมีสินทรัพย์ 4 ล้านบาท และมีหนี้สิน 2 ล้านบาท ต้องการควบกิจการกันเพื่อก่อตั้งบริษัทขึ้นใหม่เป็นบริษัท กข. จำกัด เช่นนี้ สินทรัพย์และความรับผิดชอบของทั้งสองบริษัท ก. จำกัด และบริษัท ข. จำกัด จะถูกโอนไปยังบริษัท กข. จำกัดทั้งหมด ทำให้บริษัท กข. จำกัดจะมีสินทรัพย์ทั้งสิ้น 6 ล้านบาท และมีหนี้สิน 3 ล้านบาท ซึ่งเป็นสินทรัพย์และหนี้สินที่รับโอนมา โดยผู้ถือหุ้นของบริษัท ก. จำกัด และบริษัท ข. จำกัด จะได้รับหุ้นของบริษัท กข. จำกัดไปแทนหุ้นที่ตนมีอยู่เดิม¹⁴⁸

ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติแล้วการรวมธุรกิจในรูปแบบนี้ไม่ค่อยได้รับความนิยม เนื่องจากขั้นตอนตามกฎหมายกำหนดไว้ค่อนข้างยุ่งยาก ตัวอย่างเช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย การรวมธุรกิจด้วยวิธีการควบกิจการจะต้องได้รับมติพิเศษ 3 ใน 4 ของผู้ถือหุ้น รวมถึงอาจมีการคัดค้านได้ และอาจมีประเด็นทางกฎหมายภาษีที่ไม่สามารถนำผลขาดทุนทางภาษีที่มีอยู่ก่อนควบกิจการมาใช้ประโยชน์ได้¹⁴⁹ จึงไม่ค่อยปรากฏตัวอย่างของการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ให้เห็น¹⁵⁰

ตัวอย่างของการรวมธุรกิจในรูปแบบนี้ เช่น การควบกิจการในธุรกิจอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศอินเดียในปี ค.ศ. 1986 ระหว่างบริษัท Hindustan Computers Ltd.

¹⁴⁶ สหชน รัตน์ไพจิตร, ฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท, หน้า 453.

¹⁴⁷ Elliot Preece, "Merger, Acquisition, Amalgamation, and Consolidation: Understanding the Differences," [Online] Accessed: 14 February 2021. Available from: <https://www.bdc magazine.com/2020/11/business-law-money/merger-acquisition-amalgamation-and-consolidation-understanding-the-differences/>.

¹⁴⁸ Gaurav Akrani, "What is Amalgamation? Definition, Meaning and Example," [Online] Accessed: 13 February 2021. Available from: <https://kalyan-city.blogspot.com/2012/04/what-is-amalgamation-definition-meaning.html>.

¹⁴⁹ กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, รู้เพื่อการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, หน้า 104 - 105.

¹⁵⁰ ชนกานต์ บุญญสิทธิ์, "Merger & Acquisition Contract drafting & review" (โครงการอบรมเชิงปฏิบัติการ หลักสูตร "TAI Smart Internship 2020", สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2563), หน้า 2 - 3.

บริษัท Hindustan Instruments Ltd. บริษัท Indian Software Company Ltd. และบริษัท Indian Reprographics Ltd. ซึ่งภายหลังการควบกิจการ บริษัทต่าง ๆ ข้างต้นล้วนสิ้นสุดสถานะนิติบุคคล และเกิดเป็นบริษัทใหม่ขึ้นมา ได้แก่ บริษัท HCL Ltd.¹⁵¹ หรือการควบกิจการในธุรกิจยาของประเทศ สวิตเซอร์แลนด์ในปี ค.ศ. 1996 ระหว่างบริษัท Ciba-Geigy Ltd. และบริษัท Sandoz AG ซึ่ง ภายหลังการควบกิจการ บริษัทต่าง ๆ ข้างต้นก็สิ้นสุดสถานะนิติบุคคล และเกิดเป็นบริษัทใหม่ขึ้นมา ได้แก่ บริษัท Novartis โดยเป็นการควบกิจการที่มีมูลค่ามากถึง 36,000 ล้านดอลลาร์ อันนับเป็นการควบ กิจการในธุรกิจดังกล่าวที่มีมูลค่าสูงที่สุดในขณะนั้น โดยที่ทั้งสองบริษัทต่างเป็นบริษัทผู้ผลิตยา และมีความเชี่ยวชาญที่ต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งเชี่ยวชาญในด้านเทคโนโลยีชีวภาพ และอีกฝ่ายหนึ่งเชี่ยวชาญ ในด้านพันธุกรรมมนุษย์ ดังนั้น การควบกิจการดังกล่าวจึงทำให้เกิดการรวมองค์ความรู้เกี่ยวกับการ ผลิตยาเข้าไว้ด้วยกัน อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินกิจการผลิตยามากขึ้น และสามารถ ผลิตยาสำคัญ ๆ ขึ้นใหม่ได้¹⁵²

ข. การที่บริษัทตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไป ซึ่งต่างก็เป็นนิติบุคคลต่างหากจากกัน ควบเข้ากันจนเหลือเพียงบริษัทใดบริษัทหนึ่งเพียงแห่งเดียว ซึ่งบริษัทที่คงเหลืออยู่จะได้อำนาจสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่มีอยู่ของอีกบริษัทหนึ่งที่ถูกควบกิจการ (absorption) โดยบริษัทที่ถูกควบ กิจการ จะทำการโอนสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบทั้งหมดไปยังบริษัทที่เป็นฝ่ายควบกิจการ¹⁵³ ตัวอย่างเช่น หากบริษัท ก. จำกัด ซึ่งมีสินทรัพย์ 2 ล้านบาท และมีหนี้สิน 1 ล้านบาท ทำการควบ กิจการของบริษัท ข. จำกัด ซึ่งมีสินทรัพย์ 4 ล้านบาท และมีหนี้สิน 2 ล้านบาทเข้าไว้ด้วยกัน เช่นนี้ ภายหลังจากการควบกิจการ สถานะนิติบุคคลของบริษัท ข. จำกัดจะสิ้นสุดลง และคงเหลือเพียง บริษัท ก. จำกัด ซึ่งจะมีสินทรัพย์เพิ่มขึ้นเป็น 4 ล้านบาท และมีหนี้สิน 3 ล้านบาท ตามที่รับโอนมา จากบริษัท ข. จำกัด เป็นต้น

ตัวอย่างของการรวมธุรกิจในรูปแบบนี้ เช่น การเข้าควบกิจการของบริษัท Digital Equipment Corporation (Digital Equipment) โดยบริษัท Compaq Computer

¹⁵¹ Mayank Kumar and Brijesh Yadav, "Mergers and Acquisitions in India," *International Journal of Research in Humanities and Social Sciences* 1, 8 (October - November 2013): 50; S Gurusamy, *Financial Services*, 2nd ed. (New Delhi: Tata McGraw Hill, 2009), p.370.

¹⁵² Thomas Meek, "This month in 1996: Ciba-Geigy and Sandoz merge," [Online] Accessed: 14 February 2021. Available from: http://www.pmlive.com/pharma_news/this_month_in_1996_ciba-geigy_and_sandoz_merge_553502; Kathleen Day, "Drug Firms Sandoz, Ciba-Geigy to Merge," [Online] Accessed: 14 February 2021. Available from: <https://www.washingtonpost.com/archive/business/1996/03/07/drug-firms-sandoz-ciba-geigy-to-merge/0bf93271-2698-498e-9f45-887ee6660148/>.

¹⁵³ Money Instructor, "Business Management: Mergers and Acquisitions," [Online] Accessed: 14 February 2021. Available from: <https://www.moneyinstructor.com/doc/mergeracquisition.asp>.

Corporation (Compaq) ในสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 1998 โดยที่ภายหลังจากการเข้าควบกิจการนั้น บริษัท Digital Equipment ก็ได้สิ้นสุดกิจการลง และคงเหลืออยู่เพียงบริษัท Compaq ซึ่งได้รับโอนช่างเทคนิคผู้เชี่ยวชาญด้านระบบปฏิบัติการ Windows NT ซึ่งได้รับการรับรองแล้วว่า 1,600 คน และยังได้รับโอนระบบปฏิบัติการเซิร์ฟเวอร์ Unix พร้อมผู้เชี่ยวชาญกว่า 3,000 คน จากบริษัท Digital Equipment ทำให้บริษัท Compaq สามารถดำเนินธุรกิจคอมพิวเตอร์ของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น และกลายเป็นผู้ประกอบการธุรกิจอันดับ 2 ในตลาดดังกล่าวได้ในขณะนั้น¹⁵⁴

โดยที่การรวมธุรกิจในรูปแบบของการควบกิจการนี้ โดยทั่วไปแล้วจะมีข้อดีและข้อเสียดังนี้¹⁵⁵

ตารางที่ 2 ตารางสรุปข้อดีและข้อเสียของการควบกิจการ

ข้อดี	ข้อเสีย
1. บริษัทที่เกิดขึ้นใหม่มีความแข็งแกร่ง เนื่องจากการรับโอนสินทรัพย์ทั้งหมดของกิจการก่อนหน้ามารวมไว้ในที่เดียว	1. กิจการที่เกิดขึ้นใหม่ไม่อาจจับโอนเฉพาะสินทรัพย์มาได้ แต่จะต้องรับโอนความรับผิดชอบที่มีอยู่เดิมของกิจการก่อนมาไว้ด้วย
2. บริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จะมีฐานลูกค้าขนาดใหญ่มากขึ้นเนื่องจากการรวมฐานลูกค้าเดิมจากกิจการก่อนหน้าเข้ามาไว้ด้วยกัน	2. การควบกิจการจนเหลือเพียงกิจการเดียว อาจทำให้การแข่งขันที่มีอยู่ในตลาดลดลงจนถึงขนาดก่อให้เกิดการผูกขาดได้
3. ทำให้การเผชิญความกดดันจากการแข่งขันลดลง โดยเฉพาะกรณีการควบกิจการระหว่างบริษัทที่เป็นคู่แข่งกันมาก่อน	
4. เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการกิจการ เนื่องจากการรวมการบริหารจัดการทั้งสองกิจการเข้าไว้ด้วยกัน เพื่อการเติบโตของกิจการที่เกิดขึ้นใหม่เพียงกิจการเดียว และยังส่งผลเป็นการเพิ่มโอกาสในการประสบความสำเร็จทางธุรกิจอีกด้วย	

¹⁵⁴ Michael Kanellos, "Compaq to buy Digital for \$9.6 billion," [Online] Accessed: 14 February 2021. Available from: <https://www.cnet.com/news/compaq-to-buy-digital-for-9-6-billion/>.

¹⁵⁵ Vikas Yadav, "Amalgamation – Meaning, Effects, Pros and Cons," [Online] Accessed: 13 February 2021. Available from: <https://www.monetarysection.com/topics/amalgamation-meaning-effects-pros-and-cons>.

2.4.4.2 การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ

การรวมธุรกิจรูปแบบที่สอง ได้แก่ การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ (share acquisition) หมายถึง การดำเนินการให้ได้มาซึ่งหุ้นข้างมากของอีกบริษัทหนึ่ง โดยสามารถดำเนินการโดยการซื้อหุ้นและชำระค่าหุ้นเป็นเงินสด หรือการแลกหุ้น (share swap) และการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้ง (holding company structure) เพื่อให้ได้อำนาจในการบริหารจัดการของอีกบริษัทหนึ่งก็ได้ ซึ่งการรวมธุรกิจในลักษณะนี้เป็นกรณีที่บริษัทหนึ่งต้องการดำเนินกิจการของอีกบริษัทหนึ่ง โดยไม่ประสงค์จะควบเป็นบริษัทเดียวกัน¹⁵⁶

การรวมธุรกิจโดยวิธีการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการนั้น โดยทั่วไปแล้วมีข้อดีและข้อเสียดังต่อไปนี้¹⁵⁷

ตารางที่ 3 ตารางสรุปข้อดีและข้อเสียของการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ

ข้อดี	ข้อเสีย
1. รวดเร็ว และเป็นที่ยอมรับในปัจจุบัน	1. อาจทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างกิจการของตนเอง
2. บริษัทผู้ซื้อจะได้รับใบอนุญาตต่าง ๆ และสามารถประกอบธุรกิจได้ทันที	2. ผู้ซื้อหุ้นของกิจการจะต้องรับมาทั้งสิทธิและหน้าที่ทั้งหลายของกิจการโดยไม่สามารถคัดเลือกได้
3. ช่วยลดต้นทุน และเพิ่มผลผลิตของกิจการได้ เนื่องจากสามารถใช้กลยุทธ์การขายและการตลาดด้วยกันได้	3. ต้องรับโอนพนักงานลูกจ้างมาด้วย ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับวัฒนธรรมภายในองค์กร รวมถึงก่อให้เกิดภาวะในการเลิกจ้างพนักงานเหล่านั้น
4. สามารถเข้าถึงฐานลูกค้าที่กว้างขึ้น จากกลุ่มลูกค้าของกิจการที่ได้รับหุ้นหรือสินทรัพย์มา	4. ในบางกรณี อาจตกอยู่ภายใต้กฎหมายหลักทรัพย์ของแต่ละประเทศ ซึ่งอาจมีกระบวนการและขั้นตอนที่ซับซ้อน ทำให้การเข้าซื้อหุ้นของกิจการใช้ต้นทุนดำเนินงานที่สูงขึ้น

ตัวอย่างของการรวมธุรกิจโดยการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ เช่น การเข้าซื้อหุ้นของบริษัท LinkedIn Corporation (LinkedIn) โดยบริษัท Microsoft Corporation (Microsoft) ในปี ค.ศ. 2016 ซึ่งมีมูลค่าถึง 26,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยที่บริษัท Microsoft นั้น ต้องการฐาน

¹⁵⁶ สหชน รัตนไพจิตร, กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท, หน้า 455 - 456.

¹⁵⁷ กิตติพงศ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์ และคณะ, รู้เพื่อจัดการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, หน้า 94; สหชน รัตนไพจิตร, กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท, หน้า 456; CFI, "Asset Purchase vs Stock Purchase," [Online] Accessed: 14 February 2021. Available from: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/deals/asset-purchase-vs-stock-purchase/>.

ลูกค้าซึ่งเป็นกลุ่มผู้ใช้บริการของ LinkedIn จำนวนถึง 433 ล้านราย เพื่อเพิ่มผลิตภาพด้านข้อมูลของบริษัท Microsoft¹⁵⁸ ซึ่งภายหลังจากการเข้าซื้อหุ้นของบริษัท LinkedIn เป็นเวลา 3 ปี ปรากฏว่า ภายใต้การบริหารของบริษัท Microsoft นั้น ผู้ใช้บริการของ LinkedIn มีจำนวนเพิ่มขึ้นกว่า 212 ล้านราย และมีรายได้ในปี ค.ศ. 2019 ถึง 6,800 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเป็นการเพิ่มขึ้นกว่า 28% ของปีที่ผ่านมา ซึ่งการเพิ่มขึ้นของกลุ่มผู้ใช้บริการและรายได้ดังกล่าวเป็นผลมาจากการเชื่อมโยงการใช้งานระหว่างแพลตฟอร์ม LinkedIn และโปรแกรมต่าง ๆ ของ Microsoft ทำให้มีข้อมูลของผู้ใช้บริการที่มากขึ้น จนสามารถพัฒนาความสามารถของโปรแกรมการใช้งานต่าง ๆ ได้ตรงความต้องการของผู้ใช้บริการ¹⁵⁹

การรวมธุรกิจโดยวิธีการซื้อหุ้นของกิจการก็ได้รับความนิยมในประเทศไทย เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น การเข้าซื้อหุ้นของบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด (เทสโก้) โดยบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด (ซี.พี.) ในปี พ.ศ. 2563 ซึ่งมีมูลค่าการรวมธุรกิจสูงถึง 338,000 บาท อันเป็นการรวมธุรกิจค่าปลีกที่มีมูลค่าสูงสุดในประเทศไทย และนับเป็นการรวมธุรกิจขนาดใหญ่ที่ต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นครั้งแรกภายหลังจากที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีผลบังคับใช้ โดยที่ในการรวมธุรกิจครั้งดังกล่าว บริษัท ซี.พี. ได้เข้าถือหุ้นของบริษัท เทสโก้ จำนวน 86.9% และของบริษัท Tesco Stores (Malaysia) Sdn. Bhd. จำนวน 100%¹⁶⁰ ซึ่งภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น บริษัท ซี.พี. สามารถเข้าบริหารจัดการและดำเนินธุรกิจของบริษัท เทสโก้ได้ทันที อีกทั้งยังสามารถเข้าถึงกลุ่มลูกค้าเดิมของบริษัท เทสโก้ ในตลาดไฮเปอร์มาร์เก็ต ซึ่งเป็นตลาดที่บริษัท เทสโก้นั้นมีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุด นอกจากนี้ บริษัท ซี.พี. ยังสามารถเข้าถึงช่องทางจัดจำหน่ายสินค้าของบริษัท เทสโก้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกิจร้านสะดวกซื้ออีกด้วย เป็นต้น¹⁶¹

¹⁵⁸ WallStreetMojo, "Acquisitions Examples," [Online] Accessed: 15 February 2021. Available from: <https://www.wallstreetmojo.com/acquisitions-examples/>.

¹⁵⁹ Jon Erlichman, "Three years after Microsoft acquisition, LinkedIn keeps quietly climbing," [Online] Accessed: 16 February 2021. Available from: <https://www.bnnbloomberg.ca/three-years-after-microsoft-acquisition-linkedin-keeps-quietly-climbing-1.1335990>.

¹⁶⁰ Money Buffalo, "สรุปรายละเอียด ดีล "CP" ซื้อหุ้น Tesco Lotus" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2564. แหล่งที่มา: <https://www.moneybuffalo.in.th/business-economy/cp-ซื้อหุ้น-tesco-lotus>

¹⁶¹ ถนัดกิจ จันภิเสน, "'เทสโก้ โลตัส' คืนสู่มือซีพี ดีลนี้จะเปลี่ยนสมรภูมิค้าปลีกให้ร้อนแรงขึ้นแค่ไหน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2563. แหล่งที่มา: <https://thestandard.co/tesco-lotus-returns-to-cp/>

2.4.4.3 การโอนกิจการหรือสินทรัพย์

การรวมธุรกิจรูปแบบที่สาม คือ การได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือกิจการของผู้ประกอบธุรกิจ หรือเรียกว่าการโอนกิจการหรือสินทรัพย์ (business/asset acquisition) หมายถึง การที่บริษัทหนึ่งโอนสินทรัพย์ หรือกิจการทั้งหมด หรือในบางส่วนที่เป็นสาระสำคัญให้อีกบริษัทหนึ่ง โดยบริษัทผู้โอนอาจเลิกกิจการและชำระบัญชี หรือจะขายกิจการให้แก่บริษัทอื่น ๆ ก็ได้ หรือจะประกอบธุรกิจประเภทอื่นแทนก็ได้¹⁶² โดยที่การโอนกิจการหรือสินทรัพย์นั้นสามารถทำได้หลายวิธี เช่น การชำระด้วยเงินสดซึ่งเป็นวิธีปกติของการซื้อขายสินทรัพย์ หรือการชำระด้วยหุ้น โดยการออกหุ้นของตนมาเพื่อชำระค่าโอนทรัพย์สินจากผู้ขาย หรือการซื้อหุ้นและโอนกิจการหรือสินทรัพย์ (two-step business asset/ and share acquisition)¹⁶³

ทั้งนี้ การรวมธุรกิจโดยวิธีการโอนกิจการหรือสินทรัพย์นั้น โดยทั่วไปแล้วมีข้อดีและข้อเสียดังต่อไปนี้¹⁶⁴

ตารางที่ 4 ตารางสรุปข้อดีและข้อเสียของการโอนกิจการหรือสินทรัพย์

ข้อดี	ข้อเสีย
1. บริษัทไม่ต้องรับผิดชอบในความรับผิดชอบของบริษัทเดิม	1. อาจต้องเสียเวลาในการโอนทรัพย์สินแต่ละประเภท
2. สามารถเลือกทรัพย์สินเป็นรายชิ้นได้ โดยไม่ต้องโอนทรัพย์สินทั้งหมด	2. ต้องดำเนินการเจรจาสัญญากับลูกค้าและผู้จัดหารายได้ใหม่
3. สามารถเริ่มธุรกิจได้ทันที โดยไม่ต้องห่วงภาระต่าง ๆ ภายในชื่อใหม่และภาพลักษณ์ใหม่	3. ต้องดำเนินการเจรจาสัญญากับลูกจ้างที่มีความสำคัญใหม่
4. อาจซื้อทรัพย์สินได้ในราคาที่เหมาะสมหรือราคาตลาด	4. อาจต้องการการสร้างภาพลักษณ์ของบริษัท รวมถึงเครื่องหมายการค้า และชื่อเสียงของบริษัทขึ้นมาใหม่

ตัวอย่างของการรวมธุรกิจโดยการโอนกิจการหรือสินทรัพย์ เช่น การเข้าซื้อหุ้นในธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน) (“BAY”) โดยธนาคารแห่งโตเกียว-มิทซูบิชิ ยูเอฟเจ จำกัด (“BTMU”) โดยการทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์ทั้งหมดของกิจการจากผู้ถือหุ้นปัจจุบันของ BAY แล้วจึงโอนกิจการ BTMU สาขากรุงเทพให้แก่ BAY โดยที่ BAY ชำระค่าตอบแทนการรับโอนกิจการด้วยหุ้นเพิ่มทุนของตนเอง นอกจากนี้ ยังมีการเข้าซื้อกิจการของบริษัท Uber Technologies, Inc.

¹⁶² สหชน รัตน์ไพจิตร, กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท, หน้า 454.

¹⁶³ กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, รู้เพื่อการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย, หน้า 102 - 103.

¹⁶⁴ CFI, "Asset Purchase vs Stock Purchase," [Online] Accessed: 14 February 2021. Available from: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/deals/asset-purchase-vs-stock-purchase/>.

(“Uber”) ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยบริษัท Grab, Inc. (“Grab”) ซึ่ง GRAB ทำการชำระค่าตอบแทนการรับโอนกิจการด้วยการแลกกับหุ้นในบริษัท GRAB จำนวน 27 ล้านหุ้น อย่างไรก็ตาม การรวมธุรกิจระหว่าง GRAB และ UBER นี้ ทำให้การแข่งขันในตลาดผู้ให้บริการร่วมเดินทางของประเทศสิงคโปร์ลดลงอย่างมีนัยสำคัญ และ GRAB กลายเป็นผู้ครองส่วนแบ่งในตลาดดังกล่าวกว่า 80% อีกทั้งยังมีพฤติกรรมการขึ้นค่าบริการราว 10 - 15% เป็นเหตุให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์สั่งปรับ GRAB และ UBER เป็นจำนวนเงิน 6.58 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และ 6.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐตามลำดับ เนื่องจากบริษัททั้งสองทำการรวมธุรกิจอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ มาตรา 54¹⁶⁵

2.4.4.4 กิจการร่วมค้า

นอกจากการรวมธุรกิจทั้ง 3 รูปแบบข้างต้นแล้ว ธุรกิจอีกรูปแบบหนึ่งที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ มักถือว่าเป็นการรวมธุรกิจด้วยรูปแบบหนึ่ง คือ กิจการร่วมค้า (joint venture) ซึ่งหมายถึงกิจการที่ก่อตั้งขึ้นโดยกลุ่มบุคคลหรือนิติบุคคลตั้งแต่ 2 กลุ่มขึ้นไปเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์กัน โดยที่อาจจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลหรือไม่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลก็ได้ ทั้งนี้ กิจการร่วมค้าที่มีได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลจะมีพันธะกันตามสัญญาการทำกิจการร่วมค้า¹⁶⁶ ซึ่งนิติบุคคลหรือโครงการใหม่ที่ตั้งขึ้นร่วมกันนั้นจะมีการกำหนดวัตถุประสงค์ และเป้าหมายในการดำเนินงานไว้อย่างชัดเจน และมีการกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้น สิทธิความเป็นเจ้าของหน้าที่ความรับผิดชอบต่าง ๆ รวมถึงการแบ่งผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินงานในโครงการหรือในนิติบุคคลนั้น ๆ ทั้งนี้ การร่วมลงทุนกันในลักษณะนี้อาจเกิดจากความต้องการสร้างความแข็งแกร่งและความเติบโตให้กับธุรกิจของผู้ลงทุน หรือเพื่อยกระดับหรือเพิ่มศักยภาพในการดำเนินธุรกิจของตนก็ได้¹⁶⁷

โดยปกติแล้วกิจการร่วมค้าก็มีส่วนช่วยให้เกิดการค้าเสรี ลดการทุ่มตลาด ตลอดจนลดการมีพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมลงได้ เนื่องจากในปัจจุบันการแข่งขันทางธุรกิจนั้นมีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น โดยที่กิจการขนาดใหญ่มีความได้เปรียบในการแข่งขันกับกิจการที่มีขนาดเล็กเป็นอย่างมาก ดังนั้น การเข้าร่วมกันทำธุรกิจในรูปแบบของกิจการร่วมค้าจะทำให้กิจการมีขนาดใหญ่

¹⁶⁵ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง การควบรวมกิจการกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), หน้า 50; ปณชัย อารีเพิ่มพร, "สิงคโปร์สั่งปรับ Grab และ Uber รวม 13 ล้านดอลลาร์ เหตุผูกขาดการให้บริการหลังควบรวมกิจการ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 22 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://thestandard.co/singapore-competition-watchdog-fines-grab-uber/>

¹⁶⁶ อัญญา ชันชวิทย์, การควบกิจการและการครอบงำกิจการ, หน้า 452.

¹⁶⁷ กิติพงศ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์ และคณะ, กลยุทธ์การควบรวมกิจการอย่างมืออาชีพ, หน้า 165 - 166.

ขึ้น และยังเป็น การเพิ่มจำนวนของกิจการที่จะมาแข่งขันกันให้มีจำนวนมากขึ้นอีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี กิจการร่วมค้าส่วนหนึ่งก็มีการก่อให้เกิดการทุ่มตลาด การลดการแข่งขัน หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการร่วมค้าที่เกิดขึ้นเนื่องจากการลดการแข่งขันไม่ให้ทวีความรุนแรง หรือเพื่อขยายอำนาจตลาด¹⁶⁸

ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลายประเทศจึงมีการกำกับดูแล กิจการร่วมค้าโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจด้วยสาเหตุดังกล่าว ซึ่งกฎหมาย การแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศอาจมีแนวทางการพิจารณาลักษณะของกิจการร่วมค้าที่ตก อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ก็มีสาระสำคัญคือผู้ประกอบการจะต้องมี การบริหารองค์กรที่เกิดขึ้นนั้นร่วมกัน โดยที่กิจการร่วมค้านั้นจะต้องมีการดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ (full function) มิได้ต้องการดำเนินกิจกรรมทางการค้าเพียงบางประการ เช่น การจัดจำหน่ายสินค้า ของผู้ประกอบการ¹⁶⁹ นอกจากนี้ ผู้ประกอบการนั้นจะต้องมีความมุ่งหมายที่จะดำเนินกิจการใน ลักษณะมั่นคงถาวร เป็นต้น¹⁷⁰

ตัวอย่างของกิจการร่วมค้าที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น การร่วมลงทุน ระหว่างบีทีเอส กรุ๊ป โฮลดิ้งส์ (“บีทีเอส”) กับบริษัท แสนสิริ จำกัด (มหาชน) (“แสนสิริ”) โดยจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ชื่อ บริษัท บีทีเอส แสนสิริ โฮลดิ้ง ทุ จำกัด ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อร่วมกัน พัฒนาอสังหาริมทรัพย์ตามแนวเส้นทางเดินรถไฟฟ้าทั้งในปัจจุบัน และส่วนต่อขยายในอนาคต รวม จำนวน 25 โครงการ ซึ่งมีสัดส่วนการลงทุนกันในอัตรา 50:50 ทั้งนี้ การร่วมลงทุนดังกล่าว ทำให้บีที เอสได้ประโยชน์จากแสนสิริที่เชี่ยวชาญในการพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์ ขณะที่แสนสิริก็ได้ ประโยชน์จากบีทีเอสซึ่งมีบริษัทในเครือประกอบธุรกิจสื่อออนไลน์ และธุรกิจให้บริการบัตรแรบบิท ที่ จะทำให้แสนสิริรับทราบถึงพฤติกรรมของผู้บริโภคและออกแบบผลิตภัณฑ์ ให้ตรงกับกลุ่มเป้าหมาย มากขึ้น¹⁷¹

นอกจากนี้ ในต่างประเทศก็มีการร่วมลงทุนในลักษณะกิจการร่วมค้าเป็น จำนวนมาก เช่น กิจการร่วมค้าระหว่าง BMW Group กับ PSA Peugeot Citroën เพื่อเป็นหนึ่งใน

¹⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 458 - 459.

¹⁶⁹ Alison Jones, Brenda Sufirin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1076.

¹⁷⁰ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.857; Lim Chong Kin and Cavinder Bull SC, *Competition Law and Policy in Singapore*, 2nd ed. (Singapore: Academy Publishing, 2015), p.185; Alison Jones, Brenda Sufirin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*.

¹⁷¹ Brand Buffet, "10 เรื่องเบื้องหลังเมกะดีล “บีทีเอส” แต่งงานกับ “แสนสิริ”" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 22 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.brandbuffet.in.th/2014/10/bts-sansiri-joint-venture-deal/>

ผู้นำรถยนต์ไฮบริดและรถยนต์ไฟฟ้า หรือกิจการร่วมค้าระหว่างสายการบิน Delta ของสหรัฐอเมริกา กับสายการบิน Virgin Atlantic ของประเทศอังกฤษ เพื่อขยายเส้นทางการบินโดยให้ลูกค้าสามารถใช้บริการของทั้งสองสายการบินร่วมกันได้¹⁷² เป็นต้น

2.4.5 รูปแบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น อาจมีความแตกต่างกันออกไปตามสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของประเทศนั้น ๆ ซึ่งโดยสรุปแล้ว อาจแบ่งรูปแบบของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ดังนี้

2.4.5.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบอนุญาต

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบอนุญาตนี้ หมายถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจนั้นมีหน้าที่ต้องรายงานการรวมธุรกิจดังกล่าวของตน เพื่อขออนุญาตในการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาถึงความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ ประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และการไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภค แล้วจึงมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาต หากองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจ แต่ผู้ประกอบธุรกิจยังฝ่าฝืนคำสั่งนั้น ก็จะได้รับโทษตามกฎหมาย¹⁷³ โดยที่ระบบอนุญาตนี้ ถือได้ว่าเป็นระบบที่ได้รับความนิยมนำไปปรับใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากที่สุด

2.4.5.2 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้ง

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจ สามารถดำเนินการรวมธุรกิจไปได้โดยไม่ต้องดำเนินการใด ๆ ต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตราบเมื่อการรวมธุรกิจนั้นได้ดำเนินการจนเสร็จสิ้นเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจึงมาดำเนินการแจ้งผลการรวมธุรกิจให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าทราบภายในกรอบเวลาที่กฎหมายกำหนด

¹⁷² Money Buffalo, "Joint Venture" อีกหนึ่งทางเลือกของการทำธุรกิจในยุคสมัยนี้" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 22 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.moneybuffalo.in.th/ธุรกิจและเศรษฐกิจ/joint-venture-ทางเลือกธุรกิจ>

¹⁷³ ศุภวัชร มาลานนท์, กฎหมาย 4.0 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 176 - 177.

2.4.5.3 การกำกับดูแลเฉพาะพฤติกรรมภายหลังการรวมธุรกิจ

การกำกับดูแลเฉพาะพฤติกรรมภายหลังการรวมธุรกิจ หมายถึงกรณีที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้เป็นการเฉพาะให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจนั้นปฏิบัติตาม ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงมีอิสระที่จะรวมธุรกิจได้ โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะกำกับดูแลเฉพาะพฤติกรรมที่เกิดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นแล้ว โดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องอื่น ๆ เช่น การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ หรือการใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น

2.4.6 ผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยทั่วไปจะกำหนดให้การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบ 2 ประเภทใหญ่ ๆ อยู่ในขอบเขตที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องพิจารณาว่าควรจะให้มีการรวมธุรกิจนั้นได้หรือไม่ในกรณีที่เกิดผลกระทบดังต่อไปนี้

2.4.6.1 การรวมธุรกิจอันอาจทำให้เกิดการผูกขาด หรือสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ผลกระทบประการแรกที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาว่าอาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นหรือไม่ ได้แก่ การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดขึ้นในตลาด หรือทำให้ผู้ประกอบการนั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งการผูกขาดนี้ หมายถึง ภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้ว ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ๆ เหลือผู้ประกอบการเพียงรายเดียวในตลาดดังกล่าว โดยปราศจากคู่แข่งอีกต่อไป ส่วนการพิจารณาว่า ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบการจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และพิจารณาไปตามเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ดังกล่าว

การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบในลักษณะนี้ ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจที่อาจเป็นอันตรายต่อระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ดังนั้น โดยหลักแล้วองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะไม่ยอมให้มีการรวมธุรกิจที่เกิดผลกระทบเช่นนี้ขึ้น

2.4.6.2 การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

ผลกระทบที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาถึงเป็นประการถัดมา คือ การก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจนั้น ซึ่งผลกระทบลักษณะนี้มีลักษณะที่ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถกำกับดูแลพฤติกรรมของการรวมธุรกิจนั้นกว้างขวางและ

มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น กล่าวคือ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะคำนึงถึงทั้งผลกระทบในลักษณะที่อาจเกิดการร่วมมือกันภายหลังการรวมธุรกิจ และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันแล้วเพียงรายเดียวก็ได้ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่จำเป็นต้องมีสถานะของการผูกขาด หรือการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเกิดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ¹⁷⁴

2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

แนวคิดการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเป็นแนวคิดรูปแบบหนึ่งที่ถูกนำมาปรับใช้เพื่อควบคุมการรวมธุรกิจ โดยมุ่งควบคุมมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจที่อาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ทำให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ ซึ่งการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยแนวคิดนี้ จะมีความเชื่อมโยงกับบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ในประเด็นการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจด้วย

2.5.1 ความหมายและความเป็นมาของแนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

แนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดนั้น เกิดขึ้นจากการประนีประนอมทางการเมืองของรัฐสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เนื่องจากขนาดตลาดของรัฐสมาชิกหลายประเทศไม่ใหญ่พอที่จะให้มีผู้ประกอบการจำนวนมากเหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องยอมรับการที่ตลาดสินค้าและบริการจะมีลักษณะเป็นตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย (oligopoly) เพื่อให้ผู้ประกอบการได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาด (economy of scale) ได้ และเมื่อเป็นเช่นนั้นย่อมทำให้เกิดผู้ประกอบการที่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ขึ้นในตลาดสินค้าและบริการ¹⁷⁵

ทั้งนี้ สถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด เป็นสถานะของผู้ประกอบการซึ่งเกิดจากการมีอำนาจตลาด (market power) เนื่องจากในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นไม่มีการแข่งขัน ไม่ว่าจะเพราะมีผู้ประกอบการรายเดียวอยู่ในตลาด หรือมีผู้ประกอบการหลายราย แต่ปรากฏว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นต่างยุติการแข่งขันทะหว่างกัน¹⁷⁶ โดยใน Black's Law Dictionary Eighth Edition ได้ให้ความหมายไว้ว่า อำนาจตลาด คือ “ความสามารถที่จะลดปริมาณสินค้า และขึ้นราคาให้สูงกว่าระดับ

¹⁷⁴ Gunnar Niels, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, p.336.

¹⁷⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 83.

¹⁷⁶ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 25.

ราคาแข่งขัน (ต้นทุนส่วนเพิ่ม) ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และมีผลทำให้ได้รับกำไรจากการกระทำนั้น ซึ่งถ้ามีอำนาจตลาดมากๆ ก็อาจจะเกิดเป็นอำนาจผูกขาด (monopoly power)¹⁷⁷ ขณะที่ในเชิงเศรษฐศาสตร์นั้น อำนาจตลาด (market power) หมายถึง ความสามารถในการกำหนดราคาสูงกว่าต้นทุนหน่วยสุดท้าย (marginal cost) เนื่องจากภายใต้การแข่งขันอย่างสมบูรณ์ ราคาสินค้าหรือบริการจะเท่ากับต้นทุนส่วนเพิ่ม ดังนั้น ถ้าราคาของผู้ประกอบการรายใดสูงเกินกว่าต้นทุนหน่วยสุดท้าย หมายความว่า ผู้ประกอบการรายนั้นไม่ได้เผชิญกับการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ หรือก็คือผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจตลาดอยู่บ้าง¹⁷⁸

กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจตลาด คือ ความสามารถของผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายที่จะควบคุมราคาสินค้าให้สูงกว่าระดับราคาแข่งขันเพื่อหากำไร โดยจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการ (reducing output) และรักษาระดับราคาที่เพิ่มขึ้นนั้นโดยไม่ทำให้ยอดขายสินค้าหรือบริการลดลงอย่างมาก จนทำให้ไม่ได้รับกำไรจากการขึ้นราคาและต้องยุติการขึ้นราคานั้น¹⁷⁹ ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่ได้ศึกษาในเบื้องต้นว่า เมื่อสินค้ามีปริมาณน้อยกว่าความต้องการ ย่อมส่งผลให้สินค้านั้นมีราคาสูงขึ้น ผู้ประกอบการที่สามารถควบคุมปริมาณสินค้าให้น้อยกว่าความต้องการ และขายสินค้านั้นสูงกว่าราคาแข่งขันย่อมถือได้ว่ามีอำนาจตลาดอย่างแน่นอน¹⁸⁰

ศาลของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (European Court of Justice) ให้ความหมายสำหรับสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ในคดี *United Brands*¹⁸¹ เอาไว้ว่า อำนาจเหนือตลาด ถือว่าเป็นสถานะของความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการซึ่งทำให้ผู้ประกอบการสามารถป้องกันไม่ให้เกิดการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อรักษาสถานะดังกล่าวของผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง ส่งผลให้ผู้ประกอบการสามารถกระทำการได้โดยอิสระไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่ง ลูกค้า หรือแม้แต่ผู้บริโภค¹⁸²

อย่างไรก็ดี สถานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) มีความหมายที่แตกต่างและกว้างกว่าผู้ผูกขาด (monopolist) กล่าวคือ สำหรับ “ผู้ผูกขาด” โดยความหมายที่

¹⁷⁷ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed. (Minnesota: West Publishing, 2004), p.991.

¹⁷⁸ ศิริศักดิ์ จีงถาวรธรรม, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 53.

¹⁷⁹ เรื่องเดียวกัน

¹⁸⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.78.

¹⁸¹ Case 27/76 *United Brands v. Commission* [1978] E.C.R. 207; [1978] 1 CMLR 429

¹⁸² Sinisa Varga, "The Economics of E.C. Competition Law: Concepts, application and measurement," *Review of EU Law* 5(2006): 6.

เครื่องครัดในทางเศรษฐศาสตร์แล้วย่อมหมายถึง ผู้ประกอบการรายเดียวที่มีอยู่ในตลาดผูกขาดซึ่งไม่มีสินค้าอื่นทดแทนได้ ทำให้มีอำนาจตลาดโดยสมบูรณ์ สามารถที่จะกำหนดราคาและปริมาณสินค้าได้ในขณะที่ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” คือ ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการที่มีความสามารถที่จะกำหนดราคาของสินค้าและค่าบริการโดยอิสระ ปราศจากความกดดันจากการแข่งขันในตลาด¹⁸³ รวมถึงการมีอิทธิพลต่อการแข่งขันที่มีใช้เรื่องราคาด้วย¹⁸⁴ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด คือ สถานะของผู้ประกอบการที่มีความสามารถที่จะขึ้นราคาและรักษาราคาดังกล่าวไว้ให้อยู่เหนือระดับราคาที่มีการแข่งขัน (competitive price) ไว้ได้¹⁸⁵

การนำแนวคิดเกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือตลาดมาใช้กำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป โดยได้มีการตราระเบียบประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยเฉพาะเป็นฉบับแรกขึ้นในปี ค.ศ. 1989 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1990 ได้แก่ Council Regulation (EEC) No.4064/89 ภายหลังจากที่มีความพยายามตีความบทบัญญัติมาตรา 101 ว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน และมาตรา 102 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ของสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) มาเป็นระยะเวลาานาน แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้กำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁸⁶

ภายใต้ Council Regulation No.4064/89 ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปนั้น ใช้เกณฑ์สถานะอำนาจเหนือตลาดมาเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาการรวมธุรกิจ กล่าวคือ ระเบียบดังกล่าวนั้น ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาด หรือทำให้สถานะอำนาจเหนือตลาดนั้นแข็งแกร่งขึ้น อันจะส่งผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพของตลาดรวมอย่างมีนัยสำคัญ โดยที่คณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปจะพิจารณาผลกระทบต่อตลาดที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจทั้งในระยะสั้น ระยะกลาง และระยะยาวด้วย¹⁸⁷ ทั้งนี้ เพื่อให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยแนวคิดเรื่องสถานะอำนาจเหนือตลาดมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

¹⁸³ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 41.

¹⁸⁴ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 - 29, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 85.

¹⁸⁵ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 - 29, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 86.

¹⁸⁶ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, p.1067.

¹⁸⁷ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp.25 - 26.

คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปก็ได้้นำแนวคิดเรื่องสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน (collective dominance) มาปรับใช้แก่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจด้วย กล่าวคือ ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจมิได้ถึงขนาดส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ แต่หากการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถสร้างความร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้โดยง่าย ก็อาจถือว่าการรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน จึงอาจมีได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจนั้นก็ได้¹⁸⁸

แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ เนื่องจากประเทศส่วนใหญ่ก็มิได้มีลักษณะทางเศรษฐกิจขนาดใหญ่เหมือนกับสหรัฐอเมริกา จึงจำเป็นต้องยอมรับการที่ตลาดสินค้าและบริการจะมีลักษณะเป็นตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย เพื่อให้ผู้ประกอบการได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาดดังที่กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งรวมไปถึงประเทศไทยด้วยเช่นเดียวกัน โดยที่มาตรา 50 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ก็เป็นบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) ในปัจจุบัน โดยผ่านทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศเกาหลีใต้¹⁸⁹

2.5.2 วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ในอดีต คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปได้นำบทบัญญัติมาตรา 102 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม มาตีความเพื่อใช้กำกับดูแลการรวมธุรกิจด้วย โดยศาลของสหภาพยุโรปในคดี *Continental Can v. Commission*¹⁹⁰ ก็ยืนยันว่าบทบัญญัติมาตรา 102 สามารถปรับใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันได้ หากการรวมธุรกิจนั้นทำให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอยู่ก่อนหน้าการรวมธุรกิจนั้นเพิ่มขึ้น¹⁹¹ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการตีความบทบัญญัติดังกล่าวก็เพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมจากผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น ๆ ในภายหลังจากการรวมธุรกิจ

¹⁸⁸ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2013), pp.89 - 90.

¹⁸⁹ ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 83.

¹⁹⁰ Case 6/72, *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v Commission* [1973] CMLR 199

¹⁹¹ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1067.

ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลมิให้เกิดการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ก็เพื่อวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการ¹⁹² ได้แก่

ก. ปกป้องผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้แข่งขัน เนื่องจากหน้าที่ผู้ประกอบการรวมธุรกิจกันจนมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว อาจมีพฤติกรรมการแข่งขันที่อาจส่งผลร้ายต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดที่เป็นคู่แข่งกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบการที่มีขนาดเล็ก เช่น ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจกันมีอำนาจเหนือตลาดนั้นอาจมีพฤติกรรมลดราคาสินค้าหลายชนิดจนส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่น ๆ

ข. ปกป้องการแข่งขันในตลาด เนื่องจากการมีการแข่งขันในตลาดนั้นจะส่งผลดีต่อผู้บริโภคด้วย กล่าวคือ การกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจนำไปสู่การมีสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการนั้น เพื่อปกป้องและรักษาให้ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีการแข่งขันอยู่อย่างเพียงพอ เนื่องจากการยินยอมให้ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดอาจส่งผลให้ผู้ประกอบการนั้นมีพฤติกรรมอันส่งผลเป็นการจัดการแข่งขันในตลาดด้วยวิธีการกำหนดราคาหรือวิธีอื่นใด อันทำให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ไม่สามารถแข่งขันต่อไปได้และจำเป็นต้องออกไปจากตลาด

การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบการที่ดำเนินการรวมธุรกิจกันจนมีสถานะของการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ¹⁹³ ได้แก่

ก. การใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuse) กล่าวคือ เป็นการใช้ประโยชน์จากสถานะอำนาจเหนือตลาดที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น เพื่อก่อให้เกิดผลตอบแทนหรือผลกำไรจากค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นของคู่ค้าหรือผู้บริโภคในตลาด¹⁹⁴ เช่น การกำหนดราคาสินค้าที่สูงเกินไป หรือลดราคาซื้อให้ต่ำเกินไป เป็นต้น

ข. การใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อจัดการแข่งขัน (exclusionary abuse) กล่าวคือ การใช้อำนาจเหนือตลาดที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น เพื่อมีพฤติกรรมต่าง ๆ อันส่งผลให้การแข่งขันในตลาดนั้นลดลง¹⁹⁵ เช่น การกำหนดราคาสินค้าให้ต่ำกว่าทุนเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing) เป็นต้น

¹⁹² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.200 - 203.

¹⁹³ ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 83.

¹⁹⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.208 - 209.

¹⁹⁵ *ibid.*, p.209.

2.5.3 ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น แสดงให้เห็นว่าในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น มีแนวโน้มที่จะเกิดการผูกขาดอันจะมีผลกระทบต่อกลไกตลาดอย่างรุนแรง กล่าวคือ กลไกตลาดจะไม่ทำงานหรือตลาดล้มเหลว (market failure) ซึ่งทำให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อระบบเศรษฐกิจ และทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถใช้อำนาจเหนือตลาดที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นเพื่อประโยชน์ต่าง ๆ จนส่งผลเสียต่อผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดนั้น และรวมไปถึงส่งผลเสียต่อสังคมได้ กล่าวคือ

2.5.3.1 ข้อเสียต่อผู้บริโภค

การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการจะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์โดยตรงจากข้อเสนอของหน่วยธุรกิจ เช่น ทางด้านราคา ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าและบริการได้ในราคาที่ เป็นธรรม ในราคาที่ผู้ประกอบการแข่งขันกันเพื่อช่วงชิงตลาดเป็นของตน ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าที่ดีและบริการที่หลากหลายตามระดับรายได้และรสนิยมของตน การแข่งขันทำให้ผู้ประกอบการต้องหันมาสนใจปรับปรุงพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการ เพื่อให้ผลผลิตของตนเป็นที่ต้องการของผู้บริโภคอยู่เสมอหรือพยายามที่จะเสนอสินค้าและบริการใหม่ ๆ เข้าสู่ตลาด ซึ่งสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้มักจะไม่ค่อยมีหรือมีอยู่ไม่มากนักในตลาดที่มีการผูกขาดหรือตลาดที่มีการแข่งขันน้อยมาก ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ให้ข้อสรุปว่า การผูกขาดเป็นตัวการทำให้ประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรได้รับ ขาดหายไป¹⁹⁶

2.5.3.2 ข้อเสียต่อผู้ผลิต

การผูกขาดทำให้เกิดข้อได้เปรียบข้อเสียเปรียบขึ้นในทางธุรกิจ ผู้ประกอบการที่ได้รับสิทธิการผูกขาดในตลาดย่อมเป็นผู้ได้เปรียบจากการแข่งขัน ทั้ง ๆ ที่ตนเองมิได้เป็นผู้ประกอบการที่มีความสามารถโดยแท้จริงอันเกิดจากการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพเหนือผู้อื่น ซึ่งทางเศรษฐศาสตร์ถือว่าการแข่งขันจะทำให้ผู้ประกอบการที่มีประสิทธิภาพเท่านั้นที่จะสามารถดำรงอยู่ได้ในระยะยาว หน่วยธุรกิจใดที่มีต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยสูงกว่าคู่แข่งจะถูกกระบวนการทำงานของกลไกราคาบีบบังคับให้ออกจากการแข่งขันไปในที่สุด โดยสรุปแล้วสามารถกล่าวได้ว่าตลาดที่มีการแข่งขันนั้น สามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ประกอบการด้วยกันเอง หรือ

¹⁹⁶ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 50.

เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการหน้าใหม่ (new entrants) สามารถเข้ามาแข่งขันได้ ซึ่งสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้จะไม่ค่อยมีหรือมีน้อยมากในตลาดที่มีการผูกขาดหรือการแข่งขันน้อยราย¹⁹⁷

2.5.3.3 ข้อเสียต่อสังคม

สิ่งที่สังคมต้องสูญเสียไปจากการผูกขาดที่ชัดเจน คือ การใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ดังที่ได้แสดงให้เห็นในตอนต้น นอกจากนี้กำไรส่วนเกิน (excessive profit) ยังตกไปเป็นกำไรของผู้ผูกขาด และประสิทธิภาพการผลิตที่เกิดจากการแข่งขันนั้นได้สูญหายไป (deadweight welfare loss)¹⁹⁸

2.5.4 แนวทางการประเมินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น โดยทั่วไปแล้วองค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ จะใช้ปัจจัยเกี่ยวกับโครงสร้างของตลาด และปัจจัยการแข่งขันอื่น ๆ มาเป็นเกณฑ์ในการประเมิน ดังต่อไปนี้

2.5.4.1 ส่วนแบ่งตลาด

องค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้พิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดจะนำไปสู่การมีสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ คือเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว หากการรวมธุรกิจใดอาจทำให้ผู้ประกอบการนั้นมีส่วนแบ่งตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจเกินกว่าร้อยละ 40 ก็จะทำให้มีความเสี่ยงที่จะถูกพิจารณาว่ามีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด¹⁹⁹ ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป หากผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 50 ภาระการพิสูจน์จะตกเป็นของฝ่ายผู้ประกอบการที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนเองนั้นไม่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด²⁰⁰ โดยที่ประเทศต่าง ๆ นั้นอาจมีเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดที่แตกต่างกันออกไป เช่น ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น ผู้ประกอบการธุรกิจจะถูกประเมินว่ามีสถานะอำนาจเหนือตลาดต่อเมื่อมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 60% ขึ้นไป²⁰¹

¹⁹⁷ เรื่องเดียวกัน

¹⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

¹⁹⁹ Paul M. Taylor, E.C. & U.K. Competition Law & Compliance (London: Sweet & Maxwell, 1999), p.44.

²⁰⁰ ibid., pp.44 - 45.

²⁰¹ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, eds. Katrina Groshinski and Caitlin Davies (The Hague: Kluwer Law International, 2015), p.605.

ขณะที่ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ผู้ประกอบธุรกิจจะถูกประเมินว่ามีสถานะอำนาจเหนือตลาดต่อเมื่อมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 50% ขึ้นไป หรือเมื่อผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรกในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 75% ขึ้นไป ดังนั้น ในแง่มุมมองของการพิจารณาปัจจัยด้านส่วนแบ่งตลาดนั้น การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย จึงหมายถึงการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่อย่างน้อยจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 50% ขึ้นไป หรือภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรกในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 75% ขึ้นไป เป็นต้น

2.5.4.2 ยอดขาย

ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของบางประเทศนั้น ก็มีการกำหนดให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายนายอดขายของผู้ประกอบธุรกิจมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการประเมินสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี (ประเทศเกาหลีใต้) นั้น นอกจากผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องถึงร้อยละ 50 ในกรณีผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว หรือร้อยละ 75 ในกรณีผู้ประกอบธุรกิจหลายรายแล้ว ยังจะต้องประกอบไปด้วยอีกองค์ประกอบหนึ่ง คือ ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องมียอดขายไม่ต่ำกว่า 4,000 ล้านบาทในปีที่ผ่านมา จึงจะถือว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะเป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด²⁰²

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดนั้น นอกจากจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องถึงร้อยละ 50 ในกรณีผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว หรือร้อยละ 75 ในกรณีผู้ประกอบธุรกิจหลายรายแล้ว ก็จะต้องมียอดขายไม่ต่ำกว่า 1,000 ล้านบาทด้วยเช่นกัน

2.5.4.3 ปัจจัยสภาพการแข่งขันอื่น ๆ

การพิสูจน์ว่าการรวมธุรกิจใดจะก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาด โดยทั่วไปแล้ว องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องนำปัจจัยอื่นๆ มาพิจารณาประกอบด้วย เช่น จำนวนผู้ประกอบการในตลาดสินค้า

²⁰² Korea Fair Trade Commission, "Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position," (13 August 2013).

หรือบริการนั้น อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่เกี่ยวข้อง ทั้งตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้า เชิงภูมิศาสตร์ และเชิงของระยะเวลา เป็นต้น²⁰³

เป็นต้นว่า แม้ผู้ประกอบการที่จะดำเนินการรวมธุรกิจกันนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งรวมกันถึงร้อยละ 60 แต่ก็ยังมีผู้ประกอบการรายอื่นเพียงสองหรือสามรายซึ่งเป็นคู่แข่งกันที่มีศักยภาพถือครองส่วนแบ่งตลาดที่เหลืออีกร้อยละ 40 เอาไว้ เช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่าในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวนั้น ยังคงมีการแข่งขันในด้านราคาที่มีประสิทธิภาพอยู่ มิได้มีการผูกขาดเกิดขึ้นแม้จะมีผู้ประกอบการรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดจำนวนมากในตลาดดังกล่าวก็ตาม²⁰⁴

ในทางตรงกันข้าม หากในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ผู้ประกอบการที่จะดำเนินการรวมธุรกิจกันนั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึงร้อยละ 60 ส่วนผู้ประกอบการรายอื่น ๆ อีกจำนวนมากในตลาดดังกล่าว นั้น มีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 1 ถึง 5 ต่อราย เช่นนี้การรวมธุรกิจของผู้ประกอบการกลุ่มที่มีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 60 นั้น ย่อมถือได้ว่าอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด²⁰⁵

นอกจากจำนวนผู้ประกอบการในตลาดแล้ว อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดก็เป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งในการประเมินสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการอีกด้วย เช่นกัน กล่าวคือ ในกรณีที่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดจำนวนมาก ไม่ว่าจะอุปสรรคโดยธรรมชาติ หรือโดยกฎหมาย เช่นนี้ย่อมมีแนวโน้มว่าจะมีการถือครองอำนาจตลาดโดยผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวอยู่ก่อนแล้ว²⁰⁶

2.5.5 แนวทางการประเมินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน

ดังที่กล่าวแล้วว่า นอกจากการนำแนวคิดเรื่องการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายหนึ่งมาใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแล้ว ในสหภาพยุโรปยังได้นำแนวคิดเรื่องการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหลายราย (collective dominance) มาสนับสนุนการกำกับดูแลการรวมธุรกิจด้วยเกณฑ์อำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 102 แห่ง

²⁰³ Case 6/72, Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v Commission [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199.

²⁰⁴ Paul M. Taylor, *E.C. & U.K. Competition Law & Compliance*, p.44.

²⁰⁵ *ibid.*, p.45.

²⁰⁶ *ibid.*

สนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปด้วย ทั้งนี้ การรวมธุรกิจที่อาจนำไปสู่การมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันก็อาจถูกคณะกรรมการสหภาพยุโรปห้ามมิให้กระทำได้ ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันดังกล่าวนี้ก็ได้รับการยอมรับและถูกนำไปปรับใช้ในหลายประเทศที่รับแนวคิดการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปด้วยเช่นกัน โดยหลักเกณฑ์ในการประเมินว่าการรวมธุรกิจใดอาจก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่ มีดังต่อไปนี้

2.5.5.1 ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีสถานะของการร่วมกัน

หลักเกณฑ์ประการแรก คือ ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายอาจมีสถานะของการร่วมกันหรือปรากฏเป็นตัวตนเดียวกัน หมายความว่า จะต้องมีความสัมพันธ์ที่ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่มีสถานะทั้งทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากกัน ถูกผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ค้า คู่แข่งขันหรือผู้บริโภคมองว่าเป็นตัวตนเดียวกัน²⁰⁷

ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจอันจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีสถานะของการร่วมกันหรือมีการปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันนั้น มีความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับการตีความเอาไว้ แบ่งออกเป็น 2 แนวความเห็น²⁰⁸ กล่าวคือ

ก. ความเห็นอย่างแคบ ซึ่งเห็นว่าความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจนั้น จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีความเชื่อมโยงระหว่างหน่วยเศรษฐกิจ และความเชื่อมโยงนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นรูปแบบที่สามารถจับต้องได้ ตัวอย่างเช่น มีการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายราย เป็นต้น

ตามความเห็นอย่างแคบนี้ อาจถูกโต้แย้งได้ว่า หากมีการตีความถึงความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจในลักษณะนี้ จะทำให้ไม่มีการนำแนวคิดเกี่ยวกับสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาปรับใช้ในความเป็นจริง เนื่องจากหากความสัมพันธ์ดังกล่าวมีลักษณะสามารถจับต้องได้ ดังเช่นมีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง การตกลงดังกล่าวย่อมขัดต่อบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ซึ่งเป็นบทบัญญัติอันเป็นหัวใจของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอยู่ในตัว และสามารถปรับใช้แก่การตกลงที่สามารถจับต้องได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า นอกเสีย

²⁰⁷ Frederic Depoortere and Giorgio Motta, "The Doctrine of Collective Dominance: All Together Forever?," [Online] Accessed: 18 July 2017. Available from: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-doctrine-of-collective-dominance-all-together-forever/>.

²⁰⁸ Liza Lovdahl Gormsen, "Collective dominance: An overview of national case law," [Online] Accessed: 19 June 2017. Available from: http://www.biicl.org/documents/554_collective_dominance.pdf?showdocument=1.

จากว่าการตกลงดังกล่าวจะไม่เข้าเงื่อนไขของความตกลงในเรื่องคาร์เทล หรือเข้าข่ายกเว้น ซึ่งทำให้เห็นว่ามีโอกาสน้อยมากที่จะนำเรื่องสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมาพิจารณา

ข. ความเห็นอย่างกว้าง เห็นว่าความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจนั้น เป็นการอนุমানเอาจากโครงสร้างของตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง โดยเฉพาะ โดยไม่จำเป็นต้องมีความตกลงที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละราย

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ.2002 ศาลกลางแห่งสหภาพยุโรป (General Court) ก็ได้มีคำพิพากษาในคดี *Airtours*²⁰⁹ ซึ่งนับได้ว่าเป็นก้าวสำคัญของการพัฒนาการเกี่ยวกับแนวความคิดเรื่องสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน โดยที่คำพิพากษาดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นในการพิจารณาความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการธุรกิจหลายราย ที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรักษาพฤติกรรมร่วมกันได้อย่างมั่นคง จนปรากฏตัวต่อผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นๆ คู่แข่งหรือผู้บริโภครวมกับเป็นตัวตนเดียวกัน

คดีนี้ นักวิชาการด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในยุโรปถือว่าเป็นคำพิพากษาที่เป็นการพัฒนาแนวทางการบังคับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแก่ผู้ประกอบการหลายรายเป็นอย่างมาก²¹⁰ โดยที่คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการควบรวมกิจการในตลาดผู้ให้บริการด้านการท่องเที่ยว เที่ยวบินเช่าเหมาลำ และโรงแรม ซึ่งมีผู้ให้บริการหลักในตลาดดังกล่าวเพียง 4 ราย และปรากฏว่ามีผู้ประกอบการในตลาดดังกล่าว 2 รายจะทำการควบรวมกิจการกัน ซึ่งภายหลังจากการควบรวมกิจการ จะทำให้ผู้ประกอบการ 3 รายแรกในตลาดการบริการแก่นักท่องเที่ยวในสหราชอาณาจักร มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 79% ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปเชื่อว่าหากยินยอมให้มีการดำเนินการดังกล่าว จะทำให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันในตลาด และผู้ประกอบการอาจมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้าได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกัน แต่สามารถมีวิธีการในการบริหารจัดการ เพื่อให้ผู้ประกอบการแต่ละรายมีพฤติกรรมประกอบการธุรกิจในทำนองเดียวกัน จนส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในตลาดดังกล่าวได้ จึงมีคำวินิจฉัยมิให้ผู้ประกอบการทั้งสองรายทำการควบรวมกิจการกัน²¹¹

ในคดีนี้ ศาลยุโรปชั้นต้นเห็นว่าคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปเพียงแต่แสดงให้เห็นว่าภายหลังจากการควบรวมกิจการจะทำให้เกิดการกระจุกตัวในตลาด แต่มิได้แสดงให้เห็นถึง

²⁰⁹ Case T-342/9, *Airtours plc v Commission* [2002] ECR II-2585, [2002] 5 CMLR 7

²¹⁰ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013), p.115.

²¹¹ Ioannis Kokkoris, *Competition Cases from the European Union* (London: Sweet & Maxwell, 2008), pp.146

การพิจารณาอย่างเพียงพอถึงองค์ประกอบที่จะก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันขึ้นระหว่างผู้ประกอบการทั้งสามรายที่จะคงเหลืออยู่ภายหลังการควบรวมกิจการอย่างเพียงพอ โดยที่ศาลยุโรปชั้นต้นได้กำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนยิ่งขึ้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ อันเป็นองค์ประกอบสำคัญของการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการหลายราย ในฐานะที่เป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดสถานะของการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ โดยศาลยุโรปชั้นต้นกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นในการพิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าวไว้ 3 ประการ ได้แก่²¹²

ก. ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถรับรู้และติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้ ซึ่งก่อให้เกิดความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้โดยปราศจากการตกลงโดยชัดแจ้ง โดยที่ปริมาณความโปร่งใสในตลาดจะเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นได้

ข. ผู้ประกอบการหลายรายนั้นจะต้องมีการร่วมมือกันโดยปริยายในลักษณะการอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเป็นระยะเวลานาน

ค. พฤติกรรมตอบโต้ที่คาดหมายได้ของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันในปัจจุบัน หรือในอนาคต รวมถึงผู้บริโภค ไม่อาจขัดขวางเป้าหมายของการมีพฤติกรรมที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการหลายรายนั้นได้

กล่าวโดยสรุป ผู้ประกอบการแต่ละรายจะต้องสามารถรับรู้กิจกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ และสามารถนำมาประยุกต์เป็นกลยุทธ์ทางการขายของตน ให้มีลักษณะเช่นเดียวกันกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ นั้นได้ และจะต้องมีการกระทำในลักษณะนี้เป็นระยะเวลานาน โดยที่หากผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมดังกล่าวแล้ว จะทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาดไม่อาจแข่งขันกับผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันกลุ่มนี้ได้

หลักเกณฑ์เหล่านี้กลายเป็นบรรทัดฐานของศาลในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการในเวลาต่อมา โดยศาลในคดีดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับปัจจัยที่จะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ในทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการหลายรายเอาไว้ 3 ประการ ซึ่งได้ถูกนำมากำหนดเอาไว้ในเอกสารข้อ

²¹² Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 5th ed. (Oregon: Hart Publishing, 2016), p.326.

หรือเกี่ยวกับแนวทางการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อการจัดการแข่งขันในปี ค.ศ. 2005 กล่าวคือ²¹³

ก. ประการแรก พิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายในตลาดมีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่สามารถรับรู้พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ เพื่อที่จะติดตามได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้มีพฤติกรรมทางการค้าที่เหมือนกันกับตนหรือไม่ หรือแม้กระทั่งสามารถติดตามได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ดำรงไว้ซึ่งพฤติกรรมที่เหมือนกันนั้นหรือไม่ ซึ่งปัจจัยข้อแรกนี้จะก่อให้เกิดความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้โดยปราศจากการตกลงโดยชัดแจ้ง

โดยที่ความโปร่งใสในตลาดสินค้าหรือบริการ (market transparency) นั้นจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถรับรู้และสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ ซึ่งความโปร่งใสในตลาดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจมีการเปิดเผยข้อมูลสำคัญในการประกอบธุรกิจ อันได้แก่ การเปิดเผยข้อมูลนโยบายการจัดการสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะเป็นในด้านปริมาณหรือในด้านการกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการ รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการบริหารจัดการและแผนการดำเนินงานในอนาคต เป็นต้น ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแม้จะส่งผลดีต่อผู้บริโภคอันทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงข้อมูลการจัดการสินค้าหรือบริการที่ตนบริโภคได้เป็นอย่างดี²¹⁴ แต่การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวที่มากเกินไปก็ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของตนให้เหมือนกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น ๆ ได้ และความโปร่งใสในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ไม่เพียงแต่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ แต่ยังส่งผลทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถรับรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดได้อีกด้วย²¹⁵

นอกจากปัจจัยด้านความโปร่งใสของตลาดสินค้าหรือบริการแล้ว การที่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีความมั่นคง ไม่เปลี่ยนแปลง เช่น ไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ๆ เข้ามาใน

²¹³ Case T-342/99, *Airtours plc v Commission*, General Court, [2002] ECR II-2585, [2002] 5 CMLR 7, para.62; Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 7th ed. (New York: Oxford University Press, 2012), p.579.

²¹⁴ Blake Morgan, "Why Transparency In Marketing Is Key For the Customer Experience," [Online] Accessed: 11 September 2017. Available from: <https://www.forbes.com/sites/blakemorgan/2015/09/08/why-transparency-in-marketing-is-key-for-the-customer-experience/#2c41fc061b9f>.

²¹⁵ Karolina Rydman, "Collective Dominance: How is it interpreted and how does it correlate with tacit coordination" (Master's Thesis, Legal Department, Stockholms Universitet, 2012), p.28.

ตลาด ไม่มีนวัตกรรมใหม่ๆ เกิดขึ้น หรือสินค้าหรือบริการในตลาดนั้นมิได้มีความแตกต่างกันมาก ก็ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถมีพฤติกรรมที่เหมือนกันได้ง่ายเช่นกัน²¹⁶

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ปัจจัยประการแรกคือการพิจารณาแนวโน้มการรวมตัวกันในตลาด (market prone to collusion) กล่าวคือ พิจารณาว่าผู้ประกอบการในตลาดนั้นมีโอกาสที่จะสามารถร่วมมือกันหรือมีพฤติกรรมเหมือนกันได้ยากหรือง่ายเพียงใด²¹⁷

ข. ประการที่สอง พิจารณาจากความถาวรของพฤติกรรมที่เหมือนกันดังกล่าว กล่าวคือ สถานการณ์การร่วมมือกันโดยปริยายอันได้แก่การมีพฤติกรรมที่เหมือนกันดังที่เกิดขึ้นในข้อแรกนั้นจะต้องดำรงอยู่อย่างถาวรเป็นระยะเวลาานาน²¹⁸

การพิจารณาว่าการร่วมมือกันมีพฤติกรรมที่เหมือนกันระหว่างผู้ประกอบการจะมีความถาวรหรือไม่นั้น คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปจะพิจารณาจากกลไกการตอบโต้ผู้ประกอบการที่มีการเบี่ยงเบนพฤติกรรมให้แตกต่างไปจากที่ได้ปฏิบัติเหมือนกันนั้น เนื่องจากการร่วมมือกันมีพฤติกรรมการตั้งราคาเหนือระดับราคาแข่งขันและลดปริมาณการผลิตสินค้าลงนั้น ทำให้ผู้ประกอบการมีแรงจูงใจทั้งในด้านที่จะคงพฤติกรรมกำหนดราคาดังกล่าวต่อไปเรื่อย ๆ และมีทั้งแรงจูงใจที่จะแยกตัวออกจากการร่วมมือกันนั้น การที่ผู้ประกอบการหลายรายมีพฤติกรรมตั้งราคาเหนือระดับราคาแข่งขันให้เท่า ๆ กัน โดยที่สินค้าของผู้ประกอบการนั้นมีความเหมือนกันนั้น ผู้ประกอบการรายหนึ่งอาจใช้กลยุทธ์การตัดราคาของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ซึ่งจะดึงดูดความสนใจจากผู้บริโภคได้เป็นอย่างมาก ทำให้ผู้ประกอบการดังกล่าวได้ประโยชน์เป็นกำไรจากการขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งมีจำนวนที่มากกว่ารายได้ที่เสียไปจากการลดราคาสินค้าหรือบริการนั้น²¹⁹

ดังนั้น การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายที่มีพฤติกรรมเหมือนกันจะมีความมั่นคงถาวรได้ จำเป็นต้องมีกลไกป้องกันซึ่งสามารถลดแรงจูงใจของผู้ประกอบการที่จะแยกตัวออกจากการร่วมมือกันได้ ซึ่งกลไกดังกล่าวจะต้องทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการที่จะเบี่ยงเบนพฤติกรรมนั้นได้พอสมควร เช่น ในกรณีการร่วมมือกันกำหนดราคาเท่ากันนั้น การก่อให้เกิดสงครามราคาระหว่างผู้ประกอบการก็เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งความกังวลว่าจะถูกโต้ตอบด้วยการก่อให้เกิดสงครามราคาจากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ นั้นจะทำให้การร่วมมือกันนั้นมีความมั่นคง ดังนั้น คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปจึงมี

²¹⁶ ibid.

²¹⁷ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, pp.157 - 164.

²¹⁸ ibid., p.165.

²¹⁹ ibid.

ความจำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่า ในระหว่างความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายนั้น ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีกลไกการตอบโต้ผู้ประกอบธุรกิจที่เบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนอันทำให้ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายนั้นรักษาการร่วมมือกันได้²²⁰

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปมีหน้าที่เพียงแต่พิสูจน์ว่าหากมีผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งแยกตัวออกจากการร่วมมือกัน ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ สามารถมีกระบวนการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีประสิทธิภาพในการตอบโต้การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าได้มีการใช้กระบวนการเช่นนั้นโดยผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ จริง

การพิจารณาถึงกลไกการตอบโต้ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจพิจารณาได้จากความสมส่วนของขนาดผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมมือกันนั้น กล่าวคือ หากมีผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งในบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมเหมือนกันนั้น มีขนาดธุรกิจที่ใหญ่กว่าและมีความสามารถในการประกอบธุรกิจมากกว่า ย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมการตัดราคาสินค้าของคู่แข่งมากกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดเล็กซึ่งจะได้รับประโยชน์จากการเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนเพียงเล็กน้อย อีกทั้งการใช้มาตรการตอบโต้โดยผู้ประกอบธุรกิจรายที่มีขนาดเล็กกว่านั้นอาจไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือก่อความเสียหายเพียงเล็กน้อยต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่เท่านั้น เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่นั้นมีทรัพยากรที่เพียงพอทำให้สามารถรับมือกับสงครามราคาได้เป็นอย่างดี ในทางตรงกันข้าม ผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่สามารถมีมาตรการตอบโต้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดเล็กกว่าได้ ดังนั้น จึงต้องคำนึงถึงความสมส่วนระหว่างขนาดของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่ร่วมกันมีพฤติกรรมเหมือนกันนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมมือกันนั้นมีขนาดธุรกิจที่ใกล้เคียงกัน ย่อมทำให้การร่วมมือกันนั้นมีความมั่นคงถาวรมากยิ่งขึ้น²²¹

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีใช้การร่วมมือกันกำหนดราคาเหมือนกันนั้น ความมั่นคงของพฤติกรรมที่เหมือนกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายอาจเกิดขึ้นได้ จากการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนให้แตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ อาจมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ หรือกำไรแก่ตนเอง แต่อาจส่งผลทำให้เกิดความเสียหายขึ้นทันทีหรืออาจเกิดความเสียหายในระยะยาวได้ เช่นนี้ก็เป็เหตุผลในตัวเองที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายนั้นมีพฤติกรรม

²²⁰ ibid., p.166.

²²¹ ibid., pp.166 - 167.

เหมือนกันอย่างถาวร และไม่มีแรงจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนเองอีกด้วย²²²

ปัจจัยประการที่สองจึงอาจเรียกได้ว่าเป็นการพิจารณาถึงเสถียรภาพภายในของการรวมตัวกัน (internal stability of collusion) กล่าวคือ การพิจารณาว่าการรวมตัวกันนั้นมีความมั่นคงเพียงใด โดยพิจารณาจากแรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจที่มารวมตัวกันที่จะมีพฤติกรรมเหมือนกัน และแรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจที่จะมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนออกไป

ค. ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในปัจจุบันหรือในอนาคต รวมถึงผู้บริโภคนั้น อาจตอบโต้เพื่อขัดขวางการร่วมกันมีพฤติกรรมที่เหมือนกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายนั้นได้ เพราะหากผู้บริโภคหรือผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งกันนั้นสามารถตอบโต้ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่ร่วมมือกันได้ เช่นนี้อาจส่งผลให้การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมเหมือนกันนั้นเกิดความไม่แน่นอนขึ้น อันจะทำให้การร่วมมือกันมีพฤติกรรมเหมือนกันนั้นอาจคงอยู่ได้ในระยะเวลาอันสั้นเพียงช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น²²³ โดยที่คณะกรรมการจะพิจารณาถึงขนาดธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกัน และมีได้มีพฤติกรรมเหมือนกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ รวมถึงพิจารณาความสามารถ อำนาจซื้อของผู้บริโภค²²⁴ ความเข้มแข็งของผู้ซื้อ ซึ่งในบางตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีผู้ซื้อจำนวนน้อย ทำให้ผู้ขายนั้นมีอำนาจในการกำหนดราคาหรือเงื่อนไขในการซื้อขายสินค้าหรือบริการนั้นลดลง อันเป็นการขัดขวางการร่วมกันมีพฤติกรรมแสวงหากำไรของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายในตลาดได้

ปัจจัยประการสุดท้ายจึงเป็นการพิจารณาเสถียรภาพภายนอกของการรวมตัวกัน (external stability of collusion) กล่าวคือ การพิจารณาถึงความมั่นคงในการรวมตัวกันนั้น โดยพิจารณาจากการตอบโต้ของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่ค้า คู่แข่งขัน รวมถึงผู้บริโภคซึ่งเป็นปัจจัยภายนอก²²⁵

2.5.5.2 สถานะของการร่วมกันนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด

เมื่อผู้ประกอบธุรกิจหลายรายนั้นมีสถานะของการร่วมกันหรือปรากฏเป็นตัวตนเดียวกันแล้ว หลักเกณฑ์สำคัญอีกประการหนึ่งที่จะใช้ในการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาด

²²² *ibid.*, p.167.

²²³ Karolina Rydman, "Collective Dominance: How is it interpreted and how does it correlate with tacit coordination," p.29.

²²⁴ Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p.210.

²²⁵ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.168.

ร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจก็คือ ตัวตนเดียวกันหรือการร่วมกันนั้นก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดนั้นก็จะเป็นไปตามแนวทางตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ เช่นเดียวกับกรณีการพิจารณาสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว²²⁶ กล่าวคือ จะนำส่วนแบ่งตลาดและปัจจัยการแข่งขันอื่น ๆ มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นหลัก

2.6 แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

แนวคิดการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เป็นแนวคิดอีกรูปแบบหนึ่งที่ถูกนำมาปรับใช้เพื่อควบคุมการรวมธุรกิจมิให้เกิดผลกระทบอันร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจ โดยมุ่งควบคุมผลกระทบอีกประเภทหนึ่งที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ การก่อให้เกิดการลดลงอย่างมีนัยสำคัญของการแข่งขันดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น โดยมีลักษณะการกำกับดูแลที่กว้างกว่าแนวคิดการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจทำให้เกิดการผูกขาด หรือสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเป็นอย่างมาก

2.6.1 ความหมายและความเป็นมาของแนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญถูกกำหนดห้ามขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1914 โดยถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ของกฎหมาย Clayton Act ด้วยแนวคิดที่ต้องการจะป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจใด ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อด้านการแข่งขัน แต่ด้วยความยากลำบากในการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะเกิดผลกระทบข้างต้นจากการรวมธุรกิจในช่วงแรกของการบังคับใช้กฎหมาย²²⁷ อีกทั้งในช่วงเวลาดังกล่าว ยังไม่มีการแยกแยะให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างมาตรา 7 ของกฎหมาย Clayton Act และมาตรา 1 ของกฎหมาย Sherman Act ซึ่งล้วนสามารถนำมาปรับใช้เพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการได้ทั้งสิ้น ทำให้กฎหมาย Clayton Act ยังไม่ถูกนำมาบังคับใช้เป็นระยะเวลานาน²²⁸ อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขัน

²²⁶ Damien Geradin *et al.*, "The Concept of Dominance in EC Competition Law," [Online] Accessed: 19 June 2017. Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144.

²²⁷ Richard A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed. (Chicago: The University of Chicago Press, 2001), p.119.

²²⁸ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.572; Bundeskartellamt, "Prohibition Criteria in Merger Control – Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition?," [Online] Accessed: 8 March 2020. Available from: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Prohibition%20>

แข่งขันอย่างมีนัยสำคัญยังคงได้รับการพัฒนามาเรื่อย ๆ จากการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในสหรัฐอเมริกา²²⁹ จนในที่สุดก็ได้มีการนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น และได้รับการยอมรับจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ เป็นอย่างมาก ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหรัฐอเมริกาถูกนำไปเป็นต้นแบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง²³⁰

การพิจารณาความหมายของการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ อาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ประเด็นใหญ่ ๆ ได้แก่ การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันนั้นหมายความว่าอย่างไร และระดับของการลดลงอย่างมีนัยสำคัญนั้นมีลักษณะอย่างไร

ประการแรก การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันนั้นหมายความว่าอย่างไรนั้น โดยปกติแล้ว การที่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีการแข่งขัน ย่อมนำไปสู่ผลลัพธ์ที่เป็นที่คาดหวัง เช่น ราคาของสินค้าถูกลง มีการพัฒนาสินค้าที่ดีขึ้น มีสินค้าให้เลือกได้หลากหลายมากยิ่งขึ้น รวมถึงคุณภาพของสินค้าสูงขึ้น เป็นต้น ดังนั้น การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจทำการแข่งขันลดลงหรือไม่ อาจพิจารณาจากผลที่อาจเกิดขึ้นภายหลังการรวมธุรกิจว่าจะส่งผลกระทบต่อผลลัพธ์ดังกล่าวข้างต้นที่ควรจะเกิดขึ้นหากมีการแข่งขันนั้นหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อที่จะทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าสามารถพิจารณาได้ว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันหรือไม่อย่างเป็นรูปธรรม จึงมีการนำโครงสร้างตลาดมาใช้เป็นเครื่องมือเบื้องต้นเพื่อใช้พิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจ แต่อย่างไรก็ดี ลำพังการพิจารณาเฉพาะลักษณะของโครงสร้างตลาดย่อมไม่เพียงพอที่จะบ่งบอกได้ถึงระดับความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ดังนั้น โครงสร้างตลาดจึงเป็นเพียงเครื่องมือเบื้องต้นเท่านั้น²³¹ ซึ่งการนำโครงสร้างตลาดมาเป็นเครื่องมือดังกล่าวทำให้การประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นจากนิยามที่มีความเป็นนามธรรมสูง

Criteria%20in%20Merger%20Control%20-%20Dominant%20Position%20versus%20Substantial%20Lessening%20of%20Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=3, p.6.

²²⁹ Colin Robinson, *Successes and Failures in Regulating and Deregulating Utilities: Evidence from the UK, Europe and the USA* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004), p.46.

²³⁰ ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 121 - 122.

²³¹ Zoltan Biro and David Parker, "A New EC Merger Test: Dominance v Substantial Lessening of Competition," *Competition Law Journal* 1, 2 (2002): 165.

ประการที่สอง ระดับการลดลงอย่างมีนัยสำคัญของการแข่งขันนั้นมีลักษณะอย่างไร ซึ่งในประเด็นนี้ ระดับการลดลงของการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่เกิดจากการรวมธุรกิจที่นั้น ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่ลดลงเป็นอย่างมากหรือแม้แต่ค่อนข้างมากแต่อย่างไร หากเพียงแต่การลดลงของการแข่งขันนั้นเพียงพอที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อคู่แข่ง หรือทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นได้รับแรงกดดันจากการแข่งขันที่น้อยลง และเพียงพอที่จะก่อให้เกิดผลกระทบทำให้ผู้บริโภคอาจได้รับความเสียหาย ก็อาจถือว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้แล้ว²³² อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การพิจารณาระดับการลดลงอย่างมีนัยสำคัญของการแข่งขันนั้นมีความเป็นรูปธรรม จึงได้มีการนำปัจจัยต่าง ๆ ทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ในการประเมินระดับการลดลงดังกล่าว เช่น การพิจารณาจากการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ ปัจจัยอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ส่วนแบ่งตลาด และข้ออ้างของผู้รวมธุรกิจเกี่ยวกับประสิทธิภาพและข้ออ้างเรื่องปัญหาในการดำเนินธุรกิจ เป็นต้น²³³

2.6.2 วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

ในอดีตนั้น ก่อนที่จะมีการนำแนวคิดเรื่องการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญเกิดขึ้น ประเทศต่าง ๆ มักนำแนวคิดเรื่องการผูกขาด หรืออำนาจเหนือตลาดมาใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ²³⁴ แต่อย่างไรก็ดี แม้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยแนวคิดเรื่องการผูกขาด หรืออำนาจเหนือตลาดจะทำให้มีความแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายสูง แต่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยแนวคิดดังกล่าวนี้ไม่สามารถกำกับดูแลได้อย่างครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจทั้งหมดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบที่อาจเกิดจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวในตลาดผู้ขายน้อยราย ซึ่งผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจในตลาดดังกล่าวจะทำให้การแข่งขันที่มีอยู่น้อยในตลาดนั้นน้อยลงไปอีก และก่อให้เกิดโอกาสเป็นอย่างมากที่จะมีการขึ้นราคาสินค้าภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น เนื่องจากการแข่งขันในตลาดผู้ขายน้อยรายนั้นลดลงไป และผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดสูงขึ้น แต่ยังไม่ถึงขั้น

²³² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.959 - 960.

²³³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 121.

²³⁴ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.572.

เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด จึงไม่อาจนำแนวคิดเรื่องการผูกขาด หรืออำนาจเหนือตลาดเข้ามากำกับดูแลการรวมธุรกิจในกรณีดังกล่าวได้²³⁵

ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าจะมีแนวคิดเกี่ยวกับการมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน (collective dominance) เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นในตลาดผู้ขายน้อยรายก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ในการรวมธุรกิจในตลาดผู้ขายน้อยรายซึ่งมิได้มีความโปร่งใสของตลาด จึงไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นถึงการร่วมมือกัน หรือการประสานงานกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดได้ ดังนั้น ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีจำนวนน้อยลง และต่างมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงใกล้เคียงกัน ก็ไม่อาจนำแนวคิดเรื่องอำนาจเหนือตลาดร่วมกันมากำกับดูแลได้อย่างมีประสิทธิภาพ²³⁶

ดังนั้น ถึงแม้ว่าจะมีแนวคิดเรื่องการผูกขาด หรืออำนาจเหนือตลาดบัญญัติไว้ในกฎหมายแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงมีการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันเกิดขึ้นในตลาดเป็นจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้ แนวคิดเรื่องการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจึงถูกนำมาปรับใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดผลกระทบ แต่ยังไม่มีความคิดใดที่ถูกนำมาปรับใช้เพื่อกำกับดูแลได้อย่างเหมาะสม ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้จะทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถกำกับดูแลพฤติกรรมการรวมธุรกิจได้อย่างกว้างขวาง และยืดหยุ่นเพียงพอที่จะควบคุมมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการได้²³⁷

2.6.3 ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

ดังที่กล่าวแล้วว่าการรวมธุรกิจนั้นมิได้ส่งผลกระทบร้ายแรงต่อสังคมเสมอไป โดยเฉพาะเมื่อตลาดสินค้าหรือบริการที่มีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นนั้นยังคงมีการแข่งขันทั้งก่อนและหลังมีการรวมธุรกิจนั้น ซึ่งอาจเป็นเพราะในตลาดดังกล่าวมีผู้ประกอบการธุรกิจอยู่จำนวนมาก หรือการเข้าสู่ตลาดนั้นสามารถกระทำได้อย่างง่าย ทำให้แม้การกระจุกของตลาดจะเพิ่มสูงขึ้น ก็มีได้ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกันนั้นเกิดมีอำนาจตลาดขึ้นมาแต่อย่างใด อีกทั้งการรวมธุรกิจนั้นยังอาจ

²³⁵ Alexander Riesenkaempff, "The New E.C. Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation," *Northwestern Journal of International Law & Business* 24, 3 (2004): 717, 722 - 723; Alison Jones, Brenda Sufirin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1108.

²³⁶ Alexander Riesenkaempff, "The New E.C. Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation," *Northwestern Journal of International Law & Business*: pp.722 - 723.

²³⁷ Alberto Heimler, "Was the Change of the Test for Merger Control in Europe Justified? An Assessment (Four Years after the Introduction of SIEC)," *European Competition Journal* 4, 1 (2008): 86 - 87.

ก่อให้เกิดการจัดการทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพสูงขึ้นได้อีกด้วยในบางกรณี อย่างไรก็ตาม การรวมธุรกิจนั้นก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่นในกรณีที่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายซึ่งมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่สูง การรวมธุรกิจในตลาดดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นจะมีอำนาจตลาดที่สูงขึ้นได้ อันจะนำไปสู่การขึ้นราคาของสินค้าหรือบริการอันเป็นผลกระทบร้ายแรงต่อสังคมในท้ายที่สุด²³⁸

ผลกระทบจากการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ผลกระทบจากผู้ประกอบการรายเดียว (unilateral effects) และผลกระทบจากการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบการหลายราย (interdependence effects)²³⁹ ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มักจะนำความเป็นไปได้ที่จะเกิดผลกระทบเหล่านี้ไปเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาว่าควรจะอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจนั้นหรือไม่ อันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ต้องการจะกำกัควบคุมการรวมธุรกิจมิให้เกิดผลกระทบไม่ว่าจะเป็นผลกระทบประเภทใดก็ตาม²⁴⁰

2.6.3.1 ผลกระทบจากผู้ประกอบการรายเดียว

ผลกระทบจากผู้ประกอบการรายเดียว (unilateral effects) คือสถานการณ์ที่การรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบการสามารถกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการนั้นให้สูงขึ้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องร่วมมือกับผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดแต่อย่างใด²⁴¹ ซึ่งผลกระทบจากผู้ประกอบการรายเดียวนั้นอาจเกิดขึ้นเมื่อการรวมธุรกิจนั้นทำให้การตัดสินใจผลิตสินค้าหรือบริการตกอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง²⁴² อันทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นมีอำนาจในการขึ้นราคา ลดปริมาณการผลิต หรือลดความหลากหลายหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการในตลาดนั้นได้²⁴³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจกันนั้น เคยเป็นผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันมาก่อน ซึ่งหากผู้ประกอบการรายหนึ่งมีพฤติกรรมการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ จะทำให้ผู้บริโภคหันไปซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งโดยทันที ซึ่งทำให้ผู้

²³⁸ Thomas W. Ross and Andy Baziliauskas, "Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects," *Canadian Business Law Journal*: 377.

²³⁹ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.575.

²⁴⁰ Mark N. Berry and Paul G. Scott, "Merger Analysis of Failing or Exiting Firms under the Substantial Lessening of Competition Threshold," *Canterbury Law Review* 16, 1 (2010): 288.

²⁴¹ Thomas W. Ross and Andy Baziliauskas, "Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects," *Canadian Business Law Journal*: 380.

²⁴² *ibid.*, p.377.

²⁴³ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1113.

ประกอบธุรกิจรายแรกสูญเสียรายได้และผลกำไร ดังนั้น ถ้าผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายทำการรวมธุรกิจกัน ย่อมมีโอกาสสูงที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะขึ้นราคาสินค้าหรือบริการนั้นได้ภายหลังจากการรวมธุรกิจ เพราะผู้ประกอบธุรกิจจะไม่มีโอกาสที่จะสูญเสียรายได้และผลกำไรเหมือนก่อนหน้า ซึ่งนักเศรษฐศาสตร์จะนำอัตราการผันแปร (diversion ratios) มาประกอบการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงโอกาสในการสูญเสียรายได้หรือผลกำไรจากการขึ้นราคาสินค้าหรือไม่²⁴⁴

นอกจากนี้ ผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวยังอาจหมายถึงความถึงผลภายหลังจากการรวมธุรกิจที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดสินค้าหรือบริการ ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นด้วย กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ทำการรวมธุรกิจกันนั้นมีพฤติกรรมการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ ทำให้ผู้บริโภคเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ แทนที่ไม่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น ในสถานการณ์เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ นั้นจึงเกิดอำนาจที่จะขึ้นราคาสินค้าได้โดยไม่เสียรายได้หรือกำไรเช่นเดียวกัน ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นจากการร่วมมือหรือประสานงานกันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นแต่อย่างใด จึงถือเป็นผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวอีกรูปแบบหนึ่งได้ ซึ่งเหตุการณ์ข้างต้นนี้อาจเรียกว่าเป็นพฤติกรรมในตลาดผู้ขายน้อยรายที่ไม่มีการร่วมมือกัน (non-collusive oligopoly)²⁴⁵

ผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวนั้น อาจมีได้จำกัดอยู่แค่เพียงการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการโดยความต้องการของตัวผู้ประกอบธุรกิจเองเท่านั้น แต่อาจเพิ่มความเป็นไปได้ที่ผู้ซื้อในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นจะสูญเสียอำนาจต่อรอง เพราะการรวมธุรกิจนั้นอาจทำให้ทางเลือกในการซื้อสินค้าลดน้อยลงจนไม่สามารถต่อรองราคาสินค้าหรือบริการได้อย่างเดิม และยังอาจทำให้แรงจูงใจที่จะทำให้เกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ แก่สินค้าหรือบริการนั้นลดน้อยลง ซึ่งเป็นผลจากการแข่งขันในตลาดที่ลดลงด้วย²⁴⁶

ถึงแม้ว่าโดยส่วนใหญ่แล้วการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวได้นั้น มักจะเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น แต่ในบางกรณี ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นไม่ถึงขั้นทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะอำนาจเหนือตลาด ก็อาจเป็นการเสริมอำนาจตลาดของผู้ประกอบธุรกิจจน

²⁴⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.838.

²⁴⁵ *ibid.*, pp.838 - 839.

²⁴⁶ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, pp.22 - 23.

เพียงพอที่จะก่อให้เกิดผลกระทบข้างต้นนั้นได้เช่นกัน ดังนั้น การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจึงเป็นมาตรการที่ป้องกันมิให้การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดผลกระทบดังกล่าวได้อย่างครอบคลุมมากยิ่งขึ้น²⁴⁷

2.6.3.2 ผลกระทบจากการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหลายราย

ผลกระทบจากการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหลายราย (interdependence effects) เกิดขึ้นเมื่อการรวมธุรกิจทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันรายสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นหายไปจากตลาด หรือการรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบการในตลาดสามารถร่วมมือกันลดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นลงได้โดยง่าย ไม่ว่าจะเป็นการร่วมมือกันโดยชัดแจ้ง หรือการร่วมมือกันโดยปริยาย²⁴⁸ ซึ่งสุดท้ายก็จะส่งผลทำให้ผู้ประกอบการหลายรายนั้นร่วมกันขึ้นราคา ลดปริมาณการผลิต หรือลดความหลากหลายหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการในตลาดนั้นได้ เช่นเดียวกับกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียว²⁴⁹

กล่าวได้ว่า ความกังวลเกี่ยวกับผลกระทบจากการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายคือการแข่งขันที่ลดลงภายหลังจากการรวมธุรกิจ ทำให้มีความเป็นไปได้มากยิ่งขึ้นที่ผู้ประกอบการที่เหลืออยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น จะมีการร่วมมือกันในลักษณะต่าง ๆ เช่น อาศัยความโปร่งใสในตลาด ทำให้ผลจากการร่วมมือกันที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น ไม่ว่าจะเป็นการขึ้นราคาสินค้า การลดปริมาณการผลิต สามารถคงอยู่ได้อย่างถาวรมากยิ่งขึ้น²⁵⁰ โดยเฉพาะหากก่อนหน้าที่จะมีการรวมธุรกิจนั้น การแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีได้สูงนัก เช่นนี้ ในการพิจารณาว่าควรจะให้มีการรวมธุรกิจหรือไม่ จะต้องคำนึงผลกระทบจากการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายเป็นอย่างมาก เพื่อมิให้สถานการณ์การแข่งขันในตลาดนั้นแย่งลงไปอีก²⁵¹

ทั้งนี้ การพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็นอีกหลายรูปแบบตามลักษณะของการพึ่งพาอาศัยกันของผู้ประกอบการ ตั้งแต่การพึ่งพาอาศัยกันที่มีลักษณะเป็นการตกลงร่วมมือกันกระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่างโดยชัดแจ้ง ไปจนถึงการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าเป็นแนวเดียวกันโดยไม่มีการตกลงใด ๆ

²⁴⁷ *ibid.*, p.20.

²⁴⁸ Thomas W. Ross and Andy Baziliauskas, "Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects," *Canadian Business Law Journal*: 378.

²⁴⁹ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1113.

²⁵⁰ Gunnar Niels, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, p.346.

²⁵¹ Thomas W. Ross and Andy Baziliauskas, "Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects," *Canadian Business Law Journal*: 407.

ก. การสมรู้ร่วมคิดกันโดยชัดแจ้ง (explicit collusion) อันเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการแข่งขันระหว่างกันลง ซึ่งการตกลงนั้นอาจมีลักษณะต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงร่วมกันกำหนดราคาซื้อขายสินค้าหรือบริการ (price fixing) การกำหนดแบ่งท้องที่ผู้ประกอบการธุรกิจ (market allocation) หรือกำหนดแบ่งผู้ซื้อหรือผู้ขาย (customer allocation) ซึ่งมีรูปแบบเป็นการตกลงโดยตรงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ และมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละฝ่ายไว้อย่างชัดเจน²⁵²

ข. การสมรู้ร่วมคิดกันโดยปริยาย (tacit collusion) คือพฤติกรรมการกำหนดราคา กำหนดปริมาณสินค้าหรือบริการ หรือการดำเนินการทางการค้าด้านอื่นไปในทิศทางเดียวกัน โดยมีสาเหตุหลักมาจากผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดเดียวกันมีน้อยราย จึงเกรงกลัวที่จะมีพฤติกรรมทางการค้าที่แปลกแยก พยายามหลีกเลี่ยงการแข่งขันระหว่างกันทั้งด้านราคาและคุณภาพของสินค้าหรือบริการที่อาจส่งผลให้ส่วนแบ่งกำไรในการประกอบธุรกิจของตนลดลง²⁵³ ซึ่งการมีพฤติกรรมเป็นไปแนวทิศทางเดียวกันนี้มิได้เกิดจากการตกลงกันโดยตรงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ แต่เกิดจากการสื่อสารระหว่างกันด้วยวิธีต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมที่ทำให้เป็นประจักษ์ของผู้ประกอบการธุรกิจรายใดรายหนึ่ง อันทำให้ผู้ประกอบการอื่น ๆ สามารถมีพฤติกรรมอย่างเดียวกันได้โดยง่าย²⁵⁴

ค. การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าเป็นแนวเดียวกัน (conscious parallelism) คือพฤติกรรมที่มีผลของการกระทำคล้ายกับการสมรู้ร่วมคิดกันโดยปริยาย กล่าวคือ มีระดับการแข่งขันด้านราคาหรือคุณภาพในตลาดสินค้าหรือบริการที่ต่ำ เนื่องจากผู้ประกอบการในตลาดหลีกเลี่ยงที่จะแข่งขันกัน เพื่อจะได้คงระดับกำไรที่สูงไว้ แต่การกระทำในลักษณะนี้ของผู้ประกอบการจะเป็นอิสระจากกันโดยมิได้มีการตกลงร่วมกันแต่อย่างใด และดำเนินถึงประโยชน์ทางธุรกิจของตนเป็นหลัก ซึ่งพฤติกรรมในลักษณะนี้มักจะเกิดขึ้นในตลาดผู้ขายน้อยราย²⁵⁵

ทั้งนี้ พฤติกรรมการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายหลายอย่างนั้นก็มีลักษณะที่ไม่อาจนำบทบัญญัติในเรื่องอื่น ๆ มาใช้บังคับได้ หรือแม้จะเข้าข่ายที่อาจใช้บังคับ

²⁵² *ibid.*, p.388.

²⁵³ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "รู้จักพฤติกรรม Tacit Collusion กับ Conscious Parallelism" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/02/02-article_20190315115042.pdf

²⁵⁴ Thomas W. Ross and Andy Baziliauskas, "Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects," *Canadian Business Law Journal*: 389.

²⁵⁵ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "รู้จักพฤติกรรม Tacit Collusion กับ Conscious Parallelism" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/02/02-article_20190315115042.pdf

ได้ แต่การจะใช้บังคับบทบัญญัติอื่น ๆ แก่พฤติกรรมที่ไม่อาจหาหลักฐานของการสมรู้ร่วมคิดได้นั้น ย่อมเป็นไปได้ยาก ดังนั้น การมีบทบัญญัติที่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้นั้น ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถป้องกันการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาดจนเกิดผลกระทบในลักษณะข้างต้น ได้²⁵⁶

2.6.4 แนวทางการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการ แข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

การประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการลดการแข่งขันอย่างมี นัยสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการหรือไม่นั้น โดยทั่วไปแล้วมักจะพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ตั้งแต่ โครงสร้างของตลาดที่จะเปลี่ยนแปลงไปหลังจากการรวมธุรกิจ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวม ธุรกิจ ทั้งผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว และผลกระทบจากการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ ประกอบธุรกิจหลายราย อำนาจของผู้ซื้อในตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด รวมถึงพิจารณา ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ และเหตุผลด้านความจำเป็นในการรวมธุรกิจของ ผู้ประกอบธุรกิจนั้นด้วย ซึ่งจะต้องนำปัจจัยใดมาใช้พิจารณามากน้อยเพียงไรนั้นขึ้นอยู่กับประเภทของ การรวมธุรกิจว่าการรวมธุรกิจนั้นเป็นการรวมธุรกิจในแนวนอน เป็นการรวมธุรกิจในแนวตั้ง หรือการ รวมธุรกิจแบบหลากหลาย²⁵⁷

ทั้งนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้นอาจมีความแตกต่างใน รายละเอียดของปัจจัยแต่ละชนิดที่แตกต่างกัน แต่ล้วนมีปัจจัยสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบ ของการรวมธุรกิจที่คล้ายคลึงกัน

2.6.4.1 การเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาด

ปัจจัยประการแรก ซึ่งใช้ประกอบการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจของผู้ ประกอบธุรกิจรายใด จะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงมากน้อยเพียงไร นั้นคือ การเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาด (market structure) ซึ่งนักเศรษฐศาสตร์นิยมใช้ดัชนี 2 ประเภท ซึ่งใช้ในการวัดอัตราการกระจุกตัวในตลาด อันจะสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะของโครงสร้าง ตลาดที่เปลี่ยนแปลงไปทั้งก่อนและหลังจากการรวมธุรกิจนั้นเสร็จสิ้น ทำให้สามารถพิจารณาว่าการ

²⁵⁶ Thomas W. Ross and Andy Baziliauskas, "Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects," *Canadian Business Law Journal*: 394.

²⁵⁷ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.889; Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.577; Lim Chong Kin and Cavinder Bull SC, *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.190 - 201.

แข่งขันนั้นลดลงหรือไม่ เพียงใด ได้อย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น²⁵⁸ จึงส่งผลให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าสามารถพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยดัชนีทั้ง 2 ประเภะนั้น ได้แก่

ก. อัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่

อัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ 4 ราย (four-firm concentration ratio หรือ CR) เป็นค่าร้อยละของมูลค่าการขายของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ที่สุด 4 ราย ในอุตสาหกรรมหนึ่ง อัตราการกระจุกตัวจะอยู่ในช่วงเกือบเป็น 0% สำหรับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ จนถึง 100% สำหรับตลาดผูกขาด ซึ่งเป็นขอบเขตระหว่างตลาดผู้ขายน้อยรายกับตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด อัตราส่วนนี้เป็นตัวหลักในการประเมินโครงสร้างตลาด โดยที่ในการหาอัตราการกระจุกตัว สามารถเขียนออกมาเป็นสมการได้ดังนี้²⁵⁹

$$\text{อัตราการกระจุกตัว (CR)} = \frac{\text{ยอดขายของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ 4 ราย}}{\text{ยอดขายของอุตสาหกรรม}} \times 100$$

อัตราการกระจุกตัวที่ต่ำแสดงว่าตลาดมีการแข่งขันสูง และอัตราการกระจุกตัวที่สูงแสดงว่ามีการแข่งขันน้อย ตลาดผูกขาดจะมีอัตราการกระจุกตัวเป็น 100% เพราะหน่วยธุรกิจใหญ่ที่สุดซึ่งมีเพียงรายเดียว มียอดขาย 100% ส่วนกรณีอัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ 4 รายที่เกินกว่า 60% แสดงว่าตลาดมีการกระจุกตัวสูงและมีหน่วยธุรกิจไม่กี่รายมีอิทธิพลต่อตลาด อัตราการกระจุกตัวที่น้อยกว่า 40% แสดงว่าเป็นตลาดที่มีการแข่งขันหรือเป็นตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด²⁶⁰

ข. ดัชนีเฮอร์ฟินดัล เฮอร์ชแมน

ดัชนีเฮอร์ฟินดัล-เฮอร์ชแมน (Herfindahl-Herschman index หรือ HHI) คือค่ากำลังสองของร้อยละของส่วนแบ่งตลาดของหน่วยธุรกิจแต่ละรายในตลาด 50 รายรวมกัน

²⁵⁸ เบต โรบิน, เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน), จุฬามาศ ทวีไพบูลย์วงศ์, ผู้แปล, (กรุงเทพมหานคร: เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2550), หน้า 253.

²⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 254.

²⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 255.

(หากมีหน่วยธุรกิจในตลาดน้อยกว่า 50 ราย ให้ใช้ทุกราย) ตัวอย่างเช่น หากมีหน่วยธุรกิจ 4 รายในตลาด มีส่วนแบ่งตลาดเป็น 50% 25% 15% และ 10% ดังนี้เฮอริฟินด์ลจะมีวิธีการหาดังนี้²⁶¹

$$HHI = 50^2 + 25^2 + 15^2 + 10^2 = 3,450$$

ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ HHI จะมีค่าน้อย ตัวอย่างเช่น หากหน่วยธุรกิจรายใหญ่ที่สุดในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดเป็นร้อยละ 0.1% HHI จะมีค่าเป็น $0.1^2 \times 50 = 0.5$ ขณะที่ในตลาดผูกขาด HHI จะมีค่าเป็น 10,000 เพราะผู้ผูกขาดมีส่วนแบ่งตลาด 100% ดังนั้น $HHI = 100^2 = 10,000$ ²⁶²

ดัชนี HHI ได้รับความนิยมนอย่างมากในการวัดระดับการแข่งขันในช่วงทศวรรษที่ 1980 เมื่อกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาได้ใช้ดัชนีนี้ในการจำแนกตลาด ตลาดซึ่งมีค่า HHI น้อยกว่า 1,000 แสดงว่ามีการแข่งขันสูง ตลาดที่มีค่า HHI ระหว่าง 1,000 ถึง 1,800 แสดงว่ามีการแข่งขันปานกลาง แต่ตลาดซึ่งมีค่า HHI มากกว่า 1,800 แสดงว่าไม่มีการแข่งขัน กระทรวงยุติธรรมจะจับตามองการรวมธุรกิจของหน่วยธุรกิจต่าง ๆ ในตลาดที่มีค่า HHI มากกว่า 1,000 และคัดค้านการรวมธุรกิจหากค่า HHI เกินกว่า 1,800²⁶³

2.6.4.2 ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ปัจจัยประการต่อมาที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจำเป็นต้องคำนึงถึงในการพิจารณาการรวมธุรกิจ คือ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็ผลกระทบที่อาจเกิดจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว และผลกระทบที่อาจเกิดจากการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายราย ซึ่งมีรายละเอียดดังที่ได้อธิบายแล้ว กล่าวโดยสรุป คือผลกระทบที่อาจเกิดจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว หมายถึง สถานการณ์ที่การรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกำหนดราคาตลาดของสินค้าหรือบริการนั้นให้สูงขึ้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาดแต่อย่างใด²⁶⁴ ขณะที่ผลกระทบจากการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายราย หมายถึง ความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจจะร่วมมือกันลดการ

²⁶¹ เรื่องเดียวกัน

²⁶² เรื่องเดียวกัน

²⁶³ เรื่องเดียวกัน

²⁶⁴ Thomas W. Ross and Andy Baziliauskas, "Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects," *Canadian Business Law Journal*: 380.

แข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นลง ไม่ว่าจะเป็นการร่วมมือกันโดยชัดแจ้ง หรือการร่วมมือกันโดยปริยาย²⁶⁵

2.6.4.3 ปัจจัยอื่น ๆ

ปัจจัยที่มีความสำคัญอื่น ๆ ที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามักจะนำมาพิจารณาประกอบการรวมธุรกิจ เพื่อประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการ หากมีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น ได้แก่ อำนาจของผู้ซื้อในตลาด และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด

ก. อำนาจของผู้ซื้อในตลาด (countervailing buyer power)

โดยปกติแล้ว แรงกดดันในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งนั้น มิได้เกิดจากเพียงคู่แข่งในตลาดสินค้าหรือบริการเท่านั้น หากแต่ยังมีแรงกดดันที่มาจากอำนาจของผู้ซื้ออีกด้วย เนื่องจากผู้ซื้อที่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงผู้ประกอบธุรกิจที่จะทำธุรกรรมด้วยเสมอ โดยเฉพาะหากผู้ซื้อนั้นเป็นผู้ซื้อรายใหญ่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น²⁶⁶ เว้นแต่ว่าการเปลี่ยนแปลงข้างต้นนั้นจะมีต้นทุนที่สูง²⁶⁷ ดังนั้น การรวมธุรกิจที่ทำให้ผู้ซื้อสูญเสียทางเลือก หรือทำให้อำนาจต่อรองของผู้ซื้อลดลงกว่าเดิมหากมิได้มีการรวมธุรกิจนั้นย่อมถูกนำมารวมเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาด้วย²⁶⁸

ข. อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (entry)

ความยากง่ายในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นเป็นปัจจัยหนึ่งที่ต้องพิจารณาเพื่อประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจ เนื่องจาก หากการเข้าสู่ตลาดนั้นสามารถกระทำได้อย่างง่าย แม้จะมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นก็อาจไม่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เพราะผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่อาจเข้ามาในตลาดแทนที่การลดลงของจำนวนผู้ประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ซึ่งความง่ายหรือยากในการเข้าสู่ตลาดอาจพิจารณาได้จากต้นทุนที่ต้องใช้ ความเป็นไปได้ที่จะเกิดกำไรจากการประกอบธุรกิจ กฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง และการเข้าสู่ตลาดนั้นน่าจะเกิดขึ้นภายในเวลาสมควรก่อนที่จะเกิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมีขอบของผู้ประกอบธุรกิจ นอกจากนี้ แม้การเข้าสู่ตลาดจะสามารถกระทำได้ง่าย ในเวลาที่เหมาะสม

²⁶⁵ *ibid.*, 378.

²⁶⁶ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.896.

²⁶⁷ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1128.

²⁶⁸ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010.

แล้ว การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะต้องเพียงพอที่จะป้องกันมิให้เกิดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันนั้นด้วย²⁶⁹

2.6.4.4 ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจที่ตินั้น จะก่อให้เกิดการพัฒนาประสิทธิภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจได้อย่างมีนัยสำคัญ อันทำให้มีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกัน กับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นสูงขึ้น²⁷⁰ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลที่ตามมาคือ สินค้าหรือบริการในตลาดนั้นมีราคาต่ำลง แต่มีคุณภาพที่ดีขึ้น รวมถึงมีคุณภาพการบริการที่สูงขึ้น หรือเกิดเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่ขึ้นมา²⁷¹ ทั้งนี้ ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นควรจะต้องมีนัยสำคัญ และน่าจะเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควร รวมถึงจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจจะได้รับผลกระทบด้านการแข่งขันจากการรวมธุรกิจนั้น โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะนำประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าวมารวมเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่²⁷²

2.6.4.5 ความจำเป็นในการรวมธุรกิจเนื่องจากประสบปัญหาการดำเนินธุรกิจ

ปัจจัยประการสุดท้ายที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะนำมาพิจารณาประกอบว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ คือ เหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นในการรวมธุรกิจ เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจนั้นประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจ (the “failing firm” defence) จึงจำเป็นต้องทำการรวมธุรกิจ ดังนั้น กฎหมายจึงเปิดช่องให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถทำการรวมธุรกิจกัน หากไม่สามารถหลีกเลี่ยงการยุติการประกอบกิจการได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะปกป้องเจ้าหน้าที่ เจ้าของ และลูกจ้างของกิจการที่มีขนาดเล็ก จนกลายเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับไปปรับใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ²⁷³

ในกรณีเช่นว่านี้ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจนั้นจะได้ทำการรวมธุรกิจกัน ก็ไม่น่าจะก่อให้เกิดการใช้อำนาจตลาดจนส่งผลกระทบต่อ

²⁶⁹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.896 - 897.

²⁷⁰ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1141.

²⁷¹ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010.

²⁷² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.897 - 898.

²⁷³ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1147.

แข่งขันในตลาดได้²⁷⁴ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากปัญหาที่เกิดขึ้นต่อผู้ประกอบการธุรกิจ เช่น หากไม่มีการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจอาจต้องออกจากตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวไปเนื่องจากความลำบากทางการเงิน และไม่มีทางเลือกอื่นที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้น้อยกว่าการรวมธุรกิจที่สามารถแก้ไขปัญหาเช่นนั้นได้ เป็นต้น²⁷⁵ ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจเช่นนั้นได้

2.7 บทสรุป

จากการศึกษาในบทนี้ สามารถสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบทั้งในแง่ดีและในแง่ลบต่อระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม โดยในแง่ลบนั้น การรวมธุรกิจอาจส่งผลกระทบเป็นการลดการแข่งขัน และเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของตลาด ทำให้กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ จนในที่สุดอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนได้รับความเดือดร้อนจากการรวมธุรกิจนั้นได้ ดังนั้น รัฐจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเข้ามาแทรกแซง โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจมิให้ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจนั้น คือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น มักจะมุ่งกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบ 2 ประการ กล่าวคือ การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ โดยรัฐก็จะมีรูปแบบของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบดังกล่าวข้างต้นแตกต่างกันออกไปตามสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของแต่ละประเทศ ภายใต้เจตนารมณ์เดียวกันคือการคุ้มครองการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในประเทศของตนเอง

²⁷⁴ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010.

²⁷⁵ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.898 - 899.

บทที่ 3

แนวคิดเกี่ยวกับเกณฑ์กำกับดูแลการรวมธุรกิจในต่างประเทศและในประเทศไทย

ผลจากการรวมธุรกิจตามนัยของกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นอาจเกิดขึ้นได้หลายประการด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการก่อให้เกิดการผูกขาด การก่อให้เกิดสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือการก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งล้วนส่งผลกระทบต่อโครงสร้างของตลาด และระดับการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจซึ่งจะส่งผลเป็นการเพิ่มอำนาจตลาดแก่ผู้ประกอบธุรกิจในท้ายที่สุด¹ อย่างไรก็ดี แม้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ มักจะมีระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่คำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจเป็นสำคัญเหมือน ๆ กัน แต่ในขณะที่เดียวกันนั้น ประเทศต่าง ๆ ล้วนมีแนวคิด หลักเกณฑ์ และปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจที่แตกต่างกัน ทั้งการประเมินสถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่แตกต่างกัน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาสภาพการแข่งขันที่ลดลงอย่างมีนัยสำคัญอันเกิดจากการรวมธุรกิจ ซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ตามแนวคิด นโยบายของประเทศนั้น ๆ²

การศึกษาแนวคิดในการกำหนดเกณฑ์ชี้วัดการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ เพื่อแสดงให้เห็นถึงที่มาและสาเหตุของการกำหนดหลักเกณฑ์และการใช้ปัจจัยต่าง ๆ ที่แตกต่างกันในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น จะแสดงให้เห็นถึงรูปแบบ วิธีการ รวมถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ต้องนำมาใช้พิจารณาในการกำหนดหลักเกณฑ์ และการกำหนดปัจจัยที่จะใช้ในการพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศ

ในบทนี้ ผู้เขียนจึงศึกษาแนวคิดในการกำหนดเกณฑ์ชี้วัดการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย และต่างประเทศ โดยศึกษาถึงความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ หลักเกณฑ์และปัจจัยต่าง ๆ ที่นำมาใช้พิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศข้างต้น เพื่อนำไปวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับเกณฑ์กำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ

¹ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, p.335.

² Katrina Groshinski and Caitlin Davies, *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide* (The Hague: Kluwer Law International, 2015), p.xlvii.

ประเทศไทยในภายหลัง ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงแนวทางในการปรับปรุงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศไทยให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้นต่อไป

ทั้งนี้ ผู้เขียนทำการศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับเกณฑ์ชี้วัดการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ โดยเริ่มต้นจากการศึกษาแนวคิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นลำดับแรก เพื่อแสดงให้เห็นถึงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อดังกล่าวของประเทศไทยในปัจจุบัน แล้วจึงศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดดังกล่าวในต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ไปตามลำดับ ซึ่งเป็นประเทศที่มีพัฒนาการของแนวคิดในเรื่องดังกล่าวมาจนสามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้จริง

3.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นประเทศแรกที่ได้เริ่มกำกับดูแลการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ และมีพัฒนาการของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจมาอย่างยาวนาน ดังนั้น การศึกษาแนวคิดในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหรัฐอเมริกา จะแสดงให้เห็นตัวอย่างการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ตั้งแต่ในยุคเริ่มแรกซึ่งการกำกับดูแลพฤติกรรมดังกล่าวเป็นไปอย่างยากลำบาก และขาดกฎหมายที่ทำให้สามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ จนมาถึงยุคปัจจุบันซึ่งสหรัฐอเมริกามีหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ชัดเจน และเป็นรูปธรรมจนได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ

ดังนั้น ในหัวข้อการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนจึงทำการศึกษาความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีความเป็นมาอย่างยาวนานดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ตลอดจนรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมาย การกำหนดขอบเขตตลาดในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญซึ่งเป็นประเด็นสำคัญและเป็นแนวปฏิบัติที่ได้ยอมรับจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ และข้อยกเว้นของการรวมธุรกิจที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

3.1.1 ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหรัฐอเมริกา

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1890 ที่ได้มีตรากฎหมาย Sherman Act ขึ้น โดยที่บทบัญญัติในมาตรา 1 นั้นกำหนด

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการตกลงในรูปแบบทรัสต์หรือรูปแบบใด ๆ รวมถึงห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรวมตัวหรือสมคบคิดกันในลักษณะที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า³ จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาที่นอก จากจะกำกับดูแลพฤติกรรมการตกลงหรือการสมคบคิดกันระหว่างบรรดาผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าแล้ว ยังให้อำนาจแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายในการกำกับดูแลการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งหมายถึงการรวมธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้อีกด้วย

แต่อย่างไรก็ดี ภายหลังจากการพยายามบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ปรากฏว่ากฎหมาย Sherman Act นั้น ไม่สามารถนำมากำกับดูแลผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากการผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้นเป็น สิ่งที่ไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งผลกระทบดังกล่าวเป็นองค์ประกอบสำคัญของการปรับใช้บทบัญญัติมาตรานี้ จึงทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 1 ของ Sherman Act ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ แตกต่างจากการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งส่งผลกระทบดังกล่าวอย่างชัดเจน⁴

ดังนั้น จึงมีความพยายามในการร่างกฎหมายขึ้นมาเพื่อกำหนดลักษณะของพฤติกรรมการรวมธุรกิจที่ต้องห้ามตามกฎหมายให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ในปี ค.ศ. 1914 จึงมีการบัญญัติกฎหมาย Clayton Act ขึ้น ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องการเลือกปฏิบัติด้านราคา (price discrimination) การบังคับให้ติดต่อธุรกิจเฉพาะกับตน (tying and exclusive dealing agreements) การรวมอำนาจบริหารจัดการ (interlocking directorates) และการรวมธุรกิจ (mergers) โดยระบุว่า การกระทำเหล่านี้จะถือว่าเป็นความผิดก็ต่อเมื่อส่งผลให้การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญ (substantially lessened competition) หรือมีแนวโน้มว่าจะ

³ The Sherman Antitrust Act of 1890 (15 U.S. Code 1) Section 1 “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

⁴ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, eds. Maher Dabbah and Paul Lasok QC (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p.1477.

ก่อให้เกิดการผูกขาด ทำให้ความเข้มงวดในการพิจารณาผลกระทบจากพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจนั้นลดลงกว่ากฎหมายฉบับเดิม⁵

แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ปรากฏว่ากฎหมาย Clayton Act ก็ยังไม่สามารถใช้อย่างมีประสิทธิภาพ กำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่ภายหลังจากกฎหมาย Clayton Act ได้ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1914 นั้น ก็ได้มีการนำกฎหมายฉบับดังกล่าวมาบังคับใช้จริงในทางปฏิบัติเป็นเวลายาวนานหลายทศวรรษ สาเหตุหลักเนื่องจากกฎหมาย Clayton Act นั้นครอบคลุมถึงเฉพาะการรวมธุรกิจในรูปแบบการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการอื่น (acquisition of shares) เท่านั้น โดยไม่ครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจโดยรูปแบบการโอนสินทรัพย์ (acquisition of assets) ทำให้ผู้ประกอบการสามารถหลีกเลี่ยงกฎหมายดังกล่าวได้ง่าย นอกจากนี้ การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจจะส่งผลให้การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่นั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายในขณะนั้น แทนที่จะมุ่งเน้นถึงการลดลงของการแข่งขันในภาพรวมของตลาดสินค้าหรือบริการที่มีการรวมธุรกิจเกิดขึ้น แต่กลับมุ่งเน้นไปที่การลดลงของการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจกัน โดยมีได้คำนึงถึงการแข่งขันในภาพรวมของตลาดแต่อย่างใด อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวก็ยังไม่ชัดเจนว่าครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่นที่มีใช้การรวมธุรกิจในแนวนอนด้วยหรือไม่ ด้วยเหตุต่าง ๆ เหล่านี้ ทำให้การบังคับใช้กฎหมาย Clayton Act ในช่วงแรกนั้นไม่ประสบความสำเร็จดังที่มุ่งหมาย และการพยายามกำกับดูแลการรวมธุรกิจในช่วงเวลาดังกล่าวยังคงเป็นไปโดยอาศัยมาตรา 1 ของ Sherman Act อยู่เช่นเดิม⁶

ด้วยเหตุดังกล่าว ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง เพื่อให้สามารถการกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้จริงและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงมีความพยายามที่จะแก้ไขกฎหมาย Clayton Act อีกครั้งหนึ่ง โดยที่วุฒิสมาชิก Kefauver ได้กล่าวถึงความสำคัญที่จะต้องมีการกำกับดูแลการรวมธุรกิจไว้ว่า

“อำนาจในการควบคุมธุรกิจทั้งหลายในสหรัฐอเมริกา นั้น กำลังถูกถ่ายโอนจากชุมชนท้องถิ่นจำนวนมาก ไปสู่เมืองใหญ่ ๆ เพียงไม่กี่เมืองอย่างต่อเนื่อง ทำให้ผู้บริหารกลางกลายเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจที่จะกำหนดนโยบายต่าง ๆ ซึ่งรวมไปถึงการดำเนินงาน

⁵ สารัฐ ไตรปิยะวงษ์, "มาตรการควบคุมการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 44.

⁶ Bundeskartellamt, "Prohibition Criteria in Merger Control – Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition?," [Online] Accessed: 8 March 2020. Available from: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Prohibition%20Criteria%20in%20Merger%20Control%20-%20Dominant%20Position%20versus%20Substantial%20Lessening%20of%20Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=3, p.6.

ของกิจการทั้งหลายไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใดที่อยู่ในการควบคุม ... และโดยการรวมธุรกิจที่อาจนำไปสู่การผูกขาดได้นี้ จะยิ่งทำให้ประชาชนต้องสูญเสียอำนาจในการกำหนดสวัสดิการทางเศรษฐกิจของตนเอง และในท้ายที่สุดก็จะส่งผลให้ประชาชนเหล่านั้นต้องสูญเสียอำนาจในการกำหนดอนาคตทางการเมืองของตนเองด้วย”⁷

ในที่สุด กฎหมาย Clayton Act จึงได้ถูกทำการแก้ไขอีกครั้งหนึ่งโดยกฎหมาย Celler-Kefauver ในปี ค.ศ. 1950 เพื่อให้รวมถึงการรวมธุรกิจในรูปแบบที่เป็นการโอนสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจอื่นด้วย อีกทั้งการพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจว่าจะเป็นการก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ยังไม่ถูกจำกัดเฉพาะการลดลงของการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกันอีกต่อไป แต่ยังคงคำนึงถึงการแข่งขันในภาพรวมอีกด้วย⁸ และการแก้ไขในครั้งนี่ยังทำให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าบทบัญญัติมาตรา 7 ของ Clayton Act ซึ่งให้อำนาจองค์กรบังคับใช้กฎหมายในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น ครอบคลุมไปถึงการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่นที่มีโช่แนวนอนด้วย⁹ ทำให้กฎหมาย Clayton Act นี้มีผลใช้บังคับในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหรัฐอเมริกาได้จริงในทางปฏิบัติ จนเกิดเป็นคดีสำคัญเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดย Clayton Act ในปี ค.ศ. 1962 คือคดี *Brown Shoe*¹⁰ ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจผลิตและจัดจำหน่ายรองเท้าในสหรัฐอเมริกา

คดีดังกล่าวเป็นการรวมธุรกิจของบริษัท G.R. Kinney Company, Inc. และ บริษัท Brown Shoe Company, Inc. ซึ่งได้ทำการแลกเปลี่ยนหุ้นกัน มีผลทำให้เกิดการรวมธุรกิจกันระหว่างทั้ง 2 บริษัท ซึ่งบริษัท Brown Shoe Company, Inc. เป็นบริษัทผู้ผลิตและจัดจำหน่ายรองเท้าที่มียอดขายสูงที่สุดเป็นอันดับ 3 ในสหรัฐอเมริกา ในขณะที่บริษัท G.R. Kinney Company, Inc. ก็เป็นผู้ผลิตและจัดจำหน่ายรองเท้าที่มียอดขายสูงที่สุดเป็นอันดับที่ 8 ในสหรัฐอเมริกา ดังนั้นการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจทำให้การแข่งขันในตลาดการจัดจำหน่ายสินค้าโดยตรงจากโรงงาน (outlet) และตลาดการจำหน่ายปลีกรองเท้าสำหรับผู้ชาย ผู้หญิง และเด็กลดลงอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ ในบรรดายอดขายการผลิตรองเท้าของบริษัทที่มีอัตราการผลิตสูงที่สุด 24 บริษัทแรกใน

⁷ Stephen Martin, "The Goals of Antitrust and Competition Policy," *Purdue CIBER Working Papers*, Paper 48 (July 2007): 26 - 27.

⁸ *ibid.*, p.27.

⁹ Bundeskartellamt, "Prohibition Criteria in Merger Control – Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition?," [Online] Accessed: 8 March 2020. Available from: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Prohibition%20Criteria%20in%20Merger%20Control%20-%20Dominant%20Position%20versus%20Substantial%20Lessening%20of%20Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=3, pp.6 - 7.

¹⁰ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

สหรัฐอเมริกา มีบริษัทที่ผลิตสูงที่สุด 4 อันดับแรก ได้แก่ บริษัท International บริษัท Endicott-Johnson บริษัท Brown และบริษัท General Shoe ซึ่งมีปริมาณการผลิตสูงถึง 23% ของปริมาณการผลิตรองเท้าทั้งหมดในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือคิดเป็น 65% ของปริมาณการผลิตรองเท้าของบริษัทที่มีอัตราการผลิตสูงที่สุด 24 บริษัทแรก

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวนี้ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมขายตัดราคาคู่แข่งจนกระทบกับผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยในตลาดดังกล่าวได้¹¹ แสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจนี้อาจส่งผลให้การแข่งขันในตลาดสินค้าดังกล่าวลดลงอย่างมีนัยสำคัญ หรืออาจส่งผลเป็นการก่อให้เกิดการผูกขาด แม้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่มากก็ตาม จึงพิพากษาให้บริษัท Brown Shoe Company, Inc. ทำการจำหน่ายหุ้นสินทรัพย์ และผลประโยชน์ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับบริษัท G.R. Kinney Company, Inc. ออกไปทั้งหมด และเสนอแผนการดำเนินการจำหน่ายสินทรัพย์ดังกล่าวต่อศาลภายใน 90 วัน นับเป็นคำพิพากษาที่เป็นจุดเริ่มต้นของการบังคับใช้กฎหมาย Clayton Act อย่างจริงจัง¹²

ในเวลาต่อมา ก็ยังมีการแก้ไขกฎหมาย Clayton Act อีกครั้งโดยกฎหมาย The Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act ในปี ค.ศ. 1976 โดยมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 7A ในกฎหมาย Clayton Act ซึ่งกำหนดให้การรวมธุรกิจที่มีขนาดใหญ่ต้องแจ้งให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (Federal Trade Commission: FTC) และกรมต่อต้านการผูกขาด (U.S. Department of Justice: DOJ) ซึ่งเป็นองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาทราบล่วงหน้าก่อน (pre-merger notification) และกำหนดกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามมาตรา 7 ของกฎหมาย Clayton Act¹³ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้เวลาองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกามีเวลาวิเคราะห์ก่อนว่าการรวมธุรกิจนั้นจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดหรือไม่ เพียงไร จนนำมาสู่การออกแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายดังที่ปรากฏในปัจจุบัน¹⁴

¹¹ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, p.472.

¹² Bundeskartellamt, "Prohibition Criteria in Merger Control – Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition?," [Online] Accessed: 8 March 2020. Available from: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Prohibition%20Criteria%20in%20Merger%20Control%20-%20Dominant%20Position%20versus%20Substantial%20Lessening%20of%20Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=3, p.7.

¹³ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1477.

¹⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 120 - 121.

3.1.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา นั้นครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจทั้งในรูปแบบทั่วไป โดยที่การตีความคำว่า “การรวมธุรกิจ” ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น มีความหมายกว้างกว่าที่ใช้อยู่ในกฎหมายเกี่ยวกับหุ้นส่วนและบริษัทของรัฐต่าง ๆ¹⁵ กล่าวคือ การรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้นครอบคลุมทั้งการควบกิจการ (consolidation) การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ การโอนสินทรัพย์ของกิจการ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงการรวมตัวกันระหว่างคู่แข่งชั้นในลักษณะของกิจการร่วมค้า และการเป็นกรรมการของกิจการสองแห่งในเวลาเดียวกันด้วย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.2.1 การรวมธุรกิจในรูปแบบทั่วไป

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า กฎหมาย Clayton Act มาตรา 7 ในปัจจุบัน ได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้ครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น โดยมีได้จำกัดเฉพาะการรวมธุรกิจในรูปแบบของการโอนสินทรัพย์เพียงเท่านั้น กล่าวคือ กฎหมายมาตราดังกล่าวบัญญัติห้ามมิให้บุคคลใดกระทำการในทางธุรกิจไม่ว่าโดยตรงหรือทางอ้อม เพื่อให้ได้มาซึ่งบางส่วนหรือทั้งหมดของหุ้นหรือทรัพย์สินของผู้อื่น ซึ่งการได้มานั้นอาจส่งผลกระทบต่อการค้าส่วนใดส่วนหนึ่งของสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ ผลกระทบนั้นอาจเป็นการก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ หรือการมีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดการผูกขาดก็ได้¹⁶

¹⁵ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 3rd ed. (Minnesota: West Publishing, 2005).

¹⁶ The Clayton Act of 1914 (15 U.S. Code § 18) Section 7 “No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

...”

จากบทบัญญัติข้างต้น จึงแสดงให้เห็นว่ามาตรา 7 ของ Clayton Act นั้นสามารถใช้บังคับแก่การรวมธุรกิจทั้งในรูปแบบของการโอนสินทรัพย์ (asset acquisition) การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ (share acquisition) ได้อย่างชัดเจน ขณะที่การรวมธุรกิจในรูปแบบของการควบกิจการ (mergers) นั้น ถึงแม้จะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่ด้วยถ้อยคำของบทบัญญัตินั้น ทำให้สามารถตีความครอบคลุมไปถึงการรวมธุรกิจในรูปแบบของการควบกิจการได้ด้วยเช่นกัน¹⁷ ดังที่ผู้พิพากษา Brennan ได้ระบุไว้ในคำพิพากษาคดี *Philadelphia National Bank*¹⁸ ว่า

“เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติโดยให้ความสำคัญกับเจตนารมณ์ของสภาอง
เกรสผู้ตรากฎหมาย ซึ่งต้องการให้บทบัญญัติดังกล่าวสามารถถูกนำไปใช้ควบคุมการ
รวมตัวขององค์กรธุรกิจที่มีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดการผูกขาดแล้ว ย่อมเป็นที่แน่นอน
ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้ครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจในรูปแบบของการควบกิจการ
ด้วย”

ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ย่อมสามารถปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 7 ของ Clayton Act ได้ โดยครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจในรูปแบบหลัก ๆ ทั้ง 3 รูปแบบ ได้แก่ การควบกิจการ การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ รวมถึงการโอนสินทรัพย์ด้วย ซึ่งกฎหมายป้องกันการผูกขาดมิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าจะต้องเป็นการได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ของกิจการอื่นในอัตราส่วนเท่าใดจึงจะถือเป็นการรวมธุรกิจ ดังนั้น การได้มาซื้อหุ้นหรือสินทรัพย์ของกิจการอื่นไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนก็อาจถือเป็นการรวมธุรกิจได้ทั้งสิ้น แต่มิใช่ว่าการได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ทุกธุรกรรมจะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายป้องกันการผูกขาด เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดมูลค่าของหุ้นหรือสินทรัพย์ที่ได้รับมาไว้โดยเฉพาะว่าจะต้องมีมูลค่าเท่าใด จึงจะต้องขออนุญาตดำเนินการต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา¹⁹

3.1.2.2 กิจการร่วมค้า

นอกจากการรวมธุรกิจในรูปแบบหลัก ๆ ทั้ง 3 รูปแบบข้างต้นแล้ว กฎหมาย Clayton Act ยังครอบคลุมไปถึงการรวมตัวกันของคู่แข่งชั้นในลักษณะของกิจการร่วมค้าด้วย (joint venture) โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะถือว่ากิจการร่วมค้านั้นเสมือนหนึ่งเป็นการรวมธุรกิจในรูปแบบหนึ่ง และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย Clayton

¹⁷ William H. Orrick Jr., "The Clayton Act: Then and Now," *ABA Section of Antitrust Law* 24(1964): 50 - 51.

¹⁸ *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321, 338 (1963).

¹⁹ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, p.466.

Act มาตรา 7 เนื่องจากการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้ำนั้นทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถร่วมกันบริหารจัดการราคาสินค้าหรือปริมาณการผลิตได้ จึงก่อให้เกิดความเสี่ยงที่กิจการร่วมค้ำดังกล่าวจะกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ในบางกรณีจึงจำเป็นต้องนำแนวทางการควบคุมเชิงโครงสร้าง (structural control) ซึ่งมีความเหมาะสมมากกว่ามาใช้กำกับดูแลการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้ำด้วยเช่นกัน²⁰

ดังนั้น ถ้าหากว่ากิจการร่วมค้ำนั้นมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะเดียวกันกับการรวมธุรกิจรูปแบบอื่น ๆ และกิจการร่วมค้ำนั้นมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานเป็นระยะเวลานาน กิจการร่วมค้ำดังกล่าวก็จะตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมาย Clayton Act มาตรา 7 ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้ร่วมกันออกแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมตัวกันระหว่างคู่แข่ง (Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors) ในปี ค.ศ. 2000 เพื่อกำหนดแนวทางในการพิจารณาการรวมตัวกันในลักษณะอื่น ๆ นอกเหนือจากการรวมธุรกิจในรูปแบบทั่วไป ซึ่งอาจเป็นการรวมตัวกันเพื่อวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ (R&D) หรือแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารบางอย่างระหว่างกันก็ได้ จึงครอบคลุมถึงการรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้ำด้วย²¹

อย่างไรก็ดี การรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้ำนั้น จะต้องมามีลักษณะสำคัญบางประการจึงจะถือได้ว่าเป็นการรวมตัวกันที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น กล่าวคือ²²

- (1) ผู้ที่เข้าร่วมกิจการร่วมค้ำนั้นเป็นคู่แข่งกันในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกัน
- (2) กิจการร่วมค้ำนั้นมีความสัมพันธ์กับประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่าง ๆ ในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น
- (3) กิจการร่วมค้ำนั้นทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องระหว่างผู้ที่เข้าร่วมกิจการร่วมค้ำนั้นหายไป

²⁰ *ibid.*, 187 - 188.

²¹ Erin L. Shencopp, "Joint Venture Antitrust Considerations," [Online] Accessed: 27 March 2020. Available from: <https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/1/01/joint-venture-antitrust-considerations-lexisnexis/files/joint-venture-antitrust-considerations-with-datepd/fileattachment/joint-venture-antitrust-considerations-with-date.pdf>, p.2.

²² U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors," April 2000, p.5.

(4) กิจกรรมร่วมค้ำนี้มีข้อตกลงที่จะดำเนินการในระยะเวลาอันยาวนาน ซึ่งโดยปกติแล้วองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะใช้เกณฑ์ระยะเวลา 10 ปี ที่จะถือว่าเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน จนนับได้ว่ามีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจประการหนึ่ง

ถ้าหากว่ากิจกรรมร่วมค้ำมีลักษณะทั้ง 4 ประการดังกล่าวข้างต้นแล้ว องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะถือเสมือนหนึ่งว่ากิจกรรมร่วมค้ำดังกล่าวเป็นการรวมธุรกิจลักษณะหนึ่ง และนำแนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจในแนวนอน ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่ใช้สำหรับพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจ มาใช้ในการพิจารณาว่าจะอนุญาตให้เกิดการดำเนินการรวมตัวกันในลักษณะของกิจกรรมร่วมค้ำดังกล่าวหรือไม่²³

ตัวอย่างเช่น ในกรณีของการรวมตัวกันระหว่างบริษัท General Motors Corp. กับบริษัท Toyota Motor Corp.²⁴ ในลักษณะของกิจกรรมร่วมค้ำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างและบริหารจัดการโรงงานผลิตรถยนต์ขนาดเล็กในเมืองฟริมอนต์ รัฐแคลิฟอร์เนีย ในปี ค.ศ. 1984 โดยทั้งสองบริษัทจะร่วมทุนในการก่อสร้างและดำเนินการต่าง ๆ ฝ่ายละครึ่งหนึ่ง ทั้งนี้ รถยนต์ที่ผลิตขึ้นในโรงงานดังกล่าวจะถูกจำหน่ายให้กับทั้งบริษัท General Motors Corp. และบริษัท Toyota Motor Corp. ด้วย อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการรวมตัวกันดังกล่าวนี้ มีแต่วัตถุประสงค์ในการเพิ่มกำลังการผลิตรถยนต์ อันส่งผลให้เกิดการขยายตัวของอัตราการผลิตในตลาดเท่านั้น อีกทั้งยังทำให้บริษัท General Motors Corp. สามารถทำการศึกษาแนวทางการพัฒนาการผลิตรถยนต์จากเทคนิคการผลิตของบริษัท Toyota Motor Corp. ได้ ดังนั้น กิจกรรมร่วมค้ำดังกล่าวจึงมิได้มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันในตลาดในลักษณะที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแต่อย่างใด จึงอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมร่วมค้ำนั้นได้²⁵

ในกรณีที่การรวมตัวกันในลักษณะกิจกรรมร่วมค้ำถูกพิจารณาแล้วว่ามีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมตัวกันในลักษณะดังกล่าวนี้ จึงอาจต้องดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย Clayton Act มาตรา 7A ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับรูปแบบของการดำเนินธุรกรรม มูลค่า ความเป็นเจ้าของ ขนาด และอำนาจการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจ หากการรวมตัวกันในลักษณะกิจกรรมร่วมค้ำนี้เข้าเงื่อนไขที่จะต้องดำเนินการขออนุญาตจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาแล้ว ในกรณีเช่นว่านี้ ผู้ประกอบธุรกิจก็จะ

²³ Ibid., p.5.

²⁴ General Motors Coporation, 103 F.T.C. at 374.

²⁵ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, p.188.

ดำเนินการจัดตั้งกิจการร่วมค้ำนั้นมิได้ จนกว่าจะได้รับอนุญาตจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายแล้วเท่านั้น²⁶

อย่างไรก็ดี ในแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมตัวกันระหว่างคู่แข่งชั้น ค.ศ. 2000 นั้น ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้เป็นพิเศษ (safe harbors) ให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมตัวกันในลักษณะอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงกิจการร่วมค้ำได้ถ้าหากว่าส่วนแบ่งตลาดของกิจการร่วมค้ำ และผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าร่วมกิจการร่วมค้ำนั้น รวมกันไม่เกินกว่า 20% ในแต่ละตลาดที่เกี่ยวข้อง หรือกิจการร่วมค้ำนั้นเป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อร่วมกันวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์อย่างน้อย 3 โครงการขึ้นไป²⁷

3.1.2.3 การตั้งกรรมการหรือพนักงานไขว้ระหว่างนิติบุคคล

นอกจากการรวมธุรกิจในรูปแบบทั่วไปทั้ง 3 รูปแบบ และการรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้ำแล้ว กฎหมาย Clayton Act ยังกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมที่มีลักษณะเสมือนหนึ่งเป็นการรวมธุรกิจอีกประเภทไว้ในมาตรา 8 ด้วย คือ การตั้งกรรมการหรือพนักงานไขว้ระหว่างนิติบุคคล (interlocking directorates and officers) ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้นได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการหรือพนักงานของนิติบุคคลจำนวน 2 นิติบุคคลในเวลาเดียวกัน ซึ่งแม้โดยปกติจะเป็นการกระทำที่สามารถกระทำได้โดยมิได้ถือว่ามีผิดกฎหมาย แต่หากพฤติกรรมนั้นมีความเป็นไปได้ว่าจะส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ พฤติกรรมดังกล่าวก็อาจถูกห้ามมิให้กระทำตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา²⁸ เช่น อาจทำให้เกิดโอกาสในการประสานงานกันในการตัดสินใจต่าง ๆ ทางธุรกิจ หรือเพิ่มโอกาสในการแลกเปลี่ยนข้อมูลต่าง ๆ ที่มีความอ่อนไหวระหว่างกันได้ เป็นต้น ตัวอย่างเช่น กรรมการบริหารของบริษัท Alphabet Inc. ซึ่งเป็นบริษัทแม่ของบริษัท Google Inc. จำเป็นต้องลาออกจากการเป็นกรรมการบริหารของบริษัท Uber Technologies Inc. เนื่องจากบริษัททั้งสองนั้นกำลังจะประกอบ

²⁶ Erin L. Shencopp, "Joint Venture Antitrust Considerations," [Online] Accessed: 27 March 2020. Available from: <https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/1/01/joint-venture-antitrust-considerations-lexisnexis/files/joint-venture-antitrust-considerations-with-datepd/fileattachment/joint-venture-antitrust-considerations-with-date.pdf>, pp.2 - 3.

²⁷ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors," April 2000, p.26.

²⁸ The Clayton Act of 1914 (15 U.S. Code §19) Section 8

"(a) (1) No person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporations (other than banks, banking associations, and trust companies) that are-

(A) engaged in whole or in part in commerce; and

(B) by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws; ..."

ธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน ได้แก่ การพัฒนารถยนต์ไร้คนขับในเชิงพาณิชย์ และการพัฒนาธุรกิจบริการรถยนต์ร่วมเดินทาง (ride sharing) เป็นต้น²⁹

ทั้งนี้ กฎหมาย Clayton Act มาตรา 8 ได้กำหนดให้พฤติกรรมการตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นกรรมการ หรือพนักงานของกิจการ 2 แห่งในเวลาเดียวกันนั้นเป็นความผิดเนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ ต่อเมื่อกิจการทั้ง 2 แห่งนั้นประกอบกิจการทางพาณิชย์ ซึ่งโดยลักษณะของกิจการ สถานที่ประกอบธุรกิจ รวมถึงคู่แข่งแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองอาจทำการตกลงกันบางประการอันส่งผลเป็นการจัดการแข่งขันซึ่งฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติข้อใดข้อหนึ่งของกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะถูกต้องห้ามมิให้มีพฤติกรรมดังกล่าวต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นมีเงินทุน (capital) เงินที่เหลือหลังหักรายจ่าย (surplus) และกำไรที่ยังมิได้แบ่ง มูลค่ารวมกันเกินกว่า 37,382,000 เหรียญสหรัฐในปี ค.ศ. 2021 ซึ่งมูลค่านี้จะถูกปรับปรุงไปในแต่ละปีงบประมาณ (safe harbor)

อย่างไรก็ดี กฎหมายยังได้ยกเว้นไว้ให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรม การตั้งบุคคลใด ๆ เป็นกรรมการหรือพนักงานในกิจการ 2 แห่งในเวลาเดียวกันได้ หากเข้าเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่ง ได้แก่

(1) ยอดขายที่แข่งขันกันของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง มีมูลค่าน้อยกว่า 3,738,200 เหรียญสหรัฐในปี ค.ศ. 2021 ซึ่งเป็นมูลค่าที่จะถูกปรับปรุงไปในแต่ละปีงบประมาณ หรือ

(2) ยอดขายที่แข่งขันกันของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง มีมูลค่าน้อยกว่าร้อยละ 2 ของยอดขายทั้งหมดของธุรกิจนั้น เช่น กรณีที่บริษัท A และบริษัท B มีกรรมการเป็นบุคคลเดียวกัน แต่ยอดขายของสินค้าที่บริษัท B แข่งขันกับบริษัท A นั้น คิดเป็นมูลค่าเพียงร้อยละ 1 ของยอดขายทั้งหมดของบริษัท B เป็นต้น หรือ

(3) ยอดขายที่แข่งขันกันของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละราย มีมูลค่าน้อยกว่าร้อยละ 4 ของยอดขายทั้งหมดของธุรกิจนั้น เช่น กรณีที่บริษัท A มียอดขายสินค้าที่แข่งขันกับบริษัท B คิดเป็นมูลค่าเพียงร้อยละ 3 ของยอดขายสินค้าทั้งหมด และบริษัท B ก็มียอดขายสินค้าที่แข่งขันกับบริษัท A คิดเป็นมูลค่าเพียงร้อยละ 3 ของยอดขายสินค้าทั้งหมดเช่นกัน เป็นต้น

²⁹ Laura A. Wilkinson, "Interlocking Directorates," [Online] Accessed: 27 March 2020. Available from: https://www.weil.com/~media/files/pdfs/2017/lit_febmar17_spotlighton.pdf, pp.56 - 57.

ข้อสังเกตของพฤติกรรมการตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นกรรมการ หรือ พนักงานของกิจการ 2 แห่งในเวลาเดียวกันคือ ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวถูกต้องห้ามตาม กฎหมายหรือไม่นั้น หากปรากฏว่ามีข้อตกลงใด ๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างกิจการทั้ง 2 แห่งที่เกี่ยวข้องกัน นั้นเป็นข้อตกลงที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดในเรื่องใดก็ตาม พฤติกรรมการตั้งบุคคลเป็น กรรมการหรือพนักงานของกิจการทั้ง 2 แห่งก็จะถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ถูกต้องห้ามตามกฎหมายด้วย ถึงแม้ว่าเมื่อพิจารณาจากผลกระทบต่อโครงสร้างตลาดตามบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวม ธุรกิจแล้ว ปรากฏว่าการรวมธุรกิจโดยวิธีการตั้งบุคคลเป็นกรรมการหรือพนักงานของกิจการทั้ง 2 แห่งนั้นจะไม่เป็นการรวมธุรกิจที่ควรถูกต้องห้ามตามกฎหมาย Clayton Act นี้ก็ตาม³⁰

3.1.3 รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

สหรัฐอเมริกาใช้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในลักษณะที่เป็นระบบการขอ อนุญาตรวมธุรกิจล่วงหน้า (pre-merger notification) โดยมาตรา 7A ของ Clayton Act ซึ่งเป็น บทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามมาตรา 7 ได้กำหนดให้บุคคลใดที่ประสงค์ จะได้มาทั้งโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อมซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ใด ๆ หรือได้มาโดยการเสนอซื้อของ กิจการใด ๆ ทั้งผู้โอนและผู้รับโอน จะต้องแจ้งข้อมูลโดยละเอียดต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการ ผูกขาดของสหรัฐอเมริกา เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาว่าการได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ดังกล่าว นั้น จะเป็นการขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่³¹ ซึ่งรวมไปถึงพฤติกรรมการรวมตัวของ ผู้ ประกอบธุรกิจหลายรายในลักษณะของกิจการร่วมค้าที่มีลักษณะตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ผู้ ประกอบธุรกิจเหล่านั้นก็จะต้องดำเนินการขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ของสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกัน³²

³⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, pp.706 - 707.

³¹ The Clayton Act of 1914 (15 U.S. Code 18a) Section 7A, Premerger notification and waiting period
(a) Filing

Except as exempted pursuant to subsection (c), no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file notification pursuant to rules under subsection (d)(1) and the waiting period described in subsection (b)(1) has expired, if ...

³² Erin L. Shencopp, "Joint Venture Antitrust Considerations," [Online] Accessed: 27 March 2020. Available from: <https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/1/01/joint-venture-antitrust-considerations-lexisnexis/files/joint-venture-antitrust-considerations-with-datepd/fileattachment/joint-venture-antitrust-considerations-with-date.pdf>, pp.2 - 3.

ทั้งนี้ ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 7A นั้น มิได้นำผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมาใช้เป็นเกณฑ์เพื่อแบ่งแยกระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแต่อย่างใด ดังนั้น ไม่ว่าจะการรวมธุรกิจนั้นจะถึงขนาดมีแนวโน้มที่ก่อให้เกิดการผูกขาด หรืออาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขัน ต่างก็ต้องดำเนินการขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาทั้งสิ้น จึงกล่าวได้ว่าระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกานั้นมีเพียงระบบเดียว คือ ระบบการขออนุญาต

อย่างไรก็ดี มาตรา 7A ของกฎหมาย Clayton Act ก็ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับจำนวนสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจหรือมูลค่าของการรวมธุรกิจที่จะต้องมาดำเนินการแจ้งข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับการรวมธุรกิจเพื่อให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาพิจารณาว่าจะอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจดังกล่าวได้หรือไม่ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้³³

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าซื้อ และผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกซื้อ จะต้องประกอบกิจการทางพาณิชย์ หรือกิจการที่ส่งผลกระทบต่อทางพาณิชย์

(2) ผลจากการรวมธุรกิจนั้น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าซื้อธุรกิจนั้นถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และสินทรัพย์มูลค่าเกินกว่า 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

(3) ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นมีมูลค่าไม่เกินกว่า 368 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จะต้องมีการพิจารณาถึงขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจด้วย โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องอย่างน้อยรายหนึ่งจะต้องมีสินทรัพย์หรือยอดเงินขายในปีที่ผ่านมามูลค่าเกินกว่า 18.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องอีกรายหนึ่งจะต้องมีสินทรัพย์หรือยอดเงินขายในปีที่ผ่านมามูลค่าเกินกว่า 184 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

(4) หากการรวมธุรกิจนั้นมีมูลค่าเกินกว่า 368 ล้านดอลลาร์สหรัฐ กล่าวคือ ผลจากการรวมธุรกิจนั้น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าซื้อธุรกิจนั้นถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และสินทรัพย์มูลค่าเกินกว่า 368 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เช่นนี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด

ทั้งนี้ มูลค่าของการรวมธุรกิจในแต่ละช้อนั้นจะมีการปรับเปลี่ยนไปในแต่ละปีงบประมาณ เพื่อให้เข้ากับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน โดยมูลค่าที่ปรากฏนี้เป็นมูลค่าในปี ค.ศ. 2021

³³ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, pp.1479 - 1480.

ดังนั้น เฉพาะการรวมธุรกิจซึ่งไม่ว่าจะเป็นการควบกิจการ การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ หรือการโอนสินทรัพย์ รวมถึงการรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้าที่มีลักษณะดังที่กำหนดไว้ข้างต้นเท่านั้น ที่จะต้องดำเนินการแจ้งข้อมูลและขออนุญาตรวมธุรกิจหรือรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา หากการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ การโอนสินทรัพย์ การควบกิจการ หรือการรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้านี้มีได้มีมูลค่าของการดำเนินการดังที่กำหนดไว้ข้างต้นแล้ว เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจย่อมสามารถดำเนินการได้โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งข้อมูลหรือขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด

3.1.4 การกำหนดขอบเขตตลาด

ประเด็นสำคัญเรื่องหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจนั้นคือการกำหนดขอบเขตตลาด โดยเฉพาะเมื่อบทบัญญัติมาตรา 7 ของ Clayton Act ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการรวมธุรกิจที่อาจถูกต้องห้ามตามกฎหมายนั้น คือการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ หรืออาจก่อให้เกิดการผูกขาดในส่วนของตลาดใดตลาดหนึ่งในสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการรวมธุรกิจของศาลในสหรัฐอเมริกา ประเด็นเรื่องการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดมักจะเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งอยู่เสมอ³⁴ อย่างไรก็ดี ตามแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 2010 นั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้ระบุไว้ว่าการพิจารณาผลกระทบด้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น การพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งที่ต้องกระทำเป็นอย่างแรก เนื่องจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอาจนำหลักฐานหรือเครื่องมืออื่น ๆ นอกเหนือจากขอบเขตตลาดมาใช้ในการวิเคราะห์ผลกระทบด้านการแข่งขันได้เช่นกัน และหลักฐานบางประการที่แสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อการแข่งขันจากการรวมธุรกิจนั้นก็อาจเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงขอบเขตตลาดได้ในภายหลัง เช่น การที่จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งรายสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งหายไป ส่งผลให้ราคาของสินค้ากลุ่มหนึ่งเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ก็เป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าสินค้ากลุ่มดังกล่าวอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกันนั่นเอง³⁵

ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะกำหนดขอบเขตของตลาดใดตลาดหนึ่งหรือหลายตลาดที่เกี่ยวข้องที่อาจเกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญเพราะการรวม

³⁴ *ibid.*, p.1484.

³⁵ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.7.

ธุรกิจไปตามปกติเท่านั้น โดยมีได้ให้ความสำคัญแก่การพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดเป็นพิเศษกว่า
ขั้นตอนอื่น ๆ แต่อย่างไร³⁶

ในการพิจารณาผลกระทบด้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น การ
พิจารณากำหนดขอบเขตตลาดอาจมีบทบาทสำคัญ 2 ประการ ได้แก่

(1) การพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดจะช่วยให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการ
ผูกขาดสามารถระบุตลาดสินค้าหรือบริการหรือพื้นที่ส่วนหนึ่งของประเทศที่ประเด็นเรื่องการแข่งขัน
อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ โดยที่การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น
องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดมักจะพิจารณาและกำหนดขอบเขตตลาดที่การรวมธุรกิจ
จะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างชัดเจน

(2) การพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดจะทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการ
ผูกขาดสามารถระบุผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกิดการรวมธุรกิจนั้นได้ อันจะ
ส่งผลต่อไปถึงการประเมินส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการกระจุก
ตัวของตลาดได้

การพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดมักจะคำนึงถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการทดแทนด้าน
อุปสงค์ เช่น ความสามารถและความต้องการของผู้บริโภคหรือลูกค้าในการสับเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือ
บริการอื่น หากราคาหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการนั้นมีการเปลี่ยนแปลง ทั้งนี้ ความสามารถใน
การตอบโต้จากผู้ผลิตสินค้าและวัตถุดิบก็มีส่วนสำคัญในการพิจารณาด้วยเช่นเดียวกัน³⁷ โดยที่การ
กำหนดขอบเขตตลาดตามแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 2010 นั้น จะพิจารณาตลาดใน
2 มิติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 ของกฎหมาย Clayton Act กล่าวคือ ตลาดสินค้า (product
market) และตลาดภูมิศาสตร์ (geographic market)

3.1.4.1 ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง (relevant product market) คือตลาดที่ประกอบด้วย
สินค้าหรือบริการที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ ซึ่งการกำหนดขอบเขตของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องนั้น
มีความแตกต่างจากตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากการกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่
เกี่ยวข้องนั้นองค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจพิจารณาจากต้นทุนค่าขนส่งหรือคำนวณจากค่าใช้จ่ายต่าง

³⁶ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*,
p.1485.

³⁷ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August
2010, p.7.

ๆ ซึ่งเป็นตัวเลขได้ ขณะที่การพิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องนั้นส่วนใหญ่มักจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบรรณนิมของผู้บริโภค จึงทำให้การกำหนดขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องนั้นกระทำได้ยากกว่า โดยที่การกำหนดขอบเขตของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องนั้นจะทำโดยอาศัยมุมมองของผู้บริโภคเป็นหลัก กล่าวคือ สินค้าที่ผู้บริโภคคิดว่าสามารถนำมาใช้ทดแทนกันได้บ้าง³⁸

ในทางปฏิบัติ การกำหนดขอบเขตตลาดสินค้าและบริการนั้น แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจใแนวนอน ค.ศ. 2010 ได้ระบุรายละเอียดเอาไว้ว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะนำวิธีการที่เรียกว่าการทดสอบตามข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้ผูกขาด (the hypothetical monopolist test) ซึ่งการทดสอบดังกล่าวจะช่วยทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถระบุขอบเขตของตลาดสินค้าที่จะได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องได้อย่างเหมาะสม โดยที่การทดสอบนั้นจะแสดงให้เห็นถึงกลุ่มของสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนกับสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่จะทำการรวมธุรกิจนั้นได้ และเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน³⁹

ในการทดสอบตามข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้ผูกขาดนั้น จะมีการนำการทดสอบการขึ้นราคาสินค้าอย่างมีนัยสำคัญในช่วงระยะเวลาหนึ่งที่เรียกว่า SSNIP Test (A Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price Test) มาใช้ กล่าวคือ หากมีการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการที่จำหน่ายโดยผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกันนั้นเป็นจำนวน 5% ในระยะเวลาพอสมควรแล้ว ตลาดจะมีการตอบโต้การขึ้นราคาดังกล่าวอย่างไร ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะนำปัจจัยต่าง ๆ เช่น พฤติกรรมการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น รวมถึงการสำรวจรูปแบบการตอบโต้การขึ้นราคาของผู้ซื้อ การตอบโต้การขึ้นราคาของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่น และปริมาณยอดขายที่ลดลงของผู้ประกอบธุรกิจที่ขึ้นราคาสินค้า มาเป็นหลักฐานในการพิจารณากำหนดว่าสินค้าหรือบริการใดบ้างเป็นสินค้าหรือบริการที่อยู่ในตลาดสินค้าเดียวกันกับผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจ⁴⁰

3.1.4.2 ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง

ตลาดภูมิศาสตร์ที่ได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น จะถูกจำกัดขอบเขตโดยพิจารณาจากพื้นที่ที่ผู้บริโภคจะยังคงมีความเต็มใจหรือความสามารถที่จะเปลี่ยนไปใช้

³⁸ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, p.74.

³⁹ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, pp.8 - 12.

⁴⁰ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1485.

สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น รวมถึงความเต็มใจหรือความสามารถในการให้บริการ แก่ลูกค้าโดยผู้ผลิตด้วย ซึ่งจะนำวิธีการและปัจจัยเดียวกันกับการพิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องมาใช้ในการพิจารณาหาขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ด้วย กล่าวคือ การทดสอบการขึ้นราคาของสินค้า และความสามารถในการทดแทนของสินค้าชนิดอื่น ๆ ในมิติของภูมิศาสตร์

ขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์นั้นมักจะเกี่ยวข้องกับต้นทุนการขนส่งหรือการเดินทาง โดยที่การกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์นั้น องค์การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะแบ่งแนวทางการพิจารณาออกเป็น 2 แนวทาง ได้แก่ การพิจารณาขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์โดยยึดสถานที่ตั้งของผู้ผลิตเป็นหลัก และการพิจารณาขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์โดยยึดสถานที่ตั้งของผู้บริโภคเป็นหลัก⁴¹

ก. การพิจารณาขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์โดยยึดสถานที่ตั้งของผู้ประกอบธุรกิจเป็นหลัก จะถูกนำมาใช้เมื่อผู้บริโภคนั้นมักจะได้รับสินค้าหรือบริการ ณ สถานที่ตั้งของผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดดังกล่าวก็ต้องมีสถานที่ผลิต จำหน่าย หรือให้บริการอยู่ในบริเวณท้องที่เดียวกัน ขณะที่ผู้บริโภคบางรายอาจอาศัยอยู่นอกขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์นี้ก็ได้ เพราะฉะนั้น ในกรณีนี้ขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์จะถูกกำหนดโดยพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจรายใดมีการขายสินค้าหรือให้บริการอยู่ในพื้นที่เดียวกันนี้บ้าง โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าผู้บริโภคจะอยู่ที่ใด

ข. การพิจารณาขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์โดยยึดสถานที่ตั้งของผู้บริโภคเป็นหลัก จะถูกนำมาใช้เมื่อผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายจัดส่งสินค้าหรือบริการนั้นไปยังที่อยู่ของผู้บริโภค ในกรณีนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันคือผู้ประกอบธุรกิจที่มีการขายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภคในพื้นที่นั้น ๆ ด้วย ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดภูมิศาสตร์เดียวกันนี้อาจมีได้มีที่ตั้งของสถานประกอบการอยู่ในพื้นที่นั้น ๆ ก็ได้ ดังนั้น ในกรณีนี้ขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์จะถูกกำหนดโดยพิจารณาว่าผู้บริโภคมีการซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ ณ ที่ใด โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจได้อยู่ในพื้นที่เดียวกันกับผู้บริโภคนั้นด้วยหรือไม่

3.1.5 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวนอน

การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ เพื่อที่จะประเมินว่าควรจะอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจนั้นหรือไม่ องค์การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้ประกาศกำหนดแนวทางการพิจารณาผลกระทบของ

⁴¹ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, pp.13 - 15.

การรวมธุรกิจว่าการรวมธุรกิจในลักษณะใดที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ โดยนำปัจจัยต่าง ๆ หลายประการมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณา โดยองค์กรบังคับใช้กฎหมาย ป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาแบ่งแนวปฏิบัติสำหรับการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้เป็น 2 แนวทางตามรูปแบบของการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ได้แก่ แนวปฏิบัติสำหรับการรวมธุรกิจในแนวนอน และแนวปฏิบัติสำหรับการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่นที่มีใช้แนวนอน

การพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวนอนนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ร่วมกันออกแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอนปี ค.ศ. 2010 (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines) ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรวมธุรกิจฉบับล่าสุดของสหรัฐอเมริกาไว้ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ด้วยการนำปัจจัยต่าง ๆ มาประกอบการพิจารณา ดังนี้

3.1.5.1 การกระจุกตัวของตลาด

ปัจจัยประการแรกที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะนำมาใช้พิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ คือ ส่วนแบ่งตลาด (market shares) และการกระจุกตัวของตลาด (market concentration) ซึ่งนอกจากจะเป็นหลักฐานสำคัญแล้ว ยังเป็นหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือสูงมากในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจริงหรือไม่ เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดนั้นส่งผลต่อแรงจูงใจในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจเป็นอย่างมาก เช่น ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดมากย่อมมีแนวโน้มที่จะใช้กลยุทธ์การลดราคาเพื่อดึงดูดลูกค้ารายใหม่ ๆ มากกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ยังมีส่วนแบ่งตลาดน้อย หรือถึงแม้ว่าผู้ประกอบที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยจะพยายามใช้กลยุทธ์การลดราคาก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ ๆ ก็มักจะไม่ได้รับผลกระทบมากนัก นอกจากนี้ ส่วนแบ่งตลาดยังแสดงให้เห็นถึงความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจ กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดสูง มักจะสะท้อนถึงความสามารถในการควบคุมต้นทุนให้ต่ำ หรือการมีสินค้าหรือบริการที่น่าดึงดูด และสามารถกระจายสินค้าหรือบริการออกไปถึงผู้บริโภคได้ด้วยความรวดเร็วกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยเป็นอย่างมาก⁴²

⁴² ibid., 15.

ดังนั้น การมีส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดที่ต่ำแม้เกิดการรวมธุรกิจแล้ว แสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจมิได้ส่งผลกระทบต่อเป็นการต่อต้านการแข่งขันเท่าไรนัก⁴³

การนำข้อมูลเกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาดมาใช้พิจารณาผลกระทบต่ออาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในอดีต โดยที่ในช่วงทศวรรษที่ 1960 จนถึงปลายทศวรรษที่ 1970 นั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะนำดัชนีทางเศรษฐศาสตร์ที่เรียกว่าอัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ 4 ราย (four-firm concentration ratio หรือ CR4) มาใช้เพื่อประเมินผลกระทบต่อตลาดซึ่งเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น กล่าวคือ หากภายหลังจากการรวมธุรกิจกันแล้วผู้ประกอบการธุรกิจ 4 รายแรกที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงสุดในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 75% แล้ว จะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นทำให้เกิดความกระจุกตัวในระดับที่สูงมากในตลาด และอาจไม่อนุญาตให้ทำการรวมธุรกิจได้⁴⁴

อย่างไรก็ดี แนวคิดเกี่ยวกับการนำดัชนีอัตราการกระจุกตัวมาปรับใช้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้น เริ่มมาจากความตั้งใจในการใช้เพื่อพิจารณาผลกระทบต่อตลาดร่วมกันจำกัดการแข่งขันในตลาดระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ กล่าวคือ ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจลำดับต้น ๆ ในตลาดนั้นมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงจนแตกต่างจากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ มาก การตกลงร่วมกันกำหนดราคาระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้นอาจใกล้เคียงกับราคาผูกขาดเป็นอย่างยิ่ง ขณะที่หากผู้ประกอบการลำดับต้น ๆ ในตลาดนั้นมีส่วนแบ่งตลาดไม่แตกต่างจากรายอื่น ๆ เท่าไรนัก การตกลงร่วมกันกำหนดราคาให้อยู่เหนือระดับราคาแข่งขันก็อาจไม่ประสบความสำเร็จได้โดยง่าย ซึ่งในกรณีนี้ ไม่ว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่มาตกลงกันนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดรายละ 20% เท่า ๆ กัน หรือมีส่วนแบ่งตลาด 77% เพียงหนึ่งราย ขณะที่อีกสามรายมีส่วนแบ่งตลาดรายละ 1% ก็ตาม การตกลงร่วมกันกำหนดราคาราคานั้น ก็จะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จึงสามารถปรับใช้ดัชนีอัตราการกระจุกตัวได้อย่างเหมาะสม⁴⁵

ขณะที่การนำดัชนีดังกล่าวมาปรับใช้ในการพิจารณาโครงสร้างและสภาพการแข่งขันในตลาดตามบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดความผิดพลาดได้ เช่น ในตลาดที่ผู้ประกอบการธุรกิจ 4 รายแรก มีส่วนแบ่งตลาดรายละ 20% เท่า ๆ กัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีการแข่งขันระหว่างกันที่สูง ส่วนตลาดที่ผู้ประกอบการรายแรกมีส่วนแบ่งตลาด 77% แต่อีกสามรายถัดมามีส่วนแบ่งตลาดเพียงรายละ 1% เท่า ๆ กัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีการแข่งขันน้อยมากนั้น ทั้งสองตลาดกลับมีค่า CR4 ที่ 80% เท่ากันทั้งสองตลาด ขณะที่หากนำดัชนี HHI มาประเมินโครงสร้างและ

⁴³ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1486.

⁴⁴ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, p.490.

⁴⁵ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, pp.662 - 663.

สภาพการแข่งขันในตลาดดังกล่าวทั้งสอง จะแสดงให้เห็นว่าตลาดแรกนั้นมีค่า HHI ระหว่าง 1700 - 1800 ขึ้นอยู่กับส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาด ส่วนตลาดที่สองจะมีค่า HHI สูงถึง 6,000 ซึ่งแสดงให้เห็นโครงสร้างตลาดและสภาพการแข่งขันที่แตกต่างกันเป็นอย่างมาก⁴⁶

นอกจากนี้ การรวมธุรกิจที่ทำให้ผู้ประกอบการ 4 รายแรกมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 75% ในบางครั้งก็มิได้ทำให้การกระจุกตัวของตลาดสูงขึ้นมาก อีกทั้งมิได้ส่งผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันดังที่ดัชนีดังกล่าวแสดง ตัวอย่างเช่น ในตลาดที่ผู้ประกอบการ 4 รายแรก มีส่วนแบ่งตลาด 30% 20% 15% และ 10% ตามลำดับ ทำให้ค่า CR4 ของตลาดดังกล่าวสูงถึง 75% แต่ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่ต้องการรวมธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 4% ก็เชื่อว่าเป็นการรวมธุรกิจที่ต้องห้ามตามแนวทางการรวมธุรกิจในอดีตด้วย ทั้งที่ความจริงแล้วการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเท่าไรนัก

การนำดัชนีการกระจุกตัวของตลาดมาใช้ประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจยังอาจเกิดความคลาดเคลื่อนได้อีกด้วย กล่าวคือ ไม่ว่าจะการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการสองรายที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 20% เท่า ๆ กัน หรือการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาด 38% กับ 2% เมื่อนำดัชนีการกระจุกตัวของตลาดมาพิจารณาก็จะแสดงผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่เท่า ๆ กัน ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดเท่า ๆ กันนั้นมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสูงกว่ามาก ซึ่งหากนำดัชนี HHI มาใช้ประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจดังกล่าวจะแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 20% เท่ากันนั้น จะทำให้ค่า HHI สูงขึ้นถึง 800 ขณะที่การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาด 38% กับ 2% นั้น จะทำให้ค่า HHI สูงขึ้นเพียง 152 เท่านั้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงผลกระทบของการรวมธุรกิจต่อโครงสร้างตลาดและความเปลี่ยนแปลงของสภาพการแข่งขันได้อย่างแม่นยำ

ดังนั้น ในเวลาต่อมาองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจึงนำดัชนีเฮอร์ฟินดัล-เฮิร์ชแมน (The Herfindahl-Hirschman Index) ซึ่งมีความแม่นยำในการประเมินการกระจุกตัวของตลาดสูงกว่ามาใช้แทนในปี ค.ศ. 1982⁴⁷

⁴⁶ ibid.

⁴⁷ Bundeskartellamt, "Prohibition Criteria in Merger Control – Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition?," [Online] Accessed: 8 March 2020. Available from:

องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาถึงทั้งการกระจุกตัวของตลาดภายหลังการรวมธุรกิจ และระดับการเพิ่มขึ้นของความกระจุกตัวจากการรวมธุรกิจ⁴⁸ โดยใช้ดัชนี HHI ซึ่งมีการผ่อนปรนอัตราการกระจุกตัวที่อาจได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจการได้มากขึ้นกว่าในอดีต ดังนี้

(1) ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ค่า HHI ของตลาดที่เกี่ยวข้องมีอัตราต่ำกว่า 1,500 ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะถือว่าตลาดนี้ไม่ได้มีความกระจุกตัวเท่าไรนัก ดังนั้น การรวมธุรกิจในตลาดที่ได้มีการกระจุกตัวเช่นว่านี้ มักจะไม่มีแนวโน้มที่จะส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน และโดยปกติแล้วมักจะไม่ต้องวิเคราะห์ปัจจัยประการอื่น ๆ ต่อไป

(2) ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ค่า HHI ของตลาดที่เกี่ยวข้องมีอัตราตั้งแต่ 1,500 - 2,500 ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะถือว่าตลาดเริ่มมีความกระจุกตัวพอสมควร แต่หากอัตราการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นจากก่อนการรวมธุรกิจไม่เกิน 100 ในตลาดที่มีการกระจุกตัวปานกลางนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนี้ยังไม่มีแนวโน้มที่จะส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาด และไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ต่อไป แต่หากอัตราการกระจุกตัวตามดัชนี HHI นั้นสูงขึ้นเกินกว่า 100 ในตลาดที่มีการกระจุกตัวปานกลาง เช่นนี้การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้ โดยต้องพิจารณาปัจจัยประการอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติต่อไป

(3) ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ค่า HHI ของตลาดที่เกี่ยวข้องมีอัตราสูงกว่า 2,500 ซึ่งถือว่าเป็นตลาดที่มีอัตราการกระจุกตัวสูงมาก แต่หากการรวมธุรกิจนั้นทำให้อัตราการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นจากก่อนการรวมธุรกิจไม่เกิน 100 ถึงแม้จะเป็นการรวมธุรกิจในตลาดที่มีอัตราการกระจุกตัวสูงมาก ก็ไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน และไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงปัจจัยประการอื่น ๆ ต่อไป แต่ถ้าการรวมธุรกิจนั้นทำให้การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI เพิ่มขึ้นถึง 100 แต่ไม่เกิน 200 ในตลาดที่มีอัตราการกระจุกตัวสูงมากนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งจะต้องอาศัยการประเมินโดยปัจจัยอื่น ๆ ต่อไป แต่หากการรวมธุรกิจนั้นทำให้การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI เพิ่มขึ้นเกินกว่า 200 แล้ว จะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มสูงที่จะก่อให้เกิดอำนาจตลาดต่อผู้ประกอบการธุรกิจมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ จากประวัติการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 2000 - 2010 ของสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกามีได้พิจารณาตามแนวปฏิบัติที่ประกาศไว้อย่างเข้มงวดเท่าไรนัก กล่าวคือ ในความเป็น

⁴⁸ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.579.

จริงนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะไม่ขัดขวางการรวมธุรกิจในตลาดที่มีค่า HHI ต่ำกว่า 2,000 ภายหลังจากการรวมธุรกิจ เว้นแต่การรวมธุรกิจนั้นจะประกอบด้วยผู้ประกอบการธุรกิจรายใหญ่ในตลาด และองค์กรบังคับใช้กฎหมายมีสถิติในการขัดขวางการรวมธุรกิจในตลาดที่มีค่า HHI ต่ำกว่า 2,400 ภายหลังจากการรวมธุรกิจที่น้อยมาก เว้นแต่การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ค่า HHI เพิ่มขึ้นตั้งแต่ 300 ขึ้นไป ซึ่งแนวปฏิบัติข้างต้นที่เผยแพร่ในปี ค.ศ. 2010 นั้น เป็นเพียงความพยายามที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจทราบถึงแนวปฏิบัติขององค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาอย่างใกล้ชิดที่สุด⁴⁹

ในอดีตนั้น ศาลของสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มที่จะให้น้ำหนักและความสำคัญแก่ปัจจัยเกี่ยวกับการกระจุกตัวของตลาดมากกว่าปัจจัยประการอื่น ๆ เป็นอย่างมาก ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจคดี *Philadelphia National Bank*⁵⁰ ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการพาณิชย์คดีแรกของสหรัฐอเมริกา ในคดีดังกล่าวนี้ The Philadelphia National Bank และ Girard Trust Corn Exchange Bank ซึ่งเป็นผู้ประกอบการพาณิชย์ในเมืองฟิลาเดเฟีย รัฐเพนซิลเวเนียที่มีขนาดใหญ่ที่สุดเป็นลำดับที่สองและลำดับที่สามในพื้นที่ดังกล่าว มีความประสงค์ที่จะดำเนินการรวมธุรกิจกัน แต่ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาพิจารณาแล้วพบว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 33% อันถือว่าเป็นอัตราที่สูงเกินสมควร อีกทั้งยังทำให้ตลาดมีการกระจุกตัวเพิ่มสูงขึ้น ทำให้มีแนวโน้มที่ผู้ประกอบการธุรกิจอาจมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้ จึงไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้น⁵¹ ซึ่งในปี ค.ศ. 1968 องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาก็ได้ออกแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจอันสะท้อนคำตัดสินคดีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ภายใต้แนวปฏิบัติในช่วงเวลาดังกล่าวนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะนำสภาพการกระจุกตัวของตลาดมาเป็นแกนหลักในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ และให้ความสำคัญแก่การกระจุกตัวของตลาดเป็นอย่างมาก⁵²

ขณะที่ในปี ค.ศ. 1982 องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้ทำการแก้ไขแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจ จากเดิมที่นำสภาพการกระจุกตัวของ

⁴⁹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.668.

⁵⁰ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 83 S.Ct. 1715 (1963).

⁵¹ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, pp.497 - 498.

⁵² Peter C. Carstensen, "The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in an Unpredictable World," *Antitrust Law Journal* 80, 2 (2015): 237.

ตลาดมาเป็นปัจจัยหลักในการพิจารณาและคัดค้านการรวมธุรกิจได้โดยไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด ในแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจ ค.ศ. 1982 นี้ ก็ได้ให้ความสำคัญแก่ผลกระทบต่อการแข่งขันมากขึ้น นอกเหนือไปจากเฉพาะเรื่องการกระจุกตัวของตลาด โดยที่ในแนวปฏิบัติฉบับนี้ได้กำหนดให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่การรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงต่อต้านการแข่งขัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันได้หรือไม่ และจะต้องนำผลการพิจารณาดังกล่าวมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งของคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจด้วย⁵³

นอกจากนี้ในแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจ ค.ศ. 1992 และค.ศ. 1997 ก็ได้กำหนดว่าก่อนที่จะชดชวางมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจได้นั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ตั้งแต่การกระจุกตัวของตลาด ปัจจัยอื่น ๆ ที่บ่งบอกถึงลักษณะและสภาพของตลาด และข้อกังวลเกี่ยวกับผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างครบถ้วน รวมถึงจะต้องแสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้เสียก่อน อีกทั้งภายใต้แนวปฏิบัติฉบับนี้ ยังเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถต่อสู้ในประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพที่เกิดจากการรวมธุรกิจได้อีกด้วย ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่แนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจ ค.ศ. 1982 นั้นไม่ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำได้⁵⁴

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2010 องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดก็ได้ปรับปรุงแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจ กลายเป็นแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 2010 ที่ปรับใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยแนวปฏิบัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดแนวทางการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์สำคัญของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจมากขึ้น คือการป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน เช่น การลดปริมาณการผลิตและขึ้นราคาของสินค้าหรือบริการภายหลังจากการรวมธุรกิจ มิได้จำกัดแต่ความมุ่งหมายที่จะปกป้องมิให้ตลาดมีการกระจุกตัวไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่อัตราการกระจุกตัวนั้นเป็นสิ่งบ่งชี้อย่างหนึ่งถึงแนวโน้มและความเป็นไปได้ที่จะเกิดพฤติกรรมข้างต้นขึ้น⁵⁵ ดังนั้น ภายใต้แนวปฏิบัติฉบับปัจจุบัน จึงมีรูปแบบที่แตกต่างจากในอดีตซึ่งเคยให้น้ำหนักในการพิจารณาการรวมธุรกิจเกือบทั้งหมดแก่ประเด็นเกี่ยวกับโครงสร้างตลาด มาเป็นลักษณะที่จะต้องมีการพิจารณาผลกระทบและอันตรายจากการรวมธุรกิจนั้น

⁵³ *ibid.*, p.238.

⁵⁴ *ibid.*, pp.238 - 239.

⁵⁵ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.672.

อย่างครอบคลุม⁵⁶ ส่งผลให้ข้อสันนิษฐานจากอัตราการกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ในปัจจุบันนี้ จึงอาจถูกลบล้างได้ด้วยการศึกษาอื่น ๆ ที่ระบุไว้ในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอน กล่าวคือ ผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว ผลกระทบจากการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายราย อำนาจต่อรองของผู้ซื้อในตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้น และความจำเป็นในการรวมธุรกิจเนื่องจากธุรกิจประสบปัญหา⁵⁷

3.1.5.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

การกระจุกตัวของตลาดนั้นอาจก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจรายใดรายหนึ่งนั้นสามารถควบคุมปริมาณสินค้าหรือบริการในตลาด จนส่งผลให้ราคาของสินค้าหรือบริการดังกล่าวสูงขึ้นได้ หรือแม้ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียวไม่สามารถมีพฤติกรรมเช่นนั้นได้ ตลาดที่มีการกระจุกตัวสูงก็ก่อให้เกิดโอกาสในการร่วมมือกันมีพฤติกรรมใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ทำให้ปริมาณสินค้าหรือบริการในตลาดลดลง จนส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการเพิ่มสูงขึ้นได้เช่นกัน ซึ่งส่วนแบ่งตลาดและอัตราการกระจุกตัวของตลาดเป็นเพียงจุดเริ่มต้นในการวิเคราะห์ผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันในลักษณะดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ดังนั้นองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดยังคงต้องวิเคราะห์ความเป็นไปได้ที่จะเกิดผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันต่อไปด้วย⁵⁸ ซึ่งผลกระทบนี้อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียว หรือการร่วมมือกันมีพฤติกรรมบางประการของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายก็ได้

ผลกระทบต่อการแข่งขันประเภทแรกที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานำมาใช้เป็นปัจจัยในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจ คือ ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ หรือผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว (unilateral effects หรือ non-coordinated effects) อันเป็นกรณีที่ลำพังการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้นก็ได้ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดขึ้น ซึ่งโดยปกติแล้วผลกระทบจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวมักจะเกิดขึ้นในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันหายไป จนอาจถึงขนาดที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเกิดมีอำนาจผูกขาดตลาดได้ จึงสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้โดยไม่จำเป็นต้อง

⁵⁶ Peter C. Carstensen, "The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in an Unpredictable World," *Antitrust Law Journal*: 239 - 240.

⁵⁷ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.579.

⁵⁸ *ibid.*, p.580.

อาศัยการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งที่เหลือน้อยในตลาด⁵⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะจำเพาะมาก การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจถึงขั้นทำให้จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาดเหลือเพียงรายเดียวเพราะผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งซึ่งจำหน่ายสินค้าหรือบริการเดียวกันหายไปจากตลาด และผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ผลิตสินค้าหรือบริการมาทดแทนได้มีจำนวนน้อย จนก่อให้เกิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นเพียงรายเดียวสามารถควบคุมปริมาณสินค้าหรือบริการในตลาด ส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการนั้นสูงขึ้นได้⁶⁰

การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดผลกระทบในลักษณะนี้จำเป็นจะต้องได้รับการพิจารณาตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดในระดับสูงสุด และโดยทั่วไปแล้ว การรวมธุรกิจในลักษณะนี้ควรถูกห้ามมิให้กระทำขึ้นแม้ว่าอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดจะมีอยู่น้อยเพียงไรก็ตาม เพราะแม้จะมีผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้ามาในตลาดได้ ก็มีความเป็นไปได้สูงที่จะถูกซื้อกิจการโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในตลาดนั้นก่อนได้โดยง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อประโยชน์ที่จะได้รับการเป็นส่วนหนึ่งของผู้ผูกขาดตลาดนั้น สูงกว่าประโยชน์จากการแข่งขันในฐานะคู่แข่งกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดนั้น⁶¹ ซึ่งเหตุการณ์การซื้อกิจการรายเล็กที่มีแนวโน้มจะเป็นคู่แข่งที่มีศักยภาพโดยผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ในตลาดนี้ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นอยู่จริงในปัจจุบัน เช่น การเข้าซื้อกิจการของ WhatsApp ซึ่งครอบครองแพลตฟอร์มการรับส่งข้อความออนไลน์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่เริ่มมีผู้ใช้งานจำนวนมากและมีศักยภาพในการแข่งขันโดย Facebook ในปี ค.ศ. 2014 หรือการเข้าซื้อกิจการของ Orbitera ซึ่งมีธุรกิจบริหารซอฟต์แวร์ที่ทำงานผ่านระบบคลาวด์ (cloud-based software) โดย Google ในปี ค.ศ. 2016 เพื่อให้ตนสามารถแข่งขันกับ Amazon ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เป็นต้น ซึ่งนอกจากกรณีข้างต้นแล้ว ยังปรากฏว่าบริษัทที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตขนาดใหญ่ ได้แก่ Facebook Alphabet (Google) Microsoft และ Apple มีการซื้อกิจการสตาร์ทอัพขนาดเล็กอยู่เรื่อยมา นับตั้งแต่วันที่บริษัทต่าง ๆ มีการก่อตั้งขึ้นจนถึงปัจจุบันเป็นจำนวนกว่า 500 ธุรกิจแล้ว⁶²

⁵⁹ Jonathan B. Baker, "Market concentration in the antitrust analysis of horizontal mergers," in *Antitrust Law and Economics*, ed. Keith N. Hylton (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010), p.245.

⁶⁰ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1488.

⁶¹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, pp.649 - 650.

⁶² Herbert Hovenkamp, "Prophylactic Merger Policy," *Hastings Law Journal* 70, 1 (December 2018): 70.

ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 2010 นั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้แบ่งผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจออกเป็น 4 ลักษณะใหญ่ ๆ ได้แก่

ก. ผลกระทบในแง่ของราคา กล่าวคือ ในการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนกันได้ ย่อมทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นหายไป และก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตนให้สูงขึ้นกว่าราคาก่อนการรวมธุรกิจได้ โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะประเมินแนวโน้มที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบในลักษณะนี้จากความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่มารวมธุรกิจกันเป็นหลัก กล่าวคือ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะทำการสำรวจมุมมองของผู้บริโภคว่า หากสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งทำการรวมธุรกิจมีราคาสูงขึ้น ผู้บริโภคจะหันไปซื้อสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันนั้นจากผู้ประกอบธุรกิจรายใด หากปรากฏว่าจากมุมมองของผู้บริโภคนั้น สินค้าของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งทำการรวมธุรกิจนั้นด้วยจะเป็นตัวเลือกถัดไป เช่นนี้ แสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ของราคาได้สูงมาก โดยที่ความเป็นไปได้ที่จะเกิดผลกระทบดังกล่าวนั้น จะแปรผันไปตามมุมมองของผู้บริโภคว่า สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งทำการรวมธุรกิจนั้นจะอยู่ในลำดับใด ซึ่งในกระบวนการนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะทำการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน ไม่ว่าจะเป็เนอเอกสารต่าง ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ รูปแบบการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่นของผู้บริโภค รวมถึงการสำรวจความเห็นของผู้บริโภค

นอกจากนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะนำอัตราการผันแปรไปใช้สินค้าอื่นของผู้บริโภค (diversion ratios) อันได้แก่อัตราการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่นหากสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจมีการขึ้นราคา และแนวโน้มในการตอบโต้ด้านราคาจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมาสนับสนุนในการประเมินโอกาสที่จะเกิดผลกระทบในลักษณะนี้จากการรวมธุรกิจด้วย⁶³

ข. ผลกระทบต่ออำนาจต่อรองของผู้ซื้อ กล่าวคือ ในอุตสาหกรรมจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอุตสาหกรรมเกี่ยวกับสินค้าชั้นกลาง ผู้ซื้อมักจะมีการเจรจาซื้อขายกับผู้ขายมากกว่าหนึ่งราย ซึ่งการรวมธุรกิจระหว่างผู้ขายที่เป็นคู่แข่งกัน ย่อมทำให้ผู้ซื้อสูญเสียโอกาสในการ

⁶³ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, pp.20 - 22.

เจรจาต่อรองไป และจะทำให้ผู้ขายมีแรงจูงใจและมีโอกาสที่จะดำเนินการใด ๆ ให้ตนได้รับประโยชน์เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ซึ่งในการประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นจะถึงขนาดทำให้ผู้ซื้อเสียอำนาจต่อรองไปอย่างมากหรือไม่ จะใช้แนวทางเดียวกันกับการประเมินแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบในแง่ของราคาเช่นกัน เช่น ในการเสนอราคาแก่ผู้ซื้อนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันเคยเป็นผู้ที่เสนอราคา ถูกที่สุดเป็นลำดับแรกและลำดับที่สอง หรืออยู่ในลำดับที่ใกล้เคียงกันหรือไม่ ซึ่งหากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นเป็นคู่แข่งที่มีการแข่งขันอย่างมากในการเสนอราคาแก่ผู้ซื้อเท่าไร ผลกระทบในแง่ที่การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ผู้ซื้อเสียอำนาจต่อรองไปก็จะมีมากขึ้นเท่านั้น⁶⁴

ค. ผลกระทบในแง่ของปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการนั้น กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลให้ผู้มีประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มจะลดปริมาณการผลิตและเพิ่มระดับราคาตลาดของสินค้าหรือบริการชนิดนั้นขึ้นหรือไม่ ซึ่งแนวโน้มที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจะมีพฤติกรรมดังกล่าวนี้ สามารถประเมินได้โดยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาด ข้อตกลงในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ได้ตกลงไว้แล้วของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ และความสามารถในการผลิตสินค้ามาชดเชยจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งกัน รวมถึงความยืดหยุ่นของอุปสงค์ในตลาดนั้นด้วย⁶⁵

ง. ผลกระทบในแง่ของนวัตกรรมและความหลากหลายของสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการลดระดับการพัฒนาคุณภาพหรือความหลากหลายของสินค้าหรือบริการนั้นลง เนื่องจากการรวมธุรกิจทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจลดลงจนไม่มีแรงจูงใจที่จะต้องลงทุนเพื่อพัฒนาคุณภาพและความหลากหลายของสินค้าหรือบริการนั้นอีกต่อไปหรือไม่ โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้การแข่งขันกันพัฒนานวัตกรรมและความหลากหลายของสินค้าหรือบริการระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหายไปหรือลดลงกว่ากรณีที่ไม่มีการรวมธุรกิจนั้นหรือไม่⁶⁶

ถ้าหากว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันมีแนวโน้มที่จะถอนสินค้าหรือบริการออกจากตลาดไปในจำนวนที่มีนัยสำคัญ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผู้ซื้อหรือผู้บริโภคได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็จะพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวมีเหตุมาจากการแข่งขันที่หายไปของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจหรือไม่

⁶⁴ ibid., p.22.

⁶⁵ ibid.

⁶⁶ ibid., p.23.

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวนั้น องค์การบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้นำอัตราการกระจุกตัวของตลาดมาเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดผลกระทบดังกล่าวมากน้อยเพียงไร กล่าวคือ ในกรณีที่อัตราการกระจุกตัวของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นสูงมาก ก็จะได้ว่ามีแนวโน้มที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้สูงขึ้นไปด้วย ตัวอย่างเช่น กรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Whirlpool และบริษัท Maytag ในปี ค.ศ. 2006 ซึ่งต่างเป็นผู้ผลิตเครื่องซักผ้าและเครื่องอบผ้าสำหรับครัวเรือนรายใหญ่ในสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ บริษัท Whirlpool นั้นมีส่วนแบ่งในตลาดดังกล่าวของสหรัฐอเมริการาวกึ่งหนึ่งซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในตลาด ขณะที่บริษัท Maytag ก็มีส่วนแบ่งในตลาดดังกล่าวราว 20% ซึ่งการมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงและนำไปสู่การกระจุกตัวของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจที่สูงมาก ประกอบกับการครอบครองแบรนด์สินค้าประเภทดังกล่าวจำนวนมาก อีกทั้งบริษัททั้งสองก็มุ่งเน้นการประกอบธุรกิจในตลาดกลุ่มลูกค้าที่มีรายได้ต่ำ และเป็นเครื่องซักผ้าแบบฝาบน ขณะที่คู่แข่งรายใหม่ที่มาจากต่างประเทศล้วนมุ่งทำการตลาดในกลุ่มลูกค้าที่มีรายได้สูง และเป็นเครื่องซักผ้าแบบฝาหน้า จึงสามารถสันนิษฐานได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบต่อคู่แข่งของราคา⁶⁷

อย่างไรก็ดี ท้ายที่สุดแล้วกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม เห็นว่า หากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน โดยการขึ้นราคาสินค้าของตนภายหลังจากการรวมธุรกิจจริง ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งซึ่งมีชื่อเสียงเช่นเดียวกันในสหรัฐอเมริกา และมีการผลิตเครื่องซักผ้าแบบฝาบนซึ่งจำหน่ายอยู่ในต่างประเทศ ย่อมมีโอกาสที่จะนำสินค้าดังกล่าวที่ตนจำหน่ายอยู่ในต่างประเทศ เข้ามาจำหน่ายในสหรัฐอเมริกาได้นอกจากนี้ เมื่อได้นำข้ออ้างของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจที่สามารถแสดงให้เห็นโดยละเอียดมากเพียงพอว่าการรวมธุรกิจนั้น สามารถทำให้ต้นทุนการผลิตของผู้ประกอบธุรกิจลดลงและนำไปสู่การลดลงของราคาสินค้าได้จริง ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากไม่มีการรวมธุรกิจนี้ อันแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก และเพียงพอที่จะชดเชยความเป็นไปได้

⁶⁷ Jonathan B. Baker, "Market concentration in the antitrust analysis of horizontal mergers," in *Antitrust Law and Economics*, p.248.

ที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้บริโภคได้ จึงอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้⁶⁸

ภายหลังจากการรวมธุรกิจดังกล่าวเป็นเวลากว่า 10 ปี ปรากฏว่าเมื่อพิจารณาระดับราคาและระดับการพัฒนานวัตกรรมของสินค้าที่ผลิตโดยบริษัท Whirlpool และบริษัท Maytag ภายหลังจากที่ได้รวมธุรกิจกันแล้วนั้น พบว่าระดับราคาของสินค้าจำนวนหลายรายการถูกปรับเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ อีกทั้งระดับการพัฒนาเทคโนโลยีเกี่ยวกับเครื่องซักผ้า เครื่องอบผ้า และตู้เย็นในสหรัฐอเมริกากลับลดลง โดยที่การพัฒนาทางเทคโนโลยีที่เห็นได้ชัดของสินค้าข้างต้นนี้ ส่วนใหญ่มาจากผู้ผลิตในสหภาพยุโรปเท่านั้น จึงไม่พบว่าการรวมธุรกิจครั้งดังกล่าวจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด อันเป็นการแสดงว่าการกระจุกตัวของตลาดที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายนำมาพิจารณาในตอนต้นนั้น ได้แสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนี้ได้อย่างถูกต้องแล้ว⁶⁹

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดไม่สูงมาก และจะมีการกระจุกตัวของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นไม่มาก องค์กรบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็จะต้องนำข้อมูลอื่น ๆ เกี่ยวกับทางเลือกในการซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค มาพิจารณาประกอบกับอัตราการผันแปรไปใช้สินค้าอื่นของผู้บริโภค (diversion ratios) เพื่อแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้โดยลำพังหรือไม่⁷⁰

3.1.5.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย (coordinated effects) หมายถึงกรณีที่มีการรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เหลืออยู่ในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมประสานงานกันได้ง่ายยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการประสานงานอย่างเป็นทางการซึ่งอาจตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 หรือการตกลงกันอย่างไม่เป็นทางการที่อาจไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบทบัญญัติดังกล่าว

⁶⁸ Department of Justice, "Department of Justice Antitrust Division Statement on the Closing of Its Investigation of Whirlpool's Acquisition of Maytag," [Online] Accessed: 18 March 2021. Available from: https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2006/215326.htm.

⁶⁹ Peter C. Carstensen, "The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in an Unpredictable World," *Antitrust Law Journal*: 250.

⁷⁰ Jonathan B. Baker, "Market concentration in the antitrust analysis of horizontal mergers," in *Antitrust Law and Economics*, p.249.

ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวนี้จะส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นสร้างผลตอบแทนหรือกำไรได้มากขึ้น⁷¹ โดยที่ความร้ายแรงของพฤติกรรมดังกล่าวข้างต้นนี้คือการที่ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีพฤติกรรมเป็นไปในแนวทางเดียวกันนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ว่าด้วยการตกลงร่วมกันมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะต้องให้ความสำคัญกับโอกาสที่จะเกิดผลกระทบจากการร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่เกิดขึ้นเพราะการรวมธุรกิจนั้นเป็นอย่างมาก หากองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดพิจารณาแล้วพบว่ามีโอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบในลักษณะนี้แล้ว ก็มีความเป็นไปได้สูงมากที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะไม่อนุญาตให้เกิดการรวมธุรกิจนั้นขึ้น⁷²

ในตลาดสินค้าหรือบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตลาดที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly) นั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะได้รับประโยชน์มากขึ้นหากมีการตกลงหรือมีการกำหนดราคาและปริมาณการผลิตไปในแนวทางเดียวกัน มากกว่าการที่จะประกอบธุรกิจแข่งขันกันเอง อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันมีพฤติกรรมดังกล่าวบางรายอาจได้รับประโยชน์มากขึ้นไปอีก หากตนแอบมีพฤติกรรมตั้งราคาสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าราคาที่ตกลงกันไว้ข้างต้น อันแสดงให้เห็นว่าโดยปกติแล้วการร่วมมือกันนั้นมิได้มีลักษณะเป็นพฤติกรรมที่มั่นคงถาวร ซึ่งการรวมธุรกิจนี้อาจทำให้พฤติกรรมการร่วมมือกันดังกล่าวเป็นไปได้ง่ายและถาวรมากยิ่งขึ้น โดยที่พฤติกรรมการร่วมมือกันดังกล่าวจะมีความมั่นคงมากเพียงไรนั้นขึ้นอยู่กับปัจจัยหลัก 3 ประการ⁷³ กล่าวคือ

(1) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในการที่จะมาตกลงกันไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจทุกรายได้รับกำไรสูงสุดร่วมกัน

(2) ความสามารถในการที่ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถตรวจสอบว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นนั้นได้ปฏิบัติตามที่ตกลงกันไว้หรือไม่ กล่าวคือ หากผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากที่ตกลงกันไว้ ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ จะสามารถตรวจสอบได้หรือไม่

⁷¹ *ibid.*, pp.238 - 239.

⁷² Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1487.

⁷³ Fabio Polverino, "Assessment of Coordinated Effects in Merger Control: Between Presumption and Analysis," *University College Dublin Law Review* 6, 1 (2006): 3 - 4.

(3) ความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะสามารถลดโทษผู้ประกอบการธุรกิจที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากที่ตกลงกันด้วยวิธีการต่าง ๆ ในทางธุรกิจ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายไม่มีแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมหักหลังผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่มาตกลงร่วมกัน

การประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันได้หรือไม่นั้น ภายใต้แนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 2010 องค์การบังคับใช้กฎหมายจะทำการพิจารณา 2 ประเด็นใหญ่ ๆ กล่าวคือ

ก. การรวมธุรกิจนั้นทำให้โครงสร้างการกระจุกตัวภายในตลาดเปลี่ยนแปลงไป จนอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทำการร่วมมือกันภายหลังการรวมธุรกิจนั้นได้สำเร็จง่ายขึ้น โดยที่องค์การบังคับใช้กฎหมายจะเริ่มจากการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นทำให้โครงสร้างตลาดมีการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นมากน้อยเพียงไร อีกทั้งในตลาดนั้นมีจำนวนผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันมากน้อยเพียงไร เนื่องจากในภาวะที่ตลาดมีโครงสร้างการกระจุกตัวค่อนข้างสูง และมีผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันน้อย ย่อมนำไปสู่การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจได้โดยง่าย⁷⁴ เพราะในภาวะดังกล่าวจะทำให้อุปสรรคที่ขัดขวางการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจลดน้อยลงไป กล่าวคือ อุปสรรคในการทำฉันทามติระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีจำนวนลดน้อยลง การติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนร่วมในการตกลงกันนั้นมีพฤติกรรมหักหลังผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ สามารถได้ง่ายขึ้น ตลอดจนผู้ประกอบการธุรกิจรายใหม่ ๆ จะเข้ามาสู่ตลาดได้ยากยิ่งขึ้น⁷⁵

อย่างไรก็ดี แม้การที่ตลาดมีการกระจุกตัวสูงจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีแนวโน้มจะตกลงร่วมกันได้ง่ายขึ้นก็ตาม แต่หากปราศจากปัจจัยอื่น ๆ ที่มาส่งเสริมการตกลงร่วมกันนั้นแล้ว การตกลงร่วมกันดังกล่าวก็จะเป็นได้เพียงแค่การตกลงในระยะเวลาชั่วคราว ไม่มีความมั่นคง ดังนั้น การกระจุกตัวของตลาดจึงเป็นเพียงประเด็นเริ่มต้นที่องค์การบังคับใช้กฎหมายจะนำมาใช้พิจารณา โดยจะต้องพิจารณาประเด็นอื่น ๆ ต่อไปด้วย⁷⁶

ข. ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะที่ชักจูงใจให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีพฤติกรรมร่วมมือกัน อันหมายถึงกรณีที่เงื่อนไขหรือลักษณะบางประการของ

⁷⁴ Kai-Uew Kühn, "The Coordinated Effects of Mergers," in *Handbook of Antitrust Economics*, ed. Paolo Buccirossi (Massachusetts: MIT Press, 2008), p.115.

⁷⁵ Jonathan B. Baker, "Market concentration in the antitrust analysis of horizontal mergers," in *Antitrust Law and Economics*, p.240.

⁷⁶ Fabio Polverino, "Assessment of Coordinated Effects in Merger Control: Between Presumption and Analysis," *University College Dublin Law Review*: 4 - 5.

ตลาดนั้น ก่อให้เกิดแนวโน้มที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะทำการตกลงร่วมกัน ซึ่งเงื่อนไขหรือลักษณะของตลาดเช่นนี้ อาจแบ่งเป็น 2 กลุ่ม กล่าวคือ

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับความคล้ายคลึงกันของสินค้าหรือบริการ รวมถึงความคล้ายคลึงกันของผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายในตลาด เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจที่มีขนาดใกล้เคียงกัน มีโครงสร้างการดำเนินงานคล้ายคลึงกัน มักจะมีความต้องการและจุดมุ่งหมายอย่างเดียวกัน เช่นเดียวกันกับการที่สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นคล้ายคลึงกัน ก็ทำให้การแข่งขันของผู้ประกอบการธุรกิจจำกัดอยู่เพียงเรื่องราคาและปริมาณการผลิต ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถมาทำการตกลงร่วมกันได้โดยง่าย ขณะที่หากผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดมีขนาดแตกต่างกันมาก ย่อมมีโอกาสน้อยที่ผู้ประกอบการธุรกิจเหล่านั้นจะทำการร่วมมือกัน⁷⁷

ทั้งนี้ ลักษณะของผู้ซื้อในตลาดก็จะมีผลต่อการตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ในตลาดที่มีผู้ซื้อจำนวนมาก ผู้ประกอบการธุรกิจรายใดรายหนึ่งอาจมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากที่ตกลงกันไว้ หรือมีพฤติกรรมตัดราคาผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้ยาก ดังนั้น ตลาดที่มีผู้ซื้อขนาดเล็กจำนวนมาก จะทำให้การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีความมั่นคงถาวรมากยิ่งขึ้น ขณะที่ในตลาดที่มีผู้ซื้อขนาดใหญ่แต่มีจำนวนน้อย การที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายใดรายหนึ่งมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนจะสามารถถูกตรวจพบได้ง่าย จึงไม่เหมาะสมที่จะทำการตกลงร่วมกันนั้นเกิดความยั่งยืน⁷⁸

นอกจากนี้ ความโปร่งใสของตลาด และความสามารถที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายสามารถเข้าถึงข้อมูลการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้โดยง่าย ทั้งในแง่ของการเข้าถึงราคาสินค้าหรือบริการ และการเข้าถึงรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเสนอต่อผู้ซื้อของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ก็ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมความร่วมมือกันได้ง่าย และทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่ร่วมมือกันอยู่ได้ง่ายมากขึ้นอีกด้วย⁷⁹

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับการมีอยู่ของผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันอย่างอิสระ กล่าวคือ การที่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น มีผู้ประกอบการธุรกิจบางรายที่มีความเป็นอิสระและแม้จะมีความพยายามร่วมมือกันเกิดขึ้นในตลาด ผู้ประกอบการธุรกิจกลุ่มที่มีความเป็นอิสระนี้ก็จะมี

⁷⁷ Kai-Uew Kühn, "The Coordinated Effects of Mergers," in *Handbook of Antitrust Economics*, p.113.

⁷⁸ Fabio Polverino, "Assessment of Coordinated Effects in Merger Control: Between Presumption and Analysis," *University College Dublin Law Review*: 6.

⁷⁹ Kai-Uew Kühn, "The Coordinated Effects of Mergers," in *Handbook of Antitrust Economics*, pp.116 - 117.

แรงจูงใจทางเศรษฐกิจที่จะมีพฤติกรรมอันส่งผลเป็นการขัดขวางมิให้การร่วมมือกันนั้นประสบความสำเร็จได้ ซึ่งการรวมธุรกิจอันส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความอิสระนั้นหายไป ย่อมทำให้แนวโน้มที่จะเกิดการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มสูงขึ้น และการร่วมมือกันนั้นจะมีความมั่นคงถาวรมากขึ้นด้วย ขณะที่การรวมธุรกิจซึ่งก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจที่มีความอิสระรายใหม่ในตลาดนั้น จะทำให้การร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดเป็นไปอย่างไม่ยั่งยืน⁸⁰

ผู้ประกอบธุรกิจรายใดจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกัน อย่างอิสระและสามารถขัดขวางการตกลงร่วมกันนั้นได้ จะต้องเริ่มพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น ๆ กล่าวคือ ยิ่งผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูงเท่าไร ก็ยังสามารถขัดขวางการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดได้มาก ทั้งนี้ ในบางกรณี แม้ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่มาก แต่เมื่อผนวกกับอำนาจของผู้ซื้อในตลาด ก็อาจทำให้ความพยายามในการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ นั้นล้มเหลวได้เช่นกัน เพราะเมื่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ มีพฤติกรรมร่วมกันขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตน ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความเป็นอิสระนี้ก็จะมีแรงจูงใจให้ลดราคาสินค้าหรือบริการของตนเองลงเพื่อเพิ่มส่วนแบ่งตลาด ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เข้ามาตกลงกัน⁸¹

ในทางกลับกัน การรวมธุรกิจในบางกรณีก็อาจทำให้เกิดการประหยัดจากขนาดและมีความสามารถที่จะขายสินค้าหรือบริการนั้นในราคาที่ต่ำลงได้ ดังนั้น การรวมธุรกิจนั้นจึงสามารถก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันซึ่งมีความอิสระจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ จึงกล่าวได้ว่าการรวมธุรกิจนั้นสามารถขัดขวางการร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดได้ ซึ่งองค์การบังคับใช้กฎหมายอาจต้องนำมาเป็นประเด็นหนึ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจด้วยเช่นกัน⁸²

ดังนั้น ถ้าการรวมธุรกิจทำให้อัตราการกระจุกตัวในตลาดสูงขึ้นจนกลายเป็นตลาดที่มีการกระจุกตัวสูง และเกิดขึ้นในตลาดที่มีลักษณะเปราะบางอันชักจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมร่วมมือกันดังที่กล่าวข้างต้น ประกอบกับหากองค์การบังคับใช้กฎหมายมีข้อมูลที่น่าเชื่อถือว่า

⁸⁰ Jonathan B. Baker, "Market concentration in the antitrust analysis of horizontal mergers," in *Antitrust Law and Economics*, pp.243 - 244.

⁸¹ Fabio Polverino, "Assessment of Coordinated Effects in Merger Control: Between Presumption and Analysis," *University College Dublin Law Review*: 8.

⁸² *ibid.*, p.9.

ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นจะอาศัยลักษณะดังกล่าวของตลาดก่อให้เกิดผลกระทบจากการร่วมมือกันได้อีกครั้งบังคับใช้กฎหมายก็มักจะมีแนวโน้มที่ไม่ยินยอมให้ผู้ประกอบการธุรกิจทำการรวมธุรกิจนั้น⁸³

ตัวอย่างเช่น ในคดี *FTC v Heinz*⁸⁴ โดยเป็นคำตัดสินเกี่ยวกับการรวมธุรกิจของบริษัท Heinz และบริษัท Beech-Nut ในปี ค.ศ. 2000 ผู้ประกอบการธุรกิจทั้งสองรายต่างเป็นผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดผลิตภัณฑ์อาหารสำหรับเด็กซึ่งมีมูลค่า 865 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยมีบริษัท Gerber เป็นผู้ที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดถึง 65% ขณะที่บริษัท Heinz และบริษัท Beech-Nut เป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงเป็นลำดับที่สองและลำดับที่สาม คือ 17.4% และ 15.4% ตามลำดับ ทำให้ศาลชั้นต้นเห็นว่าบริษัท Gerber มีอำนาจในตลาดแตกต่างจากผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ เป็นอย่างมาก

การรวมธุรกิจดังกล่าวระหว่างบริษัท Heinz และบริษัท Beech-Nut จะทำให้การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI เพิ่มขึ้น 510 จุด จากเดิม 4,775 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นตลาดที่มีการกระจุกตัวสูงมากอยู่แล้ว กลายเป็น 5,285 อันทำให้การกระจุกตัวของตลาดเพิ่มสูงมากขึ้นอีก อีกทั้งอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวก็ค่อนข้างสูง ทำให้การเข้าสู่ตลาดโดยผู้ประกอบการเป็นไปได้อย่าง สอดคล้องกับการที่ไม่มีผู้ประกอบการรายใหม่เกิดขึ้นในตลาดดังกล่าวเป็นเวลาเกินกว่า ทศวรรษหนึ่งแล้ว⁸⁵

อย่างไรก็ดี ศาลชั้นต้นพิจารณาตามข้อต่อสู้ของบริษัท Heinz และบริษัท Beech-Nut ที่ว่าการรวมธุรกิจนี้จะทำให้เกิดประสิทธิภาพมากขึ้น โดยก่อให้เกิดผู้ประกอบการรายหนึ่งซึ่งเป็นอิสระและสามารถแข่งขันกับบริษัท Gerber ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น และเชื่อตามข้อต่อสู้ดังกล่าวของผู้ประกอบการ อีกทั้งยังพบว่าแม้ผู้ประกอบการรายหลัก ๆ ในตลาดที่เหลืออยู่เพียง 2 รายจะพยายามสร้างความร่วมมือระหว่างกัน ความร่วมมือดังกล่าวก็ไม่สามารถสำเร็จได้โดยง่ายหรือมีความมั่นคง เนื่องจากการพยายามหาข้อตกลงที่เป็นที่พึงพอใจของทั้งสองฝ่ายในกรณีนี้เป็นไปได้อย่าง จึงพิจารณาอนุญาตให้บริษัท Heinz และบริษัท Beech-Nut สามารถดำเนินการรวมธุรกิจกันได้⁸⁶

⁸³ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.25.

⁸⁴ *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001).

⁸⁵ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, pp.608 - 609.

⁸⁶ Fabio Polverino, "Assessment of Coordinated Effects in Merger Control: Between Presumption and Analysis," *University College Dublin Law Review*: 9 - 10.

ทั้งนี้ ในท้ายที่สุดแล้ว ศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น เนื่องจากเห็นว่าทฤษฎีที่ว่าความร่วมมือดังกล่าวจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพและไม่นำไปสู่ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันนั้น มิได้มีหลักฐานมาสนับสนุนที่เพียงพอ อีกทั้งศาลชั้นต้นมิได้คำนึงถึงผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นต่อตลาดในระดับขายส่ง ซึ่งสุดท้ายอาจส่งผลกระทบต่อราคาของสินค้าในระดับขายปลีกได้ และจะก่อให้เกิดภาระแก่ผู้บริโภค ดังนั้น จึงพิพากษามีให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายดำเนินการรวมธุรกิจกัน เพราะการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นในตลาดที่มีระดับการกระจุกตัวสูงและจะทำให้ตลาดกลายเป็นตลาดผู้ขายสองราย อันก่อให้เกิดโอกาสและแรงจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจจะทำการตกลงกันในเรื่องราคาจนส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคได้⁸⁷

3.1.5.4 อำนาจของผู้ซื้อในตลาด

ในกรณีที่ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกิดการรวมธุรกิจนั้นมีผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองสูง ซึ่งในสถานะเช่นนี้ ผู้ซื้อดังกล่าวอาจมีอำนาจเพียงพอที่จะขัดขวางการขึ้นราคาของสินค้าโดยผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นได้ เช่น ผู้ซื้อในตลาดนั้นอาจมีความสามารถและแรงจูงใจให้ทำการรวมธุรกิจในแนวตั้งกับผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำ หรืออาจสนับสนุนให้เกิดการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในลักษณะที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันได้โดยอิสระ ทั้งนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะนำอำนาจที่ผู้ซื้อถืออยู่ มาพิจารณาประกอบกับทางเลือกอื่น ๆ ของผู้ซื้อในตลาดซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย เนื่องจากการที่ผู้ซื้อมีอำนาจต่อรองแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่มีทางเลือกอื่น ๆ ที่หลากหลายอาจไม่เพียงพอที่ต่อต้านพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นได้⁸⁸

ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาคดี *Country Lake*⁸⁹ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Country Lake Foods และบริษัท Superior-Dairy Fresh Milk ในปี ค.ศ. 1990 โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายต่างประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในธุรกิจแปรรูปและจำหน่ายผลิตภัณฑ์นมชนิดเหลว จากจำนวนผู้ประกอบธุรกิจทั้งหมด 8 รายในตลาดดังกล่าว ซึ่งในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น ศาลในคดีดังกล่าวพบว่าในตลาดผู้จัดจำหน่ายสินค้าดังกล่าว ซึ่งเป็นตลาดที่อยู่ในระดับล่างลงมานั้นมีการกระจุกตัวที่สูงมาก กล่าวคือ มีผู้จัดจำหน่ายสินค้าเพียง 3 ราย

⁸⁷ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, pp.610 - 611.

⁸⁸ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.27.

⁸⁹ *United States v. Country Lake Foods, Inc.*, 754 F.Supp. 669, 679.

หลักที่ครอบครองส่วนแบ่งตลาดถึง 90% ทำให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าซึ่งเป็นผู้ซื้อผลิตภัณฑ์นมชนิดเหลวจากผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นมีโอกาสต่อรองสูงมากจนแทบจะเป็นไปไม่ได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจจะขึ้นราคาสินค้าของตนเองอย่างไม่สมเหตุสมผล หากผู้ซื้อพบว่าผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมการขึ้นราคาสินค้าอย่างมีนัยสำคัญแล้ว ผู้ซื้อก็จะสามารถต่อรองหรือหาผลิตภัณฑ์นมชนิดเหลวดังกล่าวจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นแทนได้ ดังนั้น เมื่อศาลได้นำเหตุผลดังกล่าวมาพิจารณาประกอบกับปัจจัยประการอื่น ๆ แล้ว จึงพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใด และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้⁹⁰

3.1.5.5 อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด

อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (entry barriers) นั้นศาสตราจารย์ Joe S. Bain นักเศรษฐศาสตร์ชาวอเมริกันและศาสตราจารย์ทางด้านเศรษฐศาสตร์ ประจำมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย เบิร์กลีย์ สหรัฐอเมริกา ได้ให้นิยามที่สอดคล้องกับนโยบายการป้องกันการผูกขาดเอาไว้ว่าหมายถึงปัจจัยต่าง ๆ ในตลาดที่ขัดขวางการเข้ามาทำธุรกิจในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ แม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดนั้นจะมีการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการให้อยู่ในระดับที่สูงกว่าราคาแข่งขันก็ตาม โดยที่สภาวะของการเข้าสู่ตลาดนั้นสามารถประเมินได้จากการที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดมีพฤติกรรมกำหนดราคาเหนือระดับราคาแข่งขันได้อย่างต่อเนื่อง แต่พฤติกรรมดังกล่าวกลับไม่ดึงดูดให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดนั้นเลย⁹¹

ดังนั้น อาศัยนิยามดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้สามารถประเมินระดับความสูงของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดได้โดยสะท้อนจากระดับราคาสินค้าหรือบริการที่อยู่เหนือราคาแข่งขันซึ่งผู้ประกอบธุรกิจในตลาดได้กำหนด ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ตัดสินใจเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดดังกล่าว ตัวอย่างเช่น หากผู้ประกอบธุรกิจในตลาดหนึ่งสามารถตั้งราคาสูงกว่าทุนได้ถึง 50% โดยไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้ามาสู่ตลาด ขณะที่ในอีกตลาดหนึ่ง เพียงแค่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งราคาสูงกว่าทุนเพียง 20% ก็จะมีผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ตัดสินใจเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดทันที เช่นนี้ จึงกล่าวได้ว่าอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของตลาดแรกนั้นสูงกว่าตลาดที่สอง และในทำนองเดียวกัน ตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกำหนดราคาในระดับสูงกว่าราคาแข่งขันได้นานถึง 2 ปี ย่อมมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่สูงกว่าตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกำหนดราคา

⁹⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.692.

⁹¹ Joe S. Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries* (Massachusetts: Harvard University Press, 1956), p.256.

ในระดับสูงกว่าราคาแข่งขันได้เพียง 6 เดือน แล้วมีผู้ประกอบการรายใหม่ตัดสินใจเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดนั้นด้วย⁹²

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ Joe S. Bain ได้จำแนกไว้ว่าอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดนั้น อาจเกิดขึ้นได้ 4 รูปแบบ⁹³ ได้แก่

ก. การได้เปรียบด้านต้นทุน หมายถึง การที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถผลิตสินค้าและบริการได้โดยมีราคาต้นทุนต่อหน่วยที่ต่ำกว่าผู้ประกอบการที่มีศักยภาพในการเข้ามาแข่งขันในตลาด ทั้งนี้ เหตุที่ทำให้ผู้ประกอบการในตลาดได้เปรียบด้านต้นทุนนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุ เช่น การมีสิทธิบัตร การมีเทคนิคการผลิตที่ดีกว่า การมีสิทธิในทรัพยากรที่หายาก หรือการมีเทคนิคการบริหารที่เหนือกว่า ซึ่งล้วนเป็นอุปสรรคต่อผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาด

ข. การประหยัดต่อขนาด (economies of scale) หมายถึง การที่ผู้ประกอบการในตลาดนั้นมีขนาดของกิจการที่ใหญ่จนได้เปรียบจากการประหยัดต่อขนาด ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดนั้น จะต้องลงทุนในตลาดให้ถึงระดับที่ผู้ประกอบการนั้นจะสามารถบริหารจัดการได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะแข่งขันกับผู้ประกอบการในตลาดที่ได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาดอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้น หากผู้ประกอบการในตลาดได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาดมากเพียงใด ผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาดก็จำเป็นที่จะต้องลงทุนจำนวนมากขึ้นเท่านั้น เพื่อให้สามารถประกอบกิจการแข่งขันกับผู้ประกอบการในตลาดได้ จึงอาจทำให้แรงจูงใจให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดที่ผู้ประกอบการในตลาดได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาดนั้นมีน้อยลง

ค. การได้เปรียบจากลักษณะเด่นของผลิตภัณฑ์ หมายถึง การที่ผู้ประกอบการในตลาดนั้นได้เปรียบจากการที่ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในตลาดพึงพอใจกับผลิตภัณฑ์ของตนอยู่ก่อนแล้ว จึงทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยากขึ้น เนื่องจากจะต้องเปลี่ยนแปลงความชอบของผู้บริโภคที่มีต่อผลิตภัณฑ์ในตลาดซึ่งอาจทำได้ยาก

ง. การได้เปรียบจากต้นทุนขั้นต่ำในการดำเนินกิจการ หมายถึง การที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้ามาดำเนินกิจการในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นจนสามารถสร้างกำไรได้

⁹² Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.679.

⁹³ Joe S. Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, p.256.

นั้น จำเป็นจะต้องใช้จำนวนเงินลงทุนที่สูงมาก ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีศักยภาพในการประกอบธุรกิจอาจไม่สามารถเข้ามาสู่ตลาดนั้นได้เนื่องจากมีจำนวนเงินลงทุนที่จำกัด

ตลาดสินค้าหรือบริการที่ไม่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดนั้น หากผู้ประกอบการธุรกิจมีพฤติกรรมการตั้งราคาผูกขาดหรือราคาที่อยู่เหนือระดับราคาแข่งขัน จะเป็นการดึงดูดให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดด้วยทันที จนทำให้ระดับราคาสินค้าหรือบริการดังกล่าวกลับมามีอยู่ในระดับราคาแข่งขันตามปกติ เพราะฉะนั้น ในตลาดที่มีลักษณะดังกล่าวนี้ แม้การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ก็อาจมิได้ส่งผลให้เกิดการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าหรือบริการในตลาด⁹⁴

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา มักจะนำประเด็นเกี่ยวกับการที่ตลาดมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูงมาเป็นเหตุผลที่ไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจกันได้ เช่น ในคดี *Phillipsburg Nat. Bank & Trust Co.*⁹⁵ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างธนาคารขนาดเล็ก 2 แห่งได้แก่ Phillipsburg National Bank and Trust Co. และ Second National Bank of Phillipsburg ซึ่งตั้งอยู่ในเมืองฟิลลิปส์เบิร์ก รัฐนิวเจอร์ซีย์ โดยที่ธนาคารทั้งสองแห่งนั้นมีขนาดใหญ่เป็นลำดับที่ 3 และลำดับที่ 5 จำนวนธนาคารทั้งหมด 7 แห่งในเมืองดังกล่าวตามลำดับ ทั้งนี้ ธนาคารทั้งสองแห่งนั้นถือเป็นคู่แข่งกันโดยตรง และผลจากการรวมธุรกิจนี้จะก่อให้เกิดธนาคารที่มีขนาดใหญ่เป็นลำดับที่ 2 จากจำนวน 6 ธนาคารที่คงเหลืออยู่ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ดังนั้น ศาลจึงพิจารณาไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายดำเนินการรวมธุรกิจ เนื่องจากการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้การกระจุกตัวในตลาดสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ เพราะแม้ว่าธนาคารทั้งสองแห่งจะมีได้มีขนาดใหญ่ แต่เนื่องจากขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ของธนาคารทั้งสองแห่งนั้นอยู่ในเมืองซึ่งมีขนาดเล็ก จึงทำให้อัตราการกระจุกตัวของตลาดดังกล่าวสูงขึ้นมาก ประกอบกับด้วยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ของรัฐ ทำให้การเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ถูกจำกัด จึงเป็นตลาดที่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูงอีกด้วย จึงสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในแง่ลบต่อตลาดดังกล่าว⁹⁶

อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาก็ไม่ค่อยนำการที่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่ต่ำมาเป็นเหตุผลที่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถ

⁹⁴ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.p.678.

⁹⁵ *United States v. Phillipsburg Nat. Bank & Trust Co.*, 399 U.S. 350, 368 - 69, 90 S.Ct. 2035, 2045 - 46 (1970).

⁹⁶ Darrel A. Rice, "Antitrust and Bank Mergers: *United States v. Phillipsburg National Bank and Trust Co.*," *Southwestern Law Journal* 25, 2 (1971): 317 - 324.

ดำเนินการรวมธุรกิจได้เท่าไรนัก ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี *Von's Grocery*⁹⁷ อันเกี่ยวกับการรวมธุรกิจระหว่าง Von's Grocery Company และ Shopping Bag Food Stores ในปี ค.ศ. 1960 ซึ่งต่างเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดขายปลีกสินค้าอุปโภคบริโภคในเมืองลอสแอนเจลิส โดยที่ Von's Grocery เป็นร้านค้าปลีกที่มีขนาดใหญ่เป็นอันดับที่ 3 ขณะที่ Shopping Bag Food Stores ก็เป็นร้านค้าปลีกที่มีขนาดใหญ่เป็นอันดับที่ 6 ในตลาดดังกล่าว และมียอดขายรวมกันในปี ค.ศ. 1960 คิดเป็นจำนวน 7.5% ของตลาด ซึ่งภายหลังจากการรวมธุรกิจนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดกลายเป็นอันดับที่ 2 ในตลาดดังกล่าว ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ที่สุดในตลาดนี้มีส่วนแบ่งตลาดเพียง 8% จึงทำให้ตลาดมีการกระจุกตัวสูงขึ้นเป็นอย่างมาก ซึ่งการกระจุกตัวของตลาดยังคงเป็นปัจจัยหลักที่ศาลในช่วงเวลาดังกล่าวให้ความสำคัญมาก ดังนั้น จึงนำไปสู่การพิพากษาห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวดำเนินการรวมธุรกิจกัน โดยที่ศาลฎีกามีได้นำข้อเท็จจริงที่ว่า การเข้าสู่ตลาดดังกล่าวนั้นมีอุปสรรคอย่างมาก ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมกำหนดราคาสินค้าให้อยู่เหนือระดับราคาแข่งขันได้ยากมาเป็นประเด็นที่อาจช่วยบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้แต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องมาจากการรวมธุรกิจดังกล่าว อาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเกิดประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจสูงขึ้นมาก จนอาจเป็นการบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยในตลาดดังกล่าวต้องออกจากตลาดไปในที่สุด เพราะฉะนั้น แม้อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดจะต่ำ แต่การยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจ จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีประสิทธิภาพเหนือกว่ารายอื่น ๆ จนท้ายที่สุดจะเกิดเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดได้⁹⁸

กล่าวโดยสรุป ในตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่าย กล่าวคือ เป็นตลาดที่ไม่จำเป็นต้องใช้เงินลงทุนสูง และไม่มีความหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด เช่นนี้ การรวมธุรกิจนั้นก็อาจมิได้ก่อให้เกิดอำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นแต่อย่างใด เพราะผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่เข้ามาในตลาดจะขัดขวางการพยายามตั้งราคาที่สูงกว่าระดับราคาแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกัน ดังนั้น การรวมธุรกิจในตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ๆ สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่ายนี้ มักจะไม่มีแนวโน้มที่จะให้เกิดผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันในตลาด โดยปกติแล้วจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ อีกต่อไป⁹⁹

⁹⁷ *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 86 S.Ct. 1478 (1966).

⁹⁸ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.678.

⁹⁹ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, pp.620 - 621.

ทั้งนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเงื่อนไขที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาการเข้าสู่ตลาดที่มีผลเพียงพอที่จะต่อต้านมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกันนั้นมีอำนาจตลาดเพิ่มขึ้นไว้ 3 ประการ ได้แก่

ก. เงื่อนไขในด้านเวลา คือ ผู้ประกอบธุรกิจอื่น ๆ ต้องสามารถเข้าสู่ตลาดและก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดได้ภายในเวลารวดเร็วเพียงพอที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นไม่สามารถแสวงหาประโยชน์จากพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของตนได้ โดยที่ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 2010 นั้น มิได้กำหนดเวลาไว้อย่างชัดเจนว่าการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลาเท่าไร แตกต่างจากแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 1992 ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการเข้ามาสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่จะสามารถบรรเทาผลกระทบจากการรวมธุรกิจได้นั้นจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลาไม่เกิน 2 ปี¹⁰⁰ ดังนั้นภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจฉบับปัจจุบัน จึงมิได้จำกัดว่าการเข้าสู่ตลาดต้องเกิดขึ้นเมื่อไร เพียงแต่จะพิจารณาว่าการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้น จะสามารถสร้างผลกระทบต่อตลาดโดยทำให้ระดับราคาของสินค้าหรือบริการนั้นยังคงอยู่ในระดับเดิมก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจได้หรือไม่ หากมีความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะเข้าสู่ตลาดเพื่อขัดขวางพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันได้ เช่น สามารถขัดขวางการผลิตและเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการ เช่นนี้ ถือว่าอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่มีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นนั้นอยู่ในระดับต่ำ¹⁰¹ อันสอดคล้องกับนิยามของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของศาสตราจารย์ Joe S. Bain

ตัวอย่างของการที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าสู่ตลาดได้อย่างรวดเร็วจนทำให้การรวมธุรกิจอาจไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการในตลาด เช่น กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจปลุกมะเขือเทศอยู่ระหว่างเมือง ก. และ ข. แต่ในปัจจุบันผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวจัดส่งมะเขือเทศไปจำหน่ายที่เมือง ก. เพียงแห่งเดียวเนื่องจากมะเขือเทศในเมือง ก. นั้นมีราคาที่สูงกว่า แต่ในอดีตนั้นผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวก็เคยส่งมะเขือเทศไปจำหน่ายยังเมืองต่าง ๆ ตามราคาที่แตกต่างกัน ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจรายนี้ย่อมถือเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่สามารถเข้าสู่ตลาดมะเขือเทศในเมือง ข. ได้อย่างรวดเร็ว จึงเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดดังกล่าวอยู่แล้วหรือสามารถเข้ามาสู่ตลาดดังกล่าวได้โดยง่ายภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจแนวนอน ค.ศ. 2010¹⁰²

¹⁰⁰ U.S. Department of Justice, "1992 Merger Guidelines," [Online] Accessed: 25 March 2021. Available from: <https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines>.

¹⁰¹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, pp.690 - 691; Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.621.

¹⁰² Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.690.

ข. เงื่อนไขในด้านความเป็นไปได้ หมายถึงความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้ามาสู่ตลาดนั้นจะสามารถประกอบธุรกิจและกำหนดราคาสินค้าหรือบริการจนส่งผลให้การรวมธุรกิจนั้นไม่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ โดยที่ผู้ประกอบการรายนั้นจะต้องยังคงได้กำไรจากการประกอบธุรกิจนั้นด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ประกอบการที่เข้ามาสู่ตลาดนั้นสามารถกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของตนเองจนส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการดังกล่าวในตลาดยังคงอยู่ในระดับเดียวกันกับก่อนหน้าที่จะมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นได้ โดยที่ราคาสินค้าหรือบริการดังกล่าวยังก่อให้เกิดกำไรแก่ผู้ประกอบการรายใหม่ที่เข้ามาสู่ตลาดนั้นได้ด้วย ซึ่งอาจประเมินได้จากปริมาณสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการสามารถผลิตได้ ราคาสินค้าหรือบริการที่สามารถกำหนดได้ ภายหลังจากการรวมธุรกิจ รวมถึงต้นทุนต่อหน่วยที่ผู้ประกอบการต้องเผชิญ¹⁰³

ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในกรณีของการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Nestlé Holdings และบริษัท Dreyer's Grand Ice Cream ในปี ค.ศ. 2003 ซึ่งผู้ประกอบการทั้งสองรายต่างเป็นหนึ่งในสามผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในตลาดไอศกรีมระดับพรีเมียม โดยที่ในตลาดดังกล่าวนี้ บริษัท Nestlé ก็มีไอศกรีมยี่ห้อ Häagen Dazs และบริษัท Dreyer's มีไอศกรีมยี่ห้อ Dreamery Godiva และ Starbucks อยู่ในครอบครอง และเมื่อรวมกับบริษัทบริษัท Unilever ซึ่งเป็นเจ้าของไอศกรีมยี่ห้อ Ben & Jerry's แล้ว ผู้ประกอบการสามรายแรกในตลาดดังกล่าวจะมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 98% ซึ่งในแง่ของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วพบว่าความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะสามารถประกอบธุรกิจในตลาดดังกล่าว โดยกำหนดราคาสินค้าให้อยู่ในระดับเดียวกันกับผู้ประกอบการขนาดใหญ่รายอื่น ๆ ก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจ แต่ยังคงได้กำไรด้วยในขณะเดียวกันนั้นเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากผู้ประกอบการรายใหม่จะต้องสร้างคุณค่าของตราสินค้า (brand equity) ให้สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาดที่ผู้บริโภครู้จักเป็นอย่างดี อีกทั้งยังจะต้องบริหารจัดการระบบการจัดจำหน่ายสินค้าอย่างมีประสิทธิภาพมาก เนื่องจากสินค้านั้นจะต้องถูกเก็บรักษาไว้ในอุณหภูมิเฉพาะตลอดการจัดจำหน่ายซึ่งล้วนเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายสูงมาก ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวของผู้ประกอบการรายใหม่ในกรณีนี้ ไม่อาจป้องกันหรือตอบโต้พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจดังกล่าวได้ ตลาดดังกล่าวจึงมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูง¹⁰⁴

¹⁰³ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.621.

¹⁰⁴ Federal Trade Commission, "Nestlé- Dreyer's Settle FTC Charges," [Online] Accessed: 26 March 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2003/06/nestle-dreyers-settle-ftc-charges>.

อย่างไรก็ดี ในท้ายที่สุดแม้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะเห็นว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้ แต่ก็อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจำหน่ายสินทรัพย์บางส่วนของตนออกไปให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ กล่าวคือ จะต้องจำหน่ายสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับไอศกรีมยี่ห้อ Dreamery และ Godiva พร้อมกับสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดจำหน่ายสินค้าให้กับบริษัท CoolBrands International ภายใน 10 วัน

ค. เงื่อนไขได้ด้านความเพียงพอ หมายถึงการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นจะต้องเพียงพอที่จะป้องกันมิให้เกิดผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจนั้นได้¹⁰⁵ กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาดที่มีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นนั้น จะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่พอสมควรที่จะสามารถต่อต้านหรือตอบโต้พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจได้ ซึ่งประเด็นเกี่ยวกับความเพียงพอของการเข้าสู่ตลาดรายใหม่นี้ถูกกำหนดขึ้นภายหลังจากที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายพบปัญหาในอดีตที่ตลาดสินค้าหรือบริการบางกรณีนั้น ปรากฏว่ามีการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่อยู่บ่อยครั้ง แต่ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้ามานั้นมักจะมีขนาดเล็กจนแทบจะไม่สามารถทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่จากการรวมธุรกิจนั้นได้รับผลกระทบใด ๆ¹⁰⁶

ดังนั้น เงื่อนไขสุดท้ายที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องนำมาเป็นประเด็นในการพิจารณาว่าตลาดดังกล่าวมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูงหรือต่ำเพียงใด คือการพิจารณาว่าการเข้ามาในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้น นอกจากจะเกิดขึ้นภายในเวลาอันรวดเร็วและสามารถประกอบธุรกิจได้โดยมีกำไรแล้ว การประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะต้องส่งผลกระทบต่อขนาดทำให้ราคาสินค้าหรือบริการกลับไปอยู่ในระดับเดียวกันกับก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นในตลาดได้ จึงจะถือได้ว่าอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดนั้นอยู่ในระดับที่ต่ำ¹⁰⁷

3.1.5.6 ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ในบางกรณีนั้น ถึงแม้ว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ข้างต้นมาแล้วพบว่า การรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ แต่ถ้าหากว่าการรวมธุรกิจนั้น จะก่อให้เกิด

¹⁰⁵ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.29.

¹⁰⁶ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.691.

¹⁰⁷ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.623.

ประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถลดต้นทุนการผลิตลง ในขณะที่สามารถผลิตสินค้าหรือบริการได้ในจำนวนที่มากขึ้น และมีคุณภาพสูงขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ประกอบการได้ทำการรวมธุรกิจกัน อันเป็นประสิทธิภาพที่ระบบเศรษฐกิจจะได้รับจากการรวมธุรกิจนั้น¹⁰⁸ เช่นนี้ อาจนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

นอกจากนี้ ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ยังอาจหมายถึงการที่ราคาของสินค้าหรือบริการนั้นลดลง ในขณะที่สินค้าหรือบริการดังกล่าวมีคุณภาพสูงขึ้น หรือการมีสินค้าหรือบริการใหม่เกิดขึ้นในตลาด รวมถึงการให้บริการที่ดีขึ้น¹⁰⁹ โดยประสิทธิภาพในการดำเนินงานที่เพิ่มขึ้นนี้ จะต้องมิได้เกิดขึ้นจากพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันด้วย เช่น การลดจำนวนการผลิตลง เป็นต้น ซึ่งประเด็นเหล่านี้เป็นเรื่องที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจนั้นมีหน้าที่ต้องพิสูจน์และแสดงให้เห็นองค์การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเห็นว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพจนมิได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด อีกทั้งจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าประสิทธิภาพดังกล่าวคงจะเกิดขึ้นไม่ได้หากมิได้มีการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเหล่านั้น เนื่องจากข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจส่วนใหญ่อยู่ในความครอบครองของผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจ ซึ่งการแสดงผลเหล่านี้โดยผู้ประกอบการธุรกิจนี้ จะต้องเป็นเหตุผลที่สามารถพิสูจน์ได้จริงในเชิงเศรษฐศาสตร์ โดยมีใช่เพียงการคาดการณ์หรือการคาดคะเนของตนเองแต่เพียงเท่านั้น¹¹⁰

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา นั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 4 ประการ ได้แก่¹¹¹

ก. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจจะต้องสามารถพิสูจน์ได้จริง มีใช่เพียงการคาดการณ์หรือการคาดคะเนเท่านั้น (verifiability) โดยที่ผู้ประกอบการจะต้องนำเสนอประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์การบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งองค์การบังคับใช้กฎหมาย

¹⁰⁸ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed. (Minnesota: West Publishing, 2016), p.683.

¹⁰⁹ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.29.

¹¹⁰ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1491.

¹¹¹ An Renckens, "Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense," *Journal of Competition Law and Economics* 3, 2 (2007): 168 - 169.

จะประเมินจากทั้งกระบวนการที่ผู้ประกอบการใช้ในการวิเคราะห์ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมไปถึงความแม่นยำและเหมาะสมในการกระบวนการเก็บและจัดการข้อมูล ความมีเหตุมีผลของข้อสรุปจากการวิเคราะห์ดังกล่าว อีกทั้งจะตรวจสอบอย่างละเอียดถึงข้อสรุปจากสมมติฐานที่ผู้ประกอบการก็นำเสนอ อีกทั้งในบางกรณี องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะทำการสอบถามจากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการรวมธุรกิจดังกล่าว เพื่อประเมินว่าการรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพอย่างไรบ้าง ดังนั้น ในการนำเสนอว่าการรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพนั้น ผู้ประกอบการจำเป็นต้องนำเสนอหลักฐานที่ชัดเจนเพียงพอให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเชื่อตามที่ผู้ประกอบการกล่าวอ้างด้วย เช่น การที่ผู้ประกอบการอ้างลอย ๆ ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการลดลง 20% โดยไม่มีหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ได้จริง เช่นนี้้องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะไม่ให้น้ำหนักแก่ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวแต่อย่างใด¹¹²

ตัวอย่างเช่น ในกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Genzyme และบริษัท Novazyme Pharmaceuticals ในปี ค.ศ. 2004 ซึ่งต่างเป็นผู้ประกอบการสองรายแรกของโลกที่พัฒนาวิธีการรักษาโรคด้วยการให้เอนไซม์ทดแทน (Enzyme Replacement Therapy: ERT) ที่ใช้สำหรับรักษาโรคพอมเพ หรือโรคกลัยโคเจนสะสมชนิดที่ 2 โดยที่ผู้ประกอบการได้นำเสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้เกิดประสิทธิภาพอย่างชัดเจน โดยแสดงถึงทักษะและความชำนาญของผู้ประกอบการแต่ละรายที่มีความแตกต่างกัน และการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้กระบวนการพัฒนารักษาโรคพอมเพเป็นไปอย่างรวดเร็วขึ้น เนื่องจากการนำเทคโนโลยีของผู้ประกอบการแต่ละรายมารวมกัน ดังนั้น ด้วยหลักฐานที่ผู้ประกอบการสามารถนำเสนอให้เห็นถึงประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างชัดเจน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงเห็นชอบกับการรวมธุรกิจดังกล่าว¹¹³

ข. การรวมธุรกิจเป็นวิธีที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวขึ้นได้ โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด (merger-specificity) กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการกล่าวอ้างนั้น ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยวิธีการอื่น ๆ ทั้งนี้ เนื่องจากประสิทธิภาพบางประการที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ก็สามารถเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีการอื่นที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยกว่า เช่น การที่ผู้ประกอบการอ้างว่าการรวมธุรกิจจะทำให้เกิดการเปลี่ยนตัวผู้บริหารที่ไม่มีประสิทธิภาพ อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่กิจการของผู้

¹¹² Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, pp.651 - 652.

¹¹³ Federal Trade Commission, "FTC Closes its Investigation of Genzyme Corporation's 2001 Acquisition of Novazyme Pharmaceuticals, Inc.," [Online] Accessed: 27 March 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2004/01/ftc-closes-its-investigation-genzyme-corporations-2001>.

ประกอบธุรกิจนั้น แต่อย่างไรก็ดี การเปลี่ยนตัวผู้บริการนั้นอาจสามารถเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีการอื่น ได้แก่ การลงคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้น หรือการมีมติจากคณะกรรมการบริหารกิจการได้เช่นกัน เช่นนี้ย่อมถือว่าประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างนี้ มิได้เป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจแต่เพียงเท่านั้น ด้วยเหตุที่ประสิทธิภาพอันอาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมักจะสามารเกิดขึ้นด้วยวิธีการอื่น ๆ ได้ ดังนั้น ข้ออ้างเกี่ยวกับประสิทธิภาพของผู้ประกอบธุรกิจนี้จึงได้รับการยอมรับจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่บ่อยนัก¹¹⁴

ค. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นมิได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (not anticompetitive) หมายความว่า ประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้น ต้องมิได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการอย่างไม่เหมาะสม หรือพฤติกรรมอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขัน เช่น คำวินิจฉัยของกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมในกรณีของการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Oracle และบริษัท PeopleSoft ซึ่งเป็นคู่แข่งกันกันในธุรกิจจำหน่ายโปรแกรมบริหารจัดการองค์กร โดยที่บริษัท Oracle อ้างว่าการรวมธุรกิจนี้จะทำให้สามารถลดต้นทุนการผลิตลงได้ 1 พันล้านเหรียญสหรัฐต่อปี แต่กรมต่อต้านการผูกขาดได้ตรวจสอบข้ออ้างดังกล่าวแล้วพบว่าต้นทุนการผลิตที่ลดลงดังกล่าว นั้น เป็นผลมาจากการตัดกระบวนการวิจัยและพัฒนา และการลดจำนวนพนักงานลง จึงเป็นกรณีที่ถือว่าประสิทธิภาพนั้นเกิดจากพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอันได้แก่ การลดการพัฒนานวัตกรรม การให้บริการ และการผลิตลง จึงไม่อาจรับฟังข้ออ้างเรื่องประสิทธิภาพของผู้ประกอบธุรกิจได้¹¹⁵

ง. ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่ออันเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้สูง ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็ต้องสูงยิ่งขึ้นตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นนั้นด้วย (sliding scale) กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจต้องแสดงให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเห็นว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น มากเพียงพอที่จะทำให้ราคาสินค้าหรือบริการในภายหลังจากการรวมธุรกิจ จะยังคงอยู่ในระดับเดียวกันกับระดับราคาสินค้าหรือบริการนั้น ในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท PayPal และบริษัท eBay ในปี ค.ศ. 2002 ซึ่งต่างเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดระบบการชำระเงินระหว่างบุคคล โดยที่กรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมมีคำวินิจฉัยอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายสามารถดำเนินการรวมธุรกิจกันได้ ด้วยที่เหตุผลสำคัญคือ ในตลาดระบบการชำระเงินระหว่างบุคคลดังกล่าวนี้ ยังมีวิธีการชำระเงินด้วยวิธีการอื่น ๆ ที่จะช่วยจำกัดและขัดขวางความพยายามในการขึ้นค่าธรรมเนียบการชำระเงินของผู้ประกอบธุรกิจภายหลังจากการรวมธุรกิจได้

¹¹⁴ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.645.

¹¹⁵ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.651.

นอกจากนี้ ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจดังกล่าว อันได้แก่การทำให้ผู้ใช้บริการระบบการชำระเงินมีความสะดวกมากยิ่งขึ้น และการกำกับดูแลการฉ้อโกงในระบบดังกล่าวก็จะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นเนื่องจากการรวบรวมข้อมูลระหว่างทั้งสองบริษัทเข้าไว้ด้วยกัน จึงถือว่า ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้น มากเพียงพอที่จะชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อการแข่งขันอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้นได้¹¹⁶

ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา คือ แม้กฎหมายหรือแนวปฏิบัติขององค์กรบังคับใช้กฎหมายมิได้กำหนดให้ประสิทธิภาพดังกล่าวจะต้องเป็นประโยชน์ต่อ (pass-on) ผู้บริโภคด้วย แต่อย่างไรก็ดี แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาจำนวนหลายคดีก็ได้ปฏิเสธข้อต่อสู้เกี่ยวกับประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจ หากผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ แม้แต่น้อยว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค ตัวอย่างเช่นในคดี *University Health*¹¹⁷ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างโรงพยาบาล 3 แห่ง จนทำให้โรงพยาบาลในบริเวณดังกล่าว เหลือเพียง 4 แห่ง โดยมีโรงพยาบาล University ที่ได้ทำการรวมธุรกิจนั้นเป็นโรงพยาบาลที่โดดเด่นที่สุด ทั้งนี้ ในการรวมธุรกิจดังกล่าวผู้รวมธุรกิจไม่สามารถแสดงหลักฐานที่มาสสนับสนุนข้ออ้างที่ว่า การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้เกิดประสิทธิภาพอันเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคให้ศาลเชื่อได้เลย จึงเห็นชอบกับ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ไม่อนุญาตให้ดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว¹¹⁸

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า แม้จะได้มีได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติของศาล ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็จำเป็นจะต้องมี ประโยชน์ที่ส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภคด้วยเช่นกัน

กล่าวโดยรวมแล้ว ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นจะต้องสามารถส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการภายหลังจากการรวมธุรกิจ คงอยู่ในระดับเดิมหรืออยู่ในระดับที่ต่ำกว่าก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจได้จริง อันเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องพิสูจน์ให้ได้จริง และเป็น ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจเท่านั้น อีกทั้งผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์จากการรวมธุรกิจดังกล่าว เช่น สินค้าหรือบริการนั้นมีราคาเท่าเดิม แต่มีคุณภาพสูงขึ้น หรือสินค้าหรือบริการนั้นมีราคา ที่ลดลง เป็นต้น โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะให้น้ำหนักแก่ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นได้ทันที หลังจากการรวมธุรกิจ มากกว่าประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการอ้างว่าจะเกิดขึ้นได้ในระยะยาว

¹¹⁶ *ibid.*, p.653.

¹¹⁷ *FTC v. University Health*, 938 F.2d 1206, 1222 - 23 (11th Cir. 1991).

¹¹⁸ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, p.479.

3.1.5.7 เหตุผลด้านความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจ

ถึงแม้ว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาโดยปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมดที่กล่าวถึงก่อนหน้ามาแล้วจะได้ผลการพิจารณาประการใดก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าหนึ่งในผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจ จึงต้องทำการรวมธุรกิจกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ มิฉะนั้นแล้วผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นอาจต้องยุติการดำเนินธุรกิจและออกไปจากตลาดภายในเวลาไม่นาน ซึ่งผลกระทบจากการยุติการดำเนินธุรกิจนั้นอาจร้ายแรงกว่าผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ¹¹⁹

การพิจารณาเหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นที่ต้องดำเนินการรวมธุรกิจเนื่องจากความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจนั้น เริ่มต้นมาจากความมุ่งหมายที่จะปกป้องเจ้าหนี้ เจ้าของ ผู้ถือหุ้น และลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็ก มิให้ได้รับผลกระทบอันเนื่องมาจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องล้มละลาย อันเป็นประเด็นที่ตั้งอยู่บนแนวคิดเพื่อรักษาความเป็นธรรมมากกว่าเพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพในตลาด อย่างไรก็ตาม การยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งที่ล้มเหลวในการประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ ก็อาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กรายอื่น ๆ ในตลาดที่เป็นคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นได้รับผลกระทบได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาคดี *Brunswick*¹²⁰ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Brunswick ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ที่สุดในกิจการให้บริการเลนโบว์ลิ่งกับบริษัทที่ให้บริการเลนโบว์ลิ่งในพื้นที่ต่าง ๆ จำนวนมากซึ่งประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจ เนื่องจากความนิยมที่เปลี่ยนแปลงไปของผู้บริโภค ในคดีนี้ บริษัท Pueblo Bowl-O-Mat ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กรายหนึ่งที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวได้นำคดีมาฟ้องว่าตนได้รับความเสียหาย กล่าวคือ การรวมธุรกิจของบริษัท Brunswick ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่นั้น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องเผชิญกับคู่แข่งที่เหนือกว่ามากเมื่อเปรียบเทียบกับสถานการณ์ก่อนหน้านี้ ทั้งนี้ ในคำพิพากษาดังกล่าว ศาลฎีกามีได้พิจารณาไปถึงประเด็นเกี่ยวกับความจำเป็นในการรวมธุรกิจ โดยให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหายของโจทก์เป็นหลัก แต่ก็ถือเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่แม้จะมีความจำเป็นอันเนื่องมาจากความล้มเหลวในการดำเนินธุรกิจ ก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจได้เช่นกัน¹²¹

¹¹⁹ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.p.1491.

¹²⁰ Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690 (1977).

¹²¹ Phillip Areeda, "Antitrust Violations without Damage Recoveries," *Harvard Law Review* 89, 6 (1976): 1130.

ดังนั้น องค์การบังคับใช้กฎหมายจึงได้กำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาเอาไว้ โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการรวมธุรกิจดังกล่าว โดยจะต้องแสดงให้เห็นว่า

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นไม่สามารถบริหารจัดการทางการเงินให้เหมาะสมกับภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้

(2) ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องนั้นไม่สามารถฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกาได้สำเร็จอย่างแน่แท้

(3) ไม่มีหนทางอื่นใดที่จะสามารถรักษาสินทรัพย์ทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างของผู้ประกอบธุรกิจเอาไว้โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้น้อยกว่าการรวมธุรกิจนั้น¹²²

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาในคดี *Sutter Health System*¹²³ ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการรวมธุรกิจระหว่างศูนย์การแพทย์ Alta Bates ซึ่งมี Sutter Health System เป็นเจ้าของ กับโรงพยาบาล Summit ในปี ค.ศ. 2000 โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายประกอบกิจการโรงพยาบาลในเมืองโอ๊คแลนด์ และเมืองเบิร์กลีย์ รัฐซานฟรานซิสโก อันประกอบไปด้วยโรงพยาบาลอย่างน้อย 20 แห่งในบริเวณดังกล่าว โดยศูนย์การแพทย์ Alta Bates ถือเป็นโรงพยาบาลที่ใหญ่ที่สุดเป็นอันดับ 2 ด้วยจำนวนเตียงมากกว่า 500 เตียง ขณะที่โรงพยาบาล Summit ตั้งอยู่ห่างจากศูนย์การแพทย์ Alta Bates เป็นระยะทางประมาณ 5 กิโลเมตร และถือเป็นโรงพยาบาลขนาดใหญ่ที่สุดเป็นอันดับ 3 ในบริเวณดังกล่าวด้วยจำนวนเตียงมากกว่า 500 เตียงเช่นเดียวกัน โดยที่ปกติแล้วค่าบริการทางการแพทย์ของโรงพยาบาล Summit จะต่ำกว่าศูนย์การแพทย์ Alta Bates ทั้งนี้ ในบริเวณดังกล่าวนั้นมีศูนย์การแพทย์ Alameda County เป็นโรงพยาบาลที่มีขนาดใหญ่ที่สุดเป็นอันดับแรกด้วยจำนวนเตียงมากกว่า 600 เตียง

ปรากฏว่าในการดำเนินกิจการของโรงพยาบาล Summit นั้น โรงพยาบาลต้องเผชิญกับปัญหาทางการเงิน กล่าวคือ ในระหว่างปี ค.ศ. 1998 ถึง 1999 นั้น โรงพยาบาล Summit ประสบภาวะขาดทุนรวมกว่า 16 ล้านดอลลาร์สหรัฐ อันเนื่องมาจากการตรากฎหมายงบประมาณสมดุล (Balanced Budget Act of 1997) ที่มีผลเป็นการปรับลดค่าใช้จ่ายในโครงการประกันสุขภาพของรัฐบาล ซึ่งในปี ค.ศ. 1999 นั้น รายได้ของโรงพยาบาลมาจากโครงการประกันสุขภาพของรัฐบาลราว 75% ทำให้โรงพยาบาล Summit ได้รับเงินค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการ

¹²² U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.32.

¹²³ California v. Sutter Health System, 130 F.Supp.2d 1109 (N.D.Cal. 2001).

ลดลงจนอยู่ในระดับที่ต่ำกว่ามาตรฐานทั่วไปจนบริษัท Ernst & Young ซึ่งเป็นบริษัทตรวจสอบบัญชีรายใหญ่ได้ประเมินว่าผลจากการตรากฎหมายดังกล่าว จะทำให้โรงพยาบาล Summit ต้องสูญเสียรายได้อย่างน้อย 52.8 ล้านดอลลาร์สหรัฐในระหว่างปี ค.ศ. 1999 - 2002 ทำให้ในช่วงสิ้นปี ค.ศ. 1999 โรงพยาบาล Summit ไม่สามารถชำระหนี้ได้ตามกำหนดเป็นจำนวนมากกว่า 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งในการรวมธุรกิจดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจสามารถอ้างว่าการรวมธุรกิจนี้เป็นไปด้วยความจำเป็นเนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจได้แสดงให้เห็นทั้งเงื่อนไขในด้านการเงิน กล่าวคือ

(1) ในช่วงเวลา 2 ปีก่อนการรวมธุรกิจนั้น ศูนย์การแพทย์ Summit มีหนี้สินที่ไม่สามารถชำระได้ตามกำหนดเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง อันแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถดำเนินการชำระหนี้ได้ตามสัญญา

(2) ผู้เชี่ยวชาญทางการเงินยังได้แสดงให้เห็นว่าการฟื้นฟูกิจการของศูนย์การแพทย์ Summit ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นั้นแทบจะเป็นไปไม่ได้ นอกจากจะต้องดำเนินการปิดและชำระบัญชีศูนย์การแพทย์ Summit แต่เพียงเท่านั้น

(3) ศูนย์การแพทย์ Summit ได้แสดงหลักฐานให้ศาลเห็นว่าตนได้พยายามค้นหาผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีความสามารถในการดำเนินกิจการศูนย์การแพทย์ต่อไปได้แล้วตั้งแต่ปี ค.ศ. 1995 จนถึง 1998 แต่ Sutter Health System เป็นผู้ที่ยื่นข้อเสนอที่มีแนวโน้มจะทำให้ปัญหาทางการเงินได้รับการบรรเทามากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ จึงตัดสินใจจำหน่ายกิจการของตนให้กับผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว

ดังนั้น ศาลในคดีดังกล่าวจึงเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจสามารถพิสูจน์ถึงความจำเป็นในการรวมธุรกิจอันเนื่องมาจากความล้มเหลวในการดำเนินกิจการได้อย่างครบถ้วน และอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ในที่สุด แม้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้โครงสร้างตลาดบริการทางการแพทย์ในพื้นที่นั้นเกิดการกระจุกตัวสูงขึ้นมากก็ตาม

3.1.6 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง

นอกจากการรวมธุรกิจในแนวนอนที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้ออกแนวปฏิบัติในการพิจารณาแยกไว้เป็นการเฉพาะตั้งแต่ปี ค.ศ. 2010 แล้ว ในปี ค.ศ. 2020 องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาก็ยังได้ออกแนวปฏิบัติอีกฉบับหนึ่งซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจในแนวดิ่งไว้เป็นการเฉพาะด้วย ภายหลังจากที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาต้องนำแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจ ค.ศ. 1984 มาใช้ในการพิจารณาการรวมธุรกิจรูปแบบอื่น ๆ เป็นเวลานาน ซึ่งแนวปฏิบัติ

ฉบับปี ค.ศ. 2020 ดังกล่าวนั้นเป็นผลมาจากพัฒนาการการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ตั้งแต่ในอดีตที่ยังไม่มีความชัดเจนว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดในขณะนั้น จะสามารถนำมาใช้กำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีไซ้แวนอนนได้หรือไม่ จึงไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด องค์กรบังคับใช้กฎหมายและศาลของสหรัฐอเมริกาจึงอาศัยการพิจารณาจากเจตจำนงหรือวัตถุประสงค์ในการรวมธุรกิจแต่ละครั้ง โดยมีความมุ่งหมายที่จะปกป้องผู้ประกอบการรายย่อยมากกว่าที่จะรักษาประสิทธิภาพโดยรวมของตลาด ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาในคดี *American Tobacco Co.*¹²⁴ ในปี ค.ศ. 1911 ซึ่งศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้งของผู้ประกอบการนั้นเต็มไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมาย อันแสดงให้เห็นจากการที่ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าควบคุมส่วนประกอบสำคัญที่ใช้ในการผลิตสินค้าบุหรี่ยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงส่วนประกอบต่าง ๆ ดังกล่าวจนส่งผลเป็นการกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่ ๆ เข้าสู่ตลาดได้อีกด้วย จึงพิพากษาห้ามมิให้ผู้ประกอบการดำเนินการรวมธุรกิจ

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1950 ซึ่งมีการแก้ไขกฎหมาย Clayton Act มาตรา 7 ให้เกิดความชัดเจนว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวสามารถนำมาใช้กำกับดูแลการรวมธุรกิจในแนวตั้งได้ด้วย นำมาสู่คำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี *E.I. du Pont de Memours & Co.*¹²⁵ ซึ่งแม้ว่าจะถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลในปี ค.ศ. 1949 ภายใต้กฎหมาย Clayton Act มาตรา 7 เดิม แต่ศาลก็ได้ให้นำนโยบายของการปรับปรุงกฎหมายในปี ค.ศ. 1950 มาปรับใช้ในคดีด้วย กล่าวคือ ศาลพบว่าตั้งแต่ที่บริษัท du Pont ซึ่งเป็นผู้ผลิตสีและวัสดุผ้าสำหรับยานยนต์ ได้เข้าซื้อหุ้นจำนวน 23% ของบริษัท General Motors ซึ่งเป็นผู้ผลิตยานยนต์รายใหญ่และมีส่วนแบ่งตลาดราว 50% ของตลาดผู้ผลิตรถยนต์ในสหรัฐอเมริกา นั้น บริษัท General Motors ก็ได้ทำการจัดซื้อสีและวัสดุผ้าสำหรับยานยนต์จากบริษัท du Pont ราว 67% ของปริมาณความต้องการทั้งหมด จึงส่งผลให้การแข่งขันระหว่างผู้ผลิตสีและวัสดุผ้าสำหรับยานยนต์ที่จะผลิตสินค้าจำหน่ายแก่บริษัท General Motors ถูกจำกัดอยู่เหลือเพียง 30% ซึ่งเป็นปริมาณความต้องการที่คงเหลืออยู่เท่านั้น แสดงให้เห็นว่าการเข้าซื้อหุ้นดังกล่าวอันเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งนั้น ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่งขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 7 ของกฎหมาย Clayton Act จึงนับเป็นคดีแรกที่มีการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีไซ้แวนอนน¹²⁶

ในเวลาต่อมา ศาลของสหรัฐอเมริกาก็ได้พัฒนาการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ โดยเฉพาะการรวมธุรกิจในแนวตั้งมากขึ้น กล่าวคือ จากเดิมที่ในอดีตศาลได้ให้ความสำคัญแก่

¹²⁴ *Unites States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 182 - 83, 31 S.Ct. 1502 (1962).

¹²⁵ *United States v. E.I. du Pont de Memours & Co.*, 353 U.S. 586, 77 S.Ct. 872 (1957).

¹²⁶ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, pp.506 - 507.

ผลกระทบอันเป็นการปิดกั้นการแข่งขันเป็นอย่างมาก ดังที่ปรากฏในคดี *E.I. du Pont de Nemours & Co.* ที่กล่าวถึงข้างต้น ศาลก็ได้เพิ่มเติมเงื่อนไขในการพิจารณาการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ โดยที่ได้มีการกำหนดให้ต้องแสดงถึงผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะอื่น ๆ ที่เป็นรูปธรรม นอกจากการปิดกั้นการแข่งขันที่มักเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งอยู่แล้วด้วย ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาคดีพิพาทระหว่างบริษัท Fruehauf และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา¹²⁷ ซึ่งเป็นกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Fruehauf อันเป็นผู้ผลิตรถบรรทุกพ่วงรายใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริกา โดยมีส่วนแบ่งตลาด 25% ในตลาดดังกล่าว กับบริษัท Kelsey-Hayes อันเป็นผู้ผลิตรถบรรทุกขนาดใหญ่และยางสำหรับรถบรรทุก โดยมีส่วนแบ่งตลาด 15% ในตลาดดังกล่าว ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวทำให้การแข่งขันในตลาดยางสำหรับรถบรรทุกถูกจำกัดลงไป 6% จึงพิจารณาให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายสินทรัพย์ที่ได้รับมาจากการรวมธุรกิจนั้นออกไป แต่อย่างไรก็ดี ในที่สุดศาลก็ได้ปฏิเสธที่จะบังคับตามคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ลงโทษผู้ประกอบธุรกิจและกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายสินทรัพย์ที่ได้รับมาจากการรวมธุรกิจ เนื่องจากการที่การแข่งขันบางส่วนถูกจำกัดจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นไม่เพียงพอที่จะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือศาลไม่พบหลักฐานที่ว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้ว บริษัท Fruehauf จะปฏิเสธการจำหน่ายยางสำหรับรถบรรทุกให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งแต่อย่างใด อีกทั้งแม้การเข้าสู่ตลาดดังกล่าวจะต้องใช้เงินลงทุนขั้นต่ำสูงถึง 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่ก็ได้ทำให้การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เป็นไปได้ยากขึ้นแต่อย่างใด จึงไม่อาจถือได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 7 ของกฎหมาย Clayton Act

ด้วยพัฒนาการดังกล่าว ทำให้ในปัจจุบันนั้นองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจึงต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ นอกเหนือไปจากผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันบางส่วนเท่านั้นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องคำนึงถึงผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่เป็นรูปธรรมมากขึ้น เป็นต้นว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นอาจก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ไม่สามารถเข้าถึงวัตถุดิบหรือช่องทางการจัดจำหน่ายที่สำคัญ จนทำให้ต้นทุนในการดำเนินงานของตนเองสูงขึ้นและจำเป็นต้องปรับราคาสินค้าหรือบริการของตนเองให้สูงขึ้น และในที่สุดจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจสามารถอาศัยโอกาสดังกล่าวขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตนจนส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาในคดี *AT&T/Time-Warner* ในปี ค.ศ. 2019 ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท AT&T อันเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่ครอบครองช่องทางเผยแพร่เนื้อหารายการผ่านทางระบบเคเบิลรายใหญ่ กับบริษัท Time-Warner อันเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่

¹²⁷ Fruehauf Corp. v. FTC, 603 F.2d 345 (2d Cir. 1979).

ครอบครองเนื้อหารายจำนวนมาก ดังนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงอาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจมีแนวโน้มที่จะก่อพฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน โดยการปฏิเสธไม่จำหน่ายเนื้อหารายการที่ตนเองครอบครองให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่มีช่องทางเผยแพร่เนื้อหารายการรายอื่น ๆ ได้ เพื่อที่จะดึงดูดให้ผู้บริโภคจำเป็นต้องใช้บริการรับชมเนื้อหารายการผ่านระบบของ AT&T อีกทั้งยังมีโอกาสทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ครอบครองเนื้อหารายการรายอื่น ๆ เข้าถึงช่องทางการเผยแพร่เนื้อหารายการได้น้อยลง จนส่งผลให้ต้นทุนการดำเนินงานนั้นสูงขึ้นเพราะมีช่องทางการเผยแพร่ที่จำกัด และในที่สุดจะทำให้ราคาของเนื้อหารายการในตลาดเพิ่มสูงขึ้นได้ จึงถือว่าเป็นการรวมธุรกิจในแนวตั้งที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้อย่างมีนัยสำคัญ แต่อย่างไรก็ดี ในคดีดังกล่าวศาลได้อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ โดยกำหนดเงื่อนไขสำคัญคือ ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาดซึ่งส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน อันเป็นเงื่อนไขที่ศาลเห็นว่าเพียงพอที่จะทำการรวมธุรกิจนั้นไม่ส่งผลกระทบต่ออันเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดได้อย่างเหมาะสม¹²⁸

ทั้งนี้ การรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ และมักจะส่งผลกระทบในลักษณะเดียวกันกับการที่ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมการห้ามขายสินค้าของคู่แข่ง หรือการกำหนดให้ทำธุรกิจเฉพาะกับตน (exclusive dealing) เพราะผลของการรวมธุรกิจในแนวตั้งมักเป็นการรวมกันระหว่างผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่ายสินค้า นอกจากนี้ หากในตลาดสินค้าดังกล่าวมีจำนวนผู้ประกอบธุรกิจอยู่น้อยรายแล้ว การรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจเป็นการส่งเสริมการประสานงานกันในตลาดผู้ขายน้อยราย ให้สามารถทราบถึงราคาสินค้าหรือบริการระหว่างกัน และในฐานะที่ตนเป็นผู้ซื้อสินค้าด้วยกัน ย่อมทำให้สามารถตรวจสอบราคาสินค้าหรือบริการที่คู่แข่งได้รับมาได้ด้วย เป็นต้น¹²⁹ จึงทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในแนวตั้งมีความเข้มงวดอยู่บ้าง เมื่อเปรียบเทียบกับการรวมธุรกิจแบบหลากหลายแล้ว การรวมธุรกิจในรูปแบบนี้มักไม่ค่อยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด นอกเสียจากว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในแนวระนาบได้ด้วยหรือไม่ และการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันแบบแนวตั้งได้หรือไม่¹³⁰ มิฉะนั้นแล้ว ลำพังการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนี้มักจะไม่ถูกถือว่าการรวมธุรกิจที่อาจก่ออันตรายต่อการแข่งขันในตลาด¹³¹

¹²⁸ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.511.

¹²⁹ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.672.

¹³⁰ *ibid.*, p.687.

¹³¹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*.

ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวตั้ง ค.ศ. 2020 นั้น องค์การบังคับใช้กฎหมายได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาปัจจัยบางประการไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ในปัจจัยบางประการที่ปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 2010 แต่องค์การบังคับใช้กฎหมายมิได้กล่าวถึงไว้ในแนวปฏิบัติฉบับใหม่นี้ ก็ให้นำแนวทางในการพิจารณาปัจจัยเหล่านั้นที่ปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 2010 มาปรับใช้แก่การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งด้วย ตัวอย่างเช่น การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด หรือการพิจารณาความเป็นในการรวมธุรกิจเนื่องจากความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจ เป็นต้น¹³² ดังนั้น แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวตั้ง ค.ศ. 2020 จึงมีเนื้อหาไม่มาก และในบางกรณีอาจไม่สามารถอาศัยเพียงแนวปฏิบัติฉบับนี้เพียงฉบับเดียวในการดำเนินกระบวนการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ¹³³

ปัจจัยที่องค์การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาไว้โดยเฉพาะสำหรับการรวมธุรกิจในแนวตั้ง มีดังต่อไปนี้

3.1.6.1 การกระจุกตัวของตลาด

การพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดกรณีการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นจะดำเนินการทั้งในมิติของตลาดสินค้าและตลาดภูมิศาสตร์เช่นเดียวกับการกำหนดขอบเขตตลาดกรณีการรวมธุรกิจในแนวนอน โดยที่ในการพิจารณาแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดกรณีของการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น ภายหลังจากที่ได้กำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องแล้ว องค์การบังคับใช้กฎหมายจะคำนึงถึงสินค้าหรือบริการที่มีความสัมพันธ์กันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ (related product) อันได้แก่ สินค้าหรือบริการอื่น ๆ ที่ผลิตหรือถูกควบคุมโดยผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจและเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจนั้นในแนวตั้งในตลาดนั้นด้วย เพราะฉะนั้น ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น อาจได้แก่ตลาดวัตถุดิบ ตลาดช่องทางการจัดจำหน่าย ที่การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดความเป็นไปที่จะส่งผลกระทบต่อตลาดเหล่านั้น เป็นต้น¹³⁴

ทั้งนี้ ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวตั้ง ค.ศ. 2020 นั้น มิได้นำตลาดสองระดับที่ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินธุรกิจอยู่ซึ่งมีความแตกต่างกันมาเชื่อมโยงกันให้กลายเป็นตลาดเดียวกัน แต่จะกำหนดให้องค์การบังคับใช้กฎหมายพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) อันเป็นการกล่าวถึงขอบเขตตลาดที่องค์การบังคับใช้กฎหมายต้องคำนึงถึง

¹³² U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, "Vertical Merger Guidelines," 30 June 2020, p.2.

¹³³ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.515.

¹³⁴ U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, "Vertical Merger Guidelines," 30 June 2020, p.3.

เนื่องจากเป็นขอบเขตตลาดที่อาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น แล้วจึงกำหนดให้พิจารณากำหนดสินค้าที่มีความสัมพันธ์กัน ซึ่งหมายถึงสินค้าหรือบริการบางชนิดที่มีความสัมพันธ์กันกับสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นทั้งในระดับต้นน้ำและปลายน้ำของตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นด้วย ในฐานะที่เป็นสินค้าหรือบริการที่อาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นได้ด้วยเช่นกัน

ดังนั้น กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกทำการเข้าซื้อกิจการผลิตสินค้าที่ตนจำหน่าย เช่นนี้การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างผู้ขายปลีกได้ ตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจดังกล่าวจึงหมายถึงตลาดค้าปลีกในบริเวณนั้น ขณะที่สินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายนั้นจะถือเป็นสินค้าที่มีความสัมพันธ์ นอกจากนี้ องค์กรบงคับใช้กฎหมายยังอาจพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตสินค้าดังกล่าวด้วยหรือไม่ ในกรณีนี้ ตลาดการผลิตสินค้าก็ถือเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องด้วยเช่นกัน โดยที่องค์กรบงคับใช้กฎหมายจะประเมินส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อประเมินแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเหล่านั้น ตัวอย่างเช่น การที่ผู้ผลิตรถบรรทุกเข้าซื้อกิจการผลิตล้อรถบรรทุก ซึ่งในกรณีนี้ตลาดที่อาจได้รับผลกระทบคือตลาดผู้ผลิตรถบรรทุก ดังนั้นตลาดที่เกี่ยวข้องในกรณีดังกล่าวคือตลาดผู้ผลิตรถบรรทุก ขณะที่ล้อรถบรรทุกจะถือเป็นสินค้าที่มีความสัมพันธ์กันซึ่งจะต้องถูกนำมาเป็นส่วนหนึ่งในการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นด้วยเช่นกัน¹³⁵

ทั้งนี้ ในการประเมินส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดนั้น องค์กรบงคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะใช้วิธีเดียวกันกับการประเมินส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดกรณีการรวมธุรกิจในแนวนอน กล่าวคือ จะใช้ดัชนี HHI เป็นเครื่องมือในการประเมินการกระจุกตัวของตลาด แต่อย่างไรก็ดี สำหรับการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น องค์กรบงคับใช้กฎหมายจะไม่นำเกณฑ์ในการกลั่นกรองระดับการกระจุกตัวของตลาดสำหรับกรณีการรวมธุรกิจในแนวนอนมาใช้บังคับด้วย หากเพียงแต่จะนำระดับการกระจุกตัวของตลาดนั้นมาเป็นหลักฐานประการหนึ่งในการประเมินว่าการรวมธุรกิจแนวตั้งนี้มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันหรือมีแนวโน้มที่จะทำให้พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นนั้นมีความมั่นคงถาวรมากขึ้นหรือไม่ เพียงไรเท่านั้น¹³⁶

¹³⁵ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.512.

¹³⁶ U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, "Vertical Merger Guidelines," 30 June 2020, pp.3 - 4.

3.1.6.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

ในทำนองเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวนอน ภายหลังจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้ประเมินส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องและอัตราการกระจุกตัวของตลาดแล้ว ในลำดับถัดมาก็จะประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ (unilateral effects) เนื่องจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่งอาจเป็นการทำลายการแข่งขันระหว่างคู่ค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจรายหนึ่งได้ โดยที่ผลกระทบที่สำคัญอันอาจเกิดจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายให้ความสำคัญเป็นอย่างมากมีอยู่ 2 ประการ ได้แก่

ก. การส่งผลกระทบเป็นการปิดกั้นการประกอบธุรกิจและทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งสูงขึ้น กล่าวคือ การรวมธุรกิจในแนวดิ่งจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งสามารถใช้ประโยชน์จากอำนาจในการควบคุมสินค้าหรือบริการที่ตนมี เพื่อให้ความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่ง หรือความกดดันที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นลดน้อยลงได้ เช่น การรวมธุรกิจในแนวดิ่งนั้นอาจเพิ่มแรงจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีพฤติกรรมเพิ่มภาระต้นทุนให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งได้ด้วยการปรับเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง หรือปรับลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการดังกล่าวลงได้ นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจในแนวดิ่งนั้นอาจปฏิเสธที่จะจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการบางอย่างที่มีความจำเป็นในการประกอบธุรกิจแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่ง อันส่งผลเป็นการปิดกั้นการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ๆ

จ. ในการประเมินว่าการรวมธุรกิจในแนวดิ่งนั้นมีแนวโน้มที่จะส่งผลเป็นการทำลายการแข่งขันเนื่องจากพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจโดยการปิดกั้นการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ หรือไม่นั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาจากเงื่อนไขต่าง ๆ ที่อาจนำไปสู่การมีพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจได้ กล่าวคือ

(1) ความสามารถ อันหมายถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่ปรับเปลี่ยนเงื่อนไขในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ซึ่งเป็นคู่แข่งนั้น นั้น จะต้องสามารถทำให้ผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งเหล่านั้นสูญเสียยอดขายจำนวนมากในตลาดได้ ไม่ว่าจะเนื่องมาจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นไม่สามารถประกอบธุรกิจในตลาดได้อีกต่อไป หรือผู้ประกอบธุรกิจถูกขัดขวางในการพัฒนานวัตกรรม หรืออาจเกิดจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องปรับเพิ่มราคาสินค้าของตน เป็นต้น หรือพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น จะต้องสามารถทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ลดลง

ในกรณีที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายได้ประเมินแล้วพบว่าแม้ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจจะมีพฤติกรรมดังกล่าวข้างต้น ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกันก็มีได้มีแนวโน้มที่จะได้รับผลกระทบต่อความสามารถในการประกอบธุรกิจและการแข่งขันของตน เนื่องจากผู้ประกอบการเหล่านั้นสามารถเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ทดแทนได้ หรือผู้ประกอบการอาจผลิตสินค้าทดแทนเหล่านั้นได้ด้วยตนเอง โดยที่ไม่มีผลกระทบต่อราคาคุณภาพ หรือปริมาณสินค้าหรือบริการที่ตนสามารถผลิตได้เลย เช่นนี้หมายความว่า การรวมธุรกิจในแนวตั้งดังกล่าวอาจมีได้ก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการปิดกั้นการประกอบธุรกิจและทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกันสูงขึ้นแต่อย่างใด

(2) แรงจูงใจ กล่าวคือ ผลจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นจะต้องทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีแรงจูงใจที่จะแสวงหากำไรจากการปิดกั้นการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ เพราะพฤติกรรมดังกล่าวจะส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับประโยชน์เป็นอย่างมากจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกันสูญเสียยอดขายหรือต้องเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนเพื่อรับมือกับการที่ตลาดถูกปิดกั้นจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจ ดังนั้น หากผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นไม่มีแนวโน้มที่จะได้รับประโยชน์จากการปิดกั้นการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ แล้ว จึงอาจหมายความว่า การรวมธุรกิจในแนวตั้งนี้อาจมีได้ก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการปิดกั้นการประกอบธุรกิจและทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกันสูงขึ้น

ในกรณีที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายประเมินแล้วพบว่า การรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวทั้งสองข้อ อันได้แก่ ผู้ประกอบการธุรกิจมีทั้งความสามารถและแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมปิดกั้นการประกอบธุรกิจ จนส่งผลทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกันสูงขึ้นแล้ว เช่นนี้ มีแนวโน้มสูงเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะสันนิษฐานว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ และมักจะทำการตรวจสอบการรวมธุรกิจนั้นอย่างเข้มงวดว่าภายใต้สภาพแวดล้อมของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่¹³⁷

ข. การเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการแข่งขันที่มีความอ่อนไหว กล่าวคือ การรวมธุรกิจในแนวตั้งจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจสามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้ประกอบการธุรกิจอีกรายหนึ่งได้ โดยเฉพาะข้อมูลเกี่ยวกับผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดระดับต้นน้ำหรือปลายน้ำที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของตน อีกทั้งยังสามารถเข้าควบคุมและใช้ประโยชน์จากข้อมูลดังกล่าวได้ ซึ่งข้อมูลเหล่านี้ในบางกรณีนั้นมีความอ่อนไหวเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคู่แข่งกัน

¹³⁷ ibid., pp.4 - 5.

ของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดระดับต่าง ๆ ที่ตนไม่เคยมีข้อมูลมาก่อน ตัวอย่างเช่น คู่แข่งขันในตลาดระดับปลายน้ำของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น อาจเป็นลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำที่ตนเข้าร่วมธุรกิจด้วย ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรับทราบถึงข้อมูลต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งชั้นนั้นมากขึ้น ซึ่งการรับทราบข้อมูลต่าง ๆ นั้นจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถปรับพฤติกรรมการค้าดำเนินธุรกิจของตนเพื่อตอบโต้พฤติกรรมการแข่งขันจากคู่แข่งรายอื่น ๆ ได้เป็นอย่างดียิ่งขึ้น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งชั้นได้รับผลกระทบเนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องหลีกเลี่ยงการทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น เพื่อปกป้องข้อมูลทางการค้าที่มีความอ่อนไหวของตน

อย่างไรก็ดี แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวตั้ง ค.ศ. 2020 นั้น มิได้ให้รายละเอียดในการประเมินผลกระทบจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ว่าจะส่งผลต่อการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นมากน้อยเพียงไร และมีได้ให้ตัวอย่างของการเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญไว้โดยละเอียดเท่าไรนัก¹³⁸

3.1.6.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

ในบางกรณี การรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจทำลายการแข่งขันในตลาดโดยการก่อให้เกิดการปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในตลาด หรืออาจทำให้การปฏิสัมพันธ์ดังกล่าวนี้เป็นไปได้ง่ายขึ้น ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วสถานการณ์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเสียต่อผู้ซื้อ เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นทำให้ตลาดนั้นมีความเปราะบางหรืออ่อนไหวต่อการมีพฤติกรรมร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดมากขึ้น เพราะผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอาจมีความสามารถที่จะขัดขวางผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นอิสระซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีบทบาทสำคัญในการป้องกันมิให้เกิดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในตลาดได้มากขึ้น ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอาจใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ในการควบคุมสินค้าหรือบริการที่มีความสัมพันธ์กับการรวมธุรกิจนั้น เพื่อสร้างความกดดันหรือเพื่อบั่นทอนความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นอิสระนั้น จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกับคู่แข่งรายอื่น ๆ สามารถมีพฤติกรรมร่วมมือกันได้ง่ายมากขึ้น ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน (coordinated effects) อันอาจนำไปสู่การลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้หรือไม่

ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวตั้ง ค.ศ. 2020 นั้น ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าพฤติการณ์ที่การรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจนำไปสู่การมีพฤติกรรมร่วมมือกันต่อต้านการ

¹³⁸ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.514.

แข่งขันได้นั้น อาจได้แก่การที่โครงสร้างตลาดเกิดการเปลี่ยนแปลง หรือการที่ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงข้อมูลอันเป็นความลับได้ ซึ่งพฤติการณ์เหล่านี้ทำให้เกิดผลต่าง ๆ ได้แก่¹³⁹

ก. ผู้ประกอบการรายต่าง ๆ ในตลาดสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันโดยปริยายได้

ข. ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ว่ามีการเบี่ยงเบนออกไปจากที่ได้ตกลงกันไว้หรือไม่ หรือ

ค. ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถลงโทษผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากที่ได้ตกลงกันไว้ได้

ตัวอย่างเช่น กรณีการรวมธุรกิจระหว่างผู้ผลิตส่วนประกอบหนึ่งของสินค้ากับผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย เช่นนี้ ผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายย่อมสามารถเข้าถึงข้อมูลอัตราการผลิตสินค้าของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งของตนได้ เนื่องจากผู้ผลิตส่วนประกอบซึ่งจำหน่ายให้กับผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายหลายรายย่อมมีข้อมูลดังกล่าวอยู่ในความครอบครอง จึงส่งผลให้ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจสามารถตรวจสอบได้ว่าผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายรายอื่น ๆ มีพฤติกรรมจำกัดปริมาณการผลิตสินค้าตามที่ตกลงกันไว้โดยปริยายหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว การรวมธุรกิจในแนวตั้งนี้จึงถือว่าเป็นส่วนที่ทำให้ข้อตกลงในการจำกัดปริมาณการผลิตดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อันส่งผลเสียต่อการแข่งขันในตลาด¹⁴⁰

3.1.6.4 ผลกระทบในแง่ดีต่อการแข่งขัน

นอกจากผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งแล้ว องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ดีได้อย่างไรบ้างอีกด้วย เนื่องจากเป็นที่ยอมรับว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นเป็นกระบวนการหนึ่งที่ส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ เพราะเป็นการกำจัดความขัดแย้งในการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการในตลาดคนละระดับ อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพที่เป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันและผู้บริโภคอีกด้วย เนื่องจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งทำให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งสามารถบริหารจัดการกระบวนการดำเนินงานกิจการของตนได้ตลอดทั้งกระบวนการ ตั้งแต่การผลิตจนถึงการจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้น ๆ

¹³⁹ U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, "Vertical Merger Guidelines," 30 June 2020, pp.10 - 11.

¹⁴⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.515.

การรวมธุรกิจในแนวดิ่งมักจะส่งผลให้ต้นทุนโดยรวมในการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจลดลง เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าถึงวัตถุดิบหรือสินค้าจากตลาดที่อยู่ในระดับเหนือกว่าในราคาต้นทุน ซึ่งในการนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็จะต้องนำหลักฐานต่าง ๆ เพื่อมาพิจารณาประกอบว่าสถานการณ์ดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมก่อให้เกิดผลดีต่อตลาดและผู้บริโภค หรือจะจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมปิดกั้นการดำเนินกิจการและเพิ่มต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้มากกว่ากัน¹⁴¹

การพิจารณาผลกระทบในแง่ดีต่อการแข่งขันนี้ ยังหมายความรวมถึงการประเมินประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจดังที่ผู้ประกอบธุรกิจได้กล่าวอ้างว่าจะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย ซึ่งเงื่อนไขของประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจอันจะได้รับการยอมรับจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับเงื่อนไขที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายได้กำหนดไว้ใน การพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวนอน กล่าวคือ

ก. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจจะต้องสามารถพิสูจน์ได้จริง มิใช่เพียงการคาดการณ์หรือการคาดคะเนเท่านั้น (verifiability) ซึ่งในกรณีของการรวมธุรกิจในแนวดิ่งนั้น โดยปกติองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาจากปริมาณต้นทุนที่ลดลงอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นสำคัญ

ข. การรวมธุรกิจเป็นวิธีที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวขึ้นได้ โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด (merger-specificity) กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างนั้น ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยวิธีการอื่น ๆ ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะพิจารณาว่า หากไม่มีการรวมธุรกิจดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่ถูกลงกว่าจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดได้หรือไม่ โดยการนำสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดต่างระดับกันมาพิจารณาเป็นสำคัญว่าราคาปกติที่ผู้ประกอบธุรกิจตกลงกันในการซื้อขายสินค้าหรือบริการดังกล่าวนั้นเป็นอย่างไร

ค. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นมิได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมที่เป็น การต่อต้านการแข่งขัน (not anticompetitive)

¹⁴¹ U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, "Vertical Merger Guidelines," 30 June 2020, p.11.

3.1.7 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย

การรวมธุรกิจที่พิจารณาแล้วพบว่าไม่เข้าลักษณะเป็นการรวมธุรกิจในแนวนอนหรือการรวมธุรกิจในแนวตั้ง โดยปกติแล้วการรวมธุรกิจประเภทนั้นจะเรียกว่าเป็นการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย (conglomerate mergers) ซึ่งแม้ว่าในความจริงแล้วการรวมธุรกิจแบบหลากหลายจะต้องหมายความว่า การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ขายสินค้าหรือบริการที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างสิ้นเชิง แต่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดนี้ การรวมธุรกิจแบบหลากหลายอาจประกอบไปด้วยผู้ประกอบการธุรกิจที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันเป็นอย่างมากก็ได้ ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน แต่จำหน่ายสินค้าดังกล่าวในตลาดภูมิศาสตร์คนละแห่งกัน ที่เรียกว่าเป็นการรวมธุรกิจเพื่อขยายตลาด หรือการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่จำหน่ายสินค้าคนละชนิดกัน แต่ด้วยเหตุผลบางอย่างทำให้สินค้าของผู้ประกอบการทั้งสองรายมีความสัมพันธ์กัน ที่เรียกว่าเป็นการรวมธุรกิจเพื่อขยายผลิตภัณฑ์ ซึ่งการรวมธุรกิจทั้งสองกรณีนี้มักจะเข้าลักษณะเป็นการรวมธุรกิจในแนวนอนและการรวมธุรกิจในแนวตั้ง ดังนั้น ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดนี้ การรวมธุรกิจแบบหลากหลายคือการรวมธุรกิจที่มีใช่ทั้งการรวมธุรกิจในแนวนอนและการรวมธุรกิจในแนวตั้ง¹⁴²

ในสมัยแรกเริ่มนั้น การรวมธุรกิจแบบหลากหลายมิได้ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายป้องกันการผูกขาดในสหรัฐอเมริกา โดยที่ผู้พิพากษาโอลิเวอร์ โฮล์มส์ (Oliver Wendell Holmes) ได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาคดี *Winslow*¹⁴³ ในปี ค.ศ. 1913 ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างผู้ผลิตเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตรองเท้า แต่เป็นเครื่องจักรที่มีหน้าที่การทำงานในคนละส่วนกันว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้ส่งผลให้มีการแข่งขันใด ๆ ระหว่างผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจถูกทำลาย จึงเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายหากผู้ประกอบการที่ผลิตส่วนประกอบของเครื่องจักรโอนำทุกชิ้นส่วนมารวมธุรกิจกันเพื่อร่วมกันผลิตเครื่องจักรเครื่องหนึ่ง โดยไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย Sherman Act แต่อย่างใด จนกระทั่งในเวลาต่อ แม้จะมีการตรากฎหมาย Clayton Act มาตรา 7 และการแก้ไขมาตราดังกล่าวในปี ค.ศ. 1950 ก็มิได้ปรากฏว่าสภาองเกรสมิ์จุดประสงค์ที่จะให้บทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมไปถึงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนี้ด้วย เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของบทบัญญัติดังกล่าวนั้น คือการป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันเท่านั้น ซึ่งอันตรายต่อการแข่งขันจะไม่เกิดขึ้นถ้าผู้ประกอบการธุรกิจมิได้มีความสัมพันธ์ใน

¹⁴² Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.709.

¹⁴³ *United States v. Winslow*, 227 U.S. 202, 33 S.Ct. 253 (1913).

ตลาดต่อกันโดยเฉพาะเจาะจง หรือมีความสัมพันธ์ต่อผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดภายหลังการรวมธุรกิจ หรือต่อลูกค้า คู่แข่งขันในตลาด

ดังนั้น การรวมธุรกิจแบบหลากหลายมักจะมีได้ถูกพิจารณาว่าเป็นธุรกรรมที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขัน และทฤษฎีต่าง ๆ ที่เคยกล่าวว่าการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นส่งผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันนั้น มักถูกกล่าวถึงในเวลาต่อมาว่าเป็นทฤษฎีที่ไม่น่าเชื่อถือ หรือเป็นทฤษฎีที่ตื่นตระหนกจนเกินไป¹⁴⁴

ตัวอย่างการดำเนินคดีในการรวมธุรกิจแบบหลากหลายในสหรัฐอเมริกาในอดีต ได้แก่ คดี *Clorox*¹⁴⁵ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Procter & Gamble ซึ่งเป็นผู้ผลิตผงซักฟอกและผลิตภัณฑ์สำหรับครัวเรือนหลายอย่าง ที่ได้เข้าทำการซื้อสินทรัพย์ของบริษัท Clorox ซึ่งเป็นผู้ผลิตน้ำยาซักผ้าขาวที่มีขนาดใหญ่ที่สุด โดยมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 49% ในตลาดสินค้าดังกล่าว ในปี ค.ศ. 1957 โดยที่ในคดีดังกล่าวนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการรวมธุรกิจนี้มีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย เพื่อขยายขอบเขตผลิตภัณฑ์ในความครอบครองของผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสวัสดิการของผู้บริโภคได้ เนื่องจากบริษัท Procter & Gamble ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่มีศักยภาพในการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวได้โดยลำพัง และเพิ่มความกดดันในการแข่งขันให้กับบริษัท Clorox ได้ แต่บริษัท Procter & Gamble กลับเลือกใช้วิธีการรวมธุรกิจกับบริษัท Clorox ซึ่งเป็นบริษัทขนาดใหญ่ในตลาด จึงทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ที่ควรจะได้รับจากการแข่งขันที่เพิ่มขึ้นหากบริษัท Procter & Gamble เลือกที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดด้วยตนเอง ด้วยเหตุดังกล่าว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบการดำเนินกรรวมธุรกิจ และนำคดีมาฟ้องต่อศาล

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาพิจารณาแล้วเห็นไปในทำนองเดียวกันกับคำตัดสินของ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ การรวมธุรกิจดังกล่าวมีลักษณะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากการรวมธุรกิจนี้ส่งผลให้อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่สูงขึ้น กล่าวคือ การรวมธุรกิจดังกล่าวทำให้บริษัท Procter & Gamble สามารถใช้งบประมาณในการโฆษณาที่มีจำนวนมากของตน จนได้รับการจัดอันดับว่าเป็นบริษัทที่มีงบประมาณในการโฆษณาสูงที่สุดในสหรัฐอเมริกา เพื่อส่งเสริมการขายสินค้าของบริษัท Clorox ได้อย่างเข้มข้น อีกทั้งยังใช้อำนาจจากที่ตนเป็นผู้ผลิตสินค้าในครัวเรือนขนาดใหญ่ ชักจูงให้ร้านค้าปลีกสินค้าดังกล่าวจัดพื้นที่วางขายสินค้าของบริษัท Clorox ให้โดดเด่นกว่าสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ จนผู้

¹⁴⁴ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.710.

¹⁴⁵ *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967).

ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ยาก จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด อีกทั้งยังทำให้การแข่งขันที่มีศักยภาพอันควรจะเกิดขึ้นจากการเข้าสู่ตลาดของ Procter & Gamble โดยลำพังถูกทำลายลง

นอกจากนี้ อัตราการกระจุกตัวในตลาดของผลิตภัณฑ์น้ำยาซักผ้าขาวนั้นอยู่ในระดับที่สูงมากมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1957 แล้ว กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจ 6 รายแรกในตลาดดังกล่าวมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 80% ขณะที่ส่วนแบ่งตลาด 20% ที่เหลือนั้นเป็นของผู้ผลิตน้ำยาซักผ้าขาวรายย่อยจำนวนกว่า 200 ราย การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงอาจสนับสนุนการกระจุกตัวของตลาดดังกล่าวให้สูงขึ้นอีกได้ ซึ่งศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าวตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย Clayton Act ที่ต้องการขัดขวางและป้องกันการผูกขาดที่อาจเกิดขึ้นในตลาด และพิพากษาห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจกันตามความเห็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในที่สุด¹⁴⁶

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1984 กระทรวงยุติธรรมได้ประกาศแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจ มีรายละเอียดในการปรับใช้แก่การรวมธุรกิจทุกประเภทได้อย่างครอบคลุม ทั้งการรวมธุรกิจในแนวนอนและการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใ้แนวนอน ดังนั้น ส่วนที่ว่าด้วยเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจ ค.ศ. 1984 นั้น จึงยังคงนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาการรวมธุรกิจแบบหลากหลายได้ในปัจจุบัน แม้ในความเป็นจริงแล้วแทบจะไม่มีกรรวมธุรกิจแบบหลากหลายที่ถูกพิจารณาโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด แต่แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจ ค.ศ. 1984 ดังกล่าวนี้อาจถือว่าการรวมธุรกิจเพื่อขยายตลาด หรือขยายผลิตภัณฑ์ในลักษณะเดียวกันกับคดี *Clorox* นั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ในทางทฤษฎี เพราะฉะนั้นการรวมธุรกิจแบบหลากหลายจึงยังคงมีโอกาที่จะถูกพิจารณาโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้อยู่ในปัจจุบัน¹⁴⁷ แต่อย่างไรก็ดี นักวิชาการในสหรัฐอเมริกายังเห็นว่าหากคดี *Clorox* เกิดขึ้นภายหลังจากการมีแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจฉบับดังกล่าวแล้ว มีความเป็นไปได้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจกันได้ เนื่องจากกรรวมธุรกิจดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากเพียงพอ และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่เพิ่มสูงขึ้นก็มิได้มีลักษณะตามแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจดังกล่าว คงมีแต่เพียงอัตราการกระจุกตัวของตลาดเพียงเท่านั้นที่สูงเกินกว่าที่แนวปฏิบัติได้กำหนดไว้¹⁴⁸

¹⁴⁶ Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*, pp.344 - 348.

¹⁴⁷ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, pp.722 - 723.

¹⁴⁸ Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*, p.351.

ทั้งนี้ เกณฑ์การพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เช่น การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดมากขึ้นหรือไม่ หรือเป็นการสนับสนุนให้เกิดพฤติกรรมกรรมการประสานงานร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายหรือไม่ภายใต้แนวปฏิบัติฉบับนี้ยังไม่ได้มีรายละเอียดที่ซับซ้อนเท่ากับแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอน ค.ศ. 2010 และการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง ค.ศ. 2020 ดังนี้

3.1.7.1 การกระจุกตัวของตลาด

องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะนำการรวมธุรกิจแบบหลากหลายมาพิจารณาก็ต่อเมื่อการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นในตลาดที่มีอัตราการกระจุกตัวของตลาดอยู่ในระดับสูง หรือภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ตลาดมีอัตราความกระจุกตัวที่สูง หรือส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในตลาดนั้นอยู่ในระดับที่สูง ทั้งนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะไม่ทำการตรวจสอบการรวมธุรกิจแบบหลากหลายอย่างเข้มงวด ถ้าตลาดที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งถูกรวมธุรกิจนั้นได้ประกอบธุรกิจอยู่มีอัตราการกระจุกตัวตามดัชนี HHI ไม่เกิน 1,800¹⁴⁹

อย่างไรก็ดี องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็ไม่ได้มีแนวโน้มที่จะดำเนินคดีแก่การรวมธุรกิจแบบหลากหลายเพียงเพราะเหตุว่าการกระจุกตัวในตลาดตามดัชนี HHI นั้นสูงเกินกว่า 1,800 แต่เพียงเท่านั้น หากแต่จะต้องพิจารณาร่วมกับปัจจัยประการอื่น ๆ อีกด้วย เพื่อสรุปและประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้จะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่¹⁵⁰

3.1.7.2 การเข้าสู่ตลาด

ถ้าหากว่าการเข้าสู่ตลาดที่มีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นของผู้ประกอบการรายใหม่สามารถทำได้ง่าย โดยใช้เกณฑ์พิจารณาในทำนองเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวนอน เช่นนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดก็มีแนวโน้มที่จะไม่ขัดขวางการรวมธุรกิจนั้น¹⁵¹

3.1.7.3 ประโยชน์ที่เกิดจากการรวมธุรกิจ

ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้น ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ จำนวนหนึ่งได้รับประโยชน์เช่นเดียวกันหรือใกล้เคียงกันกับผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็

¹⁴⁹ U.S. Department of Justice, "Merger Guidelines," 14 June 1984, p.26.

¹⁵⁰ Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*, pp.350 - 351.

¹⁵¹ U.S. Department of Justice, "Merger Guidelines," 14 June 1984, p.26.

มักจะถือว่าการที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งหายไปจากตลาดนั้น มิได้มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขัน¹⁵²

3.1.7.4 ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกรวมธุรกิจ

ถ้าหากว่าการรวมธุรกิจที่กำลังพิจารณานั้น เป็นเพียงการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่มาก ก็อาจส่งผลทำให้ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีการแข่งขันได้มากยิ่งขึ้น ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดมักจะไม่ได้ขัดขวางการรวมธุรกิจซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นฝ่ายถูกรวมธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเพียงไม่เกิน 5% แต่จะเริ่มมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการรวมธุรกิจนั้นหากปรากฏว่าในการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นฝ่ายถูกรวมธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 20% ขึ้นไป¹⁵³

3.1.7.5 ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ในทำนองเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวนอน องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดก็พิจารณาถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลายด้วยเช่นกัน โดยจะนำเกณฑ์และเงื่อนไขประการเดียวกันกับการพิจารณาประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจในแนวนอน มาใช้พิจารณาประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลายด้วย¹⁵⁴

3.1.8 ข้อยกเว้น

ข้อยกเว้นประการแรกที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งต้องการรวมธุรกิจกันนั้นไม่จำเป็นต้องยื่นขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ได้แก่ กรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่จะทำการรวมธุรกิจกันนั้นมีมูลค่าสินทรัพย์หรือยอดขายไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเกณฑ์มูลค่าสินทรัพย์หรือยอดขายดังกล่าวนั้นจะปรับเปลี่ยนไปในแต่ละปี ตามมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (gross national product: GNP) ในสหรัฐอเมริกา โดยที่เกณฑ์ในปัจจุบัน ปี ค.ศ. 2021 นั้นได้กำหนดให้กรณีที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจยังคงมีสินทรัพย์มูลค่ารวมไม่เกิน 92 ล้านดอลลาร์ (ลดลงจากปี ค.ศ. 2020 ซึ่งกำหนดมูลค่าไว้ 94 ล้านดอลลาร์) หรือกรณีที่มูลค่าของการดำเนินการรวมธุรกิจนั้นไม่เกิน 368 ล้านดอลลาร์ (ลดลงจากปี ค.ศ. 2020 ซึ่งกำหนดมูลค่าไว้ 376 ล้านดอลลาร์) และผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายหนึ่งมีสินทรัพย์มูลค่าไม่เกิน 18.4 ล้านดอลลาร์ ในขณะที่ผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสินทรัพย์มูลค่าไม่เกิน 184 ล้านดอลลาร์ ในกรณีเช่นนี้ ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกายินยอมให้ผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวสามารถ

¹⁵² ibid., pp.26 - 27.

¹⁵³ ibid., p.27.

¹⁵⁴ ibid., pp.27 - 28.

กระทำการรวมธุรกิจกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ก่อนแต่อย่างใด¹⁵⁵

นอกจากนี้ กฎหมาย Clayton Act มาตรา 7A ยังกำหนดยกเว้นให้กับธุรกรรมการซื้อหุ้นหรือสินทรัพย์บางประการ มิให้ต้องมาดำเนินการขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเอาไว้อีกด้วย ได้แก่

- (1) การได้มาซึ่งสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ในทางปกติการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ
- (2) การได้มาซึ่งสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการออกเสียง
- (3) การได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในกิจการอื่นซึ่งตนถือหุ้นอยู่ก่อนแล้วเกินกว่า 50%
- (4) การรับโอน หรือการโอนสิ่งใด ๆ มาจากหน่วยงานของรัฐ
- (5) ธุรกรรมที่ได้รับยกเว้นไว้เป็นพิเศษตามบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาด
- (6) การได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อการลงทุนเท่านั้น โดยที่ภายหลังจากการนับรวมหุ้นที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอยู่ก่อนในกิจการดังกล่าวแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจยังถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในกิจการนั้นไม่เกิน 10% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด
- (7) การได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงที่มีได้ทำให้สัดส่วนของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงที่ตนถืออยู่ในกิจการดังกล่าวมากขึ้น
- (8) การได้มาซึ่งหุ้นของสถาบันทางการลงทุนต่าง ๆ เช่น กองทุนรวม บริษัทประกันภัย หรือธนาคาร ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการลงทุน เป็นต้น

3.2 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหภาพยุโรป

ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้น เดิมทีมิได้มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับกำกับดูแลการรวมธุรกิจไว้เป็นการเฉพาะ แต่ด้วยความจำเป็นต่าง ๆ ในเวลาต่อมาจึงได้มีการออกกฎหมายสำหรับใช้พิจารณาการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจไว้เป็นการเฉพาะในที่สุด โดยได้นำแนวความคิดในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกาเป็นตัวอย่าง และปรับปรุงหลักเกณฑ์

¹⁵⁵ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1479.

ต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับการบังคับใช้ในภูมิภาคของตนเอง ดังนั้น การศึกษาแนวคิดในการกำกับดูแล การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหภาพยุโรป จะทำให้สามารถ เข้าใจถึงความจำเป็น และแนวทางการปรับกฎเกณฑ์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจให้เข้ากับสภาพ สังคม เศรษฐกิจ และการเมืองได้เป็นอย่างดี

ผู้เขียนจึงทำการศึกษาการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมี นัยสำคัญในสหภาพยุโรป โดยเริ่มตั้งแต่ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรป ตั้งแต่ยุคเริ่มต้นจนถึงปัจจุบันซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงมากมาย ตลอดจนรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูก กำกับดูแล รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ การกำหนดขอบเขตตลาด ปัจจัยสำคัญที่ใช้ ในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ และข้อยกเว้นที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวม ธุรกิจไปได้โดยไม่ต้องแจ้งเพื่อขออนุญาตต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรป

3.2.1 ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรป

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าหลักของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน คือ สนธิสัญญาว่า ด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจเอาไว้ และเมื่อย้อนกลับไปพิจารณาถึงสนธิสัญญาที่ก่อตั้งประชาคมยุโรปในอดีตตั้งแต่สนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) ในช่วงต้นทศวรรษที่ 1970 ก็ไม่เคยมีสนธิสัญญาหลักของสหภาพยุโรปฉบับใด เลยที่กล่าวถึงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจเอาไว้ด้วยเช่นกัน คงมีแต่เพียงบทบัญญัติมาตราหลัก 2 มาตราซึ่งในปัจจุบันได้แก่มาตรา 101 และมาตรา 102 ของสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของ สหภาพยุโรปที่มีลักษณะเป็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ มากกว่าการกำกับดูแลการ เปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาด เนื่องจากความกังวลที่สำคัญในขณะนั้นคือการหาแนวทางในการ แก้ไขปัญหาการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบธุรกิจและการพยายามขัดขวางการ แข่งขันด้วยการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจรายต่าง ๆ อันเป็นปัญหาหลักในช่วงเวลาดังกล่าว ขณะที่การรวมธุรกิจนั้นถูกมองว่าเป็นวิธีหนึ่งที่จะทำให้เกิดการเพิ่มขึ้นของอำนาจทางเศรษฐกิจ และ จะช่วยให้เศรษฐกิจของประชาคมยุโรปในขณะนั้นขยายตัวได้ตามวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา จึงทำ ให้ประเด็นเกี่ยวกับการหาแนวทางในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจยังถูกมองข้ามไป¹⁵⁶ อย่างไรก็ตาม เคย มีความพยายามในการตีความบทบัญญัติมาตรา 101 และมาตรา 102 ให้ครอบคลุมไปถึงพฤติกรรม ของผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจกันนั้น เพื่อนำบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมาเป็นเครื่องมือหนึ่ง

¹⁵⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.15 - 17.

ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจด้วย แต่ก็ไม่ปรากฏว่าการตีความดังกล่าวจะสามารถทำให้เกิดการกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁵⁷

แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรปนั้นเริ่มต้นหลังจากสหรัฐอเมริกาเป็นเวลาราว 70 ปี นับตั้งแต่มีการปรับใช้กฎหมาย Sherman Act เพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจในคดี *Northern Securities Company* ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1904 โดยที่คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรป (European Commission) ได้เสนอให้มีการควบคุมการรวมธุรกิจเป็นการเฉพาะในระดับสหภาพยุโรปเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1973 อันกลายเป็นประเด็นที่รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปแต่ละประเทศถกเถียงกันอย่างกว้างขวางมาก ว่าการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในระดับสหภาพยุโรปนั้นมีความจำเป็นจริงหรือไม่¹⁵⁸ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1989 ก็ได้มีการออกระเบียบสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจไว้โดยเฉพาะ คือ Council Regulation (EEC) No.4064/89¹⁵⁹ ซึ่งมีการแก้ไขครั้งสำคัญในปี ค.ศ. 1997 โดย Council Regulation No.1310/97¹⁶⁰ และในที่สุดก็ถูกทดแทนด้วยระเบียบสหภาพยุโรปฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 2004 ซึ่งเป็นฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ Council Regulation (EC) No.139/2004¹⁶¹ โดยมีการแก้ไขปรับปรุงและพัฒนาระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรป¹⁶²

ดังนั้น ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรปจึงอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วงใหญ่ ๆ ได้แก่ การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในอดีตซึ่งอาศัยการพยายามตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญาหลักของสหภาพยุโรปเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจ และการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในปัจจุบันซึ่งมีการออกระเบียบสหภาพยุโรปเพื่อการกำกับดูแลการรวมธุรกิจไว้โดยเฉพาะ

3.2.1.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปในอดีต

ในปี ค.ศ. 1966 คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปได้มีการจัดทำบันทึกความเข้าใจเอาไว้ว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญาหลักของสหภาพยุโรปที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรา 101 ของสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปในปัจจุบันนั้น ไม่อาจนำมาปรับใช้แก่ความ

¹⁵⁷ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, eds. Maher Dabbah and Paul Lasok QC (New York: Cambridge University Press, 2012), p.443.

¹⁵⁸ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.849.

¹⁵⁹ Council Regulation (EEC) No.4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [1989]

¹⁶⁰ Council Regulation (EC) No.1310/97 of 30 June 1997, amending Council Regulation No.4064/89 [1997]

¹⁶¹ Council Regulation (EC) No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] (the EC Merger Regulation)

¹⁶² Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*.

ตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าซึ่งความเป็นเจ้าของทั้งหมดหรือบางส่วน ของกิจการต่าง ๆ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 101 นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการ หลายรายตกลงกันโดยมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบเป็นการขัดขวาง จำกัด หรือทำลายการแข่งขัน ซึ่งคณะกรรมการของสหภาพยุโรปเห็นว่าบทบัญญัตินั้นจะใช้ได้เฉพาะกับความตกลงระหว่างผู้ ประกอบการที่ยังมีสถานะเป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน จึงไม่อาจนำมาปรับใช้กับสัญญาที่มีผล เป็นการรวมธุรกิจอย่างเต็มรูปแบบได้ ขณะที่บทบัญญัติที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรา 102 ใน ปัจจุบัน ก็มีวัตถุประสงค์เป็นการควบคุมพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบ ธุรกิจในตลาดใดตลาดหนึ่งเท่านั้น¹⁶³

ดังนั้น คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจึงพยายามโน้มน้าวให้คณะมนตรี แห่งสหภาพยุโรป (European Council) ตราบทบัญญัติขึ้นเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยเฉพาะ แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงพยายามตีความเพื่อปรับใช้บทบัญญัติที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรา 101 และมาตรา 102 ในปัจจุบัน ให้สามารถกำกับดูแลพฤติกรรมการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการ ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้¹⁶⁴ กล่าวคือ แม้จะไม่มีบทบัญญัติกำกับดูแลการรวมธุรกิจไว้โดยเฉพาะ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปก็ยังปรับใช้มาตรา 101 แก่การรวมธุรกิจบางประเภท ตัวอย่างเช่น ในคดี *BAT and Reynolds v. Commission*¹⁶⁵ ซึ่งศาลของสหภาพยุโรป (European Court of Justice) ก็ได้ยืนยันว่ามาตรา 101 นั้นอาจปรับใช้เพื่อกำกับดูแลข้อตกลงซื้อขายหุ้นฝั่เสียงข้างน้อย ของผู้ประกอบการได้ เนื่องจากการได้มาซึ่งหุ้นดังกล่าวจะเป็นเครื่องมือที่จูงใจให้ผู้ประกอบการเริ่ม มีพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือทำลายการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น การตีความดังกล่าวทำให้ บทบัญญัติมาตรา 101 สามารถขยายขอบเขตไปกำกับดูแลการซื้อขายหุ้นจนถึงขนาดทำให้ผู้ประกอบการ มีอำนาจในทางกฎหมายหรือตามความจริงที่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการอีกราย หนึ่งได้อีกด้วย แต่การขยายความบทบัญญัติมาตรา 101 โดยศาลในคดีดังกล่าวก็ทำให้เกิดความไม่ แน่นอนในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการ จนทำให้มีการเจรจาให้เกิดการกำกับดูแลการรวม ธุรกิจโดยเฉพาะอย่างชัดเจนมากขึ้น¹⁶⁶

นอกจากการขยายความบทบัญญัติมาตรา 101 แล้ว คณะกรรมการของ สหภาพยุโรปยังพยายามตีความบทบัญญัติมาตรา 102 เพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจบางประเภทอีก

¹⁶³ *ibid.*, p.444.

¹⁶⁴ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1067.

¹⁶⁵ Joined Cases 142 and 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd and R. J. Reynolds Industries Inc. v Commission of the European Communities* [1987] ECR 4487

¹⁶⁶ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.444.

ด้วย ซึ่งในปี ค.ศ. 1973 ศาลของสหภาพยุโรปก็ได้มีคำพิพากษาในคดี *Continental Can v. Commission*¹⁶⁷ ยืนยันว่ามาตรา 102 สามารถปรับใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกัน และทำให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นเพิ่มขึ้นได้เช่นกัน ซึ่งนับเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ แต่อย่างไรก็ดี การปรับใช้มาตรา 102 ก็ยังถูกจำกัดอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นฝ่ายได้รับหุ้นหรือสินทรัพย์ของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นนั้นมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ก่อนแล้วเท่านั้น โดยไม่สามารถนำไปปรับใช้แก่การรวมธุรกิจที่เป็นเหตุทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเกิดมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดภายหลังการรวมธุรกิจนั้นได้ และไม่อาจนำไปปรับใช้แก่การรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งไม่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นฝ่ายได้รับหุ้นหรือสินทรัพย์ของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมาด้วยเช่นกัน¹⁶⁸

ข้อจำกัดสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้บทบัญญัติทั้งสองมาตราไม่อาจนำมาปรับใช้แก่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพคือ บทบัญญัติทั้งสองมีลักษณะเป็นการควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจภายหลังจากที่ได้มีพฤติกรรมไปแล้ว (*ex post*) ในขณะที่ระบบการกำกับการรวมธุรกิจที่เหมาะสม จะต้องมึลักษณะเป็นการควบคุมก่อนที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้มีพฤติกรรมเช่นนั้นขึ้น (*ex ante*) ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการใด ๆ ภายหลังจากที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ทำการรวมธุรกิจเสร็จสิ้นแล้ว ย่อมทำให้เกิดความยากลำบากและค่าใช้จ่ายที่สูงมากอย่างแน่นอน¹⁶⁹

ด้วยข้อจำกัดต่าง ๆ เหล่านี้ ประกอบกับความกดดันจากภาคธุรกิจและภาคอุตสาหกรรม และจำนวนของการรวมธุรกิจที่เพิ่มมากขึ้น ทำให้จำเป็นต้องมีการกำหนดระเบียบสำหรับควบคุมการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจไว้โดยเฉพาะอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ จึงนำมาสู่การออกระเบียบสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการรวมตัวกันของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นการกำกับการรวมธุรกิจในยุคปัจจุบัน

3.2.1.2 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปโดยกฎหมายควบคุมการรวมธุรกิจโดยเฉพาะในยุคเริ่มต้น

ระเบียบสหภาพยุโรปที่มุ่งกำกับดูแลการรวมธุรกิจเป็นการเฉพาะฉบับแรก ถูกเสนอให้แก่คณะมนตรีสหภาพยุโรปพิจารณาเป็นครั้งแรกตั้งแต่ปี ค.ศ. 1973 และถูกแก้ไขมา

¹⁶⁷ Case 6/72, *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v Commission* [1973] CMLR 199

¹⁶⁸ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1067.

¹⁶⁹ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.445.

เรื่อย ๆ เป็นจำนวนหลายครั้ง¹⁷⁰ จนได้รับการตราขึ้นโดยคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 1989 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1990 คือ Council Regulation (EEC) No.4064/89 มีเนื้อหาเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ กระบวนการดำเนินการตามกฎหมาย และเกณฑ์สารบัญญัติของกฎหมาย¹⁷¹ กล่าวคือ ระเบียบดังกล่าวจะใช้บังคับกับการรวมตัวที่มีความเกี่ยวข้องกับมิติในระดับประชาคม ถ้าหากการรวมตัวนั้นไม่มีมติของสหภาพยุโรปแล้วก็จะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกแต่ละประเทศ¹⁷² โดยที่สาระสำคัญของกฎหมายคือการป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่นำไปสู่การเกิดสถานะอำนาจเหนือตลาด หรือการทำให้สถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเข้มแข็งขึ้น อันจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดร่วม¹⁷³

ภายหลังจากที่ระเบียบฉบับดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับแล้ว มีข้อถกเถียงกันเกิดขึ้นว่าระเบียบดังกล่าวนั้นสามารถปรับใช้แก่การรวมธุรกิจที่เพียงแค่อำนาจเหนือตลาด หรือทำให้สถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจเข้มแข็งขึ้นได้หรือไม่ หรือว่าการรวมธุรกิจนั้นจะต้องส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพโดยมีเกณฑ์ชี้วัดรูปแบบใหม่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งศาลของสหภาพยุโรปได้มีตัดสินอันเป็นการยุติข้อถกเถียงดังกล่าวขึ้นในปี ค.ศ. 1998 โดยกำหนดว่าในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระเบียบฉบับนี้ จะต้องปรากฏว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการมีอำนาจเหนือตลาดที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ กับผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้น อันจะต้องพิจารณาจากตำแหน่งในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ โครงสร้างอุปสงค์และอุปทานในตลาด ศักยภาพของการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้น อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด และพัฒนาการความก้าวหน้าทางเทคนิคและเศรษฐกิจของตลาด ตามที่กำหนดไว้ในระเบียบฉบับดังกล่าว¹⁷⁴

ในปี ค.ศ. 1996 คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปได้ทำการทบทวนระเบียบเกี่ยวกับการรวมธุรกิจดังกล่าว และตราระเบียบขึ้นอีกฉบับหนึ่ง คือ Council Regulation No.1310/97 เพื่อแก้ไขปรับปรุงระเบียบฉบับก่อนหน้าที่ตราขึ้นในปี ค.ศ. 1989 โดยมีการแก้ไขขอบเขตการบังคับใช้ระเบียบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปให้กว้างขึ้น โดยกำหนดให้การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งข้อมูลต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในรัฐสมาชิกตั้ง 3 ประเทศขึ้นไป จะต้องดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจต่อคณะกรรมาธิการของสหภาพ

¹⁷⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.24.

¹⁷¹ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1068.

¹⁷² Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.446.

¹⁷³ Alberto Heimler, "Was the Change of the Test for Merger Control in Europe Justified? An Assessment (Four Years after the Introduction of SIEC)," *European Competition Journal*: 85.

¹⁷⁴ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.26 - 27.

ยุโรปตามระเบียบที่แก้ไขใหม่นี้ด้วย รวมถึงได้นำการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการในลักษณะของกิจการร่วมค้าอย่างเต็มรูปแบบเข้ามาอยู่ภายใต้ระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจนี้ด้วย¹⁷⁵

3.2.1.3 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน

ในเวลาต่อมาด้วยความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือ ความก้าวหน้าในการกำจัดอุปสรรคทางการค้าระหว่างรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป ทำให้ตลาดของสหภาพยุโรปนั้นมีความใหญ่ขึ้น ผู้ประกอบการจึงเริ่มมีพฤติกรรมการรวมธุรกิจเพื่อขยายขอบเขตการดำเนินธุรกิจของตน จนก่อให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจของสหภาพยุโรป ดังนั้น ในที่สุดจึงมีความจำเป็นให้ต้องมีการปฏิรูปการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรปขึ้น เนื่องจากกฎหมายเดิมที่มีอยู่นั้น ไม่สามารถนำมาใช้กำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ¹⁷⁶ อีกทั้งการพยายามปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวโดยคณะกรรมการของสหภาพยุโรปนั้นก็ถูกขัดขวางโดยศาลยุโรปชั้นต้น ซึ่งมีคำพิพากษาไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของคณะกรรมการของสหภาพยุโรปที่ปฏิเสธมิให้ผู้ประกอบการทำการรวมธุรกิจถึง 3 คดี¹⁷⁷ ในปี ค.ศ. 2001 จึงเริ่มมีการถกเถียงเพื่อปฏิรูประเบียบที่กำหนดขึ้นในปี ค.ศ. 1989 และในที่สุดก็ได้รับการแก้ไขและตราระเบียบขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 2004 เป็นระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบการ (Council Regulation (EC) No.139/2004) ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงในปัจจุบัน

ในระเบียบฉบับใหม่นี้ เดิมทีแล้วในร่างระเบียบที่จัดทำโดยคณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้คงหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญของระเบียบฉบับดั้งเดิมเอาไว้ คือ การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการนั้นจะถูกต้องห้ามต่อเมื่อมีผลเป็นการก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือทำให้อำนาจเหนือตลาดแข็งแกร่งขึ้น แต่คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้เลือกที่จะนำเสนอหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญแบบใหม่ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแทน¹⁷⁸ โดยกำหนดให้การรวมธุรกิจจะได้รับอนุญาตให้กระทำต่อเมื่อการรวมธุรกิจนั้นไม่ส่งผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มี

¹⁷⁵ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*.

¹⁷⁶ Damien Geradin, Anne Layne-Farrar, and Nicolas Petit, *EU Competition Law and Economics* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp.497 - 798.

¹⁷⁷ Alberto Heimler, "Was the Change of the Test for Merger Control in Europe Justified? An Assessment (Four Years after the Introduction of SIEC)," *European Competition Journal*: 85.

¹⁷⁸ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.447.

ประสิทธิภาพในตลาดรวมอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาด หรือทำให้อำนาจเหนือตลาดนั้นแข็งแกร่งขึ้น¹⁷⁹

เกณฑ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญแบบใหม่นี้ เกิดจากการประนีประนอมกันระหว่างข้อเสนอของรัฐบาลสหราชอาณาจักรและรัฐบาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยที่รัฐบาลสหราชอาณาจักรสนับสนุนให้เปลี่ยนเกณฑ์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจเป็นเกณฑ์การลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามแนวทางที่ใช้อยู่ในสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา โดยอ้างถึงช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งไม่ครอบคลุมถึงหลาย ๆ ธุรกิจการรวมธุรกิจซึ่งแม้จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันเช่นกัน แต่กลับไม่สามารถนำระเบียบที่มีอยู่มาใช้กำกับดูแลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมธุรกิจในแนวนอนในตลาดผู้ขายน้อยราย ซึ่งมักจะเพิ่มโอกาสที่ผู้ประกอบการจะใช้อำนาจตลาดไม่ว่าด้วยตัวผู้ประกอบการรายเดียว หรือร่วมกับผู้ประกอบการรายอื่นโดยปริยาย จนทำให้การแข่งขันในตลาดนั้นลดลงอันเป็นผลจากการรวมธุรกิจนั้น¹⁸⁰

ในทางกลับกัน รัฐบาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่าการแก้ไขเกณฑ์สาระสำคัญดังกล่าวจะทำให้การดำเนินการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ใช้อยู่ในระดับประชาคมในปัจจุบันนั้นเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก จึงเห็นว่าควรจะคงเกณฑ์สาระสำคัญในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจไว้เช่นเดิม โดยยืนยันว่าลำพังการตีความบทบัญญัติในปัจจุบันโดยคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป ก็สามารถทำให้ควบคุมการรวมธุรกิจได้กว้างขวางเพียงพอที่จะป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อการแข่งขันได้ในระดับเดียวกันกับแนวคิดเรื่องการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญที่ถูกปรับใช้ในศาลของสหรัฐอเมริกาได้เช่นกัน¹⁸¹

อย่างไรก็ดี ท้ายที่สุดคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปก็ได้ปรับใช้หลักเกณฑ์สาระสำคัญโดยยังคงรักษาเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาการกระจุกตัวโดยแนวคิดเรื่องอำนาจเหนือตลาดเอาไว้ แต่ในเวลาเดียวกันก็นำเกณฑ์ใหม่ที่ช่วยให้กำกับดูแลการรวมธุรกิจได้ แม้การรวมธุรกิจนั้นจะมีได้ก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาด หรือทำให้อำนาจเหนือตลาดนั้นแข็งแกร่งขึ้นก็ตาม มาบัญญัติเอาไว้ในระเบียบฉบับใหม่ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันด้วย

¹⁷⁹ Alberto Heimler, "Was the Change of the Test for Merger Control in Europe Justified? An Assessment (Four Years after the Introduction of SIEC)," *European Competition Journal*: 85.

¹⁸⁰ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.447.

¹⁸¹ *ibid.*

3.2.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล

ระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 ได้กำหนดนิยามของรูปแบบการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายไว้ในมาตรา 3 โดยให้นิยามเอาไว้ว่า

“1. การรวมตัวกันจะถือว่าได้เกิดขึ้นเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการควบคุมอย่างถาวร ซึ่งเกิดจาก

(a) การควบรวมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่มีความเป็นอิสระแยกต่างหากจากกันอยู่ก่อน

(b) การได้มาซึ่งการควบคุมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในกิจการไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายราย โดยบุคคลหนึ่งหรือหลายคนซึ่งมีอำนาจในการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อยหนึ่งรายอยู่แล้ว หรือโดยผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่หนึ่งรายหรือหลายราย ไม่ว่าจะด้วยวิธีการซื้อหุ้น สิทธิทรัพย์ หรือโดยสัญญาหรือวิธีการอื่นใด

...

การสร้างกิจการร่วมค้าระหว่างหน่วยเศรษฐกิจที่มีความเป็นอิสระ เพื่อประกอบธุรกิจอันมีลักษณะถาวร จะถือว่าเป็นการรวมตัวกันในความหมายของข้อ 1 (b) ด้วย”

จากนิยามดังกล่าว จึงอาจแบ่งรูปแบบของการรวมธุรกิจที่อยู่ในการกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้เป็น 3 รูปแบบใหญ่ ๆ ได้แก่ การควบกิจการ (mergers) การได้มาซึ่งการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น (acquisition of control) และกิจการร่วมค้า (joint ventures)

3.2.2.1 การควบกิจการ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้นมิได้กำหนดนิยามเอาไว้ว่าการควบกิจการตามความหมายของระเบียบของสหภาพยุโรปนั้นเป็นอย่างไรหรือมีขอบเขตเพียงใด แต่ถึงกระนั้นก็ตาม เนื่องจากมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (b) ของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 นั้นได้ให้นิยามของการรวมตัวที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับดังกล่าวเอาไว้อย่างกว้างขวางมาก ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำการตีความโดยการขยายความหมาย

ของการควบกิจการตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (a) นี้ให้กว้างเกินไปกว่าการควบกิจการตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดแต่อย่างใด

ด้วยเหตุดังกล่าว การควบกิจการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปจึงหมายถึงการที่ผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป รวมตัวกันเป็นธุรกิจเดียวและกลายเป็นผู้ประกอบการธุรกิจเพียงรายเดียวที่มีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากเดิม (amalgamation) หรือการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งควบกิจการของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งเข้ามาทั้งหมด จนเหลือเป็นผู้ประกอบการเพียงรายเดียว¹⁸²

3.2.2.2 การได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบการอื่น

การรวมธุรกิจในรูปแบบถัดมาที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป คือ การได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบการอื่น ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (b) โดยที่บทบัญญัติดังกล่าวนี้จะนำมาปรับใช้เมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงอำนาจในการควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบการรายหนึ่ง ตัวอย่างเช่นกรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งได้อำนาจในการควบคุมธุรกิจทั้งหมดของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งมา หรือกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายได้อำนาจในการควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบการมารวมกัน เป็นต้น¹⁸³ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว การรวมธุรกิจส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นมักจะเป็นการรวมธุรกิจที่อยู่ในความหมายของมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (b)¹⁸⁴

มาตรา 3 วรรคสองของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบการ ค.ศ. 2004 ทำให้เห็นถึงความตั้งใจว่าระเบียบดังกล่าวนี้มุ่งที่จะกำกับดูแลธุรกรรมใด ๆ ก็ตาม ที่ส่งผลเป็นการทำให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายได้รับอำนาจในการตัดสินใจหรืออำนาจควบคุมการดำเนินการและกลยุทธ์ต่าง ๆ ทางการค้าของผู้ประกอบการอื่นมา ไม่ว่าจะด้วยการได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สิน การได้มาซึ่งสินทรัพย์ การทำสัญญาผู้ถือหุ้น หรือเป็นผลจากการพึ่งพาอาศัยกันในทางเศรษฐกิจก็ตาม¹⁸⁵ โดยที่บทบัญญัติมาตราดังกล่าวได้กำหนดเอาไว้ว่า

“2. การควบคุมอาจเกิดขึ้นจากสิทธิต่าง ๆ สัญญา หรือสิ่งอื่นใด ไม่ว่าจะโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวหรือหลายรายร่วมกัน และไม่ว่าการควบคุมนั้นจะเป็นไป

¹⁸² Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1072.

¹⁸³ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.454.

¹⁸⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.854.

¹⁸⁵ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1072.

โดยกฎหมายหรือในความเป็นจริงก็ตาม ซึ่งอำนาจในการควบคุมนโยบายทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจอื่นนั้นอาจเกิดขึ้นจากการถ่ายโอน

(a) ความเป็นเจ้าของ หรือสิทธิในการใช้สินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของกิจการ

(b) สิทธิต่าง ๆ หรือสัญญา ที่ทำให้เกิดการถ่ายโอนอำนาจในการควบคุมองค์ประกอบ การออกเสียง หรือการตัดสินใจหลัก ๆ ของกิจการอื่น”

ภายใต้บทบัญญัติกล่าว จะเห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเป็นแนวคิดที่กว้างมาก โดยครอบคลุมถึงทั้งการควบคุมตามกฎหมายและการควบคุมในทางความเป็นจริงด้วย ซึ่งปกติแล้วการได้มาซึ่งสิทธิในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่นตามบทบัญญัติมาตรานี้ มักจะหมายถึงการได้มาซึ่งหุ้น หรือการได้มาซึ่งสินทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นการเข้ามาของผู้ถือหุ้นรายใหม่ หรือเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการถือหุ้นร่วมกัน ที่ทำให้อำนาจในการควบคุมกิจการนั้นเปลี่ยนแปลงไป¹⁸⁶ แต่ถึงกระนั้นก็ยังหมายความไปถึงการได้มาโดยสัญญาต่าง ๆ หรือการพึ่งพาอาศัยกันทางเศรษฐกิจจนทำให้เกิดอำนาจควบคุมกิจการนั้นด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น การทำสัญญาจัดหาสินค้าและบริการจัดการทางการเงินในระยะยาวจนก่อให้เกิดอำนาจในการควบคุมกิจการนั้น เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าลำพังการทำสัญญาในลักษณะเดียวกันกับสัญญาแฟรนไชส์นั้นยังคงไม่เพียงพอที่จะถือว่าได้ก่อให้เกิดอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น¹⁸⁷

ตัวอย่างเช่น ในคดี *IFIL/Worms/Saint Louis*¹⁸⁸ บริษัท Worms ซึ่งเป็นบริษัทโฮลดิ้งในกิจการหลัก 2 ประเภท ได้แก่ กิจการประกันภัย และกิจการเคมีทางเกษตร กับบริษัท IFIL ซึ่งเป็นบริษัทโฮลดิ้งเช่นกัน ได้ตกลงทำสัญญาผู้ถือหุ้นเพื่อร่วมกันเข้าควบคุมบริษัท Saint Louis ที่เป็นผู้ผลิตน้ำตาลรายใหญ่เป็นอันดับที่สองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือเป็นการได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่นภายใต้ระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าในเวลาต่อมา บริษัท IFIL และบริษัท Worms ก็ได้ตกลงกันให้บริษัท Worms เป็นผู้ควบคุมกิจการดังกล่าวทั้งหมดเพียงรายเดียว กรณีเช่นนี้ก็ถือได้ว่าเป็นการได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่นภายใต้ระเบียบฉบับดังกล่าวด้วยเช่นกัน¹⁸⁹

¹⁸⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.125.

¹⁸⁷ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.854 - 855.

¹⁸⁸ IFIL/Worms/Saint-Louis (Case No. IV/M.750) [1996] OJ C 266/05.

¹⁸⁹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.125.

ขณะที่การได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมสินทรัพย์ ตัวอย่างเช่น การโอนฐานลูกค้าของกิจการ หรือการโอนสินทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง เช่น ตราสินค้า สิทธิบัตร หรือลิขสิทธิ์ทั้งหลายนั้น จะถือว่าเป็นการรวมตัวกันก็ต่อเมื่อการโอนสินทรัพย์ดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจปรากฏในตลาดสินค้าหรือบริการเสมือนหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกัน จึงต้องเป็นการโอนการควบคุมไปในระยะยาวจนส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของตลาด มิใช่เป็นเพียงการโอนสินทรัพย์ไปโดยมีวัตถุประสงค์จะแบ่งสินทรัพย์ดังกล่าวอื่นออกไปอีกในภายหลัง¹⁹⁰

จึงสรุปได้ว่าองค์ประกอบสำคัญของการถ่ายโอนอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่นคือ จะต้องมีการถ่ายโอนความสามารถในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นไป โดยไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าเกิดการใช้อำนาจในการควบคุมกิจการนั้นแล้วจริงก็ได้¹⁹¹ โดยที่ลักษณะของอำนาจในการควบคุมที่ถูกถ่ายโอนไปนั้นอาจพิจารณาแบ่งออกได้เป็น 4 ลักษณะ คือ

ก. การควบคุมโดยลำพัง (sole control) คือกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งได้รับอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งโดยการได้รับหุ้นเสียงข้างมากของกิจการนั้นมาซึ่งเป็นอำนาจในทางกฎหมาย หรือการได้รับหุ้นเสียงข้างน้อยที่มีสิทธิพิเศษในการกำหนดกลยุทธ์ทางการค้าของกิจการ เป็นต้น ส่วนอำนาจควบคุมในความเป็นจริงโดยลำพังก็อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ได้รับหุ้นเสียงข้างน้อยของกิจการนั้นมา แต่เป็นหุ้นที่มีสิทธิในการคัดค้าน (veto) การตัดสินใจที่สำคัญในการประกอบกิจการได้ เป็นต้น เพราะฉะนั้น การที่ผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิในการจำกัดการตัดสินใจของกิจการนั้น จึงถือว่าผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจในการควบคุมการประกอบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจตามนัยของมาตรา 3 วรรคสองด้วย โดยไม่จำกัดว่าจำนวนหุ้นที่ได้รับมาจะต้องมีจำนวนมากตัวอย่างเช่นกรณีที่บริษัท Citicorp Capital Investors Europe (CCIE) จำกัดได้รับหุ้นของบริษัท EDIL International Lighting (EDIL) มาเพียง 19% แต่ศาลของสหภาพยุโรปก็ถือว่าธุรกรรมดังกล่าวก่อให้เกิดบริษัท CCIE มีอำนาจควบคุมการดำเนินการของบริษัท EDIL จึงถือว่าเป็นการรวมตัวกันตามนัยของมาตรา 3 แห่งระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 ด้วย¹⁹²

ข. การควบคุมร่วมกัน (joint control) คือกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปร่วมกันมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง โดยที่

¹⁹⁰ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.855.

¹⁹¹ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.454.

¹⁹² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.855 - 856.

กิจการนั้นอาจไม่สามารถดำเนินการได้จนกว่าจะได้รับข้อยุติร่วมกันจากผู้ประกอบธุรกิจหลายราย นั้น¹⁹³ ซึ่งการควบคุมร่วมกันนั้นมักจะเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีอำนาจในเชิงลบ ร่วมกัน กล่าวคือ มีอำนาจในการปฏิเสธการดำเนินการทางการค้าที่สำคัญของกิจการร่วมกัน ซึ่ง อำนาจดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในทางกฎหมายและทางความเป็นจริงเช่นกัน ทั้งนี้ อำนาจในการ ควบคุมร่วมกันมักเกิดจาก

(1) ผู้ประกอบธุรกิจ 2 รายที่ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงจำนวนเท่ากันใน กิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

(2) กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีได้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงจำนวนเท่ากัน แต่ ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีสิทธิในการคัดค้าน (veto) การตัดสินใจที่สำคัญ เช่น การตัดสินใจเกี่ยวกับ งบการเงิน แผนธุรกิจ การลงทุนที่สำคัญ หรือการแต่งตั้งผู้บริหารระดับอาวุโส ซึ่งเกิดจากข้อบังคับ ของกิจการ หรือสัญญาผู้ถือหุ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ

(3) กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้มีสิทธิในการคัดค้าน แต่ว่าผู้ประกอบ ธุรกิจมักจะใช้สิทธิออกเสียงในทางเดียวกันเสมอ ไม่ว่าจะเป็นเพราะมีสัญญาที่มีผลผูกพันในทาง กฎหมายระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ หรือการที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีผลประโยชน์ร่วมกันอย่างมาซึ่งเป็น สิทธิที่เกิดขึ้นในทางความเป็นจริง¹⁹⁴

ค. การมีอำนาจอย่างเด็ดขาดในการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่ง ความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะมีอำนาจดังกล่าวอาจเกิดมาจากสิทธิ สัญญา หรือเหตุอื่น ๆ โดยที่การพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจอย่างเด็ดขาดนี้หรือไม่ อาจประเมินได้จากการมีอิทธิพล ต่อการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

- (1) การตัดสินใจเกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะผู้บริหารของกิจการ
- (2) การตัดสินใจเกี่ยวกับแผนการเงินและแผนธุรกิจของกิจการ
- (3) การตัดสินใจเกี่ยวกับการลงทุนของกิจการ การคัดเลือกเทคโนโลยี ต่าง ๆ รวมถึงการพัฒนาสินค้าหรือบริการ

ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจในการตัดสินใจในเรื่องใด เรื่องหนึ่งข้างต้นนี้ อาจเพียงพอที่จะถือได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจเด็ดขาดในการดำเนินกิจการของ

¹⁹³ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.127.

¹⁹⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.856 - 857.

ผู้ประกอบการธุรกิจแล้ว จึงถือว่าการได้มาซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นการรวมตัวกันตามนัยของมาตรา 3 แห่งระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบการธุรกิจ ค.ศ. 2004 เช่นกัน

ตัวอย่างเช่น การเข้าซื้อหุ้นจำนวน 17.9% ของบริษัท ITV ซึ่งประกอบธุรกิจเผยแพร่สัญญาณโทรทัศน์ โดยบริษัท Sky Broadcasting Group ที่ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกัน¹⁹⁵ ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักรพิจารณาแล้วพบว่าแม้การซื้อหุ้นดังกล่าวจะมีจำนวนไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นในกิจการดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงในอดีตแล้ว พบว่าการประชุมทั่วไปของกิจการดังกล่าวนี้มีผู้เข้าร่วมประชุมจำนวนน้อยมาก ทำให้บริษัท Sky Broadcasting Group มีอำนาจอย่างเด็ดขาดในการตัดสินใจในการดำเนินกลยุทธ์การประกอบธุรกิจของบริษัท ITV แล้ว จึงถือว่าการเข้าซื้อหุ้นดังกล่าวทำให้บริษัท Sky Broadcasting Group มีอำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัท ITV และต้องแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อขออนุญาตก่อน

ง. การจัดจ้างงานจากภายนอก (outsourcing) ซึ่งโดยปกติแล้วไม่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของตลาด เนื่องจากเป็นการให้บริการบางประการโดยเฉพาะตามสัญญา จึงไม่ถือเป็นการทำให้ผู้ประกอบการได้รับอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบการธุรกิจ อีกรายหนึ่งมา แต่อย่างไรก็ดี ปรากฏว่ามีการจัดจ้างงานจากภายนอกบางลักษณะที่อาจทำให้ผู้ประกอบการได้รับอำนาจในการควบคุมกิจการมาได้ กล่าวคือ การจัดจ้างงานจากภายนอกที่ต้องมีการโอนสิทธิในการตัดสินใจดำเนินกิจกรรมบางอย่างของกิจการ รวมถึงมีการโอนสินทรัพย์หรือพนักงานบางส่วนให้กับผู้ให้บริการจากภายนอกนั้นด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากการที่ผู้ให้บริการจากภายนอกได้รับอำนาจในการควบคุมสินทรัพย์หรือหน่วยธุรกิจส่วนหนึ่งมานั้น ทำให้ผู้ให้บริการสามารถเข้ามาดำเนินกิจกรรมบางอย่างในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้โดยทันที จึงอาจส่งผลกระทบต่อโครงสร้างของตลาดได้¹⁹⁶

ทั้งนี้ การโอนสินทรัพย์บางส่วนของกิจการไปยังผู้ให้บริการจากภายนอกที่จะถือเป็นการรวมตัวกันภายใต้ระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบการธุรกิจ ค.ศ. 2004 นั้น จะต้องเป็นการโอนสินทรัพย์หรือหน่วยธุรกิจส่วนหนึ่งจนถึงขนาดที่ผู้ให้บริการจากภายนอกที่ได้รับโอนสินทรัพย์มานั้น สามารถใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์หรือหน่วยธุรกิจดังกล่าวในการให้บริการแก่บุคคลภายนอกอื่น ๆ ได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่บริษัท IBM ซึ่งเป็นผู้ให้บริการ

¹⁹⁵ British Sky Broadcasting Plc v. The Competition Commission [2008].

¹⁹⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.134 - 135.

เครือข่ายขนาดใหญ่ ทำการจัดจ้างบริการเครือข่ายบางส่วนจากบริษัท AT&T¹⁹⁷ โดยที่บริษัท IBM นั้น ได้อิโณอำนาจในการควบคุมสินทรัพย์และพนักงานบางส่วนของบริษัท IBM ให้แก่บริษัท AT&T จนถึงขนาดที่บริษัท AT&T สามารถใช้สินทรัพย์และพนักงานเหล่านั้นในการให้บริการแก่บุคคลที่สาม นอกเหนือไปจากบริษัท IBM ด้วย จึงถือว่าการทำสัญญาจ้างบริการภายนอกระหว่างบริษัท IBM และบริษัท AT&T นั้น ก่อให้เกิดการรวมตัวกันตามระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 แล้ว เป็นต้น

นอกจากกรณีข้างต้นแล้ว การดำเนินธุรกรรมใด ๆ ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงจากการควบคุมโดยลำพัง เป็นการควบคุมร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หรือการเปลี่ยนแปลงภายในกลุ่มผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจในการควบคุมร่วมกัน เช่น การมีผู้ถือหุ้นรายใหม่เข้ามาในกิจการนั้น เป็นต้น และการเปลี่ยนแปลงจากการควบคุมร่วมกัน เป็นการควบคุมโดยลำพัง เหล่านี้ก็ถือว่าเป็นการรวมตัวกันตามระเบียบของสหภาพยุโรปฉบับนี้ด้วยเช่นกัน¹⁹⁸

กล่าวโดยสรุป การได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้อื่นนั้น มิได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ตายตัวว่าจะต้องมีการได้มาซึ่งหุ้นหรือได้มาซึ่งทรัพย์สินในจำนวนหรืออัตราเท่าใด หากแต่จะต้องพิจารณาในความเป็นจริงว่าเกิดการถ่ายโอนอำนาจในการควบคุมการดำเนินการสำคัญในกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่นหรือไม่ ไม่ว่าจะอำนาจในการควบคุมนั้นจะเป็นอำนาจในการควบคุมตามกฎหมาย หรืออำนาจในการควบคุมตามความเป็นจริงก็ตาม

3.2.2.3 กิจการร่วมค้า

การรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจอีกรูปแบบหนึ่งที่ถูกกำหนดให้ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 ไว้เป็นการเฉพาะคือ การรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้า (joint venture) กล่าวคือ การที่ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายตกลงร่วมกันดำเนินกิจกรรมบางอย่างร่วมกันโดยเฉพาะ โดยอาจเป็นการตั้งบริษัทลูกขึ้นใหม่ร่วมกัน การทำสัญญาหุ้นส่วน หรืออาจเป็นเพียงการร่วมกันตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาการวางแผนการดำเนินกิจการ กำหนดราคา กำหนดกลยุทธ์ทางการตลาด หรือทำการวิจัยและพัฒนา ซึ่งแม้ว่าการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้าจะทำให้ประสิทธิภาพในการจัดการและใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มสูงขึ้นได้ อีกทั้งยังทำให้เกิดการรวมเทคโนโลยี องค์ความรู้ และการแบ่งปันความเสี่ยงระหว่างกัน แต่ในบางครั้ง การรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้าอาจถูก

¹⁹⁷ AT&T/IBM (Case COMP/M.4981) [2007] OJ C278/06.

¹⁹⁸ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1075.

ใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการหลีกเลี่ยงบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 101 ของสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป และยังสามารถทำให้โครงสร้างของตลาดเปลี่ยนแปลงไปได้ จึงทำให้เกิดข้อกังวลที่ว่ากิจการร่วมค้าอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้เช่นกัน¹⁹⁹

นับตั้งแต่มีการก่อตั้งระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรปเป็นต้นมา มีการถกเถียงกันอย่างมากกว่าควรจะขยายการกำกับดูแลให้การดำเนินการในลักษณะของกิจการร่วมค้ามาตกอยู่ภายใต้ระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจนี้ด้วยหรือไม่ หรือควรจะควบคุมการดำเนินการของกิจการร่วมค้าด้วยสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป มาตรา 101 ว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ซึ่งหากกำหนดให้การดำเนินการของกิจการร่วมค้าตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ก็จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับประโยชน์ในแง่ของกระบวนการดำเนินการซึ่งมีกรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามกฎหมายอย่างชัดเจน²⁰⁰

อย่างไรก็ดี ท้ายที่สุดก็ได้มีการนำการรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้าเข้ามาอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 แต่ก็ได้มีการกำหนดเงื่อนไขเอาไว้ว่าเฉพาะการรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้าที่ดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ (full-function) เท่านั้น ที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายฉบับดังกล่าว²⁰¹ โดยที่การดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบนั้น หมายถึง

ก. มีการดำเนินการอย่างเป็นอิสระ กล่าวคือ กิจการร่วมค่านั้นจะต้องมีทรัพยากรในการประกอบธุรกิจในตลาดด้วยตนเองอย่างเพียงพอ ซึ่งหมายถึงมีเพียงพอต่อการบริหารงานรายวัน ไม่ว่าจะเป็นการมีพนักงาน สินทรัพย์ หรือการจัดการทางการเงินเพื่อดำเนินกิจการทางการค้าต่าง ๆ โดยที่บริษัทแม่ทั้งหลาย (parent companies) จะรับผิดชอบเพียงการตัดสินใจที่สำคัญ ๆ เท่านั้น

ข. มีการดำเนินการที่มีได้จำกัดอยู่แค่เฉพาะการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งของบริษัทแม่ กล่าวคือ กิจการร่วมค่านั้นจะต้องมิได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการอย่างใดโดยเฉพาะ เช่น จะต้องมิได้จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ หรือการผลิตเพียงอย่างเดียวเท่านั้น หรือแม้แต่การจัดตั้งกิจการร่วมค้าเพื่อขายสินค้าเพียงอย่างเดียว ก็ไม่ถือเป็นกิจการร่วมค้าที่ตกอยู่ภายใต้ระเบียบของสหภาพยุโรปฉบับนี้ ซึ่งกิจการร่วมค้าที่มีการดำเนินงานเพียงบางส่วนนี้

¹⁹⁹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.141 - 142.

²⁰⁰ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.455.

²⁰¹ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, p.347.

จะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการกำกับดูแลของมาตรา 101 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในของแต่ละรัฐสมาชิก

ค. ความสัมพันธ์ในการซื้อขายสินค้าหรือบริการระหว่างกิจการร่วมค้ากับบริษัทแม่ จะต้องไม่มีลักษณะที่ชัดเจนราวกับเป็นเพียงผู้ผลิตหรือผู้ซื้อสินค้าหรือบริการดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งคณะกรรมการของสหภาพยุโรปเห็นว่าความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในช่วงต้นของการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้า แต่ไม่ควรจะมีความสัมพันธ์อยู่ในลักษณะดังกล่าวเกินกว่าระยะเวลา 3 ปี ตัวอย่างเช่น กิจการร่วมค่านั้นควรจะต้องขายสินค้าหรือบริการของตนให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ หรือผู้ซื้อรายอื่น ๆ ที่มีใช้บริษัทแม่ของตนในจำนวนเกินกว่า 50% ของปริมาณสินค้าหรือบริการที่ผลิตได้ จึงจะถือว่าเป็นกิจการร่วมค้าที่ดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ เป็นต้น

ง. มีการดำเนินการในระยะยาว ซึ่งหมายถึงบริษัทแม่มีได้มีวัตถุประสงค์ในการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้าเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งอย่างจำกัดเท่านั้น ตัวอย่างเช่น การรวมกันเป็นกิจการร่วมค้าเพื่อดำเนินการโครงการหนึ่ง เช่น การก่อสร้างโรงงานไฟฟ้า เช่นนี้ก็จะไม่ถือว่าเป็นกิจการร่วมค้าที่มีการดำเนินการในระยะยาว อย่างไรก็ตาม การที่มีข้อกำหนดในสัญญาว่าจะมีการยุติกิจการร่วมค้าในกรณีที่การดำเนินธุรกิจไม่ประสบความสำเร็จไว้วงหน้านั้น มิได้เป็นข้อพิสูจน์ว่ากิจการร่วมค่านั้นไม่ใช่กิจการร่วมค้าที่ดำเนินการในระยะยาวแต่อย่างใด

ดังนั้น ถ้าหากว่าการรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้ามีลักษณะทั้ง 4 ประการข้างต้นแล้ว และเป็นกิจการร่วมค้าที่มีมิติของสหภาพยุโรป เช่นนี้ก็จะตกอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบการ ค.ศ. 2004 ซึ่งจะต้องดำเนินการแจ้งข้อมูลแก่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปเพื่อขออนุญาตดำเนินการดังกล่าวเป็นการล่วงหน้า แต่ถ้ากิจการร่วมค้ามีได้มีลักษณะดังกล่าวแล้ว ก็จะตกอยู่ภายใต้การบังคับของสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป มาตรา 101 หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในของแต่ละรัฐสมาชิกแทน²⁰²

ตัวอย่างเช่น การร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัท Nestlé ซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินค้าประเภทอาหารและธุรกิจเกี่ยวกับเภสัชกรรม และบริษัท Baxter International ซึ่งประเภทรักษาสุขภาพ โดยการเข้าควบคุมบริษัท Salvia-Werk ร่วมกัน ซึ่งประกอบธุรกิจโชนาการคลินิก และการรักษาระบบการหายใจ และมีการโอนกิจการเกี่ยวกับการให้บริการโชนาการคลินิกออกไปตั้งเป็นบริษัทใหม่ในลักษณะของกิจการร่วมค้าชื่อว่าบริษัท Clintec ซึ่งบริษัท Nestlé และบริษัท Baxter International ร่วมกันเป็นเจ้าของกิจการคนละเท่า ๆ กัน แต่

²⁰² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.857 - 858.

อย่างไรก็ดี ในกรณีดังกล่าวคณะกรรมการของสหภาพยุโรปพิจารณาแล้วพบว่ากิจการร่วมค้าดังกล่าวนั้นมีได้มีลักษณะเป็นอิสระจากบริษัท Nestlé และ Baxter International เนื่องจากบริษัททั้งสองแห่งให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่บริษัท Clintec ในการใช้ประโยชน์จากสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายเพียงชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น จึงมิได้มีลักษณะเป็นกิจการร่วมค้าที่ดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ และไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ²⁰³

การรวมธุรกิจเข้าด้วยกันในลักษณะเป็นกิจการร่วมค้าอีกกรณีหนึ่ง คือ การก่อตั้งกิจการร่วมค้าในกิจการส่วนที่เกี่ยวข้องกับเภสัชกรรมของบริษัท Sanofi ซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสุขภาพ ประกอบด้วยผลิตภัณฑ์ยา อาหาร และเครื่องสำอาง กับบริษัท Sterling Drug ซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสุขภาพ ประกอบด้วยผลิตภัณฑ์ยา การทำความสะอาดในครัวเรือน และสินค้าที่เกี่ยวข้อง โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายจะทำการโอนระบบการผลิต การบริหารจัดการ การตลาด การขาย การจัดจำหน่าย และการสนับสนุนของตน ไปรวมไว้ด้วยกันเป็นกิจการร่วมค้า อีกทั้งยังมีการโอนใบอนุญาตและสิทธิตามสัญญาต่าง ๆ รวมถึงลูกจ้างส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจการดังกล่าว ไปอยู่ภายใต้การบริหารจัดการของกิจการร่วมค้าที่จะก่อตั้งขึ้น เช่นนี้ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจึงพิจารณาแล้วเห็นว่าการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าวนี้มีลักษณะทำให้กิจการร่วมค้าที่ก่อตั้งขึ้นนั้นมีทรัพยากรการเงิน สิทธิทรัพย์สิน รวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ ที่จำเป็นแก่การดำเนินกิจการนั้นด้วยตนเองอย่างเพียงพอ และเป็นการโอนสิทธิและลูกจ้างในลักษณะถาวรโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาไว้โดยเฉพาะ จึงถือเป็นการรวมตัวกันที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ²⁰⁴

3.2.3 รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 นั้น กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับมิติของสหภาพยุโรปเอาไว้ กล่าวคือเฉพาะผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจที่มีมิติของสหภาพยุโรป (community dimension) เท่านั้น จึงจะต้องดำเนินการขออนุญาตต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปเป็นการล่วงหน้า²⁰⁵ โดยผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องยื่นแผนการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรป ก่อนที่จะดำเนินการ

²⁰³ Baxter/Nestlé/Salvia (Case No.IV/M.058) [1991] OJ C 7/04.

²⁰⁴ Sanofi/Sterling Drug (Case No.IV/M.072) [1991] OJ C 156/18, [1991] 4 CMLR 739.

²⁰⁵ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.155.

ปฏิบัติตามข้อตกลง ประกาศต่อสาธารณชน หรือเข้าซื้อธุรกิจ²⁰⁶ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปจึงมีลักษณะเป็นการใช้ระบบแจ้งเพื่อขออนุญาตเป็นการล่วงหน้า เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา

การกำหนดให้การรวมธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้ระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 จะต้องเป็นการรวมธุรกิจที่มีมติของสหภาพยุโรปนั้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ กับคณะกรรมการของสหภาพยุโรปนั้นมีขอบเขตการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยเฉพาะ กล่าวคือ ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นมีขอบเขตของประเทศที่เกี่ยวข้องหลายประเทศ อำนาจในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจดังกล่าวก็ต้องอยู่กับคณะกรรมการของสหภาพยุโรป โดยจะไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้องอีก ซึ่งอาจเรียกระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในลักษณะดังกล่าวได้ว่า ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแบบเบ็ดเสร็จ ณ จุดเดียว (one-stop merger control) กล่าวคือ หากเป็นการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบของสหภาพยุโรปฉบับนี้แล้ว ก็จะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการของสหภาพยุโรป โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกอีกต่อไป เพื่อมิให้เกิดการดำเนินการสอบสวนหลายครั้งอันจะนำมาสู่การจัดการที่ไม่มีประสิทธิภาพ ความซ้ำซ้อน ความล่าช้า ค่าใช้จ่าย ความไม่แน่นอน และการพิจารณาที่ขัดแย้งกัน ด้วยเหตุดังกล่าวภายใต้บทบัญญัติของระเบียบของสหภาพยุโรปฉบับนี้ จึงกำหนดให้รัฐสมาชิกแต่ละประเทศจะปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนแก่การรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระเบียบฉบับนี้ไม่ได้²⁰⁷

ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดจะมีมติของสหภาพยุโรปหรือไม่นั้น กฎหมายได้กำหนดนิยามของการรวมธุรกิจที่มีมติของสหภาพยุโรปไว้ โดยนำยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมาเป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณา อันจะแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่การรวมธุรกิจนั้นจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจต่อสหภาพยุโรปได้²⁰⁸ ซึ่งเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่มีมติของสหภาพยุโรปนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีตามมาตรา 1 วรรคสอง และมาตรา 1 วรรคสาม ของระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004

²⁰⁶ Council Regulation (EC) No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004], Article 4.

²⁰⁷ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.864 - 866; Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.155.

²⁰⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.156.

3.2.3.1 การรวมธุรกิจที่มีมิติของสหภาพยุโรปตามมาตรา 1 วรรคสอง

การรวมธุรกิจจะถือว่ามีมิติของสหภาพยุโรปตามมาตรา 1 วรรคสอง หากเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องทุกรายมียอดขายเงินขายทั่วโลกรวมกันเกินกว่า 5,000 ล้านยูโร และ

ข. ผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อย 2 รายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น มียอดขายเงินขายในสหภาพยุโรปเกินกว่า 250 ล้านยูโร

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องแต่ละรายนั้นมีสัดส่วนของยอดขายเงินขายจำนวน 2 ใน 3 เป็นยอดขายเงินขายที่เกิดขึ้นในรัฐสมาชิกประเทศหนึ่งเพียงประเทศเดียว เช่นนี้ก็ถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้มีมิติของสหภาพยุโรป

เงื่อนไขดังกล่าวทำให้เกิดการจำแนกขอบเขตอำนาจหน้าที่ของกรรมาธิการสหภาพยุโรปให้จำกัดอยู่เฉพาะการรวมธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ระดับสหภาพยุโรป ขณะที่การรวมธุรกิจที่มีการประกอบธุรกิจส่วนใหญ่อยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันภายในประเทศนั้นประเทศเดียว ก็จะตกอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ขององค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้น²⁰⁹

3.2.3.2 การรวมธุรกิจที่มีมิติของสหภาพยุโรปตามมาตรา 1 วรรคสาม

การกำหนดเงื่อนไขของการรวมธุรกิจที่มีมิติของสหภาพยุโรปตามมาตรา 1 วรรคสองที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นนั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจในหลายกรณีซึ่งส่งผลกระทบในมิติระหว่างประเทศ จึงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจในลักษณะดังกล่าวจำเป็นต้องดำเนินการแจ้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องทุกประเทศเพื่อขออนุญาตดำเนินการรวมธุรกิจซึ่งเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นอย่างมาก ทั้งในด้านของค่าใช้จ่ายและความยืดหยุ่นของการรวมธุรกิจในแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน ดังนั้น จึงมีการกำหนดเงื่อนไขของการรวมธุรกิจที่มีมิติของสหภาพยุโรปเพิ่มเติมขึ้นมาในมาตรา 1 วรรคสาม²¹⁰ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจำนวน 3

²⁰⁹ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.457.

²¹⁰ *ibid.*

ประเทศขึ้นไป และมีแนวโน้มที่จะอยู่ภายใต้บังคับของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของรัฐสมาชิกอย่างน้อย 3 ประเทศขึ้นไป²¹¹ ทั้งนี้ มีการกำหนดยอดเงินขายในระดับโลกที่ต่ำลง ได้แก่

ก. ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องทุกรายมียอดเงินขายทั่วโลกรวมกันเกินกว่า 2,500 ล้านยูโร และ

ข. ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจอย่างน้อย 2 ราย มียอดเงินขายในสหภาพยุโรปเกินกว่า 100 ล้านยูโร

ในขณะเดียวกัน ก็ได้มีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมอีก 2 ข้อ เพื่อพิจารณาสิทธิของสหภาพยุโรปในการรวมธุรกิจนั้น ดังต่อไปนี้

ก. ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจทั้งหมดมียอดเงินขายรวมกันในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปอย่างน้อย 3 ประเทศ เกินกว่าประเทศละ 100 ล้านยูโร และ

ข. ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจอย่างน้อย 2 ราย มียอดเงินขายในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องตามข้อ ก. ข้างต้น เกินกว่าประเทศละ 25 ล้านยูโร

ทั้งนี้ หากผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องแต่ละรายนั้นมีสัดส่วนของยอดเงินขายจำนวน 2 ใน 3 เป็นยอดเงินขายที่เกิดขึ้นในรัฐสมาชิกประเทศหนึ่งเพียงประเทศเดียว เช่นนี้ก็จะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้มีมติของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับมาตรา 2 วรรคแรก

จากเงื่อนไขเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่มีมติของสหภาพยุโรป มีข้อสังเกตว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 นั้น ไม่จำเป็นต้องมีแหล่งพำนักอยู่ในสหภาพยุโรปแต่อย่างใด รวมถึงธุรกรรมอันเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายนี้ก็ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นในสหภาพยุโรปด้วยเช่นกัน เพียงแต่มีเงื่อนไขตามลักษณะดังกล่าว ก็ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจที่มีมติของสหภาพยุโรป และจำเป็นต้องดำเนินการแจ้งข้อมูลต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปเพื่อขออนุญาตแล้ว²¹²

3.2.4 การกำหนดขอบเขตตลาด

ในทำนองเดียวกันกับแนวคิดของกฎหมายป้องกันการผูกขาดในสหรัฐอเมริกา การกำหนดขอบเขตตลาดก็เป็นขั้นตอนหนึ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจ เพื่อจำแนกว่าตลาดสินค้าหรือบริการใดที่อาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจ ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สำคัญก่อนที่จะพิจารณาต่อไปว่า

²¹¹ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1079.

²¹² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.859.

การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวนั้นหรือไม่²¹³ โดยที่การกำหนดขอบเขตตลาดตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 จะแบ่งออกเป็น 2 มิติ ได้แก่ ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง และตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการกำหนดขอบเขตตลาดนี้เป็นหน้าที่หนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องดำเนินการประเมินตลาดที่อาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจของตนเอง แล้วแจ้งต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปเพื่อขออนุญาตรวมธุรกิจด้วย²¹⁴

คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปได้ออกประกาศคณะกรรมการ เรื่อง นิยามของตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป²¹⁵ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดโดยคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป ซึ่งใช้บังคับทั้งกับการกำหนดขอบเขตตลาดตามมาตรา 101 และมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป และการกำหนดขอบเขตตลาดตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 ด้วย โดยประกาศฉบับดังกล่าวได้กำหนดว่าคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะใช้การทดสอบ SSNIP Test เพื่อพิจารณาพฤติกรรมของผู้บริโภคที่เปลี่ยนแปลงไปอันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงของราคา เป็นเครื่องมือในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาด²¹⁶ ซึ่งกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ นั้นได้สร้างความชัดเจนไว้อย่างหนึ่งว่าขอบเขตตลาดนั้นไม่มีกฎเกณฑ์ตายตัว หากแต่เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาขึ้นใหม่ในทุก ๆ กรณี

ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายกำหนดขอบเขตตลาดด้วยตนเอง ดังนั้นส่วนใหญ่แล้วผู้ประกอบธุรกิจมักจะเลือกกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจของตนเองไว้อย่างกว้าง เพื่อที่จะทำให้ส่วนแบ่งตลาดที่เกิดขึ้นนั้นลดลง เพราะถ้าหากว่าผู้ประกอบธุรกิจกำหนดขอบเขตตลาดไว้ในระดับที่แคบแล้ว การจะนำเสนอให้คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจนั้นย่อมเป็นไปได้ยากขึ้น ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการรวมธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องกับตลาดหนึ่งซึ่งถ้ากำหนดขอบเขตตลาดให้แคบที่สุดจะพบว่าผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 70% ขณะที่ถ้ากำหนดขอบเขตตลาดให้กว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้จะพบว่าผู้

²¹³ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1114.

²¹⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.887.

²¹⁵ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372 /03).

²¹⁶ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, p.354.

ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพียง 30% เช่นนี้การนำเสนอว่าตนเองมีส่วนแบ่งตลาดเพียง 30% ย่อมมีโอกาสที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะยินยอมให้มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นมากกว่า²¹⁷

อย่างไรก็ดี โดยส่วนใหญ่แล้วคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปมีแนวโน้มที่จะเลือกพิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องที่แคบที่สุดในการกำหนดขอบเขตตลาด คงมีเพียงบางกรณีที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปมิได้ให้ความสำคัญกับการระบุขนาดของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจเกิดขึ้นเพราะไม่ว่าจะเลือกพิจารณาอย่างแคบที่สุดหรือกว้างที่สุดก็ตาม หากประเมินแล้วก็จะได้ผลลัพธ์ว่าการรวมธุรกิจนั้นอยู่ในเกณฑ์ที่สามารถอนุญาตให้เกิดการรวมธุรกิจเช่นว่านั้นขึ้นได้ทั้งสิ้น²¹⁸

ขณะที่การกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องนั้น ผู้ประกอบธุรกิจก็จะกำหนดให้กว้างที่สุดเท่าที่เป็นไปได้เช่นกัน โดยเฉพาะในบางกรณีซึ่งผู้ประกอบธุรกิจกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไปจนถึงระดับโลก เพื่อที่จะจูงใจให้คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปยอมให้มีการรวมธุรกิจนั้นขึ้นเพื่อสร้างธุรกิจระดับสหภาพยุโรปเพื่อไปแข่งขันในตลาดโลก แต่ถึงกระนั้นก็ตาม หากการรวมธุรกิจดังกล่าวจะส่งผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป หรือส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคในสหภาพยุโรปอย่างมีนัยสำคัญ คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปก็มีแนวโน้มที่จะไม่อนุญาตให้เกิดการรวมธุรกิจดังกล่าวขึ้น²¹⁹

3.2.5 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวนอน

หลักเกณฑ์สำคัญที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะนำมาเป็นเกณฑ์พิจารณาการรวมธุรกิจคือ การรวมธุรกิจนั้นจะต้องไม่ส่งผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพภายในสหภาพยุโรปอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ (effective competition) นั้นเป็นนโยบายการแข่งขันสำคัญของสหภาพยุโรป ดังนั้นการรวมธุรกิจที่จะส่งผลเป็นการขัดต่อนโยบายดังกล่าวย่อมไม่ได้รับอนุญาตให้เกิดขึ้นได้ ซึ่งในอดีตนั้น การรวมธุรกิจที่ส่งผลดังกล่าวจะถูกจำกัดอยู่เฉพาะเพียงการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาด หรือทำให้อำนาจเหนือตลาดนั้นแข็งแกร่งยิ่งขึ้น จนกระทั่งหลังจากผ่านการถกเถียงมาอย่างยาวนาน ในปี ค.ศ. 2004 ก็ได้มีการประนีประนอมในการนำแนวความคิดเกี่ยวกับการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบในการกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับการรวมธุรกิจของตน ผนวกกับแนวคิดเรื่องการมีสถานะอำนาจเหนือตลาด จึงก่อให้เกิดเป็นแนวคิดเรื่องการขัดขวางต่อการแข่งขันที่

²¹⁷ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1115.

²¹⁸ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, p.354.

²¹⁹ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1115.

มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญขึ้นในที่สุด (substantial impediment to effective competition: SIEC)²²⁰

แนวคิดดังกล่าวได้มีการปรับปรุงรายละเอียดของเกณฑ์การลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญให้แตกต่างจากเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากในอดีต สหภาพยุโรปใช้เกณฑ์การมีอำนาจเหนือตลาดในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างรัฐสมาชิก ทำให้รัฐสมาชิกแต่ละรัฐนำเกณฑ์การมีอำนาจเหนือตลาดไปปรับใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันภายในรัฐด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความแตกต่างระหว่างเกณฑ์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปและเกณฑ์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐมากจนเกินไป คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขเกณฑ์การลดลงอย่างมีนัยสำคัญของสหรัฐอเมริกาให้สอดคล้องกับเกณฑ์ที่ปรับใช้อยู่ในขณะนั้นด้วย โดยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการรวมธุรกิจอันส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาด หรือเป็นการทำให้สถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีความแข็งแกร่งมากยิ่งขึ้น ต้องแจ้งข้อมูลไปยังคณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปเพื่อขออนุญาตดำเนินการดังกล่าวเสียก่อน บทบัญญัติดังกล่าวจึงหมายความว่าความครอบคลุมไปถึงการรวมธุรกิจที่ไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาด หรือเป็นการทำให้สถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีความแข็งแกร่งขึ้น ซึ่งอาจถือเป็นการรวมธุรกิจที่ต้องห้ามด้วยเช่นกัน²²¹

การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดเป็นการต้องห้ามตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ที่ตราขึ้นจากการประนีประนอมกันในปี ค.ศ. 2004 หรือไม่นั้น คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปได้มีการระบุถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ที่คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจะใช้ในการพิจารณาไว้ในแนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจในแนวนอน ซึ่งประกอบไปปัจจัยดังต่อไปนี้

3.2.5.1 ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

ปัจจัยประการแรกที่ถูกนำมาพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรป ได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด กล่าวคือ ในขั้นต้นคณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปต้องพิจารณาถึงอัตราส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการรวมธุรกิจนั้นเป็นลำดับแรก เนื่องจากโดยปกติแล้วยิ่งส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจมีมากเท่าไร ก็จะมีอำนาจในตลาดมากขึ้นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการรวม

²²⁰ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.883.

²²¹ *ibid.*, pp.885 - 886.

ธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นอีกมากเท่าไร ก็จะทำให้การรวมธุรกิจนั้นมีโอกาสจะก่อให้เกิดผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดเพิ่มขึ้นตามไปด้วยเช่นกัน²²² โดยที่คณะกรรมการกิจการจะเริ่มต้นจากการพิจารณาว่าทั้งก่อนและหลังการรวมธุรกิจ ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึงขนาดก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปหรือไม่ ซึ่งภายใต้แนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจในแนวนอนนั้น กำหนดให้การรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 25% ทั้งก่อนและหลังการรวมธุรกิจ ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจที่ไม่เกิดข้อกังวลว่าจะก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาด ขณะที่การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 25% ขึ้นไป อาจถูกพิจารณาว่าเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นและก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้

ในความเป็นจริงแล้ว เมื่อพิจารณาจากการบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปในอดีตที่ผ่านมา พบว่าคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปมักจะสันนิษฐานว่าผู้ประกอบการธุรกิจจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดเมื่อมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 40 % ขึ้นไปในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง²²³ ดังนั้น การรวมธุรกิจที่จะก่อให้เกิดข้อกังวลว่าจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด มักจะเป็นการรวมธุรกิจที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 40 % ขึ้นไป โดยที่คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปมักจะให้ความสนใจกับการรวมธุรกิจที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งราว 50% เป็นอย่างมาก²²⁴

อย่างไรก็ดี แม้ว่าภายหลังจากการพิจารณาตามเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดข้างต้นแล้วพบว่ากรรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงขึ้นจนมีสถานะอำนาจเหนือตลาดก็ตาม คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปก็จะนำปัจจัยเกี่ยวกับอัตราการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจของตลาดมาพิจารณาเป็นลำดับถัดมา²²⁵ เนื่องจากอัตราการกระจุกตัวของตลาดนั้นถือได้ว่าเป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการบ่งชี้ถึงผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้เป็นอย่างดีเช่นเดียวกับส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งแนวปฏิบัติของคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปได้กำหนดให้ใช้ดัชนี HHI เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาเป็นดัชนีสำหรับประเมินการกระจุกตัวของตลาด โดยที่คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปนั้นมีแนวโน้มที่จะอนุญาตให้การรวมธุรกิจสามารถกระทำได้ หากเข้าใจเกี่ยวกับการกระจุกตัวของตลาดข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้

²²² Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.229.

²²³ Paul M. Taylor, *E.C. & U.K. Competition Law & Compliance*, p.44.

²²⁴ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.229.

²²⁵ Gunnar Niels, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, pp.334 - 335.

ก. ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ค่า HHI ของตลาดที่เกี่ยวข้องมีอัตราต่ำกว่า 1,000

ข. ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ค่า HHI ของตลาดที่เกี่ยวข้องมีอัตราตั้งแต่ 1,000 - 2,000 แต่อัตราการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นจากก่อนการรวมธุรกิจไม่เกิน 250

ค. ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ค่า HHI ของตลาดที่เกี่ยวข้องมีอัตราสูงกว่า 2,000 แต่อัตราการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นจากก่อนการรวมธุรกิจไม่เกิน 150

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงเกณฑ์ และตลาดนั้นก็มีความกระจุกตัวหรือการเพิ่มขึ้นนั้นอยู่ในระดับที่คณะกรรมการพิจารณาสิทธิการของสหภาพยุโรปถือว่าไม่สูง แต่หากปรากฏว่ามีพฤติการณ์พิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง คณะกรรมการพิจารณาสิทธิการของสหภาพยุโรปก็อาจต้องพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นต่อไป เช่น

ก. ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีศักยภาพที่จะเข้ามาในตลาดได้ หรือเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ที่เพิ่งจะเข้ามาในตลาดและยังมีส่วนแบ่งตลาดน้อย

ข. ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นผู้พัฒนานวัตกรรมรายสำคัญของตลาด

ค. มีการเป็นสื่อหุนไขว้อย่างมีนัยสำคัญเกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการอยู่ในตลาด

ง. ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจรายหนึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความเป็นอิสระสูงจนน่าจะเป็นผู้ขัดขวางการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการรายอื่น ๆ

จ. พบข้อบ่งชี้ว่าผู้ประกอบการมีการร่วมมือกันกระทำการบางอย่างในอดีตหรือในปัจจุบัน

ฉ. ผู้ประกอบการรายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ก่อนรวมธุรกิจตั้งแต่ 50% ขึ้นไป เป็นต้น²²⁶

ทั้งนี้ อัตราส่วนแบ่งตลาดหรือการกระจุกตัวของตลาดนั้น เป็นเพียงข้อบ่งชี้ว่าการรวมธุรกิจนั้นมีความน่ากังวลว่าอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ โดยมีได้ก่อให้เกิดเป็นข้อสันนิษฐานหรือข้อสรุปว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้การแข่งขันในตลาดลดลง

²²⁶ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.478.

หรือหายไปแน่นอน และเป็นการรวมธุรกิจที่ขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในการประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่อลักษณะดังกล่าวได้หรือไม่ นั้น คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจะต้องนำปัจจัยอื่น ๆ มาประกอบการพิจารณาด้วย ซึ่งในบางกรณี แม้การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดที่สูงเกินกว่า 50% แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ แล้ว อาจพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้ทำให้การแข่งขันในตลาดลดลง และมีได้เป็นการรวมธุรกิจที่ขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญได้²²⁷

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Enso Oyj กับบริษัท Stora Kopparbergs Bergslags AB ในปี ค.ศ. 1998²²⁸ โดยที่ผู้ประกอบการทั้งสองรายต่างเป็นผู้ประกอบธุรกิจในอุตสาหกรรมป่าไม้ โดยเป็นผู้ผลิตสินค้าจากวัตถุดิบในป่าไม้ เช่น การแปรรูปไม้ หรือการผลิตกระดาษ เป็นต้น โดยที่คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปประเมินส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการทั้งสองรายแล้ว พบว่าผู้ประกอบการทั้งสองรายนั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 60% ในตลาดกระดาษสำหรับผลิตเป็นบรรจุภัณฑ์ของสินค้า โดยพิจารณาจากจำนวนการส่งมอบสินค้าดังกล่าวทั้งหมดในปี ค.ศ. 1997 ที่มีการส่งมอบสินค้าจำนวน 1 ล้านตัน อันเป็นการส่งมอบจากผู้ประกอบการทั้งสองรายรวมกันมากกว่า 500,000 ตัน ซึ่งแตกต่างจากผู้ประกอบการในลำดับถัดมาที่มีการส่งมอบสินค้าดังกล่าวราว 100,000 - 200,000 ตันเท่านั้น จึงมีส่วนแบ่งตลาดเพียง 10 ถึง 20% จึงถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาด อันนำไปสู่ข้อกังวลว่าการรวมธุรกิจนั้นจะมีผลเป็นการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญได้

อย่างไรก็ดี เมื่อคณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปได้พิจารณาปัจจัยสำคัญอื่น ๆ โดยเฉพาะอำนาจของผู้ซื้อในตลาดแล้ว พบว่าแม้การรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดสูง อีกทั้งการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวนั้นยังมีอุปสรรคที่สูง เพราะการผลิตสินค้าดังกล่าวต้องใช้เครื่องมือทางเทคนิคระดับสูง จึงมีต้นทุนในการลงทุนที่สูงมาก จนไม่มีผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาในตลาดดังกล่าวเป็นระยะเวลาเกินกว่า 10 ปีแล้ว แต่ปรากฏว่าในตลาดดังกล่าวนี้มีผู้ซื้อสินค้าจำนวนน้อยมาก กล่าวคือ ในตลาดฝั่งผู้ซื้อนั้นมีบริษัท Tetra Pak เป็นผู้ซื้อที่มีอัตราการซื้อสินค้าดังกล่าวสูงถึง 60 ถึง 80% จนเป็นผู้มีอำนาจต่อรองสูงมาก กับบริษัท Elopak และบริษัท SIG Combibloc ที่มีอัตราการซื้อสินค้าดังกล่าวเป็นจำนวน 10 ถึง 20 % จนถือว่าเป็นตลาดที่มีผู้ซื้อสินค้ารายใหญ่เพียงสามรายเท่านั้น ทำให้ความเป็นไปได้ต่ำมากที่ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้นจะมีพฤติกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวกับการแข่งขันหรือการกำหนดราคาสินค้าได้ คณะกรรมาธิการของสหภาพ

²²⁷ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.891.

²²⁸ Enso/Stora (Case No. IV/M.1225) Commission Decision (1999/641/EC) [1999] OJ L254/9.

ยุโรปจึงสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญ และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้²²⁹

3.2.5.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

ผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียว และผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายราย ซึ่งในอดีตนั้น การพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจเป็นไปอย่างจำกัด เนื่องจากการใช้แนวคิดเรื่องสถานะอำนาจเหนือตลาดมากำกับดูแลการรวมธุรกิจ กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันในลักษณะที่ถึงขนาดทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด หรือทำให้สถานะอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอยู่แล้วมีความแข็งแกร่งขึ้น หรือมิฉะนั้นก็จะต้องก่อให้เกิดผลกระทบจากความสัมพันธ์ที่คล้ายกับการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายราย ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะนำแนวคิดเรื่องการมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน (collective dominance) มาพิสูจน์ถึงผลกระทบดังกล่าว ซึ่งแนวคิดดังกล่าวก่อให้เกิดผลเสีย 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก คือ แนวคิดข้างต้นทำให้เกิดช่องว่างในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ เนื่องจากการรวมธุรกิจที่แม้จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 40% ในบางกรณีก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันได้เช่นกัน โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นเป็นคู่แข่งรายสำคัญระหว่างกันในตลาด

ประการที่สอง คือ การจะนำแนวคิดเรื่องผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมาใช้พิจารณาการรวมธุรกิจ คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงขนาดว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ซึ่งทำให้การกำกับดูแลเป็นไปโดยยากลำบาก²³⁰

โดยการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรป ทำให้ในปัจจุบันนั้น การพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้คลายความเข้มงวดลงมาพอสมควร กล่าวคือ เพียงพิสูจน์ว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้

²²⁹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.230.

²³⁰ James S. Venit, "Widening the 'gap' - the substantial lessening of the Commission's evidentiary burden and the demise of coordinated effects under the SIEC test and §§24/25 of the Horizontal Merger Guidelines," *European Competition Journal* 11, 2 - 3 (2015): 292.

ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ หรือการรวมธุรกิจนั้นทำให้เกิดการเพิ่มขึ้นของความเป็นไปได้ในการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจอันเนื่องมาจากการรวมธุรกิจ หรือพิสูจน์ว่าการร่วมมือกันจะสามารถทำได้ง่ายมากยิ่งขึ้น และมีความมั่นคงมากยิ่งขึ้น ก็เพียงพอที่จะเป็นเหตุผลในการห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นดำเนินการรวมธุรกิจแล้ว

ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ (non-coordinated or unilateral effects) คือการทำให้ความกดดันที่เกิดจากการแข่งขันที่มีต่อผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดก่อนการรวมธุรกิจนั้นลดลงหรือหายไป ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อการรวมธุรกิจนั้นทำให้ตลาดมีการกระจุกตัวสูงขึ้น หรือทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้นหายไป²³¹ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว การรวมธุรกิจมักจะก่อให้เกิดผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจ หากการรวมธุรกิจนั้นถึงขนาดก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาด หรือสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นแข็งแกร่งมากขึ้น จนทำให้ผู้ประกอบการสามารถร่วมกันใช้อำนาจตลาดที่เกิดจากการรวมส่วนแบ่งตลาดนั้นเข้าด้วยกันอันอาจมีผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันในตลาดได้²³²

ทั้งนี้ ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจเพียงรายเดียวนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ โดยรูปแบบทั่วไปที่มักจะเกิดขึ้นและเรียกว่าเป็นผลกระทบที่เกิดจากการรวมธุรกิจนั้นคือการที่ผู้ประกอบการสามารถขึ้นราคาของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องได้อย่างไรก็ดี นอกจากผลกระทบในลักษณะของการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าหรือบริการแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นยังอาจส่งผลกระทบในเชิงลบต่อการแข่งขันในลักษณะอื่น ๆ อีกได้ เช่น การทำให้คุณภาพของสินค้าหรือบริการนั้นลดลง การลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการนั้นลง การลดปริมาณผลิตภาพของสินค้าหรือบริการนั้น หรือการทำให้นวัตกรรมที่ควรจะเกิดขึ้นจากการแข่งขันนั้นลดลงหรือหายไป เป็นต้น²³³ ดังนั้น ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะมีได้ถึงขนาดก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวข้างต้น แต่หากการรวมธุรกิจนั้นทำให้โครงสร้างการแข่งขันในตลาดเปลี่ยนแปลงไป จนถึงขนาดที่อาจก่อให้เกิดผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมที่ส่งผลให้ราคาสินค้าเพิ่มสูงขึ้นได้ ก็อาจเพียงพอที่จะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดผลกระทบที่เกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวได้เช่นกัน

ภายใต้แนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจในแนวนอนนั้นได้กำหนดแนวทางการประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจใน

²³¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.230.

²³² Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.478.

²³³ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.230.

แนวนอนหรือไม่ โดยได้ยกตัวอย่างปัจจัยที่อาจนำมาใช้ในการประเมินว่าการรวมธุรกิจอาจก่อให้เกิดผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวไว้²³⁴ ดังนี้

ก. ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

ดังที่กล่าวแล้วข้างต้นว่าคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปมิได้ตัดสินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพหรือไม่โดยอาศัยเพียงปัจจัยว่าด้วยส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดเท่านั้น หากเพียงแต่จะต้องนำส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจและอัตราการกระจุกตัวของตลาดมาพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ อีก กล่าวโดยเฉพาะ คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะนำส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดมาเป็นปัจจัยประการหนึ่งในการชี้วัดว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจได้หรือไม่ โดยที่การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดราว 50% หรือทำให้ตลาดมีการกระจุกตัวสูงตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น มักจะมีแนวโน้มที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจได้²³⁵

ทั้งนี้ นอกจากการประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูงหรือไม่แล้ว คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปยังอาจพิจารณาต่อไปอีกด้วยว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายในตลาดมีความแตกต่างกันมากน้อยเพียงไร หากปรากฏว่าการรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเหนือกว่าคู่แข่งในตลาดเป็นอย่างมาก เช่นนี้ พฤติกรรมดังกล่าวอาจเป็นตัวชี้วัดได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นสามารถมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน อันจะส่งผลกระทบในเชิงลบต่อการแข่งขันในตลาดได้²³⁶

นอกจากนั้นแล้ว ในการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปยังมักจะนำอัตราการเพิ่มขึ้นของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจมาพิจารณาประกอบด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดอยู่ในเกณฑ์ที่อาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ แต่มิได้มีส่วนแบ่งตลาดที่สูงเกินกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นอย่างมาก หากการรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นเพียงเล็กน้อย ก็อาจมีได้ก่ให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้แตกต่างจากเดิมเท่าไรนัก เช่น ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาด 50% และการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ผู้ประกอบ

²³⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.892.

²³⁵ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.229.

²³⁶ *ibid.*, p.229.

ธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นอีกเพียง 5% กลายเป็น 55% อาจถือได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดข้อกังวลมากเท่ากับกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดอยู่แล้ว 70% ตั้งแต่ก่อนการรวมธุรกิจ ซึ่งแม้การรวมธุรกิจจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นเพียง 5% กลายเป็น 75% แต่ก็ถือได้ว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดข้อกังวลเป็นอย่างมากกว่าจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้²³⁷

อย่างไรก็ดี ทั้งในกรณีที่ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจมีความแตกต่างกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดเป็นอย่างมาก และในกรณีของการเพิ่มขึ้นของส่วนแบ่งตลาดนั้น ยังคงเป็นเพียงข้อบ่งชี้ว่าผู้ประกอบการอาจมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้เท่านั้น มิได้ถือว่าเป็นข้อสรุปได้ว่าผู้ประกอบการจะมีความสามารถในการก่อให้เกิดผลกระทบเช่นนั้นได้จริง เนื่องจากคณะกรรมการของสหภาพยุโรปยังคงต้องนำปัจจัยสำคัญประการอื่น ๆ เข้ามาพิจารณาประกอบด้วย ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น²³⁸

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท SNIA ที่ประกอบธุรกิจผลิตและจำหน่ายเส้นใยลวด กับบริษัท Courtaulds ที่ประกอบธุรกิจผลิตและจำหน่ายสารเคลือบผิวผลิตภัณฑ์ ผลิตภัณฑ์ทางเคมี เส้นใย และฟิล์ม ในปี ค.ศ. 1991²³⁹ โดยที่จากการพิจารณาของคณะกรรมการของสหภาพยุโรปพบว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบการจะมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 65% แตกต่างจากผู้ประกอบการในตลาดอันดับถัดมาอันได้แก่บริษัท Hoechst Celanese ที่มีส่วนแบ่งตลาดเพียง 20% เป็นอัตราการแตกต่างของส่วนแบ่งตลาดมากถึง 45% จึงเป็นข้อบ่งชี้ที่สำคัญว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจทำให้ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจอาจมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้พิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ประกอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการอื่นแล้ว พบว่าสินค้าประเภทดังกล่าวมีอัตราการนำเข้าจากประเทศนอกสหภาพยุโรปสูงมาก เนื่องจากต้นทุนการผลิตสินค้าชนิดเดียวกันนี้ในต่างประเทศนั้นต่ำกว่าต้นทุนการผลิตภายในสหภาพยุโรปราว 20% เนื่องจากปัจจัยในด้านค่าแรงที่มีความแตกต่างกันมาก ซึ่งแม้จะต้องเผชิญกับภาษีศุลกากรของสหภาพยุโรปราว 10% ประกอบกับค่าขนส่งสินค้าราว 5% ของราคาสินค้า ก็ยังทำให้สินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศสามารถแข่งขันกับสินค้าของผู้ประกอบการในสหภาพยุโรปได้ สอดคล้องกับอัตราการนำเข้าสินค้านี้ดังกล่าว

²³⁷ *ibid.*, pp.229 - 230.

²³⁸ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.891.

²³⁹ Courtaulds/SNIA (Case No. IV/M. 113) [1999] OC J C333/13.

จากต่างประเทศที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจึงต้องเผชิญความกดดันทางการแข่งขันจากการนำเข้าสินค้าดังกล่าวจากผู้ผลิตในประเทศอื่น ๆ ภายนอกสหภาพยุโรป รวมถึงจากการสอบถามไปยังคู่ค้าของผู้ประกอบธุรกิจแล้วพบว่าคู่ค้าแต่ละรายต่างพร้อมที่จะเปลี่ยนไปใช้สินค้าที่นำเข้ามาจากผู้ผลิตรายอื่นนอกสหภาพยุโรปเสมอหากผู้ประกอบธุรกิจเดิมมีพฤติกรรมใด ๆ ที่จะส่งผลกระทบต่อราคาของสินค้าในปัจจุบัน

นอกจากนี้ การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ยังเป็นไปได้โดยง่าย เนื่องจากข้อมูลกรรมวิธีในการผลิตสินค้าประเภทเดียวกับสินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายนั้น เป็นที่แพร่หลายและสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย ดังที่ปรากฏให้เห็นในภูมิภาคต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดที่อยู่ในระดับผู้จำหน่าย สามารถเข้ามาเป็นผู้ผลิตสินค้าดังกล่าวด้วยตนเองได้จริง อีกทั้งด้วยพัฒนาการของเทคโนโลยีทำให้สินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถผลิตได้นั้น มีคุณภาพและประสิทธิภาพใกล้เคียงกับสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจเป็นอย่างมาก จึงยิ่งทำให้เกิดแรงกดดันทางการแข่งขันต่อผู้ประกอบธุรกิจนั้น

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ ทำให้คณะกรรมการของสหภาพยุโรปพิจารณาแล้วได้ข้อยุติว่าการรวมธุรกิจดังกล่าว แม้จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูง และแตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจลำดับถัดมาในตลาดดังกล่าว แต่ด้วยลักษณะของการเข้าสู่ตลาดที่สามารถทำได้ง่าย และผู้ประกอบธุรกิจยังอาจต้องเผชิญกับการแข่งขันจากสินค้าที่ถูกนำเข้ามาจากประเทศอื่น ๆ ภายนอกสหภาพยุโรป ทำให้โอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในลักษณะใด ๆ นั้นเป็นไปได้ยาก จึงไม่ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจ อันส่งผลให้การรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้²⁴⁰

ข. ความใกล้ชิดกันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน

ความใกล้ชิดในการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น แสดงถึงแนวทางในการเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการที่จำหน่ายโดยผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นของผู้ซื้อสินค้าหรือบริการนั้น ซึ่งการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นมีการแข่งขันกันอย่างใกล้ชิดมาก่อนจะมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้น แสดงให้เห็นว่าโอกาสหรือทางเลือกที่สำคัญของผู้ซื้อสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องดังกล่าวถูกทำลายลงไป ดังนั้น ยิ่งผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีการแข่งขันกันอย่างใกล้ชิดมากเพียงใด แนวโน้มที่การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อการแข่งขันก็ยิ่งเพิ่มสูงขึ้นมาตามไปด้วย โดยที่อาจนำอัตรา

²⁴⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.230.

การผันแปร (diversion ratios) อันได้แก่อัตราการเปลี่ยนแปลงไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ของผู้ซื้อสินค้าหรือบริการนั้น ในกรณีที่สินค้าหรือบริการนั้นมีราคาเพิ่มสูงขึ้น มาเป็นเครื่องมือในการพิจารณาถึงความใกล้ชิดทางการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นได้

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Sara Lee's และบริษัท Unilever ในปี ค.ศ. 2004²⁴¹ ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องทั้งสองรายต่างมีกิจการผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ระงับกลิ่นกายที่ทับซ้อนกัน กล่าวคือผลิตภัณฑ์ยี่ห้อ Sanex ของบริษัท Sara Lee's และผลิตภัณฑ์ยี่ห้อ Axe Rexona และ Dove ของบริษัท Unilever ซึ่งภายหลังจากการพิจารณาของคณะกรรมการการของสหภาพยุโรปนั้น พบว่าในบางรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันสูงกว่า 40% ได้แก่ ประเทศเบลเยียม ไอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส สเปน และสหราชอาณาจักร อีกทั้งผลิตภัณฑ์ระงับกลิ่นกายของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายนั้นมีการแข่งขันที่ใกล้ชิดกันอย่างมากในหลายรัฐสมาชิก ซึ่งการรวมธุรกิจดังกล่าวจะเป็นการเปิดโอกาสที่บริษัท Unilever จะขึ้นราคาสินค้าผลิตภัณฑ์ระงับกลิ่นกายยี่ห้อต่าง ๆ ของตนเองได้ เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นได้ทำให้ความกดดันที่เกิดจากการแข่งขันจากผลิตภัณฑ์ยี่ห้อ Sanex ของบริษัท Sara Lee's อันเป็นสินค้าซึ่งใช้ทดแทนและมีการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของบริษัท Unilever เป็นอย่างมากนั้นหายไป ดังนั้น คณะกรรมการการของสหภาพยุโรปจึงเห็นว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวมีแนวโน้มจะทำให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการแข่งขันในตลาดผลิตภัณฑ์ระงับกลิ่นกายของรัฐสมาชิกจำนวนหลายประเทศ จึงมีมติให้ยอมรับการรวมธุรกิจระหว่างบริษัททั้งสองได้เฉพาะเมื่อผู้ประกอบธุรกิจยินยอมจำหน่ายกิจการส่วนที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยี่ห้อ Sanex ทั้งหมดออกไปให้กับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเท่านั้น มิฉะนั้นแล้วการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการขัดขวางต่อการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพของสหภาพยุโรป²⁴²

อย่างไรก็ดี ในกรณีการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการซึ่งสามารถทดแทนกันได้โดยสมบูรณ์นั้น ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจอาจมิใช่ตัวชี้วัดระดับการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจได้อย่างถูกต้องเท่าไรนัก เนื่องจากยิ่งสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นสามารถทดแทนกันได้ได้อย่างสมบูรณ์มากเท่าไร ยิ่งทำให้อัตราการผันแปรระหว่างสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจมีสูงมากขึ้น ดังนั้น การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่จะถูกทำลายไปเนื่องจากการรวมธุรกิจจะยิ่งมีเพิ่มมากขึ้นไปในทำนองเดียวกัน ทำให้โอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะมีพฤติกรรมอันส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน เช่น

²⁴¹ Unilever/Sara Lee Body Case (Case COMP/M.5658) [2010] OJ C 147/04.

²⁴² Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.235.

การเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการนั้นจะสูงขึ้นตามไปด้วย ถึงแม้ว่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจอาจมิได้เพิ่มสูงขึ้นมากก็ตาม

ตัวอย่างเช่น กรณีการร่วมกันตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัท VNU N.V. และบริษัท WPP Group ในปี ค.ศ. 2004²⁴³ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายต่างประกอบธุรกิจให้บริการด้านข้อมูลข่าวสาร โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องการจัดตั้งกิจการร่วมค้าขึ้นใหม่ เป็นบริษัท AGB Nielsen Media Research เพื่อประกอบธุรกิจให้บริการจัดเก็บข้อมูลพฤติกรรมการใช้บริการสื่อโทรทัศน์ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเพียงประมาณ 35% เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ด้วยลักษณะของการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายซึ่งสามารถทดแทนกันได้อย่างมาก ทำให้การรวมธุรกิจดังกล่าวเป็นการทำลายการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจลง ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ในตลาดดังกล่าวมีผู้ประกอบธุรกิจจำนวนเพียง 4 ราย ซึ่งการรวมธุรกิจจะทำให้จำนวนผู้ประกอบธุรกิจคงเหลืออยู่เพียง 3 ราย และจำนวนคู่แข่งชั้นของผู้ประกอบธุรกิจจะเหลือเพียง 2 รายเท่านั้น ทำให้เกิดข้อกังวลเป็นอย่างมากว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมอันส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดนั้นได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังกล่าวปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งชั้นรายอื่น ๆ ในตลาดต่างมีส่วนแบ่งตลาดจำนวนมากใกล้เคียงกับส่วนแบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ อีกทั้งจากผลการดำเนินงานในอดีต พบว่าผู้ประกอบธุรกิจรายที่เหลืออยู่ในตลาดนั้นล้วนเป็นคู่แข่งชั้นรายสำคัญของผู้ประกอบธุรกิจ จึงทำให้โอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันนั้นเป็นไปได้ยาก และแนวโน้มที่ผู้ประกอบธุรกิจจะทำการร่วมมือกันภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้วเป็นไปได้น้อย ดังนั้น คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจึงเห็นว่าแม้จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาดดังกล่าวจะลดลงจาก 4 รายเหลือ 3 ราย แต่ก็ยังเป็นจำนวนที่เพียงพอแล้วที่จะทำให้การแข่งขันในตลาดข้างต้นนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากคู่แข่งชั้นที่เหลืออยู่ในตลาดนั้นล้วนเป็นคู่แข่งชั้นที่มีศักยภาพในการแข่งขัน จึงพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้

ค. ความเป็นไปได้ในการที่ผู้ซื้อจะเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ

การรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นในตลาดซึ่งผู้ซื้อหรือบริโคมมีโอกาสในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ น้อยนั้น มักจะก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่

²⁴³ VNU/WPPJV (Case COMP/M.3512) [2004] OJ C 209/04.

รวมธุรกิจนั้นสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้มาก ซึ่งผู้ซื้อสินค้าหรือบริการนั้นอาจเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจได้ยาก อาจเกิดขึ้นได้จากการที่ในตลาดมีผู้ประกอบธุรกิจจำนวนน้อย หรือการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นมีต้นทุนที่สูง เป็นต้น

การพิจารณาความเป็นไปได้ในการเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นของผู้ซื้อหรือผู้บริโภคนั้น อาจประเมินได้จากหลักฐานรูปแบบการเปลี่ยนแปลงการใช้สินค้าหรือบริการของผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในอดีต ประกอบกับพฤติกรรมตอบโต้การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการในตลาดนั้น ซึ่งหากปรากฏว่าผู้ซื้อหรือผู้บริโภคมีระดับการเปลี่ยนแปลงการใช้สินค้าหรือบริการอย่างจำกัดมากเท่าใด การรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นในตลาดดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันได้มากยิ่งขึ้นเท่านั้น²⁴⁴

ง. โอกาสในการเพิ่มปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่ง ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมการเพิ่มราคาของสินค้าหรือบริการขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ

ในตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ซึ่งเป็นคู่แข่งในตลาดไม่มีแนวโน้มที่จะเพิ่มปริมาณการผลิตในทันทีหากผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตน เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจย่อมมีแรงจูงใจที่จะลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการของตนลงกว่าระดับการผลิตก่อนมีการรวมธุรกิจ ซึ่งจะส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการในตลาดดังกล่าวเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งการพิจารณาความโอกาสในการเพิ่มอัตราการผลิตของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งนั้น อาจประเมินได้จากความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ๆ กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีข้อจำกัดมากในการเพิ่มอัตราการผลิตของตน อันเนื่องมาจากอัตราการผลิตสินค้าหรือบริการของตนในปัจจุบันอยู่ในระดับสูงสุดแล้ว ซึ่งการเพิ่มปริมาณการผลิตจะทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจสูงขึ้นเกินกว่าอัตราที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถยอมรับได้ หรือการบริหารจัดการการผลิตที่เพิ่มมากขึ้นนั้นมีต้นทุนเพิ่มขึ้นกว่าการดำเนินงานในปัจจุบันเป็นอย่างมาก เช่นนี้อาจแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่มีแนวโน้มที่จะเพิ่มอัตราการผลิตสินค้าหรือบริการของตน แม้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ จะเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการเช่นนั้นขึ้นก็ตาม

ภายใต้สภาพของตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดต่างเผชิญกับข้อจำกัดในการขยายอัตราการผลิตของตนนั้น การรวมธุรกิจอาจส่งผลให้ระดับของราคาสินค้าหรือบริการในตลาดเพิ่มสูงขึ้นในท้ายที่สุด เนื่องจากไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใดที่จะสามารถเพิ่มอัตราการผลิตสินค้า

²⁴⁴ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis, p.236.

หรือบริการของตนเพื่อตอบรับกับความต้องการในการเปลี่ยนแปลงสินค้าหรือบริการของผู้ซื้อหรือผู้บริโภคที่เกิดจากการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจบางรายได้ เพราะฉะนั้นการรวมธุรกิจในตลาดเช่นว่านี้จึงมีแนวโน้มที่ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้สูง²⁴⁵

จ. ความสามารถในการขัดขวางการขยายธุรกิจของคู่แข่งรายอื่น ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจในบางกรณีอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีความสามารถและแรงจูงใจในการขัดขวางการขยายตัวของผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยอื่น ๆ ซึ่งมีศักยภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจนั้น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ นั้นขยายกิจการของตนได้อย่างยากลำบากและอาจถูกจำกัดศักยภาพในการแข่งขัน ซึ่งความสามารถดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถควบคุมทรัพย์สินทางปัญญาจำนวนมากจนทำให้คู่แข่งขยายธุรกิจได้อย่างยากลำบาก²⁴⁶ หรือผู้ประกอบธุรกิจอาจมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการจัดหาวัตถุดิบหรือการจัดจำหน่ายวัตถุดิบแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ซึ่งทำให้การขยายกิจการหรือการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ เป็นไปอย่างยากลำบาก²⁴⁷

ฉ. การก่อให้เกิดการกำจัดปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาด

ตลาดสินค้าหรือบริการบางกรณีนั้น อาจประกอบไปด้วยผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นอิสระและไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกลุ่มที่แข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ เป็นอย่างมากเกินกว่าที่อาจสะท้อนได้จากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจประเภทนี้มักจะทำให้ตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวมีการแข่งขันที่สูงมาก ดังนั้น การรวมธุรกิจที่มีผู้ประกอบธุรกิจประเภทดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งนั้น มักจะทำให้พลวัตการแข่งขันในตลาดดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปในเชิงต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตลาดที่มีอัตราการกระจุกตัวค่อนข้างสูงอยู่แล้ว ดังนั้น การรวมธุรกิจที่ประกอบไปด้วยผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นอิสระในลักษณะดังกล่าวนี้ มักจะมีโอกาสทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้สูง

นอกจากนี้ ในตลาดที่การพัฒนานวัตกรรมมีความสำคัญต่อการแข่งขันในตลาดมาก การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ต่างฝ่ายต่างเป็นนักพัฒนานวัตกรรมรายสำคัญ

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.892.

²⁴⁷ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.236 - 237.

ในตลาด ก็อาจทำให้เกิดผลกระทบในเชิงต่อต้านการแข่งขันขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้ เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีนั้น การรวมธุรกิจในตลาดที่นวัตกรรมเป็นส่วนสำคัญต่อการแข่งขันนั้น อาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความสามารถและแรงจูงใจในการค้นคว้านวัตกรรมใหม่ขึ้นได้ จนทำให้การแข่งขันในตลาดเพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่นวัตกรรมเป็นส่วนสำคัญของการแข่งขันในตลาดนั้น อาจต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังเป็นรายกรณีไป

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Siemens AG ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจหลากหลาย เช่น กิจการเกี่ยวกับการสื่อสารและโทรคมนาคม ระบบอัตโนมัติ ระบบขนส่งมวลชน เทคโนโลยีทางการแพทย์ บริการทางการเงิน และอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น กับบริษัท Drägerwerk AG ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจเทคโนโลยีทางการแพทย์ เทคโนโลยีเกี่ยวกับความปลอดภัย และเทคโนโลยีอวกาศ ในปี ค.ศ. 2003²⁴⁸ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายต้องการร่วมกันดำเนินกิจการร่วมค้าเกี่ยวกับการผลิตและจำหน่ายเทคโนโลยีทางการแพทย์ภายใต้เครือ Drägerwerk AG โดยที่บริษัท Siemens AG จะโอนแผนกเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ทางการแพทย์ ซึ่งครอบคลุมผลิตภัณฑ์ระบบพุงซีพ และผลิตภัณฑ์ระบบติดตามสัญญาณชีพผู้ป่วย ซึ่งรวมไปถึงแผนกการตลาด การขนส่ง การจัดจำหน่าย และการควบคุมคุณภาพที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไปยังกิจการร่วมค้าเพื่อแลกกับการได้รับหุ้นจำนวน 35% ของกิจการร่วมค้าดังกล่าวที่อยู่ภายในเครือบริษัท Drägerwerk AG โดยที่ในตลาดสินค้าดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเป็นลำดับต้น ๆ ในตลาด โดยบริษัท Drägerwerk AG เป็นบริษัทที่มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดสินค้าดังกล่าวมากที่สุดในหลายประเทศ

การพิจารณาหลักฐานและเอกสารต่าง ๆ ของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปพบว่าในตลาดเครื่องมือทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกิจการร่วมค้าดังกล่าวนี้ บริษัท Drägerwerk AG มีส่วนแบ่งตลาดราว 30 ถึง 50% ขณะที่บริษัท Siemens AG มีส่วนแบ่งตลาดเพียงราว 10% เท่านั้น แต่ปรากฏว่าการสำรวจความเห็นจากคู่ค้าของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว พบว่าในตลาดสินค้าข้างต้นนี้ บริษัท Siemens AG เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีความเป็นอิสระและมีศักยภาพในการแข่งขันเป็นอย่างมาก อีกทั้งผลิตภัณฑ์หลายชนิดของบริษัท Siemens AG ยังสามารถทดแทนผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันของบริษัท Drägerwerk AG ได้อย่างใกล้เคียงมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับผลิตภัณฑ์เครื่องพุงซีพทุกยี่ห้อในตลาด ดังนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดแนวโน้มที่ผู้ประกอบธุรกิจจะขึ้นราคาสินค้าของตนได้เป็นอย่างมาก เนื่องจากบริษัท Drägerwerk AG จะเผชิญความ

²⁴⁸ Siemens/Drägerwerk/JV (Case COMP/M.2861) Commission Decision (2003/777/EC) [2003] OJ L 291/1.

กีดกันในการแข่งขันที่น้อยลง อันเป็นผลมาจากการที่บริษัท Siemens AG ที่เคยเป็นคู่แข่งโดยอิสระซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดน้อยแต่มีศักยภาพและแรงจูงใจในการแข่งขันเพื่อแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดสูงนั้น ถูกกำจัดไปจากตลาด

ด้วยเหตุดังกล่าว ทำให้คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปพิจารณาแล้ว พบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้ในตลาดสินค้าบางประการ จึงยอมรับให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ แต่ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายกิจการส่วนที่เกี่ยวข้องกับตลาดที่มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลกระทบดังกล่าวออกไปให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นอิสระ เพื่อบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจดังกล่าว เช่น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจำหน่ายกิจการส่วนที่เกี่ยวข้องกับระบบพวงซีพทั้งหมดออกไป เนื่องจากในตลาดดังกล่าวผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงและมีการแข่งขันกันก่อนหน้าการรวมธุรกิจเป็นอย่างมาก เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจเพียงรายเดียวสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ หากพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้²⁴⁹

- (1) การรวมธุรกิจก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดจำนวนมาก
- (2) ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นเป็นคู่แข่งรายสำคัญระหว่างกัน
- (3) ลูกค้ายของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นมีความเป็นไปได้น้อยที่จะเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น
- (4) ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งไม่มีแนวโน้มที่จะเพิ่มปริมาณการผลิต หากมีการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าหรือบริการ
- (5) ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันจะมีความสามารถในการขัดขวางการขยายธุรกิจของคู่แข่งรายอื่น ๆ ได้ เช่น การรวมธุรกิจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถควบคุมทรัพย์สินทางปัญญาจำนวนมากจนทำให้คู่แข่งขยายธุรกิจได้อย่างยากลำบาก เป็นต้น
- (6) การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดการกำจัดปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาด เช่น การรวมธุรกิจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสามารถในการสร้างนวัตกรรมสูงถูกกำจัดออกไปจากตลาด เป็นต้น

²⁴⁹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.892.

3.2.5.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

ผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจอีกประเภทหนึ่ง คือ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหลายราย อันหมายถึงการรวมธุรกิจที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทำการตกลงร่วมมือกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้สะดวกมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นในตลาดที่มีการกระจุกตัวสูง มีผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดจำนวนน้อย ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายมักทราบถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดเป็นอย่างดี และตระหนักถึงประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการแข่งขันอย่างรุนแรงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในตลาดที่มีลักษณะเช่นว่านั้น ด้วยลักษณะของโครงสร้างตลาดดังกล่าวจึงทำให้มีแนวโน้มที่จะเกิดการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจได้ง่าย²⁵⁰ ซึ่งภายใต้ระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบการธุรกิจ ค.ศ. 2004 อาจเรียกสถานการณ์ดังกล่าวได้ว่าเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน หรือนำไปสู่การมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน (collective dominance) ของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด

กล่าวโดยสรุป การรวมธุรกิจนั้นอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีแนวโน้มที่จะร่วมมือกันกำหนดพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจมากยิ่งขึ้น ซึ่งถึงแม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะมีบทบัญญัติมาตรา 101 ของสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรปที่กำกับดูแลอยู่แล้วก็ตาม แต่การรวมธุรกิจก็อาจทำให้การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจสามารถกระทำได้อย่างง่ายดายมากขึ้น มีเสถียรภาพ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งทำให้ระดับผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันนั้นสูงขึ้น²⁵¹ ดังนั้น หากการรวมธุรกิจมีแนวโน้มที่ก่อให้เกิดผลกระทบในลักษณะดังกล่าว คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปอาจไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้น โดยที่คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจะค่อนข้างพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันอย่างเข้มงวดอันเนื่องมาจากการรวมธุรกิจในกรณีดังต่อไปนี้²⁵²

(1) คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปไม่สามารถรวบรวมข้อมูลประกอบการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจเพียงรายเดียวได้อย่างเพียงพอ ซึ่งการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันหรือไม่นั้นอาจทำได้ง่ายกว่า

²⁵⁰ Joseph E. Stiglitz and John Driffill, *Economics* (New York: W.W. Norton and Company, 2000), p.274.

²⁵¹ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.480.

²⁵² Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.270 - 271.

(2) ผู้ประกอบธุรกิจเคยมีพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันมาก่อนที่จะทำการรวมธุรกิจนั้น

(3) สินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น เป็นสินค้าหรือบริการที่สามารถนำสินค้าหรือบริการยี่ห้ออื่นมาใช้ทดแทนได้ง่ายและทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์ ประกอบกับตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวมีลักษณะที่โปร่งใสมาก อันหมายถึงผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าถึงข้อมูลและพฤติกรรมกรประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ง่าย

(4) การรวมธุรกิจดังกล่าวเป็นการทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กในตลาดที่เป็นอิสระและมีศักยภาพในการแข่งขันต้องถูกทำลายหรือขับออกจากตลาดไป

ทั้งนี้ ในการประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันหรือไม่นั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 4 ขั้นตอน ได้แก่ การพิจารณาโครงสร้างการแข่งขันในตลาดว่าทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้โดยสะดวกหรือไม่ การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในตลาดว่าผู้ประกอบธุรกิจสามารถรับรู้พฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้หรือไม่ การพิจารณาโอกาสในการตอบโต้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนจากข้อตกลงร่วมกันนั้น และการพิจารณาอำนาจซื้อของผู้ซื้อในตลาด รวมถึงศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ซึ่งรวมไปถึงการเข้ามาสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ด้วย²⁵³

ก. การพิจารณาโอกาสในการบรรลุข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการรวมธุรกิจนั้นมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันได้มาก หากว่าผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีโอกาสในการบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ง่าย ซึ่งการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ยากหรือง่ายเพียงใดนั้น อาจประเมินได้จากปัจจัยต่าง ๆ อีกหลายประการ กล่าวคือ

(1) จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจและอัตราการกระจุกตัวของตลาด ซึ่งพิจารณาได้จากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ โดยที่ในอดีต คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปมักจะมีข้อกังวลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสองรายแรกในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเกิน 50 - 60% ซึ่งมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาที่มักเกิดขึ้นในตลาดผู้ขายน้อยรายตามมา กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจอาจร่วมมือกันได้ง่ายขึ้นไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ทั้งนี้ การพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดในขั้นต้นนี้อาจ

²⁵³ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.894.

พิจารณาได้ทั้งจากจำนวนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด ส่วนแบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจ และดัชนีการกระจุกตัวของตลาด (HHI)

ในกรณีที่ตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจจะมีจำนวนผู้ประกอบธุรกิจน้อยรายนั้น การรวมธุรกิจมักจะมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน หรือทำให้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นแข็งแกร่งขึ้น นอกจากนี้ การที่ระดับการกระจุกตัวของตลาดสูงนั้น ก็จะเป็นความเสี่ยงที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจร่วมมือกันมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันได้ และหากผู้ประกอบธุรกิจในตลาดลดลงเหลือเพียงผู้ประกอบธุรกิจไม่กี่รายซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นสินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนกันได้ง่าย เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีแรงจูงใจในการเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนให้แตกต่างไปจากข้อตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดที่ลดลง เนื่องจากการตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ๆ ทำได้ง่ายขึ้น ดังนั้น ความโปร่งใสของตลาดจึงเป็นปัจจัยที่จะเข้ามาเสริมความยั่งยืนของการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้²⁵⁴

ตัวอย่างเช่น ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปคดี *Nestlé/Perrier*²⁵⁵ เป็นกรณีที่บริษัท Nestlé ต้องการเข้าควบคุมกิจการทั้งหมดของบริษัท Source Perrier SA ในปี ค.ศ. 1992 โดยที่บริษัท Nestlé ประกอบธุรกิจผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม ขณะที่บริษัท Perrier ประกอบธุรกิจผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์น้ำดื่มบรรจุขวด ซึ่งตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจมีกิจการทับซ้อนกันและก่อให้เกิดความกังวลว่าการรวมธุรกิจนี้จะมีก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันคือตลาดกิจการน้ำแร่ธรรมชาติบรรจุขวด โดยที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปพบว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ตลาดน้ำแร่ธรรมชาติบรรจุขวดในประเทศฝรั่งเศสมีอัตราการกระจุกตัวที่สูงมาก ซึ่งจะคงเหลือผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ในตลาดดังกล่าวเพียง 3 รายเท่านั้น และผู้ประกอบธุรกิจ 2 รายแรกในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันถึง 60% ทำให้มีโอกาสที่การแข่งขันด้านราคาจะลดน้อยลง ประกอบกับระดับความโปร่งใสในตลาดดังกล่าวนี้จะสูงขึ้นเป็นอย่างมาก เมื่อพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ กล่าวคือ อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวที่มีสูงเนื่องจากการผลิตน้ำแร่บรรจุขวดนั้นจะต้องดำเนินการในพื้นที่ที่เป็นแหล่งวัตถุดิบซึ่งมีอยู่อย่างจำกัดในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งการขนส่งผลิตภัณฑ์น้ำแร่บรรจุขวดจากแหล่งวัตถุดิบอื่นมาจำหน่ายยังประเทศฝรั่งเศสจะทำให้ต้นทุนสูงขึ้นมากจนไม่สามารถเข้ามาแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ ประกอบกับในประเทศฝรั่งเศสนั้นมีผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายน้ำแร่ธรรมชาติบรรจุขวดรายหลัก ๆ อยู่แล้ว 3 ยี่ห้อ อันได้แก่ Nestlé Perrier และ BSN ซึ่งได้ใช้งบประมาณสำหรับการโฆษณาสินค้าในปีที่

²⁵⁴ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.272 - 273.

²⁵⁵ *Nestlé/Perrier* (Cases IV/M.0190) Commission Decision (92/553/EEC) [1992] OJ L 356/0001.

ผ่านมาเป็นจำนวนถึง 680 ล้านฟรังก์ฝรั่งเศส ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดนั้นต้องเผชิญกับต้นทุนค่าโฆษณาสินค้าที่สูงมากจนเป็นอุปสรรคสำคัญในการเข้าสู่ตลาด นอกจากนี้ความโปร่งใสในตลาดดังกล่าวยังอยู่ในระดับที่สูง จนผู้ประกอบการในตลาดนั้นมักจะมีพฤติกรรมการตั้งราคาในระดับเดียวกันอยู่เสมอ ทำให้คณะกรรมการของสหภาพยุโรปประเมินได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน หรือเกิดเป็นสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันภายหลังจากการรวมธุรกิจ

อย่างไรก็ดี ในคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้อนุญาตให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการรวมธุรกิจกันได้ในที่สุด ภายใต้เงื่อนไขที่บริษัท Nestlé จะจำหน่ายกิจการบางส่วนของบริษัท Perrier ออกไปเพื่อเยียวยาผลกระทบดังกล่าวข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัท Nestlé จะทำการโอนแหล่งวัตถุดิบน้ำแร่แหล่งสำคัญของบริษัท Perrier ให้แก่ผู้ประกอบการรายใหม่ในตลาด ซึ่งมีโอกาสที่ผู้ประกอบการรายใหม่นั้นจะสามารถเข้ามามีส่วนแบ่งตลาดได้สูงถึง 20% ใกล้เคียงกับส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการสองรายแรกในตลาด ทำให้ระดับความกระจุกตัวในตลาดลดลงได้ และเพียงพอที่จะบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้

(2) ลักษณะความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการ ซึ่งการที่สินค้าหรือบริการในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะที่เหมือนกันและสามารถใช้ทดแทนกันได้ จะทำให้การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการสามารถทำได้ง่ายขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบการจะสามารถค้นพบจุดที่เป็นหัวใจสำคัญในการร่วมมือกันได้ง่ายกว่ากรณีในตลาดนั้นประกอบไปด้วยสินค้าที่มีลักษณะโดดเด่นแตกต่างกัน และในมุมมองของผู้บริโภคนั้นสินค้าแต่ละยี่ห้ออาจนำมาใช้แทนกันได้อย่างไม่สมบูรณ์ ซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายมาตกลงเพื่อหาประโยชน์ร่วมกันจากการลดการแข่งขันในตลาดได้ยากมากขึ้น โดยที่ความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการนั้นประกอบไปด้วยความเหมือนกันทั้งในแง่ของราคาและคุณภาพของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ถ้าหากปรากฏว่าในตลาดดังกล่าวนี้ไม่มีการแข่งขันในแง่ของคุณภาพของสินค้าหรือบริการแล้ว คงมีเฉพาะการแข่งขันในแง่ของราคา เช่นนี้การรวมธุรกิจอาจเสริมแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการมาตกลงกันจำกัดการแข่งขันได้ง่ายขึ้น ทั้งนี้ นอกจากลักษณะความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถตกลงร่วมกันได้ง่ายขึ้นแล้ว ลักษณะดังกล่าวยังอาจทำให้ผู้ประกอบการสามารถเปรียบเทียบราคาสินค้าหรือบริการของตนกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้ง่าย ซึ่งจะทำให้การตรวจสอบพฤติกรรมตามข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการนั้นเป็นไปได้ง่ายมากยิ่งขึ้นอีกด้วย โดยที่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการของสหภาพยุโรปคดี Nestlé/Perrier ที่กล่าวถึงข้างต้นนั้น เป็นตัวอย่างหนึ่งของกรณีที่สินค้าที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจอันได้แก่ผลิตภัณฑ์น้ำแร่บรรจุขวดนั้น เป็นสินค้าที่มีลักษณะ

เหมือนกันเป็นอย่างมาก และสามารถใช้ทดแทนกันระหว่างยี่ห้อต่าง ๆ ได้โดยสมบูรณ์ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจอาจมีพฤติกรรมก่อให้เกิดผลกระทบที่เกิดจากการร่วมมือกันได้ง่ายมากยิ่งขึ้นด้วยเช่นกัน²⁵⁶

(3) ความยืดหยุ่นของราคา อันหมายถึงผลกระทบจากระดับความเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์ที่มีต่อระดับการเปลี่ยนแปลงของราคา กล่าวคือ ในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์มีผลต่อราคาสินค้าหรือบริการน้อย เช่นนี้จะสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันมากยิ่งขึ้น เนื่องจากแม้จะมีการตกลงร่วมกันขึ้นราคาของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องแล้ว ระดับอุปสงค์ของสินค้าหรือบริการดังกล่าวก็จะยังคงมีอยู่ในระดับเท่าเดิม ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้รับประโยชน์เป็นอย่างมากจากการตกลงดังกล่าว ดังนั้น การรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเช่นนี้ จึงอาจทำให้การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเป็นไปได้ง่ายมากยิ่งขึ้นอีกด้วย ซึ่งในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปคดี *Nestlé/Perrier* ที่กล่าวถึงข้างต้นนั้น คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปได้พิจารณาแล้วพบว่าตลาดผลิตภัณฑ์น้ำแร่บรรจุขวดนั้น เป็นตลาดสินค้าชนิดหนึ่งที่ไม่จะมีการเปลี่ยนแปลงของระดับราคาสินค้าเกิดขึ้น แต่ระดับอุปสงค์ของตลาดจะไม่เปลี่ยนแปลง หรือมีการเปลี่ยนแปลงน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับระดับการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าดังกล่าว ดังนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงยังเป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถตกลงร่วมกันได้ง่ายมากยิ่งขึ้น²⁵⁷

(4) ความสมดุลของตลาด อันหมายถึงการที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีระดับของส่วนแบ่งตลาดที่ใกล้เคียงกันและส่วนแบ่งตลาดนั้นค่อนข้างมีความเสถียร ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าโครงสร้างต้นทุนของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นอยู่ในระดับที่ใกล้เคียงกันด้วย จึงทำให้ตลาดดังกล่าวมีความสมดุลสูง โดยการที่ตลาดมีความสมดุลสูงนั้น ส่งผลให้เมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการในตลาด ผู้ประกอบการธุรกิจจะได้รับผลกระทบเช่นเดียวกันทั้งตลาด และจะมีพฤติกรรมตอบโต้การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการนั้นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อรักษาระดับความมั่นคงของส่วนแบ่งตลาดที่ตนเองครอบครองเอาไว้ ก่อให้เกิดผลลัพธ์ในลักษณะของการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด ดังนั้น การรวมธุรกิจที่ทำให้ตลาดมีความสมดุลมากยิ่งขึ้น จึงมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันได้มากขึ้นด้วยเช่นกัน

ในขณะที่ตลาดสินค้าหรือบริการที่มีความไม่สมดุลกันนั้น กล่าวคือผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดในระดับที่แตกต่างกัน มีระดับต้นทุนที่แตกต่างกัน เช่นนี้ ผู้ประกอบ

²⁵⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.277 - 279.

²⁵⁷ *ibid.*, pp.279 - 280.

ธุรกิจที่มีต้นทุนหน่วยสุดท้ายต่ำกว่าผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ย่อมมีความสามารถในการรักษาระดับของราคาสินค้าหรือบริการของตนให้ต่ำกว่าระดับราคาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้อย่างยาวนานมากกว่า ทำให้ผู้ประกอบการมีแรงจูงใจในการตกลงร่วมกันกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ น้อยกว่า หรือแม้ว่าจะมีการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยการตกลงกำหนดราคาสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันนั้น ผู้ประกอบการที่มีต้นทุนต่ำกว่าย่อมได้ประโยชน์จากข้อตกลงเช่นว่านั้นมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ทำให้ในท้ายที่สุดแล้ว การบรรลุข้อตกลงร่วมกันในกรณีในตลาดมีความไม่สมดุลจึงเป็นไปได้ยาก ดังเช่นในกรณีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปคดี *Nestlé/Perrier* ที่ผู้ประกอบการในตลาดแต่ละรายมีส่วนค่อนข้างแตกต่างกัน และมีต้นทุนที่แตกต่างกัน ส่งผลให้อาจเป็นการขัดขวางการมีพฤติกรรมกำหนดราคาไปในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบการภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นได้ แต่อย่างไรก็ดี แม้ตลาดจะมีความไม่สมดุลกัน ก็ยังคงต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งอาจมาสนับสนุนให้ผู้ประกอบการสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ง่ายขึ้นเช่นกัน²⁵⁸

(5) ความเสถียรภาพของตลาด กล่าวคือ การที่ตลาดมีความเสถียรโดยระดับของอุปสงค์ในตลาดนั้นไม่มีการเปลี่ยนแปลง จะทำให้การแข่งขันด้านราคาของสินค้าหรือบริการนั้นไม่ก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบการได้รับประโยชน์ เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการจะไม่เปลี่ยนแปลงแม้มีการแข่งขันราคาระหว่างกัน ดังนั้น ในสถานการณ์ที่ตลาดมีความเสถียรภาพ จึงทำให้ผู้ประกอบการมีแรงจูงใจในการตกลงร่วมกันมากยิ่งขึ้น ขณะที่แรงจูงใจในการแข่งขันกับผู้ประกอบการจะลดน้อยลง เพราะการพยายามแข่งขันในด้านราคาของสินค้าหรือบริการของตนกับผู้ประกอบการรายอื่นนั้น มิได้ก่อให้เกิดรายได้ที่เพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากระดับความต้องการของผู้ซื้อเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด คงก่อให้เกิดส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้นอย่างจำกัด อันเนื่องมาจากความสูญเสียของคู่แข่งแต่เพียงเท่านั้น อีกทั้งในตลาดที่มีความเสถียรภาพนั้น ผู้ประกอบการอาจสามารถตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่มีการตกลงร่วมกันได้ง่ายมากยิ่งขึ้นอีกด้วย จึงเป็นการสนับสนุนให้พฤติกรรมการร่วมมือกันของผู้ประกอบการเป็นไปอย่างยั่งยืน โดยที่ลักษณะดังกล่าวมักเกิดขึ้นในตลาดที่เทคโนโลยีมีการพัฒนาอย่างเต็มที่แล้ว และเป็นตลาดสินค้าหรือบริการที่มีนวัตกรรมน้อย ดังนั้น การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการจึงมักไม่ค่อยเกิดขึ้นในตลาดที่มีพลวัตสูง ซึ่งมักมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการแข่งขันในตลาดอย่างรุนแรงเกิดขึ้นอยู่เป็นประจำ ในกรณีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปคดี *Nestlé/Perrier* ได้กล่าวถึงความเสถียรภาพของตลาดผลิตภัณฑ์น้ำแร่บรรจุขวดเอาไว้เช่นกัน กล่าวคือ ตลาดสินค้าดังกล่าวนี้มีความเสถียรภาพสูงเนื่องจากปราศจากความเกี่ยวข้องกับการพัฒนาทางเทคโนโลยีหรือนวัตกรรมใหม่ ๆ การรวมธุรกิจ

²⁵⁸ *ibid.*, pp.280 - 271.

ดังกล่าวจึงก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะมีพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในตลาด ภายหลังจากการรวมธุรกิจได้มากขึ้น รวมถึงจะเพิ่มแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการธุรกิจรักษาการร่วมมือกัน นั้นไว้อย่างยาวนาน²⁵⁹

(6) ความสัมพันธ์ในแนวดิ่งของผู้ประกอบการธุรกิจ กล่าวคือการที่ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีความสัมพันธ์ในแนวดิ่งหรือมีการรวมตัวกันในแนวดิ่งเกี่ยวข้องด้วย จะส่งผลต่อโอกาสในการก่อให้เกิดพฤติกรรมที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ เนื่องจากความสัมพันธ์ในแนวดิ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ประกอบการธุรกิจมีความสัมพันธ์หรือมีการรวมตัวกันกับผู้ประกอบการธุรกิจในระดับปลายน้ำ (downstream market) ด้วย จะทำให้ตลาดมีความโปร่งใสมากขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงข้อมูลการจำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่แข่งขันอยู่ในตลาดระดับเดียวกับตนเองได้ ส่งผลให้การตกลงร่วมกันหรือการมีพฤติกรรมที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันสามารถทำได้ง่ายยิ่งขึ้น ดังนั้น การรวมธุรกิจในตลาดที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีความสัมพันธ์หรือมีการรวมกันแนวดิ่งประกอบด้วย จึงมีแนวโน้มที่จะทำให้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอันเนื่องมาจากการตกลงร่วมกันได้สูง²⁶⁰

ข. การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดว่าผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรับรู้พฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้หรือไม่

การตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจจะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพต่อเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดนั้นสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้ เพื่อยืนยันว่าผู้ประกอบการทุกรายที่เกี่ยวข้องกับการตกลงกันนั้น มีพฤติกรรมร่วมกันเป็นไปตามที่ตกลง โดยไม่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนออกไปจากการตกลงเพื่อสร้างประโยชน์แก่ตนเอง เช่น การตั้งราคาสินค้าหรือบริการของตนเองให้ต่ำกว่าที่ผู้ประกอบการตกลงกัน หรือการเพิ่มปริมาณการผลิตหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการนั้นเพื่อดึงดูดผู้ซื้อและเพิ่มส่วนแบ่งตลาดของตนเอง²⁶¹

ความโปร่งใสในตลาดสินค้าหรือบริการ (market transparency) นั้นจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถรับรู้และสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ ซึ่งความโปร่งใสในตลาดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการมีการเปิดเผยข้อมูลสำคัญในการประกอบธุรกิจ อันได้แก่ การเปิดเผยข้อมูลนโยบายการจัดการสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะเป็นในด้านปริมาณหรือในด้านการกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการ รวมถึงการเปิดเผยข้อมูล

²⁵⁹ *ibid.*, pp.281 - 284.

²⁶⁰ *ibid.*, pp.284 - 285.

²⁶¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.894.

เกี่ยวกับการบริหารจัดการและแผนการดำเนินงานในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปิดเผยธุรกรรมระหว่างตนเองกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ต่อสาธารณะ เป็นต้น ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแม้จะส่งผลดีต่อผู้บริโภคอันทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงข้อมูลการจัดการสินค้าหรือบริการที่ตนบริโภคได้เป็นอย่างดี²⁶² แต่การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวที่มากเกินไปก็ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของตนให้เหมือนกับผู้ประกอบการอื่นๆ ได้ และความโปร่งใสในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ไม่เพียงแต่จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ แต่ยังส่งผลทำให้ผู้ประกอบการสามารถรับรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาดได้อีกด้วย²⁶³

นอกจากนั้นแล้ว ลักษณะบางประการของตลาดที่อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ง่ายขึ้น ก็อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ด้วยในเวลาเดียวกัน ได้แก่ การที่สินค้าหรือบริการในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะที่เหมือนกันและสามารถใช้ทดแทนกันได้ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเปรียบเทียบราคาสินค้าหรือบริการของตนกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ง่าย อันจะทำให้การตรวจสอบพฤติกรรมตามข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการนั้นเป็นไปได้ง่ายมากยิ่งขึ้นอีกด้วย ในขณะที่ลักษณะของตลาดที่มีความเสถียรภาพ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรับรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มักจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ได้รับความกระทบในทันที เนื่องจากในสภาพที่ระดับอุปสงค์ของตลาดมีความคงที่ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งมีอัตราการขายสินค้าหรือบริการที่สูงขึ้น ย่อมเกิดจากการที่อัตราการขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ลดลง นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ในแนวตั้งของผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะการมีความสัมพันธ์หรือมีการรวมตัวกันกับผู้ประกอบธุรกิจในระดับปลายน้ำ (downstream market) ก็จะทำให้ตลาดมีความโปร่งใสมากขึ้น และผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเข้าถึงข้อมูลการจำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่แข่งขันอยู่ในตลาดระดับเดียวกับตนเองได้โดยง่าย ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ นอกจากจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทำการตกลงร่วมกันได้ง่ายยิ่งขึ้นแล้ว ยังอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ง่าย อันจะส่งผลให้พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างยั่งยืน

²⁶² Blake Morgan, "Why Transparency In Marketing Is Key For the Customer Experience," [Online] Accessed: 11 September 2017. Available from: <https://www.forbes.com/sites/blakemorgan/2015/09/08/why-transparency-in-marketing-is-key-for-the-customer-experience/#2c41fc061b9f>.

²⁶³ Karolina Rydman, "Collective Dominance: How is it interpreted and how does it correlate with tacit coordination," p.28.

ในคำพิพากษาศาลยุโรปชั้นต้นคดี *Gencor/Lonrho*²⁶⁴ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Gencor กับบริษัท Lonrho ที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการทำเหมืองแร่และโลหะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแร่แพลทินัมและแร่โรเดียม ในปี ค.ศ. 1995 ซึ่งภายหลังจากการรวมธุรกิจดังกล่าว นั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 35% อันไม่เข้าลักษณะเป็นการรวมธุรกิจที่จะทำให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาโครงสร้างของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้ว ศาลพบว่าผู้ประกอบธุรกิจในตลาดโดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัท Implants/LPD ที่ถูกควบคุมโดยบริษัท Gencor และบริษัท Lonrho จะมีส่วนแบ่งตลาดรวมกับบริษัท Amplats ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายหลักอีกรายหนึ่งในตลาดดังกล่าวประมาณ 70% ดังนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการตกลงร่วมกัน หรือเกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจได้

คำพิพากษาศาลยุโรปชั้นต้นคดีดังกล่าวส่วนหนึ่ง ศาลได้นำประเด็นเกี่ยวกับความโปร่งใสของตลาดมาเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการตกลงร่วมกัน หรือเกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ โดยที่ศาลพิจารณาแล้วพบว่าลักษณะที่เหมือนกันของสินค้าในตลาดอันได้แก่แร่ธาตุดังกล่าว ประกอบกับกลไกในการกำหนดราคาสินค้าที่เกี่ยวข้องนั้นมีความโปร่งใสมาก โดยมีการเปิดเผยราคาสินค้า ปริมาณการผลิต และสถิติการจำหน่ายต่อสาธารณะ ซึ่งความโปร่งใสในการกำหนดราคาสินค้านั้นถือได้ว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่เป็นพื้นฐานในการทำให้เกิดพฤติกรรมความร่วมมือกันในตลาดได้ รวมถึงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดและกำหนดราคาสินค้าโดยการเพิ่มระดับราคาของสินค้าไปในแนวทางเดียวกันได้โดยง่าย และส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถตรวจจับการกำหนดราคาของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ว่าได้กำหนดให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือไม่ อันก่อให้เกิดผลลัพธ์จากการมีพฤติกรรมร่วมกันดังกล่าวเป็นไปอย่างยั่งยืน

ในท้ายที่สุด เมื่อศาลได้นำประเด็นดังกล่าวข้างต้นพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ แล้ว จึงพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ส่งผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพของสหภาพยุโรป โดยอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน หรือก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้ จึงพิพากษายืนตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายดำเนินการรวมธุรกิจนั้น

²⁶⁴ Case T-102/96 *Gencor Ltd. V. Commission* [1999], ECR II-753, [1999] 4 CMLR 971.

ค. การพิจารณากลไกในการตอบโต้ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนจากข้อตกลงร่วมกันนั้น ซึ่งพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการจะเป็นไปอย่างยั่งยืนต่อเมื่อผู้ประกอบการตระหนักถึงภัยหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการถูกผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ตอบโต้ทางเศรษฐกิจ หากตนมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมร่วมกันนั้น เช่น ในกรณีการร่วมมือกันกำหนดราคาที่เหมาะสม การก่อให้เกิดสงครามราคาระหว่างผู้ประกอบการก็เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งความกังวลว่าจะถูกโต้ตอบด้วยการก่อให้เกิดสงครามราคาจากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ นั้นจะทำให้การร่วมมือกันนั้นมีความมั่นคง²⁶⁵ โดยที่การพิจารณาว่าผู้ประกอบการนั้นจะมีความตระหนักถึงภัยที่อาจถูกตอบโต้จากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ หรือไม่นั้นจะต้องคำนึงถึงความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่น ไม่ว่าจะโดยลำพังหรือโดยร่วมกันกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่ต้องการตอบโต้การเบี่ยงเบนจากพฤติกรรมร่วมกันด้วย ว่าผู้ประกอบการมีความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อดึงดูดผู้ซื้อจากผู้ประกอบการที่เบี่ยงเบนพฤติกรรมนั้นมากเพียงพอหรือไม่

โดยที่สถานการณ์ซึ่งผู้ประกอบการจะมีพฤติกรรมตอบโต้การเบี่ยงเบนของผู้ประกอบการรายอื่นนั้นจะมีโอกาสเกิดได้สูง และมีโอกาสสำเร็จสูงขึ้นในตลาดที่สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการในตลาดนั้นมีลักษณะเหมือนกันหรือสามารถใช้ทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งนอกจากจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้ง่ายแล้ว ยังทำให้ผู้ซื้อสามารถตัดสินใจเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้ง่าย หากเกิดการตอบโต้ทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบการในตลาดขึ้น²⁶⁶

คำพิพากษาศาลยุโรปชั้นต้นคดี *Gencor/Lonrho* ที่ได้กล่าวถึงข้างต้นนั้น ยังได้ระบุว่ากรณีที่ตลาดมีความโปร่งใสมาก เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ผู้ประกอบการสามารถอาศัยกลไกในการกำหนดราคาที่มีความโปร่งใสนั้น เพื่อพิจารณาแนวทางการตอบโต้การเบี่ยงเบนพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นได้ง่ายยิ่งขึ้นอีกด้วย²⁶⁷

ง. การพิจารณาอำนาจซื้อของผู้ซื้อในตลาด รวมถึงศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ

การมีพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการจะประสบผลสำเร็จต่อเมื่อตลาดนั้น มีลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งอันได้แก่การที่ผู้ประกอบการในตลาดนั้นไม่มีแรงกดดัน

²⁶⁵ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.166.

²⁶⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.278.

²⁶⁷ Case T-102/96 *Gencor Ltd. V. Commission* [1999], ECR II-753, [1999] 4 CMLR 971, para 227.

จากการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่มีได้เกี่ยวข้องกับความร่วมมือกันนั้น อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่ามีผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่มีศักยภาพในการแข่งขันที่เพียงพอจะทำให้การตกลงร่วมกันนั้นได้รับความเสียหายด้วย ซึ่งรวมไปถึงการเข้ามาสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เป็นไปได้ยากด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มหนึ่งบรรลุข้อตกลงในการมีพฤติกรรมเป็นไปในแนวทางเดียวกันนั้น จะต้องไม่ปรากฏว่ามีผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่สามารถเพิ่มปริมาณการผลิตของตนเพื่อชดเชยการลดปริมาณการผลิตในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มนั้นได้ อันจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมร่วมกันนั้นได้รับความเสียหายจากการร่วมกันดังกล่าวได้

นอกจากนี้ อำนาจของผู้ซื้อในตลาดยังสามารถส่งผลกระทบต่อความร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดได้ด้วยเช่นกัน ซึ่งอาจพิจารณาได้จากปัจจัยต่าง ๆ ในตลาดฝั่งผู้ซื้อ ได้แก่ การกระจุกตัวของตลาดฝั่งผู้ซื้อ ในกรณีที่ตลาดฝั่งผู้ซื้อนั้นมีการกระจุกตัวที่สูง ทำให้ผู้ซื้อมีอำนาจในการต่อรองราคาสินค้าหรือบริการนั้นได้ จนอาจถึงขนาดทำให้ผู้ซื้อสามารถกำหนดราคาสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดไว้ร่วมกันได้ นอกจากนี้ ยังอาจพิจารณาอำนาจของผู้ซื้อได้จากต้นทุนการเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอีกด้วย หากปรากฏว่าผู้ซื้อสามารถเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจอื่นได้โดยไม่มีค่าใช้จ่ายที่สูง ย่อมทำให้ความมั่นคงของพฤติกรรมร่วมกันนั้นลดน้อยลงได้เช่นกัน²⁶⁸

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปคดี *Knorr Bremse/Allied Signal*²⁶⁹ เป็นการร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัท Allied Signal Inc. และบริษัท Knorr-Bremse AG ในปี ค.ศ. 1993 โดยที่บริษัท Allied Signal นั้นประกอบธุรกิจพัฒนาผลิต และจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ทางอากาศยาน ผลิตภัณฑ์ยานยนต์ และวัสดุทางวิศวกรรม ขณะที่บริษัท Knorr Bremse ประกอบธุรกิจพัฒนา ผลิต และจัดจำหน่ายระบบเบรกสำหรับรถไฟ ระบบเบรกสำหรับยานยนต์ ซึ่งในการร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการออกแบบ พัฒนาผลิต และจัดจำหน่ายระบบแอร์เบรกสำหรับรถบรรทุกหรือรถยนต์ที่ให้บริการในทางพาณิชย์

ในการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปนั้น พบว่าการก่อตั้งกิจการร่วมค้าของผู้ประกอบธุรกิจทำให้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในบางตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเพิ่มสูงขึ้นจนสถานะในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจมีความแข็งแกร่งมากยิ่งขึ้น โดยอาจมีสถานะเป็นผู้นำในตลาดสินค้าบางชนิดได้ และยังสามารถก่อให้เกิดโอกาสในการร่วมมือกับผู้ประกอบ

²⁶⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.303 - 305.

²⁶⁹ *Knorr Bremse/Allied Signal* (Case No. IV/M.337) [1993] OJ C 298/05.

ธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดได้ เนื่องจากโครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายอยู่ก่อนแล้ว

อย่างไรก็ดี เมื่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้พิจารณาถึงการกระจุกตัวของตลาดฝั่งผู้ซื้อ ซึ่งเป็นผู้ผลิตรถบรรทุกที่เกี่ยวข้องกับสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจแล้ว ปรากฏว่าในตลาดผู้ผลิตรถบรรทุกนั้น มีอัตราการกระจุกตัวที่สูงมาก โดยมีผู้ประกอบธุรกิจ 5 รายแรกที่ครอบครองส่วนแบ่งตลาดถึง 90% และยังล้วนเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญสูง อีกทั้งยังเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีความอ่อนไหวกับราคาของวัตถุดิบ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากการประกอบธุรกิจดังกล่าวในอดีตแล้ว ผู้ผลิตรถบรรทุกในตลาดฝั่งผู้ซื้อนั้นมีอำนาจในการต่อรองที่สูงมาก และสามารถสร้างแรงกดดันต่อราคาของผู้ผลิตวัตถุดิบได้มาก โดยสามารถสร้างความกดดันให้ผู้ผลิตวัตถุดิบต้องตัดต้นทุนของตน เพิ่มผลิตภาพ และลงทุนในการวิจัยและพัฒนาสินค้าได้ จึงแสดงให้เห็นว่าตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวเป็นตลาดที่ผู้ซื้อในตลาดมีอำนาจต่อรองสูงมาก

ด้วยเหตุดังกล่าว คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจึงเห็นว่า การก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าวนี้ไม่มีแนวโน้มที่จะก่อผลกระทบต่อการแข่งขันโดยการก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือทำให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจมีความแข็งแกร่งมากยิ่งขึ้นแต่อย่างใด ไม่ว่าจะเป็อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว หรืออำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย จึงไม่เป็นการรวมธุรกิจที่ขัดขวางการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพภายในสหภาพยุโรป และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต่อไปได้

กล่าวโดยสรุป การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการรวมมือกันนั้นอาจแบ่งออกได้เป็นขั้นตอนใหญ่ ๆ 2 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรกคือการพิจารณาลักษณะของโครงสร้างตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจว่าการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้เกิดการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหรือสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันหรือไม่ และขั้นตอนที่สองคือการพิจารณาระดับการแข่งขันในตลาดซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้วมีโอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะเกิดพฤติกรรมร่วมมือกันต่อต้านการแข่งขันภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ตามที่กล่าวแล้ว และอาจสรุปได้ดังตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 5 ตารางปัจจัยพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป²⁷⁰

²⁷⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.272.

<p>ปัจจัยพิจารณาลักษณะของโครงสร้างตลาดที่อาจนำไปสู่การเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันหรือการมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน</p>
<ol style="list-style-type: none"> 1. ปัจจัยเกี่ยวกับระดับการกระจุกตัวของตลาด <ol style="list-style-type: none"> ก. ระดับการกระจุกตัวของตลาด ข. การเพิ่มขึ้นของการกระจุกตัวของตลาด ค. การกระจายตัวของส่วนแบ่งตลาด และความมั่นคงของส่วนแบ่งตลาด ง. ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ 2. ปัจจัยเกี่ยวกับเงื่อนไขพื้นฐานของตลาด <ol style="list-style-type: none"> ก. ลักษณะธรรมชาติของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง ข. เงื่อนไขเกี่ยวกับอุปสงค์ในตลาด
<p>ปัจจัยพิจารณาระดับการแข่งขันในตลาดผู้ขายน้อยราย</p>
<ol style="list-style-type: none"> 1. ความโปร่งใสของตลาด 2. ปัจจัยเกี่ยวกับโครงสร้างของผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นผู้นำในตลาด <ol style="list-style-type: none"> ก. ความสมมาตรของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด ข. เทคโนโลยีและเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการผลิต ค. ความสามารถของผู้ประกอบการธุรกิจ ง. ความสัมพันธ์และการรวมตัวกันในแนวตั้ง 3. โครงสร้างด้านอุปสงค์ของตลาด รวมถึงอำนาจของผู้ซื้อในตลาด 4. ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่มีศักยภาพในการแข่งขัน 5. ประวัติเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจในอดีต

3.2.5.4 อำนาจของผู้ซื้อในตลาด

ประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของผู้ซื้อในตลาดนั้น เป็นประเด็นที่ได้รับการยอมรับมาอย่างยาวนานว่าสามารถก่อให้เกิดข้อกังวลเกี่ยวกับการแข่งขันได้ในระดับเดียวกันกับอำนาจของผู้ขายสินค้าหรือบริการในตลาด แต่ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบันนั้น ในการพิจารณาผลกระทบเกี่ยวกับการผูกขาดหรือการต่อต้านการแข่งขันในตลาดจากพฤติกรรมต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพฤติกรรมกรรมการรวมธุรกิจนั้น กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ของประเทศต่าง ๆ ยังคงให้ความสำคัญกับอำนาจตลาดของฝั่งผู้ขายสินค้าหรือบริการในตลาดเป็นหลัก โดยที่องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) ได้ให้นิยามอำนาจของผู้ซื้อในตลาดไว้ว่า คือ สถานการณ์ที่กิจการหรือกลุ่มของกิจการหนึ่ง สามารถต่อรองให้ตนได้รับข้อตกลงที่เป็นประโยชน์จากผู้ขายสินค้าหรือบริการมากกว่าผู้ซื้อรายอื่น ๆ อันเนื่องมาจากการที่ผู้ซื้อรายนั้นมีอำนาจเหนือตลาดในฝั่งผู้ซื้อ หรือการที่ผู้ซื้อที่มีขนาดกิจการที่ทำให้ได้เปรียบในการต่อรอง จึงทำให้ผู้ซื้อสามารถใช้อำนาจตลาดที่ตนมีในการกดดันให้ผู้ขายสินค้าหรือบริการแก่ตนนั้น ต้องทำการลดราคาสินค้าหรือบริการดังกล่าวที่จำหน่ายให้แก่ตนในระดับที่ต่ำกว่าราคาที่จำหน่ายตามปกติในตลาดที่มีการแข่งขัน²⁷¹

ภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว ผู้ซื้ออาจใช้อำนาจตลาดที่ตนมีให้เกิดผลได้ 2 รูปแบบ กล่าวคือ การใช้อำนาจตลาดของผู้ซื้อเพื่อให้ตนได้รับประโยชน์ในการแข่งขันมากกว่าผู้ซื้อรายอื่น ๆ ในตลาด และการใช้อำนาจของผู้ซื้อเพื่อต่อต้านความพยายามในการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจตลาดได้ ซึ่งการใช้อำนาจของผู้ซื้อในรูปแบบที่สองเพื่อต่อต้านพฤติกรรมของผู้ขายนั้นเรียกว่าเป็นอำนาจตอบโต้ของผู้ซื้อ ดังที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป และระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 ให้อำนาจตอบโต้ของผู้ซื้อนั้นถูกนำมาเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบของการมีสถานะอำนาจเหนือตลาด หรือผลกระทบจากการรวมธุรกิจด้วย²⁷² เพราะฉะนั้นในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการแจ้งต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปนั้น คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจึงต้องพิจารณาถึงสถานะของตลาดที่มีผู้ซื้อซึ่งมีอำนาจต่อรองสูงด้วย เนื่องจากการที่ผู้ซื้อในตลาดมีอำนาจสูงย่อมเป็นการกดดันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมอันส่งผลร้ายต่อการแข่งขันในตลาดได้ กล่าวคือ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดที่สูง หรือตลาดมีความกระจุกตัวสูง แต่หากผู้ซื้อในตลาดก็มีอำนาจต่อรองสูงด้วย เช่นนี้โอกาสที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันย่อมมีลดลง²⁷³

การที่ผู้ซื้อในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องนั้นมีอำนาจและความแข็งแกร่งสูงนั้น ทำให้ผู้ซื้ออาจสร้างความกดดันต่อผู้ขายจนผู้ขายสินค้าหรือบริการนั้นจำเป็นต้องจำหน่ายสินค้าหรือบริการดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อในราคาต่ำกว่าราคาที่ตนต้องการจำหน่าย หรือราคาที่ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดไว้ร่วมกันได้ ดังนั้น อำนาจของผู้ซื้อในตลาดจึงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเกิดความจำเป็นที่จะต้องมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมร่วมกันที่ได้กำหนดไว้ จึงส่งผลให้การร่วมมือกัน

²⁷¹ Roger G. Noll, "Buyer Power and Economic Policy," *Antitrust Law Journal* 72, 2 (January 2005): 589.

²⁷² Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.407 - 408.

²⁷³ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1139.

ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนั้นไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างยั่งยืน หรืออาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถใช้อำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการนั้นได้อย่างอิสระ ด้วยเหตุดังกล่าว ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ หรือผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน หากปรากฏว่าตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นเป็นตลาดที่ผู้ซื้อในมีอำนาจสูง เช่นนี้ คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปอาจอนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้²⁷⁴

การประเมินอำนาจของผู้ซื้อในตลาดนั้น สามารถทำได้โดยการประเมินจากการกระจุกตัวของตลาดโดยใช้ดัชนี HHI เช่นเดียวกับการพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ ประกอบกับการพิจารณาการดำเนินกิจการของผู้ซื้อ โดยคำนึงถึงความสามารถในการทำกำไรจากอัตรากำไรของผู้ซื้อ รวมถึงความแข็งแกร่งในการต่อรองของผู้ซื้อซึ่งสามารถพิจารณาได้จากการนำระดับความแตกต่างของราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อต้องชำระจริง มาเปรียบเทียบกับราคาตั้งเดิมของสินค้าหรือบริการที่ผู้ขายเป็นฝ่ายเสนอ หรือการเปรียบเทียบความแตกต่างของราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อที่แข็งแกร่งต้องชำระ กับราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองอย่างจำกัดต้องชำระแก่ผู้ขายสินค้าหรือบริการรายเดียวกันนั้น²⁷⁵

ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่ส่งผลต่ออำนาจต่อรองของผู้ซื้อในตลาดคือ ต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่น กล่าวคือ การที่ผู้ซื้อสามารถเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการอื่นได้ง่ายและไม่มีต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงที่สูง ย่อมทำให้ผู้ซื้อสามารถมีพฤติกรรมตอบโต้การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการที่กำหนดโดยผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจได้ทันที อันเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่ทำให้อำนาจตอบโต้ของผู้ซื้อเพิ่มขึ้น ซึ่งปัจจัยเกี่ยวกับต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงของผู้ซื้อนี้ถือเป็นปัจจัยประการหนึ่งที่คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปนำมาประกอบการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจอยู่เสมอ²⁷⁶

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Enso Oyj กับบริษัท Stora Kopparbergs Bergslags AB ในปี ค.ศ. 1998²⁷⁷ ที่ได้กล่าวแล้วว่าเป็นการรวมธุรกิจที่จะส่งผลให้ภาย

²⁷⁴ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.433.

²⁷⁵ *ibid.*, p.431.

²⁷⁶ Ioannis Kokkoris, "The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtour Case - The Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test," *European Competition Law Review* 26, 1 (2005): 40.

²⁷⁷ Enso/Stora (Case No. IV/M.1225) Commission Decision (1999/641/EC) [1999] OJ L254/9.

หลังจากการรวมธุรกิจนั้นผู้ประกอบการทั้งสองรายจะครอบครองส่วนแบ่งตลาดถึง 60% ในตลาดกระดาษสำหรับผลิตเป็นบรรจุภัณฑ์ของสินค้า จึงถือว่าการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผู้ประกอบการที่มีสถานะอำนาจเหนือตลาด ประกอบกับการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวยังทำได้ยาก เนื่องจากต้องใช้เครื่องมือทางเทคนิคระดับสูง จึงมีต้นทุนในการลงทุนที่สูงมาก และไม่มีผู้ประกอบการรายใหม่ที่มีศักยภาพในการแข่งขันเข้ามาในตลาดดังกล่าวเป็นระยะเวลานาน อันเป็นการเพิ่มข้อก้ำกวลว่าการรวมธุรกิจนั้นจะมีผลเป็นการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญได้

อย่างไรก็ดี เมื่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้พิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับอำนาจตอบโต้ของผู้ซื้อในตลาดแล้ว พบว่าแม้การรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดสูง แต่จำนวนของผู้ซื้อสินค้าในตลาดนั้นมีมาก กล่าวคือ ในตลาดฝั่งผู้ซื้อนั้นมีบริษัท Tetra Pak เป็นผู้ซื้อที่มีอัตราการซื้อสินค้าดังกล่าวสูงถึง 60 ถึง 80% จนเป็นผู้มีอำนาจต่อรองสูงมาก กับบริษัท Elopak และบริษัท SIG Combibloc ที่มีอัตราการซื้อสินค้าดังกล่าวเป็นจำนวน 10 ถึง 20% จนถือว่าเป็นตลาดที่มีผู้ซื้อสินค้ารายใหญ่เพียงสามรายเท่านั้น ทำให้ความเป็นไปได้ต่ำมากที่ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้นจะมีพฤติกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวกับการแข่งขันหรือการกำหนดราคาสินค้าได้ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจึงสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญ และอนุญาตให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้²⁷⁸

นอกจากนี้ ในกรณีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการของสหภาพยุโรปคดี *Knorr Bremse/Allied Signal*²⁷⁹ ที่กล่าวแล้วก็เช่นเดียวกัน โดยที่การร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัท Allied Signal Inc. และบริษัท Knorr-Bremse AG นั้น ทำให้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการในบางตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเพิ่มสูงขึ้นจนสถานะในตลาดของผู้ประกอบการมีความแข็งแกร่งมากยิ่งขึ้น และยังอาจก่อให้เกิดโอกาสในการร่วมมือกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดได้ เนื่องจากโครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย แต่เมื่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้พิจารณาถึงการกระจุกตัวของตลาดฝั่งผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้ผลิตรายเดียวที่เกี่ยวข้องกับสินค้าของผู้ประกอบการแล้ว พบว่าในตลาดผู้ผลิตรายเดียวนั้นมีอัตราการกระจุกตัวที่สูงมาก โดยมีผู้ประกอบการ 5 รายแรกที่ครอบครองส่วนแบ่งตลาดถึง 90% ที่มีความอ่อนไหวกับราคาของวัตถุดิบ ประกอบกับการพิจารณาจากการประกอบธุรกิจดังกล่าวในอดีตแล้ว ยังพบอีกว่าผู้ผลิตรายเดียวในตลาดฝั่งผู้ซื้อนั้นมีอำนาจในการต่อรองที่สูงมาก โดยสามารถสร้างความกดดันให้ผู้ผลิตรายเดียวต้องตัดต้นทุนของตน เพิ่มผลิตภาพ และลงทุนใน

²⁷⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.230.

²⁷⁹ *Knorr Bremse/Allied Signal* (Case No. IV/M.337) [1993] OJ C 298/05.

การวิจัยและพัฒนาสินค้าได้ จึงแสดงให้เห็นว่าตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวเป็นตลาดที่ผู้ซื้อในตลาดมีอำนาจต่อรองสูงมาก

ด้วยเหตุดังกล่าว คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจึงเห็นว่าการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าวนี้ไม่มีแนวโน้มที่จะก่อผลกระทบต่อการแข่งขันโดยการก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดหรือทำให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจมีความแข็งแกร่งมากยิ่งขึ้นแต่อย่างใด ไม่ว่าจะเป็อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว หรืออำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย จึงไม่เป็นการรวมธุรกิจที่ขัดขวางการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพภายในสหภาพยุโรป และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต่อไปได้

3.2.5.5 การเข้าสู่ตลาด

ปัจจัยอีกประการหนึ่งซึ่งส่งผลเป็นการต่อต้านการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจเช่นเดียวกับอำนาจของผู้ซื้อ คือ การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ เนื่องจากว่า หากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกิดการรวมธุรกิจขึ้นนั้นได้โดยง่าย ย่อมส่งผลต่อการตัดสินใจเพิ่มราคา ลดคุณภาพ ความหลากหลายของสินค้าหรือบริการ หรือการตัดสินใจหยุดการพัฒนาสินค้าหรือบริการนั้น เพราะผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอาจเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดได้ง่าย²⁸⁰ เพราะฉะนั้น หากการเข้าสู่ตลาดมีปริมาณที่เพียงพอ จึงทำให้โอกาสที่การรวมธุรกิจนั้นจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นไปได้น้อย ซึ่งโดยปกติแล้ว การรวมธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งนั้นมักจะไม่สามารถก่อให้เกิดการลดการแข่งขันในตลาดได้อย่างถาวร หากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ง่าย ด้วยเหตุนี้ ในการพิสูจน์ว่าการรวมธุรกิจใดอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อการแข่งขันในตลาดหรือไม่ นั้น คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปและองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น ควรคำนึงถึงปัจจัยว่าด้วยการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ด้วย²⁸¹

การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะทำได้ยากหากปรากฏว่าตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูง ซึ่งอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดอาจประกอบไปด้วยการที่ต้องใช้งบประมาณลงทุนสูง การต้องใช้งบประมาณการตลาดสูง หรือการมีต้นทุนจมที่สูง ซึ่งเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่เกี่ยวกับการเงิน โดยที่นอกจากอุปสรรคด้านการเงินแล้ว การเข้าสู่ตลาดยังอาจทำให้ได้ยากเนื่องจากการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเข้าสู่ตลาดได้ ซึ่ง

²⁸⁰ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.p.1140.

²⁸¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.379.

อาจเป็นการกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับทักษะวิชาชีพขั้นต่ำ การกำหนดระดับพื้นที่เก็บสินค้าขั้นต่ำ เป็นต้น²⁸² ทั้งนี้ อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปนำมาประกอบการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น ประกอบไปด้วยอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหลายประเภท ได้แก่²⁸³

ก. การได้เปรียบทางกฎหมาย กล่าวคือ อุปสรรคที่เกิดขึ้นจากกฎหมาย กฎระเบียบ โดยอาจเป็นการจำกัดจำนวนผู้ประกอบการที่จะเข้ามาประกอบกิจการในตลาด เช่น การออกใบอนุญาต หรืออาจเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศุลกากร ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดนั้นได้โดยสะดวก

ข. การได้เปรียบทางเทคนิค กล่าวคือ สิทธิในการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่มีความสำคัญ การครอบครองนวัตกรรมหรือทรัพย์สินทางปัญญาบางชนิด ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันได้ยาก เช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Shell กับบริษัท Montecatini²⁸⁴ ซึ่งเป็นผู้พัฒนาเทคโนโลยีโพลิโพรพิลีน (polypropylene) ของตัวเอง จึงได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองตามสิทธิบัตร ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่ต้องการเข้ามาแข่งขันในตลาดสินค้าดังกล่าวจึงทำได้ยาก เป็นต้น

ค. การได้เปรียบเชิงโครงสร้าง กล่าวคือ การได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาด (economies of scale) อันอาจเนื่องจากผู้ประกอบการในตลาดนั้นมีเครือข่ายการกระจายสินค้าและการจำหน่ายสินค้าเป็นของตนเอง ซึ่งการก่อตั้งระบบการกระจายสินค้าขึ้นใหม่โดยผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาดนั้นอาจทำไม่ได้หรือทำได้ยากในเชิงเศรษฐกิจ ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Coca-Cola และบริษัท Carlsberg²⁸⁵ ซึ่งผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาดจะต้องเผชิญกับต้นทุนในการผลิตขวดและระบบกระจายสินค้าของตนเองซึ่งมีค่าใช้จ่ายที่สูง จึงทำให้การเข้าสู่ตลาดเป็นไปได้ยากหรือการได้เปรียบจากการประหยัดต่อขอบเขต (economies of scope) การได้เปรียบจากอำนาจของเครือข่าย (network effects) อันได้แก่การที่ผู้ประกอบการนั้นอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่หากผู้บริโภคมีจำนวนมากเท่าใด ก็จะมีดึงดูดผู้บริโภคอื่น ๆ เข้ามามากขึ้น จนเกิดเป็นสภาพการณ์ที่จำต้องใช้ต่อ (lock-in effect) คือ ผู้บริโภค

²⁸² *ibid.*, p.381.

²⁸³ *ibid.*, pp.388 - 389.

²⁸⁴ Shell/Montecatini (Case No. IV/M.269) Commission Decision 94/811/EC [1994] OJ L 332/48.

²⁸⁵ The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S (Case No. IV/M.833) Commission Decision (98/327/EC) [1998] OJ L 145/41.

รายอื่น ๆ จำเป็นต้องใช้สินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันกับผู้บริโภคที่ใช้สินค้าหรือบริการนั้นอยู่ก่อนแล้ว²⁸⁶

ง. การได้เปรียบจากประสบการณ์และชื่อเสียง กล่าวคือ ในตลาดสินค้าหรือบริการบางประเภทนั้น การมีประสบการณ์ในการประกอบธุรกิจและการมีชื่อเสียงในตลาดเป็นสิ่งจำเป็นต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างยิ่ง จึงทำให้โอกาสในการเข้ามาแข่งขันในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นเป็นไปได้ยาก เพราะประสบการณ์และชื่อเสียงนั้นเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องใช้ระยะเวลาในการสร้างขึ้นมา ตัวอย่างเช่น ในกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Coca-Cola และบริษัท Carlsberg²⁸⁷ ซึ่งนอกจากจะครอบครองช่องทางการกระจายสินค้าและการจัดจำหน่ายของตนเองแล้ว ยังปรากฏว่าผู้บริโภคในตลาดดังกล่าวมีความภักดีต่อตราสินค้า (brand loyalty) สูงและผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายยังใช้งบประมาณในการลงทุนในระดับที่สูงมากอีกด้วย ทำให้ผู้ค้าปลีกสินค้าดังกล่าวนั้นยินดีที่จะจำหน่ายสินค้าของบริษัท Coca-Cola และบริษัท Carlsberg ที่มีชื่อเสียงมากกว่าสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่หรือผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่เป็นที่นิยม จึงเกิดเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ได้

อย่างไรก็ดี นอกเหนือไปจากประเด็นที่ว่าจะมีผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้ามาสู่ตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจหรือไม่แล้ว ข้อพิจารณาประการสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปคำนึงถึงในการประเมินปัจจัยเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดนั้น คือ การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ดังกล่าวเพียงพอนที่จะชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดตลาดเกิดการกระจุกตัวขึ้นสูงจนทำให้เกิดข้อกังวลเกี่ยวกับผลกระทบต่อด้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นตามมาได้ การเข้าสู่ตลาดจะยังมีความสำคัญมากขึ้น เนื่องจากการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจไม่สามารถทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงได้ หากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้ามาสู่ตลาดได้โดยง่าย รวดเร็ว และเป็นการเข้าสู่ตลาดที่มีนัยสำคัญต่อการแข่งขันในตลาด ดังนั้น หากคณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจะไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดทำการรวมธุรกิจ คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปก็จะต้องแสดงให้เห็นว่าการเข้าสู่ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น ไม่สามารถทำได้ง่าย รวดเร็ว หรือไม่มีนัยสำคัญต่อการแข่งขันในตลาด²⁸⁸

²⁸⁶ เกรียงศักดิ์ ธีระโกวิทขจร, "เครือข่ายคืออำนาจ เข้าใจอิทธิพลของแพลตฟอร์มดิจิทัลอย่างรอบด้าน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 6 พฤษภาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://decode.plus/20201014-2/>

²⁸⁷ The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S (Case No. IV/M.833) Commission Decision (98/327/EC) [1998] OJ L 145/41.

²⁸⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*.

การเข้าสู่ตลาดที่มีประสิทธิภาพเพียงพอจะต่อต้านผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นจะต้องพิจารณาจากปัจจัย 3 ประการ²⁸⁹ คล้ายกับแนวทางของสหรัฐอเมริกา ได้แก่

ก. ความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ซึ่งจะต้องประเมินว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่จะเข้ามาสู่ตลาดนั้น เมื่อได้เข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวแล้วจะสามารถทำกำไรได้หรือไม่ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวนั้นสูงหรือไม่ เช่น การเข้าสู่ตลาดต้องใช้ต้นทุนจมที่สูงหรือไม่ มีกฎหมายที่จำกัดการเข้าสู่ตลาดหรือไม่ ธุรกิจดังกล่าวประกอบด้วยเทคนิคที่สูงหรือไม่ รวมถึงตำแหน่งความน่าเชื่อถือของผู้ประกอบธุรกิจรายก่อนที่ได้รับจากผู้บริโภคมีอยู่สูงหรือไม่ เป็นต้น

การตัดสินใจเข้าสู่ตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งนั้น ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะพิจารณาจากผลกระทบของจากการที่ตนเองเข้าสู่ตลาดต่อราคาตลาดของสินค้าหรือบริการ หากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นเชื่อว่าภายหลังจากการเข้าสู่ตลาดแล้ว ราคาสินค้าหรือบริการในตลาดจะลดต่ำลงจนไม่สามารถทำให้ตนเข้าไปก่อให้เกิดกำไรในตลาดดังกล่าวได้ เช่นนี้ผู้ประกอบธุรกิจก็จะตัดสินใจที่จะไม่เข้าไปประกอบธุรกิจในตลาดนั้น ซึ่งการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะสามารถเข้ามาประกอบกิจการในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวโดยมีกำไรหรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้จากปัจจัย 2 ประการ คือ ผลกระทบจากการเพิ่มปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการดังกล่าวต่อระดับของราคาสินค้าหรือบริการนั้น และความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดในการใช้กลยุทธ์การแข่งขันต่าง ๆ เพื่อตอบโต้การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่

ในกรณีที่การเข้าสู่ตลาดโดยผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ จะต้องเป็นการเข้ามาผลิตสินค้าหรือบริการจำนวนมากเท่านั้นจึงจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจได้รับกำไร เช่นนี้การเข้าสู่ตลาดอาจเป็นไปได้ยากขึ้น ซึ่งการพิจารณาการเข้าสู่ตลาดในอดีตอาจนำมาใช้เป็นข้อบ่งชี้อย่างหนึ่งถึงลักษณะของตลาดได้ เนื่องจากการที่ไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาดสินค้าหรือบริการใดมาเป็นระยะเวลานาน อาจเป็นข้อบ่งชี้อย่างหนึ่งว่าตลาดดังกล่าวนี้มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่สูง²⁹⁰

นอกจากนี้ การที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสามารถมีพฤติกรรมใด ๆ ที่ตอบโต้การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ได้ เช่น การทำสัญญาระยะยาวกับผู้ซื้อในตลาด หรือการที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสามารถลดราคาสินค้าหรือบริการของตนลงได้ ก็ส่งผลให้การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เป็นไปได้ยากยิ่งขึ้นเช่นเดียวกัน

²⁸⁹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.896 - 897.

²⁹⁰ Doris Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 3rd ed. (Amsterdam: Kluwer Law International, 2009), pp.481 - 482.

ข. การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะต้องเกิดขึ้นภายในเวลาสมควรที่จะป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจตลาดโดยผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นได้ เพราะหากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดดังกล่าวได้ในเวลาที่เหมาะสมทันเวลาแล้ว เช่นนี้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในตลาดย่อมจะยังคงได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจอยู่ ซึ่งระยะเวลาที่สมควรดังกล่าวนี้มีได้มีการจำกัดไว้โดยเฉพาะว่าการเข้าสู่ตลาดจะต้องเกิดขึ้นภายในระยะเวลาเท่าใด เนื่องจากระยะเวลาดังกล่าวจะต้องถูกกำหนดโดยประเมินจากสภาพของตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ๆ เป็นกรณีไป ประกอบกับศักยภาพของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเข้ามาสู่ตลาด²⁹¹

อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปแล้วคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะถือว่าการเข้าสู่ตลาดที่จะป้องกันผลกระทบดังกล่าวได้ควรจะต้องเกิดขึ้นได้ภายในเวลา 2 ปี หากการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จำเป็นต้องใช้ระยะเวลานานกว่า 2 ปีแล้ว มักจะถูกพิจารณาว่าเป็นการเข้าสู่ตลาดที่ไม่ทันเวลาที่จะป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้²⁹²

ค. การเข้าสู่ตลาดนั้นมีความเพียงพอ อันหมายถึงการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่เข้าสู่ตลาดนั้นจะต้องมีขอบเขตการประกอบธุรกิจ และมีขนาดของธุรกิจที่ใหญ่เพียงพอจะต่อต้านผลกระทบที่จะเกิดจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นได้ หากปรากฏว่าการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวนี้แม้จะเข้ามาในเวลาที่เหมาะสม แต่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นสามารถดำเนินกิจการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้เพียงบางส่วน เช่นนี้ถือได้ว่าการเข้าสู่ตลาดเช่นว่านี้ไม่เพียงพอ²⁹³

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Tetra Pak ซึ่งประกอบธุรกิจระบบบรรจุภัณฑ์สำหรับอาหารชนิดเหลว เช่น นม หรือน้ำผลไม้คั้น กับบริษัท Alfa-Laval ผู้ผลิตอุปกรณ์ในการบรรจุอาหารชนิดต่าง ๆ ในปี ค.ศ. 1991²⁹⁴ โดยที่จากการพิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าวโดยคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปแล้ว พบว่าการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นทำได้ยาก เนื่องจากบริษัท Tetra Pak นั้นครอบครองสิทธิบัตรเกี่ยวกับเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการประกอบกิจการดังกล่าวหลายรายการ ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาดไม่สามารถใช้เครื่องมือดังกล่าวได้ ประกอบกับการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวจำเป็นต้องลงทุนในการผลิตเครื่องมือที่ใช้ในการประกอบกิจการดังกล่าวนี้มีความซับซ้อนและต้องใช้ความรู้ รวมถึงทรัพยากร

²⁹¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.394 - 395.

²⁹² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.897.

²⁹³ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.395.

²⁹⁴ Tetra Pak/Alfa Laval (Case No. IV/M.068) Commission Decision (91/535/EEC) [1991] OJ L 290/35

จำนวนมาก ทำให้ความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นมีน้อยมาก ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากปัจจัยว่าด้วยการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่แล้ว จึงพบว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นไม่มีแนวโน้มที่จะได้รับความกดดันหรือผลกระทบใด ๆ จากการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ที่จะเป็นการขัดขวางพฤติกรรมการแข่งขันของตน จึงทำให้คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปเห็นว่าในสินค้าเครื่องมือบางชนิดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น บริษัท Tetra Pak เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอยู่ก่อนที่มีการรวมธุรกิจแล้ว

3.2.5.6 ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ประเด็นหนึ่งที่จะต้องถูกนำมาพิจารณาคือประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยที่การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพในลักษณะที่ทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง หรือเกิดการประหยัดจากขนาด (economies of scale) อันเป็นการเพิ่มความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ส่งผลให้ระดับการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาดเพิ่มขึ้นได้²⁹⁵ หรืออาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจมีแรงจูงใจในการลดราคาสินค้านั้นลงซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในตลาด²⁹⁶ ทั้งนี้ ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น อาจเป็นได้ทั้งประสิทธิภาพในการจัดสรร (allocative efficiency) คือ การรวมธุรกิจนั้นทำให้สินค้าหรือบริการนั้นถูกกระจายไปยังผู้บริโภคได้อย่างสอดคล้องกับปริมาณความต้องการของผู้บริโภคมากขึ้น หรือประสิทธิภาพในการผลิต (productive efficiency) คือ การรวมธุรกิจนั้นทำให้ในกระบวนการผลิต สามารถใช้ต้นทุนการผลิตนั้นเพื่อผลิตสินค้าหรือบริการได้ในปริมาณสูงสุด หรือประสิทธิภาพในเชิงพลวัต (dynamic efficiency) คือ หมายถึง การรวมธุรกิจนั้นทำให้เกิดการใช้ปัจจัยการผลิตอย่างมีประสิทธิภาพอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการวิจัยและพัฒนาหรือมีนวัตกรรมหรือเทคโนโลยีใหม่ขึ้นมาได้

ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นไม่ใช่ข้ออ้างที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถทำการรวมธุรกิจได้ หากแต่ประสิทธิภาพนี้จะถูกนำมาเป็นปัจจัยประการหนึ่งในการที่จะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่²⁹⁷ ดังนั้น คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจึงไม่เคยนำปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมาเป็นเหตุให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้เพียง

²⁹⁵ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1141.

²⁹⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.452.

²⁹⁷ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.897.

ลำพัง แต่จะต้องนำปัจจัยดังกล่าวไปพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันในตลาดที่กล่าวมาแล้วข้างต้นด้วย²⁹⁸

แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจเ็นนวนอนของคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ว่าประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจที่จะนำมาประกอบการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจได้ จะต้องมิลักษณะดังต่อไปนี้²⁹⁹

ก. ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถตรวจสอบยืนยันได้จริง (verifiability) กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการธุรกิจกล่าวอ้างนั้น ต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ โดยผู้ประกอบการจะต้องแจ้งข้อมูลและหลักฐานต่าง ๆ ที่เพียงพอจะทำให้คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปเชื่อได้ว่าผู้ประกอบการจะสามารถทำให้ประสิทธิภาพดังกล่าวเกิดขึ้นจริงได้จากการรวมธุรกิจนั้น

ข. การรวมธุรกิจเป็นวิธีที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวขึ้นได้ โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด (merger-specificity) ซึ่งการพิสูจน์ในประเด็นนี้เป็นของผู้ประกอบการที่ต้องการรวมธุรกิจ จะต้องพิสูจน์ต่อคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรป

ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค (pass-on) กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ต้นทุนการผลิตที่ลดลงจนส่งผลให้สินค้าหรือบริการมีถูกลง แต่มีคุณภาพสูงขึ้น ทั้งนี้ ต้นทุนการผลิตที่ลดลงต้องมีได้เป็นผลจากการลดปริมาณการผลิต หรือการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้เกิดสินค้าหรือบริการใหม่ หรือเกิดการพัฒนาค่าหรือบริการนั้นขึ้น โดยที่ประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นและส่งต่อไปยังผู้บริโภคนี้ ต้องมีนัยสำคัญและเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควร ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ซึ่งนับตั้งแต่คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปได้ประเมินประสิทธิภาพของการรวมธุรกิจโดยให้ความสำคัญกับสวัสดิการของผู้บริโภคเป็นสำคัญนั้น ทำให้เงื่อนไขที่ประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคนี้เป็นเงื่อนไขที่มีความสำคัญมากที่สุดที่ผู้ประกอบการจะต้องแสดงต่อคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรป³⁰⁰

ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักรในคดี *Global/GCap*³⁰¹ ซึ่งเป็นกรณีการรวมธุรกิจระหว่าง Global Radio UK Limited

²⁹⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.445.

²⁹⁹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.897 - 898.

³⁰⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.453.

³⁰¹ Office of Fair Trading, 'Completed acquisition by Global Radio UK Ltd of GCap Media plc' (August 2008) (ME3638/08)

และ GCap Media plc นับเป็นการนำแนวทางการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปไปปรับใช้ได้อย่างชัดเจนที่สุด กล่าวคือ ในกรณีดังกล่าวซึ่งผู้ประกอบการทั้งสองรายต่างประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงที่มีสถานีจำนวนมากครอบคลุมพื้นที่เกือบทั่วทั้งสหราชอาณาจักร ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักร (The Office of Fair Trading) ค่อนข้างกังวลกับการแข่งขันที่ลดลงในกิจการวิทยุ โดยเฉพาะในพื้นที่ตอนกลางของสหราชอาณาจักรซึ่งผู้ประกอบการทั้งสองรายมีพื้นที่ประกอบกิจการทับซ้อนกันอยู่

ทั้งนี้ ผู้ประกอบการได้แสดงให้เห็นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่า การรวมธุรกิจนี้จะทำให้เกิดประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก กล่าวคือ การรวมธุรกิจนี้จะทำให้ผู้ประกอบการทั้งสองรายกลายเป็นเจ้าของร่วมกันในสถานีวิทยุซึ่งจะช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถออกแพ็คเกจการกระจายเสียงแบบเหมาทุกสถานีวิทยุที่ตนเป็นเจ้าของได้ในราคาที่ถูกลง อันเป็นประสิทธิภาพที่สามารถเกิดขึ้นจริง โดยจะเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจเท่านั้น และยังเป็นประสิทธิภาพที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคโดยตรง เมื่อผนวกกับข้อยินยอมจำหน่ายสถานีวิทยุที่ผู้ประกอบการเป็นเจ้าของอยู่ในปัจจุบันออกไปบางส่วนแล้ว (divestiture) จึงทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายินยอมให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ แม้การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดที่ค่อนข้างสูงก็ตาม³⁰²

ขณะที่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 1991 กรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Aerospatiale ซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอุตสาหกรรมอวกาศ และครอบคลุมถึงการผลิตเครื่องบินและเฮลิคอปเตอร์ อาวุธมิสไซล์ ระบบดาวเทียม และอุปกรณ์การบิน บริษัท Alenia ซึ่งประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับบริษัท Aerospatiale และร่วมกันควบคุมการดำเนินงานกิจการของบริษัท Avions de Transport Régional (ATR) ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1982 เพื่อร่วมกันออกแบบ พัฒนา และผลิตเครื่องบินโดยสาร โดยที่ทั้งสองบริษัทข้างต้นนั้นต้องการรวมธุรกิจกับบริษัท De Havilland ซึ่งเป็นผู้ผลิตเครื่องบินโดยสารที่ใช้เครื่องยนต์ใบพัดที่อยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัท Boeing ทำให้ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นบริษัท Aerospatiale และบริษัท Alenia จะมีสิทธิในการร่วมกันควบคุมการดำเนินงานกิจการของบริษัท De Havilland นั้น คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ รวมถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามที่ผู้ประกอบการกล่าวอ้างแล้ว ไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบการดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว³⁰³

³⁰² Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.472 - 474.

³⁰³ Aerospatiale-Alenia/De Havilland (Case No. IV/M.053) Commission Decision (91/619/EEC) [1991] OJ L 334/42.

การรวมธุรกิจดังกล่าวระหว่างทั้งสองบริษัทจะทำให้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดเครื่องบินใบพัดขนาดปานกลางจำนวน 40 ถึง 59 ที่นั่งเพิ่มสูงขึ้นเป็น 72% ซึ่งมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ และทำให้บริษัท De Havilland ซึ่งเป็นคู่แข่งรายสำคัญรายหนึ่งในตลาดดังกล่าวหายไป ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งชั้นที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดในตลาดลำดับถัดมาได้แก่บริษัท Fokker มีส่วนแบ่งตลาดเพียง 19% ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจอ้างว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ต้นทุนของกิจการลดลงประมาณ 5 ล้านยูโรต่อปี หรือคิดเป็นจำนวนประมาณ 0.5% ของยอดขายรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจ อันเกิดจากการรวมกระบวนการจัดหาชิ้นส่วน การทำการตลาด และการสนับสนุนผลิตภัณฑ์ และยังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจได้ครอบครองตลาดการผลิตเครื่องบินส่วนหนึ่งในสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะส่งผลเป็นการเพิ่มความมั่นคงของค่าเงินในการแลกเปลี่ยนของผู้ประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการของสหภาพยุโรปพิจารณาแล้วพบว่าประสิทธิภาพดังกล่าวไม่มีลักษณะเฉพาะ (merger-specific) กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างนั้นเกิดขึ้นจากเทคนิคการบริหารของเจ้าของบริษัท De Havilland ในปัจจุบันซึ่งได้แก่บริษัท Boeing ดังนั้น การที่ต้นทุนในการบริหารจัดการลดลงจึงมิใช่ผลที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น

นอกจากนี้ สถานะของบริษัท ATR ในปัจจุบันนั้นมีความแข็งแกร่งอย่างยิ่งในตลาดเครื่องบินใบพัดขนาดดังกล่าว ซึ่งประสิทธิภาพที่กล่าวอ้างนั้นไม่มีสาระสำคัญต่อการดำเนินงานของบริษัท อีกทั้งผู้บริโภคหรือผู้ซื้อในตลาดสินค้าดังกล่าวจะต้องเผชิญกับสถานะที่ผู้ประกอบธุรกิจกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ครอบครองผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่นิยมในตลาด จนทำให้ทางเลือกในการใช้ผลิตภัณฑ์ของผู้ซื้อลดลง จึงเป็นประสิทธิภาพที่มีได้ส่งต่อไปยังผู้ซื้อหรือผู้บริโภคแต่อย่างใด ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจึงตัดสินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป จึงไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว

3.2.5.7 เหตุผลด้านความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจ

คณะกรรมการของสหภาพยุโรปอาจพิจารณาให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นสามารถดำเนินการรวมธุรกิจกันได้ ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจถึงขนาดที่ก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นในภายหลัง หากปรากฏเหตุผลว่าผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งนั้นไม่สามารถดำเนินธุรกิจนั้นต่อไปได้เนื่องจากความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจ จนถึงขนาดที่อาจจะต้องออกไปจากตลาดหากไม่มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น³⁰⁴ ทั้งนี้ เนื่องจากการปรับปรุง

³⁰⁴ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, p.364.

โครงสร้างของกิจการที่อยู่ในภาวะล้มเหลวหรือล้มละลายนั้นเป็นเรื่องที่จำเป็นและสามารถเกิดขึ้นได้ตามปกติ มิฉะนั้นแล้วอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่าง ๆ เช่น การเกิดการว่างงานจำนวนมากได้ เป็นต้น โดยที่การปรับปรุงโครงสร้างนั้นอาจเป็นการขอยืดระยะเวลาการชำระหนี้ หรือการปรับปรุงสัญญาก็ได้ แต่การปรับปรุงโครงสร้างของกิจการรูปแบบหนึ่งที่มีมักจะประสบความสำเร็จคือการรวมธุรกิจกับกิจการอื่น ๆ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการแข่งขันของกิจการที่กำลังอยู่ในภาวะล้มเหลวนั้น³⁰⁵

คณะกรรมการบริหารของสหภาพยุโรปได้กำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ในการพิจารณาถึงข้อต่อผู้เกี่ยวกับความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจไว้ดังนี้

ก. หากไม่มีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นต้องออกไปจากตลาดในเวลาอีกไม่นาน เนื่องจากปัญหาทางการเงิน

ข. การรวมธุรกิจเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด

ค. หากไม่มีการรวมธุรกิจแล้ว สินทรัพย์ต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสบความล้มเหลวจะต้องถูกนำไปจากตลาดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ทั้งนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจนั้นมีหน้าที่จะต้องแจ้งข้อมูลสนับสนุนข้อกล่าวอ้างเรื่องความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจต่อคณะกรรมการบริหารของสหภาพยุโรปอย่างเพียงพอให้ควรเชื่อตามข้อกล่าวอ้างนั้น³⁰⁶

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท BASF Aktiengesellschaft (BASF) ซึ่งเข้าต้องการเข้าควบคุมกิจการของบริษัท Pantochim SA บริษัท Eurodiol SA³⁰⁷ ซึ่งอยู่ในการควบคุมของเครือบริษัท SISAS โดยผู้ประกอบการทั้งสองบริษัททั้งหมดประกอบกิจการผลิตและจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ทางเคมี โดยที่ในการพิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าวพบว่าการรวมธุรกิจนี้จะทำให้บริษัท BASF มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดผลิตภัณฑ์ดังกล่าวสูงถึง 70% แต่อย่างไรก็ดี บริษัท BASF อ้างเหตุผลด้านความจำเป็นต่อคณะกรรมการบริหารของสหภาพยุโรปว่าบริษัท Eurodiol และบริษัท Pantochim นั้นประสบปัญหาทางการเงินและถูกดำเนินการภายใต้กฎหมายล้มละลาย ซึ่งหากไม่มีการรวมธุรกิจนี้เกิดขึ้นแล้ว บริษัท Eurodiol และบริษัท Pantochim จะต้องออกไปจากตลาดดังกล่าว ขณะที่บริษัท SISAS ซึ่งเป็นเจ้าของบริษัททั้งสองแห่งในปัจจุบันก็กำลังถูกดำเนินการภายใต้กฎหมายล้มละลาย

³⁰⁵ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.477 - 478.

³⁰⁶ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.898 - 899.

³⁰⁷ BASF/Eurodiol/Pantochim (Case COMP/M.2314) Commission Decision (2002/365/EC) [2002] OJ L 132/45.

เช่นกัน ทำให้ผลกระทบจากการล้มละลายที่บริษัททั้งสองต้องออกไปจากตลาดนั้นเป็นที่ชัดเจนหากบริษัท BASF ไม่เข้ามาสนับสนุนด้านการเงินแก่ทั้งสองบริษัท

นอกจากนี้ ยังปรากฏว่าจำนวนหนี้ของบริษัททั้งสองแห่งนั้นสูงมากจนการต่อรองเพื่อปรับปรุงโครงสร้างหนี้ไม่สามารถดำเนินการได้สำเร็จในกรณีนี้ และนับตั้งแต่คณะกรรมการที่แต่งตั้งเพื่อดำเนินการตามกฎหมายล้มละลายแก่ทั้งสองบริษัทดำเนินการแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวด้วยการหาผู้ซื้อกิจการทั้งสองแห่งมานั้น ไม่ปรากฏว่านอกเหนือจากบริษัท BASF แล้ว จะมีผู้ประกอบการรายใดที่มีความสามารถและเหมาะสมที่พร้อมจะซื้อกิจการทั้งสองแห่งไปดำเนินการต่ออีก จึงแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจโดยการเข้าซื้อกิจการดังกล่าวทั้งสองบริษัทโดยบริษัท BASF นั้นเป็นหนทางสุดท้ายที่อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด และไม่มีผู้ประกอบการรายอื่นใดที่อาจเป็นผู้ซื้อกิจการนั้นแทนได้โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้น้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้

คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปยังพิจารณาต่อไปแล้วพบว่าหากไม่มีการดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าวแล้ว สินทรัพย์ต่าง ๆ ของบริษัททั้งสองแห่งนั้นอาจต้องออกไปจากตลาดอันจะส่งผลต่อโครงสร้างตลาดจนไม่เป็นผลดีต่อผู้บริโภค เนื่องจากหากไม่อนุญาตให้มีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นโดยทันทีแล้ว สินทรัพย์ต่าง ๆ โดยเฉพาะโรงงาน และเครื่องมือต่าง ๆ ในการดำเนินกิจการจะต้องหยุดการทำงาน ซึ่งการเริ่มใช้งานโรงงานและเครื่องมือต่าง ๆ ในกิจการนี้อีกครั้งหนึ่งนั้นต้องใช้เงินทุนจำนวนมาก ดังนั้น คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจึงตัดสินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวแม้จะก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดสูงขึ้นจนมีสถานะอำนาจเหนือตลาด แต่ด้วยเหตุผลด้านความจำเป็นอันเนื่องมาจากผู้ประกอบการรายหนึ่งประสบภาวะล้มละลายนั้น ทำให้การรวมธุรกิจดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้น้อยกว่า เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ประกอบการทั้งสองรายจะต้องออกไปจากตลาดนั้น จึงอนุญาตให้ผู้ประกอบการดำเนินการรวมธุรกิจนี้ได้

3.2.6 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวตั้ง

การรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น โดยปกติมักจะส่งผลดีต่อการแข่งขันในตลาด แต่ในบางกรณีนั้น การรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันได้เช่นกัน เนื่องมาจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูงขึ้น เกิดการกีดกันการเข้าสู่ตลาด เกิดการทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งเพิ่มสูงขึ้น หรือเกิดความเป็นไปได้สูงขึ้นที่ผู้ประกอบการอาจร่วมมือกัน เป็นต้น

คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปนั้นได้ออกแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่นที่มีใช้แน่นอน เพื่อเป็นแนวทางในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งและการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย โดยที่ในการพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

3.2.6.1 ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

ในเบื้องต้นนั้น คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะประเมินส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นเป็นลำดับแรก เนื่องจากการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใช้แน่นอนนั้น มักจะไม่มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหากปรากฏว่าผู้ประกอบการธุรกิจมิได้มีอำนาจตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น ซึ่งส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดนั้นเป็นข้อบ่งชี้สำคัญที่แสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจตลาดอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่

ในกรณีการรวมธุรกิจที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องต่ำกว่า 30% และภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ต่ำกว่า 2,000 คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจตลาด และไม่มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน ดังนั้น โดยปกติแล้ว คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะไม่เข้มงวดในการตรวจสอบการรวมธุรกิจที่ไม่ก่อให้เกิดส่วนแบ่งตลาดหรือการกระจุกตัวของตลาดในระดับดังกล่าวข้างต้น เว้นแต่ในบางกรณีที่มีการรวมธุรกิจจะไม่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดหรือการกระจุกตัวของตลาดถึงระดับข้างต้น แต่คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปอาจเพิ่มความเข้มงวดในการพิจารณา เช่น

ก. การรวมธุรกิจนั้นประกอบไปด้วยผู้ประกอบการธุรกิจที่มีแนวโน้มจะขยายกิจการด้วยตนเองได้อย่างมีนัยสำคัญในอนาคตอันใกล้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการที่มีนวัตกรรมเกิดขึ้นใหม่

ข. ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น มีพฤติกรรมการถือหุ้นไขว้ (cross-shareholdings) หรือการตั้งกรรมการไขว้ (cross-directorships) ระหว่างกัน

ค. ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีแนวโน้มเป็นอย่างมากที่จะขัดขวางพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดได้

ง. มีข้อบ่งชี้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจนั้นเคยมีหรือกำลังมีพฤติกรรมร่วมมือกันอยู่หรือทำให้การร่วมมือกันนั้นเป็นไปได้โดยสะดวกขึ้น

ทั้งนี้ ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดจะเป็นเพียงข้อบ่งชี้เบื้องต้นเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจเท่านั้น แต่ปัจจัยที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวตั้ง คือ ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้น ทั้งผลกระทบที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ และผลกระทบที่เกิดจากการร่วมมือกัน

3.2.6.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

ปัจจัยสำคัญที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะใช้ในการพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวตั้ง คือ การรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ ซึ่งผลกระทบต่อการแข่งขันประเภทแรกคือ ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ (non-coordinated effects) โดยที่ผลกระทบประเภทนี้มักจะเกิดขึ้นในลักษณะของการปิดกั้นตลาดหรือการกีดกันการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งกันจะมีได้ถูกกดดันให้ออกไปจากตลาด แต่ผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งกันนั้นก็อาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจจนทำให้ไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่การปิดกั้นตลาดหรือกีดกันการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นนี้อาจเกิดขึ้นในรูปแบบของการปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบ อันได้แก่การจำกัดมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันเข้าถึงวัตถุดิบสำคัญที่ตนครอบครอง ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในระดับปลายน้ำมีต้นทุนที่สูงขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นในรูปแบบของการปิดกั้นหรือกีดกันผู้ซื้อ โดยการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันสามารถเข้าถึงฐานผู้ซื้อได้³⁰⁸

ก. การปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบ

การรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น อาจส่งผลเป็นการปิดกั้นหรือกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งกันเข้าถึงวัตถุดิบสำคัญในการประกอบกิจการนั้นได้ จนทำให้ต้นทุนในการประกอบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในระดับปลายน้ำเพิ่มสูงขึ้น จนส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคที่อาจต้องซื้อสินค้าหรือบริการนั้นในราคาที่สูงขึ้นตามไปด้วย โดยที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะประเมินว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบเช่นว่านี้ได้หรือไม่จากปัจจัยต่าง ๆ ดังนี้

(1) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ เข้าถึงวัตถุดิบ ได้แก่การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถจำกัดการเข้าถึงวัตถุดิบ ขึ้นราคาวัตถุดิบ หรือกำหนดเงื่อนไขในการจำหน่ายวัตถุดิบที่

³⁰⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.354.

เป็นผลเสียต่อผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้หรือไม่ โดยที่การกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดนั้น จะต้องเป็นวัตถุดิบที่มีความสำคัญต่อสินค้าหรือบริการในตลาดปลายทาง กล่าวคือ วัตถุดิบดังกล่าวเป็นส่วนประกอบที่มีความสำคัญต่อสินค้าหรือบริการ รวมถึงเป็นวัตถุดิบที่เป็นต้นทุนอันมีนัยสำคัญต่อการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการนั้นด้วย นอกจากนี้ ผู้ประกอบการที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ แนวตั้งดังกล่าวจะต้องมีอำนาจตลาดในตลาดระดับต้นน้ำอย่างมีนัยสำคัญ จึงจะมีอำนาจในการจำกัดการที่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งรายอื่น ๆ จะเข้าถึงวัตถุดิบที่ตนเป็นเจ้าของจนส่งผลกระทบต่อปริมาณและราคาของวัตถุดิบทั้งหมดในตลาดได้

คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปยังคำนึงถึงความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งจะสามารถทำการตอบโต้พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจในแนวตั้งได้อย่างมีประสิทธิภาพในเวลาอันสมควรด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งนั้นสามารถปรับปรุงกระบวนการผลิตของตน ให้พึ่งพาวัตถุดิบที่ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจเป็นเจ้าของน้อยลงได้หรือไม่ หรือผู้ประกอบการนั้นสามารถสนับสนุนให้เกิดการเข้าสู่ตลาดต้นน้ำของผู้ประกอบการรายใหม่ได้มากขึ้นหรือไม่ ซึ่งอาจส่งผลเป็นการบรรเทาหรือขัดขวางพฤติกรรมการจำกัดการเข้าถึงวัตถุดิบของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจได้

นอกจากนี้ การประเมินแนวโน้มและความรุนแรงของผลกระทบจากการมีพฤติกรรมกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้น ยังอาจพิจารณาได้จากรูปแบบการซื้อวัตถุดิบ การจัดการวัตถุดิบ และการเปลี่ยนแปลงของปริมาณวัตถุดิบในตลาดที่ปรากฏในอดีต ซึ่งแสดงให้เห็นถึงรูปแบบการรับมือกับความเปลี่ยนแปลงของราคาวัตถุดิบในตลาดโดยผู้ซื้อและผู้ขายวัตถุดิบนั้น อันจะเป็นข้อบ่งชี้สำคัญว่าในตลาดวัตถุดิบดังกล่าวนี้ ผู้ซื้อมีโอกาสในการเปลี่ยนแปลงไปซื้อวัตถุดิบจากผู้ประกอบการรายอื่นได้หรือไม่³⁰⁹

ตัวอย่างเช่น ในกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Nokia ซึ่งเป็นผู้ผลิตโทรศัพท์มือถือ กับบริษัท NAVTEQ ที่เป็นผู้ให้บริการฐานข้อมูลแผนที่ดิจิทัลสำหรับใช้ในเครื่องนำทาง³¹⁰ คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดมากในตลาดระดับต้นน้ำที่เป็นตลาดการให้บริการฐานข้อมูลแผนที่ดิจิทัล เนื่องจากในตลาดดังกล่าวมีเพียงบริษัท Tele Atlas เพียงรายเดียวที่เป็นคู่แข่งในการให้บริการฐานข้อมูลแผนที่ดิจิทัลที่มีความครอบคลุมและมีคุณภาพทัดเทียมกับบริษัท NAVTEQ แต่อย่างไรก็ดี

³⁰⁹ ibid., p.356.

³¹⁰ Nokia/NAVTEQ (Case COMP/M.4942) [2008] OJ C 86/02.

คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปสรุปว่าความสามารถในการกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นยังไม่แน่นอนเพียงพอ เนื่องจากความไม่ชัดเจนว่าฐานข้อมูลแผนที่ดิจิทัลนั้น ถือเป็นวัตถุดิบสำคัญในตลาดโทรศัพท์มือถือจริงหรือไม่ อีกทั้งระบบฐานข้อมูลแผนที่ดิจิทัลนั้นเป็นต้นทุนราว 0 ถึง 15% ซึ่งเป็นส่วนน้อยมากในการผลิตโทรศัพท์มือถือ จึงพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป จึงอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้

(2) แรงจูงใจในการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงวัตถุดิบของตน โดยที่แรงจูงใจนี้จะขึ้นอยู่กับว่าการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงวัตถุดิบที่ตนครอบครองนั้น สามารถก่อให้เกิดประโยชน์เพิ่มขึ้นมากน้อยเพียงไร เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจำเป็นต้องซึ่หน้าหนักระหว่างรายได้ที่สูญเสียไปอันเนื่องมาจากยอดขายที่ลดลงจากการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งซื้อวัตถุดิบของตน กับประโยชน์ที่จะได้รับจากยอดขายในตลาดระดับปลายน้ำที่เพิ่มขึ้นหรือการที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการที่จำหน่ายแก่ผู้บริโภคได้ โดยที่จะต้องพิจารณาว่าการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งไม่สามารถเข้าถึงวัตถุดิบของตนได้ จะทำให้ผู้บริโภคในตลาดระดับปลายน้ำเปลี่ยนมาใช้สินค้าหรือบริการของตนเพิ่มขึ้นมากหรือน้อยเพียงไร

การประเมินแรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจที่จะมีพฤติกรรมกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งนั้น คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะคำนึงโครงสร้างการบริหารในกิจการภายหลังการรวมธุรกิจ กลยุทธ์การประกอบกิจการในอดีต และเอกสารต่าง ๆ ที่แสดงถึงแผนธุรกิจ กลยุทธ์การดำเนินกิจการที่ผู้ประกอบธุรกิจจะปรับใช้ในอนาคตนอกจากนี้คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปยังคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ที่จะทำให้นักลงทุนในการมีพฤติกรรมกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นนั้นลดลง เช่น ความเป็นไปได้ที่พฤติกรรมดังกล่าวจะผิดต่อบทบัญญัติอื่น ๆ ของสหภาพยุโรป และแนวโน้มที่พฤติกรรมดังกล่าวนั้นจะถูกตรวจพบและถูกดำเนินการตามกฎหมาย³¹¹

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Koninklijke Philips Electronics N.V. ที่ประกอบธุรกิจจำหน่ายผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ ประกอบด้วยผลิตภัณฑ์ไฟฟ้ผลิตภัณ์ท์เครื่องใช้ในครัวเรือน สารกึ่งตัวนำ (semiconductors) และอุปกรณ์ทางการแพทย์ กับบริษัท Intermagnetics General Corporation ที่ประกอบธุรกิจผลิตแม่เหล็กที่ใช้ในการผลิตอุปกรณ์สร้างภาพในอุปกรณ์ทางการแพทย์ เช่น เครื่องสร้างภาพด้วยการเกิดเรโซแนนซ์แม่เหล็ก

³¹¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.356 - 357.

(MRI)³¹² ซึ่งในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยเฉพาะการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นเข้าถึงวัตถุดิบแม่เหล็กดังกล่าวข้างต้นนั้น คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปพบว่าผู้ประกอบธุรกิจมีแรงจูงใจในการมีพฤติกรรมกีดกันผู้ประกอบธุรกิจอื่นน้อย เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะไม่ก่อให้เกิดกำไรเพิ่มขึ้นแก่ผู้ประกอบธุรกิจ เพราะผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ สามารถเปลี่ยนไปใช้วัตถุดิบรายอื่น หรืออาจจัดทำการผลิตวัตถุดิบดังกล่าวได้ภายในระยะเวลาไม่นาน ดังนั้น การมีพฤติกรรมดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลเสียได้ในระยะยาว เมื่อเทียบกับกำไรที่อาจเพิ่มขึ้นเพียงเล็กน้อยในระยะเวลานั้น ประกอบกับเมื่อพิจารณาแผนการประกอบธุรกิจและสัญญาต่าง ๆ ที่บริษัท Intermagnetics ได้จัดทำขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งชั้นในตลาดสินค้าอุปกรณ์ทางการแพทย์ของบริษัท Philips แล้ว พบว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นผู้ประกอบธุรกิจมิได้มีแนวโน้มที่จะมีพฤติกรรมกีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ แต่อย่างใด จึงสรุปว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีลักษณะขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนี้ได้

(3) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพจากพฤติกรรมดังกล่าว กล่าวคือ การพิจารณาว่าในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีพฤติกรรมกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งชั้น โดยที่พฤติกรรมดังกล่าวนั้นจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น เป็นคู่แข่งชั้นในตลาดที่มีความสำคัญเพียงและมีบทบาทสำคัญต่อการแข่งขันในตลาดระดับปลายน้ำ ทั้งนี้ ยิ่งผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบนั้นมีสัดส่วนในตลาดปลายน้ำมากเพียงใด ความร้ายแรงที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมดังกล่าวก็จะยิ่งสูงมากขึ้นเท่านั้น นอกจากนี้ การแข่งขันที่มีประสิทธิภาพนั้นยังอาจถูกขัดขวางอย่างมีนัยสำคัญได้จากการทำให้อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดเพิ่มขึ้น จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่มีศักยภาพในการประกอบกิจการไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ โดยที่อาจเกิดจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าถึงวัตถุดิบนั้นได้ หรือกำหนดเงื่อนไขการจำหน่ายวัตถุดิบแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ในลักษณะที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นจะได้รับประโยชน์น้อยลง เมื่อเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่ไม่มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น

การประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพจากพฤติกรรมกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบดังกล่าวนี้ จะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ส่งผลเป็นการขัดขวางหรือตอบโต้พฤติกรรมดังกล่าวด้วย เช่น การที่ผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองสูง แนวโน้มในการเข้าสู่ตลาดระดับต้นน้ำ

³¹² Philips/Intermagnetics (Case COMP/M.4300) [2006] OJ C 242/06.

ของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ซึ่งจะช่วยรักษาประสิทธิภาพของการแข่งขันในตลาดไว้ รวมถึงจะต้องพิจารณาถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแนวตั้งนั้นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจทำให้ต้นทุนในการประกอบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจนั้นลดลงได้

ตัวอย่างเช่น ในกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Nokia ซึ่งเป็นผู้ผลิตโทรศัพท์มือถือ กับบริษัท NAVTEQ ที่เป็นผู้ให้บริการฐานข้อมูลแผนที่ดิจิทัลสำหรับใช้ในเครื่องนำทาง³¹³ ซึ่งได้กล่าวถึงข้างต้นแล้วนั้น การที่วัตถุประสงค์ที่บริษัท NAVTEQ เป็นผู้ผลิตนั้น เป็นเพียงต้นทุนส่วนน้อยในผลิตภัณฑ์เท่านั้น และบริษัท Tele Atlas ที่เป็นคู่แข่งของบริษัท NAVTEQ อาจเพิ่มการแข่งขันจนทำให้ยอดขายของคู่แข่งเพิ่มขึ้นได้ ทำให้คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปพบว่าการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาด รวมถึงผู้ผลิตโทรศัพท์มือถือในตลาดปลายน้ำนั้น ไม่มีแนวโน้มที่จะได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจดังกล่าว

ข. การปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อ

การกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงผู้ซื้อได้อาจเกิดขึ้นในกรณีการรวมธุรกิจแนวตั้งนั้น เป็นการรวมธุรกิจระหว่างผู้บ่อนวัตถุประสงค์กับลูกค้ารายสำคัญในตลาดระดับปลายน้ำ ซึ่งอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำไม่สามารถเข้าถึงฐานลูกค้ารายสำคัญนั้นได้ โดยคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจแนวตั้งนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือไม่ โดยประเมินจากปัจจัย 3 ประการคล้ายกับการประเมินโอกาสที่จะเกิดการกีดกันการเข้าถึงวัตถุประสงค์ที่กล่าวถึงแล้วข้างต้น ได้แก่

(1) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำ เข้าถึงลูกค้าในตลาดระดับปลายน้ำ โดยที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอาจตัดสินใจใช้วัตถุประสงค์ที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้าหรือบริการของตนจากกิจการของตนเองที่อยู่ในระดับต้นน้ำเท่านั้น หรือผู้ประกอบธุรกิจอาจลดปริมาณการใช้วัตถุประสงค์จากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำลง ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการมีพฤติกรรมดังกล่าวจากปริมาณของผู้ซื้อวัตถุประสงค์ในตลาดระดับปลายน้ำว่านอกเหนือจากผู้ซื้อรายที่ทำการรวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำแล้ว ในตลาดดังกล่าวยังมีผู้ซื้อรายอื่น ๆ ในจำนวนที่เพียงพอและมีศักยภาพต่อการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำหรือไม่ กล่าวคือ ถ้าหากในตลาดระดับปลายน้ำนั้น ยังมีผู้ซื้อรายอื่น ๆ จำนวนมากซึ่งมีขนาดใหญ่เพียงพอที่จะเป็น

³¹³ Nokia/NAVTEQ (Case COMP/M.4942) [2008] OJ C 86/02.

ทางเลือกให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจในระดับต้นน้ำแล้ว เช่นนี้ การรวมธุรกิจในแนวตั้งที่เกิดขึ้นก็มักจะไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

นอกจากนี้ การกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อในตลาดจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างมาก หากปรากฏว่าผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดระดับต้นน้ำได้รับประโยชน์จากการประหยัดจากขนาดหรือการประหยัดต่อขอบเขตมาก หรือการได้เปรียบจากอำนาจของเครือข่าย ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ ๆ สามารถเข้าสู่ตลาดได้ยาก หรือไม่มีแรงจูงใจให้เข้ามาแข่งขันในตลาด ซึ่งท้ายที่สุดแล้วอาจทำให้ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจสามารถกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในตลาดให้เพิ่มสูงขึ้นได้อย่างยั่งยืน ดังนั้น คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจึงจะพิจารณาด้วยว่าหากผู้ประกอบการกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อในตลาดจากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งแล้ว ผู้ประกอบการรายอื่นจะสามารถตอบโต้พฤติกรรมดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพในระยะเวลาที่เหมาะสมหรือไม่³¹⁴

(2) แรงจูงใจในการกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อจากผู้ประกอบการรายอื่น โดยที่ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจจะมีแรงจูงใจในการมีพฤติกรรมดังกล่าวหรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้จากผลได้ผลเสียจากการที่ผู้ประกอบการตัดสินใจไม่ใช้วัตถุดิบจากผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำ และการพิจารณาว่าพฤติกรรมเช่นนี้นั้นทำให้ผู้ประกอบการจะสามารถทำให้ผู้ประกอบการขึ้นราคาวัตถุดิบในตลาดต้นน้ำเนื่องจากการกีดกันคู่แข่งให้ออกไปจากตลาดในท้ายที่สุดได้หรือไม่

(3) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพจากพฤติกรรมดังกล่าว โดยที่การรวมธุรกิจแนวตั้งอาจส่งผลให้ความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำลดลงได้ เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ประกอบการในระดับต้นน้ำนั้นไม่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมดังกล่าวซึ่งอาจเนื่องมาจากสาเหตุต่าง ๆ เช่นการที่ในตลาดระดับปลายน้ำนั้นมีผู้ซื้ออีกจำนวนมาก หรือผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้นเป็นเพียงผู้ซื้อรายย่อย ๆ รายหนึ่งในตลาดนั้น เช่นนี้ การรวมธุรกิจแนวตั้งนั้นก็อาจไม่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ ซึ่ง คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปอาจต้องพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่เป็นการตอบโต้พฤติกรรมของผู้ประกอบการ เช่น การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น กรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Rozier Acquisition Limited ที่เป็นเจ้าของบริษัท Phadia ซึ่งเป็นผู้ให้บริการระบบการวิเคราะห์อาการภูมิแพ้ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดระดับต้นน้ำ กับบริษัท BHS (Holdings) Limited ที่เป็นผู้ประกอบการ

³¹⁴ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.358 - 359.

โรงพยาบาลอยู่ในตลาดระดับปลายน้ำ³¹⁵ โดยที่บริษัท Phadia นั้นมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดระบบการวินิจฉัยอาการภูมิแพ้ราว 80 ถึง 90% ขณะที่บริษัท BHS นั้นมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดโรงพยาบาลราว 15 ถึง 25% ซึ่งในปัจจุบันนั้นบริษัท BHS ใช้บริการระบบตรวจสอบอาการภูมิแพ้จากบริษัท Phadia ราว 90 ถึง 100% ของความต้องการ และการรวมธุรกิจนี้จะทำให้บริษัท BHS มีแรงจูงใจในการใช้บริการจากบริษัท Phadia เพียงบริษัทเดียวต่อไป

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาความมีนัยสำคัญของบริษัท BHS ในตลาดผู้ซื้อบริการดังกล่าวแล้ว พบว่าปริมาณความต้องการใช้บริการระบบตรวจสอบอาการภูมิแพ้ของบริษัท BHS นั้น เป็นสัดส่วนเพียงประมาณ 5% ของความต้องการใช้งานบริการดังกล่าวทั้งหมดในตลาด ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่าผู้ประกอบการทั้งสองรายไม่มีความสามารถและไม่มีแรงจูงใจเพียงพอให้มีพฤติกรรมกีดกันคู่แข่งรายอื่นแต่อย่างใด และถึงแม้ว่าผู้ประกอบการจะดำเนินพฤติกรรมดังกล่าวแล้ว พฤติกรรมเช่นว่านั้นก็ไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นได้ ดังนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงไม่มีแนวโน้มที่จะเป็นการขัดต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจึงอนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้

3.2.6.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

นอกจากผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจรายเดียวแล้ว ในบางกรณีการรวมธุรกิจในแนวตั้งที่ทำให้เกิดการกีดกันการประกอบกิจการของผู้ประกอบการรายอื่นจนส่งผลให้จำนวนผู้ประกอบการในตลาดลดน้อยลงนั้น ยังเป็นสาเหตุให้ผู้ประกอบการจำนวนน้อยรายในตลาดที่เหลืออยู่นั้นทำการตกลงร่วมมือกันมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันได้เช่นกัน ทั้งนี้ จำนวนผู้ประกอบการในตลาดที่ยังเหลืออยู่ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นจะเป็นข้อบ่งชี้ว่าการรวมธุรกิจนั้นดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการมีสถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบการในตลาดหรือไม่ หรืออาจทำให้สถานะอำนาจเหนือตลาดร่วมกันดังกล่าวมีความแข็งแกร่งขึ้นได้หรือไม่

การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนั้น อาจพิจารณาได้จากจำนวนผู้ประกอบการในตลาด ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาด อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความโปร่งใสของตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ ซึ่งผู้ประกอบการมีแรงจูงใจที่จะเบียดเบียน

³¹⁵ Rozier/BHS (Case COMP/M.4788) [2007] OJ C 276/02.

พฤติกรรมให้แตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจอื่นน้อยลง เพราะพฤติกรรมของตนถูกตรวจพบได้ง่ายดังที่ได้กล่าวแล้ว

นอกจากนี้ ความสมดุลของตลาด โครงสร้างทุน การพัฒนาทางเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องในตลาดนั้นยังส่งผลต่อแรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดด้วย ดังที่กล่าวแล้วว่าการที่ผู้ประกอบธุรกิจมีขนาดใกล้เคียงกัน และมีแรงจูงใจอย่างเดียวกัน ย่อมก่อให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างยั่งยืน นอกจากนี้ การรวมธุรกิจในแนวดิ่งยังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจได้รับสิทธิพิเศษในการเข้าถึงวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการประกอบกิจการในตลาดระดับปลายน้ำ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงสามารถทราบถึงข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในระดับปลายน้ำด้วย ทำให้ความโปร่งใสในตลาดนั้นเพิ่มสูงขึ้น จึงเป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้พฤติกรรมร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดเป็นไปอย่างยั่งยืนมากขึ้น³¹⁶

3.2.7 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย

โดยทั่วไปแล้ว การรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นแทบจะไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขันในตลาด เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นต่างประกอบกิจการในตลาดสินค้าหรือบริการคนละชนิดกัน ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลายที่คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะคำนึงถึงในการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น คือ การที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีอำนาจตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง และมีการใช้สถานะของกิจการซึ่งเป็นที่ยอมรับในตลาดนั้น (brand portfolio) ในลักษณะที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการอีกตลาดหนึ่งได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาทั้งผลกระทบเชิงลบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจ และผลกระทบในเชิงบวกต่อการแข่งขันอันได้แก่การเพิ่มขึ้นประสิทธิภาพอย่างยั่งยืนที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น³¹⁷

3.2.7.1 ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

ในเบื้องต้นนั้น คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะประเมินส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นเป็นลำดับแรก โดยมีเกณฑ์ในการพิจารณาการรวมธุรกิจแบบหลากหลายเช่นเดียวกับการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง กล่าวคือ ในกรณีการรวมธุรกิจที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องต่ำกว่า 30% และภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ต่ำกว่า 2,000 คณะกรรมการ

³¹⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.360 - 361.

³¹⁷ *ibid.*, p.363.

ของสหภาพยุโรปจะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน ดังนั้น โดยปกติแล้วคณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะไม่เข้มงวดในการตรวจสอบการรวมธุรกิจที่ไม่ก่อให้เกิดส่วนแบ่งตลาดหรือการกระจุกตัวของตลาดในระดับดังกล่าวข้างต้น เว้นแต่ในบางกรณีที่แม้การรวมธุรกิจจะไม่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนร่วมแบ่งตลาดหรือการกระจุกตัวของตลาดถึงระดับข้างต้น แต่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปอาจเพิ่มความเข้มงวดในการพิจารณาหากปรากฏพฤติกรรมในตลาดในบางกรณีเช่นเดียวกันกับลักษณะของตลาดที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาอย่างเข้มงวดขึ้นในการรวมธุรกิจในแนวตั้ง กล่าวคือ

ก. การรวมธุรกิจนั้นประกอบไปด้วยผู้ประกอบการธุรกิจที่มีแนวโน้มจะขยายกิจการด้วยตนเองได้อย่างมีนัยสำคัญในอนาคตอันใกล้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการที่มีนวัตกรรมเกิดขึ้นใหม่

ข. ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น มีพฤติกรรมการถือหุ้นไขว้ (cross-shareholdings) หรือการตั้งกรรมการไขว้ (cross-directorships) ระหว่างกัน

ค. ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีแนวโน้มเป็นอย่างมากที่จะขัดขวางพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดได้

ง. มีข้อบ่งชี้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจนั้นเคยมีหรือกำลังมีพฤติกรรมร่วมมือกันอยู่หรือทำให้การร่วมมือกันนั้นเป็นไปได้โดยสะดวกขึ้น

ทั้งนี้ ปัจจัยที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาการรวมธุรกิจแบบหลากหลายคือ ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้น ทั้งผลกระทบที่เกิดจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ และผลกระทบที่เกิดจากการร่วมมือกัน

3.2.6.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายอาจเป็นการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการที่มีความเกี่ยวข้องกัน ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีแรงจูงใจในการใช้สถานะที่แข็งแกร่งในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง เพื่อมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการอีกตลาดหนึ่งได้ เช่น การขายพ่วง ซึ่งจะส่งผลเป็นการกีดกันการแข่งขันจากผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งได้ โดยในการประเมินว่าการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะข้างต้นหรือไม่ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่นเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวตั้ง ได้แก่

ก. ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการกีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะมีแนวโน้มที่จะก่อพฤติกรรมดังกล่าว โดยเฉพาะการขายพ่วง (tying) หรือ การขายสินค้าหรือบริการโดยกำหนดเป็นแพ็คเกจหรือเป็นชุด (bundling) นั้นต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจแบบหลากหลายอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง เป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์ที่มีความสำคัญ เป็นอย่างมากในมุมมองของผู้บริโภค ซึ่งในตลาดนั้นมีสินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนผลิตภัณฑ์ ดังกล่าวได้จำนวนไม่มาก โดยที่ผลกระทบของการรวมธุรกิจแบบหลากหลายอันเป็นการกีดกันการ ประกอบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ จะทวีความรุนแรงมากขึ้นเมื่อผู้ซื้อหรือผู้บริโภคเริ่มมี แนวโน้มที่จะซื้อสินค้าหรือบริการดังกล่าวรวมกันมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ ในการประเมินว่าผู้ประกอบธุรกิจมีความสามารถในการกีดกันการ ประกอบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่นั้น คณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้กำหนดเงื่อนไขที่ จำเป็นต่อการมีพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจ 2 เงื่อนไขหลัก ๆ ได้แก่

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นจะต้องมีอำนาจตลาดอย่างมี นัยสำคัญอย่างน้อยตลาดหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ โดยที่อำนาจตลาดดังกล่าวอาจไม่ถึง ขนาดทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดในตลาดก็ได้ แต่อย่างน้อยจะต้องมีอำนาจ ตลาดในลักษณะที่ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในตลาดนั้น มองว่าผลิตภัณฑ์หนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจมีความ จำเป็น และมีสินค้าหรือบริการที่สามารถนำมาใช้ทดแทนเป็นทางเลือกในตลาดอยู่น้อย โดยอาจ พิจารณาได้จากความแตกต่างของผลิตภัณฑ์และความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการของผู้ ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นผู้แข่งขัน

(2) ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคจำนวนหนึ่งที่มีนัยสำคัญ มีความต้องการใช้ ผลิตภัณฑ์ทั้ง 2 ชนิดที่เป็นของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ซึ่งหากผู้ซื้อหรือผู้บริโภคไม่มีความต้องการ จะต้องใช้ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวทั้ง 2 ชนิดแล้ว พฤติกรรมการขายพ่วงหรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์เป็น ชุด ๆ ที่บังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อผลิตภัณฑ์ทั้ง 2 ชนิดมักจะไม่ประสบความสำเร็จ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ซื้อ หรือผู้บริโภคจำนวนมากจะต้องมีความต้องการซื้อสินค้าทั้ง 2 ชนิดพร้อมกันในเวลาเดียวกันเป็นปกติ อยู่แล้ว

ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ สามารถตอบโต้ พฤติกรรมการขายพ่วงของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพในระยะเวลาที่เหมาะสม หรือไม่ ซึ่งอาจประเมินได้จากพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งกัน หรือพฤติกรรม ของผู้บริโภคซึ่งมีการสนับสนุนผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ เพื่อให้สามารถรักษาการแข่งขันในตลาดไว้

ได้ หรือการมีพฤติกรรมซื้อผลิตภัณฑ์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจขายพ่วงมาจำหน่ายแยกกันในภายหลัง หรือมีการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจรายใหม่

ตัวอย่างการรวมธุรกิจแบบหลากหลายที่เกิดขึ้นมักเป็นกรณีการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการในตลาดภูมิศาสตร์คนละแห่งกัน เช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Pernod Ricard ที่เป็นผู้ผลิตและจัดจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยเฉพาะเครื่องดื่มจำพวกไวน์และสปิริตในตลาดทั่วโลก กับบริษัท V&S รัฐวิสาหกิจของประเทศสวีเดนที่ประกอบธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องดื่มจำพวกไวน์และสปิริต โดยมุ่งเน้นการทำตลาดเฉพาะในกลุ่มประเทศยุโรปโซนเหนือ ซึ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าว คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปพบว่า การรวมธุรกิจนั้นไม่ก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบการมีความสามารถในการมีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันจากผู้ประกอบการรายอื่นด้วยวิธีการขายพ่วง หรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์เป็นชุดรวมกัน เนื่องจากปรากฏว่าผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดนั้นล้วนเป็นผู้ประกอบการที่มีศักยภาพในการแข่งขัน และมีตราสินค้าที่แข็งแกร่งในตลาดเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากผู้ประกอบการมีพฤติกรรมดังกล่าวแล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนเองได้ จึงพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบการทำการรวมธุรกิจนั้นได้

ข. แรงจูงใจในการมีพฤติกรรมดังกล่าว โดยที่ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจจะต้องทำการชั่งน้ำหนักระหว่างต้นทุนการจำหน่ายสินค้าเป็นชุดหรือขายพ่วง กับประโยชน์ที่อาจได้รับจากพฤติกรรมดังกล่าว อันได้แก่ส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องนั้น โดยที่คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาจากโครงสร้างความเป็นเจ้าของกิจการ ลักษณะของกลยุทธ์การจำหน่ายสินค้าที่ผ่านมาในอดีต รวมถึงเอกสารภายในที่เกี่ยวข้อง เช่น แผนธุรกิจ เป็นต้น โดยที่ในการพิจารณาแรงจูงใจในการมีพฤติกรรมกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นนั้น คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจะมีปัจจัยหลัก ๆ 2 ประการที่ใช้ในการพิจารณา

(1) ผลกระทบต่อกำไรของผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมกีดกันผู้ประกอบการรายอื่น ๆ เช่น รายได้ที่ผู้ประกอบการอาจสูญเสียไปจากผู้ซื้อที่ต้องการสินค้าหรือบริการเพียงชนิดเดียว หรือผู้ซื้อที่เปลี่ยนไปใช้ผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบการอื่นที่เป็นคู่แข่งแทน

(2) กำไรที่เพิ่มขึ้นของสินค้าที่ผู้ประกอบการทำการขายพ่วงหรือจำหน่ายเป็นชุด โดยพิจารณาได้จากยอดขายหรือส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้นภายหลังจากที่ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมดังกล่าว

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Koninlijke Philips Electronics ซึ่งประกอบธุรกิจจำหน่ายผลิตภัณฑ์เครื่องใช้ไฟฟ้าจำนวนหลายประเภท กับบริษัท

Saeco International Group ที่ประกอบธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องชงกาแฟ³¹⁸ ซึ่งอาจนำไปสู่การมีพฤติกรรมการขายพ่วงหรือจำหน่ายสินค้าเป็นชุดเกิดขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ดี คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปพิจารณาแล้วพบว่าในตลาดดังกล่าวนั้นมีผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งชั้นอีกหลายราย และผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจไม่เคยมีพฤติกรรมการขายพ่วงสินค้าของตนเองมาก่อนในอดีต ดังนั้น แม้เครื่องใช้ไฟฟ้าบางชนิดของบริษัท Philips นั้นจะเป็นผลิตภัณฑ์ที่มีความจำเป็นในสายตาของผู้บริโภค แต่ผู้ประกอบการก็มีแรงจูงใจน้อยมากที่จะทำการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเหล่านั้นพ่วงกับเครื่องชงกาแฟ เนื่องจากผู้ซื้อจำนวนมากไม่มีความต้องการซื้อผลิตภัณฑ์ทั้งสองชนิดร่วมกัน

ค. ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด โดยการที่ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมการขายพ่วงหรือจำหน่ายเป็นชุดนั้น อาจทำให้ยอดขายของผู้ประกอบที่เป็นคู่แข่งชั้นลดลงและอาจนำไปสู่การลดลงของความสามารถในการแข่งขันหรือแรงจูงใจที่ผู้ประกอบการอื่นต้องการจะแข่งขัน ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะประเมินจากปัจจัยต่าง ๆ ที่ส่งผลเป็นการตอบโต้พฤติกรรม เช่นว่านั้นของผู้ประกอบธุรกิจในแนวทางเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวตั้ง

ประการแรกคือการพิจารณาว่า การมีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น มีแนวโน้มที่จะทำให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ต้องออกไปจากตลาดหรือเป็นการกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หรือเป็นการทำให้แรงจูงใจในการลงทุนเพื่อวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ลดน้อยลง

ประการถัดมาคือการพิจารณาว่า พฤติกรรมกีดกันการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น จะต้องส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการในตลาดทั้งหมด เพราะหากปรากฏว่ายังมีผู้ประกอบการรายอื่นที่สามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมีความสามารถในการขยายกิจการของตนได้ เช่นนี้พฤติกรรมการขายพ่วงก็มีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นได้น้อย

ประการสุดท้าย ถ้าหากผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะมีแนวโน้มในการเข้าสู่ตลาดได้ภายในระยะเวลาอันสมควร และเป็นการเข้าสู่ตลาดที่เพียงพอในการต่อต้านพฤติกรรมดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนี้แล้ว ยังต้องพิจารณาถึงความสามารถในการปกป้องตนเองของผู้ซื้อในตลาดโดยอาศัยอำนาจของผู้ซื้อในตลาดอีกด้วย ซึ่งล้วนเป็นปัจจัยที่ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถมีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันด้วยวิธีการขายพ่วงหรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์เป็นชุด ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

³¹⁸ Koninlijke Philips Electronics/Saeco International Group (Case COMP/M.5547) [2009] OJ C 185/02.

3.2.6.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายในบางกรณีอาจเป็นเหตุให้จำนวนผู้ประกอบการธุรกิจที่มีประสิทธิภาพในตลาดนั้นลดลง จนทำให้การร่วมมือกันโดยปริยายในตลาดสามารถเกิดขึ้นได้นอกจากนั้นแล้ว การรวมธุรกิจแบบหลากหลายยังอาจทำให้การทำสัญญาระหว่างตลาดสินค้าหรือบริการต่างชนิดนั้นมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอาจใช้กลยุทธ์การทำสัญญาระหว่างตลาดมาเป็นกลไกในการป้องกันหรือตอบโต้พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เบี่ยงเบนไปจากการมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดได้ จึงทำให้โอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมร่วมกันนั้นจะเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนเป็นไปได้อย่างขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีความสามารถในการตอบโต้ด้วยพฤติกรรมในตลาดสินค้าหรือบริการหลายตลาด ดังนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนดังกล่าวแล้ว การตอบโต้จากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ก็จะมี ความรุนแรงมากขึ้น และด้วย ความรุนแรงที่มากขึ้นของการตอบโต้การเบี่ยงเบนพฤติกรรมจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนี้ ทำให้แรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่จะ มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมร่วมกันนั้นมีน้อยลง อันจะก่อให้เกิดผลจากพฤติกรรมร่วมกันในตลาดนั้นเป็นไปอย่างยั่งยืนในท้ายที่สุด³¹⁹

ตัวอย่างการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลายในสหภาพยุโรปที่มีความสำคัญ คือกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Procter & Gamble ที่ประกอบธุรกิจผลิตเครื่องใช้ภายในครัวเรือน ผลิตภัณฑ์ความงาม สินค้าสำหรับเด็กและครอบครัว กับบริษัท Gillette ที่ประกอบธุรกิจผลิตผลิตภัณฑ์สำหรับดูแลช่องปาก เครื่องใช้ไฟฟ้าขนาดเล็ก แบตเตอรี่ พกพา ไข่มืดและที่โกนหนวด รวมถึงผลิตภัณฑ์ดูแลสุขภาพส่วนบุคคล³²⁰ ซึ่งสินค้าส่วนใหญ่ของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายนั้นอยู่ในตลาดสินค้าที่แตกต่างกัน คงมีเพียงเฉพาะแปรงสีฟันไฟฟ้า โดยแบ่งเป็นตลาดแปรงสีฟันไฟฟ้าแบบที่ต้องใช้ถ่านและแปรงสีฟันไฟฟ้าที่สามารถชาร์จได้เท่านั้น ที่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายมีการประกอบธุรกิจทับซ้อนกัน ซึ่งภายหลังจากการรวมธุรกิจผู้ประกอบการธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดแปรงสีฟันไฟฟ้าในประเทศต่าง ๆ สูงที่สุดในหลายประเทศ โดยในบางประเทศนั้นผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 80% ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ซึ่งนอกเหนือจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัจจัยเกี่ยวกับอำนาจของผู้ซื้อในตลาดที่สามารถบรรเทาผลกระทบจากการรวมธุรกิจได้แล้ว เมื่อพิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องต่างมีผลเป็นการสนับสนุนข้อ

³¹⁹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.376.

³²⁰ Procter & Gamble/Gillette (Case COMP/M.3732) [2005] OJ C 139/10.

สันนิษฐานว่าการมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงนั้น ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมอันก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันในตลาดได้ภายหลังจากการรวมธุรกิจ

คณะกรรมการของสหภาพยุโรปพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด แล้วพบว่า การเข้าสู่ตลาดแปรงสีฟันไฟฟ้าที่ใช้ถ่านนั้นเป็นเพียงจุดเริ่มต้นของการเข้าสู่ตลาดแปรงสีฟันไฟฟ้า ภายหลังจากที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้เริ่มผลิตแปรงสีฟันไฟฟ้าที่ใช้ถ่านจนมีความรู้และความสามารถเพียงพอแล้ว ผู้ประกอบการธุรกิจอาจสามารถพัฒนาเทคนิคจนสามารถผลิตแปรงสีฟันไฟฟ้าที่สามารถชาร์จได้ซึ่งก่อให้เกิดกำไรมากกว่า ซึ่งการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจจะทำให้การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจเป็นไปได้ยากยิ่งขึ้น เนื่องจากจะต้องเผชิญกับการแข่งขันกับผู้ประกอบการธุรกิจที่สามารถผลิตสินค้าได้ทุกรูปแบบและเป็นสินค้าที่ได้รับการยอมรับจากผู้บริโภคทั่วไป ดังนั้น คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจึงตัดสินใจว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวส่งผลเป็นการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีนัยสำคัญในสหภาพยุโรปได้

นอกจากนี้ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปยังพิจารณาต่อไปว่าการที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจทั้งสองราย เป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์ที่ถือได้ว่าเป็นสินค้าที่ต้องมีจำหน่ายในร้านค้า กล่าวคือเป็นสินค้าที่ร้านค้าปลีกส่วนใหญ่มีความต้องการจำหน่ายเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นสินค้ายี่ห้อ Pringles Olay Head&Shoulders และ Pantene ของบริษัท Procter & Gamble กับสินค้ายี่ห้อ OralB Gillette Duracell และ Braun ของบริษัท Gillette อันแสดงให้เห็นว่านอกจากผลิตภัณฑ์ดูแลช่องปากแล้ว ผู้ประกอบการธุรกิจทั้งสองรายยังมีสถานะที่แข็งแกร่งในตลาดสินค้าประเภทอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องระหว่างกันด้วยนั้น อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะที่พบจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลายได้ด้วยหรือไม่ โดยที่การรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นได้ หากผู้ประกอบการธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมจำหน่ายสินค้าเป็นชุดได้ กล่าวคือ การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถบังคับจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ตราสินค้ายังอ่อนแออยู่ให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งจะส่งผลเป็นการกีดกันมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งเข้าถึงผู้ค้าปลีกซึ่งมีพื้นที่จำหน่ายสินค้าอย่างจำกัดได้ รวมถึงยังส่งผลเป็นการกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้โดยง่ายอีกด้วย

อย่างไรก็ดี คณะกรรมการของสหภาพยุโรปพบว่า การรวมธุรกิจนั้นไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดจากพฤติกรรมการขายสินค้าเป็นชุดโดยผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ เนื่องจากในตลาดสินค้าแต่ละชนิดนั้นต่างมีผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งรายสำคัญซึ่งประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายสินค้าหลายชนิดเช่นเดียวกับผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ และผู้ค้าปลีกสินค้าเหล่านั้นต่างมีความสามารถและมีแรงจูงใจในการตอบโต้ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจได้เช่นกัน เนื่องจากการมีทางเลือกในการซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการราย

อื่น ๆ ที่หลากหลาย ดังนั้น หากผู้ประกอบการธุรกิจมีพฤติกรรมดังกล่าวแล้วจะต้องเผชิญกับความเสียหายที่เกิดจากอำนาจของผู้ซื้อและผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ

คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปยังคำนึงถึงความสามารถในการบริหารจัดการหมวดหมู่สินค้า (category management) ของผู้ประกอบการด้วย ซึ่งกลยุทธ์ดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ประกอบการสามารถทราบถึงปริมาณความต้องการของผู้บริโภค ทำให้ผู้ค้าปลีกสามารถกำหนดปริมาณการสั่งซื้อสินค้าได้อย่างเหมาะสม และยังทราบถึงระดับราคา รวมถึงโปรโมชั่นที่ทำให้สินค้านั้นจำหน่ายได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย ซึ่งการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจนำไปสู่การมีพฤติกรรมร่วมกันโดยปริยายในตลาดได้ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปนำผลจากการที่ผู้ประกอบการเป็นผู้บริหารจัดการหมวดหมู่สินค้าในตลาดมาประกอบกับระดับส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดแล้ว พบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดการส่งเสริมการแข่งขันในตลาดมากกว่า เนื่องจากนโยบายการบริหารจัดการหมวดหมู่สินค้านั้นก่อให้เกิดผลดีต่อผู้ประกอบการทุกรายที่สามารถผลิตและจำหน่ายสินค้าได้ตรงตามปริมาณความต้องการของผู้บริโภค อีกทั้งผู้ค้าปลีกก็สามารถบริหารจัดการการกักเก็บสินค้าได้ในปริมาณที่เหมาะสมและเพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภค จึงพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย

ดังนั้น คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจึงยอมรับข้อเสนอของผู้ประกอบการธุรกิจที่จะจำหน่ายกิจการที่เกี่ยวข้องกับแรงสีฟันไฟฟ้าบางส่วนออกไป อันทำให้การรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ส่งผลเป็นการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป และอนุญาตให้ผู้ประกอบการดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้

3.2.8 ข้อยกเว้น

ดังที่กล่าวในตอนต้นแล้วว่า การรวมธุรกิจที่เข้าข่ายจะต้องขออนุญาตรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปนั้น จะต้องเป็นการรวมธุรกิจที่อยู่ในมิติของสหภาพยุโรป โดยแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก ผู้ประกอบการธุรกิจทุกรายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมียอดขายรายทั่วโลกรวมกันเกินกว่า 5,000 ล้านยูโร โดยที่แต่ละรายมียอดขายในสหภาพยุโรปเกินกว่า 250 ล้านยูโร หรือกรณีที่สอง คือ ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจทุกรายมียอดขายรายทั่วโลกรวมกันเกินกว่า 2,500 ล้านยูโร โดยที่ผู้ประกอบการเกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจอย่างน้อย 2 ราย มียอดขายในสหภาพยุโรปเกินกว่า 100 ล้านยูโร และผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจทั้งหมดมียอดขายรวมกันในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปอย่างน้อย 3 ประเทศ เกินกว่า

ประเทศละ 100 ล้านยูโร โดยที่ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจอย่างน้อย 2 ราย มี ยอดเงินขายในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องข้างต้น เกินกว่าประเทศละ 25 ล้านยูโร

ดังนั้น หากการรวมธุรกิจใด ไม่เข้าข่ายเป็นการรวมธุรกิจในมิติของสหภาพยุโรปแล้ว เช่นนี้ ย่อมจะได้รับยกเว้นไม่จำเป็นต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรป ภายใต้ ระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004 นอกจากนี้ มาตรา 3 (5) ของระเบียบฉบับดังกล่าวยังได้กำหนดให้การได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบ ธุรกิจอื่นในบางกรณีนั้น ไม่ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกัน ของผู้ประกอบการครั้งนี้ด้วย³²¹ กล่าวคือ

(1) การได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์โดยสถาบันทางการเงิน หรือโดยผู้ประกอบการที่ ประกอบกิจการซื้อขายหลักทรัพย์เพื่อตนเองหรือผู้อื่นเป็นปกติ เนื่องจากการได้มาซึ่งหุ้นในลักษณะ ดังกล่าวมักจะมีลักษณะเป็นการถือครองอำนาจในการควบคุมกิจการเพียงชั่วคราวเท่านั้น จึงไม่อาจ ถือว่าเป็นการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่นตามเจตนารมณ์ของระเบียบ สหภาพยุโรปฉบับดังกล่าวนี้

(2) การได้มาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการลงทุนซึ่งไม่มีแนวโน้มจะใช้สิทธิในการออก เสี่ยงเกินไปกว่าการปกป้องมูลค่าของกิจการนั้น กล่าวคือ เป็นการได้มาซึ่งหุ้นตามกฎหมายภายในของ ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป อันเกี่ยวข้องกับการชำระบัญชี การเลิกกิจการ การล้มละลาย การ พิทักษ์ทรัพย์ หรือกระบวนการทางกฎหมายอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน อันถือได้ว่ามิได้ก่อให้เกิดการ เปลี่ยนแปลงอำนาจในการควบคุมกิจการตามความเป็นจริง เพราะผู้ครอบครองหุ้นหรือสินทรัพย์ ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการใช้สิทธิออกเสียงเพื่อปกป้องมูลค่าในการลงทุนของกิจการ โดยมีได้ เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันของกิจการนั้นแต่อย่างใด

3.3 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของ ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจสูงที่สุดในทวีปเอเชีย โดยใช้ระบบ เศรษฐกิจแบบเสรีนิยม และเป็นประเทศที่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกมาบังคับใช้เป็น ประเทศแรกในทวีปเอเชีย ดังนั้น ประเทศญี่ปุ่นจึงมีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน

³²¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.p.126.

ทางการค้ามาอย่างยาวนาน³²² การศึกษาแนวคิดในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศในเอเชียที่รับแนวคิดการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกามาใช้ให้เหมาะสมกับประเทศของตนเอง จึงจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศไทยต่อไปในอนาคต

การศึกษาแนวคิดในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศญี่ปุ่นเริ่มต้นจากการศึกษาความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ การกำหนดขอบเขตตลาด ปัจจัยที่นำมาใช้ในการพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ และข้อยกเว้นของการรวมธุรกิจที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น

3.3.1 ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น (The Antimonopoly Act: AML) ถูกยกร่างโดยใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาซึ่งได้แก่ Sherman Act 1890, Clayton Act 1914 และ Federal Trade Act 1914 เป็นต้นแบบ ในปี ค.ศ. 1947 เพื่อสร้างและคุ้มครองระบบการแข่งขันที่เสรีระหว่างบรรดาผู้ประกอบการ ซึ่งนับเป็นหนึ่งในประเทศที่มีบทบัญญัติที่ควบคุมการรวมธุรกิจอย่างเข้มงวด และมีข้อยกเว้นน้อยมาก ในขณะที่ประเทศอื่น ๆ จำนวนมากในเวลาขณะนั้น ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นได้นำระบบการแจ้งการรวมธุรกิจเป็นการล่วงหน้า (pre-merger notification) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 ซึ่งถือว่าเป็นหน้าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ค.ศ. 1973) สหรัฐอเมริกา (ค.ศ. 1976) และสหภาพยุโรป (ค.ศ. 1989) เป็นเวลานานหลายปี เนื่องมาจากความกลัวในการกลับมาของกลุ่มไชนัต์ส์ อันเป็นกลุ่มอุตสาหกรรมผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งการพยายามทำให้กลุ่มไชนัต์ส์นั้นสลายตัวกันถือเป็นวัตถุประสงค์สำคัญในการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นขึ้นมา³²³

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1953 กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ได้ถูกแก้ไขให้ผ่อนคลายความเข้มงวดลง ซึ่งรวมถึงการควบคุมการรวมธุรกิจที่เข้มงวดก็ได้ผ่อนคลายลงด้วยเช่นกัน โดยมีการนำ

³²² ศักดา ธนิตกุล และณัชพล จิตติรัตน์, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น," ใน *กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย*, ศักดา ธนิตกุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 29.

³²³ Etsuko Kameoka, *Competition Law and Policy in Japan and the EU* (Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2014), pp.96 - 97.

แนวคิดเกี่ยวกับการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญมาปรับใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด และมีการจัดตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทย (Japan Fair Trade Commission: JFTC)³²⁴ ขึ้นในปีเดียวกันนั้น โดยมีการแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าวครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2010 ซึ่งมีผลบังคับอยู่ในปัจจุบัน³²⁵

ถึงกระนั้นก็ตาม การบังคับใช้มาตรการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดในช่วงเวลาดังกล่าว ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่เศรษฐกิจในประเทศญี่ปุ่นกำลังเติบโตอย่างรวดเร็ว ถูกต่อต้านจากกระทรวงการค้าระหว่างประเทศและอุตสาหกรรม (Ministry of International Trade and Industry: MITI) เป็นอย่างมาก เนื่องจากเห็นว่ามาตรการจำกัดการรวมธุรกิจนั้นไม่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมนโยบายอุตสาหกรรมของประเทศ และยังเป็นการขัดขวางการเติบโตของกิจการในประเทศญี่ปุ่นอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ ในช่วงเวลาดังกล่าวคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจึงต้องทุ่มเทให้การปกป้องนโยบายการแข่งขันจากการถูกโจมตีจากกระทรวงการค้าระหว่างประเทศและอุตสาหกรรมเป็นอย่างมาก จนทำให้ไม่มีการพัฒนามาตรการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายแต่อย่างใด จนกระทั่งภายหลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1976 ประเทศญี่ปุ่นก็ได้รับความกดดันจากภายนอกประเทศ จนทำให้แนวคิดในการปกป้องอุตสาหกรรมของชาติค่อย ๆ ลดลงไปในที่สุด³²⁶

ในเวลาต่อมา ด้วยความกดดันจากการแข่งขันระหว่างประเทศต่าง ๆ ในระดับโลก และการเพิ่มขึ้นของธุรกรรมรวมธุรกิจ ทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นได้รับการพัฒนาเป็นอย่างมากตั้งแต่ทศวรรษ 1990 เป็นต้นมา จนถึงเป็นจุดเปลี่ยนของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศญี่ปุ่นในปี ค.ศ. 2004 ภายหลังจากมีการแก้ไขแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด³²⁷ โดยที่ตั้งแต่มีการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในปี ค.ศ. 1953 เป็นต้นมาจนถึงปี ค.ศ. 2004 มีการพิจารณาห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจกันเพียง 1 ครั้งเท่านั้น³²⁸ ซึ่งต้นเหตุอาจเนื่องมาจากการที่

³²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49 - 50.

³²⁵ Taisuke Igaki and Yosuke Yamaguchi, "Japan," in *Mergers and Acquisitions in North America, Latin America, Asia and the Pacific: Selected Issues and Jurisdictions*, ed. Dennis Campbell (The Hague: Kluwer Law International, 2011), p.379.

³²⁶ Etsuko Kameoka, *Competition Law and Policy in Japan and the EU*, pp.97 - 98.

³²⁷ Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, 31 May 2004.

³²⁸ Danny Abir, "Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis," *International Tax & Business Lawyer* 13, 2 (1996): 168.

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นมีระบบการให้คำปรึกษาล่วงหน้าอย่างไม่เป็นทางการแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสงค์จะทำการรวมธุรกิจ โดยผู้ประกอบการจะทำแผนการรวมธุรกิจมาให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาก่อน เมื่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วเห็นว่าอาจขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ก็จะแนะนำให้ทำการปรับปรุงแก้ไขแผนการรวมธุรกิจที่เสนอมานั้นก่อน หรือให้ผู้ประกอบการเสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมาโดยสมัครใจ³²⁹ จึงทำให้มีจำนวนประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่น้อย³³⁰

นอกจากนี้แล้ว การพิจารณาการรวมธุรกิจตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในอดีตก็มีลักษณะที่ทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศญี่ปุ่นเป็นไปได้ยากลำบาก เนื่องจากแนวปฏิบัติในอดีตนั้นไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาต่าง ๆ ไว้ โดยเฉพาะ อีกทั้งไม่มีการกำหนดลำดับความสำคัญของปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณา รวมถึงแนวทางในการประเมินปัจจัยต่าง ๆ ไว้ในแนวปฏิบัติแต่อย่างใด คงมีเพียงแต่การกำหนดนิยามของปัจจัยต่าง ๆ ไว้อย่างเป็นทางการเท่านั้น ดังนั้น ในเวลาพอดิบที่ประเทศญี่ปุ่นต้องการดำเนินการตามแผนปรับปรุงและปฏิรูปกฎหมายภายในประเทศ ผนวกกับการมีแรงกดดันจากทั้งภายในและภายนอกประเทศญี่ปุ่นให้มีการแก้ไขกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นโดยการผนวกกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเข้าด้วยกัน ทำให้ในปี ค.ศ. 2004 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขแนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดครั้งใหญ่ที่มีความแตกต่างจากเดิมเป็นอย่างมาก³³¹

การแก้ไขปรับปรุงแนวทางในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศญี่ปุ่นนั้น มีการนำแนวปฏิบัติในการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกามาเป็นต้นแบบจนทำให้แนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจของประเทศญี่ปุ่นมีลักษณะคล้ายกับของสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก กล่าวคือ แนวปฏิบัติฉบับใหม่นี้นำแนวคิดเกี่ยวกับการทดแทนกันมาปรับใช้ในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาด

³²⁹ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, 2nd ed. (Nevada: JSPS Kakenhi, 2018), p.5.

³³⁰ Yusuke Nakano and Taku Matsumoto, "Japan," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, eds. Katrina Grosinski and Caitlin Davies (The Hague: Kluwer Law International, 2015), p.399.

³³¹ Salil K. Mehra, "Same Plant, Different Soil: Japan's New Merger Guidelines," *Northwestern Journal of International Law & Business* 26, 3 (Spring 2006): 516 - 517, 519, 521.

และอธิบายแนวทางในการกำหนดขอบเขตตลาดไว้อย่างละเอียด แตกต่างจากแนวปฏิบัติฉบับเดิมที่ได้อธิบายวิธีการในการกำหนดขอบเขตตลาดไว้อย่างสั้น ๆ³³²

อย่างไรก็ดี การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญที่สุดในการพิจารณาการรวมธุรกิจคือการกำหนดวิธีการประเมินการกระจุกตัวของตลาด โดยที่แนวปฏิบัติฉบับใหม่นี้ได้นำวิธีการประเมินการกระจุกตัวของตลาดโดยใช้ดัชนี HHI แบบเดียวกับแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกามาใช้ ทำให้การพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นมีความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น³³³ ซึ่งเป็นวิธีการที่ปรับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

นอกจากการแก้ไขปรับปรุงแนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจในปี ค.ศ. 2004 แล้ว ต่อมาในปี ค.ศ. 2010 ก็มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นด้วยเช่นกัน ซึ่งมีการปรับปรุงแก้ไขรูปแบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจไปเป็นอย่างมากเช่นกัน กล่าวคือจากที่ในอดีตนั้น การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจครั้งใดที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องดำเนินการขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จะพิจารณาโดยนำสินทรัพย์สุทธิของผู้ประกอบธุรกิจมาเป็นเกณฑ์สำคัญ ขณะที่ภายหลังจากการแก้ไขแล้ว ได้มีการกำหนดให้ใช้ยอดขายภายในประเทศของผู้ประกอบธุรกิจมาเป็นเกณฑ์ นอกจากนี้ ยังมีการเปลี่ยนแปลงจากการพิจารณาผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะ เป็นการพิจารณาถึงอำนาจควบคุมกลุ่มองค์กรธุรกิจทั้งหมด และมีเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากภายในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ถูกแก้ไขในปี ค.ศ. 2010 นี้³³⁴

3.3.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล

รูปแบบของธุรกรรมต่าง ๆ ที่ถือเป็นการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นนั้น มีที่มาจากลักษณะของธุรกรรมต่าง ๆ ซึ่งส่งผลเป็นการทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายมีลักษณะรวมตัวกันที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่นมา ดังนั้น นิยามของลักษณะของธุรกรรมต่าง ๆ ตามแนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น จึงสอดคล้องกับนิยามและลักษณะของธุรกรรมเหล่านั้นที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่นด้วย³³⁵

³³² *ibid.*, 517.

³³³ *ibid.*, 519.

³³⁴ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, eds. Maher Dabbah and Paul Lasok QC (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p.845.

³³⁵ *ibid.*, p.852.

โดยที่รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นถูกแบ่งออกได้เป็น 6 ประเภทใหญ่ ๆ ตามแนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด ดังต่อไปนี้

3.3.2.1 การได้มาซึ่งหุ้น

รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลเป็นรูปแบบแรก คือ การได้มาซึ่งหุ้น ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด มาตรา 10 และมาตรา 14 ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ การได้มาซึ่งหุ้นโดยบริษัท ตามมาตรา 10 และการได้มาซึ่งหุ้นโดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากนิติบุคคล ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท ตามมาตรา 14

ก. การได้มาซึ่งหุ้นโดยบริษัท ตามมาตรา 10 โดยที่การได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทอื่นจะถือว่าเป็นการรวมธุรกิจนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็นอีก 2 กรณี³³⁶ ได้แก่

(1) การได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหนึ่งเป็นจำนวนเกินกว่า 50% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดในบริษัทนั้น

(2) การได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหนึ่งเป็นจำนวนเกินกว่า 20% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดในบริษัทนั้น โดยที่การได้มาซึ่งหุ้นจำนวนดังกล่าวทำให้บริษัทที่ได้รับหุ้นมากกลายเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ที่สุดของบริษัท

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหนึ่งเป็นจำนวนไม่ถึง 20% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด ผู้ประกอบธุรกิจยังอาจถูกพิจารณาว่าการได้มาซึ่งหุ้นดังกล่าวก่อให้เกิดความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างระหว่างบริษัทได้ โดยพิจารณาจากปัจจัยอื่น ๆ เช่น การมีพนักงานไขว้กันระหว่างบริษัท หรือการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทเป็นรายกรณีไป เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหนึ่งเป็นจำนวนไม่ถึง 10% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด หรือการได้มาซึ่งหุ้นนั้นมิได้ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่สุด 3 อันดับแรกของบริษัทนั้น เช่นนี้จะถือว่าการได้มาซึ่งหุ้นดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างระหว่างกัน จึงไม่ถือเป็นการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น³³⁷

³³⁶ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.3.

³³⁷ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.119.

ข. การได้มาซึ่งหุ้นโดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท ตามมาตรา 14 โดยที่บุคคลอื่นนั้นไม่จำเป็นต้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่ว่าผู้ที่ได้รับหุ้นของบริษัทอื่นมานั้นจะมีสถานะเป็นมูลนิธิ สมาคม หรือแม้แต่เป็นบุคคลธรรมดาก็ตาม หากได้รับหุ้นมาในจำนวนเกินกว่าที่กำหนดไว้ในกรณีที่บริษัทได้รับหุ้นมาตามมาตรา 10 ก็ถือถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งด้วยเช่นเดียวกัน³³⁸

การร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าโดยผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป ร่วมกันถือหุ้นในกิจการร่วมค้าดังกล่าวก็ถือเป็นการรวมธุรกิจในรูปแบบนี้ด้วยเช่นกัน โดยที่ธุรกรรมดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างกิจการร่วมค้านั้นกับผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นที่ร่วมกันก่อตั้งกิจการ ซึ่งทำให้ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวอาจมีความสัมพันธ์ในการบริหารจัดการกิจการร่วมค้าดังกล่าว และอาจนำไปสู่การร่วมมือกันในการกิจการของตนเอง อันเรียกว่าเป็นการก่อให้เกิดความสัมพันธ์โดยอ้อม ซึ่งถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาว่าการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าว เป็นการทำให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่เกี่ยวข้องนั้นเกิดการรวมกันหรือไม่ ซึ่งการรวมกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้³³⁹

ตัวอย่างเช่น ในคดี *Nippon Paper/Tokushu Tokai* อันเป็นการก่อตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัท Nippon Paper Industries กับบริษัท Tokushu Tokai Paper ที่เป็นผู้ผลิตและจัดจำหน่ายกระดาษ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายต้องการรวมแผนจำหน่ายกระดาษไม่เคลือบเงา และแกนกระดาษสำหรับใช้ในกิจการร้านค้าของตนเข้าด้วยกัน และจัดตั้งขึ้นเป็นกิจการร่วมค้าขึ้นใหม่เพื่อบริหารจัดการการจำหน่ายสินค้าดังกล่าวแยกต่างหากจากบริษัทเดิม ทำให้กิจการร่วมค้าที่ก่อตั้งขึ้นนั้นมีส่วนร่วมในการจำหน่ายสินค้าบางประเภทของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองราย ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วพบว่าการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าว ก่อให้เกิดความสัมพันธ์โดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองราย อันอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อ

³³⁸ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.5.

³³⁹ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, pp.119 - 120.

การแข่งขันในตลาดได้ ธุรกิจดังกล่าวจึงถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่ต้องได้รับอนุญาตจาก คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อน จึงจะสามารถดำเนินการได้³⁴⁰

3.3.2.2 การตั้งกรรมการหรือพนักงานไขว้ระหว่างนิติบุคคล

ธุรกิจรูปแบบที่สองที่ถือเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น ได้แก่ การตั้งกรรมการหรือพนักงานไขว้กันระหว่างนิติบุคคล (interlocking directorates) โดยที่มาตรา 13 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้การที่ พนักงานหรือลูกจ้างของบริษัทหนึ่ง มีสถานะเป็นพนักงานหรือลูกจ้างของอีกบริษัทหนึ่งในเวลา เดียวกันนั้น ถือเป็นการรวมรูปแบบหนึ่งที่สามารถทำให้การแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งลดลง อย่างมีนัยสำคัญได้เช่นกัน

ทั้งนี้ ภายใต้แนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ให้ความหมายของพนักงานของบริษัทไว้ว่า หมายถึง พนักงานในระดับต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น เป็นทรัสต์ ผู้อำนวยการ ผู้บริหาร กรรมการ ผู้ตรวจสอบบัญชี หรือพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่ในระดับ เดียวกันที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของบริษัท โดยรวมถึงที่ปรึกษาของบริษัท หรือบุคคลใดก็ตาม ที่มีอำนาจหน้าที่ในทำนองเดียวกัน ซึ่งมักจะเข้าร่วมการประชุมเกี่ยวกับการบริหารงานของบริษัท ก็จะต้องตกอยู่ใต้บังคับของบทบัญญัตินี้ทั้งสิ้น ขณะที่ลูกจ้างของบริษัทนั้น หมายถึงบุคคลใดก็ตามที่ มิได้จัดอยู่ในระดับพนักงานของบริษัทข้างต้น แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงลูกจ้างที่มีลักษณะเป็นเพียงลูกจ้าง ชั่วคราวเท่านั้น

โดยที่การมีสถานะเป็นพนักงานหรือลูกจ้างของบริษัทสองแห่งในเวลา เดียวกัน จะมีสถานะเป็นธุรกิจที่ถูกรับควบคุมตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นก็ ต่อเมื่อได้พิจารณาจากอัตราส่วนของพนักงานหรือลูกจ้างในบริษัท หรืออำนาจในการเป็นตัวแทนของ บริษัทแล้ว พบว่ามีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

ก. พนักงานหรือลูกจ้างในบริษัทหนึ่งจะต้องมีสถานะเป็นพนักงานหรือ ลูกจ้างส่วนมากของอีกบริษัทหนึ่งด้วย หรือ

ข. พนักงานระดับผู้อำนวยการที่มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทหนึ่ง มี อำนาจในการกระทำการแทนอีกบริษัทหนึ่งด้วย

³⁴⁰ Japan Fair Trade Commission, "Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2015," [Online] Accessed: 16 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/171020.pdf, pp.4 - 7.

อย่างไรก็ดี ถ้าหากการตั้งกรรมการหรือพนักงานไขว่กันระหว่างนิติบุคคลไม่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้นแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ต่อไป ว่าพฤติการณ์การตั้งกรรมการหรือพนักงานไขว่กันนั้นมีลักษณะที่ทำให้เกิดความสัมพันธ์ร่วมกันระหว่างนิติบุคคลทั้งสองหรือไม่³⁴¹ ได้แก่

ก. พนักงานที่ปฏิบัติงานในนิติบุคคลทั้งสองแห่งนั้นเป็นกรรมการที่มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้นด้วยหรือไม่

ข. อัตราส่วนของพนักงานหรือลูกจ้างที่ปฏิบัติงานในนิติบุคคลทั้งสองแห่ง โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับจำนวนพนักงานและลูกจ้างทั้งหมดในบริษัทหนึ่ง

ค. การถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในกิจการของบริษัททั้งสองแห่ง

ง. ความสัมพันธ์ทางการค้า รวมถึงความสัมพันธ์ทางการเงินและความสัมพันธ์ในลักษณะอื่น ๆ ระหว่างบริษัททั้งสองแห่ง

ทั้งนี้ ในกรณีดังต่อไปนี้ มักจะไม่ถือเป็นการตั้งกรรมการหรือพนักงานไขว่กันระหว่างนิติบุคคลที่เพียงพอจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ร่วมกันระหว่างนิติบุคคลขึ้น และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามักจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาทบทวน กล่าวคือ

ก. กรณีที่บริษัทแห่งหนึ่ง มีพนักงานรายหนึ่งที่มีอำนาจทำการแทนบริษัทอีกแห่งหนึ่ง โดยที่พนักงานหรือลูกจ้างไม่เกิน 10% ของจำนวนพนักงานทั้งหมดของบริษัทแห่งนั้นมีสถานะเป็นพนักงานหรือลูกจ้างในบริษัทของตนเอง หรือ

ข. กรณีที่พนักงานของบริษัท มีสถานะเป็นพนักงานเต็มเวลาของอีกบริษัทหนึ่ง โดยถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงไม่เกิน 10% และพนักงานหรือลูกจ้างไม่เกิน 25% ของจำนวนพนักงานทั้งหมดของบริษัทแห่งนั้นมีสถานะเป็นพนักงานหรือลูกจ้างในบริษัทของตนเองด้วย

3.3.2.3 การควบกิจการ

ในทำนองเดียวกันกับการรวมธุรกิจรูปแบบอื่น ๆ มาตรา 15 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นซึ่งกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบของการควบกิจการก็มิได้กำหนดนิยามของการควบกิจการไว้โดยเฉพาะ โดยที่อาศัยนิยามของการควบกิจการตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่นแทน กล่าวคือ การควบกิจการนั้นหมายถึงการที่บริษัทตั้งแต่ 2

³⁴¹ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.6.

แห่งขึ้นไป ควบเข้ากลายเป็นบริษัทเดี่ยว ซึ่งถือเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปอย่างแน่นแฟ้นที่สุด³⁴²

3.3.2.4 การแตกบริษัท

การแตกบริษัทถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด มาตรา 15-2 โดยที่การแตกบริษัทที่มีสถานะเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งตามกฎหมายหมายถึงกรณีที่มีการแตกบริษัทในรูปแบบที่มีการแยกบริษัทออกเป็นหลายส่วน โดยมีการนำส่วนใดส่วนหนึ่งซึ่งเป็นส่วนสำคัญของบริษัทนั้นไปรวมเข้ากับอีกบริษัทหนึ่ง ซึ่งการแตกบริษัทในลักษณะนี้ มักจะมีผลคล้ายกับการควบกิจการ ทั้งนี้ จะต้องปรากฏว่าส่วนของบริษัทที่แยกออกมานั้น มีศักยภาพเพียงพอที่จะดำเนินการประกอบธุรกิจต่อไปได้โดยลำพัง ถึงแม้ว่าจะไม่มีการรวมธุรกิจเข้ากับบริษัทอื่น ๆ ก็ตาม

อย่างไรก็ดี ตามแนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้น ได้กำหนดนิยามเอาไว้ว่าส่วนสำคัญของบริษัทนั้น มักจะหมายถึงส่วนของธุรกิจที่สร้างรายได้ให้แก่บริษัทเป็นมูลค่าเกินกว่า 5% ของยอดขายทั้งหมดของบริษัท และจะต้องมีมูลค่ามากกว่า 100 ล้านบาทขึ้นไป³⁴³

3.3.2.5 การโอนหุ้นร่วมกัน

การโอนหุ้นร่วมกันอันจะมีสถานะเป็นการรวมธุรกิจซึ่งถูกกำหนดเอาไว้ในมาตรา 15-3 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นนั้น หมายถึงการที่บริษัทหลายแห่งได้ร่วมกันโอนหุ้นทั้งหมดของบริษัทตน ไปยังบริษัทใหม่ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อรับโอนหุ้นทั้งหมดของบรรดาบริษัทเหล่านั้นเข้ามาไว้ด้วยกัน ซึ่งธุรกรรมในลักษณะนี้ก็มักจะก่อผลเช่นเดียวกับการควบกิจการด้วย³⁴⁴

3.3.2.6 การได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์

การรวมธุรกิจรูปแบบสุดท้ายที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น คือ การได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์อื่น ๆ ตามมาตรา 16 ซึ่งการได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์ดังกล่าวจะมีสถานะเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่ง หากเป็นการได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือกิจการทั้งหมดของบริษัท จนส่งผลเสมือนกับการควบกิจการเช่นกัน

³⁴² ibid., p.8.

³⁴³ ibid., p.9.

³⁴⁴ ibid., p.10.

นอกจากนี้ การได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์ที่เป็นส่วนสำคัญ หรือการได้มาซึ่งสินทรัพย์ถาวร (fixed asset) ของบริษัทซึ่งมีไว้ใช้ในการประกอบธุรกิจหลัก ก็ถือเป็นการได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์ที่เป็นการรวมธุรกิจด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งในการพิจารณาว่าสินทรัพย์หรือกิจการใดเป็นส่วนสำคัญของบริษัทนั้น ก็จะใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาเช่นเดียวกันกับกรณีของการแตกบริษัท กล่าวคือ จะต้องมึลักษณะเป็นกิจการหรือสินทรัพย์ที่เพียงพอต่อการดำเนินธุรกิจได้ด้วยตนเอง ซึ่งมีมูลค่าเกินกว่า 5% ของยอดขายทั้งหมดของบริษัท และจะต้องมีมูลค่ามากกว่า 100 ล้านบาทขึ้นไป³⁴⁵

3.3.3 รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น หากผู้ประกอบธุรกิจต้องการดำเนินธุรกรรมต่าง ๆ ที่มีลักษณะการรวมธุรกิจดังที่กล่าวข้างต้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องยื่นขออนุญาตเป็นการล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยครอบคลุมถึงทั้งการรวมธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น และการรวมธุรกิจในต่างประเทศซึ่งอาจมีผลกระทบต่อตลาดของประเทศญี่ปุ่นด้วย³⁴⁶ โดยที่หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นได้พิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าวแล้วเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินธุรกรรมอันมีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจนั้น³⁴⁷ ดังนั้น จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่ารูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นนั้น มีลักษณะเป็นการใช้ระบบอนุญาตเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป

ทั้งนี้ ธุรกรรมที่จะต้องดำเนินการขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น คือธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มียอดขายเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ

- (1) ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นฝ่ายเข้าร่วมธุรกิจมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 2 หมื่นล้านบาท (ประมาณ 6 พันล้านบาท)
- (2) ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นฝ่ายถูกรวมธุรกิจมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 5 พันล้านบาท (ประมาณ 1,500 ล้านบาท)

³⁴⁵ *ibid.*, pp.10 - 11.

³⁴⁶ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, pp.844 - 845.

³⁴⁷ *ibid.*, p.843.

(3) ในกรณีของการรวมธุรกิจในรูปแบบของการได้มาซึ่งหุ้น ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น จะต้องทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าร่วมธุรกิจมีสิทธิในการออกเสียงเกินกว่า 20% ในกรณีที่ เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่สุด หรือ 50% ในกิจการของผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีอื่น ๆ

ภายหลังจากที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว ห้ามมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นภายในระยะเวลา 30 วัน ซึ่ง การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอนใหญ่ ๆ ได้แก่ การพิจารณาในช่วงที่ 1 และการพิจารณาในช่วงที่ 2 โดยที่ปกติแล้วการรวมธุรกิจส่วนใหญ่มักจะได้รับ อนุญาตให้ดำเนินการได้ตั้งแต่การพิจารณาในช่วงที่ 1 โดยไม่จำเป็นต้องมีการดำเนินการตรวจสอบ อย่างละเอียดในช่วงที่ 2 และถึงแม้การรวมธุรกิจจะถูกพิจารณาโดยละเอียดในช่วงที่ 2 แต่ด้วย กระบวนการที่กำหนดให้มีการเจรจาเสนอมาตรการเยียวยาที่เหมาะสม ทำให้การรวมธุรกิจแทบ ทั้งหมดได้รับอนุญาตให้ดำเนินการรวมธุรกิจได้ โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำสั่งห้าม มิให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้ครั้งล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 1973 ขณะที่หลังจากครั้งดังกล่าว เป็นต้นมา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้ ทั้งหมด โดยอาจมีการกำหนดให้ต้องดำเนินการเยียวยาตามมาตรการที่เหมาะสมดังที่กล่าวข้างต้น แล้วในบางกรณี³⁴⁸

3.3.4 การกำหนดขอบเขตตลาด

บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของ ประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ธุรกิจรวมใด ๆ ที่เป็นการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการ ขัดขวางการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง จะไม่ได้รับ อนุญาตให้กระทำได้ ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งที่จำเป็นต้องพิจารณาเช่นเดียวกับแนว ปฏิบัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศอื่น ๆ ก็คือการกำหนดขอบเขตตลาดตาม กฎหมายป้องกันการผูกขาด

แนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศ ญี่ปุ่นกำหนดแนวทางการกำหนดขอบเขตตลาดเอาไว้ โดยมีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ ในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดจะแบ่งออกเป็น 2 มิติ คือ ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง และ ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น โดยที่การพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง ดังกล่าวนั้นจะคำนึงถึงความสามารถในการทดแทนกันของสินค้าหรือบริการนั้นเป็นหลัก โดยนำการ ทดสอบ SSNIP Test มาเป็นเครื่องมือในการพิจารณาการทดแทนกัน ไม่ว่าจะเป็นการทดแทนกันของ

³⁴⁸ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.133.

สินค้าหรือบริการในมุมมองของผู้บริโภคหรือผู้ผลิต ทั้งในแง่ของตลาดสินค้า และตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจะพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจแต่ละธุรกรรมเป็นรายกรณีไป³⁴⁹

3.3.4.1 ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง

ตามแนวปฏิบัติดังกล่าว การพิจารณาสินค้าที่เกี่ยวข้องนั้นจะพิจารณาสินค้าที่สามารถใช้งานได้โดยมีคุณสมบัติอย่างเดียวกัน และมีวัตถุประสงค์ในการใช้เป็นอย่างเดียวกัน จากมุมมองของผู้บริโภค นอกจากนี้ยังพิจารณาถึงความสามารถของผู้ผลิตในการปรับเปลี่ยนการผลิตและขายสินค้าหรือบริการหนึ่ง ไปยังสินค้าหรือบริการอีกอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาไม่นาน โดยมิได้มีต้นทุนหรือความเสี่ยงอย่างสำคัญต่อผู้ผลิต ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้นำปัจจัยต่าง ๆ มาใช้ในการพิจารณาขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

ก. ลักษณะและคุณภาพของสินค้าหรือบริการ ซึ่งได้แก่ รูปลักษณ์ รูปทรงของสินค้า ความแข็งแรง การทนความร้อนของสินค้า หรือในสินค้าเกี่ยวกับเทคโนโลยีนั้น ลักษณะสินค้าอาจได้แก่ระบบปฏิบัติการที่รองรับ เป็นต้น หรือในกรณีของบริการ ลักษณะของบริการอาจได้แก่รูปแบบการให้บริการ ช่วงเวลาในการให้บริการ หรือแม้แต่ความเป็นมิตรต่อผู้บริโภค เป็นต้น โดยเฉพาะในกรณีที่สินค้านั้นถูกผลิตขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้งานบางอย่าง ดังนี้ วัตถุประสงค์แต่ละประการอาจเป็นสิ่งบ่งชี้ในการแยกแยะตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องได้เช่นกัน

ข. การเปลี่ยนแปลงของราคาและปริมาณสินค้าซึ่งเกิดขึ้นจากการที่สินค้าชนิดหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์ในการใช้งานอย่างเดียวกัน ดังนั้นหากการเปลี่ยนแปลงของระดับราคาในสินค้านี้หรือหนึ่ง ทำให้สินค้าอีกยี่ห้อหนึ่งมีปริมาณการขายเพิ่มมากขึ้น ก็อาจถือได้ว่าสินค้าทั้ง 2 ยี่ห้อนี้มีประโยชน์ในการใช้งาน หรือวัตถุประสงค์ในการใช้งานที่เหมือนกัน และอาจเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน

ค. ความตระหนักและพฤติกรรมของผู้ซื้อ หมายถึงพฤติกรรมของผู้ซื้อต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้า กล่าวคือ ในกรณีที่สินค้าชนิดหนึ่งขึ้นราคา ผู้ซื้อหรือผู้ใช้งานอาจเปลี่ยนไปซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งแทน ถึงแม้ว่าสินค้าทั้ง 2 ชนิดจะไม่ได้มีลักษณะเหมือนกัน แต่ก็สามารถใช้งานทดแทนกันได้ อาจจะเป็นฐานะที่เป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าใหม่ ซึ่งไม่ว่าจะใช้สินค้าใดเป็นวัตถุดิบก็จะได้สินค้าใหม่ที่มีคุณภาพเท่ากัน ทั้งนี้ รวมถึงพฤติกรรมการใช้สินค้าอื่นทดแทนกันของ

³⁴⁹ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.12.

ผู้บริโภคในอดีตด้วย ซึ่งปัจจัยเหล่านี้จะเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าสินค้าดังกล่าวทั้ง 2 ชนิดอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน

3.3.4.2 ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง

ขอบเขตตลาดอีกประเภทหนึ่งในการพิจารณา คือ ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะเริ่มต้นการพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภคว่าในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งนั้น ผู้บริโภคมีการใช้สินค้าหรือบริการใดบ้าง และรวมไปถึงการใช้งานสินค้าหรืออื่นที่อยู่ในพื้นที่เดียวกันแม้ในสถานการณ์ปกติ ดังนั้น ในการพิจารณาขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องก็จะพิจารณาจากการทดแทนกันของสินค้าทั้งในมุมมองของผู้บริโภคและผู้ผลิตเช่นเดียวกัน โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจะพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ก. ขอบเขตพื้นที่ขายของผู้ผลิต หรือการซื้อสินค้าของผู้บริโภคในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง หมายถึงขอบเขตพื้นที่ที่ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตได้ในสถานการณ์ปกติ ตัวอย่างเช่น พื้นที่หนึ่งที่ผู้บริโภคจะเดินทางไปหาซื้อสินค้าหรือบริการได้ เป็นต้น ซึ่งจะต้องพิจารณาไปถึงลักษณะของสินค้าหรือบริการ อันได้แก่ ความสดของสินค้า ความแตกหักง่าย หรือความลำบากในการขนส่งอันเนื่องมาจากลักษณะของสินค้า และปัจจัยประการสุดท้ายคือวิธีการขนส่งสินค้าหรือบริการ รวมถึงต้นทุนเกี่ยวกับการขนส่งนั้นด้วย

ข. การเปลี่ยนแปลงของราคาและปริมาณสินค้า ซึ่งทำให้ผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจในพื้นที่ ๆ หนึ่ง จึงนำมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องได้

ค. ความตระหนักและพฤติกรรมของผู้ซื้อ ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการวิเคราะห์ขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง คือ การพิจารณาว่าผู้บริโภคมักเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการใดบ้างในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงราคาและปริมาณสินค้าที่เกิดขึ้น ซึ่งกรณีที่ราคาของสินค้าหรือบริการใดในประเทศญี่ปุ่นมีราคาสูงขึ้น ทำให้ผู้ซื้อเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการนั้นจากต่างประเทศแทนได้ เช่นนี้ ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องของสินค้าหรือบริการดังกล่าวนั้นย่อมกินความรวมถึงพื้นที่ในต่างประเทศด้วย

3.3.5 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวนอน

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นก็ได้นำเกณฑ์การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญของสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบในการปรับใช้แก่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจภายในประเทศญี่ปุ่นเช่นเดียวกัน ตามที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น บทที่ 4 ว่าด้วยการห้ามการรวมธุรกิจที่ทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งห้ามมิให้ผู้

ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจอันอาจส่งผลทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมีนัยสำคัญ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น

โดยที่ประกาศแนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจ ค.ศ. 2004 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาว่ากรณีใดถือเป็นการรวมธุรกิจที่ทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นเอาไว้ด้วย โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวมีรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาผลกระทบอันอาจทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญโดยนำปัจจัยต่าง ๆ มาพิจารณา ได้แก่ การกระจุกตัวของตลาด สถานะของบริษัทและสถานะการแข่งขัน แรงกดดันการนำเข้า อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด แรงกดดันจากตลาดใกล้เคียง แรงกดดันจากผู้ซื้อสินค้า ความสามารถทางธุรกิจโดยรวม ประสิทธิภาพ และสถานะทางการเงินของบริษัท³⁵⁰

3.3.5.1 การกระจุกตัวของตลาด

ปัจจัยประการแรกที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจะนำมาพิจารณาการรวมธุรกิจว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่คือการกระจุกตัวของตลาด ซึ่งแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดให้ใช้ดัชนี HHI ในการประเมินการกระจุกตัวของตลาด ทั้งนี้ หากปรากฏว่าในภายหลังจากการรวมธุรกิจเสร็จสิ้นแล้ว การกระจุกตัวของตลาดไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติ โดยทั่วไปแล้วก็จะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นมิได้ก่อให้เกิดผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ แต่อย่างใด

ทั้งนี้ การรวมธุรกิจในแนวนอนที่จะได้รับการสันนิษฐานในเบื้องต้นว่าไม่น่าจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ คือการรวมธุรกิจที่มีลักษณะดังต่อไปนี้³⁵¹

- ก. การรวมธุรกิจที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจ อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องตามดัชนี HHI มีอัตราต่ำกว่า 1,500
- ข. การรวมธุรกิจที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจ อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องตามดัชนี HHI มีอัตราตั้งแต่ 1,500 - 2,500 แต่อัตราการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นจากก่อนการรวมธุรกิจไม่เกิน 250

³⁵⁰ Yusuke Nakano and Taku Matsumoto, "Japan," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, pp.396 - 397.

³⁵¹ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, pp.23 - 24.

ค. การรวมธุรกิจที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจ อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องตามดัชนี HHI มีอัตราสูงกว่า 2,500 แต่อัตราการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นจากก่อนการรวมธุรกิจไม่เกิน 150

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้การกระจุกตัวของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจสูงเกินกว่าที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติข้างต้นแล้ว ก็ได้หมายความว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวจะส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในทันที กล่าวคือ ในทางปฏิบัติ ถ้าหากว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น การกระจุกตัวของตลาดจะมีอัตราไม่เกินกว่า 2,500 และส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นรวมกันไม่ถึง 35% คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญน้อยมาก

นอกจากนี้กรณีข้างต้นแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นก็จะพิจารณาเป็นรายกรณีต่อไปว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ โดยพิจารณาจากทั้งผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย ด้วยการอาศัยปัจจัยอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติ

3.3.5.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจในบางกรณีอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการอย่างมีนัยสำคัญ อันเนื่องมาจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันได้เพราะอำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ทั้งนี้ ภายใต้แนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการแข่งขันของประเทศญี่ปุ่นนั้น การรวมธุรกิจอาจก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันได้หรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้จากปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ก. สถานะในตลาดระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและสถานะการแข่งขันในตลาด

ปัจจัยเกี่ยวกับสถานะในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจและสถานะการแข่งขันนั้น หมายถึงทั้งสถานะของผู้ประกอบธุรกิจที่มีการรวมธุรกิจกันนั้น และสถานะของคู่แข่งกันของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นในตลาด รวมถึงสภาพการแข่งขันในตลาดที่เกิดการรวมธุรกิจนั้นขึ้น ซึ่งมีปัจจัยในการพิจารณาดังนี้³⁵²

³⁵² ibid., pp.26 - 30, 39.

(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งส่งผลต่ออันดับการประกอบธุรกิจในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นด้วย กล่าวคือ ยิ่งผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นสูงเท่าไร ผลกระทบต่อการแข่งขันที่จะเกิดขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นก็สูงยิ่งขึ้น³⁵³ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูงขึ้นอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจเพียงพอที่จะทำการกำหนดหรือรักษาระดับราคาของสินค้าหรือบริการให้อยู่เหนือระดับราคาแข่งขันได้

(2) การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นในอดีต กล่าวคือ หากก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจกันนั้น ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีการแข่งขันจนนำไปสู่การลดลงของราคา หรือเกิดการเพิ่มขึ้นของคุณภาพของสินค้าหรือบริการ เช่นนี้ แม้การรวมธุรกิจจะมีได้ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูงมาก แต่การรวมธุรกิจในตลาดที่มีการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจสูงนั้น จะมีแนวโน้มที่ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญสูงมาก เนื่องจากการรวมธุรกิจจะทำลายความเป็นไปได้ที่ราคาของสินค้าหรือบริการจะลดลง รวมถึงทำลายการเพิ่มขึ้นของคุณภาพสินค้าหรือบริการนั้นด้วย เพราะการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องนั้นจะสูญหายไปจากตลาด

(3) ความสัมพันธ์ของบริษัทที่เกิดขึ้นจากการร่วมลงทุนระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายราย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีการแยกบริษัทเพื่อร่วมทุนกันเป็นบริษัทใหม่ จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในบริษัทนั้นด้วย หากส่วนของกิจการที่แยกออกมานั้นมีลักษณะที่ครบถ้วนตั้งแต่กระบวนการผลิต การจำหน่าย การวิจัยและพัฒนา เช่นนี้ย่อมมีความเป็นไปได้สูงที่บริษัทจากการร่วมทุนดังกล่าวจะมีส่วนแบ่งตลาดสูง

(4) ความแตกต่างระหว่างส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ กับคู่แข่งรายอื่น ๆ ในตลาด กล่าวคือ หากความแตกต่างของส่วนแบ่งตลาดนั้นมีจำนวนมาก ย่อมทำให้คู่แข่งรายอื่น ๆ ขัดขวางพฤติกรรมกรขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นได้ยาก ดังนั้น ยิ่งความแตกต่างนั้นมากเท่าไร ก็ยังมีโอกาสที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันมากขึ้นเท่านั้น

(5) ความสามารถของคู่แข่งรายอื่น ๆ กล่าวคือ ถึงแม้ว่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจกับคู่แข่งรายอื่น ๆ ในตลาดจะไม่แตกต่างกันมาก แต่หากความสามารถของคู่แข่งรายอื่น ๆ ที่จะผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อทดแทนการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของผู้

³⁵³ Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act* (The Hague: Kluwer Law International, 2007), p.90.

ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นมีไม่เพียงพอ เช่นนี้ คู่แข่งขันก็มีได้อยู่ในสถานะที่จะต่อต้านพฤติกรรมเช่นนั้นของผู้ประกอบธุรกิจได้ นอกจากจะต้องขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตนเองตามไปด้วย ดังนี้ การรวมธุรกิจในตลาดที่คู่แข่งรายอื่น ๆ มีความสามารถไม่เพียงพอ ย่อมมีโอกาสมากที่จะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

(6) กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายมีความเกี่ยวข้องกับการวิจัยและพัฒนาสินค้าหรือบริการ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นก็จะพิจารณาถึงสภาพการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกันนั้นด้วย หากผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นมีการวิจัยและพัฒนาสินค้าหรือบริการที่มีการแข่งขันกันสูงมาก เช่นนี้การรวมธุรกิจดังกล่าวย่อมมีโอกาสมส่งผลกระทบต่อด้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้สูงกว่ากรณีที่สินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายกำลังทำการวิจัยและพัฒนานั้นมีได้อยู่ในสถานะที่แข่งขันกันมากเท่าไรนัก

(7) ลักษณะของตลาดซึ่งสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นจะมีมูลค่าสูงขึ้นเมื่อจำนวนผู้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นมีมากขึ้น (network effect) ดังนั้นการรวมธุรกิจที่ทำให้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจมีมูลค่าสูงขึ้นเนื่องจากการนำจำนวนของผู้ใช้สินค้าหรือบริการมารวมกัน ก็จะถูกนำมาพิจารณาเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งด้วย นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการรวมธุรกิจในตลาดที่มีลักษณะซึ่งผู้ประกอบธุรกิจที่สามารถทำให้เกิดการประหยัดจากขนาดจะได้เปรียบในการแข่งขันเป็นอย่างมากนั้น หากการรวมธุรกิจดังกล่าวยิ่งสนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจได้รับประโยชน์จากการประหยัดจากขนาดมากยิ่งขึ้น ก็อาจส่งผลให้การแข่งขันในตลาดดังกล่าวลดลงได้เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งรายอื่น ๆ เสียเปรียบในการแข่งขันมากยิ่งขึ้น

(8) ความสามารถในการรักษาสภาพการแข่งขันในตลาดโดยสินค้าหรือบริการที่มีขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งหากว่าสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นสามารถถูกทดแทนได้ง่ายจากผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศ ทั้งในแง่ของราคาสินค้า การขนส่งสินค้า โดยมีคุณภาพอย่างเดียวกัน เช่นนี้ ก็จะต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ข้างต้นในระดับตลาดภูมิศาสตร์ที่กว้างขึ้นด้วย

ข. แรกกดดันจากตลาดใกล้เคียง

แรกกดดันจากตลาดที่ใกล้เคียงกับตลาดสินค้าหรือบริการที่มีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นนั้นอาจก่อให้เกิดความกดดันต่อผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ จนถึงขนาดที่ผู้ประกอบธุรกิจอาจไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าหรือบริการได้อย่างอิสระแม้จะมีส่วนแบ่งตลาดสูงได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ตลาดภูมิศาสตร์ที่อยู่ใกล้เคียงซึ่งจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่เหมือนกันกับสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจ โดยที่ตลาดใกล้เคียงนั้นจะสร้างแรงกดดันต่อผู้ประกอบ

ธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจเมื่อสินค้าหรือบริการในตลาดใกล้เคียงนั้นสามารถใช้ประโยชน์ต่อผู้บริโภคได้เหมือนกัน และอยู่ในระยะที่ติดกันกับตลาดของผู้ประกอบธุรกิจจนผู้ซื้อหรือผู้บริโภคสามารถเข้าถึงสินค้าหรือบริการจากตลาดดังกล่าวได้ เป็นต้น³⁵⁴

ค. แรงกดดันจากผู้ซื้อสินค้า

แรงกดดันในการแข่งขันอาจเกิดจากผู้ซื้อสินค้าได้ เนื่องจากผู้ซื้อหรือผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ซื้อสินค้านั้นมีอำนาจต่อรองที่สูง จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจไม่สามารถขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ หรือแม้แต่ลดคุณภาพสินค้าหรือบริการของตนเองลงได้ ทำให้การรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งแรงกดดันจากผู้ซื้อสินค้านี้ อาจเกิดจากการแข่งขันในตลาดสินค้าของผู้ซื้อที่สูง ทำให้ผู้ซื้อสินค้าสามารถต่อรองให้ผู้ผลิตจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้แก่ตนในราคาต่ำที่สุดได้ หรือการที่ผู้ซื้อสินค้าจะเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นสามารถทำได้โดยง่าย เป็นต้น³⁵⁵

ง. ความสามารถทางธุรกิจโดยรวม

การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำให้ความสามารถในการดำเนินธุรกิจ ทั้งความสามารถในการผลิตวัตถุดิบ ความสามารถในทางเทคนิค ความสามารถในทางการตลาด ความน่าเชื่อถือ ความนิยมในตราสินค้า และความสามารถในการโฆษณาเพิ่มสูงขึ้น จนทำให้ความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ จนทำให้คู่แข่งมีแนวโน้มที่จะสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวยากขึ้น ก็จะถูกนำมาเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย

จ. ขนาดของตลาดที่เกี่ยวข้อง

ในตลาดบางประเภทนั้นมีขนาดไม่ใหญ่พอที่จะให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถทำกำไรได้หากมีผู้ประกอบธุรกิจจำนวนมากในตลาด และถึงแม้จะไม่มีกรรวมธุรกิจดังกล่าวเกิดขึ้น การจะรักษาการแข่งขันเอาไว้ในตลาดดังกล่าวก็เป็นไปได้ยาก เช่นนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวก็อาจไม่ได้ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันในตลาด ถึงแม้ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายรวมธุรกิจกันจนเหลือเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวในตลาดก็ตาม ก็อาจไม่ส่งผลต่อด้านการแข่งขันในตลาดเสมอไปหากตลาดมีขนาดเล็กมากอยู่แล้ว

³⁵⁴ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.p.35.

³⁵⁵ ibid., pp.35 - 37.

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Abbott Laboratories และบริษัท St.Jude Medical ซึ่งต่างประกอบกิจการทับซ้อนกันในตลาดผลิตและจำหน่ายชุดอุปกรณ์เย็บปิดรอยเจาะผนังหลอดเลือด โดยที่ในตลาดดังกล่าวนี้มีผู้ประกอบการเพียง 3 ราย กล่าวคือ บริษัท Abbott Laboratories ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 15% บริษัท St.Jude Medical ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 40% ขณะที่ส่วนแบ่งตลาดอีก 45% นั้นเป็นของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งอื่นอีกรายหนึ่งในตลาด โดยที่จากการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า พบว่าแม้คู่แข่งอื่นในตลาดนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดที่สูง แต่ปรากฏว่าความสามารถในการผลิตสินค้าของผู้ประกอบการรายดังกล่าวอยู่ในระดับที่สูงที่สุด และไม่สามารถผลิตสินค้าจำนวนมากขึ้นเพื่อตอบโต้กรณีที่มีการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าในตลาดเนื่องจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจได้ อีกทั้งการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวทั้งจากการนำเข้าสินค้าและการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่นั้นล้วนเป็นไปได้ยากเนื่องจากแพทย์ซึ่งเป็นผู้ตัดสินใจในการใช้เครื่องมือดังกล่าวนั้นมีความคุ้นเคยกับเครื่องมือของผู้ประกอบการในตลาดแล้ว และการเปลี่ยนยี่ห้อผลิตภัณฑ์ดังกล่าวก็มีโอกาสเกิดขึ้นน้อยมาก ดังนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงพิจารณาตัดสินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าว ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดชุดอุปกรณ์เย็บปิดรอยเจาะผนังหลอดเลือด โดยที่ผู้ประกอบการต้องดำเนินการจำหน่ายกิจการดังกล่าวให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่นที่มีศักยภาพในการเข้ามาประกอบกิจการนั้นในตลาด จึงจะสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้³⁵⁶

3.3.5.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจอาจไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดผลกระทบที่เกิดจากผู้ประกอบการรายเดียว แต่การรวมธุรกิจซึ่งทำให้จำนวนผู้ประกอบการในตลาดที่มีการกระจุกตัวลดลงนั้น อาจนำไปสู่การร่วมมือกันต่อต้านการแข่งขันระหว่างบรรดาผู้ประกอบการในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นได้ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นนั้น ให้น้ำหนักแก่ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันค่อนข้างน้อย เนื่องจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการพิสูจน์เพื่อยืนยันว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการนั้นอาจนำไปสู่การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการทั้งหลายในตลาดเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจึงมีแนวโน้มที่จะให้ความสำคัญแก่การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการรายเดียวมากกว่า แม้ว่าภายหลังจากการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการรายเดียว

³⁵⁶ Japan Fair Trade Commission, "Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2016," [Online] Accessed: 18 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/MajorBusinessCombinationCasesFY2016.pdf, pp.98 - 106.

ในแต่ละกรณีแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามักจะกล่าวหาว่าผลกระทบจากการร่วมมือกันนั้นก็อาจเกิดขึ้นได้³⁵⁷

การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันตามแนวปฏิบัติในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นนั้น จะทำการประเมินจากปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่

ก. สถานะในตลาดระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและสถานะการแข่งขันในตลาด

การประเมินสถานะในตลาดระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและสถานะการแข่งขันในตลาดเพื่อพิจารณาแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันนั้น จะพิจารณาจากลักษณะต่าง ๆ ของตลาด ซึ่งมีความใกล้เคียงกับการพิจารณาสถานะในตลาดระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อประเมินแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียว กล่าวคือ

(1) จำนวนผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาด ซึ่งการที่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีการรวมธุรกิจนั้นมีจำนวนผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดน้อย หรือส่วนแบ่งตลาดส่วนใหญ่กระจุกอยู่กับผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นผู้นำตลาดจำนวนไม่กี่รายนั้น อาจส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถคาดการณ์พฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกันได้ดียิ่งขึ้น นอกจากนี้ ในกรณีที่สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดนั้น สามารถทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์ และต่างมีเงื่อนไขด้านต้นทุนที่ใกล้เคียงกัน ย่อมก่อให้เกิดแรงจูงใจที่จะร่วมมือกันเพื่อผลประโยชน์ ซึ่งในตลาดที่มีผู้ประกอบการธุรกิจจำนวนน้อยนั้น ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถคาดการณ์ได้ง่ายว่าผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ จะมีส่วนร่วมในการมีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวทางเดียวกันกับตนหรือไม่

(2) การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นในอดีต ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการพิจารณาสถานะในตลาดระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อประเมินแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียว กล่าวคือ หากก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจกันนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีการแข่งขันจนนำไปสู่การลดลงของราคา หรือเกิดการเพิ่มขึ้นของคุณภาพของสินค้าหรือบริการ เช่นนี้ แม้การรวมธุรกิจจะมีได้ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูงมาก แต่การรวมธุรกิจในตลาดที่มีการแข่งขันจากผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจสูงนั้น จะมีแนวโน้มที่ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขัน

³⁵⁷ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.126.

อย่างมีนัยสำคัญสูงมาก เนื่องจากการรวมธุรกิจจะทำให้ลายความเป็นไปได้ที่ราคาของสินค้าหรือบริการจะลดลง รวมถึงทำให้การเพิ่มขึ้นของคุณภาพสินค้าหรือบริการนั้นด้วย เพราะการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องนั้นจะสูญหายไปจากตลาด

(3) กำลังการผลิตส่วนเกินของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดนั้นมีกำลังการผลิตไม่เพียงพอที่จะขยายกิจการของตนได้โดยลำพัง เช่นนี้ อาจก่อให้เกิดแรงจูงใจแก่ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดที่จะร่วมมือกันมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันกับคู่แข่งของตน เพื่อเพิ่มกำไรให้แก่กิจการของผู้ประกอบการแต่ละรายได้ เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งในตลาดมีกำลังการผลิตส่วนเกินที่สูง ขณะที่คู่แข่งรายอื่น ๆ มีกำลังการผลิตส่วนเกินจำนวนน้อย เช่นนี้ โอกาสที่ผู้ประกอบการในตลาดจะร่วมมือกันแสวงหากำไรโดยอาศัยพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันนั้นย่อมเป็นไปได้น้อย เนื่องจากผู้ประกอบการที่มีกำลังการผลิตส่วนเกินสูงนั้นสามารถลดระดับราคาสินค้าหรือบริการของตนเองเพื่อเพิ่มยอดขายโดยอาศัยการผลิตที่มากขึ้นในกำลังการผลิตส่วนเกินนั้นได้ ขณะที่ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ นั้นไม่สามารถผลิตสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้นเพื่อแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดได้เนื่องจากมีกำลังการผลิตไม่เพียงพอ จึงทำให้แรงจูงใจที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะร่วมมือกันนั้นมีน้อย

(4) การปฏิบัติของบริษัทที่เกิดขึ้นจากการร่วมลงทุนระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหลายราย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ทำการแบ่งแยกแผนกที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการชนิดใดชนิดหนึ่งออกไปอย่างสมบูรณ์ เพื่อร่วมกับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งจัดตั้งเป็นกิจการขึ้นใหม่ ซึ่งทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นผู้ลงทุนกับกิจการร่วมทุนนั้นมีลักษณะเป็นอิสระจากกันในการดำเนินกิจการ ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะไม่จำกัดการตรวจสอบแนวโน้มของการร่วมมือกันเฉพาะผู้ประกอบการที่เป็นผู้ลงทุนในกิจการในภายหลังจากการรวมธุรกิจเท่านั้น แต่จะยังทำการตรวจสอบถึงแนวโน้มที่กิจการร่วมทุนนั้นเองจะมีพฤติกรรมร่วมกันกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งอีกด้วย

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายทำการแบ่งแยกเฉพาะบางส่วนของแผนกที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการหนึ่งออกมาเพื่อร่วมกันดำเนินการกับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง เช่น การแบ่งแยกเฉพาะฝ่ายการผลิตสินค้าชนิดหนึ่งเพื่อดำเนินการร่วมกันกับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง แต่ผู้ประกอบการแต่ละรายยังคงจำหน่ายสินค้าด้วยตนเองอยู่นั้น เช่นนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนนั้นจะมีการร่วมมือกันดำเนินการใด ๆ ที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันระหว่างกันเอง หรือระหว่างตนกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งรายอื่น ๆ ด้วยหรือไม่ โดยที่คณะกรรมการการแข่งขัน

ทางการค้าอาจตรวจสอบแนวโน้มของการมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ จากเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนนั้น

ข. สภาพการแข่งขันในตลาด

สภาพการแข่งขันในตลาดนั้นอาจส่งเสริมให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทำการร่วมมือกันได้ง่ายขึ้น โดยที่ผู้ประกอบการสามารถตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้ รวมถึงสามารถกำหนดแนวทางการตอบโต้ผู้ประกอบการที่ปฏิบัติแตกต่างไปจากการร่วมมือกันที่ดำเนินอยู่นั้นด้วย³⁵⁸ โดยที่สภาพการแข่งขันในตลาดที่สนับสนุนให้เกิดพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการนั้นอาจพิจารณาได้จากลักษณะต่าง ๆ ของตลาด 3 ประการ กล่าวคือ

(1) ความโปร่งใสของตลาด อันส่งผลต่อความสามารถในการเข้าถึงข้อมูลการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้แก่ ราคาของสินค้าหรือบริการ และปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่นในตลาด ซึ่งการที่ตลาดมีความโปร่งใสจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถคาดการณ์พฤติกรรมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นได้อย่างแม่นยำยิ่งขึ้น และยังสามารถคาดการณ์ได้ว่าผู้ประกอบการรายอื่น ๆ เหล่านั้นมีแนวโน้มที่จะร่วมมือในพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันกับตนหรือไม่ นอกจากนี้ ในสภาพที่ตลาดมีความโปร่งใสเป็นอย่างมากนั้น ผู้ประกอบการแต่ละรายจะสามารถใช้กลยุทธ์การลดราคาสินค้าหรือบริการของตนเพื่อเพิ่มยอดขายได้ยาก เนื่องจากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ จะสามารถตระหนักถึงราคาสินค้าหรือบริการที่ลดลงนั้นได้อย่างรวดเร็ว และสามารถตอบโต้เพื่อรักษายอดขายของตนเอาไว้ได้ ดังนั้น ในสภาพที่ความโปร่งใสในตลาดมีมากนั้น ผู้ประกอบการจึงอาจมีแรงจูงใจที่จะร่วมมือกันเพื่อแสวงหาผลประโยชน์มากที่สุด เนื่องจากการพยายามใช้กลยุทธ์ต่าง ๆ ทางธุรกิจมักก่อให้เกิดประโยชน์ได้ยาก

(2) แนวโน้มการเปลี่ยนแปลงของความต้องการในตลาด รวมถึงการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีของสินค้าหรือบริการในตลาด กล่าวคือ ในตลาดที่ความต้องการของผู้ซื้อ รวมถึงการพัฒนาทางเทคโนโลยีของสินค้าหรือบริการมักมีการเปลี่ยนแปลงอยู่บ่อยครั้ง ทำให้ผู้ขายแต่ละรายมักจะสามารถลดราคาสินค้าหรือบริการของตนเอง และทำให้ยอดขายของตนเพิ่มขึ้นได้ ดังนั้น ในตลาดที่มีลักษณะดังกล่าว ผู้ประกอบการจึงมีแรงจูงใจที่จะร่วมมือกันมีพฤติกรรมใด ๆ น้อยกว่าตลาดที่มีความเสถียร และไม่มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ เกิดขึ้นบ่อยครั้งนัก

(3) สถานการณ์การแข่งขันในอดีต โดยการพิจารณาความเปลี่ยนแปลงของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายที่ผ่านมาในอดีต รวมถึงแนวทางการกำหนดราคา

³⁵⁸ Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act*, p.94.

ของสินค้าหรือบริการในตลาดในอดีต หากปรากฏว่าลักษณะต่าง ๆ ในตลาดนั้นมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมากตลอดเวลา เช่นนี้การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดนั้นย่อมเป็นไปได้ยาก เนื่องจากผู้ประกอบการแต่ละรายไม่สามารถคาดการณ์พฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกันได้ง่ายนัก

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Showa Shell กับบริษัท Idemitsu Kosan และการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Tonen General กับบริษัท JX Holdings ในปี ค.ศ. 2016 ซึ่งถือเพียงไม่กี่กรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการรายเดียว แต่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันได้ โดยที่การรวมธุรกิจทั้งสองกรณีนั้น ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจดังกล่าวทั้งหมดประกอบธุรกิจในตลาดจำหน่ายน้ำมัน ซึ่งภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น จะทำให้ผู้ประกอบการเป็นเจ้าของร่วมกันและมีพนักงานไขว้กันในกิจการจัดจำหน่ายน้ำมัน 4 รายหลักในตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันกว่า 80% ส่งผลให้ผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดสามารถเข้าถึงข้อมูลการประกอบธุรกิจในตลาด รวมถึงการกำหนดราคาสินค้าได้ง่ายผ่านทางพนักงานที่ไขว้กัน รวมถึงบริษัทลูกที่ตนเป็นเจ้าของอันมีการซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งด้วย ทำให้ตลาดดังกล่าวมีความโปร่งใส และผู้ประกอบการสามารถตรวจสอบพฤติกรรมประกอบการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้ง่าย ดังนั้น แนวโน้มที่ผู้ประกอบการจะมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดนั้นจึงเป็นไปได้สูงมาก คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงมีมติว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวทั้งสองกรณีนั้น ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดการร่วมมือกัน จึงเป็นการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจทั้งสองกรณีนั้น เสนอมาตรการเยียวยาต่าง ๆ เช่น การจำหน่ายหุ้นในบริษัทจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์น้ำมัน รวมถึงการให้พนักงานของตนลาออกจากบริษัทดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่สร้างข้อกังวลเกี่ยวกับการแข่งขันต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอีกต่อไป ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากข้อเสนอในการเยียวยาผลกระทบต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการเสนอมาแล้ว จึงพบว่าหากผู้ประกอบการได้ปฏิบัติตามข้อเสนอข้างต้นแล้ว จะทำให้การรวมธุรกิจ

ดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญอีกต่อไป และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้³⁵⁹

3.3.5.4 การนำเข้า

แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิจารณาถึงการนำเข้าสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นจากต่างประเทศด้วย โดยการพิจารณาว่าการนำเข้าสินค้าหรือบริการดังกล่าวมีปริมาณในอัตราเท่าใดเมื่อเทียบกับปริมาณการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากการนำเข้าสินค้าหรือบริการดังกล่าวอาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นยังคงต้องแข่งขันกับสินค้าหรือบริการที่ถูกนำเข้ามา จึงทำให้การแข่งขันในตลาดนั้นอาจมีได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจ³⁶⁰

ดังนั้น ในกรณีที่การนำเข้าสินค้าหรือบริการที่เกิดการรวมธุรกิจนั้นจากต่างประเทศสามารถสร้างแรงกดดันต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้อย่างเพียงพอ การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจก็จะมีแนวโน้มที่อาจก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันได้น้อย เนื่องจากผู้บริโภคสามารถเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการที่มีการนำเข้ามาจากต่างประเทศได้ หากผู้ประกอบธุรกิจเริ่มมีพฤติกรรมขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตน หรือมีการลดคุณภาพสินค้าหรือบริการของตนลง

การพิจารณาว่าระดับการนำเข้าสินค้าหรือบริการนั้นจากต่างประเทศสามารถสร้างความกดดันต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้อย่างเพียงพอหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศ³⁶¹ กล่าวคือ

ก. ระดับของอุปสรรคทางกฎหมายในการนำเข้าสินค้าหรือบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายภาษีและกฎหมายศุลกากรที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าสินค้าหรือบริการ หรือการจำกัดโควตานำเข้าสินค้า เป็นต้น หากอุปสรรคต่าง ๆ เหล่านี้มีน้อย หรือปรากฏว่าอุปสรรคต่าง ๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้นกำลังจะถูกลดลงหรือทำให้หายไปในอนาคต ไม่ช้า เช่น กำลังมีการยกเลิกกฎหมายบาง

³⁵⁹ Japan Fair Trade Commission, "Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2016," [Online] Accessed: 18 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/MajorBusinessCombinationCasesFY2016.pdf, pp.17 - 44.

³⁶⁰ Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act*, p.91.

³⁶¹ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, pp.30 - 33.

ประการที่เป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศ เช่นนี้ ย่อมทำให้การนำเข้ามีบทบาทสำคัญต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าว

ข. ระดับของต้นทุนการขนส่งสินค้าและปัญหาในการจัดจำหน่ายสินค้าที่ปรากฏอยู่ กล่าวคือ ในกรณีที่ต้นทุนการขนส่งสินค้านั้นต่ำ รวมถึงการกระจายสินค้าที่ถูกนำเข้ามานั้น ไม่มีปัญหาใด ๆ เช่นนี้ ย่อมเป็นสภาพแวดล้อมที่ส่งเสริมให้เกิดการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศเพื่อชดเชยในกรณีที่สินค้าหรือบริการภายในประเทศนั้นมีระดับราคาสูงขึ้นได้ ขณะที่สินค้าบางประเภทที่มีต้นทุนในการขนส่งสูง ย่อมทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจจำเป็นต้องจำหน่ายสินค้าดังกล่าวในราคาที่สูงขึ้น สินค้าดังกล่าวจึงไม่ได้รับความนิยมจากผู้ใช้งาน ส่งผลต่อแรงจูงใจที่ลดลงในการนำเข้าสินค้าดังกล่าวมาแข่งขันในประเทศ

นอกจากนี้ ปริมาณการนำเข้าสินค้านั้นยังขึ้นอยู่กับการมีระบบการจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ภายในประเทศญี่ปุ่นที่เหมาะสม ไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการกระจายสินค้าภายหลังจากการนำเข้านั้นด้วย กล่าวคือจะต้องมีเครือข่ายการจัดจำหน่ายสินค้าดังกล่าว รวมถึงสิ่งจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับการจัดจำหน่ายสินค้านั้น ๆ เช่น ปริมาณคลังสินค้าที่เพียงพอ จึงจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถเพิ่มปริมาณการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศได้อย่างมั่นคง เพื่อที่จะชดเชยในกรณีที่สินค้านั้น ๆ ภายในประเทศมีระดับราคาที่สูงขึ้น

ค. ระดับความสามารถในการที่สินค้าหรือบริการที่ถูกนำเข้าจะสามารถทดแทนสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำกรรวมธุรกิจนั้น ถ้าหากสินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาจากต่างประเทศนั้นสามารถทดแทนสินค้าหรือบริการภายในประเทศได้อย่างสมบูรณ์ ย่อมทำให้แรงจูงใจของผู้ใช้งานที่จะใช้สินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาจากต่างประเทศนั้นเพิ่มสูงขึ้น แต่หากปรากฏว่าสินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาจากต่างประเทศนั้นมีความแตกต่างกับสินค้าหรือบริการภายในประเทศ เช่น แม้สินค้าหรือบริการนั้นจะมีวัตถุประสงค์ในการใช้งานเหมือนกัน แต่สินค้าหรือบริการที่นำเข้ามานั้นมีคุณภาพที่แตกต่างกับสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธุรกิจ โดยเฉพาะผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ เช่นนี้ ย่อมทำให้ผู้ใช้งานสินค้าหรือบริการดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาได้น้อย จนส่งผลให้การนำเข้าสินค้าหรือบริการดังกล่าวจากต่างประเทศไม่สามารถสร้างแรงกดดันต่อการแข่งขันในตลาดได้อย่างเพียงพอ กล่าวคือ แม้ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจจะมีพฤติกรรมการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการในภายหลัง แต่จำนวนผู้ใช้งานที่เปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาจากต่างประเทศนั้นจะมีอยู่น้อย จนไม่เพียงพอที่จะสร้างความกดดันต่อผู้ประกอบการธุรกิจนั้นได้

ง. ศักยภาพของผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศที่จะผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อนำเข้ามาในประเทศไทยได้หรือไม่ด้วย กล่าวคือ จะต้องทำการพิจารณาว่าในกรณีที่สินค้าหรือบริการภายในประเทศนั้นมีระดับราคาที่สูงขึ้นนั้น แม้การนำเข้าสินค้าหรือบริการดังกล่าวจะไม่มีอุปสรรคในทางกฎหมาย ไม่มีปัญหาในด้านต้นทุนและกระบวนการจัดจำหน่ายสินค้ารวมถึงสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศสามารถทดแทนสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ภายในประเทศได้อย่างสมบูรณ์ แต่ผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศที่สามารถนำเข้าสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้โดยปราศจากปัญหาข้างต้นนั้น มีปริมาณกำลังการผลิตส่วนเกินที่เพียงพอจะชดเชยการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าหรือบริการดังกล่าวภายในประเทศได้หรือไม่ ถ้าผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศนั้นมีศักยภาพในการผลิตสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ เช่นนี้การนำเข้าสินค้าหรือบริการนั้นจากต่างประเทศย่อมสร้างความกดดันต่อการแข่งขันในตลาดได้

3.3.5.5 การเข้าสู่ตลาด

ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่ต้องนำมาพิจารณาประกอบว่าการรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ คือ การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ กล่าวคือ หากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกิดการรวมธุรกิจนั้นได้ง่าย และการเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดนั้นจะสามารถก่อให้เกิดกำไรได้แม้จะกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของตนต่ำกว่าราคาสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ เช่นนี้ก็มีแนวโน้มที่การเข้าสู่ตลาดนั้นจะสร้างแรงกดดันให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้น จนผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถรักษาระดับราคาของสินค้าหรือบริการที่เพิ่มขึ้นนั้นได้ จึงทำให้การรวมธุรกิจดังกล่าวไม่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้³⁶²

การพิจารณาว่าการเข้าสู่ตลาดนั้นจะสามารถเกิดขึ้นภายในเวลาที่เหมาะสมจนทำให้การรวมธุรกิจนั้นไม่สามารถส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้หรือไม่นั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่คล้ายกับการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ³⁶³ ดังต่อไปนี้

ก. ระดับของอุปสรรคทางกฎหมาย โดยจะต้องพิจารณาว่าตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น มีกฎหมายใดที่กำกับหรือควบคุมการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวไว้

³⁶² Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act*, p.92.

³⁶³ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, pp.33 - 35.

หรือไม่ และกฎหมายดังกล่าวจะคงอยู่อย่างถาวรเพียงใด หากปรากฏว่าในการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวนั้น ไม่มีกฎหมายใดควบคุมไว้โดยเฉพาะ เช่นนี้อาจเป็นไปได้ที่การเข้าสู่ตลาดนั้นจะสามารถก่อให้เกิดความกดดันต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้ แต่หากการเข้าสู่ตลาดนั้นถูกกฎหมายควบคุมอย่างเคร่งครัด จนทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้หรือทำได้ยาก เช่นนี้ การขึ้นราคาสินค้าหรือบริการโดยผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้น ก็ไม่อาจสร้างแรงจูงใจให้เกิดการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ได้ จนการเข้าสู่ตลาดนั้นไม่สามารถสร้างแรงกดดันต่อผู้ประกอบการธุรกิจได้แต่อย่างใด

ข. ระดับของอุปสรรคในทางปฏิบัติของการเข้าสู่ตลาด กล่าวคือ นอกจากอุปสรรคทางด้านกฎหมายแล้ว ยังจำเป็นต้องพิจารณาอุปสรรคในความเป็นจริงที่ผู้ประกอบการอาจต้องพบในการเข้าสู่ตลาดด้วย โดยที่อุปสรรคในทางปฏิบัตินั้นอาจได้แก่ปริมาณเงินลงทุนที่จำเป็นต้องใช้ในการเข้าสู่ตลาด ความชำนาญทางด้านเทคนิคที่จำเป็น หรือความยากง่ายในการเข้าถึงวัตถุดิบที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจในตลาดดังกล่าว ทั้งนี้ หากปรากฏว่าการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องใช้เงินลงทุนมาก และไม่มีอุปสรรคด้านเทคนิค รวมถึงผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงวัตถุดิบในตลาดได้โดยง่าย เช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่าตลาดดังกล่าวไม่มีอุปสรรคในทางปฏิบัติของการเข้าสู่ตลาด ซึ่งทำให้การเข้าสู่ตลาดสามารถสร้างแรงกดดันต่อการแข่งขันในตลาดได้

ค. ความสามารถในการทดแทนสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจโดยสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาด เช่นเดียวกันกับการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศ ถ้าหากสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายใหม่ที่เข้าสู่ตลาดนั้นสามารถทดแทนสินค้าหรือบริการภายในประเทศได้อย่างสมบูรณ์ ย่อมทำให้แรงจูงใจของผู้ใช้งานที่จะใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายใหม่นั้นเพิ่มสูงขึ้น แต่หากปรากฏว่าสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายใหม่นั้นมีความแตกต่างกับสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ เช่นนี้ แม้สินค้าหรือบริการนั้นจะมีวัตถุประสงค์ในการใช้งานเหมือนกัน แต่เมื่อสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายใหม่นั้นมีคุณภาพที่แตกต่างกับสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ ย่อมทำให้ผู้ใช้งานสินค้าหรือบริการดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายใหม่นั้นได้น้อย จนส่งผลให้การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่นี้ไม่สามารถสร้างแรงกดดันต่อการแข่งขันในตลาดได้อย่างเพียงพอ

ง. ศักยภาพของผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดนั้นได้ อันเป็นไปในทำนองเดียวกันกับการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศ กล่าวคือ ผู้ประกอบการรายใหม่ที่เข้าสู่ตลาดนั้น จะต้องมีความเพียงพอในการผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อชดเชยการขึ้นราคาของสินค้าหรือบริการดังกล่าวโดยผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ หรือผู้ประกอบการ

รายใหม่จะต้องมีความสามารถในการสร้างหรือปรับปรุงสถานที่หรือโรงงานสำหรับการผลิตสินค้าหรือบริการนั้น จนสามารถทำการผลิตสินค้าหรือบริการนั้นได้อย่างเพียงพอต่อความต้องการของผู้ใช้งานในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าว จึงจะทำให้การเข้าสู่ตลาดนั้นกลายเป็นแรงกดดันต่อการแข่งขันในตลาดได้

3.3.5.6 ประสิทธิภาพ

ในทำนองเดียวกันกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นก็นำประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ไม่ว่าจะเป็ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการประหยัดต่อขนาด (economies of scale) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมอุปกรณ์การผลิตไว้ด้วยกัน หรือประสิทธิภาพที่เนื่องมาจากคุณสมบัติพิเศษของโรงงาน การลดลงของต้นทุนค่าขนส่ง และการวิจัยและพัฒนาสินค้าหรือบริการ มาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วยเช่นกัน³⁶⁴

ทั้งนี้ ในการพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ตามแนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจะต้องมีลักษณะบังคับ 3 ประการ³⁶⁵ คือ

ก. เป็นประสิทธิภาพที่สามารถเกิดขึ้นได้จริง มิใช่เพียงการคาดคะเนของผู้ประกอบธุรกิจ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ประกอบ เพื่อยืนยันว่า ประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจนั้นสามารถพิสูจน์ยืนยันได้ ซึ่งอาจเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการภายในที่นำไปสู่ข้อตกลงที่จะทำการรวมธุรกิจ เอกสารเกี่ยวกับประสิทธิภาพที่มุ่งหมายจากการรวมธุรกิจที่ได้แสดงต่อผู้ถือหุ้น รวมถึงการศึกษาโดยผู้เชี่ยวชาญภายนอกที่ได้ทำการศึกษาการพัฒนาที่อาจเกิดขึ้นจากประสิทธิภาพที่ได้รับจากการรวมธุรกิจ

ข. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามและผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างนั้น เป็นประสิทธิภาพที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้จากวิธีการอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจที่จะเกิดขึ้นนี้

ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้น ก่อให้เกิดประโยชน์ที่ส่งต่อไปยังผู้บริโภค กล่าวคือ การพัฒนาจากประสิทธิภาพที่ได้รับจากการรวมธุรกิจนั้น จะต้องถูกส่งกลับไปยังผู้บริโภคใน

³⁶⁴ *ibid.*, pp.37 - 38.

³⁶⁵ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.130.

ลักษณะของราคาสินค้าหรือบริการที่ลดลง คุณภาพของสินค้าหรือบริการที่เพิ่มขึ้น หรือการนำเสนอสินค้าใหม่ ๆ ที่ทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ โดยผู้ประกอบการจะต้องแสดงข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการพัฒนาให้เกิดประโยชน์ข้างต้นต่อผู้บริโภค เช่น แนวทางในการทำให้ระดับราคาของสินค้าหรือบริการนั้นลดลง แนวทางการพัฒนาคุณภาพของสินค้า หรือแนวทางการก่อให้เกิดสินค้าหรือบริการชนิดใหม่ขึ้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หากประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดสวัสดิการโดยรวมของประเทศญี่ปุ่นสูงขึ้นอันเป็นจุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นแล้ว ก็มักจะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นเป็นการรวมธุรกิจที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว อย่างไรก็ตาม หากการรวมธุรกิจนั้นถึงขนาดก่อให้เกิดการผูกขาดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นแล้ว แม้การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพียงใด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบการดำเนินการรวมธุรกิจนั้น³⁶⁶

ในคดี *Iron Ore*³⁶⁷ ซึ่งเป็นการก่อตั้งบริษัทบริหารจัดการการผลิตแร่เหล็ก โดยการร่วมทุนกันระหว่าง BHP Billiton และ Rio Tinto ซึ่งเป็นผู้ประกอบการและผู้ประกอบการและผู้จำหน่ายแร่เหล็กนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าปฏิเสธการก่อตั้งกิจการร่วมค้าโดยให้เหตุผลเกี่ยวกับประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากกิจการร่วมค้าว่า ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นไม่มีลักษณะบังคับตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดข้างต้นแม้แต่ข้อเดียว กล่าวคือ ที่ผู้ประกอบการอ้างว่ากิจการร่วมค้านี้ทำให้ผู้ประกอบการเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานได้เนื่องจากสามารถแบ่งปันแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดระหว่างกันได้นั้น คณะกรรมการเห็นว่าไม่มีหลักฐานที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าผู้ประกอบการอีกฝ่ายจะนำแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดสำหรับเทคนิคเฉพาะของผู้ประกอบการแต่ละรายไปปรับใช้อย่างแน่นอน

นอกจากนี้ การนำแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดไปปรับใช้ในกิจการของตนนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นจากการรวมตัวกันก็ได้ และถึงแม้ว่าผู้ประกอบการจะยื่นหลักฐานโดยแสดงแผนการขยายการผลิตแร่เหล็กต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็เห็นว่า การดำเนินการตามแผนนั้นใช้งบประมาณในการลงทุนที่สูงมาก อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่าผู้ประกอบการได้มีความพยายามดำเนินการใด ๆ ที่จะขยายการผลิตแร่เหล็กให้เพิ่มมากขึ้นมาก่อนนี้ จึงไม่อาจเชื่อว่าผู้ประกอบการจะสามารถดำเนินการดังกล่าวได้จริง

³⁶⁶ *ibid.*

³⁶⁷ Japan Fair Trade Commission, "The JFTC closed its prior consultation's review on the proposed joint venture for iron ore production between BHP Billiton and Rio Tinto," [Online] Accessed: 10 January 2021. Available from: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2010/oct/individual-000016.html>.

อีกทั้งแผนการลดค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเสนอก็ให้ความสำคัญเฉพาะกับการลดค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนคงที่เท่านั้น โดยไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดประโยชน์กับผู้บริโภคแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจดังกล่าวประกอบกับการกระจุกตัวของตลาดที่สูงมากจนใกล้จะเป็นตลาดผูกขาดแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันจึงไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าว³⁶⁸

3.3.5.7 สถานะทางการเงินของบริษัท

ในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจะทำการประเมินศักยภาพในการประกอบธุรกิจและสถานะทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นด้วย เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นอาจเป็นหนทางเดียวในการช่วยมิให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องออกจากตลาดไป เช่นนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจมีได้ก่อให้เกิดปัญหาต่อการแข่งขันในตลาด เนื่องจากหากไม่มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งก็จำเป็นต้องออกไปจากตลาด ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยความจำเป็นเนื่องจากสถานการณ์การประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจหรือไม่นั้น จะต้องเริ่มต้นจากความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการดำเนินกิจการ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจว่าอยู่ในระดับดีหรือไม่ หลังจากนั้นจึงทำการพิจารณาต่อไปว่าหากมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้นแล้ว จะไม่ส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ หรือส่งผลกระทบต่อดังกล่าวน้อยมาก ซึ่งพิจารณาจากปัจจัย 2 ประการ³⁶⁹ ได้แก่

ก. ผลประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น หากปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจมีผลการดำเนินกิจการที่ขาดทุนเป็นประจำมาเป็นเวลานาน และมีหนี้ส่วนเกินจำนวนมาก ประกอบกับไม่มีแนวโน้มที่จะได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากช่องทางอื่น ๆ จนสามารถเห็นได้อย่างชัดเจนว่าผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจะต้องล้มละลายและออกไปจากตลาดในอนาคตอันใกล้ หากไม่มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น

ข. ผลการดำเนินงานของแผนกหนึ่งในกิจการของผู้ประกอบธุรกิจนั้นอยู่ในระดับต่ำมาก เช่น มีผลการดำเนินงานในแผนกที่ขาดทุนอย่างมีนัยสำคัญมาอย่างต่อเนื่อง จนส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องออกไปจากตลาดในอนาคตอันใกล้ หากไม่มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น

³⁶⁸ Koki Arai, *Law and Economics in Japanese Competition Policy* (Singapore: Springer, 2019), pp.138 - 139.

³⁶⁹ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, pp.38 - 39.

และไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นใดที่สามารถรวมธุรกิจด้วย แล้วจะช่วยให้แผนกที่ประสบความสำเร็จล้มเหลวในการดำเนินกิจการนั้นสามารถดำเนินการต่อไปได้ โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้

ทั้งนี้ จวบจนปัจจุบันนี้ยังไม่มีกรรวมธุรกิจในกรณีใดที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอนุญาตให้ดำเนินการได้ โดยอาศัยเหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นเนื่องจากสถานะทางการเงินของบริษัทเพียงประการเดียว หากเพียงแต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้นำเหตุผลดังกล่าวมาพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ เพื่อแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นแต่เพียงเท่านั้น³⁷⁰

ตัวอย่างเช่น กรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Kimura Foods กับบริษัท Sato Foods Industries ซึ่งต่างเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายสินค้าประเภทอาหาร โดยมีผลิตภัณฑ์คางามิ โมจิบรรจุห่อ (เค้กข้าว) ที่ทับซ้อนกัน ทั้งนี้ บริษัท Sato Foods Industries นั้นมีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 25% ขณะที่บริษัท Sato Foods Industries มีส่วนแบ่งตลาด 15% ถือเป็นผู้อุปถัมภ์ธุรกิจที่มีส่วนแบ่งในตลาดสินค้าดังกล่าวสูงที่สุดเป็นอันดับที่ 2 และ 3 ตามลำดับ ซึ่งการรวมธุรกิจนี้จะส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายมีส่วนแบ่งในตลาดสินค้าดังกล่าวประมาณ 40% กลายเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดในตลาด และทำให้การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI เพิ่มขึ้น 750 แต่อย่างไรก็ตาม ในตลาดดังกล่าวมีผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพในการแข่งขันและมีกำลังการผลิตเป็นจำนวนมากหลายรายซึ่งมีการเติบโตอย่างต่อเนื่อง ซึ่งสามารถสร้างความกดดันในการแข่งขันต่อผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้ อีกทั้งลักษณะการจำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นการจำหน่ายในจำนวนมากให้แก่ผู้ค้าปลีกที่มีขนาดธุรกิจขนาดใหญ่ ซึ่งมีอำนาจต่อรองสูงกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นไม่มีอำนาจในการกำหนดระดับราคาสินค้าของตนมากเท่าไรนัก

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับสถานะทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ ได้แก่ บริษัท Kimura Foods ซึ่งกำลังอยู่ระหว่างกระบวนการฟื้นฟูกิจการ โดยที่บริษัทดังกล่าวไม่มีศักยภาพเพียงพอในการหาแหล่งเงินทุนเพื่อทำการซื้อวัตถุดิบในการประกอบกิจการต่อไปได้ หากปราศจากการช่วยเหลือจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น แสดงให้เห็นว่าบริษัท Kimura Foods นั้นมีศักยภาพในการดำเนินกิจการที่ต่ำมากเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาด ดังนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ แล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทาง

³⁷⁰ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.131.

การค้าจึงพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นไม่ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าดังกล่าว และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้³⁷¹

3.3.6 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวตั้ง

การรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นมิได้ทำให้จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องนั้นลดลง จึงส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจในแนวนอน และโดยทั่วไปแล้วการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นมักไม่ค่อยส่งผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เว้นแต่ในบางกรณีที่การรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นอาจนำไปสู่การมีผลกระทบต่อการแข่งขันได้ ซึ่งผลกระทบต่อการแข่งขันของการรวมธุรกิจในแนวตั้งที่อาจเกิดขึ้นได้นั้น ได้แก่การปิดกั้นหรือกีดกันผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด หรือการร่วมมือกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเพื่อมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน³⁷²

3.3.6.1 การกระจุกตัวของตลาด

การรวมธุรกิจในแนวตั้งที่จะได้รับการสนับสนุนในเบื้องต้นว่าไม่น่าจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ คือการรวมธุรกิจที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 10% ไม่ว่าจะในตลาดสินค้าหรือบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องอยู่ก็ตาม หรือ

(2) ภายหลังจากการรวมธุรกิจ อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องจะตามดัชนี HHI มีอัตราไม่เกิน 2,500 และผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 25% ในตลาดสินค้าหรือบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องอยู่

อย่างไรก็ดี แม้การรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นจะไม่เข้าลักษณะดังกล่าว ก็มีได้หมายความโดยทันทีว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องทำการพิจารณาต่อไปว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจด้วยหรือไม่

³⁷¹ Japan Fair Trade Commission, "Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2014," [Online] Accessed: 21 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/MajorBusinessCombinationCasesFY2014.pdf, pp.4 - 7.

³⁷² Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act*, p.95.

ทั้งนี้ ในอดีตที่ผ่านมา กรณีที่การรวมธุรกิจนั้นมิได้เกิดขึ้นในตลาดที่มีอัตรา การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI เกินกว่า 2,500 และส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่ เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นไม่เกิน 35% คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามักจะพิจารณาว่า โอกาสที่การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันนั้นเป็นไปได้น้อย³⁷³

3.3.6.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจในแนวตั้งบางกรณีอาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้าน การแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้ เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันสามารถมีพฤติกรรมต่อต้าน การแข่งขันจนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมราคาหรือปริมาณสินค้าในตลาดได้ โดยที่พฤติกรรมที่อาจ เกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจภายหลังจากการรวมธุรกิจในแนวตั้ง จนอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันใน ตลาดได้นั้น ได้แก่

ก. การปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบ

ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของ ประเทศญี่ปุ่นนั้น ข้อกังวลประการแรกที่การรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด สินค้าหรือบริการ คือ การทำให้ผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่ประกอบกิจการอยู่ในตลาดระดับต้นน้ำ สามารถทำการปฏิเสธการจำหน่ายวัตถุดิบที่ตนครอบครองให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในระดับ ปลายน้ำ หรือกำหนดเงื่อนไขที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในระดับปลายน้ำต้องเสียเปรียบในการ แข่งขันมากขึ้นได้ เมื่อเปรียบเทียบกับสถานการณ์ก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นเกิดขึ้น ซึ่ง พฤติกรรมดังกล่าวอาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดระดับปลายน้ำไม่สามารถแข่งขันได้อย่างมี ประสิทธิภาพ และอาจจำเป็นต้องออกไปจากตลาดดังกล่าวในท้ายที่สุด เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจใน ตลาดระดับปลายน้ำไม่สามารถเข้าถึงวัตถุดิบที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจได้

นอกจากนี้ พฤติกรรมดังกล่าวยังส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพจะ เข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดระดับปลายน้ำนั้นเผชิญกับความยากลำบากในการเข้าสู่ตลาด และอาจทำให้แรงจูงใจในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นลดลง ซึ่งนอกจากจะทำให้การ แข่งขันในตลาดระดับปลายน้ำนั้นลดลงแล้ว ยังอาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาด ระดับต้นน้ำนั้นมีจำนวนคู่ค้าที่น้อยลง จนสูญเสียประสิทธิภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวม ธุรกิจ และอาจถึงขนาดทำให้ผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำนั้นจำเป็นต้องออกไปจากตลาดด้วย

³⁷³ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.44.

ดังนั้น การรวมธุรกิจในแนวตั้งจึงอาจทำให้การแข่งขันทั้งในตลาดระดับต้นน้ำและระดับปลายน้ำถูกทำลายลงไปมากที่สุด

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจอาจมีพฤติกรรมปิดกั้นหรือกีดกัน การเข้าถึงวัตถุดิบภายหลังจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งหรือไม่นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาจากเงื่อนไข 2 ประการ³⁷⁴ ได้แก่

(1) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ เข้าถึงวัตถุดิบ ได้แก่การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถจำกัดการเข้าถึงวัตถุดิบ ขึ้นราคาวัตถุดิบ หรือกำหนดเงื่อนไขในการจำหน่ายวัตถุดิบที่เป็นผลเสียต่อผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งรายอื่น ๆ ได้หรือไม่ ซึ่งภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งดังกล่าวจะต้องมีอำนาจตลาดในตลาดระดับต้นน้ำอย่างมีนัยสำคัญ ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดระดับต้นน้ำลำดับถัดไปมีส่วนแบ่งตลาดที่น้อยกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจเป็นอย่างมาก จึงจะถือว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจมีอำนาจในการจำกัดการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งรายอื่น ๆ จะเข้าถึงวัตถุดิบที่ตนเป็นเจ้าของจนส่งผลกระทบต่อปริมาณและราคาของวัตถุดิบทั้งหมดในตลาดได้

นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจยังอาจมีความสามารถดังกล่าวได้ หากปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำรายอื่น ๆ นั้น ไม่มีกำลังการผลิตส่วนเกินที่เพียงพอจะตอบสนองความต้องการของลูกค้าในตลาดระดับปลายน้ำได้ ในกรณีที่ความต้องการดังกล่าวเพิ่มสูงขึ้นเนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจปฏิเสธการจำหน่ายวัตถุดิบให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดระดับปลายน้ำ หรือหากปรากฏว่าด้วยเงื่อนไขทางเทคนิคหรือเหตุผลอื่นๆ ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจในระดับปลายน้ำนั้นไม่สามารถเปลี่ยนกระบวนการดำเนินงานของตนไปใช้วัตถุดิบจากผู้ประกอบธุรกิจในตลาดระดับต้นน้ำรายอื่น ๆ ได้ เนื่องจากการเปลี่ยนวัตถุดิบนั้นมีต้นทุนในการดำเนินงานที่สูง

(2) แรงจูงใจในการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงวัตถุดิบของตน โดยที่แรงจูงใจนี้จะขึ้นอยู่กับว่าการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงวัตถุดิบที่ตนครอบครองนั้น สามารถก่อให้เกิดตนเองได้รับกำไรเพิ่มขึ้นอย่างน้อยเพียงไร กล่าวคือ แม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวนี้ อาจส่งผลให้กิจการในระดับต้นน้ำนั้นต้องสูญเสียรายได้ไป เนื่องมาจากยอดขายที่ลดลงจากการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งซื้อวัตถุดิบของตน แต่พฤติกรรมดังกล่าวนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์จากการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับปลายน้ำนั้นสูญเสียศักยภาพในการแข่งขันไป จนทำให้กิจการของตนในตลาดระดับปลายน้ำได้รับยอดขายเพิ่มขึ้น และมี

³⁷⁴ ibid., pp.45 - 47.

ส่วนแบ่งตลาดในตลาดระดับปลายน้ำสูงขึ้น ส่งผลให้กำไรของกิจการในตลาดระดับปลายน้ำนั้นเพิ่มขึ้น ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงจะพิจารณาว่ากำไรที่เพิ่มขึ้นในตลาดระดับปลายน้ำนั้น สามารถชดเชยรายได้ที่ลดลงในตลาดระดับต้นน้ำของผู้ประกอบธุรกิจได้หรือไม่ ซึ่งหากปรากฏว่าพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลให้กำไรที่เพิ่มขึ้นในตลาดระดับปลายน้ำนั้น มากกว่ารายได้ที่ลดลงในตลาดระดับต้นน้ำ เช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดแรงจูงใจแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่จะมีพฤติกรรมดังกล่าวได้

นอกจากนั้น ผู้ประกอบธุรกิจยังอาจมีแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมดังกล่าวเพิ่มขึ้นได้ หากปรากฏว่าพฤติกรรมนั้นจะส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำต้องสูญเสียศักยภาพในการแข่งขันไปด้วย ซึ่งอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีรายได้ที่เพิ่มขึ้นทั้งในตลาดระดับต้นน้ำและตลาดระดับปลายน้ำในระยะยาว

ข. การปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อ

การกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงผู้ซื้อ คือ การที่กิจการในตลาดระดับปลายน้ำนั้นปฏิเสธการซื้อวัตถุดิบใด ๆ จากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดระดับต้นน้ำ หรือการกำหนดเงื่อนไขในการซื้อวัตถุดิบจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดระดับต้นน้ำที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นต้องเสียเปรียบในการแข่งขันมากขึ้นได้ จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำนั้นอาจจำเป็นต้องออกไปจากตลาดในท้ายที่สุด และยังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพในการเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดระดับต้นน้ำนั้นมีอุปสรรคเพิ่มขึ้น จนมีแรงจูงใจที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดน้อยลงได้ โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือไม่ โดยประเมินจากเงื่อนไข 2 ประการคล้ายกับการประเมินโอกาสที่จะเกิดการกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบที่กล่าวถึงแล้วข้างต้น³⁷⁵ ได้แก่

(1) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำ เข้าถึงลูกค้าในตลาดระดับปลายน้ำ โดยที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอาจตัดสินใจใช้วัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้าหรือบริการของตนจากกิจการของตนเองที่อยู่ในระดับต้นน้ำเท่านั้น หรือผู้ประกอบธุรกิจอาจลดปริมาณการใช้วัตถุดิบจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำลง ทั้งนี้ ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งดังกล่าวจะต้องมีอำนาจตลาดในตลาดระดับปลายน้ำอย่างมีนัยสำคัญ หรือมีส่วนแบ่งตลาดแตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจในตลาดระดับปลายน้ำลำดับถัดไปเป็นอย่างมาก จึงจะถือว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวม

³⁷⁵ ibid., pp.48 - 51.

ธุรกิจมีอำนาจในการจำกัดการที่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งรายอื่น ๆ จะเข้าถึงลูกค้าที่ตนเป็นเจ้าของกิจการจนส่งผลกระทบต่อปริมาณและราคาของวัตถุดิบทั้งหมดในตลาดได้

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบการในตลาดระดับต้นน้ำรายอื่น ๆ นั้นมีการลงทุนที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อกิจการในตลาดระดับปลายน้ำของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ เช่นนี้ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจอาจมีความสามารถที่จะปฏิเสธการซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการในตลาดต้นน้ำรายดังกล่าวได้ จนส่งผลให้ผู้ประกอบการในตลาดต้นน้ำนั้นอาจจำเป็นต้องออกไปจากตลาด หากปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงกระบวนการผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อจำหน่ายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดระดับปลายน้ำนั้นกระทำได้อย่าง³⁷⁶

(2) แรงจูงใจในการปฏิเสธการซื้อวัตถุดิบใด ๆ จากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดระดับต้นน้ำ โดยที่แรงจูงใจนี้จะขึ้นอยู่กับว่าปฏิเสธการซื้อวัตถุดิบใด ๆ จากผู้ประกอบการรายอื่นนั้น สามารถก่อให้เกิดตนเองได้รับกำไรเพิ่มขึ้นมากน้อยเพียงไร กล่าวคือ แม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวนั้นอาจส่งผลให้กิจการในระดับปลายน้ำนั้นต้องสูญเสียทางเลือกในการซื้อวัตถุดิบที่อาจมีราคาต่ำกว่าไป จนอาจส่งผลให้กำไรในตลาดระดับปลายน้ำต้องลดลงไปบางส่วน แต่พฤติกรรมดังกล่าวนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์จากการที่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับต้นน้ำนั้นสูญเสียศักยภาพในการแข่งขันไป จนทำให้กิจการของตนในตลาดระดับต้นน้ำได้รับยอดขายเพิ่มขึ้นและมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดระดับต้นน้ำสูงขึ้น ส่งผลให้กำไรของกิจการในตลาดระดับต้นน้ำนั้นเพิ่มขึ้น ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงจะพิจารณาว่ากำไรที่เพิ่มขึ้นในตลาดระดับต้นน้ำนั้น สามารถชดเชยรายได้ที่ลดลงในตลาดระดับปลายน้ำของผู้ประกอบการได้หรือไม่ ซึ่งหากปรากฏว่าพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลให้กำไรที่เพิ่มขึ้นในตลาดระดับต้นน้ำนั้น มากกว่ารายได้ที่ลดลงในตลาดระดับปลายน้ำ เช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดแรงจูงใจแก่ผู้ประกอบการที่จะมีพฤติกรรมดังกล่าวได้

นอกจากนั้น ผู้ประกอบการก็ยังอาจมีแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมดังกล่าวเพิ่มขึ้นได้ หากปรากฏว่าพฤติกรรมนั้นจะส่งผลให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับปลายน้ำต้องสูญเสียศักยภาพในการแข่งขันไปด้วย เนื่องจากจำนวนของผู้ประกอบการในตลาดระดับต้นน้ำที่ลดลง จนผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งในตลาดระดับปลายน้ำนั้นสูญเสียทางเลือกในการเข้าถึงวัตถุดิบของตนไป ซึ่งอาจทำให้ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้นมีรายได้ที่เพิ่มขึ้นทั้งในตลาดระดับต้นน้ำและตลาดระดับปลายน้ำในระยะยาว³⁷⁷

ค. การได้รับข้อมูลที่โดยปกติแล้วเป็นความลับ

³⁷⁶ ibid., pp.49 - 50.

³⁷⁷ ibid., pp.50 - 51.

ในบางกรณีนั้น การรวมธุรกิจในแนวตั้งทำให้ผู้ประกอบการเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันในตลาด ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ประกอบการมักไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นได้ เช่น ราคาของสินค้าหรือบริการ ปริมาณการผลิต และคุณลักษณะของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่ง ซึ่งผู้ประกอบการอาจใช้ประโยชน์จากข้อมูลต่าง ๆ เหล่านี้ที่ได้รับมา ในการกำหนดกลยุทธ์การประกอบธุรกิจของตน จนเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ไม่ว่าจะในตลาดระดับต้นน้ำหรือตลาดระดับปลายน้ำต้องเสียเปรียบในการแข่งขันได้เช่นกัน โดยที่พฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบการอาจถึงขนาดทำให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไป และต้องออกจากตลาดไปในท้ายที่สุดได้³⁷⁸

ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาว่าการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น จะส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้หรือไม่ โดยพิจารณาจากระดับความรุนแรงที่เกิดจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการดังกล่าว รวมถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจจากการรวมธุรกิจในแนวนอนด้วย

3.3.6.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

การรวมธุรกิจในแนวตั้งบางกรณียังอาจส่งผลเป็นการสนับสนุนให้ผู้ประกอบการสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดจนส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ เนื่องจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งทำให้ผู้ประกอบการเข้าถึงข้อมูลการค้าที่เป็นความลับของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดได้ ดังนั้น ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจจึงสามารถประสานพฤติกรรมกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ จนสามารถควบคุมราคาหรือปริมาณของสินค้าหรือบริการในตลาดได้ โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นจะนำไปสู่การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดได้หรือไม่ โดยที่การรวมธุรกิจมักจะก่อให้เกิดสถานการณ์ดังกล่าวขึ้นได้ หากปรากฏว่าผลของการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น ทำให้ผู้ประกอบการเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งได้³⁷⁹

การเข้าถึงข้อมูลสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีที่ผู้ประกอบการในตลาดระดับปลายน้ำนั้น ต้องทำการซื้อสินค้าหรือบริการที่เป็นวัตถุดิบจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ ทำให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงข้อมูลของคู่แข่งในตลาดระดับปลายน้ำที่เข้าทำธุรกรรมกับตนได้ หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการในตลาดระดับ

³⁷⁸ *ibid.*, p.51.

³⁷⁹ *ibid.*, p.52.

ต้นน้ำนั้น มีธุรกรรมการซื้อขายสินค้าหรือบริการกับกิจการของตนในตลาดระดับปลายน้ำ ทำให้ตนสามารถเข้าถึงข้อมูลการประกอบธุรกิจที่สำคัญของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งชั้นในตลาดระดับต้นน้ำได้เช่นกัน

ผลของการที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าถึงข้อมูลการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งชั้นในตลาดนั้น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถคาดเดาแนวทางการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้อย่างแม่นยำ ทั้งในแง่ของการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ หรือปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการดังกล่าวที่เกี่ยวข้อง และยังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถคาดการณ์ได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งชั้นจะมีพฤติกรรมร่วมกันกับตนหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดอาจมีพฤติกรรมร่วมกันได้ในท้ายที่สุด

ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาว่าการมีพฤติกรรมร่วมกันนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ยากหรือง่ายเพียงไรจากสถานการณ์ในตลาดที่กล่าวข้างต้น ประกอบกับปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันจากการรวมธุรกิจในแนวนอนด้วย³⁸⁰

ตัวอย่างการพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง เช่น ในกรณี *Hitachi Metals/Santoku*³⁸¹ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Hitachi Metals และบริษัท Santoku ในปี ค.ศ. 2017 โดยที่บริษัท Santoku นั้นเป็นผู้ผลิตแม่เหล็กนิโอดีเมียมอัลลอย ซึ่งเป็นวัตถุดิบสำคัญในการผลิตแม่เหล็กนิโอดีเมียมของบริษัท Hitachi Metals โดยที่ในตลาดแม่เหล็กนิโอดีเมียมอัลลอยซึ่งเป็นตลาดระดับต้นน้ำนั้น มีอัตราการกระจุกตัวตามดัชนี HHI สูงถึง 6,000 โดยบริษัท Santoku มีส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 75% ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาด 20% และการนำเข้าวัตถุดิบดังกล่าวจากต่างประเทศมีส่วนแบ่งตลาดราว 5% ขณะที่ในตลาดแม่เหล็กนิโอดีเมียมซึ่งเป็นตลาดระดับปลายน้ำนั้น มีอัตราการกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ประมาณ 3,100 โดยบริษัท Hitachi Metals มีส่วนแบ่งตลาดสูงเป็นอันดับที่ 2 ของตลาดที่ประมาณ 30%

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีแนวโน้มสูงที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ กล่าวคือ ในแง่ของ

³⁸⁰ *ibid.*, p.53.

³⁸¹ Japan Fair Trade Commission, "Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2017," [Online] Accessed: 23 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/MajorBusinessCombinationsinFY2017.pdf.

การมีพฤติกรรมปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบนั้น พบว่าแม่เหล็กนิโอติเมียมอัลลอยนั้นเป็นสินค้าที่ต้องทำการผลิตตามคำสั่งเฉพาะ ซึ่งหากบริษัท Santoku ซึ่งเป็นผู้ผลิตวัตถุดิบในระดับต้นน้ำรายใหญ่ปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อที่เป็นคู่แข่งชั้นในในตลาดระดับปลายน้ำแล้ว จะทำให้ผู้ซื้อต้องใช้เวลาเป็นอย่างมากในการหาผู้ผลิตรายใหม่ เนื่องจากกระบวนการผลิตสินค้าของผู้ซื้อในตลาดปลายน้ำในปัจจุบันนั้น เป็นกระบวนการที่เหมาะสมกับวัตถุดิบจากบริษัท Santoku ที่สั่งทำไว้เป็นพิเศษ โดยเฉพาะ จึงไม่สามารถปรับเปลี่ยนผู้ผลิตใหม่ได้โดยง่าย อีกทั้งบริษัท Hitachi Metals นั้นยังคงมีกำลังการผลิตส่วนเกินจำนวนมาก ซึ่งแม้จะปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าแก่ผู้ซื้อรายอื่น ๆ ในตลาดปลายน้ำแล้ว บริษัท Hitachi Metals เองก็สามารถจัดการกับวัตถุดิบในส่วนดังกล่าวได้ โดยที่บริษัท Hitachi Metals นั้นมียอดขายสินค้าแม่เหล็กนิโอติเมียมแก่ผู้ใช้งานขั้นสุดท้าย มากกว่ายอดขายแม่เหล็กนิโอติเมียมอัลลอยที่เป็นวัตถุดิบของบริษัท Santoku จำนวนหลายเท่า ดังนั้น พฤติกรรมการปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบนั้นจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมียอดขายและกำไรเพิ่มขึ้นในภายหลังจากการรวมธุรกิจ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการมีทั้งความสามารถและแรงจูงใจในการมีพฤติกรรมปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบจนทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้รับความเสียหายได้

นอกจากนี้ ในแง่ของการมีพฤติกรรมปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อนั้น พบว่าบริษัท Hitachi Metals ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดระดับปลายน้ำราว 30% นั้น มีการสั่งซื้อแม่เหล็กนิโอติเมียมอัลลอยที่เป็นวัตถุดิบจากผู้ประกอบการธุรกิจอีกรายหนึ่งในตลาดระดับต้นน้ำที่มีใช้บริษัท Santoku เป็นจำนวนมาก ซึ่งหากบริษัท Hitachi Metals ยุติการสั่งซื้อวัตถุดิบจากผู้ประกอบการรายดังกล่าวแล้ว จะทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นได้รับผลกระทบต่อการดำเนินกิจการเป็นอย่างมาก เนื่องจากผู้ประกอบการจะไม่สามารถทำการจำหน่ายสินค้าของตนให้แก่ผู้ซื้อรายอื่นในตลาดปลายน้ำ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมีความสามารถในการผลิตวัตถุดิบได้ด้วยตนเอง อีกทั้งแม่เหล็กนิโอติเมียมอัลลอยนั้นเป็นสินค้าที่ต้องทำการผลิตตามคำสั่งเฉพาะ ดังนั้น ในการจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อรายอื่นในตลาดปลายน้ำ นอกจากจะทำให้ผู้ประกอบการต้องใช้ต้นทุนในการปรับเปลี่ยนกระบวนการผลิตสำหรับผู้ซื้อรายอื่นแล้ว ยังทำให้ผู้ประกอบการนั้นต้องทิ้งวัตถุดิบที่จัดเตรียมไว้สำหรับการผลิตแม่เหล็กนิโอติเมียมอัลลอยแก่บริษัท Hitachi Metals อีกด้วย

ทั้งนี้ หากบริษัท Hitachi Metals มีพฤติกรรมปฏิเสธการซื้อวัตถุดิบจากผู้ประกอบการอื่นที่ทำการสั่งซื้ออยู่เป็นประจำในตลาดระดับต้นน้ำ จนสามารถกำจัดผู้ประกอบการรายนั้นออกไปจากตลาดได้แล้ว จะทำให้บริษัท Santoku กลายเป็นผู้ประกอบการเพียงรายเดียวในตลาดระดับต้นน้ำดังกล่าว อีกทั้งบริษัท Santoku นั้นยังมีกำลังการผลิตส่วนเกิน ซึ่งผลจากการปฏิเสธการซื้อวัตถุดิบจากผู้ประกอบการอื่นนั้น จะทำให้บริษัท Santoku สามารถเพิ่มอัตรากำไรใช้กำลังการผลิต

ผลิตให้สูงขึ้นได้ การมีพฤติกรรมดังกล่าวจึงส่งผลให้เกิดกำไรเพิ่มขึ้นแก่กลุ่มผู้ประกอบการรายอื่น หลังจากการรวมธุรกิจได้ ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงเห็นว่า การรวมธุรกิจดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นมีความสามารถและแรงจูงใจในการมีพฤติกรรมปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อจนทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้รับความเสียหายได้อีกด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจได้ อันจะนำไปสู่การต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบการได้เสนอมาตรการเยียวยาจำนวนหลายมาตรการ เช่น การทำข้อตกลงว่าผู้ประกอบการรายอื่นจะยังคงดำเนินธุรกรรมที่ทำอยู่ในปัจจุบันกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ต่อไป และจะมีมาตรการในการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลที่มีความอ่อนไหวของคู่แข่งในตลาดระดับต่าง ๆ เพื่อมิให้เกิดการได้เปรียบในการแข่งขัน ซึ่งในที่สุดคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เห็นชอบกับมาตรการดังกล่าวที่ผู้ประกอบการได้เสนอมา และเห็นว่าหากผู้ประกอบการดำเนินการตามมาตรการต่าง ๆ ข้างต้น จะทำให้การรวมธุรกิจนั้นไม่ส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด จึงยินยอมให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้

3.3.7 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจมิได้มีความสัมพันธ์กันไม่ว่าในลักษณะของคู่ค้าหรือคู่แข่ง ดังนั้น ผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นเป็นไปได้น้อยมาก คงอาจก่อให้เกิดความกังวลต่อการแข่งขันในบางประการเท่านั้น กล่าวคือ หากมิได้มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น ผู้ประกอบการจะเข้ามาเป็นคู่แข่งในตลาดด้วยตนเองในอนาคตหรือไม่ หรือผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจฝ่ายหนึ่งนั้น มีแนวโน้มที่จะมีความสามารถและแรงจูงใจในการใช้ประโยชน์จากอำนาจตลาดที่ผู้ประกอบการมีอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง มาก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการกีดกันผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งในอีกตลาดหนึ่งให้ออกไปจากตลาดหรือไม่³⁸²

3.3.7.1 การกระจุกตัวของตลาด

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายที่จะได้รับการสันนิษฐานในเบื้องต้นว่าไม่น่าจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญนั้น ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวตั้ง กล่าวคือการรวมธุรกิจที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

³⁸² Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.129.

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 10% ไม่ว่าจะในตลาดสินค้าหรือบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องอยู่ก็ตาม หรือ

(2) ภายหลังจากการรวมธุรกิจ อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องตามดัชนี HHI มีอัตราไม่เกิน 2,500 และผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 25% ในตลาดสินค้าหรือบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องอยู่

อย่างไรก็ดี แม้การรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นจะไม่เข้าลักษณะดังกล่าว ก็มิได้หมายความว่าความโดยทันทีว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องทำการพิจารณาต่อไปว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามแนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจด้วยหรือไม่

ทั้งนี้ ในอดีตที่ผ่านมา กรณีที่การรวมธุรกิจนั้นมิได้เกิดขึ้นในตลาดที่มีอัตราการกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI เกินกว่า 2,500 และส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นไม่เกิน 35% คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามักจะพิจารณาว่าโอกาสที่การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันนั้นเป็นไปได้น้อย³⁸³

3.3.7.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายในบางกรณีอาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้ โดยที่ผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจแบบหลากหลายนี้ อาจส่งผลเป็นการปิดกั้นตลาดมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่าย หรืออาจส่งผลเป็นการกีดกันให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดต้องออกจากตลาดไป นอกจากนี้ หากผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีศักยภาพที่จะเข้ามาเป็นคู่แข่งรายสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งได้ด้วยตนเอง เช่นนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวทำให้การแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจเข้ามาประกอบกิจการแข่งขันด้วยตนเองนั้นหายไป และการที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีศักยภาพดังกล่าวนั้นทำการรวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นอยู่ก่อนแล้ว ทำให้ระดับความสามารถในการแข่งขันของกิจการภายหลังจากการรวมธุรกิจสูงขึ้นจนอาจสามารถเข้าควบคุมราคา หรือปริมาณสินค้าในตลาดดังกล่าวได้

³⁸³ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.44.

ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นอาจก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากผลกระทบต่อการแข่งขันจากการผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจหรือไม่นั้น จะพิจารณาจากลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้³⁸⁴

ก. ความเป็นไปได้ที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดการปิดกั้นตลาดหรือกีดกันผู้ประกอบการธุรกิจให้ออกไปจากตลาด

ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นอาจมีพฤติกรรมปิดกั้นตลาดตลาดมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาด หรืออาจส่งผลเป็นการกีดกันให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งในตลาดต้องออกจากตลาดไปได้ หากปรากฏว่าสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจเป็นที่ต้องการของผู้ซื้อรายเดียวกัน ดังนั้น ภายหลังจากการรวมธุรกิจผู้ประกอบการจึงอาจมีแนวโน้มที่จะควบสินค้าหรือบริการของตนเพื่อจำหน่ายแก่ผู้ซื้อนั้น ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่งไม่ว่าในตลาดสินค้าหรือบริการใดที่เกี่ยวข้องนั้นต้องเสียเปรียบในการแข่งขันจนอาจต้องออกไปจากตลาด หรือผู้ประกอบการรายใหม่ที่มีศักยภาพในการเข้ามาแข่งขันนั้นต้องเผชิญกับอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ส่งผลให้แรงจูงใจในการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวลดลง

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาว่าผู้ประกอบการมีความสามารถและแรงจูงใจในการมีพฤติกรรมดังกล่าว โดยพิจารณาจากสถานะในตลาดสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการ ซึ่งอาจประเมินจากอำนาจในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งของผู้ประกอบการว่ามีมากเพียงพอหรือไม่ และการมีพฤติกรรมควบสินค้าหรือบริการของตนเข้าด้วยกัน จะทำให้สินค้าหรือบริการอีกชนิดหนึ่งนั้นได้รับส่วนแบ่งตลาดเพิ่มมากขึ้น อันจะนำไปสู่การมีกำไรที่สูงมากขึ้นด้วยหรือไม่

ข. การที่ผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นเป็นผู้ประกอบการที่มีศักยภาพในการเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดได้ด้วยตนเอง

ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีศักยภาพในการเข้าสู่ตลาดด้วยตนเองโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการรวมธุรกิจ และหากผู้ประกอบการนั้นได้เข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดด้วยตนเองแล้ว ผู้ประกอบการรายดังกล่าวจะกลายเป็นคู่แข่งรายสำคัญของผู้ประกอบการอีกฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ เช่นนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจทำลายความเป็นไปได้ที่จะเกิดการแข่งขันขึ้นในอนาคต และเมื่อได้ทำการเปรียบเทียบระหว่างการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตหากผู้ประกอบการได้เข้าสู่ตลาดด้วยตนเอง กับสภาพการ

³⁸⁴ ibid.

แข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้ว อาจถือได้ว่าการรวมธุรกิจนั้นได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจแบบหลากหลายนี้จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันจนถึงขนาดเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่นั้น จะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจากการรวมธุรกิจในแนวนอนด้วย

3.3.7.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณาแนวโน้มที่การรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นจะสนับสนุนให้เกิดการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในตลาดด้วย โดยการพิจารณาจากข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันในตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าถึงได้ภายหลังจากการรวมธุรกิจ รวมถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันจากการรวมธุรกิจในแนวนอนด้วย

ตัวอย่างของการพิจารณาการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย เช่น ในกรณี *Qualcomm/NXP*³⁸⁵ โดยที่บริษัท Qualcomm River Holdings ซึ่งเป็นผู้ผลิตหน่วยประมวลผลสำหรับโทรศัพท์เคลื่อนที่ ต้องการเข้าทำการรวมธุรกิจกับบริษัท NXP Semiconductors ซึ่งเป็นผู้ผลิตชิปสำหรับการรับส่งข้อมูลเข้าระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ NFC และระบบ SE อันเป็นกิจการที่อยู่คนละตลาดกันโดยไม่มี ความเกี่ยวข้องกันในช่วงโซ่อุปทาน แต่อย่างไรก็ดี ในตลาดหน่วยประมวลผลสำหรับโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้นมีอัตราการกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ราว 3,400 โดยที่บริษัท Qualcomm มีส่วนแบ่งตลาดราว 50% อันถือเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดในตลาด

ภายหลังจากการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วพบว่าบริษัท Qualcomm นั้นเป็นผู้ผลิตรายเดียวที่สามารถทำการผลิตหน่วยประมวลผลสำหรับโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่สามารถรองรับเครือข่ายเทคโนโลยีการสื่อสารไร้สายด้วยระบบดิจิทัล (CDMA) ได้ ดังนั้น ผู้ผลิตชิปสำหรับการรับส่งข้อมูลเข้าระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ต้องการให้สินค้าของตนสามารถใช้งานในเครือข่าย CDMA ได้ จำเป็นจะต้องใช้หน่วยประมวลผลที่บริษัท Qualcomm เป็นผู้ผลิตเท่านั้น เนื่องจากเหตุผลทางด้านเทคนิคที่มีความจำเพาะมาก ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดชิป

³⁸⁵ Japan Fair Trade Commission, "Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2017," [Online] Accessed: 23 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/MajorBusinessCombinationsinFY2017.pdf.

สำหรับการรับส่งข้อมูลนั้นไม่สามารถผลิตหน่วยประมวลผลที่รองรับการใช้งานในเครือข่าย CDMA ด้วยตนเองได้ และไม่สามารถหาผู้ผลิตรายอื่นมาทดแทนได้อีกด้วย ดังนั้น หากบริษัท Qualcomm ทำการปรับปรุงหน่วยประมวลผลของตนให้รองรับการใช้งานได้เฉพาะชิปสำหรับการรับส่งข้อมูลเข้าระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ NFC และระบบ SE ของบริษัท NXP Semiconductors แล้ว ย่อมส่งผลให้ผู้ผลิตระบบรับส่งข้อมูลเข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ต้องการให้ระบบของตนรองรับเครือข่าย CDMA ได้ จำเป็นต้องใช้ผลิตภัณฑ์ของบริษัท Qualcomm และบริษัท NXP Semiconductors เท่านั้น จึงสรุปได้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีความสามารถและแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมกีดกันคู่แข่งรายอื่น ๆ ในตลาดผู้ผลิตชิปสำหรับการรับส่งข้อมูลเข้าระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้ออกไปจากตลาด จนอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดดังกล่าวได้

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบธุรกิจได้เสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบดังกล่าว โดยการให้คำมั่นว่าจะทำให้หน่วยประมวลผลสำหรับโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ตนเป็นผู้ผลิตนั้น สามารถใช้งานควบคู่กับชิปสำหรับการรับส่งข้อมูลเข้าระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดได้ต่อไป และจะทำการรายงานการผลิตสินค้าของตนให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทราบทุกไตรมาส พร้อมหลักฐานการตรวจสอบการผลิตสินค้าจากบุคคลฝ่ายที่สามที่เป็นอิสระ เพื่อยืนยันว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดขึ้น ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงเห็นว่าหากผู้ประกอบการได้ดำเนินการตามมาตรการเยียวยาข้างต้นแล้ว การรวมธุรกิจดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ จึงอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้

3.3.6 ข้อยกเว้น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้โดยให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดเล็กที่ต้องการรวมธุรกิจนั้น ไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดแต่อย่างใด³⁸⁶ โดยที่การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็กที่ได้รับยกเว้นนั้น หมายถึง การรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องฝ่ายหนึ่งมียอดขายในประเทศญี่ปุ่นไม่เกิน 2 หมื่นล้านเยน และผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งมียอดขายในประเทศญี่ปุ่นไม่เกิน 5 พันล้านเยน ดังนั้น หากผู้ประกอบการที่ต้องการรวมธุรกิจมียอดขายไม่ถึงจำนวนดังกล่าว ย่อม

³⁸⁶ Danny Abir, "Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis," *International Tax & Business Lawyer*: 170.

ไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นที่จะต้องยื่นขออนุญาตเป็นการล่วงหน้า ต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า³⁸⁷

3.4 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันในประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์เป็นสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่มีระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจสูงที่สุดโดยใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม และได้รับการจัดอันดับว่าเป็นประเทศที่มีการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจสูงที่สุดเป็นอันดับ 1 ของโลก ในปี ค.ศ. 2019 โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นความมั่นคงของรัฐบาล การตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงโดยรัฐ โครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ ระบบการเงินการธนาคาร เป็นต้น³⁸⁸ อีกทั้ง ในแง่ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ถึงแม้จะมีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าขึ้นภายหลังจากประเทศไทยเป็นเวลาถึง 5 ปี แต่ประเทศสิงคโปร์ก็เป็นประเทศที่มีเนื้อหาและคุณภาพของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอยู่ในระดับสากล และยังมีองค์กรบังคับใช้กฎหมายที่ถือได้ว่ามีประสิทธิภาพสูง³⁸⁹ ดังนั้น แนวคิดในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จึงมีความน่าสนใจและควรศึกษาในฐานะที่เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่มีระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่โดดเด่น จึงอาจเป็นตัวอย่างแก่การปรับปรุงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศไทยต่อไปได้

การศึกษาแนวคิดในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศสิงคโปร์จะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ จะเริ่มทำการศึกษาดังแต่ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศสิงคโปร์ รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ การกำหนดขอบเขตตลาด ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ตลอดจนข้อยกเว้นของการรวมธุรกิจที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์

³⁸⁷ Taisuke Igaki and Yosuke Yamaguchi, "Japan," in *Mergers and Acquisitions in North America, Latin America, Asia and the Pacific: Selected Issues and Jurisdictions*, p.380.

³⁸⁸ Aw Cheng Wei, "Singapore economy ranked world's most competitive," [Online] Accessed: 8 April 2020. Available from: <https://www.straitstimes.com/business/economy/singapore-economy-ranked-worlds-most-competitive>.

³⁸⁹ ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 121.

3.4.1 ความเป็นมาของการกำกับดูแลการแข่งขันในประเทศสิงคโปร์

การร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ ได้ถูกจัดทำขึ้นโดยกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม โดยอยู่บนพื้นฐานของนโยบายทางเศรษฐกิจที่สนับสนุนให้ตลาดมีความเสรีเป็นอย่างมาก ซึ่งในระหว่างการร่างกฎหมายดังกล่าวมีการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศ เช่น สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย ไอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา และแคนาดา แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศสิงคโปร์ได้นำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักร (The UK Competition Act 1998) มาเป็นต้นแบบในการตรากฎหมายมากที่สุด ทำให้กล่าวได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้รับอิทธิพลจากนโยบายกำกับดูแลการแข่งขันของคณะกรรมการการของสหภาพยุโรปเป็นอย่างมาก ผ่านทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอังกฤษ³⁹⁰ แต่ทั้งนี้ ก็ยังคงคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจที่มีขนาดเล็กและมีความเสรีของประเทศเป็นสำคัญ โดยตราออกเป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปี ค.ศ. 2004³⁹¹

ก่อนที่จะมีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์ในปี ค.ศ. 2004 นั้น ระบบเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์นั้นอยู่บนพื้นฐานของนโยบายการค้าเสรีในระบบตลาดแบบเสรี เพื่อสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันภายในประเทศ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงสามารถประกอบธุรกิจในประเทศสิงคโปร์ได้อย่างเสรี โดยมีการแทรกแซงหรือกำกับดูแลจากรัฐบาลน้อยมาก หากมิใช่ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการเมืองหรือสังคม ทั้งนี้ ลักษณะของการค้าเสรีนั้นรวมไปถึงการเข้ามาแข่งขันในตลาดของประเทศสิงคโปร์โดยผู้ประกอบธุรกิจหรือสินค้าจากประเทศอื่น ๆ ด้วย ซึ่งการแข่งขันอย่างเสรีนี้เป็นสิ่งขับเคลื่อนให้การจัดสรรทรัพยากรในประเทศสิงคโปร์นั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์เป็นอย่างมาก จนกระทั่งประเทศสิงคโปร์ตัดสินใจว่าควรที่จะกำหนดให้มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปี ค.ศ. 2003 เพราะจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์เป็นอย่างมาก³⁹²

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เกิดขึ้นจากทั้งปัจจัยภายนอกประเทศ กล่าวคือการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศต่าง ๆ ซึ่งประเทศสิงคโปร์นั้นเป็นภาคีใน

³⁹⁰ Hogan Lovells Lee & Lee, "Competition law in Singapore," [Online] Accessed: 8 April 2020. Available from: https://www.hoganlovells.com/~/_media/hogan-lovells/pdf/publication/competition-law-in-singapore--jan-2015_pdf.pdf, p.1.

³⁹¹ สิทธิ วิวัฒน์วัฒนา และอาร์ม ตั้งนิรันดร, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์," ใน กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, ศักดา ธนิตกุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 340.

³⁹² Lim Chong Kin and Cavinder Bull SC, Competition Law and Policy in Singapore, pp.6 - 7.

ข้อตกลงเขตการค้าเสรีจำนวนถึง 21 ฉบับในปี ค.ศ. 2015 แต่ข้อตกลงเขตการค้าเสรีฉบับสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เป็นอย่างมาก คือ ข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์ (US - Singapore FTA: USSFTA) ซึ่งมีข้อตกลงให้ภาคีของข้อตกลงดังกล่าวจะต้องจัดให้มีนโยบายและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในประเทศ จึงเป็นหนึ่งในเหตุผลที่ทำให้ประเทศสิงคโปร์ต้องตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงดังกล่าวด้วย

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าจะมิได้มีปัจจัยภายนอกประเทศอันได้แก่ข้อตกลงเขตการค้าเสรีดังกล่าวข้างต้น ภายในประเทศสิงคโปร์เองก็มีการจัดตั้งคณะกรรมการที่ทำการศึกษาทบทวนกฎระเบียบเกี่ยวกับเศรษฐกิจขึ้นในช่วงเวลาใกล้เคียงกันกับที่มีการเจรจาจัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกาด้วย จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2002 คณะกรรมการชุดดังกล่าวก็ได้มีการนำเสนอให้มีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์ขึ้นเป็นครั้งแรก แต่ก็ได้รับข้อโต้แย้งว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีต้นทุนในการดำเนินธุรกิจเพิ่มมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ก็ได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลสิงคโปร์ เนื่องจากรัฐบาลก็เห็นว่าควรจะมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในธุรกิจทั่วไปด้วย เพื่อสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาทางธุรกิจ และคุ้มครองการประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นใหม่ (startup) ให้สามารถแข่งขันกันได้อย่างเท่าเทียม อันจะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของตลาดสินค้าและบริการต่าง ๆ ในประเทศสิงคโปร์ และทำให้การแข่งขันในตลาดต่าง ๆ ดังกล่าวเข้มแข็งมากยิ่งขึ้นไปอีก จนผ่านการรับความคิดเห็นจากสาธารณะ และตราออกเป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 2004³⁹³

ทั้งนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวถูกแบ่งช่วงของการใช้บังคับแต่ละบทบัญญัติออกเป็น 3 ช่วงเวลา กล่าวคือ ในช่วงที่ 1 เป็นการใช้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2005 และช่วงที่ 2 เป็นการใช้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ การบังคับใช้กฎหมาย กระบวนการอุทธรณ์ และบทเบ็ดเตล็ดอื่น ๆ ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006 ขณะที่บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขัน

³⁹³ ibid., pp.9 - 10.

ทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น ถูกบังคับใช้เป็นช่วงสุดท้าย โดยมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2007³⁹⁴ และใช้บังคับกับการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นภายหลังจากวันดังกล่าวเป็นต้นไป

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปหรือสหราชอาณาจักร รวมถึงคำพิพากษาต่าง ๆ จากศาลของสหภาพยุโรปนั้นไม่มีผลผูกพันองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์แต่อย่างใด แต่ผลจากการนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักรมาเป็นต้นแบบ จึงทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปมาด้วย ดังนั้น การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จึงบัญญัติห้ามการรวมธุรกิจที่มีผลหรือคาดว่าจะมีผลทำให้การแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในประเทศสิงคโปร์ลดลงอย่างมีนัยสำคัญ³⁹⁵ อันมีลักษณะคล้ายกันกับแนวคิดในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรป รวมถึงคำวินิจฉัยต่าง ๆ ของศาลของสหภาพยุโรปและคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป ก็มักมีอิทธิพลต่อแนวทางการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ด้วยเช่นกัน³⁹⁶

3.4.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจที่กำกับดูแล

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ มาตรา 54 (2) ได้กำหนดลักษณะของธุรกรรมที่ถือเป็นการรวมธุรกิจเอาไว้ 3 รูปแบบใหญ่ ๆ ได้แก่

- (1) การควบกิจการระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ซึ่งมีสถานะเป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน
- (2) การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนหรือผู้ประกอบการรายอื่น ได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้ประกอบการธุรกิจอีกรายหนึ่ง

³⁹⁴ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice* (Singapore: LexisNexis, 2011), p.5.

³⁹⁵ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, eds. Maher Dabbah and Paul Lasok QC (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p.1204.

³⁹⁶ Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, 2nd ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), p.24.

(3) การที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งได้มาซึ่งสินทรัพย์ทั้งหมด หรือสินทรัพย์ส่วนสำคัญของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่ง จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้สินทรัพย์มานั้นเข้ามีสถานะทางธุรกิจแทนที่ผู้ประกอบธุรกิจที่โอนสินทรัพย์ไป

จากลักษณะดังกล่าวนี้ ทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์มีความหมายครอบคลุมถึงธุรกรรมอย่างกว้างขวาง เพราะมิได้กำหนดลักษณะของการดำเนินธุรกรรมไว้โดยเฉพาะ แต่ได้กำหนดเพียงความหมายกว้าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมทั้งทางตรงและทางอ้อมในกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ทำให้สามารถนำไปกำกับดูแลได้ตั้งแต่การซื้อขายหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจตามปกติ จนถึงการได้มาซึ่งสิทธิในการซื้อสินทรัพย์อ้างอิงในอนาคต (call option) และรวมไปถึงการดำเนินกิจการร่วมค้าด้วย³⁹⁷

นอกจากนี้ บทบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดให้การรวมธุรกิจนั้นครอบคลุมไปถึงกรณีการรวมกันเป็นกิจการร่วมค้าที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานอย่างเต็มรูปแบบเป็นระยะเวลานานอีกด้วย³⁹⁸

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวแล้ว จึงอาจแยกลักษณะของการรวมธุรกิจได้ดังต่อไปนี้

3.4.2.1 การควบกิจการ

การรวมธุรกิจรูปแบบแรกที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์คือการควบกิจการ ดังที่ระบุไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติมาตรา 54 (2) (a) โดยที่การควบกิจการนี้เกิดได้ทั้งในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ควบเข้ากันเกิดเป็นองค์กรธุรกิจใหม่ (amalgamation) และกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งจนเหลือเป็นผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียวด้วย

3.4.2.2 การได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่ง

การรวมธุรกิจรูปแบบต่อมาที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแล คือ การได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่ง ตามบทบัญญัติมาตรา 54 (2) (b) ซึ่งนับเป็นบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างกว้างจนทำให้ครอบคลุมถึงธุรกรรมหลายรูปแบบ โดยนำแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจในการควบคุมการ

³⁹⁷ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, pp.1205 - 1206.

³⁹⁸ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.12.

ดำเนินธุรกิจมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าธุรกรรมใดจะมีลักษณะเข้าข่ายเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายนี้หรือไม่

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดลักษณะของการได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมไว้ในมาตรา 54 (3) โดยบัญญัติไว้ว่าอำนาจในการควบคุมนั้นหมายถึงการที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจในการกำหนดนโยบายในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ได้ ไม่ว่าจะเนื่องมาจากอำนาจตามสัญญา อำนาจที่ได้มาจากการถือครองหุ้น หรืออำนาจที่ได้มาโดยทางอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน ซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการนี้อาจถูกถือครองโดยผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายรวมกันก็ได้ โดยรวมถึงทั้งอำนาจในการควบคุมตามกฎหมายและอำนาจในการควบคุมตามความเป็นจริงด้วย³⁹⁹

ก. อำนาจควบคุมตามกฎหมาย (legal control)

อำนาจควบคุมตามกฎหมาย หมายถึงการเป็นเจ้าของสิทธิหรือหลักทรัพย์ของกิจการนั้นตามกฎหมาย⁴⁰⁰ ซึ่งอาจเป็นอำนาจในการควบคุมกิจการโดยผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวที่มักจะเกี่ยวข้องกับการถือครองหุ้นในกิจการ ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายสำคัญ ๆ ในการดำเนินธุรกิจของกิจการนั้นได้ หรือเป็นอำนาจในการร่วมกันควบคุมกิจการโดยผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่มักจะเกิดขึ้นจากการมีอำนาจในการร่วมกันยับยั้งการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายในการดำเนินธุรกิจ (veto) อันเนื่องจากการมีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นในกิจการดังกล่าว โดยที่ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงสัดส่วนในการถือครองหุ้นของกิจการนั้น⁴⁰¹

อย่างไรก็ดี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ (Competition & Consumer Commission Singapore: CCCS) ก็ได้ตั้งข้อสันนิษฐานไว้ว่าหากผู้ประกอบธุรกิจถือครองหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในจำนวนระหว่าง 30 - 50% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดในกิจการใดแล้ว ก็จะต้องถือว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีอำนาจควบคุมการดำเนินธุรกิจของกิจการนั้นตามกฎหมาย เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจะนำหลักฐานมาแสดงให้เห็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเชื่อได้ว่าตนไม่มีอำนาจในการตัดสินใจในการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจนั้น⁴⁰²

³⁹⁹ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, eds. Cavinder Bull SC and Lim Chong Kin (Singapore: Academy Publishing, 2015), p.182.

⁴⁰⁰ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.16.

⁴⁰¹ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1206.

⁴⁰² Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, p.183.

ข. อำนาจในการควบคุมกิจการตามความเป็นจริง (*de facto control*)

อำนาจควบคุมตามความเป็นจริง คือความสามารถของผู้ประกอบกิจการที่จะสามารถมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจใด ๆ ของกิจการอีกกิจการหนึ่งได้ อันอาจมีสาเหตุมาจากปัจจัยอื่น ๆ ที่มีใช้การเป็นเจ้าของกิจการนั้นตามกฎหมาย⁴⁰³ โดยที่อำนาจควบคุมตามความเป็นจริงนี้อาจเกิดขึ้นจากข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถตัดสินใจในการดำเนินการสำคัญ ๆ ในทางการค้าของกิจการใด ๆ ได้ เช่น การให้กู้ยืมเงินโดยมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจผู้ประกอบธุรกิจในการร่วมตัดสินใจในการดำเนินกิจการที่สำคัญได้ การถือหุ้นข้างน้อยที่มีอำนาจในการยับยั้งการดำเนินกิจการ (*veto*) หรือร่วมตัดสินใจในการดำเนินการที่สำคัญไม่ว่าจะเป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับงบประมาณ การลงทุนจำนวนมาก หรือการแต่งตั้งกรรมการบริหารระดับอาวุโส เป็นต้น ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจอื่นนั้นไม่จำเป็นต้องมีการตัดสินใจขึ้นจริง เพียงแต่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถที่จะตัดสินใจในการดำเนินการได้ก็เพียงพอแล้วที่จะถือว่ามีอำนาจควบคุมกิจการตามความเป็นจริง⁴⁰⁴

3.4.2.3 การได้มาซึ่งสินทรัพย์

การดำเนินธุรกรรมอีกรูปแบบหนึ่งที่เกี่ยวข้องเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์คือการได้มาซึ่งสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ทั้งนี้ มาตรา 54 (2) (c) ของกฎหมายดังกล่าวนี้ได้อำนาจไว้โดยเฉพาะว่าการได้มาซึ่งสินทรัพย์นั้น จะต้องเป็นการได้มาซึ่งสินทรัพย์ทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หรือมีฉะนั้นสินทรัพย์ที่ได้มาก็จะต้องเป็นสินทรัพย์ส่วนสำคัญของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น จนถึงขนาดที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเข้ามีสถานะในธุรกิจดังกล่าวแทนผู้ประกอบธุรกิจเดิม จึงจะถือว่าการได้มาซึ่งสินทรัพย์นั้นมีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ ดังนั้น การที่ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายสินทรัพย์บางประการออกไป แต่ยังคงสามารถดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์นั้นต่อไปได้เช่นเดิม จะยังไม่ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้⁴⁰⁵

3.4.2.4 กิจการร่วมค้า

ธุรกรรมรูปแบบสุดท้ายที่ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ว่าถือเป็นการรวมธุรกิจด้วยเช่นกัน คือ กิจการร่วมค้า (*joint venture*) ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 54 (5) แต่บทบัญญัติมาตราดังกล่าวนี้ก็ได้อำนาจลักษณะของกิจการ

⁴⁰³ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.17.

⁴⁰⁴ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.183 - 184.

⁴⁰⁵ Susan de Silva *et al.*, *Business Guide to Competition Law: Managing Your Risks* (Singapore: Sweet & Maxwell), p.243.

ร่วมค้าที่จะถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งเอาไว้ด้วยเช่นกัน ดังนั้น มิใช่กิจการร่วมค้าทั้งหมดจะถูกถือเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้ หากแต่จะต้องมีลักษณะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดด้วย จึงจะถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่ง โดยให้ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจตามบทบัญญัติมาตรา 54 (2) (b) กล่าวคือ เป็นการได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

ลักษณะของกิจการร่วมค้าที่จะถือว่าเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งนั้น คือ กิจการร่วมค่านั้นจะต้องมีการดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ (full-function joint venture)⁴⁰⁶ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของตลาดไปในระยะยาว จนทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องได้ แต่หากเป็นการรวมกันเป็นกิจการร่วมค้าเพื่อวัตถุประสงค์บางประการ เช่น การร่วมกันวิจัยและพัฒนา การร่วมกันผลิตและจัดจำหน่ายสินค้า โดยไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างกิจการไปอย่างถาวร จะไม่ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจตามบทบัญญัติมาตรา 54 นี้ ดังนั้น หากกิจการร่วมค้าดังกล่าวมีพฤติกรรมใด ๆ ที่ก่อให้เกิดข้อกังวลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องกำกับดูแลพฤติกรรมของกิจการร่วมค่านั้นโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 34 ว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน หรือมาตรา 47 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาด โดยมีขอบแทน⁴⁰⁷

ทั้งนี้ กิจการร่วมค้าที่ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าว จะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข 3 ประการ⁴⁰⁸ ได้แก่

ก. กิจการร่วมค่านั้นอยู่ภายใต้การควบคุมร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป (joint control) ที่มีอำนาจร่วมกันตัดสินใจใด ๆ ในการดำเนินธุรกิจของกิจการร่วมค่านั้นได้ ไม่ว่าจะโดยการมีสัดส่วนการถือหุ้นอย่างเท่าเทียมกัน การมีอำนาจในการยับยั้งการดำเนินการใด ๆ ของกิจการอย่างเด็ดขาด (veto) หรือการร่วมกันกับผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงข้างน้อยรายอื่นจนรวมกันแล้วมีสัดส่วนเป็นสิทธิออกเสียงส่วนใหญ่ของกิจการร่วมค่านั้น

ข. สามารถดำเนินกิจการต่าง ๆ ได้ด้วยกิจการร่วมค่านั้นเองในลักษณะที่เป็นหน่วยทางเศรษฐกิจหนึ่งซึ่งมีอิสระ โดยไม่ต้องพึ่งพาองค์กรธุรกิจอื่นใด ซึ่งหมายถึงกิจการร่วมค่านั้นจะต้องสามารถดำเนินธุรกรรมในแต่ละวันทั้งหมดได้ด้วยตนเอง โดยมีการปฏิบัติงาน มีการเข้าถึงทรัพยากรอย่างเพียงพอ รวมถึงมีการจัดการด้านการเงิน พนักงาน และสินทรัพย์ต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง

⁴⁰⁶ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1207.

⁴⁰⁷ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.36 - 37.

⁴⁰⁸ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.185 - 189.

มิใช่มีความสามารถในการดำเนินการเฉพาะบางสิ่งบางอย่างแทนบริษัทแม่ เช่น เป็นเพียงตัวแทนจำหน่ายสินค้าของบริษัทแม่ที่ร่วมลงทุนเท่านั้น เป็นต้น รวมถึงสามารถเข้าสู่ตลาดสินค้าหรือบริการในฐานะของกิจการร่วมค้ำนั้นเองได้⁴⁰⁹

ค. มีลักษณะการดำเนินงานอย่างถาวร โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาจากทรัพยากรที่บริษัทแม่ใช้ในการร่วมลงทุนว่ามีทรัพยากรสำคัญในการที่จะดำเนินกิจการร่วมค้ำนั้นอย่างถาวรหรือไม่ โดยที่แม้วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกิจการร่วมค้ำนั้นจะไม่ได้มีความต้องการให้กิจการร่วมค้ำดังกล่าวคงอยู่อย่างถาวร แต่หากระยะเวลาในการดำเนินการนั้นนานเพียงพอที่จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของกิจการไปอย่างถาวร ก็จะได้ถือว่ากิจการร่วมค้ำนั้นมีลักษณะการดำเนินงานอย่างถาวรด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม หากเป็นการรวมกันเป็นกิจการร่วมค้ำเพื่อดำเนินกิจการบางอย่างชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง เช่น การก่อสร้างอาคารสำนักงาน หรือการก่อสร้างโรงงาน โดยที่กิจการร่วมค้ำนั้นไม่มีส่วนในการบริหารอาคารสำนักงานหรือโรงงานดังกล่าวภายหลังจากการก่อสร้างเสร็จลุล่วงแล้ว เช่นนี้ ย่อมถือว่ากิจการร่วมค้ำนั้นขาดลักษณะการดำเนินงานอย่างถาวร จึงไม่ถือเป็นการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า⁴¹⁰

ตัวอย่างเช่น การรวมกันเป็นกิจการร่วมค้ำระหว่างบริษัท Intel Corporation บริษัท ST Microelectronics และบริษัท Francisco Partners เพื่อจัดตั้งกิจการร่วมค้ำ Newco⁴¹¹ ในการดำเนินกิจการวิจัยและพัฒนา ดำเนินการผลิต ทำการตลาด และจำหน่ายหน่วยความจำแบบแฟลช (flash memory) โดยที่บริษัท Intel Corporation จะลงทุนสินทรัพย์และความรับผิดชอบในการดำเนินกิจการเกี่ยวกับหน่วยความจำแบบ NOR และจะเป็นผู้ลงทุนด้านการเงินของกิจการร่วมค้ำนี้ ขณะที่บริษัท ST Microelectronics จะลงทุนสินทรัพย์และความรับผิดชอบในการดำเนินกิจการเกี่ยวกับหน่วยความจำทั้งรูปแบบ NOR และ NAND นอกจากนี้บริษัททั้งสองจะโอนการดำเนินการวิจัยและพัฒนาหน่วยความจำรูปแบบใหม่มายังกิจการร่วมค้ำ ส่วนบริษัท Francisco Partners จะลงทุนเป็นเงินสดเท่านั้น โดยที่บริษัท Intel Corporation จะมีสัดส่วนหุ้นจำนวน 45.1% บริษัท ST Microelectronics จะมีสัดส่วนหุ้นจำนวน 48.6% ขณะที่บริษัท Francisco Partners จะมีสัดส่วนหุ้นเพียง 6.3% ในกิจการร่วมค้ำ Newco

บริษัท Intel Corporation และบริษัท ST Microelectronics มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะผู้บริหารกิจการร่วมค้ำ Newco จำนวนบริษัทละ 3 รายจากจำนวนทั้งหมด 8 ราย

⁴⁰⁹ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.42.

⁴¹⁰ *ibid.*, pp.44 - 45.

⁴¹¹ CCS Case No 400/004/07, Intel Coporation and STMicroelectronics N.V.

ดังนั้น บริษัท Intel Corporation และบริษัท ST Microelectronics จึงร่วมกันมีอำนาจในการตัดสินใจที่สำคัญของกิจการร่วมค้า มีอำนาจในการอนุมัติแผนการประกอบธุรกิจและแผนการจัดการด้านการเงินในกิจการร่วมค้า Newco ซึ่งมีลักษณะการดำเนินงานอย่างถาวร และมีทรัพยากรในการดำเนินธุรกิจได้ด้วยตนเองอย่างอิสระ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จึงถือว่ากิจการร่วมค้าดังกล่าวมีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

3.4.3 รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น ใช้ระบบการแจ้งการรวมธุรกิจตามความสมัครใจ (voluntary merger regime) ซึ่งหมายความว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีอิสระที่จะแจ้งการดำเนินการรวมธุรกิจของตนเองต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ก็ได้⁴¹² หากผู้ประกอบการธุรกิจประเมินแล้วว่าการรวมธุรกิจของตนเองไม่มีแนวโน้มจะนำไปสู่การลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศสิงคโปร์แล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแจ้งการรวมธุรกิจให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทราบ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อน ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงสามารถดำเนินการรวมธุรกิจไปได้ตามที่ตนเองสะดวก⁴¹³

ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยให้ผู้ประกอบธุรกิจประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจด้วยตนเอง และแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคโดยความสมัครใจของตนเองนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์ อันแตกต่างไปจากสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ซึ่งระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยสมัครใจนี้ มีลักษณะสำคัญคือการให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจนั้นเป็นผู้รับความเสี่ยงด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไว้เองทั้งหมด กล่าวคือ หากผู้ประกอบการธุรกิจประเมินตนเองแล้วตัดสินใจว่าจะไม่ดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค การรวมธุรกิจดังกล่าวก็อาจถูกตรวจสอบได้ทุกเมื่อโดยไม่มีระยะเวลาจำกัด และหากปรากฏว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคได้ดำเนินการตรวจสอบและมีคำสั่งห้ามมิให้ดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าวภายหลังจากที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ทำการรวมธุรกิจเป็นที่เรียบร้อยแล้ว เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจอาจต้อง

⁴¹² Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.618.

⁴¹³ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1210.

ดำเนินการแยกกิจการออกจากกัน (unwind) หรือต้องจำหน่ายกิจการหรือสินทรัพย์เพื่อเยียวยาการแข่งขันที่ลดลงนั้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่สูงมาก⁴¹⁴

โดยที่การแจ้งการรวมธุรกิจตามความสมัครใจนั้น สามารถทำได้ทั้งในกรณีที่การรวมธุรกิจเสร็จสิ้นแล้วหรือยังไม่เกิดขึ้น แต่การรวมธุรกิจที่ยังไม่เกิดขึ้นนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จะไม่รับการพิจารณาหากการรวมธุรกิจนั้นยังคงเป็นความลับอยู่ โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะสามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ต่อเมื่อมีเจตนาที่จะดำเนินการรวมธุรกิจ และเมื่อแผนการรวมธุรกิจได้มีการประชาสัมพันธ์ต่อสาธารณะแล้ว นอกจากนี้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นจะไม่คัดค้านหากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะประกาศแผนการรวมธุรกิจนั้นต่อสาธารณะ⁴¹⁵

อย่างไรก็ดี การไม่แจ้งการรวมธุรกิจ และขอคำตัดสินจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีความเสี่ยง กล่าวคือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์มีอำนาจในการเริ่มดำเนินการสอบสวนการรวมธุรกิจที่มีได้แจ้งมายังคณะกรรมการด้วยตนเองได้ หากมีเหตุอันควรสงสัยว่าการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในประเทศสิงคโปร์⁴¹⁶ ทั้งนี้ หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพบว่าการรวมธุรกิจที่ไม่ได้ดำเนินการขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ก็อาจมีคำสั่งให้ขายสินทรัพย์ หรือมีวิธีการเยียวยาอื่น ๆ ได้ในที่สุดดังที่กล่าวแล้วข้างต้น⁴¹⁷

ทั้งนี้ การปรับใช้รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแบบดังกล่าว มีเหตุผลเนื่องมาจากข้อคิดเห็นของรัฐสภาของประเทศสิงคโปร์ว่าไม่ต้องการให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้สร้างภาระและต้นทุนในการประกอบธุรกิจเพิ่มเติมแก่ผู้ประกอบการธุรกิจจนเกินสมควร ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของต้นทุนด้านระยะเวลา การเงิน หรือแรงงาน จึงตราออกมาเป็นระบบที่มีได้กำหนดบังคับให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อน เว้น

⁴¹⁴ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.2.

⁴¹⁵ สิทธิ วิวัฒน์วัฒนา และอาร์ม ตั้งนรินทร์, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์," ใน *กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย*, หน้า 370 - 371.

⁴¹⁶ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1210.

⁴¹⁷ สิทธิ วิวัฒน์วัฒนา และอาร์ม ตั้งนรินทร์, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์," ใน *กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย*, หน้า 370 - 371.

แต่ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจจะทำการประเมินด้วยตนเองแล้วเล็งเห็นว่าการรวมธุรกิจของตนจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในประเทศสิงคโปร์อย่างมีนัยสำคัญ⁴¹⁸

3.4.4 การกำหนดขอบเขตตลาด

การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นเป็นกระบวนการพื้นฐานที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องดำเนินการเพื่อพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งหากขอบเขตตลาดนั้นกำหนดอย่างแคบเกินไป ก็จะทำให้มีโอกาสสูงที่จะได้ผลลัพธ์ว่าผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีอำนาจเหนือตลาดเพิ่มมากขึ้น จนการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ แต่หากขอบเขตตลาดนั้นถูกกำหนดอย่างกว้างเกินไป ก็จะทำให้ได้ผลลัพธ์ว่าในตลาดที่เกิดการรวมธุรกิจขึ้นนั้นมีผู้ประกอบการธุรกิจจำนวนมาก และผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจนั้นก็จะมีอำนาจตลาดลดลง⁴¹⁹

การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในประเทศสิงคโปร์นั้น เป็นไปโดยแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตตลาดซึ่งประกาศโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ และเป็นแนวปฏิบัติฉบับเดียวกันกับที่ใช้ในการกำหนดขอบเขตตลาดเพื่อพิจารณาพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดระหว่างการรวมธุรกิจ กับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอื่น ๆ คือ การพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น ราคาสินค้าหรือบริการที่ต้องคำนึงถึงคือราคาปัจจุบัน มิใช่ระดับราคาแข่งขันดังที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันประเภทอื่น ๆ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจคือการป้องกันมิให้การรวมธุรกิจนั้นส่งผลเป็นการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าหรือบริการที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน⁴²⁰

ภายใต้แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตตลาดดังกล่าวนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะนำการทดสอบตามข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้ผูกขาด (the hypothetical monopolist test) หรือการทดสอบ SSNIP Test มาเป็นเครื่องมือในการกำหนดขอบเขตตลาด ทั้งในมิติของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องและตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง

⁴¹⁸ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, p.209.

⁴¹⁹ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1214.

⁴²⁰ Competition & Consumer Commission Singapore, "The Substantive Assessment of Mergers," December 2016, p.69.

กล่าวคือ หากสินค้าหรือบริการนั้นมีราคาเพิ่มขึ้น 10% แล้ว ผู้บริโภคมีการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการที่ห่ออื่นหรือชนิดอื่น ในขอบเขตพื้นที่ใดเพื่อตอบสนองการขึ้นราคานี้บ้าง

เมื่อได้ทำการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจอาจก่อให้เกิดผลกระทบในตลาดใดบ้าง โดยเฉพาะตลาดที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น มีการดำเนินการทางธุรกิจอยู่จริง ทั้งตลาดในระดับเดียวกันสำหรับกรณีการรวมธุรกิจในแนวนอน หรือตลาดระดับบนและตลาดระดับล่างสำหรับกรณีการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีในแนวนอน นอกจากนั้น หากการรวมธุรกิจมีลักษณะดังต่อไปนี้ คณะกรรมการอาจให้ความสำคัญเป็นพิเศษ เนื่องจากเป็นการรวมธุรกิจที่มีแนวโน้มจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้อย่างมีนัยสำคัญ⁴²¹

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องรายหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่า 20% โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องอีกรายหนึ่งนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพในการเป็นคู่แข่งรายสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่า 20% ทำการซื้อกิจการของบริษัท ข. โดยที่บริษัท ข. นั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพในการเป็นคู่แข่งรายสำคัญของ ก. ในตลาด ทำให้การแข่งขันในตลาดดังกล่าวที่ควรเกิดขึ้นระหว่างบริษัท ก. และบริษัท ข. นั้นหายไป ดังนั้น ความกดดันจากการแข่งขันที่บริษัท ก. ได้รับจึงลดลง

(2) ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องรายหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่า 20% โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสำคัญของตลาดสินค้าหรือบริการนั้น เช่น บริษัท ก. ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่า 20% ทำการซื้อกิจการของบริษัท ข. โดยที่บริษัท ข. นั้นเป็นเจ้าของสิทธิบัตรที่มีความสำคัญต่อการประกอบกิจการดังกล่าว ทำให้บริษัท ก. ที่มีส่วนแบ่งตลาดมากอยู่แล้ว ได้รับสิทธิบัตรดังกล่าวที่มีความสำคัญอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้

(3) ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น มีการประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดสินค้าที่มีลักษณะใกล้เคียงกันและมีความสัมพันธ์กัน และมีส่วนแบ่งตลาดร่วมกันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งตั้งแต่ 20% ขึ้นไป

3.4.5 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวนอน

การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจในแนวนอนที่เกิดขึ้นอาจส่งผลให้การแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในประเทศสิงคโปร์ลดลงอย่างมีนัยสำคัญตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาตรา 54 (1) ของประเทศสิงคโปร์หรือไม่นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

⁴²¹ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, pp.1214 - 1215.

การค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ได้ออกแนวปฏิบัติว่าด้วยสาระสำคัญในการประเมินการรวมธุรกิจ โดยระบุถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะนำมาใช้ในการพิจารณา อันได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ การกระจุกตัวของตลาด ผลกระทบต่อการแข่งขันอันเกิดขึ้นจากพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวและหลายราย การเข้าสู่ตลาด อำนาจของผู้ซื้อในตลาด ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ และปัญหาในการดำเนินธุรกิจที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจนั้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.4.5.1 ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

ปัจจัยประการแรกซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่ผู้ประกอบธุรกิจมักจะต้องคำนึงถึงในการประเมินว่าตนเองอยู่ในขอบข่ายที่จะต้องแจ้งการรวมธุรกิจของตนเองต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์หรือไม่ คือ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ และการกระจุกตัวของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น โดยที่ส่วนแบ่งตลาดหรือการกระจุกตัวของตลาดนี้จะแสดงให้เห็นถึงอำนาจตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าว จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความสามารถในการขึ้นราคาสินค้า และลดคุณภาพหรือปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการดังกล่าวลงได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงพฤติกรรมของคู่แข่งรายอื่น ๆ⁴²²

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้การรวมธุรกิจที่ส่งผลต่อส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ หรือการกระจุกตัวของตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ในลักษณะดังต่อไปนี้ ถือเป็น การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน และควรแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์

ก. ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 40% ขึ้นไป

ข. ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 20 - 40% และอัตราส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ 3 รายแรก (CR3) ในตลาดมีอัตราตั้งแต่ 70% ขึ้นไป

ทั้งนี้ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมิได้จำกัดเฉพาะเพียงตลาดสินค้าหรือบริการภายในประเทศสิงคโปร์เท่านั้น กล่าวคือ หากผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดในขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่กว้างกว่าภายในประเทศสิงคโปร์ เช่น ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดใน

⁴²² Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, p.192.

ตลาดระดับโลกตั้งแต่ 40% ขึ้นไป ก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในประเทศสิงคโปร์ได้เช่นกัน⁴²³

อย่างไรก็ดี การที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาด หรือการที่ตลาดสินค้าหรือบริการมีความกระจุกตัวตั้งที่กำหนดข้างต้นนั้น มิได้หมายความว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวของผู้ประกอบการธุรกิจจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญอย่างแน่นอน แต่ส่วนแบ่งตลาดหรือการกระจุกตัวของตลาดดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงเกณฑ์ชี้วัดเบื้องต้นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด และผู้ประกอบการควรจะต้องแจ้งการรวมธุรกิจดังกล่าวไปยังคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแต่เพียงเท่านั้น เนื่องจากลำพังการพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดหรือการกระจุกตัวของตลาดนั้น มิได้บ่งชี้ให้เห็นถึงสภาพการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดแต่อย่างใด ดังนั้น การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์หรือไม่ จะต้องอาศัยการพิจารณาจากปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งแตกต่างกันไปตามรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ได้กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติต่อไปด้วย⁴²⁴

ข้อสังเกตของเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นำมาปรับใช้ คือ การนำดัชนีการกระจุกตัวของตลาด (concentration ratios: CR) มาใช้ในการพิจารณาการกระจุกตัวของตลาด กล่าวคือ การพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดในประเทศสิงคโปร์นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบการรายใหญ่ 3 รายแรกในตลาด (CR3) เท่านั้น แตกต่างจากแนวทางในการพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ

3.4.5.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ

ปัจจัยสำคัญประการต่อมาที่จะใช้ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการใดหรือไม่ คือ การพิจารณาจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยจะเริ่มพิจารณาจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายเดียว (non-coordinated effects)

⁴²³ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, pp.1213 - 1214.

⁴²⁴ Competition & Consumer Commission Singapore, "The Substantive Assessment of Mergers," December 2016, p.70.

แนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ได้อธิบายว่า ผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวนั้นอาจเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นสามารถสร้างกำไรจากการขึ้นราคาสินค้า หรือลดปริมาณและคุณภาพของสินค้าลงได้ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงการตอบโต้ของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาด เนื่องจากการแข่งขันในตลาดนั้นลดลงเพราะมีการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนี้เกิดขึ้น ซึ่งผลกระทบในลักษณะนี้มักจะเกิดขึ้นในตลาดที่มีผู้ประกอบธุรกิจที่แข่งขันกันในตลาดจำนวนน้อยรายอยู่ก่อนแล้ว ประกอบกับการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นก็มีความจตลาดในตลาดดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญอยู่แล้วด้วยเช่นกัน⁴²⁵

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะพิจารณาจากลักษณะของตลาด เพื่อแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันด้วยตนเองได้หรือไม่ ซึ่งลักษณะต่าง ๆ ของตลาดที่มีแนวโน้มจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอันเนื่องมาจากการรวมธุรกิจได้มากนั้นได้แก่⁴²⁶

ก. ในตลาดมีผู้ประกอบธุรกิจจำนวนน้อย ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายอาจมีส่วนแบ่งตลาดสูง จนทำให้แรงจูงใจในการแข่งขันในด้านราคาอย่างรุนแรงนั้นลดลง

ข. ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ โดยการที่ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูง เป็นเครื่องชี้วัดถึงความสามารถในการใช้อำนาจตลาดได้

ค. ความใกล้ชิดกันของการแข่งขัน กล่าวคือ การพิจารณาว่าสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น เป็นสินค้าหรือบริการที่เป็นตัวเลือกถัดไปที่สามารถทดแทนกันได้เป็นอย่างดีที่สุดในมุมมองของผู้บริโภคหรือลูกค้า ขณะที่สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งนั้น เป็นตัวเลือกในการทดแทนที่อยู่ในลำดับห่างไกลออกไปหรือไม่ ซึ่งผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจะมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นหากสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นสามารถทดแทนกันได้อย่างใกล้ชิด ดังนั้น การที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้วจะไม่มีสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจมาทดแทน ย่อมสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มราคาสินค้า

⁴²⁵ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, p.194.

⁴²⁶ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.102 - 104; Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, p.118.

ง. ผู้ซื้อในตลาดมีอำนาจต่อรองน้อย กล่าวคือ ในตลาดนั้นไม่มีผู้ซื้อมหาศาลที่จะมีอำนาจในต่อรองกับผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้านั้น ประกอบกับการที่ในตลาดมีจำนวนผู้ผลิตหรือผู้ขายที่ผู้ซื้อสามารถเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการได้น้อย ทำให้อำนาจของผู้ซื้อนั้นมีอย่างจำกัด

จ. ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งรายอื่น ๆ มีความสามารถในการตอบโต้อย่างจำกัด กล่าวคือ คู่แข่งขันในตลาดนั้นไม่สามารถตอบโต้การเปลี่ยนแปลงของราคา ปริมาณการผลิต หรือคุณภาพในตลาดได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งอาจเนื่องมาจากการต้องใช้ต้นทุนที่สูงในการตอบโต้พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ หรือผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งนั้นนั้นไม่มีความสามารถเพียงพอในการเพิ่มปริมาณการผลิตเพื่อตอบโต้การลดปริมาณการผลิตของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้

ฉ. การแข่งขันในตลาดไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบธุรกิจ จึงทำให้ตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจไม่สามารถใ้มีแนวโน้มให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการแข่งขันกันได้อย่างเพียงพอได้

ช. การรวมธุรกิจนั้นเป็นการกำจัดผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่หรือผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพในตลาดที่มีอัตราการเติบโตอย่างรวดเร็วไป ทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้มาก แม้ว่าในขณะที่ทำการรวมธุรกิจนั้นผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวยังมีส่วนแบ่งตลาดจำนวนไม่มากก็ตาม

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Computer Systems Holdings กับบริษัท Singapore Computer Systems⁴²⁷ ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจให้บริการการบริหารจัดการข้อมูลสารสนเทศแก่หน่วยงานรัฐบาลรายสำคัญ โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์พิจารณาแล้วพบว่าในมุมมองของผู้บริโภคนั้น ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายเป็นคู่แข่งที่มีความใกล้ชิดกันเป็นอย่างมาก โดยที่บริษัท Computer Systems Holdings นั้น เป็นคู่แข่งในการประมูลการให้บริการบริหารจัดการข้อมูลกับบริษัท Singapore Computer Systems เป็นจำนวนกว่า 50% ของโครงการทั้งหมดที่บริษัท Singapore Computer Systems เข้าร่วมการประมูล ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจรายถัดมา ได้แก่ บริษัท Frontline หรือบริษัท ST Electronics นั้น มีอัตราการเข้าแข่งขันกับบริษัท Singapore Computer Systems เพียงจำนวน 10% ของโครงการทั้งหมด แสดงให้เห็นว่าบริษัท Computer Systems Holdings และบริษัท Singapore Computer

⁴²⁷ CCS Case No 400/004/08, Computer Systems Holdings Pte Ltd/Singapore Computer Systems Ltd.

Systems เป็นคู่แข่งกันที่มีความใกล้ชิดกันในมุมมองของผู้บริโภค ขณะที่ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ อยู่ในระดับการแข่งขันที่ห่างออกมาเป็นอย่างมาก

อย่างไรก็ดี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้พิจารณาลักษณะประการอื่น ๆ ของตลาด พบว่าผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดสามารถเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันของตนได้ง่าย โดยการจ้างลูกจ้างที่มีทักษะที่จำเป็น และในตลาดผู้ให้บริการบริหารจัดการข้อมูลนั้นยังมีจำนวนผู้ให้บริการที่เพียงพอภายหลังจากการรวมธุรกิจ กล่าวคือ ราว 80% ของโครงการประมูลทั้งหมดจะยังคงมีจำนวนผู้ประกอบการที่เข้าร่วมประมูลจำนวนไม่น้อยกว่า 3 ราย ขณะที่ราว 40% ของโครงการประมูลทั้งหมดจะยังคงมีจำนวนผู้ประกอบการที่เข้าร่วมประมูลจำนวนไม่น้อยกว่า 4 ราย ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะอื่น ๆ ของตลาดแล้วคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จึงเห็นว่าตลาดดังกล่าวยังคงมีการแข่งขันที่เพียงพอภายหลังจากการรวมธุรกิจ ประกอบกับการมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่ต่ำ และผู้บริโภคในตลาดมีความสามารถในการเปลี่ยนแปลงผู้ให้บริการได้ง่าย จึงไม่มีแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ

3.4.5.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

การรวมธุรกิจในรูปแบบแนวนอนอาจก่อให้เกิดผลกระทบจากการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการหลายรายได้ (coordinated effects) เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นจะเพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจนั้น สามารถร่วมมือกับคู่แข่งรายอื่น ๆ ที่คงเหลืออยู่ในตลาดเพื่อมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันได้ ไม่ว่าจะเป็นการร่วมมือกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย โดยที่ผลกระทบดังกล่าวเป็นผลมาจากการรวมธุรกิจที่ลดการแข่งขันในตลาดลงเป็นอย่างมาก จนทำให้ผู้ประกอบการในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นเกิดแรงจูงใจที่จะร่วมมือกันขึ้นราคา หรือลดคุณภาพหรือปริมาณการผลิตสินค้าลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการร่วมมือกันโดยปริยายซึ่งอาศัยความเข้าใจในผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันในตลาด ทำให้ผู้ประกอบการสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้โดยไม่จำเป็นต้องตกลงกันอย่างชัดแจ้ง ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ไม่สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 34 ว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากำกับดูแลได้⁴²⁸

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจนั้นอาจมีพฤติกรรมร่วมมือกับคู่แข่งรายอื่น ๆ ในตลาดได้หรือไม่ ต้องพิจารณาจากปัจจัยเกี่ยวกับจำนวนของผู้ประกอบการในตลาด ความโปร่งใสของตลาด ลักษณะที่เหมือนกันของสินค้า และแรงจูงใจที่จะทำ

⁴²⁸ Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, p.119.

ให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดมีพฤติกรรมร่วมมือกัน เช่น การมีพฤติกรรมแตกต่างกันไปเพียงลำพังอาจถูกผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ รับรู้ได้โดยง่าย หรือการเข้ามาในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ๆ เป็นไปได้ยาก เป็นต้น⁴²⁹ ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะพิจารณาปัจจัย 3 ประการ ที่ทำให้การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากการร่วมมือกันได้

ก. ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสามารถปรับพฤติกรรมของตนให้เหมือนกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ ซึ่งผลกระทบจากการร่วมมือกันจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายเข้าใจข้อสำคัญในการร่วมมือกันมีพฤติกรรม และสามารถปรับพฤติกรรมของตนเองให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นได้ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถมีพฤติกรรมได้นั้น ตลาดจะต้องมีความโปร่งใส สินค้าและบริการในตลาดนั้นจะต้องมีความเหมือนกัน และผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะต้องมีขนาดที่สมดุลกัน กล่าวคือไม่มีขนาดและต้นทุนที่แตกต่างจนเกินไป จึงจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายนั้นมีเป้าหมายร่วมกัน และสามารถมีพฤติกรรมเช่นเดียวกันได้

ข. ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดจะต้องมีแรงจูงใจที่จะรักษาพฤติกรรมเช่นเดียวกันนั้นไว้เป็นระยะเวลานาน ซึ่งแรงจูงใจที่ทำให้ความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีความมั่นคง คือโอกาสในการตรวจสอบและลงโทษผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมแยกไปจากการร่วมมือกันนั้นเพื่อแย่งชิงผลประโยชน์ของตนโดยการลดราคาสินค้าของตนให้ต่ำกว่าราคาที่กำหนดไว้ร่วมกันหรือจำหน่ายสินค้าข้ามขอบเขตที่กำหนดไว้ ซึ่งการที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสามารถตรวจสอบและกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่แยกตัวออกไปได้ ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจทุกรายรักษาพฤติกรรมที่กำหนดร่วมกันไว้ได้เป็นระยะเวลายาวนาน

ค. การแข่งขันในตลาดส่งเสริมให้การร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างมั่นคง กล่าวคือ ตลาดจะต้องมีความเสถียรภาพ มีการแข่งขันในตลาดอยู่อย่างจำกัด ซึ่งสภาพการแข่งขันลักษณะดังกล่าวอาจเกิดขึ้นในตลาดที่มีลักษณะต่าง ๆ ได้แก่

(1) การเข้าถึงตลาดโดยผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่มีศักยภาพนั้นถูกจำกัดเนื่องจากเป็นตลาดที่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูง ผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพนั้นไม่สามารถเข้ามาแข่งขันได้ จึงเป็นเหตุให้การร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดนั้นมีความมั่นคง เพราะโอกาสที่จะมีการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่ส่งผลกระทบต่อความร่วมมือกันนั้นเกิดขึ้นได้ยาก

⁴²⁹ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1214.

(2) ผู้ซื้อในตลาดนั้นไม่มีอำนาจต่อรองมากนัก เนื่องจากการที่ผู้ซื้อในตลาดระดับปลายน้ำมีธุรกิจขนาดใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจหลายราย ผู้ซื้อจึงอาจตระหนักถึงการมีพฤติกรรมกำหนดราคาสินค้าที่เหมือนกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายได้โดยง่าย และอาจใช้กลยุทธ์ในการสนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาด หรือสนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งรายหนึ่งขยายกิจการจนส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของการร่วมมือกันได้

(3) ส่วนแบ่งตลาดและระดับของต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีความใกล้เคียงกันและมีความเสถียร ทำให้การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการนั้นสามารถส่งผลกระทบต่อเช่นเดียวกันแก่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งตลาด โดยไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีต้นทุนการดำเนินการที่แตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเป็นอย่างมาก จนสามารถรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการของตนให้ต่ำกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นนานยาวนานมากกว่า

(4) ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นไม่มีผู้ประกอบธุรกิจที่แม้จะมีขนาดเล็กแต่มีศักยภาพในการประกอบธุรกิจสูง หรือผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นอิสระและมีศักยภาพ อันทำให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดไม่สามารถร่วมมือกันสำเร็จ

ดังนั้น จุดเริ่มต้นที่สำคัญที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจมีแนวโน้มจะร่วมมือกันจนส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในภายหลังจากการรวมธุรกิจได้หรือไม่ คือ การพิจารณาลักษณะของธุรกิจนั้น โครงสร้างของตลาดดังกล่าว ลักษณะการแข่งขันในตลาด รวมถึงการร่วมมือกันในตลาดในอดีต⁴³⁰

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Singapore Airport Terminal Services กับบริษัท Singapore Food Industries⁴³¹ ในปี ค.ศ. 2008 ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายต่างประกอบธุรกิจให้บริการจัดการด้านการจำหน่ายอาหาร โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์พิจารณาแล้วเห็นว่าตลาดดังกล่าวนี้มีผู้ประกอบธุรกิจจำนวนมาก แต่ละรายมีการแข่งขันทั้งในด้านราคา คุณภาพ ความหลากหลายของบริการ นวัตกรรมบริการให้บริการ และมาตรฐานการให้บริการ ซึ่งทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเชื่อว่าผู้ประกอบธุรกิจในตลาดที่มีคู่แข่งจำนวนมากนั้นไม่สามารถมีพฤติกรรมร่วมกันจนส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ จึงตัดสินใจว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากการร่วมมือกันในตลาดการให้บริการจัดการด้านการจำหน่ายอาหาร

⁴³⁰ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.131 - 132.

⁴³¹ CCS Case No 100/1303/08, Singapore Airport Terminal Services Limited/Singapore Food Industries Limited.

3.4.5.4 การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่และการขยายกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายเดิม

ภายใต้แนวปฏิบัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ นั้นได้อธิบายว่า การเข้าสู่ตลาดโดยผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ และการขยายกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายเดิมจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจไม่สามารถมีพฤติกรรมการใช้อำนาจตลาดเพื่อขึ้นราคาสินค้าหรือลดปริมาณการผลิตหรือลดคุณภาพของสินค้าลงได้⁴³² เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวจะเป็นแรงจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดได้ และผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะเข้ามามีพฤติกรรมตอบโต้อันส่งผลเป็นการขัดขวางพฤติกรรมการใช้อำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น จนผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้รับประโยชน์จากอำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นนั้น⁴³³

ทั้งนี้ ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นจะต้องไม่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดน้อย ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จึงจะเข้าสู่ตลาดได้ หรือผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดจึงจะขยายกิจการของตนได้ง่าย จนเพียงพอที่จะทำให้การแข่งขันในตลาดดังกล่าวยังคงอยู่ในระดับเดียวกันกับสถานการณ์ก่อนมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้น หรือสามารถขัดขวางการมีพฤติกรรมที่ขัดขวางการแข่งขันในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีแม้การเข้าสู่ตลาดนั้นจะทำได้ง่าย แต่การแข่งขันในตลาดนั้นก็อาจมีความแข็งแกร่งมากเพียงพอที่จะขัดขวางมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจใช้อำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นได้เช่นกัน ดังนั้น การพิจารณาความยากง่ายหรืออุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดมักจะมีขึ้นหลังจากพิจารณา สภาพการแข่งขันในตลาดแล้ว⁴³⁴ ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ได้จะทำการประเมินปัจจัยต่าง ๆ เพื่อพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะสามารถเข้าสู่ตลาดได้หรือไม่ กล่าวคือ

ก. อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด เช่น ต้นทุนในการลงทุนเพื่อเข้าสู่ตลาด ความยากง่ายในการเข้ามาประกอบธุรกิจให้มีกำไร ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการเข้าสู่ตลาดโดยผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ทำได้ยากหรือง่ายเพียงไร

ข. ประสบการณ์ในการเข้าสู่ตลาดหรือออกไปจากตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวโดยผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น กล่าวคือ มีผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้สำเร็จในช่วงเวลาไม่นานนี้หรือไม่ หรือมีผู้ประกอบธุรกิจรายใดในตลาดจำเป็นต้องออกจากตลาดหรือไม่

⁴³² Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, p.199.

⁴³³ Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, p.122.

⁴³⁴ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.145.

ค. หลักฐานเกี่ยวกับแผนการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยจะต้องพิจารณาถึงระยะเวลาและขนาดของกิจการตามแผนการเข้าสู่ตลาดนั้น

ประวัติการดำเนินกิจการในตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่มีผู้ประกอบธุรกิจเพิ่งจะออกไปจากตลาดนั้น อาจเป็นเครื่องชี้วัดอย่างหนึ่งถึงความยากลำบากในการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะเข้ามาสู่ตลาดนั้นได้ ถึงแม้ว่าอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดอาจไม่สูงมาก แต่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่เข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดนั้น ก็จะต้องสามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างยาวนานเพียงพอ และสามารถเข้ามาสู่ตลาดได้ภายในระยะเวลาไม่นาน เพื่อขัดขวางความพยายามในการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในตลาดโดยผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้⁴³⁵ กล่าวโดยสรุปแล้ว การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่หรือการขยายกิจการของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดนั้น จะต้องมิลักษณะดังนี้ด้วย⁴³⁶

ก. การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะต้องเพียงพอที่จะขัดขวางการใช้อำนาจตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นด้วย จึงจะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นไม่น่าจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ อันหมายถึงขนาดของการเข้าสู่ตลาดตามแผนของผู้ประกอบธุรกิจนั้น จะต้องมิลักษณะที่ใหญ่เพียงพอที่จะขัดขวางพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้ หรือทำให้ระดับราคาของสินค้าหรือบริการในตลาดนั้นกลับไปเป็นเช่นเดิมก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้น ทั้งนี้ ขนาดของกิจการที่เข้ามาในตลาดนั้นไม่จำเป็นจะต้องถึงขนาดที่มีขนาดใหญ่เท่ากับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ หากเพียงแต่เป็นขนาดที่เพียงพอจะส่งผลกระทบต่อราคาในตลาดได้ก็ถือว่าเพียงพอแล้ว⁴³⁷

ข. การเข้าสู่ตลาดนั้นจะต้องสามารถเกิดขึ้นได้ภายในเวลาไม่นาน ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดไว้โดยทั่วไปแล้วผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะต้องเข้าสู่ตลาดภายในเวลา 2 ปี จึงจะถือว่าเข้ามาในระยะเวลาเพียงพอที่จะขัดขวางการใช้อำนาจตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกันนั้นได้ โดยที่ระยะเวลา 2 ปีดังกล่าวนี้หมายถึงระยะเวลาที่การเข้าสู่ตลาดนั้นจะสามารถส่งผลกระทบต่อราคาของสินค้าหรือบริการในตลาดได้อย่างมีนัยสำคัญ มิใช่เป็นระยะเวลาที่เพียงแค่มิมีการเข้าสู่ตลาดปรากฏขึ้นเท่านั้น ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของสิงคโปร์อาจพิจารณาจากระยะเวลาที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่มักจะต้องใช้

⁴³⁵ ibid.

⁴³⁶ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers 2016," December 2016, p.77.

⁴³⁷ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.149.

เพื่อที่จะทำให้ตนเองเป็นคู่แข่งที่มีศักยภาพในตลาดได้ในอดีต และการเข้าสู่ตลาดนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการเข้ามาประกอบธุรกิจอย่างมั่นคงถาวรด้วย⁴³⁸

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่าง Air Liquide Electronics U.S. LP และ บริษัท Edwards Vacuum⁴³⁹ ซึ่งประกอบธุรกิจบริการจัดการอุปกรณ์และผลิตภัณฑ์ทางเคมีสำหรับอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ โดยที่แม้ว่ากิจการดังกล่าวจะต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก อีกทั้งผู้ประกอบการต้องมียุทธศาสตร์ความรู้ด้านเทคโนโลยี แต่ปรากฏว่ามีผู้ประกอบการให้บริการจัดการอุปกรณ์และผลิตภัณฑ์ทางเคมีสำหรับอุตสาหกรรมที่มีไซอิเล็กทรอนิกส์จำนวนมาก ที่เปลี่ยนมาให้บริการสำหรับอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ด้วยในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา แสดงให้เห็นว่าต้นทุนการเปลี่ยนแปลงของกิจการดังกล่าวนี้มีไม่มาก จึงพิจารณาแล้วเห็นว่าตลาดบริการดังกล่าวนี้มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดในระดับที่ต่ำ

ทั้งนี้ การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ยังหมายรวมถึงการนำเข้าสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเดียวกันมาจากต่างประเทศด้วย ซึ่งถือเป็นลักษณะเด่นของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีของประเทศสิงคโปร์

3.4.5.5 อำนาจของผู้ซื้อในตลาด

การที่ผู้ซื้อในตลาดมีอำนาจต่อรองมาก คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคอาจนำมาประกอบการพิจารณา จนอาจแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นไม่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้เช่นกัน เพราะผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองหรือมีขนาดใหญ่มากในตลาด มีแนวโน้มที่จะสามารถขัดขวางพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้⁴⁴⁰ โดยที่แนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาว่าอำนาจของผู้ซื้อในตลาดมีมากหรือไม่ไว้ดังนี้⁴⁴¹

ก. ผู้ซื้ออยู่ในสถานะที่สามารถเปลี่ยนแปลงไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตรายอื่นได้หรือไม่ กล่าวคือหากในตลาดนั้นมีผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้ารายอื่นเป็นทางเลือกให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อก็สามารถเข้าถึงผู้ผลิตรายอื่น ๆ ได้โดยง่าย ทำให้ผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองสูง

⁴³⁸ ibid., p.147.

⁴³⁹ CCS Case No 100/1302/08, Air Liquide Electronics U.S. LP/Edwards Vacuum Inc.

⁴⁴⁰ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.156.

⁴⁴¹ Competition & Consumer Commission Singapore, "The Substantive Assessment of Mergers," December 2016, p.78.

ข. ในกรณีที่ผู้ซื้อไม่มีทางเลือกในการซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตรายอื่นในตลาดมาทดแทน ผู้ซื้อสามารถใช้วิธีการใด ๆ ที่สามารถสร้างความกดดันต่อผู้ผลิตได้หรือไม่ กล่าวคือ ผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองสูงนั้นอาจสามารถปฏิเสธไม่ซื้อสินค้าหรือบริการอื่นที่เป็นของผู้ผลิตรายเดียวกันหากผู้ประกอบการรายนั้นขึ้นราคาสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งของตน หรือผู้ซื้อสามารถเลื่อนกำหนดการซื้อสินค้าหรือบริการนั้นออกไปได้ หรือผู้ซื้ออาจใช้วิธีการกดดันด้วยการจัดวางสินค้าของผู้ผลิตให้อยู่ในตำแหน่งที่ไม่ได้รับความสนใจ หากพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ซื้อสามารถส่งผลกระทบต่อประกอบการธุรกิจของผู้ผลิตได้ เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองเพียงพอที่จะทำให้แรงจูงใจในการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ผลิตลดลง

ค. ผู้ซื้ออาจเข้าสู่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นด้วยตนเองได้ โดยจะต้องปรากฏว่าผู้ซื้อนั้นสามารถเข้าถึงวัตถุดิบจำนวนมากได้ และมีทักษะความชำนาญที่เกี่ยวข้องกับการประกอบการธุรกิจเพียงพอ หรือผู้ซื้ออาจสนับสนุนให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้โดยการทำสัญญาระยะยาวกับผู้ประกอบการรายใหม่ที่ครอบคลุมต้นทุนในการเข้าสู่ตลาดทั้งหมด อีกทั้งยังอาจให้การสนับสนุนด้านการเงินแก่ผู้ประกอบการรายใหม่ด้วย

ง. ผู้ซื้ออาจทำให้การแข่งขันในตลาดนั้นมีมากขึ้นด้วยการจัดประมูลการซื้อสินค้าหรือบริการนั้นขึ้นได้ อันเป็นการทำให้ระดับความโปร่งใสของตลาดลดลง อันจะทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดนั้นเกิดความไม่แน่นอนขึ้น ส่งผลให้ผู้ประกอบการในตลาดมีพฤติกรรมแข่งขันกันเพื่อผลประโยชน์ของตนเองจากสัญญาที่เปิดให้เข้าประมูล และผู้ซื้อจะมีโอกาสในเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตที่ให้ข้อเสนอที่ดีที่สุด

ตัวอย่างเช่น ในกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Singapore Airport Terminal Services กับบริษัท Singapore Food Industries⁴⁴² คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้พิจารณาอำนาจของผู้รับบริการบริหารจัดการด้านการจำหน่ายอาหารพบว่าผู้ซื้อในตลาดดังกล่าวเป็นกลุ่มโรงพยาบาลที่มีขนาดใหญ่ซึ่งมีศักยภาพเพียงพอที่จะบริหารจัดการการให้บริการอาหารภายในโรงพยาบาลได้ด้วยตนเอง จึงเป็นผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองสูงพอที่จะบรรเทาความเป็นไปได้ที่จะเกิดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจได้

3.4.5.6 ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จะนำประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าว

⁴⁴² CCS Case No 100/1303/08, Singapore Airport Terminal Services Limited/Singapore Food Industries Limited.

จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ด้วย โดยที่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น แบ่งประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ซึ่งจะส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ได้แก่

ก. ประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการขึ้น ซึ่งหมายถึงกรณีที่การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะทำให้ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจสูงขึ้น จนส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ดียิ่งขึ้น และอาจทำให้การแข่งขันในตลาดนั้นเพิ่มสูงขึ้นได้ในที่สุด ตัวอย่างเช่น เช่น การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจรายเล็ก 2 ราย ที่ทำให้เกิดความกดดันในการแข่งขันต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่มากขึ้น เป็นต้น⁴⁴³

ประสิทธิภาพประเภทแรกนี้จะถูกนำไปรวมเป็นปัจจัยประการหนึ่งในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ทั้งนี้ ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจประเภทแรกอาจได้แก่ การทำให้ต้นทุนในการดำเนินธุรกิจลดลง การเกิดการประหยัดจากขนาด การประหยัดจากขอบเขต (economy of scope) การเกิดการเพิ่มขนาดของเครือข่ายผู้ซื้อสินค้าหรือผู้ใช้บริการ การเกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งทำให้คุณภาพของสินค้าเพิ่มขึ้น หรือการเกิดการวิจัยและพัฒนาสินค้า เป็นต้น⁴⁴⁴

ทั้งนี้ ประเด็นคำถามที่สำคัญในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพในขั้นตอนนี้คือ ประสิทธิภาพในลักษณะต่าง ๆ ข้างต้นซึ่งผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างว่าจะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของตนนั้น จะทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เหลืออยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นเพิ่มสูงขึ้นได้จริงหรือไม่ ซึ่งในขั้นนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงให้เห็นถึงหลักฐานที่ว่า การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันส่งผลเป็นการเพิ่มการแข่งขันได้จริง⁴⁴⁵ และประสิทธิภาพนั้นจะต้องมีลักษณะ ดังนี้

(1) ประสิทธิภาพนั้นจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจเสร็จสิ้น

(2) ประสิทธิภาพนั้นเพียงพอต่อการป้องกันมิให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญขึ้นจากการรวมธุรกิจได้จริง

⁴⁴³ Lim Chong Kin and Cavinder Bull SC, *Competition Law and Policy in Singapore*, p.200.

⁴⁴⁴ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.161 - 162.

⁴⁴⁵ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.200 - 201.

(3) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่า การรวมธุรกิจ (merger-specificity)

ตัวอย่างเช่น ในคดีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Samwoh Highway Corporation Pte Ltd กับบริษัท Highway International Pte Ltd⁴⁴⁶ ซึ่งเป็นผู้ผลิตและจำหน่าย วัสดุก่อสร้างโดยเฉพาะยางแอสฟัลท์ในประเทศสิงคโปร์ โดยที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดดังกล่าวประมาณ 60% ประกอบกับอัตราการกระจุกตัวในตลาดตามดัชนี CR3 ภายหลังจากการรวมธุรกิจจะเพิ่มขึ้นจากราว 60% กลายเป็น 80% อันแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวทำให้อำนาจตลาดของผู้ประกอบธุรกิจและการกระจุกตัวของตลาดเพิ่มสูงขึ้นมาก แต่อย่างไรก็ดี การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจทำให้ต้นทุนการผลิตที่ลดลงและเกิดการวิจัยและพัฒนาที่เพิ่มสูงขึ้น ส่งผลให้ศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจมีมากขึ้น ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวซึ่งทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีต้นทุนการดำเนินงานลดลงและมีศักยภาพในการแข่งขันสูงขึ้น แต่เมื่อปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจมิได้แสดงหลักฐานให้เห็นว่าถึงแผนการขยายกิจการโดยอาศัยประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจ รวมถึงมิได้พิสูจน์ให้เห็นถึงต้นทุนการดำเนินงานที่ลดลงอย่างเพียงพอ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงไม่สามารถนำข้ออ้างเรื่องประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนี้มาประกอบการพิจารณาได้

ทั้งนี้ เมื่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาจากปัจจัยประการอื่น ๆ ได้แก่ อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดซึ่งอยู่ในระดับที่ต่ำ ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันได้โดยง่าย รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งเดิมในตลาดก็มีศักยภาพในการขยายกิจการได้ นอกจากนี้ ผู้ซื้อในตลาดดังกล่าวส่วนใหญ่ล้วนมีอำนาจต่อรองสูงและเป็นผู้ซื้อรายสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ซื้อที่เป็นหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจในการต่อรองด้านราคาได้ การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้น้อย ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าวได้เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นไม่มีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

ข. ประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบเศรษฐกิจ และสามารถชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดจากการแข่งขันที่ลดลงเพราะการรวมธุรกิจนี้ได้ อันเป็นประสิทธิภาพที่ถูกกำหนดไว้ภายใต้วรรคที่ 3 ของตารางที่ 4 ท้ายกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ โดยที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การรวม

⁴⁴⁶ CCS Case No 400/004/10, Samwoh Corporation Pte Ltd/Highway International Private Limited

ธุรกิจที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันมีลักษณะเป็นการเพิ่มการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าว ขึ้น หรือประสิทธิภาพนั้นส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม จนสามารถชดเชยผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ ได้รับยกเว้นให้ดำเนินการรวมธุรกิจได้ และไม่ถูกจำกัดตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์

ดังนั้น โดยผลของบทบัญญัติในตารางที่ 4 ดังกล่าวนี้ แม้การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ผู้ประกอบธุรกิจก็อาจได้รับอนุญาตให้ดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต่อไปได้ หากการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพประเภทที่ 2 นี้ แสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพประเภทนี้มีสถานะเป็นข้อต่อสู้ของผู้ประกอบธุรกิจที่แตกต่างจากประสิทธิภาพประเภทแรกเป็นอย่างยิ่ง

ในกรณีของประสิทธิภาพประเภทที่ 2 ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่แสดงหลักฐานให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เห็นว่า การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพียงพอที่จะชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ โดยที่ประสิทธิภาพดังกล่าวนี้หมายความว่ารวมถึง การทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง การเกิดการพัฒนานวัตกรรมขึ้น และการทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกมากยิ่งขึ้น หรือทำให้สินค้าหรือบริการนั้นมีคุณภาพสูงขึ้น โดยที่ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนี้จะต้องมีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อกำไรของผู้ประกอบธุรกิจที่จะทำการรวมธุรกิจแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ทั้งนี้ หลักฐานที่ผู้ประกอบธุรกิจจะแสดงต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพประเภทที่ 2 ที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนี้มีลักษณะดังนี้⁴⁴⁷

(1) ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถอธิบายและตรวจสอบยืนยันได้จริง กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างนั้น ต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งข้อมูลและหลักฐานต่าง ๆ ที่เพียงพอจะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เชื่อได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถทำให้ประสิทธิภาพดังกล่าวเกิดขึ้นจริงได้จากการรวมธุรกิจนั้น โดยมีใช่เพียงการคาดคะเนว่าประสิทธิภาพนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจนี้แต่เพียงเท่านั้น ซึ่งหลักฐานดังกล่าวอาจได้แก่ข้อมูลอันเป็นความลับของผู้ประกอบธุรกิจ หรือพฤติกรรมในอดีต รวมถึงแรงจูงใจที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในอนาคตภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการให้ประสิทธิภาพนั้นเกิดขึ้นได้จริงด้วย (verifiability)

⁴⁴⁷ Competition & Consumer Commission Singapore, "The Substantive Assessment of Mergers," December 2016, pp.85 - 86.

(2) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้ โดยผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่แสดงว่าตนจะได้รับประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างไร รวมถึงความเสี่ยง ต้นทุน และเวลาที่จะต้องใช้ในการทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวนี้ด้วย (merger-specificity)

(3) ประสิทธิภาพนั้นจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจเสร็จสิ้น ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จะให้น้ำหนักที่น้อยลงสำหรับประสิทธิภาพที่แม้จะเกิดขึ้นได้จริง แต่จะเกิดขึ้นในอนาคตที่ใช้ระยะเวลายาวนาน (timely)

(4) ขนาดของประสิทธิภาพที่ได้รับ ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องคำนวณเป็นมูลค่าอันเป็นตัวเงินเพื่อแสดงให้เห็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เห็นถึงขนาดของประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น หรือในกรณีที่ประสิทธิภาพนั้นไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ ผู้ประกอบการธุรกิจก็ต้องอธิบายโดยแสดงหลักฐานในเชิงคุณภาพเพื่อแสดงให้เห็นถึงขนาดของประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้น

3.4.5.7 การประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจ

ผู้ประกอบการธุรกิจอาจยกข้ออ้างเรื่องการประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจมาเป็นเหตุผลต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ว่าตนจำเป็นต้องทำการรวมธุรกิจ ซึ่งการที่ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นจำเป็นต้องออกไปจากตลาดหากไม่มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันมากกว่าการยินยอมให้มีการรวมธุรกิจนั้น ทั้งนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจต้องแสดงพยานหลักฐานต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค ว่าการรวมธุรกิจนั้นมีสาเหตุและมีลักษณะอันเข้าเงื่อนไขตามที่แนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดเงื่อนไขของเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าวเอาไว้ กล่าวคือ⁴⁴⁸

ก. จะต้องปรากฏว่าหากไม่มีการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจและสินทรัพย์รวมถึงกิจการต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจทั้งหมดจะต้องออกไปจากตลาดดังกล่าว ดังนั้นการรวมธุรกิจจึงช่วยให้สินทรัพย์และกิจการต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจที่ล้มเหลวในการประกอบธุรกิจยังคงสามารถดำเนินการต่อไปในตลาดได้ ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องแสดงพยานหลักฐานว่า

⁴⁴⁸ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.201 - 202; Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.170 - 171.

กิจการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นกำลังล้มเหลวอย่างชัดเจนภายใต้การบริหารของเจ้าของกิจการรายปัจจุบัน ตัวอย่างเช่น เอกสารบุคคลที่แสดงให้เห็นถึงการขาดทุนอย่างมีนัยสำคัญ และหลักฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องลักษณะการค้าขายที่ไม่มีแนวโน้มจะพัฒนาได้ภายใต้การบริหารในปัจจุบัน

ข. ผู้ประกอบธุรกิจนั้นไม่สามารถจัดการภาระทางการเงินหรือหนี้สินได้ภายในเวลาอันใกล้ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจได้พยายามปรับปรุงโครงการกิจการอย่างเต็มที่แล้ว โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับความพยายามในการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของกิจการที่ได้สำรวจและดำเนินการอย่างสุดความสามารถแล้ว

ค. ไม่มีหนทางอื่นที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นยังคงอยู่ในตลาดต่อไปได้ โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้น้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ ไม่ปรากฏว่ามีผู้ซื้อกิจการรายอื่น ๆ ในตลาดที่มีความเหมาะสมและสามารถก่อให้เกิดผลดีต่อการแข่งขันมากกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจที่ขออนุญาตนี้ หรือการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ล้มเหลวนั้นออกไปจากตลาดจะเป็นผลดีต่อการแข่งขันในตลาดมากกว่าการที่สินทรัพย์ทั้งหมดไปยังผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจจะต้องแสดงพยานหลักฐานว่าไม่มีผู้ซื้อกิจการรายอื่น ๆ ที่มีความน่าเชื่อถือ และผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการจัดหาผู้ซื้อกิจการอย่างสุจริตด้วยวิธีการอันเหมาะสมแล้ว

3.4.6 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจในแนวตั้ง

ภายใต้แนวปฏิบัติว่าด้วยสาระสำคัญในการประเมินการรวมธุรกิจนั้นได้กำหนดแนวทางในการประเมินการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของการรวมธุรกิจที่มีโซ่แนวนอนเอาไว้ โดยเฉพาะ อันครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีได้มีขอบเขตตลาดสินค้าหรือบริการที่แข่งขันทับซ้อนกัน โดยที่ในกรณีของการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น คือการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ประกอบกิจการอยู่ในตลาดคนละระดับในห่วงโซ่การผลิตหรือการจัดจำหน่ายเดียวกัน ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าชนิดหนึ่งจะส่งผลกระทบเป็นการลดลงของอุปสงค์ต่อผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองราย ทั้งนี้ ในการรวมธุรกิจหนึ่งอาจเป็นได้ทั้งการรวมธุรกิจในแนวนอนและการรวมธุรกิจในแนวตั้ง โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะประเมินทั้งในแง่ของผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวนอนและในแนวตั้งด้วย เพื่อให้การพิจารณาอนุญาตการรวมธุรกิจนั้นอย่างถูกต้อง⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers 2016," December 2016, pp.79 - 80.

กรอบแนวทางในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งส่วนหนึ่งนั้น มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวนอน กล่าวคือ การเริ่มต้นดำเนินการจากการกำหนดขอบเขตตลาด โดยแบ่งเป็นตลาดในระดับต้นน้ำและตลาดระดับปลายน้ำ ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น แล้วจึงประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ซึ่งข้อกังวลเกี่ยวกับผลกระทบต่อการแข่งขันจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นอาจแตกต่างออกไปจากการรวมธุรกิจในแนวนอน เนื่องจากในกรณีของการรวมธุรกิจในแนวตั้ง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่การรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดการปิดกั้นตลาด และการเพิ่มความสามารถรวมถึงแรงจูงใจที่ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดจะร่วมมือกัน ดังนั้น แนวปฏิบัติว่าด้วยสาระสำคัญในการประเมินการรวมธุรกิจจึงได้กำหนดปัจจัยและแนวทางการประเมินการรวมธุรกิจในแนวตั้งไว้โดยเฉพาะ ดังนี้

3.4.6.1 การปิดกั้นตลาด

ผลกระทบประการแรกจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคให้ความสำคัญ คือ ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นในการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของคู่แข่งกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจทั้งในตลาดระดับบน กล่าวคือ การที่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งอาจถูกกีดกันมิให้เข้าถึงปัจจัยการผลิตจากตลาดระดับต้นน้ำ หรือการปิดกั้นตลาดระดับล่าง กล่าวคือ การกีดกันมิให้คู่แข่งสามารถจัดจำหน่ายหรือโฆษณาสินค้าหรือบริการของตนเองได้ ซึ่งความสามารถดังกล่าวจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจตลาด หรือมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดระดับใดระดับหนึ่งสูงขึ้นอันเนื่องมาจากการรวมธุรกิจนั้น⁴⁵⁰ โดยที่พฤติกรรมต่าง ๆ ภายหลังจากการรวมธุรกิจมักจะส่งผลเช่นเดียวกันกับการมีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจตลาดในแนวนอน เช่น การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิ การกำหนดราคาขายต่อ เป็นต้น⁴⁵¹

พฤติกรรมการปิดกั้นตลาดจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่ง โดยผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น อาจเกิดขึ้นได้ใน 4 ลักษณะ ได้แก่

ก. การจำกัดการใช้ปัจจัยการผลิตที่ตนต้องการทั้งหมดเฉพาะจากหน่วยธุรกิจในเครือของตนเท่านั้น อันอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดปัจจัยการผลิตรายอื่น ๆ อาจได้รับผลกระทบในระยะยาว

⁴⁵⁰ Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, p.120.

⁴⁵¹ Susan de Silva *et al.*, *Business Guide to Competition Law: Managing Your Risks*, p.276.

ข. การจำกัดการจำหน่ายปัจจัยการผลิตทั้งหมดให้แก่กิจการของตนในระดับปลายน้ำเท่านั้น อันทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่เป็นคู่แข่งชั้นในตลาดระดับปลายน้ำถูกกีดกันการเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่มีความสำคัญ และอาจไม่สามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้

ค. การจำหน่ายปัจจัยการผลิตแก่ผู้ประกอบการรายอื่นโดยกำหนดระดับราคาที่ทำให้ผู้ประกอบการอื่นไม่สามารถแข่งขันต่อไปได้หรือแข่งขันต่อไปได้อย่างลำบาก

ง. การปฏิเสธผู้ประกอบการรายอื่น ๆ มิให้เข้าถึงกระบวนการจัดจำหน่ายสินค้า หรือการกำหนดราคาในการเข้าถึงกระบวนการจัดจำหน่ายสินค้าที่ตนครอบครองในราคาที่ทำให้ตนได้รับประโยชน์ แต่ขณะเดียวกันทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งชั้นเสียประโยชน์จากการมีภาระต้นทุนเพิ่มสูงขึ้น

ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจในแนวตั้งจะมีพฤติกรรมดังกล่าวจนก่อให้เกิดข้อกังวลตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะต้องพิจารณาประกอบกันทั้งในแง่มุมมองของความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจ และแรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจที่จะมีพฤติกรรมเช่นนั้น⁴⁵² ซึ่งพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจอาจส่งผลได้ 2 ลักษณะใหญ่ ๆ กล่าวคือ

ก. การปิดกั้นตลาดทั้งหมด หมายถึง การที่ผู้ประกอบการสามารถกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ เข้าถึงปัจจัยการผลิตทั้งหมดที่ตนครอบครองได้ จนส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการอื่นและผู้บริโภคได้ ซึ่งผู้ประกอบการอาจมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อเช่นนี้ได้หรือไม่อาจพิจารณาได้จากเงื่อนไขต่าง ๆ⁴⁵³ ได้แก่

(1) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการกีดกันคู่แข่งจำเป็นต้องเพิ่มระดับราคาสินค้าหรือบริการของตน โดยพิจารณาว่าการที่ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้นกีดกันมิให้ผู้ประกอบการอื่นเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่ตนเป็นเจ้าของ จะทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งชั้นนั้นมีภาระต้นทุนเพิ่มขึ้นหรือไม่ ซึ่งอาจประเมินจากแนวโน้มของผู้ประกอบการอื่นที่ครอบครองปัจจัยการผลิตดังกล่าวเช่นกัน ว่าผู้ประกอบการอื่น ๆ นั้นมีศักยภาพเพียงพอในการจำหน่ายปัจจัยการผลิตเหล่านั้นเพื่อชดเชยปริมาณการจำหน่ายที่หายไปจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจหรือไม่ ถ้าหากว่าผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตรายอื่น ๆ มีแนวโน้มที่จะเพิ่มราคาปัจจัยการผลิตที่

⁴⁵² Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.50.

⁴⁵³ *ibid.*, pp.51 - 52.

ตนจำหน่ายสูงขึ้น ก็จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดระดับปลายน้ำจะต้องเพิ่มระดับราคาสินค้าหรือบริการของตนตามไปด้วย จนเกิดการเสียเปรียบต่อผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจ⁴⁵⁴

(2) ผู้ประกอบธุรกิจมีแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นเข้าถึงปัจจัยการผลิตของตน โดยการพิจารณาจากกำไรที่ผู้ประกอบการจะได้รับเพิ่มขึ้นในตลาดระดับปลายน้ำเมื่อมีพฤติกรรมเช่นนั้น

(3) ผู้บริโภคหรือผู้ซื้อในตลาดจะต้องมีแนวโน้มที่จะได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมดังกล่าว กล่าวคือ ในบางกรณีแม้ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจจะมีพฤติกรรมใด ๆ จนทำให้คู่แข่งรายอื่นต้องซื้อปัจจัยการผลิตที่มีราคาสูงขึ้น แต่หากปรากฏว่าคู่แข่งนั้นสามารถเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตให้สูงขึ้นจนทำให้ต้นทุนการผลิตโดยรวมลดลงแล้ว เช่นนี้ พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอาจไม่สามารถส่งผลกระทบใด ๆ ต่อระดับของราคาสินค้าหรือบริการในตลาดได้

ข. การปิดกั้นตลาดบางส่วน อันหมายถึงกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถกีดกันการเข้าถึงปัจจัยการผลิตจากผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่เป็นคู่แข่งกันได้ทั้งหมด หากเพียงแต่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถใช้ประโยชน์จากการที่ตนประกอบธุรกิจทั้งในตลาดระดับต้นน้ำและระดับปลายน้ำ ทำให้กิจการของตนเองในตลาดระดับปลายน้ำเข้าถึงปัจจัยการผลิตได้ในราคาที่ต่ำกว่าผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการสามารถจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในราคาที่ต่ำกว่าคู่แข่ง จนสามารถแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดจากผู้ประกอบธุรกิจอื่นได้ และส่งผลให้คู่แข่งนั้นมียอดขายที่ลดลง จนทำให้ปริมาณความต้องการปัจจัยการผลิตลดลงตามไปด้วย จึงส่งผลกระทบต่อทั้งยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำ และผู้ประกอบการในระดับต้นน้ำที่เป็นคู่แข่งในตลาดที่จะมีความต้องการซื้อปัจจัยการผลิตลดลง

อย่างไรก็ดี การที่คู่แข่งในตลาดระดับปลายน้ำต้องเผชิญกับราคาวัตถุดิบที่เพิ่มสูงขึ้นนั้น อาจมิได้ทำให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าหรือบริการในระดับที่สูงขึ้นเสมอไป เนื่องจากผู้บริโภคอาจสามารถเข้าถึงสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจซึ่งได้รับประโยชน์จากการรวมธุรกิจนั้นได้ โดยที่ผู้ประกอบการดังกล่าวอาจกำหนดราคาสินค้าหรือบริการนั้นได้ต่ำกว่าก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจ ดังนั้น แม้จะมีการปิดกั้นตลาดบางส่วน แต่ในภาพรวมแล้วผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์จากราคาของสินค้าหรือบริการที่ลดลงได้ จึงเป็นประเด็นหนึ่งที่ต้องพิจารณาด้วยเช่นเดียวกัน⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, p.120.

⁴⁵⁵ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*.

3.4.6.2 การเพิ่มโอกาสในการมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ

การรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นอาจก่อให้เกิดผู้ประกอบการในตลาดสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้โดยสะดวกยิ่งขึ้น เนื่องจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งทำให้ความโปร่งใสของตลาดระหว่างผู้ประกอบการสูงขึ้น กล่าวคือ ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นสามารถข้อมูลราคาขายสินค้าหรือบริการได้ทั้งในตลาดระดับต้นน้ำและตลาดระดับปลายน้ำ ซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันโดยปริยายได้ง่ายขึ้นทั้งในตลาดทั้งสองระดับ⁴⁵⁶ ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะพิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดสถานการณ์ดังกล่าวหรือไม่ โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่นเดียวกันกับผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันจากการรวมธุรกิจในแนวนอน⁴⁵⁷

3.4.6.3 การก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่

การรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจทำให้อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูงขึ้น และอาจนำไปสู่ข้อกังวลเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาดได้ ซึ่งโดยปกติแล้วคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะพิจารณาเงื่อนไข 3 ประการ ที่อาจทำให้การรวมธุรกิจก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดจนอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้⁴⁵⁸ กล่าวคือ

ก. การรวมธุรกิจในแนวตั้งทำให้เกิดการรวมตัวกันในแนวตั้งอย่างครอบคลุมในตลาด จนทำให้ผู้ประกอบการที่ต้องการเข้าสู่ตลาดระดับหนึ่ง จำเป็นต้องเข้ามาประกอบธุรกิจในอีกตลาดในอีกระดับหนึ่งพร้อมกันเท่านั้น

ข. การที่ผู้ประกอบการต้องเข้าสู่ตลาดในระดับที่สอง ทำให้การเข้าสู่ตลาดหลักที่ผู้ประกอบการต้องการนั้นลำบากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ จนถึงขนาดทำให้การเข้าสู่ตลาดนั้นไม่เกิดขึ้น

ค. โครงสร้างและลักษณะของตลาดหลักนั้นสนับสนุนให้เกิดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน และทำให้การเข้าสู่ตลาดนั้นสามารถส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของตลาดได้ยากขึ้น

⁴⁵⁶ *ibid.*, p.53.

⁴⁵⁷ Susan de Silva *et al.*, *Business Guide to Competition Law: Managing Your Risks*, p.277.

⁴⁵⁸ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers 2016," December 2016, p.82.

3.4.6.4 อำนาจของผู้ซื้อในตลาด

ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจในแนวตั้งอาจไม่สามารถใช้อำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นได้ หากปรากฏว่าผู้ซื้อในตลาดนั้นมีอำนาจต่อรองสูง โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะพิจารณาอำนาจของผู้ซื้อในตลาดโดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ เช่นเดียวกับการรวมธุรกิจในแนวนอน⁴⁵⁹

3.4.7 ปัจจัยพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย

แนวปฏิบัติว่าด้วยสาระสำคัญในการประเมินการรวมธุรกิจที่ได้กำหนดแนวทางในการประเมินการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของการรวมธุรกิจที่มีใ้แนวนอนเอาไว้โดยเฉพาะ ซึ่งครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจใด ๆ ที่ผู้ประกอบการนั้นมีได้มีขอบเขตตลาดสินค้าหรือบริการที่แข่งขันทับซ้อนกันนั้น ครอบคลุมไปถึงกรณีของการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย อันเป็นการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่แตกต่างกันด้วย โดยอาจเป็นการรวมธุรกิจเพื่อขยายขอบเขตสินค้าซึ่งเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกัน หรืออาจเป็นการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการต่างประเภทกันโดยสิ้นเชิง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการรวมธุรกิจแบบหลากหลายมีโอกาสมากก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้น้อยมาก⁴⁶⁰

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในสถานการณ์เฉพาะเท่านั้น กล่าวคือ สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการเป็นเจ้าของสินค้าและบริการหลายประเภทและหลายยี่ห้อ จนทำให้ผู้ซื้อตัดสินใจซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการเพียงรายเดียวเนื่องจากจะช่วยลดต้นทุนในการทำธุรกรรมได้ ซึ่งอาจทำให้ผู้ประกอบการอื่นที่ครอบครองสินค้าหรือบริการจำนวนน้อยเสียเปรียบในการแข่งขัน⁴⁶¹ นอกจากนี้ การรวมธุรกิจแบบหลากหลายก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบจากผู้ประกอบการรายเดียวได้ หากผู้ประกอบการรายหนึ่งมีอำนาจตลาด จนอาจก่อให้เกิดการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ด้วยพฤติกรรมการขายควบได้ เป็นต้น⁴⁶²

⁴⁵⁹ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.53.

⁴⁶⁰ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers 2016," December 2016, p.82.

⁴⁶¹ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.55.

⁴⁶² Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1216.

อย่างไรก็ดี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะพิจารณาความเป็นไปได้ที่การรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจากแนวโน้มในการเกิดสถานการณ์ต่าง ๆ ได้แก่

3.4.7.1 ความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการจะดำเนินกลยุทธ์ที่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขัน

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายอาจทำให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินกลยุทธ์ทางธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ ได้แก่

ก. การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อผูกมัดให้ลูกค้าต้องทำการซื้อสินค้าหรือบริการหลายประเภทที่เป็นของผู้ประกอบธุรกิจในคราวหนึ่ง ซึ่งอาจเกิดจากกลยุทธ์การขายพ่วงสินค้า การจัดกลุ่มสินค้า หรือการให้ส่วนลดอย่างมีนัยสำคัญ โดยพุ่งเป้าหมายไปที่ลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่ง ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวนี้อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน หากผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่ง หรือผู้ประกอบการรายใหม่ในตลาดไม่สามารถดำเนินกลยุทธ์การขายพ่วงสินค้าเพื่อตอบโต้พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจได้

ข. การดำเนินกลยุทธ์เพื่อกำจัดคู่แข่ง โดยที่ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น อาจตอบโต้การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ หรือกดดันให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดต้องออกจากตลาดไปได้ ด้วยการนำกำไรที่ได้รับจากกิจการในตลาดหนึ่งมาชดเชยการขาดทุนซึ่งเกิดจากพฤติกรรมจำหน่ายสินค้าหรือบริการในราคาต่ำกว่าทุนในช่วงระยะเวลาสั้นได้ อันอาจทำให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจแบบหลากหลายได้

ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะมีพฤติกรรมดังกล่าวได้ต่อเมื่อผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจตลาดในตลาดหนึ่ง ประกอบกับการเข้าสู่ตลาดนั้นทำได้ยาก จึงจะทำให้กลยุทธ์การขายสินค้าหรือบริการในราคาต่ำนั้นประสบความสำเร็จ โดยผู้ประกอบการจะสามารถเพิ่มระดับราคาสินค้าหรือบริการของตนให้สูงขึ้นได้ในระยะยาว⁴⁶³

3.4.7.2 การเพิ่มโอกาสในการมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายอาจนำไปสู่การมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากปรากฏว่าผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งนั้น เป็นคู่แข่งกันอยู่ในตลาด

⁴⁶³ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.57 - 58.

สินค้าหรือบริการอีกประเภทหนึ่งด้วย โดยมีปัจจัยต่าง ๆ ที่เกื้อหนุนให้เกิดการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วย⁴⁶⁴

ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะนำปัจจัยต่าง ๆ ในการพิจารณาแนวโน้มการมีพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจจากการรวมธุรกิจใแนวนอนมาประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลายด้วยเช่นกัน

3.4.7.3 การก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะทำการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีสถานะแบรนด์ที่แข็งแกร่ง จนก่อให้เกิดอุปสรรคแก่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ๆ ในการเข้าสู่ตลาด หรือทำให้เกิดการจำกัดการขยายกิจการไปยังตลาดสินค้าหรือบริการประเภทใหม่โดยผู้ประกอบการรายอื่น ๆ หรือไม่ โดยอาศัยปัจจัยเช่นเดียวกับการพิจารณาการเข้าสู่ตลาดในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวนอน⁴⁶⁵

3.4.7.4 อำนาจของผู้ซื้อในตลาด

ในการประเมินว่าการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือไม่นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะทำการพิจารณาถึงความสามารถของผู้ซื้อในการใช้อำนาจต่อรองในทำนองเดียวกันกับการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวนอนด้วย นอกจากนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะทำการพิจารณาว่าผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจในการซื้อสินค้าหรือบริการหลายประเภทที่มีเจ้าของเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกันหรือไม่ กล่าวคือ ในสถานการณ์ที่ผู้ซื้อที่มีแนวโน้มที่จะซื้อสินค้าหรือบริการที่แตกต่างกันจากผู้ประกอบธุรกิจหลายราย เช่นนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้น้อย⁴⁶⁶

3.4.8 ข้อยกเว้น

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์มิได้กำหนดเกณฑ์ยอดเงินขายเบื้องต้นในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจเอาไว้ แต่อย่างไรก็ดี ตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น การรวมธุรกิจที่

⁴⁶⁴ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers 2016," December 2016, p.83.

⁴⁶⁵ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*.

⁴⁶⁶ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers 2016," December 2016, p.83.

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะให้ความสำคัญนั้น คือ การรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการแต่ละรายที่เกี่ยวข้องนั้นมียอดขายในประเทศสิงคโปร์ในปีที่ผ่านมามีมูลค่าตั้งแต่ 5 ล้านเหรียญสิงคโปร์ขึ้นไป และยอดขายในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกของผู้ประกอบการทุกรายที่เกี่ยวข้องนั้นมีมูลค่ารวมกันตั้งแต่ 50 ล้านเหรียญสิงคโปร์ขึ้นไปเท่านั้น ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามักจะไมเข้าแทรกแซงการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการรายเล็ก โดยนายอดขายในประเทศสิงคโปร์ข้างต้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา⁴⁶⁷

นอกจากข้อยกเว้นที่พิจารณาจากยอดขายของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจแล้ว ยังมีข้อยกเว้นต่าง ๆ ซึ่งแยกออกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

3.4.6.1 ข้อยกเว้นตามมาตรา 54 (7) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาตรา 54 (7) ได้กำหนดสถานการณ์ที่ยกเว้นมิให้ถือว่าการเข้าควบคุมกิจการนั้นเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายไว้ 4 กรณี ได้แก่

- (1) การเข้าควบคุมโดยบุคคลที่เป็นผู้ชำระบัญชี หรือผู้จัดจำหน่ายหลักทรัพย์ของกิจการ
- (2) กิจการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบการรายเดียวกันไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ซึ่งถือว่าเป็นหน่วยทางธุรกิจเดียวกัน
- (3) การเข้าควบคุมกิจการตามข้อกำหนดในพินัยกรรม หรือตามกฎหมายว่าด้วยมรดก กล่าวคือ เป็นการเข้าควบคุมกิจการหลังจากที่เจ้าของกิจการคนก่อนเสียชีวิต
- (4) การเข้าควบคุมกิจการโดยผู้ประกอบการที่การซื้อขายหลักทรัพย์นั้นเป็นกิจกรรมในการดำเนินการค้าตามปกติ

3.4.6.2 ข้อยกเว้นตามตารางท้ายกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

มาตรา 55 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้บัญญัติให้การรวมธุรกิจที่ระบุไว้ในตารางที่ 4 แนบท้ายกฎหมาย (Fourth Schedule) ไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้ ซึ่งได้แก่การรวมธุรกิจดังต่อไปนี้⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on Merger Procedures," July 2012, p.100.

⁴⁶⁸ Competition & Consumer Commission Singapore, "The Substantive Assessment of Mergers," December 2016, p.89.

(1) การรวมธุรกิจที่ได้รับอนุมัติโดยรัฐมนตรีหรือหน่วยงานกำกับดูแลอื่น นอกเหนือจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ตามข้อกำหนดของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

(2) การรวมธุรกิจที่ได้รับอนุมัติโดยหน่วยงานกำกับดูแลด้านการเงินของ สิงคโปร์ ตามข้อกำหนดของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

(3) การรวมธุรกิจที่อยู่ใต้ขอบเขตการกำกับดูแลของหน่วยงานกำกับดูแลอื่น (นอกเหนือจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค) ตามข้อกำหนดของ กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือแนวทางการดำเนินงานในเรื่องเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า

(4) การรวมธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับวิสาหกิจ ซึ่งดำเนินการในกิจกรรมเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะตามที่ระบุไว้ในข้อที่ 6 (2) ของตารางที่ 3 (Third Schedule) แนบท้าย กฎหมายการแข่งขันทางการค้า และ

(5) เป็นการรวมธุรกิจที่มีประสิทธิภาพโดยสุทธิ ซึ่งหมายถึงประสิทธิภาพ ทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น สูงกว่าผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดจากการแข่งขันที่ลดลงอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการภายในประเทศสิงคโปร์

3.4.6.3 ข้อยกเว้นเนื่องจากประโยชน์สาธารณะ

ภายหลังจากการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคมีคำ ตัดสินห้ามไม่ให้เกิดการรวมธุรกิจเกิดขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องสามารถยื่นขอยกเว้นการ ดำเนินการรวมธุรกิจไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมได้ตามมาตรา 68 (3) ภายใน 14 วัน นับแต่วันที่มีคำตัดสินดังกล่าวขึ้น หากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาตรา 2 จำกัดไว้ว่าประโยชน์สาธารณะนั้น หมายความว่า ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงสาธารณะหรือการป้องกันประเทศเท่านั้น เว้นแต่รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมจะประกาศข้อยกเว้นอื่นเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะไว้เป็นการ เพิ่มเติม ซึ่งจนถึง ณ เวลาปัจจุบัน ยังไม่มีการประกาศข้อยกเว้นดังกล่าวเนื่องจากความมั่นคง สาธารณะหรือการป้องกันประเทศ⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on Merger Procedures," July 2012, p.119.

3.5 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศไทย

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้น ผู้เขียนทำการศึกษาดังแต่ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศไทย รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ การกำหนดขอบเขตตลาด ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ตลอดจนข้อยกเว้นของการรวมธุรกิจที่ไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยด้วย

3.5.1 ความเป็นมาของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศไทย

ความเป็นมา และพัฒนาการการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วงใหญ่ ๆ ได้แก่ ช่วงแรก คือ การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในอดีต กล่าวคือการกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 จนถึงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นช่วงเวลาที่ไม่มีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นจริงแต่อย่างใด และช่วงที่สอง คือ การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในยุคปัจจุบัน อันเป็นช่วงเวลาที่มีการออกกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลธุรกิจออกมาใช้อย่างครบถ้วน

3.5.1.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในอดีต

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศไทยนั้น ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุม และผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่น กระทำการรวมธุรกิจควบคุมเข้าด้วยกัน⁴⁷⁰ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติก็มิได้มีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจอย่างแต่ใด เนื่องจาก มาตรา 31 ของกฎหมายนี้กำหนดให้กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายต้องจัดทำประกาศระบุประเภท “ธุรกิจที่ถูกควบคุม” และมาตรา 23 กำหนดให้มีการ

⁴⁷⁰ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มาตรา 35 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมกระทำการร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่นโดยจงใจที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในการประกอบธุรกิจ ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

...

(9) รวมธุรกิจควบคุมเข้าด้วยกัน หรือรวมการอำนวยความสะดวก หรือการควบคุมนโยบายและการบริหารธุรกิจควบคุม...”

ประกาศระบุ “สินค้าควบคุม” เสียก่อน จึงจะสามารถบังคับใช้กฎหมายได้ แต่ในที่สุด ก็มีได้มีการกำหนดนิยามของธุรกิจควบคุมขึ้นเลย จึงไม่มีการบังคับใช้กฎหมายนี้ขึ้นจริง⁴⁷¹

จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2534 รัฐบาลของนายอานันท์ ปันยารชุน มีดำริให้มีการปรับปรุงกฎหมายป้องกันการผูกขาด และได้รับการตราขึ้นใหม่เป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อย่างเป็นทางการเมื่อปี พ.ศ. 2542 ในรัฐบาลของนายชวน หลีกภัย⁴⁷² โดยมีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี และป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมอันก่อให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ⁴⁷³ อันเป็นการคุ้มครองการแข่งขัน หรือกลไกตลาดในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ซึ่งเป็นระบบเศรษฐกิจแบบตลาด⁴⁷⁴ กฎหมายฉบับดังกล่าวมีมาตรการกำกับดูแลพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจ 5 ประการที่เป็นมาตรฐานสากล ได้แก่ การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม การรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และการตกลงกับผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศที่ไม่มีเหตุผลอันส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและผู้บริโภค⁴⁷⁵

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากมีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมาเป็นระยะเวลาเกือบ 20 ปี ปรากฏว่าก็ยังไม่มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ และแนวปฏิบัติต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ หลักเกณฑ์ที่ต้องใช้ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติต่าง ๆ ข้างต้นหรือไม่ คงมีเพียงประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจรายใดจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ รวมถึงแนวปฏิบัติการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบตามมาตรา 25 แนวปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 และแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29⁴⁷⁶ แต่ยังคงไม่ปรากฏว่ามี การออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ซึ่งกฎหมายมุ่งกำกับดูแลมิให้มีการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็น

⁴⁷¹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, "พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ข้อจำกัดและการปฏิรูป" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2012/09/wb92.pdf>

⁴⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

⁴⁷³ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

⁴⁷⁴ สุธีร์ ศุภนิธย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 2.

⁴⁷⁵ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, "พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ข้อจำกัดและการปฏิรูป" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2012/09/wb92.pdf>

⁴⁷⁶ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, "ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/apnla2559-070.pdf

ธรรมในการแข่งขัน⁴⁷⁷ โดยมีได้มีการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่จำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดลักษณะอย่างไรจึงจะถือว่าก่อให้เกิดการผูกขาดหรือเกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน อันถือเป็นการรวมธุรกิจที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ด้วยสาเหตุนี้ นับตั้งแต่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีผลบังคับใช้เป็นต้นมา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นองค์กรบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวนั้นไม่สามารถใช้บังคับกฎหมายเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้ ดังที่ปรากฏให้เห็นจากสถิติเรื่องร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ตั้งแต่เดือนตุลาคม พ.ศ. 2542 จนถึงเดือนมีนาคม พ.ศ. 2558⁴⁷⁸

**ตารางที่ 6 สถิติเรื่องร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า
(ตุลาคม 2542 - มีนาคม 2558)**

สถิติเรื่องร้องเรียน					
ปี พ.ศ.	รวม	มาตรา 25	มาตรา 26	มาตรา 27	มาตรา 29
2542	2	1	-	-	1
2543	4	2	-	-	2
2544	7	3	-	1	3
2545	7	2	-	1	4
2546	13	3	-	3	2
2547	12	-	-	3	9
2548	9	-	-	2	7
2549	7	-	-	1	6
2550	9	3	-	1	5
2551	4	-	-	-	4
2552	1	1	-	-	-
2553	1	-	-	-	1
2554	3	-	-	-	3
2555	11	3	-	4	4
2556	3	-	-	1	2

⁴⁷⁷ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ...”

⁴⁷⁸ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, "ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/apnla2559-070.pdf

สถิติเรื่องร้องเรียน					
ปี พ.ศ.	รวม	มาตรา 25	มาตรา 26	มาตรา 27	มาตรา 29
2557	2	-	-	2	-
รวม	95	18	0	24	53

รูปที่ 2 ภาพแสดงสัดส่วนเรื่องร้องเรียนจำแนกตามลักษณะพฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน
(ตุลาคม 2542 - มีนาคม 2558)



จากสถิติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าตลอดระยะเวลาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 นั้น ไม่เคยมีประเด็นเกี่ยวกับการรวมธุรกิจขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด ในขณะที่เรื่องร้องเรียนตามมาตราต่าง ๆ ทั้ง 95 เรื่องนั้น ก็มีเพียง 1 เรื่องเท่านั้นที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วพบความผิด แต่ก็ไม่ได้มีการดำเนินคดีต่อ เนื่องจากอัยการสูงสุดสั่งไม่ฟ้อง⁴⁷⁹ จึงกล่าวได้ว่าแม้จะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายจากพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มาเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่เคยมีการบังคับใช้กฎหมายเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยอยู่เช่นเคย

3.5.1.2 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในปัจจุบัน

จากเหตุการณ์ความล้มเหลวในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในอดีต ทำให้ในปี พ.ศ. 2560 ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย และประกาศใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อปรับปรุงมาตรการในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และมีองค์การกำกับดูแลการแข่งขันทาง

⁴⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

การค้าที่มีความคล่องตัวและมีความเป็นอิสระ⁴⁸⁰ ซึ่งในกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ ได้มีการแก้ไขรูปแบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจจากเดิมที่มุ่งควบคุมการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน มาเป็นการควบคุมการรวมธุรกิจที่อาจส่งผล 2 ประการ ได้แก่ การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ และการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ในช่วงต้นของการปรับปรุงบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น คณะผู้ร่างกฎหมายมีแนวคิดที่ต้องการจะส่งเสริมให้เกิดการรวมธุรกิจขึ้นในประเทศ จึงร่างบทบัญญัติดังกล่าวในแนวทางที่เป็นการอำนวยความสะดวก และก่อภาระน้อยที่สุดแก่ผู้ประกอบการรวมธุรกิจในการดำเนินการรวมธุรกิจ กล่าวคือ กำหนดเพียงให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจภายหลังการรวมธุรกิจเสร็จสิ้นแล้ว (post-notification) โดยเป็นการแจ้งข้อมูลเพื่อทราบเท่านั้น ไม่ว่าจะการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดการผูกขาด การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือก่อให้เกิดการลดการแข่งขันก็ตาม โดยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตรวจสอบและควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นด้วยบทบัญญัติอื่น ๆ ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น แทน ซึ่งนอกจากจะทำให้การกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้านั้นไม่เป็นอุปสรรคต่อการขยายตัวของธุรกิจแล้ว ยังป้องกันการรั่วไหลของข้อมูลทางธุรกิจอีกด้วย⁴⁸¹

อย่างไรก็ดี เพื่อให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นเป็นไปในแนวทางที่เป็นสากล กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้น ไม่ว่าจะก่อให้เกิดการผูกขาด การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม ล้วนจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้น ๆ เสียก่อน ดังนั้น จึงมีการประนีประนอมกันในระหว่างคณะผู้ร่างกฎหมาย โดยกำหนดให้เฉพาะกรณีที่มีการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเสียก่อน จึงจะดำเนินการรวมธุรกิจได้ เนื่องจากการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดผลดังกล่าวนี้จะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยเฉพาะผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลาง⁴⁸²

⁴⁸⁰ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, "เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/02/know-06-2.pdf>

⁴⁸¹ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, "ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/apnla2559-070.pdf

⁴⁸² สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, "รายงานการประชุม สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 20 วันศุกร์ที่ 24 มีนาคม 2560" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/518414>

ขณะที่การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่งนั้น ยังคงแนวคิดเดิมที่ต้องการอำนวยความสะดวก และลดภาระในการดำเนินของผู้ประกอบธุรกิจให้น้อยที่สุด จึงกำหนดผู้ประกอบธุรกิจเพียงแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายใน 7 วันนับแต่วันรวมธุรกิจเท่านั้น โดยให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดเกณฑ์ชี้วัดการรวมธุรกิจที่จะต้องมาดำเนินการขออนุญาต หรือแจ้งผลการรวมธุรกิจ ทั้งนี้ ในการกำหนดเกณฑ์ชี้วัดดังกล่าว คณะผู้ร่างกฎหมายมีความมุ่งหมายให้อยู่ในกรอบแนวคิดที่ต้องการส่งเสริมให้มีการรวมธุรกิจในระดับกลางและระดับย่อย โดยจะต้องไม่ขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายเล็ก โดยเฉพาะที่เป็นเอสเอ็มอี (SMEs)⁴⁸³

การกำหนดเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวที่จำเป็นแก่การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น กฎหมายได้บัญญัติบังคับให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองที่จำเป็นต่อการบังคับใช้กฎหมายให้แล้วเสร็จภายใน 365 วัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ⁴⁸⁴ ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2561 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงออกกฎหมายลำดับรองที่จำเป็นต่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกมาจนครบถ้วน โดยเฉพาะกฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ซึ่งมีการประกาศออกมาเป็นจำนวน 3 ฉบับ ได้แก่

(1) ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนาจการ หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นประกาศกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการที่ถือเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

(2) ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นประกาศเกี่ยวกับการดำเนินการ

⁴⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7 - 8.

⁴⁸⁴ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 92 บัญญัติว่า “บรรดากฎกระทรวง ประกาศ หลักเกณฑ์ หรือระเบียบที่ออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ จนกว่าจะมีกฎกระทรวง ประกาศ หรือระเบียบ ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

การดำเนินการออกกฎกระทรวง ประกาศ หรือระเบียบตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในสามร้อยหกสิบห้าวัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ หากไม่สามารถดำเนินการได้ ให้รัฐมนตรีรายงานเหตุผลที่ไม่อาจดำเนินการได้ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบ”

ขออนุญาตรวมธุรกิจ ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นจำเป็นต้องขออนุญาตตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และ

(3) ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นประกาศกำหนดว่าการรวมธุรกิจลักษณะใดที่ต้องดำเนินการแจ้งผลการรวมธุรกิจ รวมถึงขั้นตอนการแจ้งผลการรวมธุรกิจ ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นต้องดำเนินการแจ้งผลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

3.5.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ กำหนดรูปแบบของการรวมธุรกิจที่อยู่ในขอบเขตของการกำกับดูแลไว้ 3 รูปแบบ ตามมาตรา 51 ได้แก่ การควบกิจการ การโอนสินทรัพย์ และการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ

3.5.2.1 การควบกิจการ

การรวมธุรกิจรูปแบบแรกที่ถูกกำกับดูแลตามมาตรา 51 คือ การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริการรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และอีกธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น ซึ่งการรวมธุรกิจในลักษณะนี้เรียกว่า การรับโอนกิจการ (merger) หรือการควบกิจการ (amalgamation) ซึ่งการรวมธุรกิจในลักษณะที่ธุรกิจที่รวมเข้าด้วยกันสิ้นสุดลงและเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้นนั้น เป็นการควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁸⁵ แต่การรวมธุรกิจในรูปแบบนี้ใช้เวลาดำเนินการค่อนข้างนาน อีกทั้งจะเสียสิทธิประโยชน์ในทางภาษี จึงทำให้ผู้ประกอบการไม่นิยมใช้วิธีการรวมธุรกิจในรูปแบบนี้เท่าไรนัก⁴⁸⁶ โดยที่ส่วนใหญ่ผู้ประกอบการที่ใช้วิธีการรวมธุรกิจในรูปแบบนี้มักจะมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ดังเช่นกรณีการควบกิจการของบริษัท ปตท. เคมีคอล จำกัด (มหาชน) กับบริษัท ปตท. อะโรเมติก จำกัด (มหาชน) ซึ่งทำให้เกิดธุรกิจขึ้นใหม่ ได้แก่ บริษัท พีทีที โกลบอล เคมีคอล จำกัด (มหาชน) หรือ PTTGC ในปี พ.ศ. 2554 เป็นต้น⁴⁸⁷

3.5.2.2 การโอนสินทรัพย์

การรวมธุรกิจรูปแบบถัดมาที่ถูกกำกับดูแลตามมาตรา 51 คือ การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วน of ธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือ

⁴⁸⁵ สหชน รัตนไพจิตร, *กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท*, หน้า 456.

⁴⁸⁶ กิติพงศ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์ และคณะ, *คู่มือเรื่องการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย*, หน้า 104.

⁴⁸⁷ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, *เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง การควบรวมกิจการกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า*, หน้า 23.

การจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด หรือเรียกว่าการโอนซื้อสินทรัพย์ (asset acquisition) ซึ่งกิจการที่ถูกซื้อสินทรัพย์นั้นอาจจะยังคงประกอบธุรกิจต่อไปหรืออาจสิ้นสุดลงก็ได้ แต่ไม่ได้มีสถานะเป็นธุรกิจในเครือของอีกธุรกิจหนึ่งแต่อย่างใด⁴⁸⁸

อย่างไรก็ดี มิใช่ว่าการเข้าซื้อสินทรัพย์ของธุรกิจอื่นนั้นจะถือเป็นการรวมธุรกิจอันถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เสมอไป หากแต่การเข้าซื้อสินทรัพย์ของธุรกิจอื่นที่จะถือว่าเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนด กล่าวคือ การเข้าซื้อสินทรัพย์ของธุรกิจอื่นที่จะเป็นการรวมธุรกิจนั้น จะต้องเป็นการเข้าซื้อสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่เกินกว่าร้อยละห้าสิบขึ้นไปของมูลค่าสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจทั้งหมด หมายความว่า จะต้องเป็นการซื้อสินทรัพย์มูลค่าเกิน 50% ของสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจหลัก เช่น บริษัท ก. ที่ถูกซื้อสินทรัพย์มีธุรกิจหลักคือผลิตสินค้าประเภทปิโตรเคมี แต่เป็นเจ้าของที่ดินว่างเปล่าอยู่อีกหลายแปลง การที่บริษัท ก. ขายที่ดินว่างเปล่า 3 แปลงให้บริษัท ข. ที่ดินว่างเปล่าดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจหลัก ดังนั้น การซื้อสินทรัพย์ในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น

3.5.2.3 การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ

การรวมธุรกิจรูปแบบสุดท้ายที่ถูกกำกับดูแลตามมาตรา 51 คือ การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด หรือเรียกว่า การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ (share acquisition) ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจโดยการเข้าซื้อหุ้นสามัญของอีกธุรกิจหนึ่ง จนส่งผลให้ธุรกิจหนึ่งสามารถเข้าควบคุมอีกธุรกิจหนึ่งได้ ทำให้ธุรกิจที่เข้าซื้อ มีสถานะเป็นบริษัทใหญ่ (parent company) และธุรกิจที่ถูกเข้าซื้อ มีสถานะเป็นบริษัทย่อย (subsidiary company) โดยการดำเนินงานทั้ง 2 ธุรกิจภายหลังจากการรวมธุรกิจก็จะเรียกว่า “บริษัทในเครือ” (affiliates company)⁴⁸⁹ จนอาจมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ในบางกรณี

อย่างไรก็ดี การเข้าซื้อหุ้นที่จะถือเป็นการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น จะต้องมิลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

⁴⁸⁸ รองเอก วรรณพฤกษ์, "การรวมธุรกิจ," วารสารวิชาการศรีปทุม ชลบุรี 11, 4 (เมษายน - มิถุนายน 2558): 52.

⁴⁸⁹ เรื่องเดียวกัน

(1) กรณีที่เป็นการเข้าซื้อหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่จดทะเบียนอยู่ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จะต้องเป็นการเข้าซื้อหรือได้มาซึ่งหุ้น ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้น หรือหลักทรัพย์อื่นที่อาจแปลงสภาพแห่งสิทธิเป็นหุ้นได้ จนถึงหรือเกินกว่า 25% ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจอื่น

(2) กรณีที่เป็นการเข้าซื้อหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่ไม่ได้จดทะเบียนอยู่ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จะต้องเป็นการเข้าซื้อหรือได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงถึงหรือเกินกว่า 50% ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจอื่น

ตัวอย่างของการรวมธุรกิจในรูปแบบของการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท เมเจอร์ ซินีเพล็กซ์ จำกัด (มหาชน) (“MAJOR”) กับบริษัท อีจีวี เอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด (มหาชน) (“EGV”) ซึ่งเป็นการรวมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจโรงภาพยนตร์ขนาดใหญ่ 2 ราย โดยที่ MAJOR ทำข้อเสนอซื้อหุ้นทั้งหมดของ EGV และเสนอที่จะชำระค่าตอบแทนในการทำข้อเสนอซื้อหุ้นดังกล่าวด้วยหุ้นออกใหม่ของ MAJOR โดยวิธีการแลกหุ้น (share swap) กับผู้ถือหุ้นของ EGV⁴⁹⁰ ซึ่งผลของการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวทั้งสองราย ทำให้โครงสร้างตลาดที่เดิมมีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly) เปลี่ยนแปลงไปเป็นตลาดผูกขาด (monopoly) โดยมี MAJOR เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ในตลาดโรงภาพยนตร์ ซึ่งครองส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 82% ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ครองส่วนแบ่งตลาดสูงสุดในลำดับถัดมา ได้แก่ บริษัท เอสเอฟ ซินีมาซิติ จำกัด ซึ่งครอบส่วนแบ่งตลาดอยู่เพียง 4%⁴⁹¹ แต่ในขณะนั้นซึ่งอยู่ในช่วงระหว่างการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไม่มีการออกเกณฑ์กำหนดรายละเอียดของการรวมธุรกิจที่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายการการแข่งขันทางการค้า จึงทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถเข้าควบคุมการรวมธุรกิจครั้งดังกล่าวได้แต่อย่างใด

ภายหลังจากที่ได้แสดงให้เห็นถึงรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ครบทั้ง 3 รูปแบบแล้ว มีข้อสังเกตว่าภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย รวมถึงประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบัน การรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายในลักษณะกิจการร่วมค้า (joint venture) นั้น ยังไม่ถูกกำหนดให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไว้อย่างชัดเจน⁴⁹² ถึงแม้ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจ 2 รายขึ้นไป มาลงทุนร่วมกันแล้ว

⁴⁹⁰ กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, *กลยุทธ์การควบรวมกิจการอย่างมืออาชีพ*, หน้า 254.

⁴⁹¹ ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 397 - 398.

⁴⁹² Apiradee Springall, "Thailand Trade Competition Act B.E. 2560: The New Merger Control (1)," *Assumption University Law Journal* 10, 1 (January - June 2019): 5.

จัดตั้งกิจการในรูปของบริษัทจำกัด (greenfield operation) ซึ่งเป็นสิ่งที่นิยมทำกันในทางปฏิบัติ เช่น การร่วมลงทุนกันจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท บีทีเอส แอสเสอรี่ โฮลดิ้ง्स จำกัด ซึ่งเป็นกิจการร่วมค้าระหว่างบีทีเอส และแอสเสอรี่ดิงส์ที่ได้กล่าวแล้ว หรือการก่อตั้งกิจการร่วมค้าบีเอสอาร์ (BSR Joint Venture : BSR JV) ซึ่งเป็นการร่วมลงทุนระหว่างบริษัท บีทีเอส กรุ๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน) บริษัทผลิตไฟฟ้าราชบุรีโฮลดิ้ง จำกัด (มหาชน) และบริษัท ซีโน-ไทย เอ็นจิเนียริ่ง แอนด์ คอนสตรัคชั่น จำกัด (มหาชน) เพื่อพัฒนาโครงการรถไฟฟ้าสายต่าง ๆ เป็นต้น นอกจากนี้ การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน ยังไม่ครอบคลุมไปถึงการตั้งกรรมการไขว้กันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายด้วย (cross-directorship) แม้พฤติกรรมดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการรวมธุรกิจแบบหนึ่งในทางปฏิบัติก็ตาม⁴⁹³

ดังนั้น หากมีกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน ซึ่งเป็นคู่แข่งกันมาตกลงร่วมลงทุนก่อตั้งกิจการร่วมค้าในประเทศไทย ไม่ว่าจะมีการจดทะเบียนเป็นบริษัทหรือไม่ก็ตามในปัจจุบัน เช่นนี้ ถึงแม้ว่าการร่วมลงทุนดังกล่าวจะก่อให้เกิดการผูกขาด การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ก็ยังไม่มีรายละเอียดของกฎหมายเกี่ยวกับการนำบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาควบคุมการร่วมลงทุนในลักษณะของกิจการร่วมค้าดังกล่าว

3.5.3 รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 51 ได้กำหนดรูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศไทยเอาไว้ โดยบัญญัติว่า

“ผู้ประกอบการธุรกิจที่กระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ

ผู้ประกอบการธุรกิจที่จะกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ...”

⁴⁹³ Ahmore Burger-Smidt, "Common Shareholding And Cross-Directorship – A Competitive Conundrum When Investing," [Online] Accessed: 15 May 2019. Available from: https://www.werksmans.com/wp-content/uploads/2018/10/17541-September-Legal-Brief_Competiton-FA.pdf.

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถสรุปได้ว่าระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น แบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบแล้วแต่กรณี กล่าวคือ

3.5.3.1 ระบบการแจ้ง

รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อีกรูปแบบหนึ่ง ระบบการแจ้ง ซึ่งใช้บังคับกับการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่ง โดยผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้ทำการรวมธุรกิจ

อนึ่ง การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นหมายถึง การรวมธุรกิจที่ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง หรือของผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจในตลาดใดตลาดหนึ่งรวมกัน ตั้งแต่ 1 พันล้านบาทขึ้นไป และไม่ก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561⁴⁹⁴

3.5.3.2 ระบบการขออนุญาต

รูปแบบแรกของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้แก่ ระบบการขออนุญาต ซึ่งใช้บังคับแก่การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่ส่งผล 2 ประการ กล่าวคือ การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดประการหนึ่ง และการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอีกประการหนึ่ง ซึ่งรายละเอียดของผลกระทบดังกล่าวทั้ง 2 ประการนั้น เป็นไปตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนด ดังนี้

⁴⁹⁴ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ในประกาศนี้

“การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่ง” หมายความว่า การรวมธุรกิจที่ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งหรือของผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจในตลาดใดตลาดหนึ่งรวมกันตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป และไม่ก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ทั้งนี้ การนับยอดเงินขายในตลาดใดตลาดหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจให้นับรวมยอดเงินขายของบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดด้วย...”

ก. การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาด หมายถึง การรวมธุรกิจที่อาจทำให้เหลือจำนวนผู้ประกอบการธุรกิจเพียงรายเดียวในตลาดใดตลาดหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจในการกำหนดราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการของตนได้อย่างเป็นอิสระ และมียอดเงินขายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561⁴⁹⁵

ข. การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561⁴⁹⁶ กล่าวคือ การรวมธุรกิจที่จะทำให้ผู้ประกอบการมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 50% ขึ้นไป ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง และโดยที่มียอดเงินขายรวมกันระหว่างบรรดาผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

(2) การรวมธุรกิจที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้ว จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถในในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 75% ขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ไม่รวมถึงผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 10%

ในกรณีที่การรวมธุรกิจที่อาจส่งผลอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อน และเมื่อได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว จึงจะสามารถดำเนินการรวมธุรกิจกันได้

⁴⁹⁵ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ในประกาศนี้

“การผูกขาด” หมายความว่า การมีผู้ประกอบการรายเดียวในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งมีอำนาจในการกำหนดราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการของตนได้อย่างเป็นอิสระ และมียอดเงินขายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป”

⁴⁹⁶ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย ดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

(1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

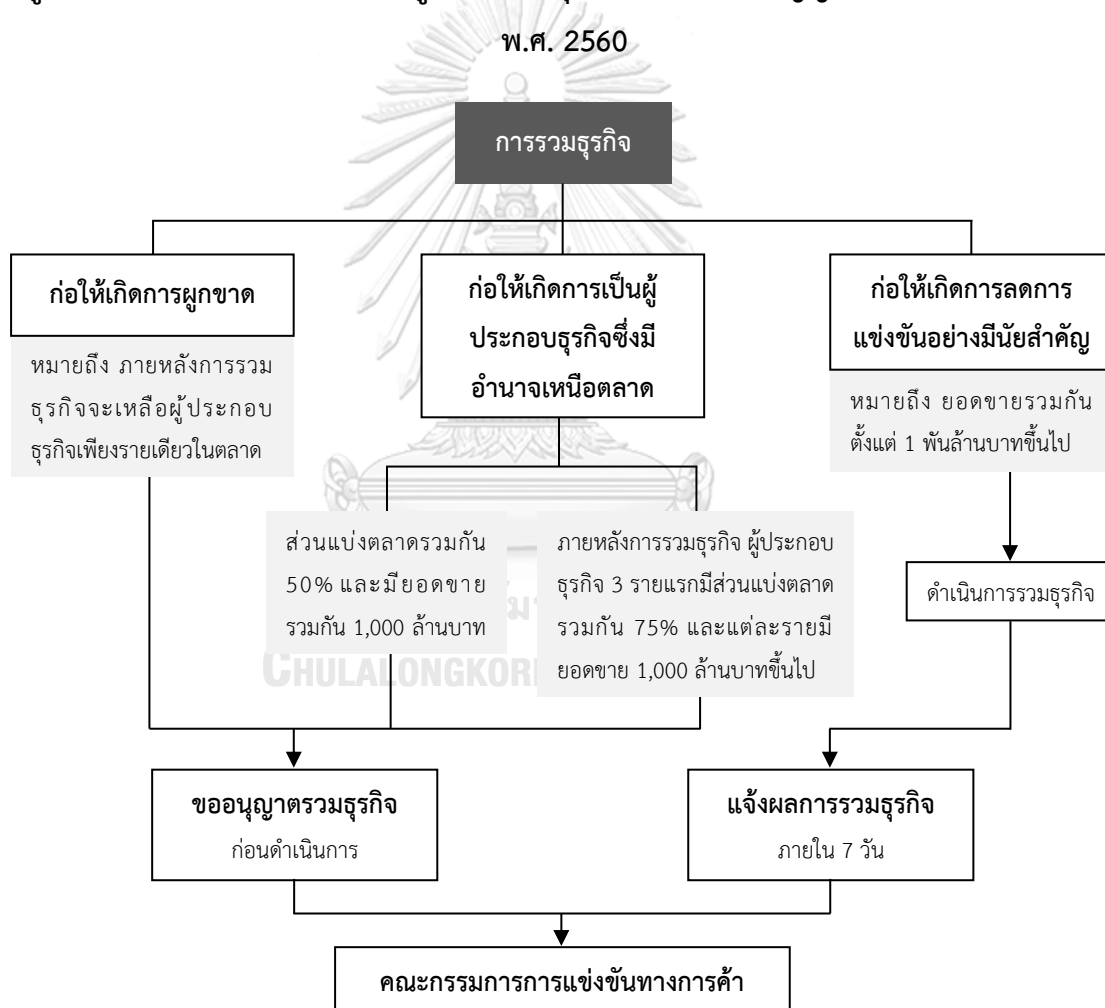
(2) ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

ความในวรรคหนึ่ง (2) มิให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ”

โดยในการพิจารณาอนุญาต คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 90 วันนับแต่วันที่รับคำขอ และอาจขยายได้อีกไม่เกิน 15 วัน โดยในการพิจารณา ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าคำนึงถึงความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ ประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และการไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม⁴⁹⁷

ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 51 ทั้ง 2 รูปแบบนั้น สามารถสรุปเป็นแผนภาพได้ดังต่อไปนี้

รูปที่ 3 ภาพแสดงระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า



⁴⁹⁷ ศุภวัชร มาลานนท์, กฎหมาย 4.0, หน้า 176.

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าก่อนที่จะตราออกมาเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ร่างกฎหมายดังกล่าวฉบับแรกซึ่งคณะรัฐมนตรีเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้กำหนดระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจไว้เพียงระบบเดียวคือ ระบบการแจ้ง โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่ง จะต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายใน 7 วันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ⁴⁹⁸ ดังนั้น ตามร่างกฎหมายฉบับแรกนี้ ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดการผูกขาด การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม ผู้ประกอบการธุรกิจที่ดำเนินการรวมธุรกิจก็จะมีเพียงหน้าที่เดียวตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือจะต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทราบเท่านั้น

ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ว่าคณะผู้ร่างกฎหมายนั้นต้องการสนับสนุนให้เกิดการรวมธุรกิจขึ้นในประเทศไทย จึงไม่ต้องการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการเข้าขัดขวางการดำเนินการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจ เพื่ออำนวยความสะดวกในการดำเนินการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจ อีกทั้งเพื่อมิให้เกิดความไม่แน่นอนในการรวมธุรกิจอันจะส่งผลกระทบต่อบรรดาผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจเป็นอย่างมาก

3.5.4 การกำหนดขอบเขตตลาด

การกำหนดขอบเขตตลาด (market definition) เพื่อพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการกำหนดขอบเขตตลาดเพื่อพิจารณาพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามบทบัญญัติอื่น ๆ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณา กำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 โดยที่การกำหนดขอบเขตตลาดตามประกาศฉบับดังกล่าวนี้ หมายถึง การวิเคราะห์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทนกันได้ โดยพิจารณาตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องและตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสรุปของขอบเขตตลาดในการบังคับใช้ภายในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดให้การพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดนั้นจะต้องพิจารณาจากเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขันของสินค้าหรือบริการในด้านการทดแทนกันด้านอุปสงค์ (demand

⁴⁹⁸ ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. มาตรา 51 บัญญัติว่า “ให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่กระทำการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ...”

substitutability) การทดแทนกันด้านอุปทาน (supply substitutability) และการแข่งขันกับสินค้าหรือบริการที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต (potential competition) มาประกอบกัน

3.5.4.1 การพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปสงค์

การพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปสงค์ของสินค้าหรือบริการ เป็นการพิจารณาความเห็นและมุมมองของผู้บริโภคถึงขอบเขตของการใช้สินค้าหรือบริการที่ทดแทนกันได้ ทั้งจากเหตุผลทางด้านคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการนั้น และเหตุผลทางด้านภูมิศาสตร์

ในการพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปสงค์นั้น ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 ได้กำหนดให้พิจารณาถึงการกำหนดขอบเขตตลาดตามหลักสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งต้องพิจารณาข้อมูลต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) ข้อมูลย้อนหลังในช่วงระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี ที่แสดงถึงการทดแทนกันได้ของสินค้าหรือบริการ เช่น เหตุการณ์สำคัญทางเศรษฐกิจที่แสดงถึงการเปลี่ยนไปบริโภคสินค้าหรือบริการที่ทดแทนกันได้ เป็นต้น

(2) การวิเคราะห์เชิงปริมาณและคุณภาพในด้านต่าง ๆ (quantitative and qualitative tests) เช่น ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคา (price elasticity of demand) ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าแบบไขว้ (cross elasticity of demand) ซึ่งเป็นการวัดความเปลี่ยนแปลงของปริมาณสินค้าที่จะมีผู้ต้องการซื้อ ณ ขณะใดขณะหนึ่ง ต่อการเปลี่ยนแปลงของตัวแปรอื่น ๆ ที่เป็นตัวกำหนดปริมาณเสนอซื้อนั้น ๆ⁴⁹⁹ นอกจากนี้ยังมีการวิเคราะห์อนุกรมราคา (price series) ระดับราคา (price levels) หรือทิศทางของราคา (price convergence) เป็นต้น

(3) การเก็บข้อมูลหรือการสัมภาษณ์คู่ค้า ผู้บริโภค และคู่แข่ง เกี่ยวกับความเห็นและมุมมองเกี่ยวกับคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการ

(4) ข้อมูลหรือเอกสารของผู้ประกอบธุรกิจ สถาบันการศึกษา ผู้เชี่ยวชาญ ที่ได้วิเคราะห์ความชอบและรสนิยมของผู้บริโภค (consumer preferences)

(5) กฎเกณฑ์หรือกฎระเบียบของรัฐที่เป็นข้อจำกัดในการทดแทนกันได้ของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการ

⁴⁹⁹ นราทิพย์ ชุดวงศ์, ทัศนศึกษาเศรษฐศาสตร์จุฬาลงกรณ์, หน้า 62 - 80.

(6) อุปสรรคหรือข้อจำกัดอื่น ๆ ในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการที่ทดแทนกันได้ในด้านคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการ

(7) กลุ่มลูกค้าที่แตกต่างกัน

นอกจากนี้ ประมวลฉบับดังกล่าวยังกำหนดให้พิจารณากำหนดขอบเขตตลาดตามหลักตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง โดยอาศัยข้อมูลต่าง ๆ ได้แก่

(1) ข้อมูลย้อนหลังในช่วงระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี ที่แสดงการเปลี่ยนแปลงการซื้อหรือส่งสินค้าหรือบริการของลูกค้าหรือผู้บริโภคจากพื้นที่หนึ่งไปยังอีกพื้นที่ เนื่องจากการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการในพื้นที่นั้น

(2) ข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะด้านอุปสงค์ของสินค้าหรือบริการชนิดนั้น เช่น ความนิยมของผู้บริโภค เป็นต้น

(3) การเก็บข้อมูลหรือการสัมภาษณ์ลูกค้า ผู้บริโภค และคู่แข่ง เกี่ยวกับความเห็นและมุมมองเกี่ยวกับพื้นที่ในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ

(4) รูปแบบการซื้อสินค้าหรือบริการของลูกค้าหรือผู้บริโภคซึ่งเกี่ยวข้องกับสภาพทางภูมิศาสตร์ของการซื้อสินค้าหรือบริการ

(5) ทิศทางของการค้า (trade flow) ช่องทางการจัดจำหน่าย หรือรูปแบบของการส่งมอบสินค้าหรือบริการ

(6) กฎเกณฑ์หรือกฎระเบียบของรัฐที่เป็นข้อจำกัดในการทดแทนกันได้ของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวกับเหตุผลด้านพื้นที่ที่จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ

(7) อุปสรรคหรือข้อจำกัดอื่น ๆ ในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการที่ทดแทนกันได้ที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ในการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ เช่น สถานที่ตั้งของลูกค้า เป็นต้น

หากไม่สามารถพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปสงค์เพื่อกำหนดขอบเขตตลาดได้อย่างชัดเจน จึงจะทำการวิเคราะห์การทดแทนกันด้านอุปสงค์ตามหลักเศรษฐศาสตร์เรื่องการทดสอบการเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นเมื่อสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งมีการขึ้นราคาเพียงเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (SSNIP Test: A Small but Significant and Non-transitory Increase in Price Test) ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงขอบเขตตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากการเพิ่มราคาสินค้าชนิดหนึ่งเพียงเล็กน้อยเป็นระยะเวลาพอสมควรหากจำนวนผู้ซื้อที่เปลี่ยนใจหันไปซื้อสินค้าชนิดอื่นทดแทนมีจำนวนมาก แสดงว่าสินค้าทั้งสองชนิดเป็นสินค้าในตลาดเดียวกัน และยังแสดงให้เห็นถึงขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องได้ โดยการหาขอบเขตของตลาด

ทางภูมิศาสตร์ที่แคบที่สุดที่ผู้ซื้อยังไม่เปลี่ยนใจหันไปซื้อสินค้าอื่นทดแทนสินค้าที่ขึ้นราคาเหนือระดับราคาแข่งขันประมาณ 5 - 10%⁵⁰⁰

3.5.4.2 การพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปทาน

การทดแทนกันด้านอุปทานของสินค้าหรือบริการเป็นการพิจารณาความสามารถของผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการหนึ่ง ในการเปลี่ยนไปผลิตและทำการตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องได้ โดยไม่ต้องแบกรับภาระต้นทุนหรือความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงของราคา ซึ่งประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันการค้าฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้นำปัจจัยในการพิจารณาการทดแทนทางด้านอุปสงค์ที่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณา เช่น การพิจารณาความยืดหยุ่นของอุปทาน อันได้แก่ปฏิกิริยาตอบสนองของผู้ผลิตต่อการเปลี่ยนแปลงราคาของสินค้า เป็นต้น⁵⁰¹

3.5.4.3 การพิจารณาการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้น

นอกจากการพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปสงค์และอุปทานแล้ว ในการกำหนดขอบเขตตลาดนั้น ประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังกำหนดให้พิจารณาถึงการแข่งขันกับสินค้าหรือบริการที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตด้วย โดยให้พิจารณาจากปัจจัยและสถานการณ์เฉพาะในแต่ละกรณีที่อาจส่งผลกระทบต่อเงื่อนไขการเข้าสู่ตลาดของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อระดับการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ได้

3.5.5 ปัจจัยพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจ

ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น สามารถแบ่งแนวทางการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีของการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง และกรณีของการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 51 วรรคสอง

⁵⁰⁰ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 - 29, แปลโดย สำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 87 - 88.

⁵⁰¹ นราทิพย์ ชุดิวังศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 80 - 83.

3.5.5.1 การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดจะมีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากปัจจัยที่กำหนดในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 โดยที่ประกาศฉบับดังกล่าวนี้ได้กำหนดปัจจัยในการพิจารณาไว้เพียงประการเดียว กล่าวคือ ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง หรือยอดเงินขายรวมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น

ในกรณีที่ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง หรือยอดเงินขายรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจในตลาดใดตลาดหนึ่งนั้นมีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป และไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า⁵⁰² และจะต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ทำการรวมธุรกิจตามมาตรา 51

ทั้งนี้ การนำยอดเงินขายหนึ่งพันล้านบาทมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่นั้น มีเหตุผลเนื่องมาจากความต้องการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบการขนาดเล็กรายย่อย (SMEs) และยังเป็นส่งเสริมให้ผู้ประกอบการ SMEs สามารถรวมธุรกิจกันเพื่อเพิ่มโอกาสและศักยภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบการขนาดใหญ่ได้ ดังนั้น เพื่อไม่ให้เป็นภาระขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการขนาดเล็กรายย่อย และทำให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการต่าง ๆ ได้อย่างสะดวก โดยไม่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560⁵⁰³ จึงกำหนดให้การรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการมียอดเงินขายรวมกันตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเท่านั้น ที่จะถือว่าเป็นการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ และจะต้องถูกกำกับดูแลโดยต้อง

⁵⁰² ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ในประกาศนี้

“การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่ง” หมายความว่า การรวมธุรกิจที่ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งหรือของผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจในตลาดใดตลาดหนึ่งรวมกันตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป และไม่ก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ทั้งนี้ การนับยอดเงินขายในตลาดใดตลาดหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจให้นับรวมยอดเงินขายของบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดด้วย...”

⁵⁰³ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “รายงานการประชุม สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 20 วันศุกร์ที่ 24 มีนาคม 2560” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/518414>

ดำเนินการแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายใน 7 วัน นับแต่วันที่มีการรวมธุรกิจ

อย่างไรก็ดี ในการคำนวณยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจนั้น จะต้องนับรวมยอดเงินขายของบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ หรือเรียกว่าบริษัทในเครือด้วย ซึ่งเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561

3.5.5.2 การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 หรืออาจก่อให้เกิดการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องประเมินผลกระทบที่อาจเกิดจากการรวมธุรกิจ เพื่อพิจารณาว่าจะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้หรือไม่ โดยที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 52 กำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าคำนึงถึงความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ ประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และการไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม

อย่างไรก็ดี ในการประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจตามข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้นนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือรายละเอียดที่ชัดเจนในการพิจารณาปัจจัยแต่ละประการ เพราะฉะนั้นการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ยื่นขออนุญาตในปัจจุบันนี้ จึงเป็นไปได้โดยอาศัยการตีความของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอันปราศจากกรอบหรือแนวทางการพิจารณาที่เป็นภววิสัย ทำให้การพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้น ยังคงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ

ในปัจจุบันนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเสร็จสิ้นและได้เผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วจำนวน 4 กรณี ซึ่งในการประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ พบว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มี

การนำปัจจัยที่ใช้ในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจในการทำงานเดียวกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศทั้ง 7 ประการ มาเป็นเกณฑ์ในการประเมินผลกระทบและเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาการรวมธุรกิจตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ด้วยเช่นกัน ซึ่งปัจจัยดังกล่าวทั้ง 7 ประการนั้นเป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งในเอกสารที่ผู้ประกอบการต้องนำเสนอต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการขออนุญาตด้วย โดยที่การศึกษากฎหมายการขออนุญาตรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้น แสดงให้เห็นแนวทางการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจโดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ ได้ ดังต่อไปนี้

ก. การกระจุกตัวของตลาด

ภายใต้คำวินิจฉัยส่วนใหญ่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้นำดัชนี HHI เช่นเดียวกับในต่างประเทศมาเป็นเครื่องมือในการพิจารณา โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายนั้นมีตลาดสินค้าหรือบริการที่มีความทับซ้อนกันคือตลาดร้านค้าปลีกขนาดเล็ก ซึ่งก่อนการรวมธุรกิจตลาดร้านค้าปลีกขนาดเล็กมี HHI เท่ากับ 5,553.19 ซึ่งถือเป็นตลาดที่มีการกระจุกตัวสูงมาก และการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ตลาดดังกล่าวมี HHI เพิ่มขึ้นถึง 1,390.90 กลายเป็น 6,944.09 แต่ไม่ได้มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าอัตราการกระจุกตัวและการเพิ่มของของการกระจุกตัวตามดัชนี HHI ในระดับใดจึงจะถือว่าก่อให้เกิดข้อกังวลต่อการแข่งขัน ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นด้วยความเข้มงวด

อย่างไรก็ดี ปรากฏว่าในบางกรณีนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังคงประเมินการกระจุกตัวของตลาดโดยใช้ดัชนี CR3 เช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยไม่มีการระบุสาเหตุถึงการนำดัชนี CR3 มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการรวมธุรกิจนี้ ขณะที่การรวมธุรกิจอื่น ๆ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเลือกใช้ดัชนี HHI เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดเป็นหลัก⁵⁰⁴

ข. ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

การพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในกรณีการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการประเมินจากปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่

⁵⁰⁴ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และบริษัท ข." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hs/>

(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ โดยพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงของส่วนแบ่งตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ ซึ่งอาจสะท้อนให้เห็นว่าการแข่งขันในตลาดนั้นสูงขึ้นหรือลดลง เช่น กรณีที่การรวมธุรกิจนั้นส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นจนกลายเป็นคู่แข่งรายสำคัญในตลาดที่มีศักยภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดในตลาด ดังนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าว แม้จะทำให้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มสูงขึ้นจนกลายเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเป็นอันดับที่ 2 ของตลาด แต่ก็ไม่มีแนวโน้มที่จะทำให้การแข่งขันในตลาดได้รับผลกระทบในแง่ร้าย⁵⁰⁵

(2) อำนาจต่อรองของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ซึ่งถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ปรากฏในคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจส่วนใหญ่ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ทำการพิจารณาอำนาจต่อรองของผู้ประกอบธุรกิจที่มีต่อคู่ค้าว่าอาจก่อโอกาสผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมใช้อำนาจจนส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้หรือไม่ เช่น การใช้อำนาจต่อรองเพื่อกีดกันการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคาเพื่อทำกำไรหรือลดคุณภาพสินค้า เป็นต้น⁵⁰⁶

(3) ต้นทุนการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ซึ่งเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ปรากฏในคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหลายกรณี โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจมีต้นทุนที่ต่ำกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งในตลาด จนมีโอกาสดังกล่าวที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจะใช้ประโยชน์จากการที่ต้นทุนต่ำกว่าในการมีพฤติกรรมต่าง ๆ จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งได้รับความเสียหายได้หรือไม่ เช่น ผู้ประกอบธุรกิจอาจจัดกิจกรรมส่งเสริมการขายของตนโดยการลดราคาสินค้า จนผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งไม่สามารถแข่งขันต่อไปได้ เป็นต้น⁵⁰⁷

(4) แรงกดดันจากผู้บริโภค โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาถึงรูปแบบของการประกอบธุรกิจ ซึ่งในบางกรณีนั้นผู้บริโภคจะเป็นผู้กำหนดปริมาณ

⁵⁰⁵ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท อ. และบริษัท ย." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-iu/>

⁵⁰⁶ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และบริษัท ข." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hs/>

⁵⁰⁷ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2020/12/18/cp-tesco-case/>

ความต้องการของสินค้าโดยตรง และทำการพิจารณาจากราคาของสินค้าเป็นหลัก อีกทั้งลูกค้ายังมีทางเลือกในการซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ทำให้ผู้ใช้สินค้าสามารถสร้างแรงกดดันที่เพียงพอต่อผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีแรงจูงใจในการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันภายหลังจากการรวมธุรกิจ⁵⁰⁸

ค. ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

ในการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ทำการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการร่วมมือกัน โดยพิจารณาว่าผู้รวมธุรกิจมีโอกาสจะร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขันหรือไม่จากปัจจัยเกี่ยวกับสถานะของผู้ประกอบธุรกิจ และสถานะการแข่งขันในตลาด กล่าวคือ

(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจภายหลังจากการรวมธุรกิจ โดยพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดมากหรือน้อยเพียงไร ซึ่งจะส่งผลต่อแรงจูงใจที่ผู้ประกอบธุรกิจจะมีพฤติกรรมร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งในตลาด

(2) ความแตกต่างระหว่างส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจกับคู่แข่งในตลาด กล่าวคือ หากปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดที่แตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งในตลาดเป็นอย่างมากแล้ว เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจย่อมไม่มีแรงจูงใจที่จะร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ เช่น การที่ผู้รวมธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 83.05% อันแตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างมีนัยสำคัญ สะท้อนให้เห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นไม่มีแรงจูงใจในการร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งเป็นรายย่อย เป็นต้น⁵⁰⁹

ง. อำนาจของผู้ซื้อ

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้นำประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของผู้ซื้อ มาเป็นปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาเงื่อนไขว่าด้วยการไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวมตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ประเมินผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่

⁵⁰⁸ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท อ. และบริษัท ย." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-iu/>

⁵⁰⁹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2020/12/18/cp-tesco-case/>

(1) ทางเลือกในการซื้อสินค้าของผู้ซื้อในตลาด โดยพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ซื้อมีทางเลือกในการซื้อสินค้าน้อยลง จนอาจส่งผลให้ผู้รวมธุรกิจมีอำนาจในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการนั้นได้หรือไม่

(2) ต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาด อันเป็นประเด็นที่สะท้อนให้เห็นว่าหากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจทำการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตนนั้น ผู้ซื้อในตลาดจะสามารถเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นมาทดแทนได้หรือไม่ ซึ่งแม้ในตลาดนั้นจะมีสินค้าหรือบริการทางเลือกอยู่จำนวนมาก แต่หากการที่เปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นทดแทนนั้น ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ซื้อเป็นอย่างมาก เช่นนี้ ย่อมมีแนวโน้มที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจะสามารถควบคุมราคาสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้ เนื่องจากผู้ซื้อไม่มีอำนาจต่อรองที่เพียงพอ⁵¹⁰

ฉ. การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่และการขยายการผลิตของคู่แข่ง

ประเด็นเกี่ยวกับอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดและการขยายการผลิตของคู่แข่งนั้น เป็นประเด็นที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านำมาพิจารณาประกอบการอนุญาตการรวมธุรกิจส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้น โดยที่ในปัจจุบันนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาถึงเฉพาะความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ และการขยายการผลิตของคู่แข่ง ซึ่งประกอบไปด้วยปัจจัยว่าด้วยอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด 2 ประการ ได้แก่

(1) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ โดยการพิจารณาว่าการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น มีกฎหมายหรือระเบียบของรัฐที่เป็นข้อจำกัดมากนักน้อยเพียงไร

(2) ต้นทุนในการประกอบธุรกิจ โดยการพิจารณาว่าการลงทุนเพื่อประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากเพียงใด และมีต้นทุนจมที่สูงหรือต่ำเพียงไร

ช. ประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ

⁵¹⁰ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และบริษัท บ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hb/>

ในการพิจารณาประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้นำปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ มาเป็นปัจจัยในการประเมิน

(1) ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามักจะพิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นเพียงไร และทำให้การกระจุกตัวของผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดนั้นมากขึ้นเพียงไร หากปรากฏว่าผู้ประกอบการธุรกิจเพียงไม่กี่รายในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันสูงมาก และสามารถครอบครองส่วนแบ่งตลาดนั้นได้อย่างต่อเนื่อง ก็อาจถือได้ว่าประสิทธิภาพของตลาดนั้นลดลงเนื่องจากผู้ประกอบการอาจมีพฤติกรรมแสวงหากำไรได้⁵¹¹

(2) การลดลงของต้นทุนการประกอบธุรกิจ โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาการประหยัดต่อขนาดที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น จนทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีต้นทุนการดำเนินการที่ลดลง อันสะท้อนให้เห็นว่าประสิทธิภาพของตลาดนั้นเพิ่มสูงขึ้นได้⁵¹²

(3) ประโยชน์ที่ผู้บริโภคได้รับ โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านำประเด็นเกี่ยวกับประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ อันได้แก่การประหยัดจากขนาดที่เกิดขึ้น ทำให้ผู้บริโภคอาจได้รับสินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพสูงขึ้นในราคาที่ต่ำลง มาเป็นแนวทางในการพิจารณา⁵¹³

ช. ความจำเป็นของผู้ประกอบธุรกิจ

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านำความประสงค์ของผู้ขายกิจการที่ต้องการกลับไปมุ่งเน้นทำการตลาดที่ประเทศอังกฤษตามแผนฟื้นฟูกิจการมาเป็นเกณฑ์ โดยพิจารณาประกอบกับผลของการรวมธุรกิจนี้ที่จะทำให้รายได้จากกิจการดังกล่าวอยู่ในประเทศอันเกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศไทย แตกต่างจากเดิมที่ต้องนำส่งรายได้และผลกำไรกลับไปสู่สำนักงานใหญ่ในต่างประเทศ จึงวินิจฉัยว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้มีความจำเป็นตามควรและมีประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ โดยไม่ได้พิจารณาถึงเงื่อนไขสำคัญอื่น ๆ เช่น การรวม

⁵¹¹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2020/12/18/cp-tesco-case/>

⁵¹² สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท อ. และบริษัท ย." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-iu/>

⁵¹³ เรื่องเดียวกัน

ธุรกิจนี้เป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่จะส่งผลกระทบต่อตลาดได้น้อยที่สุดจริงหรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากแนวทางการพิจารณาความจำเป็นของผู้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศที่มีความเข้มงวดมาก

ถึงแม้ว่าภาพรวมของการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจในบางกรณี กล่าวคือ การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัดนี้ จะมีแนวโน้มแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาด และอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดรวมถึงผู้บริโภคได้ แต่เนื่องจากมิได้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและผูกพันต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ตัวอย่างเช่น มิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการรวมธุรกิจที่ส่งผลให้การกระจุกตัวในตลาดสูงขึ้นเพียงใดที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะไม่อนุญาตให้ดำเนินการรวมธุรกิจได้ ดังนั้น ในท้ายที่สุดคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงสามารถใช้ดุลพินิจมีมติให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าวได้โดยมีการกำหนดมาตรการเพื่อชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น

นอกจากคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัดแล้ว การขออนุญาตรวมธุรกิจในกรณีอื่น ๆ ที่ถูกเผยแพร่ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2021 นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ได้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถรวมธุรกิจกันได้ในทุกกรณี ซึ่งคำวินิจฉัยเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าแม้จะมีการนำแนวทางการประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจด้วยปัจจัยต่าง ๆ ตามแนวคิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญมาเป็นส่วนหนึ่งในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงกล่าวได้ว่าการปรับใช้แนวคิดดังกล่าวภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ยังคงเป็นไปโดยอาศัยดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ เนื่องจากการขาดหลักเกณฑ์และกรอบแนวทางในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่มีผลผูกพันต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบัน

3.5.6 ข้อยกเว้น

อย่างไรก็ดี แม้การรวมธุรกิจนั้นจะมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดการผูกขาด การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม แต่หากการรวมธุรกิจนั้น เป็นการรวมธุรกิจเพื่อปรับโครงสร้างภายในของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจไม่จำเป็นต้องขออนุญาตหรือแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าว

นั้น ในมุมมองของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะถือว่าผู้ประกอบการธุรกิจเหล่านั้นมีสถานะเสมือนเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน (single economic entity) ที่ไม่มีการแข่งขันระหว่างกันแต่อย่างใด⁵¹⁴ โดยที่ผู้ประกอบการรายใดจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการหรือไม่นั้น จะเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561 ซึ่งพิจารณาจากทั้งการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง อำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น และอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการของผู้ประกอบการ⁵¹⁵

3.6 บทสรุป

โดยสรุปแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศส่วนใหญ่เน้น ล้วนนำรูปแบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบ โดยเริ่มต้นพิจารณาจากยอดเงินขายของผู้ประกอบการที่ต้องการทำการรวมธุรกิจกัน หากเข้าหลักเกณฑ์แล้วจึงจะต้องมาพิจารณาต่อว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการนั้นจะส่งผลให้การแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งลดลงหรือไม่ เพียงไร โดยที่ประเทศส่วนใหญ่ล้วนใช้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยการแจ้งขออนุญาตเป็นการล่วงหน้า เว้นแต่เพียงประเทศสิงคโปร์ซึ่งใช้ระบบการแจ้งเพื่อขออนุญาตโดยความสมัครใจ หากผู้ประกอบการพิจารณาแล้วเห็นว่าการรวมธุรกิจของตนเองอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดแล้ว ก็อาจแจ้งการรวมธุรกิจไปยังคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เพื่อพิจารณาและขออนุญาต และประเทศ

⁵¹⁴ ศุภวัชร มาลานนท์, กฎหมาย 4.0, หน้า 179 - 180.

⁵¹⁵ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ในประกาศนี้

“ความสัมพันธ์กันทางนโยบาย” หมายความว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป ที่มีแนวทางนโยบาย หรือวิธีการในการบริหาร การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการธุรกิจที่อยู่ภายใต้บุคคลที่มีอำนาจสั่งการของผู้ประกอบการเดียวกัน

“อำนาจสั่งการ” หมายความว่า อำนาจควบคุมอันเนื่องมาจากเหตุหนึ่งเหตุใด ดังต่อไปนี้

(1) การถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในผู้ประกอบการรายหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ประกอบการนั้น

(2) การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของผู้ประกอบการรายหนึ่งไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม

(3) การมีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการในผู้ประกอบการรายหนึ่งตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม

(4) การมีอำนาจสั่งการตาม (๑) หรือ (๒) ต่อไปเป็นทอด ๆ ทุกทอด โดยเริ่มจากการมีอำนาจสั่งการตาม (๑) หรือ (๒) ในผู้ประกอบการในทอดแรก”

ไทยซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญนั้นเพียงแต่แจ้งผลการรวมธุรกิจให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายทราบเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตแต่อย่างใด จึงหมายความว่าประเทศไทยเป็นเพียงประเทศเดียวที่ยอมรับให้มีการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้ โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายในการขัดขวางการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลดังกล่าวได้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี นอกจากระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่มีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศแล้ว เภณธ์การพิจารณาระดับการลดการแข่งขันของการรวมธุรกิจก็ยังคงมีความแตกต่างกันออกไปอีกด้วย โดยที่ประเทศส่วนใหญ่จะพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจโดยคำนึงถึงโครงสร้างของตลาด การกระจุกตัวในตลาด และปัจจัยอื่น ๆ ทางเศรษฐกิจมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ได้แก่ ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด การเข้าสู่ตลาด อำนาจของผู้ซื้อในตลาด ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ การประสพปัญหาในการดำเนินธุรกิจ แตกต่างจากการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยซึ่งใช้ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจเพียงประการเดียวมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ซึ่งอาจทำให้สามารถใช้บังคับกฎหมายได้ง่ายและชัดเจน แต่อาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจต่อไปในอนาคต

บทที่ 4

กระบวนการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการรวมธุรกิจในต่างประเทศ และในประเทศไทย

นอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์ และปัจจัยในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสารบัญญัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีความสำคัญแล้ว กฎหมายอีกส่วนหนึ่งที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่ากันในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็คือ กฎหมายส่วนที่ว่าด้วยกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่การยื่นข้อมูลต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย ขั้นตอนการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ ไปจนถึงการออกคำวินิจฉัยขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย ขั้นตอนต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนมีความสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าต่อการรวมธุรกิจทั้งสิ้น อีกทั้งการกำหนดกระบวนการตามกฎหมายที่ดี ยังส่งผลต่อการเพิ่มประสิทธิภาพในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย

การพัฒนาและปรับปรุงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้ดียิ่งขึ้นจึงไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะการปรับปรุงหลักเกณฑ์ และปัจจัยอันเป็นสารบัญญัติแห่งกฎหมายแต่เพียงเท่านั้น หากแต่การศึกษาและวิเคราะห์กระบวนการตามกฎหมายในการรวมธุรกิจก็มีความสำคัญต่อการพัฒนา และปรับปรุงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้ดียิ่งขึ้นเช่นกัน โดยผู้เขียนทำการศึกษาตั้งแต่กระบวนการตามกฎหมายในการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในขั้นตอนต่าง ๆ ที่ได้กล่าวข้างต้น ไปจนถึงการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและต่างประเทศ อันอาจเรียกได้ว่าเป็นขั้นตอนท้ายสุดของกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมาย

ลำดับของการศึกษาและวิเคราะห์กระบวนการตามกฎหมายในการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในบทนี้ เริ่มต้นจากการศึกษาและวิเคราะห์กระบวนการรวมธุรกิจ และการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นลำดับแรก แล้วจึงศึกษาและวิเคราะห์กระบวนการรวมธุรกิจ และการบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ตามลำดับ เพื่อนำผลการศึกษานั้นไปวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกระบวนการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่ได้ศึกษาเป็นลำดับแรก อันจะนำไปสู่แนวทางการพัฒนาและปรับปรุงกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยให้ดียิ่งขึ้นต่อไปในภายหน้า

4.1 กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหรัฐอเมริกา

การศึกษากระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา จะเริ่มต้นจากการศึกษาขององค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีจำนวน 2 หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจควบคู่กันไป ตลอดจนศึกษากระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจ การพิจารณาการรวมธุรกิจโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมาย การมีคำตัดสินขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย จนกระทั่งการกำหนดมาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย

4.1.1 องค์กรบังคับใช้กฎหมาย

องค์กรที่มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น ประกอบด้วยองค์กรสำคัญ 2 องค์กร ได้แก่กรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม (The Antitrust Division of the Department of Justice: DOJ) และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (The Federal Trade Commission)

4.1.1.1 กรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม

ในอดีต ก่อนที่จะมีการบังคับใช้กฎหมาย Clayton Act ในปี ค.ศ. 1914 กรมต่อต้านการผูกขาดเป็นหน่วยงานเดียวของรัฐที่มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ก่อนที่จะมีการก่อตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าขึ้นในเวลาดังกล่าว ทำให้มีองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเพิ่มขึ้นเป็น 2 หน่วยงาน โดยที่กรมต่อต้านการผูกขาดมีอำนาจดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญา แก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ฝ่าฝืนกฎหมาย Sherman Act และ Clayton Act ได้ โดยมีผู้ช่วยอัยการสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่ได้รับการแต่งตั้งจากอัยการสูงสุดเป็นอธิบดีกรมต่อต้านการผูกขาด¹ พร้อมกับเจ้าหน้าที่ในกรมต่อต้านการผูกขาดจำนวน 695 คน ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมายจำนวน 335 คน พร้อมทั้งได้รับงบประมาณในการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ เป็นจำนวน 166.8 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในปี ค.ศ. 2020²

กรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม มีอำนาจในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ โดยเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ และมี

¹ U.S. Department of Justice, "Chapter I. Organization and Functions of the Antitrust Division," [Online] Accessed: 13 April 2020. Available from: <https://www.justice.gov/atr/file/761126/download>, pp.2 - 3.

² U.S. Department of Justice, "FY 2020 Budget Request At A Glance," [Online] Accessed: 13 April 2020. Available from: <https://www.justice.gov/jmd/page/file/1142391/download>, p.1.

อำนาจออกคำสั่งอนุญาตหรือห้ามมิให้ให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจเช่นว่านั้น ซึ่งโดยปกติแล้วกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม จะพิจารณาการดำเนินการรวมธุรกิจในธุรกิจดังต่อไปนี้³

ก. ธุรกิจเกี่ยวกับสุขภาพและผู้บริโภค เช่น ธุรกิจให้บริการด้านสาธารณสุข ประกันภัย กระจกตาช พิล์ม อาหาร และผลิตภัณฑ์เครื่องสำอาง เป็นต้น

ข. ธุรกิจเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การป้องกันประเทศ และการดำเนินงานด้านอวกาศ เช่น ธุรกิจเหล็ก ธุรกิจการธนาคาร ธุรกิจการผลิตเครื่องบินและกระสวยอวกาศ ธุรกิจการป้องกันประเทศ การก่อสร้างถนน อุปกรณ์ในการดำเนินงานด้านอุตสาหกรรมต่าง ๆ เป็นต้น

ค. ธุรกิจให้บริการสื่อและวิชาชีพ เช่น ธุรกิจเกี่ยวกับภาพเคลื่อนไหว ธุรกิจดนตรี กิจการโทรทัศน์ วิทยุกระจายเสียง หนังสือพิมพ์ การโฆษณา กีฬา บัตรเครดิต และธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

ง. ธุรกิจด้านเทคโนโลยีและการบริการทางการเงิน เช่น ธุรกิจเกี่ยวกับการผลิตชิ้นส่วนและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การผลิตที่ต้องใช้เทคโนโลยีสูง ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ต การให้บริการทางการเงิน บัตรเดบิต สมาคมวิชาชีพ และธุรกิจหลักทรัพย์ เป็นต้น

จ. ธุรกิจโทรคมนาคมและการกระจายสัญญาณ เช่น ธุรกิจการผลิตอุปกรณ์โทรคมนาคม ทั้งการรับส่งสัญญาณภาคพื้นดิน การรับส่งสัญญาณไร้สาย และการให้บริการกระจายสัญญาณผ่านดาวเทียม เป็นต้น

ฉ. ธุรกิจขนส่ง ธุรกิจพลังงาน และธุรกิจเกี่ยวกับเกษตรกรรม เช่น ธุรกิจการบินทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ธุรกิจการขนส่งทางรถไฟ รถบรรทุก และทางเรือเดินสมุทร ธุรกิจการไฟฟ้า ธุรกิจให้บริการด้านโรงแรม ร้านอาหาร และการท่องเที่ยว ธุรกิจเกษตรชีวภาพ และธุรกิจเกี่ยวกับสัตว์เพื่อการบริโภค เป็นต้น

ทั้งนี้ เนื่องจากกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมมีการดำเนินงานร่วมกับหน่วยงานกำกับดูแลธุรกิจเฉพาะต่าง ๆ เหล่านี้ ทำให้การรวมธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับกิจการข้างต้นมักจะได้รับข้อกำหนดให้ตกอยู่ภายใต้การดำเนินการพิจารณาโดยกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม

³ U.S. Department of Justice, "Chapter I. Organization and Functions of the Antitrust Division," [Online] Accessed: 13 April 2020. Available from: <https://www.justice.gov/atr/file/761126/download>, pp.7 - 8.

4.1.1.2 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ดังที่กล่าวแล้วว่า นอกจากกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมแล้ว ในปี ค.ศ. 1914 ภายใต้การบริหารของประธานาธิบดีวูดโรว์ วิลสัน ก็ได้มีการตรากฎหมาย Federal Trade Commission Act เพื่อก่อตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระขึ้นด้วย ซึ่งประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 5 คน ที่ถูกแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีและการรับของของวุฒิสภา มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 7 ปี⁴ เพื่อเป็นหน่วยงานมีอำนาจในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการประกอบธุรกิจควบคู่ไปกับกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม ซึ่งเจตนารมณ์ในการก่อตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าขึ้น มิได้ต้องการให้เข้ามาแทนที่กรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมแต่อย่างใด แต่จัดตั้งขึ้นเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานของกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม ในลักษณะที่เป็นหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญและทรัพยากรเฉพาะด้าน แต่ไม่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ประกอบการ โดยมียุทธศาสตร์จำนวนเจ้าหน้าที่ราว 1,100 คน⁵

อย่างไรก็ดี ในด้านการกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายเท่ากันกับกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม แต่มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948 เป็นต้นมา องค์กรบังคับใช้กฎหมายทั้งสองได้ดำเนินการหารือกันเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ โดยมีการแบ่งหน้าที่ความรับผิดชอบในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามประเภทของกิจการอย่างไม่เป็นทางการ ซึ่งในอดีตนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะรับผิดชอบในการรวมธุรกิจของกิจการด้านเคมีภัณฑ์ กิจการท่อน้ำมันและก๊าซธรรมชาติ การจำหน่ายอาหาร โทรทัศน์ระบบเคเบิล ธุรกิจเกี่ยวกับยา ธุรกิจค้าปลีก และธุรกิจเกี่ยวกับสิ่งทอ⁶ โดยที่ในปี ค.ศ. 1993 กรมต่อต้านการผูกขาด และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ทำความตกลงระหว่างกัน โดยมีการกำหนดกระบวนการพิจารณาอย่างไม่เป็นทางการขึ้น เรียกว่า FTC/DOJ Clearance Procedures for Investigations เพื่อพิจารณาว่าหน่วยงานใดจะเป็นผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการได้ดำเนินการขออนุญาตมานั้น และภายหลังจากที่ได้กำหนดตัวผู้รับผิดชอบแล้ว ก็จะให้หน่วยงานนั้นเพียงหน่วยงานเดียวที่มีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าว

⁴ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.754.

⁵ The United States Office of Personnel Management, "Employment and Trends," [Online] Accessed: 30 December 2020. Available from: <https://www.opm.gov/policy-data-oversight/data-analysis-documentation/federal-employment-reports/employment-trends-data/2011/december/table-2/>.

⁶ Robert S. Schlossberg, *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, 2nd ed. (The United States of America: American Bar Association, 2004), pp.14 - 15.

ในเวลาต่อมาก็มีการปรับปรุงกระบวนการพิจารณาแบ่งความรับผิดชอบในการรวมธุรกิจขึ้นในปี ค.ศ. 1995 โดยที่กรมต่อต้านการผูกขาดและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าร่วมกันออกประกาศเรียกว่า Hart-Scott-Rodino Premerger Program Improvements ขึ้น โดยมีสาระสำคัญคือการให้คำมั่นของหน่วยงานทั้งสองว่าจะดำเนินการพิจารณาแบ่งความรับผิดชอบให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 9 วัน นับแต่วันที่ได้รับความรวมธุรกิจนั้นจากผู้ประกอบธุรกิจ⁷ ทั้งนี้จนกระทั่งในปัจจุบันก็ยังคงมีความพยายามในการทำให้กระบวนการพิจารณาขอเบตอำนาจในการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นมีความเป็นทางการมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดแยกประเภทของกิจการที่จะตกอยู่ภายใต้อำนาจในการกำกับดูแลของแต่ละหน่วยงานไว้โดยเฉพาะ แต่จนปัจจุบันก็ยังไม่สามารถดำเนินการได้สำเร็จ⁸ ดังนั้น การตัดสินใจว่าหน่วยงานใดที่จะเป็นผู้รับผิดชอบพิจารณาการรวมธุรกิจที่ยื่นขออนุญาตมาในปัจจุบันนั้น จึงยังคงเป็นการพิจารณารายกรณีไป โดยจะคำนึงถึงความชำนาญของแต่ละหน่วยงาน จำนวนเจ้าหน้าที่ ๆ สามารถรับผิดชอบงานนั้นได้ และเงื่อนไขอื่น ๆ⁹

4.1.2 การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย

นับตั้งแต่มีการตรากฎหมาย Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act ขึ้นในปี ค.ศ. 1976 กระบวนการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจในสหรัฐอเมริกาที่ถูกเพิ่มเติมให้มีขั้นตอนของการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายล่วงหน้าอีกขั้นตอนหนึ่งด้วย และในระหว่างที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายกำลังพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจเอาไว้ด้วย เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจนั้นเป็นการล่วงหน้า¹⁰

อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้กำหนดให้ธุรกรรมการรวมธุรกิจในทุกกรณีจะต้องมาดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากในแต่ละปีนั้นมีธุรกรรมการรวมธุรกิจเกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมาก ดังนั้น กฎหมายจึงมุ่งกำกับดูแลการรวมธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดแต่เพียงเท่านั้น ดังที่สภาคองเกรสของสหรัฐอเมริกาคาดหวังเอาไว้ในขณะร่างกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 1976 ว่าระบบการแจ้งการรวม

⁷ ABA Section of Antitrust Law, *FTC Practice and Procedure Manual* (The United States of America: American Bar Association, 2007), p.103.

⁸ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1478.

⁹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.749.

¹⁰ Malcolm R. Pfunder, "Premerger Notification After One Year: An FTC Staff Perspective," *Antitrust Law Journal* 48, 5 (1979): 1488.

ธุรกิจล่วงหน้านี้จะครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจขนาดใหญ่ประมาณ 150 ธุรกิจต่อปีเพียงเท่านั้น¹¹ แต่ปรากฏว่าในความเป็นจริงแล้วมีการรวมธุรกิจที่เข้าข่ายต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจเป็นจำนวนมาก ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1979 ที่ระบบดังกล่าวมีผลบังคับใช้ซึ่งมีจำนวนธุรกรรมการรวมธุรกิจที่แจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายถึง 868 ธุรกิจ และมีจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2000 ซึ่งมีการรวมธุรกิจที่แจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายจำนวนมากถึง 4,926 ธุรกิจ¹² อันประกอบไปด้วยธุรกรรมการรวมธุรกิจขนาดเล็กจำนวนมากที่ไม่มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดปัญหาภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดแต่อย่างใด¹³

ด้วยเหตุดังกล่าว องค์กรบังคับใช้กฎหมายจึงจำเป็นต้องปรับปรุงแนวทางการกำหนดเกณฑ์การรวมธุรกิจที่ต้องแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยเพิ่มขนาดของธุรกรรมการรวมธุรกิจที่ต้องแจ้งการรวมธุรกิจให้สูงขึ้นในปี ค.ศ. 2001 ทำให้จำนวนการรวมธุรกิจที่แจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายลดลงเหลือเพียง 1,187 ธุรกิจในปี ค.ศ. 2002¹⁴ และในปี ค.ศ. 2005 ก็ได้มีการปรับปรุงแนวทางการพิจารณาขนาดของการรวมธุรกิจที่ต้องแจ้งการรวมธุรกิจอีกครั้ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ขนาดของการรวมธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมาย Clayton Act นั้นสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจอยู่เสมอ จึงกำหนดให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องมีการปรับปรุงขนาดของการรวมธุรกิจเป็นประจำทุก ๆ ปี ตามมูลค่าของผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติของสหรัฐอเมริกาในแต่ละปี เพื่อมิให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องรับภาระจากกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็กซึ่งมีต้นทุนการดำเนินงานที่สูงและไม่คุ้มค่ากับประโยชน์ที่รัฐจะได้รับจากกระบวนการดังกล่าว รวมถึงเพื่อมิให้ผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็กต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากกระบวนการดังกล่าวด้วย¹⁵ ส่งผลให้นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2005 เป็นต้นมา มีจำนวนธุรกรรม

¹¹ James W. Mullenix, "The Premerger Notification Program at the Federal Trade Commission," *Antitrust Law Journal* 57, 1 (1988): 125.

¹² Anthony J. Greco, "An Update on the Premerger Notification Program in the United States," *Journal of Advanced Research in Law and Economics* 7, 8 (Winter 2016): 2002.

¹³ Malcolm R. Pfunder, "Premerger Notification After One Year: An FTC Staff Perspective," *Antitrust Law Journal*: 1490.

¹⁴ Anthony J. Greco, "An Update on the Premerger Notification Program in the United States," *Journal of Advanced Research in Law and Economics*: 2005.

¹⁵ Malcolm R. Pfunder, "Premerger Notification After One Year: An FTC Staff Perspective," *Antitrust Law Journal*: 1491.

การรวมธุรกิจที่แจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายค่อนข้างคงที่จนถึงปี ค.ศ. 2019 ที่มีจำนวนธุรกรรม การรวมธุรกิจที่แจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย 2,089 ธุรกรรม¹⁶

ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดอาจมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบ ดังกล่าวได้หรือไม่ กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้พิจารณาจากขนาดของการรวมธุรกิจเป็นสำคัญ ซึ่ง สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ¹⁷ กล่าวคือ

4.1.2.1 การพิจารณาขนาดของธุรกรรมรวมธุรกิจ

ในลำดับแรก องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะพิจารณาขนาด หรือมูลค่าของธุรกรรมรวมธุรกิจนั้น โดยที่มูลค่าของการรวมธุรกิจดังกล่าวจะถูกปรับเปลี่ยนไป ตามมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติของสหรัฐอเมริกาในแต่ละปี โดยที่ในปัจจุบัน (ค.ศ. 2021) จะใช้อัตราดังต่อไปนี้¹⁸

ก. กรณีที่มูลค่าของการรวมธุรกิจนั้นไม่เกินกว่า 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 2,900,000 ล้านบาท) ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยไม่ต้องแจ้งการ รวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

ข. กรณีที่มูลค่าของการรวมธุรกิจนั้นเกินกว่า 368 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 11,500,000 ล้านบาท) และเป็นการรวมธุรกิจที่ไม่ได้รับยกเว้นตามกฎหมาย ผู้ประกอบ ธุรกิจจะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของ สหรัฐอเมริกา และพักการดำเนินการรวมธุรกิจนั้นไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลารอดคอยตามที่กฎหมาย กำหนด

ค. กรณีที่มูลค่าของการรวมธุรกิจนั้นเกินกว่า 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่ไม่ เกิน 368 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เช่นนี้ จะต้องพิจารณาจากขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการ รวมธุรกิจนั้นต่อไป

¹⁶ Federal Trade Commission and Department of Justice, "Hart-Scott-Rodino Annual Report Fiscal Year 2019," [Online] Accessed: 11 April 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/reports/hart-scott-rodino-annual-report-fiscal-year-2019>.

¹⁷ Federal Trade Commission, "Steps for Determining Whether an HSR Filing is Required," [Online] Accessed: 10 April 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/steps-determining-whether-hsr-filing>.

¹⁸ Federal Trade Commission, "HSR threshold adjustments and reportability for 2021," [Online] Accessed: 10 April 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2021/02/hsr-threshold-adjustments-reportability-2021>.

ทั้งนี้ การพิจารณามูลค่าของการรวมธุรกิจข้างต้น คือการนำมูลค่าในปัจจุบันของสินทรัพย์หรือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในกิจการของผู้รวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจครอบครองอยู่ มารวมกับมูลค่าของสินทรัพย์หรือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในกิจการของผู้รวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจกำลังจะได้รับมาด้วยผลของการรวมธุรกิจนั้นด้วย¹⁹

4.1.2.2 การพิจารณาขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นมีมูลค่าเกินกว่า 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่ไม่เกิน 368 ล้านดอลลาร์สหรัฐดังที่กล่าวข้างต้นนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องประเมินขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ เพื่อตัดสินว่าจำเป็นต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือไม่ โดยที่ขนาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะประเมินจากมูลค่าของสินทรัพย์ทั้งหมดหรือยอดขายในปีที่ผ่านมาของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งรวมถึงสินทรัพย์หรือยอดขายของกิจการในเครือของผู้ประกอบธุรกิจด้วย²⁰

ในปัจจุบันนั้น การรวมธุรกิจที่มีมูลค่าดังกล่าวข้างต้น และผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมีสินทรัพย์หรือยอดขายในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 18.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งมีสินทรัพย์หรือยอดขายในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 184 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หากเป็นการรวมธุรกิจที่ไม่ได้รับยกเว้นตามกฎหมายแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา²¹

4.1.3 กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจ

ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจที่มีลักษณะดังที่กล่าวในข้อ 4.1.2 จะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาเพื่อขออนุญาตดำเนินการรวมธุรกิจนั้นก่อน (premerger notification) ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าเป็นกระบวนการที่ถูกกำหนดขึ้นจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Clayton Act โดยกฎหมาย Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act ในปี ค.ศ. 1976 ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถรวบรวม

¹⁹ FTC Premerger Notification Office, "To File or Not to File: When You Must File a Premerger Notification Report Form," [Online] Accessed: 11 April 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide2.pdf>, p.5.

²⁰ *ibid.*, p.13.

²¹ Federal Trade Commission, "HSR threshold adjustments and reportability for 2021," [Online] Accessed: 10 April 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2021/02/hsr-threshold-adjustments-reportability-2021>.

ข้อมูลและประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ก่อนที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะดำเนินการรวมธุรกิจจนเสร็จสิ้นได้²²

กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจเกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1969 โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน แต่ปรากฏว่ากระบวนการดังกล่าวยังขาดมาตรการที่สำคัญมาก คือ การกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบการดำเนินการรวมธุรกิจในระหว่างที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำลังพิจารณาและประเมินการรวมธุรกิจนั้น ทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันยังเป็นไปอย่างไม่เหมาะสมและไม่มีประสิทธิภาพ²³ ทั้งนี้ สาเหตุที่การกำหนดให้ผู้ประกอบการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายก่อนที่จะดำเนินการรวมธุรกิจให้เสร็จสมบูรณ์นั้นเป็นขั้นตอนที่สำคัญมาก เนื่องจากขั้นตอนดังกล่าวสามารถป้องกันมิให้เกิดปัญหาที่ซับซ้อนและยุ่งยากเป็นอย่างมากจากการมีคำสั่งให้ผู้ประกอบการต้องจำหน่ายสินทรัพย์ที่ได้รับมาจากการรวมธุรกิจ ภายหลังจากที่ผู้ประกอบการได้ดำเนินการรวมธุรกิจกันอย่างเสร็จสมบูรณ์แล้ว อันถือเป็นปัญหาที่ดำเนินมาอย่างยาวนาน²⁴

การแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น ผู้ประกอบการต้องนำส่งข้อมูลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจในแบบฟอร์มที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นผู้กำหนด เรียกว่า HSR Form ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการจะต้องแจ้งข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับการรวมธุรกิจนั้น โดยแบ่งออกเป็น 8 ส่วน ได้แก่

- (1) ข้อมูลของผู้ยื่นขออนุญาตรวมธุรกิจ และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ เป็นการระบุรายละเอียดของผู้ยื่นขออนุญาตรวมธุรกิจ และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ
- (2) ข้อมูลบริษัทแม่ของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจกัน เป็นการระบุข้อมูลของบริษัทแม่ของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจกัน เช่น มูลค่าหุ้น มูลค่าการรวมธุรกิจ
- (3) ข้อมูลรายละเอียดการรวมธุรกิจ เป็นการให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่จะทำการรวมธุรกิจ

²² Judith K. Braun, "Premerger Notification in the US," *International Business Lawyer* 21, 5 (May 1993): 221.

²³ Anthony J. Greco, "An Update on the Premerger Notification Program in the United States," *Journal of Advanced Research in Law and Economics*: 1995.

²⁴ Malcolm R. Pfunder, "Premerger Notification After One Year: An FTC Staff Perspective," *Antitrust Law Journal*: 1488.

(4) เอกสารหลักฐานต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิจารณา เป็นส่วนของการระบุหรือแนบ ข้อมูล เอกสาร และหลักฐานต่าง ๆ ประกอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเอกสารที่แสดงให้เห็นถึงธุรกรรมที่มีความเกี่ยวข้องในด้านการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจหรือการแข่งขันในตลาด การเข้าสู่ตลาด หรือประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด เพื่อให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายทำการพิจารณาอนุญาตรวมธุรกิจ

(5) ข้อมูลรายได้ของผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน เป็นการระบุข้อมูลรายได้ต่าง ๆ ของผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจกัน

(6) ข้อมูลของบริษัทลูกและผู้ถือหุ้นในบริษัทของผู้ยื่นขออนุญาตรวมธุรกิจ

(7) ข้อมูลผลประโยชน์ที่ได้รับจากการรวมธุรกิจ เป็นการระบุรายละเอียดของผู้ได้รับผลประโยชน์จากผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นฝ่ายเข้าซื้อกิจการ รวมถึงตลาดทางภูมิศาสตร์ โดยอาจจะใช้ข้อมูลอ้างอิงกับรหัส 6 หลักในระบบการแบ่งประเภทอุตสาหกรรมในอเมริกาเหนือ (North American Industry Classification System: NAICS) สำหรับอุตสาหกรรมการผลิต และรหัส 10 หลักในระบบการจำแนกผลิตภัณฑ์ในอเมริกาเหนือ (North American Product Classification System: NAPCS) สำหรับที่ไม่ใช่อุตสาหกรรมการผลิต

(8) ข้อมูลการรวมธุรกิจครั้งก่อนของผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นฝ่ายเข้าซื้อกิจการ

ทั้งนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายมิได้กำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องดำเนินการวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับขอบเขตตลาด ความใกล้ชิดในแง่ของการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ความยากง่ายในการเข้าสู่ตลาด หรือประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการแข่งขันในตลาดกับการรวมธุรกิจนั้นแต่อย่างใด²⁵ พร้อมกับเสียค่าธรรมเนียมในการพิจารณาการรวมธุรกิจซึ่งขึ้นอยู่กับขนาดของธุรกรรมดังกล่าว และเป็นค่าธรรมเนียมที่จะปรับปรุงไปในแต่ละปีตามมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ โดยอัตราค่าธรรมเนียมที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความประสงค์จะดำเนินการรวมธุรกิจที่อยู่ในขอบข่ายต้องแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องชำระในปี ค.ศ. 2021 นั้น ได้แก่²⁶

²⁵ Michael G. Egge and Jason D. Cruise, "Practical guide to the U.S. merger review process," *Competition Law Journal*, 1 (2014): 3.

²⁶ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1479; Federal Trade Commission, "HSR threshold adjustments and reportability for 2021," [Online] Accessed: 10 April 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2021/02/hsr-threshold-adjustments-reportability-2021>.

(1) ค่าธรรมเนียม 45,000 เหรียญสหรัฐ (ประมาณ 1,400,000 บาท) สำหรับการรวมธุรกิจที่มีมูลค่าเกินกว่า 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่ไม่ต่ำกว่า 184 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

(2) ค่าธรรมเนียม 125,000 เหรียญสหรัฐ (ประมาณ 3,900,000 บาท) สำหรับการรวมธุรกิจที่มีมูลค่าตั้งแต่ 184 ล้านดอลลาร์สหรัฐขึ้นไป แต่ไม่ต่ำกว่า 919.9 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

(3) ค่าธรรมเนียม 280,000 เหรียญสหรัฐ (ประมาณ 8,800,000 บาท) สำหรับการรวมธุรกิจที่มีมูลค่าตั้งแต่ 919.9 ล้านดอลลาร์ขึ้นไป

ภายหลังจากที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจโดยการยื่นแบบฟอร์มที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายกำหนด พร้อมกับชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าวข้างต้นแล้ว องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะดำเนินการพิจารณาตามขั้นตอนที่กำหนดซึ่งอาจแบ่งออกไปได้เป็น 2 ช่วงใหญ่ ๆ ได้แก่

4.1.3.1 การพิจารณาในขั้นต้น

เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจได้ดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับการรวมธุรกิจนั้นเป็นระยะเวลา 30 วัน (initial waiting period) ซึ่งเป็นระยะเวลาระหว่างที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะดำเนินการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจแจ้งมานั้นในขั้นต้น²⁷ อันถือได้ว่าเป็นกระบวนการสำคัญที่เป็นหัวใจหลักในการทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมาย Clayton Act ที่ถูกแก้ไขโดย Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act ประสบความสำเร็จและดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะนอกจากกระบวนการนี้จะทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถตรวจสอบข้อมูลเพื่อประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจนั้น ก่อนที่การรวมธุรกิจดังกล่าวจะเกิดขึ้นจริงได้แล้ว การมีกำหนดระยะเวลา 30 วันยังเป็นการกระตุ้นให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องดำเนินการต่าง ๆ อย่างรวดเร็ว ขณะที่ผู้ประกอบการก็มีแรงจูงใจที่จะนำเสนอข้อมูลอย่างครบถ้วน เพื่อให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถดำเนินการตรวจสอบได้เสร็จรวดเร็วมายิ่งขึ้นด้วย²⁸

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินการรวมธุรกิจนั้นสามารถยื่นคำขอต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายให้ยุติระยะเวลารอคอยก่อนจะครบระยะเวลา 30 วันนั้นก็ได้ ซึ่งองค์กรบังคับ

²⁷ Lisl Dunlop and Shoshana Speiser, "Merger control in the United States: overview," [Online] Accessed: 13 April 2020. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a427200](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a427200).

²⁸ William J. Kolasky Jr. and James W. Lowe, "The Merger Review Process at the Federal Trade Commission: Administrative Efficiency and the Rule of Law," *Administrative Law Review* 49, 4 (1997): 897 - 898.

ใช้กฎหมายทั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม จะร่วมกันพิจารณาว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายทั้งสององค์กรมีแนวโน้มจะดำเนินการตามกฎหมายต่อการรวมธุรกิจนั้นหรือไม่ ถ้าพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีแนวโน้มที่จะถูกดำเนินการตามกฎหมายจากองค์กรใด ๆ แล้ว ก็อาจพิจารณาให้ยุติระยะเวลารอคอยก่อนจะครบระยะเวลา 30 วันดังกล่าว และให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการระบวนการรวมธุรกิจต่อจนสำเร็จได้²⁹ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วองค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะมีคำสั่งให้ยุติระยะเวลารอคอยดังกล่าวก่อนครบระยะเวลา 30 วันตามคำขอของผู้ประกอบธุรกิจ โดยจากสถิติตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001 ถึง ค.ศ. 2015 พบว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายอนุญาตตามคำขอยุติระยะเวลารอคอยก่อนครบ 30 วันดังกล่าวมากกว่า 80% ของจำนวนคำขอทั้งหมดจากผู้ประกอบธุรกิจ³⁰

ทั้งนี้ โดยปกติแล้วข้อมูลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจแจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะถูกปกปิดเป็นความลับ แต่หากผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขอให้ยุติระยะเวลารอคอยล่วงหน้า แล้วองค์กรบังคับใช้กฎหมายมีคำสั่งให้ยุติระยะเวลารอคอยดังกล่าวตามคำขอของผู้ประกอบธุรกิจ ข้อมูลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจจะถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะทางเว็บไซต์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ทำให้บางกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องการปกปิดการดำเนินการรวมธุรกิจของตนให้เป็นความลับ จะไม่ยื่นคำขอดังกล่าวต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย³¹

ในการพิจารณาขั้นต้นระหว่างระยะเวลา 30 วันนี้ โดยปกติองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะทำการตรวจสอบโดยการพิจารณาตลาดสินค้าหรือบริการ การสัมภาษณ์ผู้ประกอบธุรกิจหรือบุคคลที่สามที่อาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจ และอาจมีการขอให้ผู้ประกอบธุรกิจส่งข้อมูลเพิ่มเติมโดยสมัครใจ เพื่อนำมาใช้ประกอบการประเมินตามปัจจัยต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจฉบับต่าง ๆ ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดหรือไม่ โดยที่การร่วมกันประกาศแนวปฏิบัติดังกล่าวข้างต้นโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด

²⁹ Federal Trade Commission, "About Early Termination Notices," [Online] Accessed: 13 April 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/early-termination-notices/about-early-termination-notices>.

³⁰ Anthony J. Greco, "An Update on the Premerger Notification Program in the United States," *Journal of Advanced Research in Law and Economics*: 2003.

³¹ Michael G. Egge and Jason D. Cruise, "Practical guide to the U.S. merger review process," *Competition Law Journal*: 3.

ทั้งสององค์กรนั้น ถือได้ว่าเป็นนวัตกรรมที่เป็นหัวใจสำคัญประการที่สองที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสบความสำเร็จเป็นอย่างดี³²

ข้อมูลดังกล่าวที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะต้องการเพิ่มเติมจากผู้ประกอบธุรกิจ ได้แก่รายชื่อคู่ค้าของผู้ประกอบธุรกิจ แผนกลยุทธ์ทางธุรกิจ รายงานอุตสาหกรรม และข้อมูลทางการเงิน หรือผู้ประกอบธุรกิจอาจส่งข้อมูลให้กับองค์กรบังคับใช้กฎหมายด้วยความสมัครใจของตนเองโดยไม่มีคำร้องขอจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายก็ได้ เพื่อช่วยให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถสรุปผลการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจได้ภายในระยะเวลา 30 วันดังกล่าว หรือผู้ประกอบธุรกิจสามารถขอเข้านำเสนอประเด็นเกี่ยวกับการผูกขาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจของตนเองได้ ซึ่งในการนำเสนอดังกล่าวอาจมีการเชิญนักเศรษฐศาสตร์เข้ามานำเสนอข้อมูลทางด้านเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นด้วยก็ได้ เพื่อจูงใจให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเชื่อว่าการรวมธุรกิจของตนไม่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด³³ จากนั้นองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้³⁴

ก. มีคำสั่งให้ยุติระยะเวลารอคอย 30 วันดังกล่าว แล้วให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้

ข. ปลดปล่อยระยะเวลารอคอย 30 วันนั้นสิ้นสุดไป อันเป็นการอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้โดยปริยาย

ค. หากปรากฏว่าการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะดำเนินการสอบสวนเชิงลึกเพิ่มเติมต่อไป

อย่างไรก็ดี หากองค์กรบังคับใช้กฎหมายพบแนวโน้มว่าการรวมธุรกิจจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดแล้ว โดยปกติองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะแจ้งไปยังผู้ประกอบธุรกิจก่อนที่ระยะเวลารอคอยนั้นจะสิ้นสุด เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจถอนการแจ้งการรวมธุรกิจนั้น และดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจใหม่อีกครั้งหนึ่งภายใน 2 วัน โดยไม่จำเป็นต้องเสียค่าธรรมเนียมอีกครั้งหนึ่ง อันทำให้ระยะเวลารอคอยถูกขยายต่อไปอีก 30 วัน และให้โอกาสผู้ประกอบธุรกิจเข้าชี้แจงต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นได้ ทำให้การพิจารณาการรวมธุรกิจโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะ

³² William J. Kolasky Jr. and James W. Lowe, "The Merger Review Process at the Federal Trade Commission: Administrative Efficiency and the Rule of Law," *Administrative Law Review*: 898.

³³ Michael G. Egge and Jason D. Cruise, "Practical guide to the U.S. merger review process," *Competition Law Journal*: 3.

³⁴ Federal Trade Commission, "Merger Review," [Online] Accessed: 13 April 2020. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/merger-review>.

สิ้นสุดตั้งแต่การพิจารณาในขั้นต้น โดยไม่จำเป็นต้องเรียกข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อเข้าสู่การพิจารณาในช่วงที่ 2 (Second Request) แต่อย่างไร³⁵ ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถถอนการแจ้งการรวมธุรกิจและแจ้งการรวมธุรกิจใหม่อีกครั้งเป็นจำนวนกี่ครั้งก็ได้ เพียงแต่ผู้ประกอบธุรกิจจะได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมได้ครั้งเดียวเท่านั้น³⁶

4.1.3.2 การพิจารณาในช่วงที่ 2

ในกรณีที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายพิจารณาแล้วเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะดำเนินการเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจนำส่งข้อมูลเพิ่มเติม ซึ่งข้อมูลที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะร้องขอในการพิจารณาช่วงที่ 2 นี้จะเป็นข้อมูลเชิงลึกเกี่ยวกับการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อนำไปประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นอย่างละเอียดมากขึ้น โดยอาจประกอบไปด้วยการสอบถามข้อมูลและให้มีการนำส่งข้อมูลเพิ่มเติมจากบุคคลใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น อันได้แก่ ข้อมูลเกี่ยวกับตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง สถานที่ประกอบธุรกิจ เอกสารเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ แผนการประกอบธุรกิจ กลยุทธ์ระยะสั้นและระยะยาว ข้อมูลเกี่ยวกับการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ เช่น ส่วนแบ่งตลาด เงื่อนไขเกี่ยวกับอุปสงค์หรืออุปทาน เป็นต้น นอกจากนี้ผู้ประกอบธุรกิจยังควรแสดงข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่เป็นผู้กำหนดกลยุทธ์การประกอบธุรกิจ ฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่มีข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจทั้งหมด ข้อมูลทางการเงิน เป็นต้น³⁷ เพื่อให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายนำข้อมูลต่าง ๆ ไปประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดมากน้อยเพียงไรได้โดยละเอียด

ด้วยความต้องการข้อมูลที่ละเอียดและลึกดังกล่าวนั้น ทำให้การรวบรวมการทบทวนข้อมูลภายในของผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับตลาดตามคำร้องขอจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายซึ่งมีจำนวนมากนั้น อาจต้องใช้เวลาหลายเดือนและอาจใช้ค่าใช้จ่ายสูงมาก โดยที่บางกรณีอาจต้องใช้ค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมหลายล้านเหรียญสหรัฐในการรวบรวมข้อมูลให้แก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายในการพิจารณาช่วงที่ 2 ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมักจะเข้าปรึกษากับองค์กรบังคับใช้

³⁵ Robert S. Schlossberg, *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, p.28.

³⁶ Michael G. Egge and Jason D. Cruise, "Practical guide to the U.S. merger review process," *Competition Law Journal*: 3.

³⁷ Federal Trade Commission, "Model Request for Additional Information and Documentary Material (Second Request)," [Online] Accessed: 13 April 2020. Available from: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/merger-review/may2019_model_second_request_final.pdf.

กฎหมายเพื่อพยายามจำกัดขอบเขตข้อมูลที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องการให้มากที่สุด ก่อนที่จะเริ่มรวบรวมข้อมูลดังกล่าว³⁸

ทั้งนี้ กรอบระยะเวลาในการพิจารณาการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายในการพิจารณาช่วงนี้ 2 นี้จะหยุดลง จนกว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจได้ดำเนินการให้ข้อมูลข้างต้นตามคำร้องขององค์กรบังคับใช้กฎหมายทั้งหมดเรียบร้อยแล้ว จึงจะเริ่มนับระยะเวลารอคอยต่อไปอีก 30 วันนับแต่วันดังกล่าว ซึ่งท้ายที่สุดแล้วองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาว่าควรให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ หรือจะดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้³⁹

อย่างไรก็ดี โดยปกติแล้วการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะสิ้นสุดตั้งแต่การพิจารณาในขั้นต้น ซึ่งจากสถิติตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001 ถึง ค.ศ. 2015 นั้น พบว่ามีธุรกรรมการรวมธุรกิจจำนวนเพียง 3% ของจำนวนการรวมธุรกิจทั้งหมดที่แจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะเรียกให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำส่งข้อมูลเชิงลึกเพิ่มเติมเพื่อดำเนินการพิจารณาในช่วงที่ 2⁴⁰

4.1.4 คำตัดสินขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย

ภายหลังจากการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการได้แจ้งมายังองค์กรบังคับใช้กฎหมายตามปัจจัยต่าง ๆ ภายใต้แนวปฏิบัติฉบับที่เกี่ยวข้องซึ่งร่วมกันประกาศโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายทั้งสององค์กรเป็นที่เรียบร้อยแล้วนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจมีคำตัดสินออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

4.1.4.1 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายพิจารณาคำขอรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจตามแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจที่เกี่ยวข้องแล้วเห็นว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นไม่มีแนวโน้มที่จะทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมีนัยสำคัญ องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจมีคำสั่งให้ยุติระยะเวลารอคอย 30 วันข้างต้น เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ หรือ

³⁸ Michael G. Egge and Jason D. Cruise, "Practical guide to the U.S. merger review process," *Competition Law Journal*: 4.

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ Anthony J. Greco, "An Update on the Premerger Notification Program in the United States," *Journal of Advanced Research in Law and Economics*: 2003.

อาจใช้วิธีการปล่อยให้ระยะเวลารอดอยดังกล่าวสิ้นสุด ซึ่งหมายความว่าผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยปริยายก็ได้

4.1.4.2 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายพิจารณาคำขอรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจตามแนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจที่เกี่ยวข้องแล้วเห็นว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน อันมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้ เช่นนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจแจ้งไปยังผู้ประกอบธุรกิจให้ทราบก่อนว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะถูกดำเนินคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจดังกล่าวได้ ซึ่งในระหว่างนี้ ผู้ประกอบธุรกิจอาจเข้าทำการเจรจากับองค์กรบังคับใช้กฎหมาย เพื่อเสนอเงื่อนไขเพื่อชดเชยหรือเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ เช่น การเสนอว่าจะจำหน่ายสินทรัพย์หรือกิจการบางส่วนออกไป หรือการเสนอว่าจะผู้ประกอบธุรกิจจะไม่มีพฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งหรือหลายพฤติกรรมภายหลังการรวมธุรกิจ เพื่อตอบสนองต่อข้อกังวลขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งกระบวนการเจรจาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับองค์กรบังคับใช้กฎหมายในขั้นตอนนี้อาจใช้ระยะเวลายาวนานหลายเดือน⁴¹

ข้อสังเกตคือ กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกามีความยืดหยุ่นพอสมควร กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจอาจเสนอการเจรจาเพื่อชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ตลอดเวลาในทุกขั้นตอน แต่โดยปกติแล้วผู้ประกอบธุรกิจมักจะไม่เสนอเงื่อนไขใด ๆ จนกว่าจะมีความชัดเจนแล้วว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะดำเนินคดีต่อการรวมธุรกิจนั้น⁴²

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมิได้ดำเนินการเสนอเงื่อนไขใด ๆ เพื่อเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ หรือองค์กรบังคับใช้กฎหมายพิจารณาข้อเสนอของผู้ประกอบธุรกิจนั้นแล้วพบว่าไม่เพียงพอที่จะชดเชยผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องดำเนินการร้องขอต่อศาลชั้นต้น ให้ศาลมีคำสั่งห้ามการรวมธุรกิจในชั้นต้น⁴³ โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีภาระการพิสูจน์ต่อศาลว่า

⁴¹ Michael G. Egge and Jason D. Cruise, "Practical guide to the U.S. merger review process," *Competition Law Journal*: 4.

⁴² *ibid.*

⁴³ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1495.

- ก. การรวมธุรกิจดังกล่าวมีลักษณะขัดต่อกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ
- ข. การออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจนั้น จะทำให้เกิดผลดีมากกว่าผลเสีย

หากองค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถพิสูจน์ตามเงื่อนไขดังกล่าวของศาลชั้นต้นได้ ศาลชั้นต้นก็จะมีคำสั่งห้ามการรวมธุรกิจในชั้นต้น และดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปเพื่อให้ศาลมีคำสั่งห้ามการรวมธุรกิจเป็นการถาวร ซึ่งอาจใช้ระยะเวลาตั้งแต่ 6 - 12 เดือน⁴⁴

ทั้งนี้ จากสถิติการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ระหว่างปี ค.ศ. 2001 ถึง ค.ศ. 2015 พบว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายมีแนวโน้มที่จะดำเนินคดีกับการรวมธุรกิจที่ถูกพิจารณาในช่วงที่ 2 สูงมาก โดยที่กว่าครึ่งหนึ่งของการรวมธุรกิจที่ถูกพิจารณาเพิ่มเติมในช่วงที่ 2 นั้น ถูกองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดฟ้องเป็นคดีต่อศาลชั้นต้นเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้น⁴⁵

4.1.5 มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย

มาตรการบังคับใช้กฎหมายภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาประการแรก คือ ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย และหยุดดำเนินการรวมธุรกิจภายใต้ระยะเวลารอคอยตามที่กฎหมายกำหนด หากการรวมธุรกิจนั้นมีขนาดของการรวมธุรกิจ หรือขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ข้างต้น หากผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนกระบวนการดังกล่าว องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจปรับผู้ประกอบธุรกิจเป็นเงินจำนวนวันละ 43,792 เหรียญสหรัฐ (ประมาณ 1,365,000 บาท) ตลอดระยะเวลาที่มีการฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งจำนวนเงินดังกล่าวจะถูกปรับประจำปีตามอัตราเงินเฟ้อของสหรัฐอเมริกา⁴⁶

⁴⁴ Lisl Dunlop and Shoshana Speiser, "Merger control in the United States: overview," [Online] Accessed: 13 April 2020. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a427200](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a427200).

⁴⁵ Anthony J. Greco, "An Update on the Premerger Notification Program in the United States," *Journal of Advanced Research in Law and Economics*: 2007 - 2008.

⁴⁶ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1479; Peter Mucchetti *et al.*, "Merger control in the United States: overview," [Online] Accessed: 16 April 2021. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a455828](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a455828).

ทั้งนี้ นอกเหนือไปจากการสั่งปรับในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจโดยฝ่าฝืนกระบวนการตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ประการถัดมา ในกรณีที่การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือศาลของสหรัฐอเมริกาอาจมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการมาตรการเยียวยาผลกระทบที่เกิดจากการรวมธุรกิจอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ ซึ่งมาตรการเยียวยาดังกล่าวนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง (structural remedies) และมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม (conduct remedies) โดยที่กรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมได้ประกาศแนวนโยบายในการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจขึ้นและมีการปรับปรุงเรื่อยมา เพื่อเป็นแนวทางแก่เจ้าหน้าที่ขององค์กรบังคับใช้กฎหมายและผู้ประกอบธุรกิจว่ามาตรการที่อาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องกระทำเพื่อเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นประกอบไปด้วยมาตรการใดบ้าง⁴⁷

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรการเยียวยาที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายกำหนด ผู้ประกอบธุรกิจอาจถูกปรับเป็นเงินจำนวนวันละ 23,266 เหรียญสหรัฐ (ประมาณ 725,000 บาท) จนกว่าผู้ประกอบธุรกิจจะดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายกำหนด เช่น ในกรณีการรวมธุรกิจของบริษัท Schnuck Markets กับบริษัท National Holdings⁴⁸ ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกสินค้าอุปโภคบริโภค โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดให้บริษัท Schnuck Markets ซึ่งเป็นฝ่ายผู้ซื้อกิจการ ต้องทำการจำหน่ายร้านค้าสินค้าบางส่วนของตนจำนวน 6 แห่ง และร้านค้าสินค้าที่ได้รับมาจากบริษัท National Holdings อีก 18 แห่ง ตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนด ภายในระยะเวลา 12 เดือนนับจากวันที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำสั่ง เพื่อรักษาระดับการแข่งขันในตลาดร้านค้าปลีกสินค้าอุปโภคบริโภคในพื้นที่ดังกล่าวไว้ แต่ปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจกลับเพิกเฉยไม่ดำเนินการจำหน่ายร้านค้าสินค้าภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนด ศาลจึงมีคำสั่งปรับผู้ประกอบธุรกิจเป็นเงินจำนวนกว่า 3 ล้านเหรียญสหรัฐ⁴⁹

4.1.5.1 มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง

มาตรการที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายและศาลมักจะกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการเป็นหลัก จะมีลักษณะเป็นมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง อันได้แก่ การจำหน่าย

⁴⁷ U.S. Department of Justice, "Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies," June 2011, pp.1 - 2.

⁴⁸ Federal Trade Commission v. Schnuck Markets, Inc., Docket Number: C-3585.

⁴⁹ George S. Cary and Marian R. Bruno, "Merger Remedies," *Administrative Law Review* 49, 4 (Fall 1997): 886.

สินทรัพย์ทั้งหมดที่ได้รับมาจากการรวมธุรกิจโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น หรือในบางกรณี ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นทำการจำหน่ายสินทรัพย์เพียงบางส่วนแก่คู่แข่งในตลาดนั้นก็ได้ (divestiture) หากศาลเห็นว่าลำพังการจำหน่ายสินทรัพย์ดังกล่าวก็เพียงพอแก่การเยียวยาผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดนั้นได้แล้ว⁵⁰

การกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างด้วยการให้ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนที่ได้รับมาจากการรวมธุรกิจนั้น เป็นแนวทางที่ศาลของสหรัฐอเมริกาใช้มาอย่างยาวนาน และเป็นตัวอย่างให้แก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายนำไปปรับใช้ในเวลาต่อมา โดยที่ศาลในคดี *Dupont*⁵¹ ได้ระบุไว้ในคำพิพากษาว่า “การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายสินทรัพย์จากการรวมธุรกิจนั้น เป็นมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่สำคัญที่สุด เนื่องจากเป็นมาตรการที่เรียบง่ายแต่มีความแน่นอนสูง และยังสามารถตรวจสอบได้ง่าย” ด้วยแนวทางในคำพิพากษาคดีดังกล่าว ทำให้เมื่อปรากฏการรวมธุรกิจที่มีแนวโน้มว่าจะไม่ผ่านการพิจารณาหรือถูกปฏิเสธจากองค์กรบังคับใช้กฎหมาย องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายสินทรัพย์บางส่วนที่มีความทับซ้อนกันระหว่างกิจการที่รวมกัน ซึ่งอาจเป็นการจำหน่ายแผนกหนึ่งในกิจการ ตราสินค้ายี่ห้อหนึ่ง หรือช่องทางการจัดจำหน่ายออกไปให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นก็ได้⁵²

ทั้งนี้ จากการศึกษาอัตราการประสบความสำเร็จในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาในอดีต พบว่า มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการนั้นไม่ได้ประสบความสำเร็จเสมอไป กล่าวคือ ภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการจำหน่ายสินทรัพย์บางส่วนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่ได้รับอนุมัติจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายแล้ว ปรากฏว่ามีผู้ประกอบธุรกิจจำนวนเพียง 76% ของผู้ประกอบธุรกิจทั้งหมดที่ได้รับสินทรัพย์เหล่านั้นมา ที่สามารถดำเนินการกิจการที่ได้รับมาต่อไปในตลาดได้ จึงทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาต้องพัฒนารูปแบบและแนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างนี้เรื่อยมา

จนกระทั่งในปัจจุบันนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายพบว่าการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายหน่วยธุรกิจหน่วยหนึ่งทั้งหมดที่ครอบคลุมตั้งแต่การบริหาร ความสัมพันธ์

⁵⁰ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, pp.1496 - 1497.

⁵¹ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 366 U.S. 316 (1961)

⁵² John Kwoka, *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy* (Massachusetts: The MIT Press, 2015), p.128.

กับผู้จัดหาสินค้าและลูกค้าในธุรกิจนั้น ซึ่งจะมีอัตราประสบความสำเร็จมากกว่าการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายสินทรัพย์บางชนิดเท่านั้น ดังที่ปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับหน่วยธุรกิจทั้งหมดไปราว 90% สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้อย่างยั่งยืน ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับสินทรัพย์บางอย่างไปแล้วดำเนินกิจการนั้นต่อไปได้มีจำนวนเพียง 60% เท่านั้น ทำให้ในกรณีที่ต้องมีการกำหนดมาตรการเยียวยาให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายทั้งหน่วยธุรกิจที่มีความทับซ้อนกันกับกิจการที่ได้รับมาจากการรวมธุรกิจนั้นออกไป มากกว่าที่จะให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายเพียงแค่สินทรัพย์บางประการเท่านั้น⁵³

ภายใต้แนวนโยบายในการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ประกาศโดยกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมนั้น แนวทางในการจำหน่ายสินทรัพย์ที่ได้รับจากการรวมธุรกิจอันเป็นการเยียวยาเชิงโครงสร้างนั้น อาจเกิดขึ้นได้ใน 3 รูปแบบ ได้แก่

ก. การจำหน่ายสินทรัพย์ทั้งหมดที่จำเป็นแก่ผู้ซื้อที่มีศักยภาพในการเป็นคู่แข่งได้ในระยะยาว ซึ่งการที่ผู้ซื้อสินทรัพย์นั้นจะต้องสามารถรักษาระดับการแข่งขันไว้ได้เช่นเดิมหรือทำให้การแข่งขันในตลาดกลับมาเหมือนเดิมก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจนั้น ถือได้ว่าเป็นเป้าหมายของมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างนี้ โดยที่สินทรัพย์ที่จำเป็นนั้นหมายความรวมถึงทั้งสินทรัพย์ที่จับต้องได้ และสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้ อันได้แก่ สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า หรือแม้กระทั่งสิทธิในการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกบางอย่าง เช่น สิทธิในการใช้ประตูทางออกขึ้นเครื่องบิน หรือสิทธิในการใช้หลุมจอดอากาศยาน เป็นต้น โดยที่สินทรัพย์เหล่านี้จะต้องถูกจำหน่ายให้กับผู้ซื้อที่มีศักยภาพในการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นด้วย อีกทั้งการจำหน่ายสินทรัพย์เหล่านั้นออกไปจะต้องทำให้ผู้ซื้อสินทรัพย์นั้นไปสามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้ และสามารถรักษาระดับการแข่งขันไว้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่มีแนวโน้มที่ผู้ซื้อสินทรัพย์นั้นจะเลิกกิจการนั้น

ข. การจำหน่ายหน่วยธุรกิจหนึ่ง ซึ่งมักจะถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้การจำหน่ายสินทรัพย์ที่จำเป็นข้างต้นนั้นบรรลุเป้าหมายที่ผู้ซื้อสินทรัพย์นั้นไปจะสามารถนำสินทรัพย์ดังกล่าวไปประกอบธุรกิจต่อไปได้ ดังที่กล่าวข้างต้นแล้วว่า จากการศึกษาขององค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา นั้น การจำหน่ายสินทรัพย์เพียงอย่างเดียวนั้นมีโอกาสสูงที่ผู้ซื้อจะไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ซื้อได้รับหน่วยธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์นั้นไปด้วย เนื่องจากหน่วยธุรกิจนั้นครอบคลุมทั้งสินทรัพย์ที่จับต้องได้ที่ใช้ในการดำเนินกิจการ และข้อมูลต่าง ๆ ที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจต่อไป เช่น รายชื่อลูกค้า ระบบสารสนเทศ สินทรัพย์ที่จับต้อง

⁵³ ibid., pp.128 - 129.

ไม่ได้ และระบบพื้นฐานในการบริหาร ซึ่งล้วนทำให้ผู้ซื้อหน่วยธุรกิจนั้นสามารถทำการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

ตัวอย่างเช่น การจำหน่ายสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจสายการบินที่ทำการรวมธุรกิจกัน ได้แก่ การรวมธุรกิจระหว่างสายการบิน Delta กับสายการบิน Northwest การรวมธุรกิจระหว่างสายการบิน United กับสายการบิน Continental การรวมธุรกิจระหว่างสายการบิน Southwest กับสายการบิน AirTran และการรวมธุรกิจระหว่างสายการบิน US Airways กับสายการบิน American ซึ่งปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าร่วมกันนั้นมีสิทธิในเส้นทางการบินที่ทับซ้อนกันบางส่วน อันอาจทำให้การแข่งขันในเส้นทางการบินดังกล่าวนั้นลดลงจนนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของค่าโดยสารในเส้นทางเหล่านั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายสิทธิในการให้บริการในเส้นทางดังกล่าวแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ยังไม่มีการให้บริการในเส้นทางเหล่านั้น และเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่สามารถเข้ามาแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายยังได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต้องจำหน่ายสิทธิในการใช้หลุมจอดอากาศยาน ทางออกขึ้นเครื่องบิน และพื้นที่ภายในท่าอากาศยานบางส่วนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่รับซื้อสิทธิในการให้บริการการบินในเส้นทางข้างต้นด้วย เพื่อให้ผู้ซื้อสินทรัพย์นั้นไปสามารถประกอบธุรกิจได้ต่อไป มิฉะนั้นแล้ว การได้มาเฉพาะเพียงสิทธิในการให้บริการในเส้นทางการบินเหล่านั้นย่อมไม่สามารถทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเข้ามาให้บริการได้จริง⁵⁴

ค. การจำหน่ายสิทธิในสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้ที่มีความสำคัญ กล่าวคือ ในกรณีที่สินทรัพย์ที่มีความสำคัญต่อการแข่งขันในตลาดนั้นเป็นสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจนั้นจำหน่ายสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้เหล่านั้นออกไป เพื่อบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ โดยที่สินทรัพย์ดังกล่าวอาจได้แก่สิทธิบัตรในการผลิตสินค้าบางอย่าง เป็นต้น

ทั้งนี้ ในการจำหน่ายสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้ออกไปในบางกรณีนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในลักษณะที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจอันเป็นเจ้าของสินทรัพย์อยู่ก่อนนั้นจะไม่สามารถใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์เหล่านั้นได้อีกต่อไป เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ซื้อสินทรัพย์ดังกล่าวไปสามารถใช้งานสินทรัพย์นั้นได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ และสามารถผลิตสินค้าหรือบริการที่มีความแตกต่างออกมาแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้

⁵⁴ John Kwoka, "Merger Remedies: An Incentives/Constraints Framework," *The Antitrust Bulletin* 62, 2 (2017):

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีนั้นองค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถจำหน่ายสินทรัพย์ที่ไม่สามารถจับต้องนั้นได้ ในลักษณะที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของสินทรัพย์เดิมยังคงใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์นั้นต่อไปได้ หากปรากฏว่าการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์นั้นมีความจำเป็นที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจที่สามารถอธิบายได้ และการยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ที่ไม่สามารถจับต้องได้นั้น เพียงพอที่จะรักษาระดับการแข่งขันในตลาดไว้ได้แล้ว

4.1.5.2 มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม

นอกเหนือไปจากมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างแล้ว องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการบางอย่างเพื่อฟื้นฟูการแข่งขันในตลาดที่ลดลงจากการรวมธุรกิจนั้นได้ เช่น การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรืออุปกรณ์สิ่งอำนวยความสะดวกบางอย่างของตนได้ เป็นต้น⁵⁵ โดยที่แนวนโยบายในการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ประกาศโดยกรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมในอดีตนั้น ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่นิยมที่จะกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมแก่ผู้ประกอบธุรกิจ แตกต่างจากแนวนโยบายในปัจจุบันที่กำหนดไว้เพียงว่ามาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างนั้นมักจะเพียงพอต่อการชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแล้ว แต่ในบางสถานการณ์ องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมแก่ผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้นอาจมีความเหมาะสมกับสถานการณ์นั้น ๆ มากที่สุด ซึ่งภายใต้แนวนโยบายดังกล่าว สถานการณ์ที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะทำการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมแทนที่จะใช้มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง ได้แก่ กรณีของการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง และการรวมธุรกิจที่ประสิทธิภาพจำนวนมากที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นจะถูกขัดขวางเพราะการจำหน่ายสินทรัพย์⁵⁶

ประเด็นที่น่ากังวลเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาดอันสืบเนื่องมาจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่งอันประกอบไปด้วยการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินกิจการอยู่ในระดับการผลิตที่แตกต่างกันนั้น คือการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่ประกอบธุรกิจอยู่เพียงระดับเดียวนั้นเป็นทั้งคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ และขณะเดียวกันก็เป็นคู่ค้าของผู้ประกอบธุรกิจนั้นด้วย ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีแรงจูงใจที่จะกีดกันคู่แข่งจากการเข้าถึงวัตถุดิบที่สำคัญ

⁵⁵ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.1497.

⁵⁶ John Kwoka, *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, p.130.

ต่อการดำเนินกิจการ อันเป็นวัตถุประสงค์ที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบธุรกิจเนื่องจากผลของการรวมธุรกิจนั้น ซึ่งผลกระทบดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ไม่อาจใช้วิธีการเยียวยาเชิงโครงสร้างเพื่อชดเชยได้ เนื่องจากการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจำหน่ายสินทรัพย์หรือกิจการส่วนที่จะก่อให้เกิดปัญหานั้นออกไปให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น จะทำให้ประสิทธิภาพจำนวนมากที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นไม่มีอีกต่อไป อันจะส่งผลให้การรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีประโยชน์ต่อผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม โดยกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมบางประการ เป็นมาตรการที่เหมาะสมที่สุดกับการป้องกันผลกระทบจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้มากที่สุด⁵⁷

ทั้งนี้ ภายหลังจากการปรับปรุงแนวนโยบายดังกล่าวในปี ค.ศ. 2011 พบว่า องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา มีจำนวนการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมแก่ผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มขึ้น เมื่อเทียบกับในอดีต⁵⁸

ตัวอย่างเช่น การร่วมทุนระหว่างบริษัท Comcast และบริษัท NBC Universal ในปี ค.ศ. 2009 โดยที่บริษัท Comcast นั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจให้บริการกระจายสัญญาณโทรทัศน์ในระบบเคเบิล ทำหน้าที่เป็นผู้เผยแพร่รายการต่าง ๆ ผ่านช่องทางดังกล่าวของตน ขณะที่บริษัท NBC Universal เป็นผู้ผลิตรายการโทรทัศน์ ดังนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจในแนวตั้ง ทำให้กรมต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม เกิดความกังวลว่า ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจอาจปฏิเสธที่จะนำรายการของตนไปเผยแพร่ในช่องทางจำหน่ายของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ หรืออาจปฏิเสธการซื้อรายการที่มีรูปแบบคล้ายกันกับรายการที่บริษัท NBC Universal ผลิตจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจอาจปฏิเสธการให้บริการเทคโนโลยีสตรีมมิ่งอื่น ๆ ในเครือข่ายของตน ดังนั้น กรมต่อต้านการผูกขาดจึงพิจารณาแล้วพบว่ากำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบดังกล่าวจากการรวมธุรกิจ โดยใช้มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม เนื่องจากการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างแก่ผู้ประกอบธุรกิจในกรณีดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายกำหนดมาตรการได้แก่⁵⁹

⁵⁷ John Kwoka, "Merger Remedies: An Incentives/Constraints Framework," *The Antitrust Bulletin*: 371.

⁵⁸ John Kwoka, *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, p.130.

⁵⁹ Department of Justice, "Justice Department Allows Comcast-NBCU Joint Venture to Proceed with Conditions," [Online] Accessed: 18 April 2021. Available from: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-allows-comcast-nbcu-joint-venture-proceed-conditions>.

(1) บริษัท Comcast และบริษัท NBC Universal จะต้องทำให้รายการที่ผลิตโดยบริษัท NBC Universal ยังคงสามารถนำไปเผยแพร่ในรูปแบบอื่น ๆ ได้อย่างเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ เช่น การนำรายการไปเผยแพร่ในระบบอินเทอร์เน็ตสตรีมมิ่ง

(2) บริษัท Comcast และบริษัท NBC Universal จะต้องทำให้รายการที่ผลิตโดยบริษัท NBC Universal นั้น ยังคงถูกเผยแพร่ในช่องทางของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้อย่างเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ

(3) บริษัท Comcast และบริษัท NBC Universal ห้ามมีพฤติกรรมตอบโต้ต่อการที่ผู้ผลิตรายการรายอื่น ๆ นำรายการที่ผลิตไปเผยแพร่ในช่องทางโทรทัศน์และในระบบอินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการเผยแพร่รายการรายอื่น ๆ

อย่างไรก็ดี มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้นยังคงเป็นที่ยอมรับว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ยากในการกำหนดให้เหมาะสม อีกทั้งยังยากในการติดตาม ตรวจสอบ และบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการตามมาตรการที่กำหนด เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีแรงจูงใจที่จะหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามมาตรการเหล่านั้นอยู่เสมอ ส่งผลให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายและศาลซึ่งกำหนดมาตรการดังกล่าวให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตาม มีภาระเป็นอย่างมากที่จะต้องคอยติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจภายหลังจากการรวมธุรกิจอยู่ตลอดเวลา⁶⁰ ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจึงจะพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมที่เหมาะสมแก่ผู้ประกอบธุรกิจอย่างจำกัดเฉพาะในสถานการณ์ที่จำเป็นเท่านั้น⁶¹

4.2 กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของสหภาพยุโรป

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีลักษณะเป็นการกำกับดูแลแบบเบ็ดเสร็จ ณ จุดเดียว (one-stop merger control) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว กล่าวคือ หากเป็นการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบของสหภาพยุโรปฉบับนี้แล้ว ก็จะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกอีกต่อไป และรัฐสมาชิกแต่ละประเทศจะปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนแก่การรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระเบียบฉบับนี้ไม่ได้ อีกทั้งอำนาจในการพิจารณาทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะอยู่ที่ศาลของสหภาพยุโรปเท่านั้น เว้นแต่ในบางกรณีที่มีการรวม

⁶⁰ John Kwoka, "Merger Remedies: An Incentives/Constraints Framework," *The Antitrust Bulletin*: 374.

⁶¹ John Kwoka, *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, p.130.

ธุรกิจดังกล่าวนั้นจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันภายในประเทศของรัฐสมาชิกประเทศหนึ่งประเทศใดอย่างมีนัยสำคัญ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปอาจโอนการพิจารณาไปยังองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้นได้⁶²

การศึกษากระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปจะเริ่มต้นจากการศึกษาขององค์กรบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรป กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจซึ่งประกอบด้วยกระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 1 และขั้นที่ 2 คำตัดสินของคณะกรรมการของสหภาพยุโรป ตลอดจนมาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการของสหภาพยุโรป

4.2.1 องค์กรบังคับใช้กฎหมาย

ภายใต้ระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ องค์กรที่มีอำนาจบังคับใช้ระเบียบดังกล่าวคือคณะกรรมการของสหภาพยุโรป (European Commission) โดยมีอำนาจในการรับแจ้งการรวมธุรกิจจากผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงมีอำนาจในการสอบสวนและตัดสินความชอบด้วยกฎหมายของการรวมธุรกิจนั้นด้วย ซึ่งคณะกรรมการของสหภาพยุโรปเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระอย่างสมบูรณ์ โดยห้ามมิให้กรรมการคนใดรับคำแนะนำจากรัฐบาล สถาบันองค์กร หรือหน่วยงานใด ๆ ก็ตาม ทั้งนี้ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปประกอบด้วยกรรมการซึ่งมีจำนวน 2 ใน 3 ของจำนวนรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปทั้งหมด โดยคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปจะเป็นผู้เสนอชื่อประธานกรรมการและกรรมการทั้งหมดต่อรัฐสภายุโรป (European Parliament) เพื่อให้รัฐสภาทำการโหวตให้ความยินยอม โดยจะพิจารณาจากความสามารถขั้นพื้นฐานและความเป็นอิสระจากการครอบงำโดยหน่วยงานใด ๆ อย่างปราศจากข้อสงสัย เมื่อได้รับความยินยอมจากรัฐสภายุโรปแล้ว คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะมีวาระในการดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี

ประธานคณะกรรมการสหภาพยุโรปมีหน้าที่การมอบหมายหน้าที่และความรับผิดชอบให้แก่กรรมการแต่ละคนซึ่งมาจากรัฐสมาชิกแต่ละประเทศ โดยที่将有กรรมการคนหนึ่งที่ได้รับรับผิดชอบประเด็นเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าซึ่งรวมถึงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ทั้งนี้ กรรมการแต่ละคนจะได้รับการช่วยเหลือในการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ถาวรจำนวนหลายพันคน โดยแบ่งเป็นแผนกต่าง ๆ โดยมีกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้า (Directorate-General for Competition) เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายการ

⁶² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.864 - 869.

แข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป มีเจ้าหน้าที่ประจำกองอำนาจการในปี ค.ศ. 2021 จำนวน 849 คน⁶³

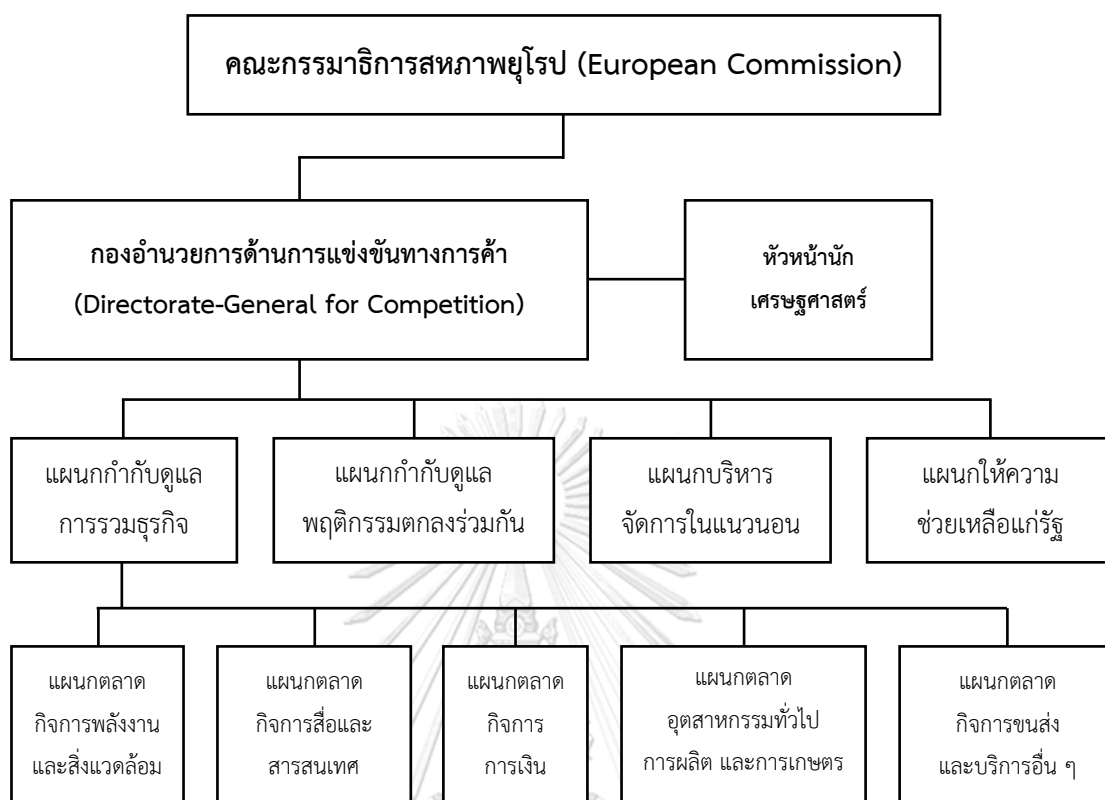
ทั้งนี้ เพื่อให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ภายหลังจากที่ศาลชั้นต้นของสหภาพยุโรปได้มีคำพิพากษาคัดค้านคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปหลายคดี ผู้อำนวยการกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้าจึงได้กำหนดให้มีผู้เชี่ยวชาญในการวิเคราะห์การรวมธุรกิจของแต่ละตลาดสินค้าหรือบริการขึ้นในแต่ละแผนก ซึ่งแบ่งออกเป็น แผนกเกี่ยวกับตลาดธุรกิจพลังงาน และสิ่งแวดล้อม แผนกเกี่ยวกับตลาดข้อมูลข่าวสาร แผนกเกี่ยวกับตลาดบริการทางการเงิน แผนกเกี่ยวกับตลาดอุตสาหกรรมขั้นพื้นฐาน อุตสาหกรรมการผลิต และเกษตรกรรม ตลอดจนแผนกเกี่ยวกับตลาดบริการขนส่งและบริการอื่น ๆ และยังกำหนดให้มีตำแหน่งหัวหน้านักเศรษฐศาสตร์ด้านการแข่งขันทางการค้า (The Chief Competition Economist) ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบคุณภาพของการให้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ในคำตัดสินเกี่ยวกับการรวมธุรกิจของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปด้วย อีกทั้งยังมีการกำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาทบทวนคำตัดสินเกี่ยวกับการรวมธุรกิจเป็นการภายในไว้โดยเฉพาะ

ดังนั้น คำตัดสินต่าง ๆ เกี่ยวกับการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรปจะถูกร่างขึ้นโดยกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้า โดยได้รับคำปรึกษาจากฝ่ายกฎหมายของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปในการร่างออกมาเป็นคำตัดสิน และเมื่อได้รับอนุมัติจากกรรมการที่รับผิดชอบด้านการแข่งขันทางการค้าแล้ว คำตัดสินดังกล่าวจะถูกนำเข้าสู่การประชุมประจำสัปดาห์ของคณะกรรมการของสหภาพยุโรปเพื่อประกาศคำตัดสินอย่างเป็นทางการ⁶⁴

⁶³ European Commission, "HR Key Figures: Staff Members," [Online] Accessed: 14 May 2021. Available from: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/european-commission-hr_key_figures_2021_en.pdf.

⁶⁴ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, pp.450 - 452.

รูปที่ 4 โครงสร้างองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป



4.2.2 การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรป

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าภายใต้ระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจนั้น การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปนั้นจะต้องมีมติของสหภาพยุโรป⁶⁵ โดยจะอาศัยยอดขายในปีที่ผ่านมาของผู้ประกอบธุรกิจเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีตามมาตรา 1 วรรคสอง และมาตรา 1 วรรคสาม ของระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ค.ศ. 2004

การรวมธุรกิจจะถือว่ามีมติของสหภาพยุโรปตามมาตรา 1 วรรคสอง คือ การรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องทุกรายมียอดขายทั่วโลกรวมกันเกินกว่า 5,000 ล้านยูโร และผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อย 2 รายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น มียอดขายในสหภาพยุโรปเกินกว่า 250 ล้านยูโร เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องแต่ละรายนั้นมีสัดส่วนของยอดขาย

⁶⁵ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.156.

จำนวน 2 ใน 3 เป็นยอดเงินขายที่เกิดขึ้นในรัฐสมาชิกประเทศหนึ่งเพียงประเทศเดียว เช่นนี้ก็จะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้มีมติของสหภาพยุโรป

ในปี ค.ศ. 1998 ได้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขในการพิจารณามติของสหภาพยุโรปในการรวมธุรกิจ เพื่อให้ครอบคลุมถึงการรวมธุรกิจในหลายกรณีซึ่งส่งผลกระทบต่อในมิติระหว่างประเทศ โดยเพิ่มเติมขึ้นมาในมาตรา 1 วรรคสาม⁶⁶ โดยมุ่งกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจำนวน 3 ประเทศขึ้นไป และมีแนวโน้มที่จะอยู่ภายใต้บังคับของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของรัฐสมาชิกอย่างน้อย 3 ประเทศขึ้นไป⁶⁷ เพื่อมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นต้องดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายใต้ประเทศที่เกี่ยวข้องทุกประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะก่อให้เกิดอุปสรรคแก่ผู้ประกอบธุรกิจ⁶⁸ ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 1 วรรคสามมีการกำหนดยอดเงินขายในระดับโลกที่ต่ำกว่าในวรรคสอง กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องทุกรายต้องมียอดเงินขายทั่วโลกรวมกันเกินกว่า 2,500 ล้านยูโร และผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจอย่างน้อย 2 ราย มียอดเงินขายในสหภาพยุโรปเกินกว่า 100 ล้านยูโร และในขณะเดียวกัน ก็ได้มีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมอีก 2 ข้อ เพื่อพิจารณามติของสหภาพยุโรปในการรวมธุรกิจนั้น คือ ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจทั้งหมดมียอดเงินขายรวมกันในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปอย่างน้อย 3 ประเทศ เกินกว่าประเทศละ 100 ล้านยูโร และ ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจอย่างน้อย 2 ราย มียอดเงินขายในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องตามข้อ ก. ข้างต้น เกินกว่าประเทศละ 25 ล้านยูโร ทั้งนี้ หากผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องแต่ละรายนั้นมีสัดส่วนของยอดเงินขายจำนวน 2 ใน 3 เป็นยอดเงินขายที่เกิดขึ้นในรัฐสมาชิกประเทศหนึ่งเพียงประเทศเดียว เช่นนี้ก็จะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้มีมติของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับมาตรา 2 วรรคแรก

เงื่อนไขดังกล่าวทำให้เกิดการจำแนกขอบเขตอำนาจหน้าที่ของกรรมาธิการสหภาพยุโรปให้จำกัดอยู่เฉพาะการรวมธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ระดับสหภาพยุโรป ขณะที่การรวมธุรกิจที่มีการประกอบธุรกิจส่วนใหญ่อยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันภายในประเทศนั้นประเทศเดียว ก็จะตกอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ขององค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้น⁶⁹

⁶⁶ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, pp.450 - 452.

⁶⁷ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1079.

⁶⁸ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.457.

⁶⁹ *ibid.*

ข้อสังเกตคือ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจจะมีถิ่นที่อยู่อยู่นอกอาณาเขตของสหภาพยุโรป แต่หากปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นมีการประกอบธุรกิจในสหภาพยุโรปและมีส่วนแบ่งตลาดจำนวนมากในสหภาพยุโรป เช่นนี้ คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปก็สามารถใช้อำนาจกำกับดูแลการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจได้ ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Boeing ซึ่งเป็นบริษัทมหาชนจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา กับบริษัท McDonnell Douglas ซึ่งจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชน จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกัน โดยที่บริษัท Boeing นั้นต้องการดำเนินการซื้อกิจการของบริษัท McDonnell Douglas ที่ประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายเครื่องบินสำหรับการทหาร เครื่องบินพาณิชย์ และระบบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกันกับบริษัท Boeing อย่างไรก็ดี แม้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายจะจดทะเบียนอยู่ในสหรัฐอเมริกา แต่มียอดขายทั่วโลกรวมกันเกินกว่า 5 พันล้านยูโร และผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายยังมียอดขายภายในสหภาพยุโรปเกินกว่าร้อยละ 250 ล้านยูโรอีกด้วย โดยมีได้มียอดขายเกิน 2 ใน 3 ของยอดขายทั้งหมดอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งเพียงประเทศเดียว ดังนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงมีมติของสหภาพยุโรป และเป็นการรวมธุรกิจที่มีผลกระทบต่อสหภาพยุโรปอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงในตลาดสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัท Boeing ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเครื่องบินพาณิชย์ในสหภาพยุโรปสูงถึง 54% เพราะฉะนั้น คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจึงมีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เกิดการรวมธุรกิจนั้นขึ้นได้⁷⁰

ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจนั้น หมายถึงรายได้ของผู้ประกอบธุรกิจจากการจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ซื้อ โดยที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะประเมินจากบัญชีของผู้ประกอบธุรกิจในปีการเงินที่ใกล้เคียงกับการรวมธุรกิจมากที่สุด ทั้งนี้ในการพิจารณายอดขายของผู้ประกอบธุรกิจนั้น หมายถึงรวมถึงยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ

- ก. ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
- ข. กิจการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม
 - (1) ถือหุ้นหรือสินทรัพย์เกินกว่ากึ่งหนึ่งอยู่ในกิจการนั้น หรือ
 - (2) มีอำนาจในการใช้สิทธิออกเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของกิจการนั้น หรือ
 - (3) มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหาร หรือคณะผู้แทนนิติบุคคลของกิจการนั้นจำนวนเกินกว่ากึ่งหนึ่ง หรือ

⁷⁰ Boeing/McDonnell Douglas (Case No. IV/M.877) [1998] OJ L 336/16.

(4) มีอำนาจในการบริหารกิจการ

ค. กิจการที่มีอำนาจในการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในลักษณะต่าง ๆ ตามข้อ ข.

ง. กิจการที่มีอำนาจในการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจตามข้อ ค. ในลักษณะต่าง ๆ ตามข้อ ข.

จ. กิจการที่ประกอบไปด้วยผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป มีอำนาจในการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจตามข้อ ก. ถึง ง. ในลักษณะต่าง ๆ ตามข้อ ข.

ทั้งนี้ ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจจะต้องเป็นรายได้จากกิจการตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจ โดยประเมินจากยอดขาย ณ สถานที่ของผู้ซื้อในเวลาที่มีธุรกรรมเกิดขึ้น มิใช่สถานที่สุดท้ายที่สินค้าหรือบริการนั้นถูกบริโภค โดยจะต้องเป็นยอดขายที่หักลบส่วนลด ภาษีมูลค่าเพิ่ม หรือภาษีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับยอดขายนั้นเรียบร้อยแล้ว เพื่อแสดงถึงอำนาจทางเศรษฐกิจที่แท้จริงของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ทั้งนี้ ยอดขายนั้นไม่รวมถึงการจำหน่ายจ่ายโอนสินค้าหรือบริการภายในเครือกิจการของตนเอง⁷¹

4.2.3 กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป

ถึงแม้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปจะมีได้กำหนดให้มีกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปไว้เป็นการเฉพาะ (pre-notification contact) แต่ในปัจจุบันการเข้าขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้าภายใต้คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป กลายเป็นขั้นตอนมาตรฐานขั้นตอนหนึ่งในการดำเนินการรวมธุรกิจภายในสหภาพยุโรปแล้วอย่างไม่เป็นทางการ จนทำให้กองอำนาจการด้านการแข่งขันได้ประกาศแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดเกี่ยวกับการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมาย (Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings) ซึ่งแม้จะเป็นการรวมธุรกิจตามปกติที่ไม่น่าจะก่อให้เกิดปัญหาอะไร ก็มักจะมีการเข้าขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้าเสมอ โดยที่กระบวนการดังกล่าวทำให้เกิดประโยชน์ต่อทั้งฝ่ายคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป และต่อฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจ เช่น ผู้ประกอบธุรกิจสามารถขอคำปรึกษาเกี่ยวกับการยกเว้นการนำส่งข้อมูลบางประเภท และกระบวนการดังกล่าวยังอาจทำให้ความ

⁷¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.158.

เสี่ยงในการรวมธุรกิจนั้นไม่สำเร็จลดน้อยลง ดังนั้น กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจึงกลายเป็นกระบวนการที่สำคัญมากกระบวนการหนึ่ง⁷²

คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปมักจะชักชวนให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจดำเนินการติดต่อขอคำปรึกษาล่วงหน้าจากกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้า ก่อนที่ผู้ประกอบธุรกิจจะยื่นขออนุญาตรวมธุรกิจ เพื่อบริหารจัดการปริมาณงานให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ⁷³ และเพื่อเป็นการใช้เวลาแก่การพิจารณากรณีปัญหาที่มีความซับซ้อนในการตัดสินใจมากขึ้น โดยที่ภายในกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปนี้ อาจประกอบด้วยการศึกษาเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปต่อการรวมธุรกิจนั้น การกำหนดขอบเขตของข้อมูลที่ต้องนำส่งต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป การขอยกเว้นการนำส่งข้อมูลบางประการที่จำเป็นต่อการวิเคราะห์การรวมธุรกิจ หรือมาตรการเยียวยาที่เป็นไปได้⁷⁴

อย่างไรก็ดี ดังที่กล่าวว่ากระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้า นี้เป็นกระบวนการที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น จึงไม่มีกรอบระยะเวลาจำกัดในการดำเนินการของกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้า แต่ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการขอคำปรึกษาล่วงหน้าอย่างน้อย 2 สัปดาห์ก่อนดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ⁷⁵ แต่กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้านั้นอาจใช้เวลาตั้งแต่ 2 สัปดาห์จนถึงหลายเดือนขึ้นอยู่กับความซับซ้อนของการรวมธุรกิจที่ขอคำปรึกษา โดยที่บางกรณีกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าอาจใช้เวลายาวนานถึง 1 ปี หรือมากกว่านั้นก็ได้⁷⁶ ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจจึงต้องคำนึงถึงเวลาที่อาจต้องใช้ในกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้า ซึ่งถือว่าการปล่อยให้ระยะเวลาที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจของตนอย่างเป็นทางการนั้นผ่านเลยไป⁷⁷

ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการเข้าสู่กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้า จะต้องนำเสนอข้อมูลเบื้องต้นของธุรกรรมรวมธุรกิจ คำอธิบายโดยย่อของตลาดที่เกี่ยวข้องและตลาดที่คาดว่าจะ

⁷² *ibid.*, 169 - 170.

⁷³ *ibid.*, p.170.

⁷⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.876.

⁷⁵ DG Competition, "Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings," January 2004, p.3.

⁷⁶ Porter Elliott, Johan Van Acker, and Catherine Gordley, "Merger control in the EU: overview," [Online] Accessed: 12 April 2020. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a583116](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a583116).

⁷⁷ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.170.

การแข่งขันจะได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจอาจเสนอร่างแบบขออนุญาตการรวมธุรกิจ (Form CO) ให้แก่กองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้า และภายหลังจากนั้นกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้าอาจให้คำปรึกษากลับไปได้ทั้งในรูปแบบเป็นวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ในบางกรณีที่มีการรวมธุรกิจที่มีความซับซ้อนเป็นอย่างมาก กองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้าอาจจัดให้มีการประชุมเพื่อการปรึกษาล่วงหน้าครั้งหนึ่งหรือหลายครั้งก็ได้ตามที่เหมาะสม⁷⁸

4.2.4 กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ

การรวมธุรกิจที่มีมติของสหภาพยุโรปทุกกรณี ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปก่อนจะทำการรวมธุรกิจเสมอ ซึ่งการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นจะต้องกระทำลงในรูปแบบที่กำหนด เรียกว่า Form CO ซึ่งไม่ได้อยู่ในรูปของแบบฟอร์ม แต่เป็นรูปแบบในการกรอกข้อมูลที่ต้องนำส่งต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปเป็นจำนวนมากโดยแบ่งเป็นส่วน ๆ⁷⁹ ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจอาจกรอกข้อมูลโดยใช้ภาษาราชการภาษาใดภาษาหนึ่งของสหภาพยุโรปก็ได้ ซึ่งภาษาดังกล่าวจะถูกนำมาใช้ตลอดกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้น

ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจจำเป็นต้องกรอกข้อมูลใน Form CO ให้ครบถ้วนสมบูรณ์ที่สุด เนื่องจากข้อมูลใน Form CO ดังกล่าวจะเป็นพื้นฐานในการพิจารณาวิเคราะห์การรวมธุรกิจของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป ซึ่งโดยปกติแล้วกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้าจะแนะนำให้ผู้ประกอบธุรกิจนำส่งร่างของ Form CO เพื่อให้กองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้าให้ความเห็นก่อนที่จะมีการขออนุญาตรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ หลังจากนั้นผู้ประกอบธุรกิจจะต้องนำส่ง Form CO ฉบับสมบูรณ์จำนวน 35 ชุด ให้แก่กองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้า⁸⁰

ข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องนำส่งต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปตาม Form CO ดังกล่าว ได้แก่

- (1) บทสรุปสำหรับผู้บริหารเกี่ยวกับธุรกรรม
- (2) ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง

⁷⁸ DG Competition, "Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings," January 2004, p.3.

⁷⁹ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1099.

⁸⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.171.

(3) ข้อมูลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจ ประกอบด้วยมูลค่าของธุรกรรม และข้อมูลเกี่ยวกับยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง

(4) ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง

(5) เอกสารที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วยสำเนาของเอกสารทั้งหมด รายงานประจำปีฉบับล่าสุดของผู้ประกอบธุรกิจ รายการบัญชีของผู้ประกอบธุรกิจทุกรายที่เกี่ยวข้อง และรายงานที่เกี่ยวข้อง ข้อมูลที่จำเป็นต้องใช้ในการประเมินการรวมธุรกิจ

(6) ข้อมูลเกี่ยวกับการวิเคราะห์ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงตลาดสินค้าอื่น ๆ ที่อาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจด้วย

(7) คำอธิบายเกี่ยวกับบริบทของตลาดโดยรวม และประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบธุรกิจคาดว่าจะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

(8) รายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการของกิจการรวมธุรกิจ (ถ้ามี)

(9) ลงลายมือชื่อเพื่อรับรองความถูกต้องของข้อมูล

ภายหลังจากที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรป โดยกองอำนาจการแข่งขันทางการค้าได้รับแจ้งขออนุญาตการรวมธุรกิจแล้ว จะทำการเผยแพร่รายละเอียดเกี่ยวกับธุรกรรมการรวมธุรกิจในวารสารทางการและทางอินเทอร์เน็ต โดยจะเผยแพร่รายชื่อผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ รายละเอียดของการรวมธุรกิจ และภาคเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียกับการรวมธุรกิจนั้นได้มีโอกาสเข้ามาให้ความเห็น และข้อมูลเกี่ยวกับสถานการณ์ต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจซึ่งอาจเป็นข้อมูลที่สำคัญในการสืบสวนการรวมธุรกิจนั้น⁸¹

การรวมธุรกิจใดที่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจในการกำกับดูแลของคณะกรรมการของสหภาพยุโรปแล้ว จะตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่บังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องหยุดการดำเนินการรวมธุรกิจนั้นก่อน เพื่อให้คณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้ทำการตรวจสอบก่อนว่าการรวมธุรกิจนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป หลังจากนั้นผู้ประกอบธุรกิจจึงจะสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้⁸² โดยที่การพิจารณาของคณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะแบ่งออกเป็น 2 ช่วงใหญ่ ๆ ซึ่งเลียนแบบมาจากกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมาย Hart-Scott-Rodino Act 1976 ของสหรัฐอเมริกา⁸³ ดังต่อไปนี้

⁸¹ *ibid.*, p.173.

⁸² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.878.

⁸³ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.174.

4.2.4.1 กระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 1

ภายหลังจากที่คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปได้รับการแจ้งการรวมธุรกิจจากผู้ประกอบธุรกิจอย่างเป็นทางการแล้ว คณะกรรมการธิการจะต้องเริ่มดำเนินการตรวจสอบขั้นที่ 1 โดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยที่กระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 1 มักจะใช้เวลาประมาณ 25 วัน และอาจเพิ่มเป็น 35 วัน หากรัฐสมาชิกประเทศประเทศหนึ่งร้องขอให้คณะกรรมการธิการโอนการตรวจสอบไปยังองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของรัฐสมาชิก หรือหากผู้ประกอบธุรกิจให้คำมั่น (commitments) ในการรวมธุรกิจ ซึ่งต้องกระทำภายใน 20 วัน นับแต่วันที่แจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรป⁸⁴

ในกระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 1 คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะเริ่มต้นจากการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปหรือไม่ โดยการนำส่งเอกสาร Form CO ที่ผู้ประกอบธุรกิจเสนอต่อกองอำนาจการด้านการแข่งขันทางการค้าให้แก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทั้งหมดภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ได้รับการแจ้งการรวมธุรกิจนั้น⁸⁵ และคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปพิจารณาต่อไปว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดร่วมของสหภาพยุโรปหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปอาจมีคำตัดสินให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ หากการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ขัดต่อการแข่งขันในตลาดร่วมของสหภาพยุโรป หรือผู้ประกอบธุรกิจได้ให้คำมั่นในการดำเนินการบางประการทำให้การรวมธุรกิจไม่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดร่วมอีกต่อไป

การดำเนินการตรวจสอบในขั้นที่ 1 นี้ คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปมีอำนาจที่จะตรวจสอบเอกสาร ขอคำอธิบายด้วยวาจา หรือการเข้าไปยังสถานประกอบการ และมีสิทธิในการสัมภาษณ์บุคคลในสถานประกอบการของผู้ประกอบธุรกิจ แต่อย่างไรก็ดี ทางปฏิบัติในปัจจุบันนั้น คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปมักจะใช้วิธีการเรียกข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ประกอบธุรกิจอย่างเป็นทางการ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะหยุดการนับเวลา 25 วัน ทำให้คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปมีระยะเวลาในการพิจารณาการรวมธุรกิจเพิ่มเติม จนกว่าที่ผู้ประกอบธุรกิจจะนำเสนอข้อมูลเพิ่มเติมที่คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปต้องการ ระยะเวลาดังกล่าวจึงจะเริ่มดำเนินต่อไป⁸⁶

⁸⁴ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.468.

⁸⁵ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.174.

⁸⁶ *ibid.*, p.175.

ภายหลังจากการพิจารณาข้อมูลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่รวบรวมได้ทั้งหมดแล้ว คณะกรรมการของสหภาพยุโรปอาจมีคำวินิจฉัยออกเป็น 3 ประการ กล่าวคือ

ก. การรวมธุรกิจนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ

ข. การรวมธุรกิจนั้นไม่ก่อให้เกิดข้อกังวลต่อการแข่งขันในตลาดร่วมของสหภาพยุโรป

ค. การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดข้อกังวลต่อการแข่งขันในตลาดร่วมของสหภาพยุโรป และต้องดำเนินการตรวจสอบเชิงลึกในระยะที่ 2 ต่อไป

โดยปกติแล้ว กระบวนการตรวจสอบการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจโดยคณะกรรมการของสหภาพยุโรปส่วนมากราว 94 - 95% จะยุติตั้งแต่การตรวจสอบขั้นที่ 1 โดยที่ 88% ของคำวินิจฉัยอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้นั้น เป็นการอนุญาตโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการ⁸⁷ หรือถ้าคณะกรรมการไม่มีคำตัดสินภายในกรอบระยะเวลาข้างต้น ก็จะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และถึงแม้ว่าคณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะไม่มีพันธะตามกฎหมายที่จะต้องเผยแพร่คำตัดสินนั้น แต่ในทางปฏิบัติแล้ว คณะกรรมการมักจะเผยแพร่บทสรุปย่อของคำตัดสินลงในวารสารราชการของคณะกรรมการของสหภาพยุโรป และในเว็บไซต์ของคณะกรรมการ⁸⁸

อย่างไรก็ดี ถ้าหากปรากฏว่าคณะกรรมการของสหภาพยุโรปยังคงไม่สามารถตัดสินได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดร่วมของสหภาพยุโรปหรือไม่ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะเริ่มกระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 2 ต่อไป ทั้งนี้ คำตัดสินต่าง ๆ ของคณะกรรมการในกระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 1 นี้ อาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้ หากปรากฏว่าข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเสนอานั้นไม่ถูกต้อง หรือผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตามคำมั่นที่ให้ไว้ต่อคณะกรรมการ เป็นต้น⁸⁹

4.2.4.2 กระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 2

เมื่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปมีข้อสงสัยและข้อกังวลว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดร่วมของสหภาพยุโรป ก็จะเริ่มดำเนินการตรวจสอบ

⁸⁷ *ibid.*, p.176.

⁸⁸ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.p.469.

⁸⁹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.879.

ขั้นที่ 2 ซึ่งเป็นการตรวจสอบเชิงลึกมากยิ่งขึ้น เพื่อพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปหรือไม่ โดยคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปมีกรอบระยะเวลาในการตรวจสอบขั้นที่ 2 เป็นเวลา 90 วันทำการ และอาจขยายเป็น 105 วันทำการได้ หากผู้ประกอบการธุรกิจได้ให้คำมั่นแก่คณะกรรมการระหว่างวันที่ 55 ถึง 65 ของกระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 2 นอกจากนี้ ระยะเวลาดังกล่าวอาจถูกขยายเพิ่มเติมได้อีก 20 วันทำการ หากผู้ประกอบการยื่นคำขอต่อคณะกรรมการ หรือคณะกรรมการขอขยายระยะเวลาโดยได้รับความยินยอมจากผู้ประกอบธุรกิจ รวมระยะเวลาสูงสุดในการดำเนินกระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 2 เป็นเวลา 125 วันทำการ⁹⁰ หากคณะกรรมการของสหภาพยุโรปไม่สามารถมีคำตัดสินภายในระยะเวลาดังกล่าว จะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

กระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 2 จะเป็นการตรวจสอบการรวมธุรกิจอย่างละเอียดภายใต้ระยะเวลาที่จำกัด ดังนั้น ในกรอบระยะเวลา 90 วันดังกล่าว คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะดำเนินการดังต่อไปนี้

ก. ตรวจสอบรายละเอียดเกี่ยวกับตลาด ซึ่งคณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะดำเนินการส่งแบบสอบถามไปยังผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ คู่แข่งขัน รวมถึงผู้ซื้อในตลาด

ข. พิจารณาบททวนโดยคณะกรรมการอีกชุดหนึ่งภายในกองอำนวยการด้านการแข่งขัน

ค. ออกคำแถลงคัดค้านการรวมธุรกิจดังกล่าวไปยังผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้อง

ง. ให้ระยะเวลาผู้ประกอบการในการตอบกลับคำแถลงคัดค้านการรวมธุรกิจดังกล่าวข้างต้น

จ. ให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าทำการตรวจสอบสำนวนการพิจารณาตรวจสอบโดยคณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้

ฉ. ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบธุรกิจ หรือบุคคลที่สามในกรณีจำเป็น โดยจะใช้เวลาประมาณ 1 - 2 วัน

⁹⁰ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1104.

ข. ดำเนินการประชุมระหว่างคณะกรรมการที่ปรึกษาเกี่ยวกับการรวมธุรกิจภายในคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป

ซ. ทารือเกี่ยวกับคำมั่นของผู้ประกอบธุรกิจ และให้โอกาสแก่บุคคลที่สามที่เกี่ยวข้องในการให้ความเห็นเกี่ยวกับคำมั่นดังกล่าวนี้ด้วย

ฅ. ปรึกษากับกองอำนาจการอื่น ๆ ภายในคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป

ญ. กองอำนาจการด้านการแข่งขันจัดเตรียมร่างคำตัดสินเพื่อนำเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปและออกเป็นคำตัดสินอย่างเป็นทางการ

ในกระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 2 นี้ เป็นการตรวจสอบที่ละเอียดและยากภายใต้กรอบเวลาอันจำกัด เนื่องจากการรวมธุรกิจที่จะต้องดำเนินการตรวจสอบขั้นที่ 2 นี้ มักจะเป็นการรวมธุรกิจที่มีความซับซ้อนสูงมาก ดังนั้น ในขั้นตอนนี้หัวหน้านักเศรษฐศาสตร์ด้านการแข่งขันภายในกองอำนาจการด้านการแข่งขันจะเป็นบุคคลที่มีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากจะต้องพึ่งพาการวิเคราะห์ด้านเศรษฐศาสตร์ในเชิงลึก⁹¹

4.2.5 คำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป

ภายหลังจากการพิจารณาในกระบวนการตรวจสอบ คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปอาจมีคำตัดสินออกได้เป็น 2 แนวทาง

4.2.5.1 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจชอบด้วยกฎหมาย

ถ้าหากคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ขัดต่อการแข่งขันในตลาดร่วมของสหภาพยุโรป คณะกรรมการสิทธิการก็จะมีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวสอดคล้องกับตลาดร่วมของสหภาพยุโรป จึงสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ในบางกรณีคณะกรรมการเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีแนวโน้มจะขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่หากผู้ประกอบธุรกิจได้ให้คำมั่นต่อคณะกรรมการเพื่อดำเนินการให้ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดร่วมของสหภาพยุโรปนั้นได้รับการแก้ไข เช่นนี้ คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปก็จะมีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจนั้นสอดคล้องกับตลาดร่วมเช่นกัน ซึ่งการรวมธุรกิจที่ต้องเข้าสู่กระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 2 ส่วนใหญ่ มักจะได้รับอนุญาตจาก

⁹¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.880 - 882.

คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปให้ดำเนินการรวมธุรกิจได้ โดยมีเงื่อนไขที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องปฏิบัติตามภายหลังจากที่ได้รับอนุญาตแล้ว⁹²

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะเป็คำตัดสินให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ทีออกในกระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 1 หรือขั้นที่ 2 ก็ตาม คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปมีอำนาจในการเพิกถอนคำตัดสินเช่นนั้นได้ หากปรากฏว่าคำตัดสินดังกล่าวเกิดขึ้นจากการแจ้งข้อมูลอันเป็นเท็จโดยผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ประกอบการนั้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอันเกิดจากคำมั่นที่ผู้ประกอบการได้ให้ไว้ต่อคณะกรรมการ อันเป็นเหตุให้คณะกรรมการมีคำตัดสินให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้⁹³

4.2.5.2 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปดำเนินการพิจารณาจนสิ้นสุดการตรวจสอบในขั้นที่ 2 แล้วพบว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรปอย่างมีนัยสำคัญ และขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ก่อนจะมีคำตัดสินใด ๆ คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปจะต้องออกคำแถลงคัดค้านการรวมธุรกิจ โดยแจ้งไปยังผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ผู้ประกอบการมีโอกาสในการโต้ตอบคำคัดค้าน และยื่นเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อสนับสนุนข้อเท็จจริงสนับสนุนความคิดเห็นต่อคำคัดค้านดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด นอกจากนี้ ผู้ประกอบการก็ยังอาจให้คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นจากบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อสนับสนุนข้อเท็จจริงเช่นนั้นด้วย

นอกจากการออกคำคัดค้านการรวมธุรกิจแล้ว ในกรณีที่คณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปเห็นว่าการรวมธุรกิจนั้นขัดต่อการแข่งขันในตลาดร่วม คณะกรรมการธิการจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าตรวจสอบการดำเนินการต่าง ๆ ได้ภายหลังจากมีการออกคำคัดค้านการรวมธุรกิจแล้วด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว คณะกรรมการธิการจะเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการเข้าตรวจสอบได้ตั้งแต่ตัดสินว่าจะเริ่มกระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 2 トラบเท่าที่ข้อมูลดังกล่าวไม่ใช่ข้อมูลที่เป็นความลับ หรือเป็นเอกสารภายในของคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรป

ภายหลังจากการดำเนินการดังกล่าวข้างต้นทั้งหมดแล้ว หากคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปยังคงมีความเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อ

⁹² Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.184.

⁹³ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.472.

แข่งขันในตลาดร่วมของสหภาพยุโรป ก็จะมีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่สอดคล้องกับตลาดร่วมของสหภาพยุโรป และไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว⁹⁴

4.2.6 มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย

ดังที่กล่าวแล้วว่าผู้ประกอบธุรกิจจะต้องหยุดการดำเนินการรวมธุรกิจจนกว่า คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะมีคำตัดสินให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการนั้นได้ ดังนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจรายใดฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าว คณะกรรมการของสหภาพยุโรปมีอำนาจในการออกคำสั่งปรับผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นได้เป็นจำนวนไม่เกิน 10% ของยอดเงินขายรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ และคณะกรรมการมีอำนาจในการสั่งให้ยุติการดำเนินการดังกล่าวและสั่งให้ดำเนินการบางประการเพื่อให้การแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพได้รับการรักษาไว้⁹⁵ นอกจากนี้ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปยังมีอำนาจปรับผู้ประกอบธุรกิจเป็นจำนวนไม่เกิน 1% ของยอดเงินขายรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจแจ้งข้อมูลที่ไม่ถูกต้องแก่คณะกรรมการของสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะในขั้นตอนการขออนุญาตหรือในระหว่างการสอบสวนและคณะกรรมการของสหภาพยุโรปต้องการข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ประกอบธุรกิจ และคณะกรรมการของสหภาพยุโรปอาจสั่งปรับผู้ประกอบธุรกิจเป็นจำนวนไม่เกิน 5% ของยอดขายต่อวันรวมกันโดยเฉลี่ยของผู้ประกอบธุรกิจ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่นำเสนอข้อมูลที่ถูกต้องภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปกำหนด⁹⁶

นอกจากคณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะมีอำนาจในการออกคำสั่งปรับผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจแล้ว ในบางกรณีคณะกรรมการของสหภาพยุโรปยังอาจออกคำสั่งปรับบุคคลภายนอกที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปมีคำขอให้ชี้แจงข้อมูลบางประการ โดยที่ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2000 คณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้มีคำสั่งปรับบริษัท Mitsubishi ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเป็นเงินจำนวน 950,000 ยูโร เนื่องจากบุคคลภายนอกนั้นไม่เข้าชี้แจงข้อมูลต่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปในกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Kvaerner และบริษัท Ahlstrom ตามที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปร้องขอ ซึ่งถือเป็นการสั่งปรับบุคคลภายนอกเป็นกรณีแรก⁹⁷

⁹⁴ *ibid.*, pp.469 - 470.

⁹⁵ *ibid.*, p.488.

⁹⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.194.

⁹⁷ *ibid.*, p.195.

อย่างไรก็ดี นอกจากอำนาจในการสั่งปรับผู้ประกอบการแล้ว คณะกรรมการของสหภาพยุโรปยังมีอำนาจในการกำหนดมาตรการเยียวยาให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการในการรวมธุรกิจนั้นได้ ซึ่งโดยปกติแล้ว การรวมธุรกิจส่วนมากจะได้รับการอนุญาตให้ดำเนินการได้โดยปราศจากเงื่อนไขตั้งแต่กระบวนการตรวจสอบขั้นที่ 1 แต่อย่างไรก็ดี การรวมธุรกิจอีกส่วนหนึ่งก็จำเป็นต้องมีการเข้าเจรจากับคณะกรรมการของสหภาพยุโรป เพื่อเสนอกระบวนการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ และเมื่อคณะกรรมการของสหภาพยุโรปยอมรับกระบวนการเยียวยาดังกล่าวแล้วจึงจะอนุญาตให้ทำการรวมธุรกิจกันได้โดยมีเงื่อนไข ซึ่งนับเป็นจำนวนประมาณ 6% ของการรวมธุรกิจทั้งหมดที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้อนุญาต⁹⁸

มาตรการเยียวยาดังกล่าวที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะกำหนดในการอนุญาตให้ดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยมีเงื่อนไขนั้น อาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง (structure) และมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม (behaviour) ซึ่งโดยปกติแล้วในทางปฏิบัติ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปมักจะกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างมากกว่า เนื่องจากเป็นมาตรการที่สามารถป้องกันการลดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญอันเกิดจากการรวมธุรกิจได้เป็นอย่างดี โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการติดตามในระยะยาว⁹⁹ แต่ปริมาณและความยุ่งยากของมาตรการที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามนั้น จะขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ เช่น ต้นทุนในการดำเนินการเยียวยาผลกระทบ ความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตาม ระยะเวลาของผลกระทบที่เกิดจากการเยียวยา ความเหมาะสมในการตรวจสอบติดตาม เป็นต้น ซึ่งล้วนส่งผลต่อการกำหนดรูปแบบของมาตรการเยียวยาทั้งสิ้น¹⁰⁰

ทั้งนี้ คณะกรรมการของสหภาพยุโรปยังมีอำนาจตามระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบการในการสั่งให้ผู้ประกอบการทำการสลายการรวมธุรกิจนั้นได้ ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ดำเนินการรวมธุรกิจจนเสร็จสิ้นไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการของสหภาพยุโรป และปรากฏในภายหลังว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป หรือในกรณีที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรปได้อนุญาตให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ โดยมีเงื่อนไขที่ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตาม แต่ผู้ประกอบการมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว¹⁰¹

⁹⁸ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.907.

⁹⁹ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1175.

¹⁰⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.515.

¹⁰¹ Council Regulation (EC) No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] (the EC Merger Regulation), Article 8.

4.2.6.1 การเยียวยาเชิงโครงสร้าง

โดยปกติแล้ว การเยียวยาเชิงโครงสร้างที่คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรป จะยอมรับและกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการได้แก่ การจำหน่ายกิจการบางส่วนที่อยู่ ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นกิจการที่สามารถดำเนินการได้ด้วยตนเองออกไป โดย จะต้องจำหน่ายธุรกิจดังกล่าวแก่ผู้ซื้อที่สามารถประกอบกิจการดังกล่าวต่อไป และสามารถแข่งขันกับ ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพในลักษณะถาวร ซึ่งจะต้องมีการเสนอผู้ ซื้อต่อคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรป และได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการเป็นที่เรียบร้อยแล้ว แล้วเท่านั้น¹⁰² โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการจำหน่ายสินทรัพย์บางส่วนนั้นให้เสร็จสิ้น ภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปกำหนด

การจำหน่ายสินทรัพย์ข้างต้นนั้นถือเป็นรูปแบบทั่วไปของการเยียวยาเชิง โครงสร้าง ซึ่งโดยพื้นฐานแล้วมาตรการดังกล่าวสามารถรักษาระดับการแข่งขันในตลาดเอาไว้ได้ โดย การก่อให้เกิดการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ๆ ที่ได้รับสินทรัพย์ดังกล่าวจากผู้ประกอบธุรกิจ ที่รวมธุรกิจไป นอกจากนี้ การเยียวยาเชิงโครงสร้างด้วยวิธีการจำหน่ายสินทรัพย์นั้นยังก่อให้เกิดข้อดี ในแง่ของการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ซื้อซึ่งได้รับรองจาก คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปได้รับสินทรัพย์ตามที่กำหนดเป็นที่เรียบร้อยแล้ว คณะกรรมการกิจการ ของสหภาพยุโรปไม่จำเป็นต้องมีการดำเนินการติดตามตรวจสอบพฤติกรรมต่อไป ซึ่งแตกต่างจากการ เยียวยาเชิงพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดภาระต่อคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปอย่างต่อเนื่อง¹⁰³

คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้ มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างด้วยการจำหน่ายสินทรัพย์ โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ก. กิจการที่สามารถดำเนินการต่อไปได้

สินทรัพย์ที่ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายออกไปนั้น จะต้องประกอบไปด้วย กิจการที่สามารถทำให้ผู้ซื้อกิจการที่เหมาะสมนำไปดำเนินการต่อเนื่องจากเดิม และแข่งขันกับผู้ ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืน กิจการที่สามารถดำเนินการต่อไปได้นั้น หมายถึงกิจการที่สามารถคงอยู่ได้ด้วยตนเองแม้จะมีการแยกออกมาจากผู้ประกอบธุรกิจเดิม และแม้ จะไม่ได้รับวัตถุดิบ สินค้า หรือการประสานงานใด ๆ จากผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของเดิมแล้ว กิจการนั้นก็จะต้องยังคงสามารถดำเนินการต่อไปได้ในระยะเวลาเปลี่ยนผ่านสู่เจ้าของกิจการรายใหม่

¹⁰² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.910.

¹⁰³ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.522.

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท SCA ซึ่งประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับสุขอนามัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระดาษชำระ กับบริษัท Metsa Tissue ซึ่งประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายกระดาษชำระ และกระดาษสำหรับประกอบ การทำอาหาร¹⁰⁴ โดยที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดกระดาษชำระสำหรับห้องน้ำ และกระดาษเช็ดมือประเภทสำหรับห้องครัวของบางประเทศในสหภาพยุโรปสูงถึง 80 หรือ 90% ประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ เช่น อำนาจของผู้ซื้อในตลาดดังกล่าว ซึ่งแม้ในตลาดนั้นจะมีผู้ซื้อรายใหญ่ที่มีส่วนแบ่งตลาดในฝั่งผู้ซื้อราว 40% แต่เมื่อปรากฏว่าในตลาดฝั่งผู้ขายภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น แทบจะไม่มีสินค้าทางเลือกจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น ๆ ทำให้อำนาจของผู้ซื้อในตลาดนั้นไม่เพียงพอที่จะต่อต้านผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจได้ อีกทั้งการที่ตลาดดังกล่าวมีอัตราการเจริญเติบโตที่ต่ำ ยังเป็นเหตุให้การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นเป็นไปได้น้อยมาก ด้วยเหตุดังกล่าว คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจึงเห็นว่าการรวมธุรกิจข้างต้นก่อให้เกิดอำนาจตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแข็งแกร่งขึ้นจนมีสถานะอำนาจเหนือตลาดได้

ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจเสนอว่าจะเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจดังกล่าวด้วยการจำหน่ายสินทรัพย์ โดยการจำหน่ายกิจการเกี่ยวกับสินค้าบางยี่ห้อให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในพื้นที่ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะมีอำนาจเหนือตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากอัตราการเติบโตของกิจการที่ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายออกไปแล้ว คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปเห็นว่าปริมาณการจำหน่ายสินทรัพย์ที่ผู้ประกอบธุรกิจเสนอมานั้นยังไม่เพียงพอที่จะสามารถทำให้ผู้ที่ได้รับกิจการนั้นไปแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รับซื้อกิจการไปจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นจะสามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ ต้องปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รับซื้อกิจการไปนั้นมีเครื่องมือในการผลิตให้มีคุณภาพระดับสูงได้เช่นเดียวกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ซึ่งอาจจำเป็นต้องใช้เงินลงทุนเพิ่มมากถึง 50 ล้านยูโร ประกอบกับจะต้องปรับปรุงกระบวนการผลิตของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นไปได้ยาก อีกทั้งผู้ประกอบธุรกิจมิได้เสนอจะจำหน่ายกิจการในพื้นที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจอย่างครอบคลุม กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจเสนอการจำหน่ายกิจการในพื้นที่ประเทศสวีเดน นอร์เวย์ และเดนมาร์กเท่านั้น ขณะที่ในประเทศฟินแลนด์ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะมีอำนาจตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจกลับปฏิเสธการจำหน่ายกิจการในพื้นที่ดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ซื้อกิจการนั้นไปไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจได้อย่างครอบคลุมในทุกพื้นที่ ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจึงไม่ยอมรับข้อเสนอการเยียวยาเชิงโครงสร้างดังกล่าว เนื่องจากกิจการที่ผู้ประกอบธุรกิจเสนอจะจำหน่ายให้แก่ผู้ประกอบ

¹⁰⁴ SCA/Metsa Tissue (Case COMP/M.2097) [2000] OJ C 238/13.

ธุรกิจรายอื่นนั้น มิใช่กิจการที่สามารถดำเนินต่อไปได้ จึงไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้น เพราะเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดหรือทำให้สถานะอำนาจเหนือตลาดนั้นแข็งแกร่งขึ้น จนขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป

ข. ผู้ซื้อกิจการต้องมีความเหมาะสม

ผู้ซื้อกิจการที่เหมาะสมนั้น หมายถึงผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสามารถและมีแรงจูงใจที่จะทำการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในพื้นที่หลังจากได้รับกิจการนั้นมา โดยจะต้องสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงจะทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นยังคงถูกรักษาไว้ได้ การที่ผู้ซื้อกิจการนั้นไม่มีความเหมาะสมจะส่งผลให้ประสิทธิภาพที่ควรเกิดขึ้นจากมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างนั้นลดลงได้¹⁰⁵ ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบที่ต้องการรวมธุรกิจในการค้นหาผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการซื้อกิจการบางส่วนของตน รวมถึงจะต้องพิสูจน์ว่าผู้ซื้อกิจการที่ตนจำหนายนั้น เป็นผู้ซื้อที่มีความเหมาะสมและควรได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการของสหภาพยุโรปแล้ว¹⁰⁶

โดยทั่วไปแล้ว คณะกรรมการของสหภาพยุโรปมักจะให้การยอมรับเป็นพิเศษหากผู้ประกอบธุรกิจที่ซื้อกิจการไปนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดเดียวกัน แต่มีขนาดเล็กกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ หรือผู้ประกอบธุรกิจในตลาดใกล้เคียงที่มีความเกี่ยวข้องกับตลาดที่มีการรวมธุรกิจ หรือผู้ประกอบธุรกิจที่ประสบความสำเร็จในการบริหารจัดการสินทรัพย์ดังกล่าวมาแล้วในอดีต ทั้งนี้ ผู้ซื้อกิจการที่มีความเหมาะสมมักจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ด้วย

(1) ผู้ซื้อกิจการจะต้องมีความเป็นอิสระและไม่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจไม่ว่าในทางใด

(2) ผู้ซื้อกิจการจะต้องมีทรัพยากรทางการเงิน มีประสบการณ์เกี่ยวข้องที่ได้รับการยอมรับ และมีแรงจูงใจรวมถึงความสามารถในการรักษาหรือพัฒนากิจการที่ถูกจำหน่ายออกมาโดยผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ให้สามารถคงอยู่ต่อไปและแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดได้

(3) ผู้ซื้อกิจการนั้นจะต้องไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาดขึ้นมาใหม่ โดยที่จะต้องประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการซื้อสินทรัพย์

¹⁰⁵ Directorate General for Competition, "Merger Remedies Study," [Online] Accessed: 16 May 2021. Available from: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf, p.99.

¹⁰⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*.

ของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ด้วย ทั้งนี้ การซื้อกิจการนั้นจะต้องไม่มีความเสี่ยงที่จะทำให้ข้อตกลงจำหน่ายสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างล่าช้า

กล่าวโดยสรุป ผู้ซื้อกิจการควรจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพในการดำเนินธุรกิจอยู่แล้วในตลาด ที่มีความพร้อมในด้านทรัพยากรทางการเงินและประสบการณ์ในการดำเนินกิจการ รวมถึงจะต้องมีแรงจูงใจในการรักษาและพัฒนาให้กิจการที่ถูกจำหน่ายมานั้นสามารถดำเนินต่อไปและแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁰⁷ ทั้งนี้ ผู้ซื้อกิจการหรือสินทรัพย์นั้นจะต้องเป็นอิสระและไม่มีความเกี่ยวข้องใด ๆ กับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ซึ่งหากผู้ประกอบธุรกิจที่ซื้อกิจการหรือสินทรัพย์มีลักษณะดังกล่าวครบถ้วนแล้ว ข้อเสนอในการจำหน่ายสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจึงจะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Masterfoods Holding ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนในประเทศฝรั่งเศสและอยู่ในเครือของบริษัท Mars Incorporated กับบริษัท Royal Canin SA¹⁰⁸ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายมีกิจการที่ทับซ้อนกันได้แก่กิจการผลิตและจำหน่ายอาหารสัตว์ ซึ่งภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันกว่า 50% ในตลาดอาหารสัตว์บางประเทศ ประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ ในตลาดทำให้คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปเกิดข้อกังวลว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในสหภาพยุโรป

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายให้คำมั่นแก่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปว่าจะจำหน่ายกิจการอาหารสัตว์จำนวนหลายยี่ห้อซึ่งรวมถึงช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้ารวมกันมูลค่ากว่า 198 ล้านยูโรให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่มีได้เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ โดยผู้ประกอบธุรกิจตกลงว่าจะไม่ดำเนินการรวมธุรกิจจนกว่าจะสามารถจำหน่ายสินทรัพย์ดังกล่าวข้างต้นให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปได้ ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจตกลงว่าจะหาผู้ซื้อกิจการที่เป็นอิสระจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ และมีความแข็งแกร่งทางการเงิน มีประสบการณ์ในตลาดดังกล่าว และมีศักยภาพเพียงพอในการดำเนินกิจการและพัฒนากิจการนั้นต่อไปได้ ดังนั้น คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจึงเห็นว่าข้อตกลงของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีลักษณะที่เพียงพอที่จะบรรเทาผลกระทบที่เกิดจากการรวมธุรกิจนั้นได้ จึงอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต่อไปได้ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว

ค. ขอบเขตการจำหน่ายสินทรัพย์

¹⁰⁷ Alistair Lindsay, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues* (London: Sweet & Maxwell, 2006), p.555.

¹⁰⁸ Masterfood/Royal Canin (Case COMP/M.2544) [2002] OJ C 79/05.

ประเด็นสำคัญในการพิจารณาข้อตกลงในการเยียวยาเชิงโครงสร้างคือ การจำหน่ายสินทรัพย์นั้นจะต้องมีขอบเขตที่ครอบคลุมผลกระทบจากการรวมธุรกิจอย่างสมบูรณ์ ซึ่งราว 79% ของข้อเสนอการจำหน่ายสินทรัพย์เพื่อเยียวยาเชิงโครงสร้างที่ผู้ประกอบการธุรกิจเสนอมานั้น มีปัญหาในการพิจารณาขอบเขตในการจำหน่ายสินทรัพย์¹⁰⁹ โดยที่คณะกรรมการของสหภาพยุโรป จะพิจารณาขอบเขตการจำหน่ายสินทรัพย์จากปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่

- (1) ความสัมพันธ์กับตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำระหว่างกิจการที่ถูกจำหน่ายกับกิจการส่วนที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจยังคงครอบครองไว้
- (2) ขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์ของกิจการที่จำหน่าย
- (3) ขนาดของกิจการและส่วนประกอบที่เกี่ยวข้องที่ถูกจำหน่าย
- (4) ผลกระทบจากวงจรชีวิตผลิตภัณฑ์ เช่น การที่กิจการที่ถูกจำหน่ายจะต้องแข่งขันกับผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจซึ่งพัฒนาสินค้าที่ประกอบด้วยนวัตกรรมใหม่
- (5) ประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

โดยทั่วไปแล้วคณะกรรมการของสหภาพยุโรปมักจะยอมรับที่ผู้ประกอบการจะจำหน่ายสินทรัพย์เฉพาะส่วนที่มีการทับซ้อนกันระหว่างผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ แต่จากการศึกษาพบว่าการที่ผู้ประกอบการต้องจำหน่ายกิจการบางส่วนเพิ่มเติม นอกเหนือไปจากส่วนที่ทับซ้อนกันระหว่างผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้น จะทำให้อัตราการประสบความสำเร็จของมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างสูงขึ้นเป็นอย่างมาก¹¹⁰ ดังนั้น การจำหน่ายสินทรัพย์ของกิจการไม่ควรจะหมายความถึงเฉพาะการจำหน่ายสินทรัพย์ที่จับต้องได้ของกิจการ (เช่น โรงงานสำหรับผลิตสินค้าหรือวัตถุดิบสำหรับการผลิต) แต่ควรหมายรวมถึงสินทรัพย์ต่าง ๆ ที่จับต้องไม่ได้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ หรือเครื่องหมายการค้า ซึ่งสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้เหล่านี้มักจะทำให้การดำเนินกิจการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่ในกรณีของสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้นั้น ผู้ประกอบการอาจโอนสิทธิในสินทรัพย์ดังกล่าวหรือการอนุญาตให้ผู้ประกอบการอื่นใช้สิทธิในสินทรัพย์นั้นก็ได้¹¹¹

¹⁰⁹ Directorate General for Competition, "Merger Remedies Study," [Online] Accessed: 16 May 2021. Available from: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf, p.105.

¹¹⁰ Kenneth M. Davidson, "The Reports on Divestiture Remedies of the US FTC and EU DG Comp," [Online] Accessed: 16 May 2021. Available from: <http://www.antitrustinstitute.org/files/482.pdf>.

¹¹¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.527.

นอกจากนี้ การจำหน่ายสินทรัพย์เพื่อการเยียวยาเชิงโครงสร้างในอุตสาหกรรมบางประเภทนั้น จะต้องทำการจำหน่ายสินทรัพย์ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิตสินค้านั้น ๆ เพื่อให้ผู้ซื้อกิจการนั้นเกิดการประหยัดต่อขนาดและการประหยัดต่อขอบเขตที่เพียงพอ จึงจะทำให้ผู้ซื้อกิจการสามารถดำเนินกิจการนั้นต่อไปและแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจได้ ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Unilever กับบริษัท Amora Maille¹¹² ซึ่งภายหลังจากการรวมธุรกิจดังกล่าวจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นในตลาดมายองเนสและน้ำสลัด อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจให้คำมั่นว่าจำหน่ายสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยี่ห้อ Benedicta ทั้งหมด ซึ่งประกอบไปด้วยผลิตภัณฑ์หลากหลายชนิดโดยไม่จำกัดเพียงแต่มายองเนสและน้ำสลัดเท่านั้น และครอบคลุมทุกพื้นที่ที่ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้รับการจดทะเบียนไว้ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่รับซื้อกิจการดังกล่าวข้างต้นไว้จึงสามารถเข้าประกอบกิจการดังกล่าวได้อย่างครอบคลุม และสามารถแข่งขันกับบริษัท Unilever ในระดับนานาชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจึงเห็นชอบกับข้อเสนอดังกล่าว และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้ภายหลังจากปฏิบัติตามเงื่อนไขข้างต้นแล้ว

4.2.6.2 การเยียวยาเชิงพฤติกรรม

นอกจากมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างแล้ว คณะกรรมการสิทธิการยังอาจยอมรับมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการด้วย โดยที่มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนี้เป็นคำมั่นว่าผู้ประกอบธุรกิจจะทำให้การแข่งขันในตลาดระหว่างตนกับคู่แข่งรายอื่น ๆ เป็นไปอย่างเท่าเทียม อันเป็นข้อผูกพันว่าจะจำกัดพฤติกรรมบางประการของตนในอนาคต เช่น การให้คำมั่นว่าจะไม่มีพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม การไม่จำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจ (exclusive agreement) เพื่อให้คู่แข่งรายอื่น ๆ สามารถเข้าถึงโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญต่อการประกอบธุรกิจได้ หรืออาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ สามารถใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใดที่มีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจนั้นได้ เป็นต้น

โดยทั่วไปแล้ว การเสนอเยียวยาเชิงพฤติกรรมเพียงอย่างเดียวนั้นมักจะไม่ได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปหรือศาล เนื่องจากตามธรรมชาติของมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้น ผู้ประกอบธุรกิจมักจะพยายามหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามในภายหลัง เพราะฉะนั้นการเยียวยาเชิงพฤติกรรมเพียงอย่างเดียวจึงต้องอาศัยการตรวจสอบและติดตามพฤติกรรมภายหลังจากการรวมธุรกิจ อันเป็นการใช้ทรัพยากรของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป บุคลากรที่เชี่ยวชาญ และใช้เวลาเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ ในสถานการณ์ที่โครงสร้างตลาด

¹¹² Unilever/Amora-Maille (Case COMP/M.1802) [2000] OJ C 33/04.

เปลี่ยนแปลงไป คำมั่นในการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้นอาจทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถดำเนินกิจการไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือไม่เหมาะสมกับโครงสร้างตลาดที่เปลี่ยนแปลง ดังนั้น นอกจากจะต้องมีการติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการแล้ว การเยียวยาเชิงพฤติกรรมยังอาจจำเป็นต้องได้รับการทบทวนในช่วงระยะเวลาหนึ่งด้วย ทำให้เกิดเป็นความยากลำบากในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม เนื่องจากคณะกรรมการของสหภาพยุโรปอาจต้องกำหนดเงื่อนไขในการยกเว้นการปฏิบัติตามมาตรการ การกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของมาตรการ และการกำหนดแนวทางในการปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงมาตรการอื่นมาทดแทนให้เป็นไปอย่างเหมาะสมด้วย¹¹³

อย่างไรก็ดี การเยียวยาเชิงพฤติกรรมโดยการยินยอมให้ผู้ประกอบการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกหรือปัจจัยพื้นฐานในการดำเนินกิจการมักจะได้รับการยอมรับเฉพาะในธุรกิจบางประเภท เช่น การรวมธุรกิจในการโทรคมนาคม คณะกรรมการของสหภาพยุโรปมักจะยอมรับมาตรการของผู้ประกอบการที่จะยินยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ เข้าถึงเครือข่ายของตนหรือในกิจการพลังงาน การยินยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงอัตราการผลิตพลังงานได้ก็อาจเป็นมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมที่เหมาะสม เช่นเดียวกับในกิจการขนส่งและกิจการสื่อสาร การให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกพื้นฐานของตนก็มักจะได้รับการยอมรับเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ การเพิ่มปริมาณการผลิตหรือขีดความสามารถในการให้บริการของตนเพื่อให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าถึงเครือข่ายได้ ก็อาจเป็นมาตรการเยียวยาที่เหมาะสมอันทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้เช่นกัน¹¹⁴

ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Air France และบริษัท Koninklijke Luchtvaart Maatschappij (KLM) ซึ่งเป็นผู้ประกอบการสายการบิน ทำการรวมธุรกิจกันในปี ค.ศ. 2004¹¹⁵ โดยมีเที่ยวบินที่ทับซ้อนกันในเส้นทางปารีส - อัมสเตอร์ดัม และลียง - อัมสเตอร์ดัม ซึ่งภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้วผู้ประกอบการจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดในเส้นทางการบินดังกล่าว ทำให้คณะกรรมการของสหภาพยุโรปเกิดข้อกังวลว่าการรวมธุรกิจนี้จะก่อให้เกิดการขัดขวางต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพของสหภาพยุโรป แต่ผู้ประกอบการก็ได้ให้คำมั่นอันเป็นการเยียวยาเชิงพฤติกรรม กล่าวคือ ผู้ประกอบการจะกำหนดให้มีช่วงว่างสำหรับผู้ประกอบการรายอื่นที่จะเข้ามาแข่งขันในเส้นทางการบินดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ และยังเสนอพฤติกรรมอื่น ๆ อีก เช่น ผู้ประกอบการจะไม่เพิ่มความถี่ของเที่ยวบินในเส้นทางดังกล่าว และจะทำสัญญาให้สิทธิพิเศษแก่สายการบินที่จะเข้ามาแข่งขันในเส้นทางการบินดังกล่าว เช่น การให้สิทธิ

¹¹³ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.538 - 539.

¹¹⁴ *ibid.*, pp.536 - 537.

¹¹⁵ Air France/KLM (Case COMP/M.3280) [2004] OJ C 60/06.

ในการเข้าร่วมโครงการผู้โดยสารขาประจำของสายการบิน เป็นต้น ซึ่งคณะกรรมการธิการของสหภาพยุโรปเห็นว่าคำมั่นในการเยียวยาเชิงพฤติกรรมดังกล่าวเพียงพอที่จะบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ จึงอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้

4.3 กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศญี่ปุ่น

รูปแบบของระบบการกำกับดูแลซึ่งมีลักษณะเป็นการบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจอันมีลักษณะตามที่ได้กล่าวแล้วในหัวข้อที่ 3.3.3 นั้น ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจของตนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นเสียก่อน เพื่อพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงได้ประกาศแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเอาไว้ด้วย ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจสามารถปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง

การศึกษากระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดจึงเริ่มทำการศึกษาดังแต่องค์กรบังคับใช้กฎหมาย กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ตลอดจนการกำหนดมาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดดังกล่าวโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

4.3.1 องค์กรบังคับใช้กฎหมาย

องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นมีเพียงองค์กรเดียว คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (The Japan Fair Trade Commission: JFTC) ประกอบด้วยประธานกรรมการ และกรรมการอีก 4 คน ซึ่งถูกแต่งตั้งจากนายกรัฐมนตรี ด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยเป็นหน่วยงานหนึ่งในสำนักนายกรัฐมนตรี แต่มีสถานะเป็นคณะกรรมการที่มีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระ และไม่มีองค์กรอื่นใดที่แบ่งปันหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดดังกล่าวกับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จึงไม่มีหน่วยงานใดของรัฐที่จะออกคำสั่งให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าปฏิบัติตามได้

ยกเว้นคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่มีคำวินิจฉัยยกฟ้องคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น¹¹⁶

กฎหมายป้องกันการผูกขาดยังกำหนดให้มีสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (JFTC Secretariat Office) เป็นสำนักงานสนับสนุนการปฏิบัติงานตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด โดยมีเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (The General-Secretariat) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด ซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่จำนวนทั้งสิ้น 832 คน แบ่งเป็นเจ้าหน้าที่สอบสวนจำนวน 438 คน ในปลายปี ค.ศ. 2017¹¹⁷ ทั้งนี้ แผนกดำเนินการด้านการรวมธุรกิจ จะอยู่ภายใต้การดำเนินงานของสำนักกิจการเกี่ยวกับเศรษฐกิจ¹¹⁸

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจหน้าที่ทั้งในด้านการพิจารณา และการสอบสวนการรวมธุรกิจต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจ ตลอดจนการมีคำสั่งให้ยุติหรือยกเลิกการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ซึ่งศาลยุติธรรมมีอำนาจในการทบทวนคำสั่งดังกล่าวของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ โดยศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจพิจารณาทบทวนคำสั่งเช่นว่านั้น ได้แก่ ศาลเมืองโตเกียว (Tokyo District Court)¹¹⁹

4.3.2 การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดบทที่ 4 ว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการ มาตรา 10 - 18 ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตดำเนินการต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า หากปรากฏว่าธุรกรรมดังกล่าวเหล่านั้น มีลักษณะดังต่อไปนี้¹²⁰

4.3.2.1 การได้มาซึ่งหุ้น

ภายใต้มาตรา 10 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด ผู้ประกอบธุรกิจที่จะดำเนินการใด ๆ ให้ได้มาซึ่งหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจอื่น โดยธุรกรรมดังกล่าวประกอบไปด้วยลักษณะ

¹¹⁶ Mitsuo Matsushita and John D. Davis, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law* (Tokyo: Yuhikaku, 1990), p.79.

¹¹⁷ Japan Fair Trade Commission, "About the JFTC : Staff and Budget," [Online] Accessed: 23 November 2019. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/statistics.html.

¹¹⁸ Japan Fair Trade Commission, "JFTC - Organizational Chart," [Online] Accessed: 11 April 2020. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/index_files/170919.pdf.

¹¹⁹ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, p.844.

¹²⁰ Koki Arai, *Law and Economics in Japanese Competition Policy*, pp.131 - 132.

ดังต่อไปนี้ จะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ก่อน

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นฝ่ายเข้าร่วมธุรกิจมียอดเงินขายภายในประเทศในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 2 หมื่นล้านบาท

(2) ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นฝ่ายถูกรวมธุรกิจมียอดเงินขายภายในประเทศในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 5 พันล้านบาท

(3) ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น จะต้องทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าร่วมธุรกิจมีสิทธิในการออกเสียงเกินกว่า 20% ในกรณีที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่สุด หรือ 50% ในกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีอื่น ๆ

4.3.2.2 การควบกิจการ การแตกบริษัท การโอนหุ้นร่วมกัน หรือการได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์

ภายใต้มาตรา 15, 15-2, 15-3 และมาตรา 16 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด ผู้ประกอบธุรกิจที่จะดำเนินการใด ๆ ตามมาตราดังกล่าว อันประกอบไปด้วยการควบกิจการ การแตกบริษัท การโอนหุ้นร่วมกัน หรือการได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์ โดยธุรกรรมดังกล่าว ประกอบไปด้วยลักษณะดังต่อไปนี้ จะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อน

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นฝ่ายเข้าร่วมธุรกิจมียอดเงินขายภายในประเทศในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 2 หมื่นล้านบาท

(2) ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นฝ่ายถูกรวมธุรกิจมียอดเงินขายภายในประเทศในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 5 พันล้านบาท

ทั้งนี้ เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการควบกิจการระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ อันหมายถึงการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจนั้น

4.3.3 กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

โดยปกติแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจในประเทศญี่ปุ่นส่วนใหญ่มักจะเข้าปรึกษาต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นการล่วงหน้าอย่างไม่เป็นทางการ ก่อนที่ตนจะแจ้งการรวมธุรกิจนั้นเพื่อขออนุญาตต่อคณะกรรมการอย่างเป็นทางการในภายหลัง หากปรากฏว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาแผนการรวมธุรกิจนั้นแล้ว เห็นว่าการรวมธุรกิจ

ดังกล่าวอาจมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด คณะกรรมการก็จะแจ้งไปยังผู้ประกอบการ และภายหลังจากนั้นผู้ประกอบการก็จะยกเลิกหรือปรับปรุงแผนการดำเนินการรวมธุรกิจของตนเอง เพื่อให้การรวมธุรกิจของตนสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาด ตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ให้คำแนะนำผ่านกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้า โดยที่กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าดังกล่าวนี้เป็นนโยบายของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อสนับสนุนกระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้ ช่วยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถแบ่งแยกการรวมธุรกิจที่ไม่ก่อให้เกิดข้อกังวลตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นอย่างไม่เป็นทางการนั้น มีลักษณะเป็นหนึ่งในแนวทางการกำกับดูแลการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดตามความเป็นจริง เนื่องจากในอดีตที่ผ่านมา ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะดำเนินการรวมธุรกิจเกือบทุกกรณี ได้นำแผนการรวมธุรกิจของตนเข้าปรึกษาต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามกระบวนการเช่นนี้ก่อนทั้งสิ้น ทำให้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นต่อผู้ประกอบการในกระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการนั้น มักจะได้รับการแก้ไขก่อนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

ในอดีตนั้น ผู้ประกอบการเคยมองว่ากระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นนี้ใช้เวลานาน ไม่โปร่งใส และคาดเดาไม่ได้ ดังนั้น ในปี ค.ศ. 2002 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงได้ประกาศนโยบายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจ ซึ่งมีเนื้อหา รวมถึงกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าด้วย¹²¹ ทำให้กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้านี้ถูกกำหนดขึ้นตอนไว้ด้วยความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และใช้เวลา น้อยลง¹²² กล่าวคือ ในปัจจุบันนั้น ภายหลังจากผู้ประกอบการดำเนินการส่งมอบเอกสารเกี่ยวกับแผนการดำเนินการรวมธุรกิจอย่างครบถ้วนแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการพิจารณาในเบื้องต้นให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะแจ้งไปยังผู้ประกอบการว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ไม่มีข้อกังวลใด ๆ ภายในกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อทำให้ต้องมีการตรวจสอบเพิ่มเติมได้ ซึ่งผู้ประกอบการ

¹²¹ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, pp.846 - 847.

¹²² Kozo Kawai, Kazumaro Kobayashi, and Tatsuya Tsunoda, "Merger control in Japan: overview," [Online] Accessed: 11 April 2020. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).

สามารถเข้าสอบถามเหตุผลของผลการพิจารณาในขั้นตอนนี้ได้ภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ผู้ประกอบการรวมธุรกิจได้ยื่นแผนการดำเนินการรวมธุรกิจนั้น

ทั้งนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจที่จะเข้าปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น จะต้องมีความสมบูรณ์ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ประกอบการธุรกิจที่จะเข้าปรึกษาต้องเป็นผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับแผนการรวมธุรกิจที่ต้องการขอคำปรึกษาจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

(2) ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถแสดงให้เห็นแผนการดำเนินการรวมธุรกิจในอนาคตที่เป็นรูปธรรม

(3) ในกรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ดำเนินการตรวจสอบเพิ่มเติมในรายละเอียด ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องยินยอมให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเปิดเผยผลการให้คำปรึกษาและเนื้อหาของการตรวจสอบดังกล่าวแก่สาธารณะ

กระบวนการให้คำปรึกษาล่วงหน้านั้นจะเริ่มต้นขึ้นเมื่อผู้ประกอบการได้ส่งข้อมูลและรายละเอียดเกี่ยวกับแผนการรวมธุรกิจที่เป็นรูปธรรมต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งรายละเอียดดังกล่าวจะต้องประกอบไปด้วยข้อมูลต่าง ๆ ได้แก่

(1) ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการ อันได้แก่ ชื่อของบริษัทที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ และประเภทของธุรกิจที่ดำเนินการอยู่

(2) แผนการรวมธุรกิจที่เป็นรูปธรรม อันได้แก่ วัตถุประสงค์ของการรวมธุรกิจ วิธีการดำเนินการรวมธุรกิจ ขอบเขตของกิจการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ กำหนดการดำเนินการ และข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการได้เปิดเผยต่อสาธารณะเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

(3) ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าและบริการของผู้ประกอบการธุรกิจ อันได้แก่ ลักษณะของสินค้าหรือบริการ สินค้าหรือบริการที่เป็นคู่แข่ง ความมีอยู่ของสินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนกันได้ ช่องทางการจัดจำหน่าย และโครงสร้างของธุรกิจต่าง ๆ

(4) สถานะของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด อันได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ และส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่ง

(5) ข้อมูลเกี่ยวกับปัจจัยต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการเห็นว่ามิอิทธิพลต่อการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการนำเข้าสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องนั้น จากต่างประเทศ ปริมาณการนำเข้า หรือความเชื่อมโยงระหว่างราคาสินค้าภายในประเทศกับราคาสินค้าในต่างประเทศ เป็นต้น

(6) ข้อมูลอื่นใดที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจเห็นสมควรนำเสนอแก่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจได้นำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่เป็นรูปธรรม ตามที่ได้กล่าวข้างต้นแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว กระบวนการให้คำปรึกษาล่วงหน้า นี้จะแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน กล่าวคือ การพิจารณาจากเอกสารที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเสนอทั้งหมด และการพิจารณาโดยละเอียด¹²³

4.3.3.1 การพิจารณาเอกสาร

ภายหลังจากที่คณะกรรมการการแข่งขันได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่เป็นรูปธรรมจากผู้ประกอบธุรกิจแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการพิจารณาเอกสารทั้งหมดให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน โดยที่หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นไม่ปรากฏเกิดข้อกังวลตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบ แต่หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาโดยละเอียด เนื่องจากอาจก่อให้เกิดข้อกังวลตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการประกาศว่าจะทำการพิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าวโดยละเอียดในขั้นตอนของการให้คำปรึกษาล่วงหน้าต่อสาธารณะ ซึ่งบุคคลภายนอกสามารถให้ความเห็นเกี่ยวกับแผนการรวมธุรกิจนั้นได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทำการประกาศต่อสาธารณะว่าจะมีการพิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าวโดยละเอียด

4.3.3.2 การพิจารณาโดยละเอียด

ภายหลังจากที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการรวมธุรกิจจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาโดยละเอียดแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นอาจก่อให้เกิดข้อกังวลใด ๆ ภายใต้อกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือไม่ โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะแจ้งไปยังผู้ประกอบธุรกิจว่าประเด็นที่จะทำการพิจารณานั้น เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการใด และตลาดภูมิศาสตร์ใดโดยเฉพาะ รวมถึงประเด็นต่าง ๆ ที่เป็นข้อที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีความกังวล เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเสนอเอกสารและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยที่ภายหลังจาก

¹²³ Japan Fair Trade Commission, "Policies dealing with prior consultation regarding enterprise combination plans," [Online] Accessed: 24 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly_2002/dec/2002_dec_11_1_files/2002-Dec-11_1.pdf.

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้รับเอกสารและข้อมูลดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะดำเนินการประเมินการรวมธุรกิจนั้นโดยละเอียดให้แล้วเสร็จภายใน 90 วัน และจะดำเนินการประกาศผลการพิจารณาพร้อมเหตุผลต่อสาธารณะ

อนึ่ง การเข้าปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการตามกระบวนการดังกล่าวนี้ มิได้เป็นการยกเว้นให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดแต่อย่างใด เพียงแต่ว่าหากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้คำแนะนำว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดแล้ว โดยปกติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็มักจะไม่ได้ดำเนินการสอบสวนอย่างละเอียดซ้ำอีกครั้งภายหลังจากการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ หากการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นมิได้แตกต่างกับแผนการรวมธุรกิจที่นำมาปรึกษาล่วงหน้าเป็นที่เรียบร้อยแล้ว¹²⁴

4.3.4 กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ

ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจภายในประเทศญี่ปุ่น หากมีลักษณะเข้าเงื่อนไขดังที่กำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดตามที่ได้กล่าวแล้วในข้อ 3.4.2 จะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจตามนโยบายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนด เพื่อขออนุญาตดำเนินการต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นล่วงหน้า โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องนำส่งเอกสารและข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจตามที่คณะกรรมการกำหนดในข้อบังคับว่าด้วยแนวทางการอนุญาต การรายงาน และการแจ้ง ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 9 ถึงมาตรา 16 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่งมักจะประกอบไปด้วยเอกสารที่มีรายละเอียดดังต่อไปนี้¹²⁵

- (1) แบบฟอร์มการขออนุญาตรวมธุรกิจซึ่งแบ่งตามรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องการดำเนินการ
- (2) รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ
- (3) สำเนาสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ เช่น สัญญาซื้อขายหุ้น สัญญาควบกิจการ เป็นต้น

¹²⁴ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, p.848.

¹²⁵ Japan Fair Trade Commission, "Rules on Applications for Approval, Reporting, Notification, etc. Pursuant to the Provisions of Articles 9 to 16 of the Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade," [Online] Accessed: 24 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/todokedekisoku.pdf.

- (4) รายงานการประกอบธุรกิจประจำปี งบดุล งบกำไรขาดทุนในปีล่าสุด
- (5) รายชื่อผู้ถือหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ
- (6) บันทึกการลงมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องที่อนุญาตให้มีการรวมธุรกิจ
- (7) รายงานการถือครองหลักทรัพย์ของกิจการในเครือทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ดี ในการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นทางการนี้ ผู้ประกอบธุรกิจไม่จำเป็นต้องทำการวิเคราะห์ข้อมูลทางเศรษฐกิจที่ได้ระบุไว้ในแบบฟอร์มดังกล่าวข้างต้นด้วย และการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นไม่มีค่าธรรมเนียมที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องชำระแต่อย่างใด¹²⁶

ภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะตกอยู่ภายใต้ระยะเวลารอคอย (waiting period) โดยห้ามดำเนินการรวมธุรกิจที่ได้แจ้งนั้นภายในระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ผู้ประกอบธุรกิจได้แจ้งการรวมธุรกิจ พร้อมนำส่งข้อมูลและเอกสารสำคัญที่เกี่ยวข้องแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอย่างครบถ้วนแล้ว¹²⁷ โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะเริ่มกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นทางการ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ช่วง¹²⁸

4.3.3.1 การพิจารณาขั้นแรก

กระบวนการพิจารณาอย่างเป็นทางการจะเริ่มต้นจากการพิจารณาขั้นแรก (primary review) ซึ่งเป็นช่วงที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะเน้นการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามข้อมูลในเอกสารที่ผู้ประกอบธุรกิจได้นำส่งมาให้เป็นหลัก เว้นแต่ในบางกรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากบุคคลที่ 3 ทั้งนี้ คณะกรรมการมีกรอบระยะเวลาในการพิจารณาขั้นแรกให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับ

¹²⁶ Akinori Uesugi and Kaori Yamada, "Merger Control: Japan," [Online] Accessed: 11 April 2020. Available from: <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/36/merger-control-japan/>.

¹²⁷ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, p.847.

¹²⁸ Japan Fair Trade Commission, "Policies Concerning Procedures of Review of Business Combination," [Online] Accessed: 24 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/191217.pdf.

การแจ้งการรวมธุรกิจจากผู้ประกอบธุรกิจอย่างสมบูรณ์¹²⁹ ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีการเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจนำส่งข้อมูลเพิ่มเติม ก็มีได้ส่งผลให้ระยะเวลา 30 วันดังกล่าวหยุดลงหรือเริ่มต้นใหม่แต่อย่างไร

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบธุรกิจอาจถอนการแจ้งการรวมธุรกิจดังกล่าวได้ ซึ่งมักเกิดขึ้นภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจได้เข้าปรึกษากับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะนำธุรกรรมรวมธุรกิจดังกล่าวของตนเข้าสู่การพิจารณาในช่วงที่ 2 อันจะส่งผลทำให้ระยะเวลา 30 วันในการพิจารณาขั้นแรกนี้ถูกขยายออกไป¹³⁰

ภายหลังจากการพิจารณาขั้นแรกเสร็จสิ้นแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจมีแนวทางการดำเนินการได้ 3 ประการ กล่าวคือ

ก. เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดปัญหาตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะยุติระยะเวลารอคอยก่อนครบระยะเวลา 30 วัน และแจ้งไปยังผู้ประกอบธุรกิจว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะไม่มีคำสั่งระงับการรวมธุรกิจดังกล่าว เป็นผลทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจกันสามารถดำเนินการรวมธุรกิจตามที่แจ้งมาได้ทันที อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำสั่งว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดปัญหาเนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจได้เสนอมาตรการเยียวยาอันเป็นที่ยอมรับตั้งแต่ช่วงการพิจารณาขั้นแรก คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการเปิดเผยผลการพิจารณาดังกล่าวต่อสาธารณะเพื่อเป็นข้อมูลแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นด้วย

ข. เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีลักษณะขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด กล่าวคือ การแจ้งผู้ประกอบธุรกิจเป็นหนังสือถึงผลการพิจารณาและเหตุผล เพื่อให้โอกาสแก่ผู้ประกอบธุรกิจในการนำเสนอข้อคิดเห็นหรือพยานหลักฐานเพิ่มเติม ก่อนที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีคำสั่งสุดท้ายให้ยุติหรือยกเลิกการดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว

¹²⁹ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, p.p.847.

¹³⁰ Kozo Kawai, Kazumaro Kobayashi, and Tatsuya Tsunoda, "Merger control in Japan: overview," [Online] Accessed: 11 April 2020. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).

ค. เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจำเป็นต้องมีการพิจารณาเพิ่มเติมโดยละเอียด และต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติม คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะดำเนินการพิจารณาเพิ่มเติมในช่วงที่ 2 และจะมีคำขอให้ผู้ประกอบธุรกิจนำส่งรายละเอียดสำคัญที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติม ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องแจ้งต่อผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับประเด็นทางกฎหมายที่เป็นปัญหา พร้อมสาเหตุที่ทำให้ต้องดำเนินการพิจารณาในช่วงที่ 2 ต่อไปด้วย¹³¹

4.3.3.2 การพิจารณาช่วงที่ 2

ภายหลังจากที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำตัดสินว่าจะเริ่มการพิจารณาช่วงที่ 2 แล้ว คณะกรรมการจะต้องทำการประกาศการเริ่มพิจารณาช่วงที่ 2 ต่อสาธารณะ เพื่อให้บุคคลภายนอกยื่นข้อแนะนำต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มีการประกาศการดำเนินการดังกล่าวต่อสาธารณะ เนื่องจากการพิจารณาช่วงที่ 2 นี้จะให้ความสำคัญแก่กระบวนการรับฟังความคิดเห็นจากบุคคลภายนอกเป็นหลัก

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีกรอบระยะเวลาในการดำเนินการพิจารณาในช่วงที่ 2 นี้เป็นเวลา 120 วัน นับแต่วันที่ได้รับการแจ้งการรวมธุรกิจจากผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง หรือ 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับข้อมูลสำคัญตามที่คณะกรรมการได้ร้องขอเมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาช่วงที่ 1 แล้วแต่ว่าระยะเวลาใดจะยาวกว่ากัน¹³² โดยที่ภายหลังจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาเสร็จสิ้นแล้ว อาจมีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

ก. มีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจนั้นไม่ส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ โดยแจ้งต่อผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องเป็นหนังสือว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะไม่มีคำสั่งระงับการรวมธุรกิจดังกล่าว

ข. มีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะแจ้งผลการพิจารณาดังกล่าวต่อผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อให้โอกาสแก่ผู้ประกอบธุรกิจในการนำเสนอข้อคิดเห็นหรือพยานหลักฐานเพิ่มเติม ก่อนที่

¹³¹ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, p.847.

¹³² Kozo Kawai, Kazumaro Kobayashi, and Tatsuya Tsunoda, "Merger control in Japan: overview," [Online] Accessed: 11 April 2020. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีคำสั่งสุดท้ายให้ยุติหรือยกเลิกการดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว

4.3.5 คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ภายหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาในการพิจารณาช่วงที่ 1 หรือช่วงที่ 2 แล้วแต่กรณี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจมีคำตัดสินแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง ดังต่อไปนี้

4.3.5.1 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจชอบด้วยกฎหมายป้องกันการผูกขาด

ถ้าคณะกรรมการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจแจ้งแล้ว เห็นว่าการรวมธุรกิจนั้นไม่ส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด ก็จะอนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ โดยแจ้งคำตัดสินดังกล่าวต่อผู้ประกอบการธุรกิจเป็นหนังสือว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะไม่มีคำสั่งให้ยกเลิกหรือยุติการรวมธุรกิจดังกล่าว

4.3.5.2 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจไม่ชอบด้วยกฎหมายป้องกันการผูกขาด

ถ้าคณะกรรมการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจแจ้งแล้ว เห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เช่นนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะแจ้งผลการพิจารณาดังกล่าวต่อผู้ประกอบการธุรกิจ เพื่อให้โอกาสแก่ผู้ประกอบการในการนำเสนอข้อคิดเห็นหรือพยานหลักฐานเพิ่มเติม ก่อนที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีคำสั่งสุดท้ายให้ยุติหรือยกเลิกการดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าวต่อไป

ทั้งนี้ ภายหลังจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำตัดสินเกี่ยวกับการรวมธุรกิจข้างต้นแล้ว คณะกรรมการจะดำเนินการเผยแพร่คำตัดสินดังกล่าวต่อสาธารณะภายใน 1 สัปดาห์ โดยที่ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องสามารถแจ้งต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าให้เก็บข้อมูลใดเป็นความลับได้ในระยะเวลาดังกล่าว¹³³

4.3.6 มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย

ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับการพิจารณาการรวมธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจแจ้งการฝ่าฝืนดังกล่าวไปยังอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินคดีแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่กระทำการรวม

¹³³ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, p.848.

ธุรกิจอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ โดยกฎหมายได้กำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดเกี่ยวกับการรวมธุรกิจไว้ ดังนี้¹³⁴

(1) กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจโดยไม่แจ้งต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า หรือจงใจแจ้งข้อมูลเท็จต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า หรือดำเนินการรวมธุรกิจโดยไม่รอให้พ้นจากระยะเวลารอคอย 30 วัน ผู้ประกอบธุรกิจอาจต้องรับโทษปรับจำนวนไม่เกิน 2 ล้านบาท

(2) กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่สั่งให้ยุติหรือยกเลิกการรวมธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจอาจต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 3 ล้านบาท สำหรับบุคคลธรรมดา หรือปรับไม่เกิน 300 ล้านบาทสำหรับนิติบุคคล

นอกจากโทษปรับดังกล่าวข้างต้นแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังมีอำนาจในการกำหนดมาตรการเยียวยาได้ ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าวข้างต้นให้อำนาจแก่คณะกรรมการในการกำหนดมาตรการเยียวยาโดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การเยียวยาเชิงโครงสร้าง และการเยียวยาเชิงพฤติกรรม¹³⁵

4.3.6.1 การเยียวยาเชิงโครงสร้าง

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างแก่ผู้ประกอบธุรกิจ โดยให้ผู้ประกอบธุรกิจแก้ไขการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาดที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ ด้วยการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการจำหน่ายกิจการบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจออกไป (divestiture) หรือลดสัดส่วนของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงที่ผู้ประกอบธุรกิจถืออยู่ลง เป็นต้น¹³⁶ โดยที่การเยียวยาเชิงโครงสร้างนั้นถือเป็นมาตรการที่สามารถเยียวยาผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจำหน่ายกิจการบางส่วนออกไปจนเกิดเป็นคู่แข่งรายใหม่ในตลาด หรือการทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดอยู่ก่อนแล้วมีศักยภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจมากยิ่งขึ้น

มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างนั้นถือเป็นมาตรการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้ความสำคัญเป็นลำดับแรก เนื่องจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่

¹³⁴ Japan Fair Trade Commission, "Merger Notification and Procedures Template," [Online] Accessed: 12 April 2020. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/ICNmerger.html, p.20.

¹³⁵ Etsuko Kameoka, *Competition Law and Policy in Japan and the EU*, p.105.

¹³⁶ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, p.855.

จำเป็นต้องติดตามและตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจอีกในภายหลัง แต่มักจะเป็นมาตรการที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ชื่นชอบนัก¹³⁷

ตัวอย่างเช่น กรณี *NXP/Freescale*¹³⁸ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท NXP Semiconductos กับบริษัท Freescale Semiconductor อันเป็นผู้ผลิตและจัดจำหน่ายวงจรรวมทรานซิสเตอร์สำหรับความถี่วิทยุ (RF Transistor) ซึ่งเป็นตลาดที่มีอัตราการกระจุกตัวตามดัชนี HHI ประมาณ 4,300 และผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดเป็นสองอันดับแรกในตลาด กล่าวคือ บริษัท Freescale Semiconductor มีส่วนแบ่งตลาด 35% และบริษัท NXP Semiconductos มีส่วนแบ่งตลาด 25% ดังนั้น ภายหลังจากการรวมธุรกิจผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึง 60% ซึ่งแตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดเพียงรายละประมาณ 10% เท่านั้น ดังนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวจึงมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบธุรกิจได้เสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบดังกล่าวมาพร้อมกับการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยบริษัท Freescale Semiconductor จะทำการโอนสิทธิและลูกจ้างในกิจการที่เกี่ยวข้องกับกิจการผลิตและจำหน่ายวงจรรวมทรานซิสเตอร์สำหรับความถี่วิทยุที่ก่อให้เกิดความกังวลของบริษัท NXP Semiconductos ทั้งหมดที่ผู้ประกอบธุรกิจอาจได้รับมาภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีประสบการณ์และศักยภาพในการดำเนินกิจการดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจยังคงมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดสินค้าดังกล่าวเท่าเดิมภายหลังจากการรวมธุรกิจ และการแข่งขันในตลาดดังกล่าวไม่ได้รับผลกระทบ ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงตัดสินใจว่าหากผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการตามมาตรการเยียวยาที่ผู้ประกอบธุรกิจเสนอแล้วนั้น การรวมธุรกิจดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้

4.3.6.2 การเยียวยาเชิงพฤติกรรม

นอกจากการเยียวยาเชิงโครงสร้างแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังยอมรับมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมด้วย ซึ่งในหลายกรณีนั้นมาตรการเยียวยา

¹³⁷ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.134.

¹³⁸ Japan Fair Trade Commission, "Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2015," [Online] Accessed: 16 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/171020.pdf, pp.45 - 47.

เชิงพฤติกรรมก็สามารถเยียวยาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างเพียงพอแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการรวมธุรกิจในแนวดิ่งและการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย ทั้งนี้ มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ กล่าวคือ

ก. มาตรการสนับสนุนการนำเข้าและการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถหาผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่จะซื้อกิจการของตนตามมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างได้ ผู้ประกอบธุรกิจอาจชดเชยด้วยการสนับสนุนการนำเข้าหรือการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ซึ่งให้ผลใกล้เคียงกับมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างได้เช่นกัน ซึ่งมาตรการสนับสนุนการนำเข้านี้อาจได้แก่การที่ผู้ประกอบธุรกิจยินยอมให้ผู้นำเข้าสามารถใช้คลังสินค้าหรือระบบการจัดจำหน่ายสินค้าของตนกับสินค้าที่นำเข้ามาจากต่างประเทศได้ หรือผู้ประกอบธุรกิจอาจยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ใช้สิทธิบัตรของตนได้ เพื่อสนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นสามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่าย เป็นต้น

ข. มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมในรูปแบบอื่น ๆ

นอกเหนือไปจากมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง และการสนับสนุนการนำเข้าหรือการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่แล้ว ผู้ประกอบธุรกิจอาจเสนอมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีความเหมาะสมในการชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้เช่นกัน โดยอาจเป็นการตกลงจะกระทำการ หรือไม่กระทำการบางอย่างที่อาจส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดได้ เช่น การให้คำมั่นว่าจะไม่มีพฤติกรรมเลือกปฏิบัติ หรือจะหลีกเลี่ยงการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบธุรกิจอันจะนำไปสู่การสมรู้ร่วมคิดกันในตลาดได้ เป็นต้น¹³⁹

ตัวอย่างการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม เช่น ในกรณี *Hitachi Metals/Santoku*¹⁴⁰ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Hitachi Metals และบริษัท Santoku ในปี ค.ศ. 2017 ดังที่ได้กล่าวแล้ว บริษัท Santoku นั้นเป็นผู้ผลิตแม่เหล็กนิโอดีเมียมอัลลอย ซึ่งเป็นวัตถุดิบสำคัญในการผลิตแม่เหล็กนิโอดีเมียมของบริษัท Hitachi Metals ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีแนวโน้มสูงที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการ

¹³⁹ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*.

¹⁴⁰ Japan Fair Trade Commission, "Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2017," [Online] Accessed: 23 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/MajorBusinessCombinationsinFY2017.pdf.

แข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ เนื่องจากบริษัท Santoku ซึ่งเป็นผู้ผลิตวัตถุดิบในระดับต้นน้ำ รายใหญ่มีความสามารถและแรงจูงใจที่จะปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อที่เป็นคู่แข่งชั้นในตลาด ระดับปลายน้ำแล้ว จะทำให้ผู้ซื้อต้องใช้เวลาและเพิ่มภาระเป็นอย่างมากในการหาผู้ผลิตรายใหม่ ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจมียอดขายและกำไรเพิ่มสูงขึ้นในภายหลังจากการรวมธุรกิจ อีกทั้งบริษัท Hitachi Metals ก็มี khả năngและแนวโน้มที่จะมีพฤติกรรมปฏิเสธการซื้อวัตถุดิบจากผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่ทำการสั่งซื้ออยู่เป็นประจำในตลาดระดับต้นน้ำ จนสามารถกำจัดผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น ออกจากตลาดได้ และทำให้บริษัท Santoku กลายเป็นผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียวในตลาด ระดับต้นน้ำดังกล่าว

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบธุรกิจได้เสนอมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมจำนวน หลายมาตรการ ได้แก่

ก. การทำข้อตกลงว่าผู้ประกอบธุรกิจจะยังคงดำเนินธุรกรรมที่ทำอยู่ใน ปัจจุบันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ต่อไป กล่าวคือ บริษัท Santoku จะยังคงจำหน่ายแม่เหล็กนิ โอติเมียมอัลลอยแก่ผู้ผลิตแม่เหล็กนิโอติเมียมในปริมาณเท่ากับอัตราการจำหน่ายเฉลี่ยในสามปีที่ผ่านมา ในราคาระดับเดิมเป็นเวลาอย่างน้อย 5 ปี และบริษัท Hitachi Metals จะยังคงซื้อวัตถุดิบในการ ผลิตสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดิมในตลาดในปริมาณเท่ากับอัตราการซื้อเฉลี่ยในสามปีที่ผ่านมา เป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปี

ข. ผู้ประกอบธุรกิจจะกำหนดให้มีมาตรการในการป้องกันและจำกัดการ เข้าถึงข้อมูลที่มีความอ่อนไหวที่เกี่ยวกับการแข่งขันในตลาดระดับต่าง ๆ ได้แก่ ราคาสินค้า ปริมาณ การจำหน่ายสินค้า และองค์ประกอบของสินค้าที่จำหน่ายให้แก่คู่แข่งชั้นในตลาด โดยผู้ประกอบธุรกิจ จะกำหนดมาตรการป้องกันมิให้ผู้บริหารหรือพนักงานของกิจการทั้งสองเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้น ของอีกกิจการหนึ่งได้ เพื่อมิให้เกิดการได้เปรียบในการแข่งขัน

ค. ผู้ประกอบธุรกิจจะทำการรายงานการดำเนินกิจการต่อคณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้าปีละหนึ่งครั้ง ตลอดระยะเวลา 5 ปี เพื่อยืนยันว่าผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการ ตามมาตรการเยียวยาดังกล่าวข้างต้นอย่างสม่ำเสมอ

ที่สุดคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรการ เยียวยาเชิงพฤติกรรมดังกล่าวที่ผู้ประกอบธุรกิจได้เสนอนั้นเพียงพอที่จะบรรเทาผลกระทบที่อาจ เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้อย่างเหมาะสม และเห็นว่าหากผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการตามมาตรการ ต่าง ๆ ข้างต้น จะทำให้การรวมธุรกิจนั้นไม่ส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตาม กฎหมายป้องกันการผูกขาด จึงยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้

4.4 กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศสิงคโปร์

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดกระบวนการและขั้นตอนในการดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจดังกล่าวไว้อย่างละเอียด โดยเริ่มต้นตั้งแต่กระบวนการเข้าปรึกษากับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค ตลอดจนกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคอย่างเป็นทางการ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่สร้างความคลุมเครือในการดำเนินการรวมธุรกิจแก่ผู้ประกอบการ

การศึกษากระบวนการดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ จะทำการศึกษาดังแต่องค์กรบังคับใช้กฎหมาย กระบวนการก่อนการแจ้งการรวมธุรกิจ กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ การออกคำตัดสิน ตลอดจนการกำหนดมาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมายโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค

4.4.1 องค์กรบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ ประกอบไปด้วยองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารจัดการและบังคับใช้กฎหมายจำนวน 3 องค์กรหลัก ๆ ได้แก่

4.4.1.1 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค

องค์กรบังคับใช้กฎหมายหลักตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ คือคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (The Competition Commission of Singapore: CCCS) ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2005 โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่อย่างไรก็ดี เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2018 องค์กรดังกล่าวได้ถูกเปลี่ยนชื่อเป็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค (The Competition and Consumer Commission of Singapore: CCCS) เนื่องจากมีการเพิ่มอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวให้ครอบคลุมไปถึงการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ด้วย ทั้งนี้ นอกจากอำนาจหน้าที่หลักในการสอบสวนและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่ผู้ประกอบการซึ่งมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายแล้ว คณะกรรมการชุด

ดังกล่าวยังมีอำนาจหน้าที่ในการเป็นตัวแทนของประเทศสิงคโปร์ในด้านการแข่งขันทางการค้า และให้คำแนะนำต่อรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ เกี่ยวกับนโยบายด้านการแข่งขันทางการค้าด้วย¹⁴¹

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ประกอบไปด้วยประธานคณะกรรมการ และกรรมการอีก 8 คน ซึ่งถือเป็นหน่วยงานภายใต้กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม จึงอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาและถูกแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม โดยที่แบ่งแผนกที่ทำหน้าที่หลักออกเป็น 2 แผนกใหญ่ ๆ ได้แก่ แผนกนโยบายและวิเคราะห์ในทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งทำการกำหนดกรอบนโยบายและประกาศแนวปฏิบัติต่าง ๆ เพื่อการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า รวมถึงทำการศึกษาวิเคราะห์ สอบสวน และประเมินผลกระทบจากพฤติกรรมต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดต่อการแข่งขันในตลาดในมุมมองด้านเศรษฐศาสตร์ และแผนกกฎหมายและการบังคับใช้ ซึ่งทำการวิเคราะห์ด้านกฎหมายและจัดเตรียมเอกสารต่าง ๆ รวมถึงเป็นตัวแทนของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ในการดำเนินคดีทางกฎหมาย¹⁴²

ทั้งนี้ หน้าที่หลักเกี่ยวกับการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าภายในประเทศสิงคโปร์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ ถูกกำหนดไว้ตามมาตรา 6 (1) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วยหน้าที่ดังต่อไปนี้

- ก. รักษาและส่งเสริมพฤติกรรมที่มีประสิทธิภาพ ส่งเสริมผลิตภาพนวัตกรรม และความสามารถในการแข่งขันของตลาดสินค้าหรือบริการต่าง ๆ ในประเทศสิงคโปร์
- ข. กำจัดและควบคุมพฤติกรรมที่มีผลเสียต่อการแข่งขันในประเทศสิงคโปร์
- ค. ส่งเสริมและรักษาการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการต่าง ๆ ในประเทศสิงคโปร์
- ง. ส่งเสริมวัฒนธรรมการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์
- จ. ให้คำแนะนำต่อรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ เกี่ยวกับนโยบายด้านการแข่งขัน
- ฉ. ทำหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายจากกฎหมายอื่น ๆ

¹⁴¹ Competition and Consumer Commission of Singapore, "Who We Are," [Online] Accessed: 10 April 2020. Available from: <https://www.cccs.gov.sg/about-cccs>.

¹⁴² Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1209.

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์เกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น คือ คณะกรรมการชุดดังกล่าวอาจทำการทบทวนการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจได้ ไม่ว่าการทบทวนนั้นจะเกิดขึ้นจากการแจ้งการรวมธุรกิจมาโดยผู้ประกอบธุรกิจ หรือคณะกรรมการเริ่มต้นทำการทบทวนและสอบสวนการรวมธุรกิจนั้นด้วยตนเอง¹⁴³

4.4.1.2 คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

นอกจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ยังกำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (The Competitive Appeal Board: CAB) ไว้ อีกด้วยตามมาตรา 72 ซึ่งประกอบไปด้วย คณะกรรมการไม่เกิน 30 คน ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมเป็นผู้แต่งตั้งโดยพิจารณาจากความสามารถและประสบการณ์เกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้า และการบริหารจัดการ มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์เกี่ยวกับคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแต่งตั้งเพียงผู้เดียว¹⁴⁴

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เกี่ยวกับการรวมธุรกิจนั้น ได้แก่การพิจารณาอุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคที่ตัดสินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจนำไปสู่การลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศสิงคโปร์ หรือพิจารณาอุทธรณ์เกี่ยวกับคำสั่งต่าง ๆ ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ¹⁴⁵

4.4.1.3 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมมีอำนาจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เป็นอย่างมาก ซึ่งนอกจากจะมีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมยังมีอำนาจสำคัญอีก 2 ประการ ได้แก่ การกำหนดให้ความตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจบางประเภทไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (block exemption) และอำนาจในการยกเว้นให้การรวมธุรกิจไม่ต้องตกอยู่

¹⁴³ *ibid.*, p.1209.

¹⁴⁴ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.10.

¹⁴⁵ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1209.

ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ หากการรวมธุรกิจนั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ¹⁴⁶

4.4.2 การรวมธุรกิจที่ควรดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้นเป็นระบบการแจ้งการรวมธุรกิจโดยใจสมัคร ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจนั้นจะต้องทำการประเมินตนเองว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นมีความเสี่ยงที่จะถูกตรวจสอบโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่ ซึ่งข้อดีของการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคคือกรอบระยะเวลาที่การรวมธุรกิจดังกล่าวจะถูกพิจารณาในระยะแรกนั้นจะเป็นไปโดยชัดเจน กล่าวคือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคมีเวลาในการพิจารณา 30 วัน

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคอาจเริ่มตรวจสอบการรวมธุรกิจดังกล่าวในเวลาใดก็ได้ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจอาจต้องเผชิญความไม่แน่นอนในการตัดสินใจ รวมถึงมีความเป็นไปได้ที่อาจจะถูกปรับและถูกออกคำสั่งให้ดำเนินการเยียวยาในลักษณะต่าง ๆ เช่น ให้เพิกถอนการรวมธุรกิจที่ได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว หรือให้จำหน่ายสินทรัพย์บางส่วนออกไป หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคตัดสินว่าการรวมธุรกิจที่มีได้มีการแจ้งอย่างเป็นทางการนั้นก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ อันต้องห้ามตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า¹⁴⁷

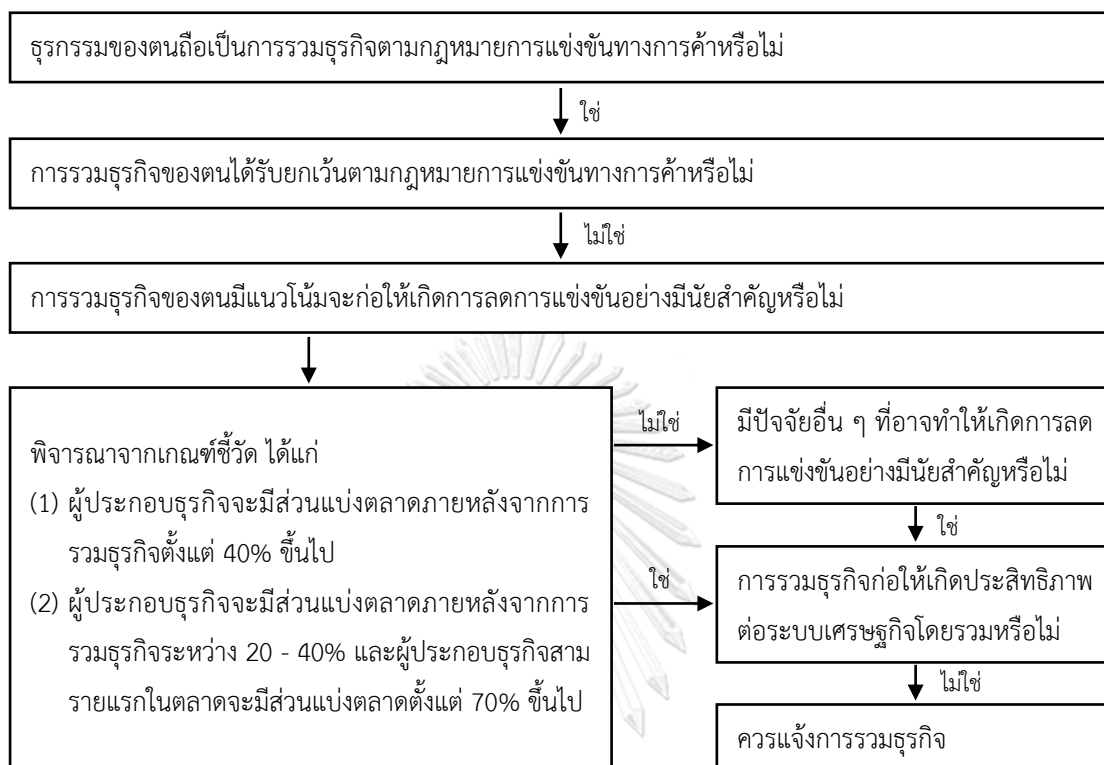
ผู้ประกอบธุรกิจอาจบรรเทาความเสี่ยงที่จะถูกดำเนินการดังกล่าวได้โดยการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคอย่างเป็นทางการ เพื่อให้คณะกรรมการมีคำตัดสินอย่างชัดเจนว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจควรดำเนินการประเมินตนเองว่าควรแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่ โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่ปรากฏในแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค¹⁴⁸ กล่าวคือ

¹⁴⁶ ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน*, หน้า 166 - 167.

¹⁴⁷ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.181 - 182.

¹⁴⁸ *ibid.*, p.182.

รูปที่ 5 แนวทางการประเมินตนเองตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์



4.4.3 กระบวนการก่อนการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตอย่างเป็นทางการ

ก่อนที่ผู้ประกอบธุรกิจจะดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจของตนเองต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์อย่างเป็นทางการนั้น ตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจได้เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าทำการปรึกษากับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อปรึกษาก่อนการรวมธุรกิจของตนเองได้ โดยแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

4.4.3.1 กระบวนการขอคำแนะนำแบบไม่เปิดเผย

มาตรา 55A ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้สิทธิแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจที่สามารถขอคำแนะนำจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการก็จะให้คำแนะนำแบบไม่เปิดเผยว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจนำไปสู่การลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศสิงคโปร์หรือไม่ โดยข้อมูลทั้งหมดจะถูกเก็บเป็นความลับ และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค

จะไม่มี การสอบถามบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด¹⁴⁹ ภายหลังจากนั้นผู้ประกอบการจึงจะ ตัดสินใจว่าตนเองควรจะแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครอง ผู้บริโภคเพื่อขออนุญาตรวมธุรกิจนั้นหรือไม่

อนึ่ง ผู้ประกอบการจะขอคำแนะนำแบบไม่เปิดเผยจากคณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ได้ก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้เท่านั้น

ก. ผู้ประกอบการจะต้องยังมีได้ดำเนินการรวมธุรกิจจนเสร็จสิ้น แต่ผู้ ประกอบธุรกิจมีเจตนาโดยสุจริตที่จะดำเนินการรวมธุรกิจนั้น

ข. การรวมธุรกิจนั้นยังไม่ปรากฏต่อสาธารณะ หรือกรณีที่ผู้ประกอบการมีการเปิดเผยการรวมธุรกิจนั้นต่อสาธารณะแล้ว ก็จะต้องแจ้งเหตุผลในการขอคำแนะนำในรูปแบบที่ไม่ เปิดเผยต่อคณะกรรมการ แทนที่จะดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการด้วย

ค. การรวมธุรกิจนั้นจะต้องมีประเด็นเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบต่อ การแข่งขันในประเทศสิงคโปร์

ง. ผู้ประกอบการจะต้องรายงานความคืบหน้าของการรวมธุรกิจภาย หลังจากรับคำแนะนำแบบไม่เปิดเผยเป็นที่เรียบร้อยแล้วต่อคณะกรรมการด้วย

ผู้ประกอบการที่ต้องการขอคำแนะนำแบบไม่เปิดเผยจากคณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค จะต้องแจ้งข้อมูลเบื้องต้นที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ¹⁵⁰ ดังต่อไปนี้

ก. รายชื่อของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ

ข. รายละเอียดเกี่ยวกับตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งมีความทับซ้อนกันระหว่าง กิจการที่ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจกำลังดำเนินอยู่

ค. กำหนดการดำเนินการรวมธุรกิจ

ง. หลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการต้องการดำเนินการรวมธุรกิจ โดยสุจริต

จ. เหตุผลในการเข้าขอรับคำแนะนำแบบไม่เปิดเผย

¹⁴⁹ Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, p.145.

¹⁵⁰ *ibid.*, p.146.

ภายหลังจากได้รับการขอคำแนะนำแบบไม่เปิดเผยจากผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นแล้ว โดยปกติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะให้คำแนะนำแบบไม่เปิดเผยกลับไปยังผู้ประกอบธุรกิจที่ยื่นคำขอมา ภายในเวลา 14 วันนับแต่วันที่รับคำขอนั้น¹⁵¹

อย่างไรก็ดี คำแนะนำแบบไม่เปิดเผยเช่นว่านี้ ไม่มีผลเสมือนเป็นคำตัดสินจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ และไม่มีผลผูกพันใด ๆ ต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ด้วยเช่นกัน เนื่องจากยังมิได้มีการทำการสอบสวนอย่างเต็มรูปแบบ¹⁵²

4.4.3.2 กระบวนการขอคำปรึกษา

นอกจากการขอคำแนะนำแบบไม่เปิดเผยข้างต้นแล้ว ภายใต้มาตรา 56 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ผู้ประกอบธุรกิจยังอาจขอคำปรึกษาก่อนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ได้ (pre-notification discussions: PNDs) ซึ่งคณะกรรมการจะให้คำแนะนำเกี่ยวกับการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์อย่างเป็นทางการ เช่น ประเด็นในการรวมธุรกิจที่นำกังวลเป็นพิเศษ หรือช่วงเวลาที่จะแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการ เป็นต้น ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้ประกอบธุรกิจจะได้ดำเนินการรวมธุรกิจจนเสร็จสิ้นเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หรือมีเพียงแผนในการรวมธุรกิจก็สามารถเข้าสู่กระบวนการขอคำปรึกษานี้ได้ทั้งสิ้น¹⁵³

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะช่วยผู้ประกอบธุรกิจในการตรวจสอบความสมบูรณ์ของข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจระบุลงในแบบฟอร์ม M1 และแบบฟอร์ม M2 ที่ต้องยื่นต่อคณะกรรมการเพื่อขออนุญาตรวมธุรกิจในอนาคต อันจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเริ่มต้นกระบวนการขออนุญาตรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการได้โดยถูกต้อง และสามารถบริหารจัดการระยะเวลาในการดำเนินการรวมธุรกิจของตนได้ นอกจากนี้ กระบวนการขอคำปรึกษายังช่วยให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเตรียมข้อมูลที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคอาจทำการขอเพิ่มเติมในการประเมินการรวมธุรกิจนั้นได้อีกด้วย ส่งผลให้ผู้ประกอบ

¹⁵¹ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.621.

¹⁵² Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, p.214.

¹⁵³ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.183.

ธุรกิจสามารถเสนอข้อมูลดังกล่าวให้แก่คณะกรรมการได้ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณา จึงอาจทำให้กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจเป็นไปโดยรวดเร็วยิ่งขึ้น¹⁵⁴

ดังนั้น ถึงแม้ว่ากระบวนการขอคำปรึกษานี้จะมีได้เป็นกระบวนการที่บังคับ แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ก็สนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการขอคำปรึกษาก่อนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ เนื่องจากกระบวนการดังกล่าวจะช่วยให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเตรียมข้อมูลที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ต้องใช้ในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจได้อย่างถูกต้อง ทำให้ความเสี่ยงที่ผู้ประกอบธุรกิจจะถูกเรียกข้อมูลเพิ่มเติมจากคณะกรรมการจนเป็นเหตุให้ระยะเวลาในการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นอาจเพิ่มขึ้นอีก 30 วันลดน้อยลง

ในการเข้าสู่กระบวนการขอคำปรึกษาจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจจะต้องยื่นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรอันประกอบไปด้วยข้อมูลต่าง ๆ ได้แก่

ก. ข้อมูลเกี่ยวกับแผนการรวมธุรกิจที่เพียงพอจะแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจมีเจตนาที่จะดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปโดยสุจริต ตัวอย่างเช่น ข้อมูลการโต้ตอบระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายกิจการ ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาในการรวมธุรกิจ

ข. ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการรวมธุรกิจเรียบร้อยแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงข้อมูลเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่ปรากฏต่อสาธารณะ อันรวมถึงข้อมูลที่ปรากฏในสื่อต่าง ๆ ด้วย

ค. รายละเอียดเกี่ยวกับการรวมธุรกิจ เช่น ข้อมูลเบื้องหลังที่นำไปสู่การรวมธุรกิจ และเหตุการณ์สำคัญต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการรวมธุรกิจนั้น

ง. รายละเอียดโดยสรุปเกี่ยวกับตลาดและขอบเขตกิจการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น

จ. ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น

ภายหลังจากที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคยอมรับการให้คำปรึกษาแก่ผู้ประกอบธุรกิจแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องนำเสนอร่างแบบฟอร์มขอ

¹⁵⁴ ibid., p.183.

อนุญาตรวมธุรกิจ (แบบฟอร์ม M1) ให้แก่คณะกรรมการล่วงหน้าอย่างน้อย 5 วันก่อนวันที่คณะกรรมการได้นัดให้ผู้ประกอบธุรกิจเข้าพบ และคณะกรรมการจะดำเนินการต่าง ๆ ดังนี้

ก. คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะทำการพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจระบุในแบบฟอร์ม M1 พร้อมชี้แจงว่ามีข้อมูลใดบ้างที่คณะกรรมการต้องการเพิ่มเติมในการพิจารณาการรวมธุรกิจ

ข. คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะตอบข้อสงสัยที่ผู้ประกอบธุรกิจมีเกี่ยวกับข้อมูลที่ต้องใช้ในการขออนุญาตรวมธุรกิจ รวมถึงข้อสงสัยเกี่ยวกับกระบวนการขออนุญาตรวมธุรกิจ

อย่างไรก็ดี ข้อสำคัญของกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้านี้ คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะไม่พิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการให้คณะกรรมการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวเป็นการล่วงหน้า จะต้องดำเนินการตามกระบวนการขอคำแนะนำแบบไม่เปิดเผยดังที่กล่าวข้างต้นแล้วแทน¹⁵⁵

นอกจากนี้ เนื่องจากกระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นทางการ ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะไม่ออกเอกสารยืนยันข้อมูลใด ๆ เกี่ยวกับข้อมูลในกระบวนการดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรแก่ผู้ประกอบธุรกิจ¹⁵⁶

4.4.4 กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ

ดังที่กล่าวแล้วว่าระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศสิงคโปร์นั้นเป็นไปโดยความสมัครใจของผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจมิได้ถูกบังคับตามกฎหมายให้ต้องแจ้งการรวมธุรกิจของตนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์อย่างเป็นทางการทุกกรณี ต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจที่พิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นเข้าข่ายก่อให้เกิดผลกระทบตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว จึงอาจจะแจ้งการรวมธุรกิจของตนต่อคณะกรรมการเพื่อขออนุญาตรวมธุรกิจดังกล่าวอย่างเป็นทางการ

¹⁵⁵ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.212 - 213.

¹⁵⁶ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.184.

ค่าธรรมเนียมในการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคนั้น เป็นไปตามขนาดของกิจการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ กล่าวคือ

(1) ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นฝ่ายเข้าซื้อกิจการนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายย่อย อันได้แก่ ผู้ประกอบธุรกิจที่มียอดขายไม่เกิน 100 ล้านเหรียญสิงคโปร์ หรือมีจำนวนลูกจ้างไม่เกิน 200 คน ค่าธรรมเนียมสำหรับการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการจะมีมูลค่า 5,000 เหรียญสิงคโปร์ (ประมาณ 125,000 บาท)

(2) ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจหรือสินทรัพย์เป้าหมายในการเข้าร่วมธุรกิจนั้นมีมูลค่าไม่เกิน 200 ล้านเหรียญสิงคโปร์ ค่าธรรมเนียมสำหรับการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการจะมีมูลค่า 15,000 เหรียญสิงคโปร์ (ประมาณ 375,000 บาท)

(3) ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจหรือสินทรัพย์เป้าหมายในการเข้าร่วมธุรกิจนั้นมีมูลค่าเกินกว่า 200 ล้านเหรียญสิงคโปร์ แต่ไม่เกิน 600 ล้านเหรียญสิงคโปร์ ค่าธรรมเนียมสำหรับการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการจะมีมูลค่า 50,000 เหรียญสิงคโปร์ (ประมาณ 1,250,000 บาท)

(4) ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจหรือสินทรัพย์เป้าหมายในการเข้าร่วมธุรกิจนั้นมีมูลค่าเกินกว่า 600 ล้านเหรียญสิงคโปร์ขึ้นไป ค่าธรรมเนียมสำหรับการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการจะมีมูลค่า 100,000 เหรียญสิงคโปร์ (ประมาณ 2,500,000 บาท)

เมื่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ได้รับคำขอดังกล่าวข้างต้นจากผู้ประกอบธุรกิจแล้ว จะดำเนินการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการใดในประเทศสิงคโปร์ อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่¹⁵⁷

ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ภายหลังจากที่คณะกรรมการได้รับคำร้องขอรวมธุรกิจจากผู้ประกอบธุรกิจมาแล้วนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วง คือ การพิจารณาช่วงที่ 1 และการพิจารณาช่วงที่ 2 ซึ่งไม่จำเป็นที่การรวมธุรกิจจะต้องผ่านการพิจารณาทั้ง 2 ช่วง กล่าวคือ เฉพาะการรวมธุรกิจบางกรณีเท่านั้นที่ต้องเข้าสู่การพิจารณาช่วงที่ 2 ด้วย ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

¹⁵⁷ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.622.

4.4.4.1 การพิจารณาช่วงที่ 1

ผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อนำเข้าสู่การพิจารณาช่วงที่ 1 โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ จะต้องยื่นแบบฟอร์ม M1 ที่กรอกข้อมูลอย่างสมบูรณ์และชำระค่าธรรมเนียมเป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยที่คณะกรรมการมีกรอบในการพิจารณาเป็นระยะเวลา 30 วันแบบไม่บังคับ ภายหลังจากที่ได้รับแบบฟอร์ม M1 ที่กรอกข้อมูลครบถ้วนจากผู้ประกอบธุรกิจแล้ว หากการแจ้งการรวมธุรกิจดังกล่าวถูกต้องแล้ว คณะกรรมการจะแจ้งรับการพิจารณาอย่างเป็นทางการไปยังผู้ประกอบการที่เป็นลายลักษณ์อักษร

โดยที่แบบฟอร์ม M1 ดังกล่าว กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจ ต้องระบุข้อมูลดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย¹⁵⁸

- ก. รายละเอียดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ
- ข. คำอธิบายเกี่ยวกับธุรกรรม
- ค. คำอธิบายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ทั้งในระดับโลก และในประเทศสิงคโปร์
- ง. คำอธิบายเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่คาบเกี่ยวกัน รวมถึงตราสินค้าด้วย
- จ. คำอธิบายเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่สามารถใช้ทดแทนกันได้
- ฉ. มุมมองของผู้ประกอบธุรกิจต่อขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง สภาพการแข่งขันในตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด อำนาจของผู้ซื้อในตลาด ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ทั้งผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว ผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจหลายราย และผลกระทบในแนวดิ่ง รวมถึงประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น

ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์อาจปฏิเสธที่จะรับการแจ้งการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจไว้พิจารณาได้ หากปรากฏเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้

- ก. การแจ้งการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ครบถ้วนสมบูรณ์
- ข. การแจ้งการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีเอกสารประกอบที่เกี่ยวข้องแนบมา

¹⁵⁸ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on Merger Procedures," July 2012, Annex A.

- ค. การแจ้งการรวมธุรกิจไม่เป็นไปตามรูปแบบที่กำหนดอย่างมีนัยสำคัญ
- ง. ผู้ประกอบธุรกิจไม่ทำการชำระค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนด
- จ. การรวมธุรกิจนั้นมิได้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือกฎระเบียบอื่นใดภายใต้กฎหมายฉบับดังกล่าว

โดยที่กรอบระยะเวลา 30 วันแบบไม่บังคับนั้น จะเริ่มนับต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจได้แจ้งการรวมธุรกิจอย่างถูกต้องสมบูรณ์ หรือได้แก้ไขการแจ้งการรวมธุรกิจให้ครบถ้วนตามที่คณะกรรมการแจ้งมายังผู้ประกอบธุรกิจแล้ว

การพิจารณาช่วงที่ 1 นี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะทำการประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอันเข้าข่ายเป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ ซึ่งโดยปกติแล้วจะเสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 30 วัน เว้นแต่ในบางกรณี คณะกรรมการอาจขยายระยะเวลาพิจารณาช่วงที่ 1 นี้ออกไปได้¹⁵⁹ ซึ่งในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคอาจมีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายและสามารถดำเนินการได้ หรือหากยังไม่สามารถสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เช่นนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจำเป็นต้องดำเนินการพิจารณาต่อไปในช่วงที่ 2 โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะได้รับคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคเป็นลายลักษณ์อักษร¹⁶⁰

4.4.4.2 การพิจารณาช่วงที่ 2

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะเริ่มกระบวนการพิจารณาช่วงที่ 2 หากคณะกรรมการไม่สามารถสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาในช่วงที่ 2 นี้ จะมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น โดยที่คณะกรรมการจะทำการตรวจสอบการรวมธุรกิจนั้นอย่างละเอียด ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องยื่น

¹⁵⁹ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.216 - 217.

¹⁶⁰ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.193.

แบบฟอร์ม M2 ต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์¹⁶¹ ซึ่งต้องการข้อมูลที่ละเอียดมากกว่าแบบฟอร์ม M1 ดังต่อไปนี้¹⁶²

ก. ข้อมูลเกี่ยวกับโครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้อง ทั้งโครงสร้างด้านอุปทาน และโครงสร้างด้านอุปสงค์ของตลาด

ข. โครงการการวิจัยและพัฒนาของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ

ค. สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ตกลงจัดทำในการดำเนินธุรกิจ

ง. ผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่อาจเกิดขึ้นในมุมมองของผู้ประกอบธุรกิจ

จ. ประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ฉ. เหตุผลด้านความจำเป็นเนื่องจากการประกอบธุรกิจล้มเหลว (ถ้ามี)

ช. เอกสารที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลต่าง ๆ ข้างต้นทั้งหมด

ทั้งนี้ เนื่องจากความซับซ้อนของการพิจารณาช่วงที่ 2 ทำให้โดยปกติแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะทำการพิจารณาให้เสร็จสิ้นภายใน 120 วัน ซึ่งเป็นกรอบระยะเวลาแบบไม่บังคับ ภายหลังจากที่คณะกรรมการได้รับข้อมูลและเอกสารที่จำเป็นจากผู้ประกอบธุรกิจเป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยที่คณะกรรมการอาจหยุดนับระยะเวลาดังกล่าวเป็นการชั่วคราวได้ หากปรากฏว่าไม่สามารถพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นให้เสร็จสิ้นได้ทันภายในระยะเวลาข้างต้น เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจไม่นำส่งข้อมูลเพิ่มเติมตามที่คณะกรรมการต้องการ หรือเนื่องจากคณะกรรมการต้องการระยะเวลาในการพิจารณาข้อมูลกัมมันต์ที่นำเสนอโดยผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มเติม เป็นต้น¹⁶³

4.4.5 คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์

ภายหลังจากเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาช่วงที่ 1 หรือช่วงที่ 2 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะมีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ ทั้งนี้ คำตัดสินว่าการรวม

¹⁶¹ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.624.

¹⁶² Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on Merger Procedures," July 2012, pp.132 - 137.

¹⁶³ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, p.217.

ธุรกิจดังกล่าวไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย อาจเกิดขึ้นได้ทั้งภายหลังจากเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาช่วงที่ 1 และช่วงที่ 2 ในขณะที่คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจนั้นต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จะเกิดขึ้นได้ภายหลังจากได้มีการพิจารณาในช่วงที่ 2 เป็นที่เรียบร้อยแล้วเท่านั้น

4.4.5.1 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจชอบด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์พิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคยอมรับคำมั่นของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเยียวยาผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแล้ว ก็จะมีคำตัดสินให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ ซึ่งโดยปกติแล้วคณะกรรมการจะกำหนดกรอบระยะเวลาที่คำตัดสินนั้นมีผลผูกพันเอาด้วย โดยที่คณะกรรมการมักจะกำหนดระยะเวลาเอาไว้ 1 ปี นับจากวันที่มีคำตัดสิน ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจอาจขอขยายระยะเวลาดังกล่าวได้เป็นรายกรณี¹⁶⁴

ภายหลังจากที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคได้ออกคำตัดสินให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้แล้ว คณะกรรมการจะไม่ดำเนินการใด ๆ แก่การรวมธุรกิจดังกล่าวอีกต่อไป¹⁶⁵ เว้นแต่

ก. คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคมีเหตุผลอันสมควรที่จะสงสัยว่าข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญต่อคำตัดสินนั้นไม่สมบูรณ์ ไม่ถูกต้อง หรือทำให้คณะกรรมการเข้าใจผิด

ข. คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคมีเหตุผลอันสมควรที่จะสงสัยว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตามคำมั่นข้อใดข้อหนึ่งที่ให้ไว้แก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค

นอกจากนี้ หากปรากฏว่าภายหลังจากที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์มีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจกลับดำเนินการรวมธุรกิจที่มีลักษณะแตกต่างไปจากที่ได้แจ้งต่อคณะกรรมการอย่างมี

¹⁶⁴ Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, p.150.

¹⁶⁵ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.218.

นัยสำคัญ เช่นนี้ คณะกรรมการมีอำนาจที่จะดำเนินการตามกฎหมายต่อผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญที่แตกต่างไปจากคำตัดสินอย่างมีนัยสำคัญได้¹⁶⁶

4.4.5.2 คำตัดสินว่าการรวมธุรกิจไม่ชอบด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในกรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์พิจารณาจากการแจ้งการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ หรือจากการเริ่มตรวจสอบด้วยตนเองแล้ว พบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะมีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยคณะกรรมการจะทำการแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ประกอบการทราบล่วงหน้าถึงเหตุผลและข้อเท็จจริงที่ทำให้คณะกรรมการปฏิเสธการรวมธุรกิจก่อนมีคำตัดสินอย่างเป็นทางการ เพื่อให้ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีโอกาสตรวจสอบเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคำตัดสินดังกล่าว

อย่างไรก็ดี ในระยะเวลาก่อนที่จะมีคำตัดสินอย่างเป็นทางการจากคณะกรรมการนี้ ภายใต้มาตรา 68 (3) ผู้ประกอบการที่มีสิทธิยื่นขออุทธรณ์รวมธุรกิจต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมได้ภายใน 14 วันนับแต่วันที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ประกอบการทราบ เพื่อขอพิจารณายกเว้นเนื่องจากการรวมธุรกิจของตนเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะโดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี¹⁶⁷ ได้แก่

ก. ในกรณีที่ผู้ประกอบการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคโดยที่ยังมิได้มีการดำเนินการรวมธุรกิจตามมาตรา 57 ผู้ประกอบการอาจใช้สิทธิดังกล่าวได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 57 (3)

ข. ในกรณีที่ผู้ประกอบการดำเนินการรวมธุรกิจเป็นที่เรียบร้อยแล้ว แต่มาแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคในภายหลังตามมาตรา 58 ผู้ประกอบการอาจใช้สิทธิดังกล่าวได้ตามมาตรา 58 (3)

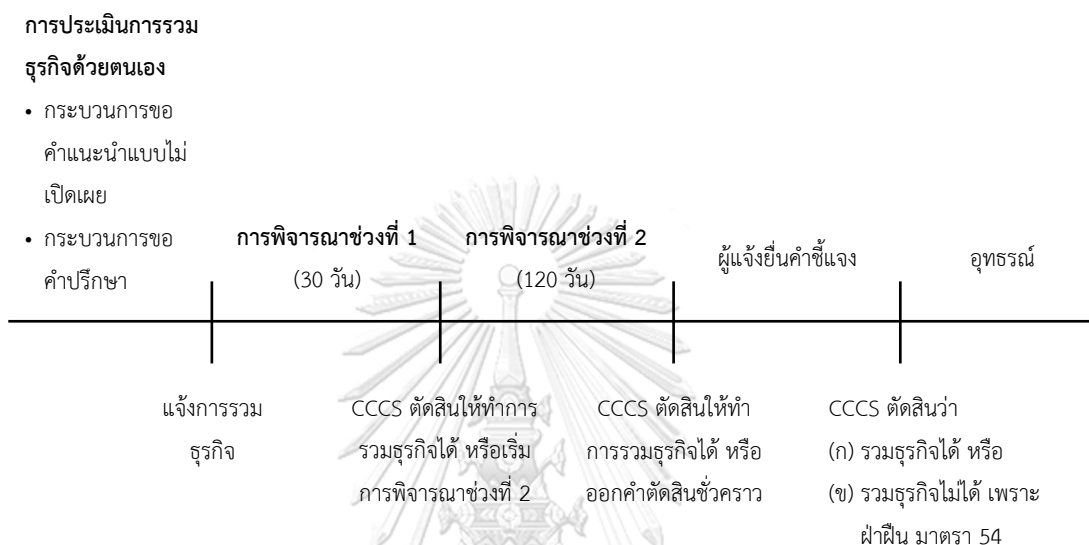
ทั้งนี้ หากปรากฏว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะมีคำตัดสินอย่างเป็นทางการว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวต้องห้ามตาม

¹⁶⁶ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.219 - 220.

¹⁶⁷ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.220.

กฎหมายการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการจะต้องระบุถึงผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจดังกล่าวเอาไว้ด้วยในคำตัดสิน¹⁶⁸

รูปที่ 6 ภาพแสดงกระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์¹⁶⁹



4.4.6 มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย

มาตรา 69 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้อำนาจแก่คณะกรรมการที่จะกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจ หรือให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการรวมธุรกิจที่เสร็จสิ้นแล้วได้ หรืออาจยอมรับคำมั่นที่ผู้ประกอบธุรกิจให้แก่คณะกรรมการว่าจะปฏิบัติตามที่คณะกรรมการกำหนด ดังนี้¹⁷⁰

(1) จัดทำความตกลงที่มีผลผูกพันตามกฎหมายตามที่คณะกรรมการกำหนด เพื่อป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

(2) ยุติการดำเนินการ หรือจำหน่ายสินทรัพย์หรือหุ้นในกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

¹⁶⁸ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.220 - 221.

¹⁶⁹ Daren Shiau, "Singapore," in *Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide*, p.623.

¹⁷⁰ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1218.

(3) ชำระค่าปรับตามที่คณะกรรมการกำหนด ทั้งนี้ ไม่เกิน 10% ของยอดเงินขายในแต่ละปีที่มีการรวมธุรกิจอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย สูงสุดไม่เกิน 3 ปี ตามที่กำหนดในมาตรา 69 (4)

(4) ส่งมอบหลักทรัพย์ค้ำประกันเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด

ก่อนที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ จะมีคำตัดสินว่าการรวมธุรกิจที่ได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้วนั้นมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืน หรือการรวมธุรกิจที่แจ้งต่อคณะกรรมการอย่างเป็นทางการจะฝ่าฝืนมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น คณะกรรมการอาจกำหนดหรือยอมรับมาตรการบางประการเพื่อเยียวยา ลด หรือป้องกันผลกระทบต่อการแข่งขันอันอาจเกิดจากการรวมธุรกิจได้ ซึ่งมาตรการดังกล่าวจะต้องมีลักษณะที่เพียงพอแก่การป้องกันหรือเยียวยาไม่ให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันอย่างได้สัดส่วนเท่านั้น จึงจะได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจอาจเสนอคำมั่นดังกล่าวต่อคณะกรรมการในระหว่างการพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการในช่วงที่ 1 หรือช่วงที่ 2 ก็ได้ อันจะทำให้กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาในแต่ละช่วงนั้นสะดุดหยุดอยู่ในระหว่างที่มีการเจรจามาตรการเยียวยาระหว่างคณะกรรมการกับผู้ประกอบธุรกิจจนกระทั่งการเจรจานั้นได้ข้อยุติ¹⁷¹

ทั้งนี้ มาตรการเยียวยาที่อาจได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์นั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การเยียวยาเชิงโครงสร้าง (structural remedies) และการเยียวยาเชิงพฤติกรรม (behavioural remedies) อย่างไม่รู้ก็ดี คณะกรรมการอาจยอมรับมาตรการเยียวยาของผู้ประกอบธุรกิจมากกว่า 1 มาตรการก็ได้ โดยต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน¹⁷²

ในกรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคยอมรับคำมั่นในการมีมาตรการเยียวยาจากผู้ประกอบธุรกิจแล้ว คณะกรรมการจะตัดสินให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต่อไปได้ และเผยแพร่คำมั่นนั้นในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของคำตัดสินต่อสาธารณะ ซึ่งคณะกรรมการอาจเพิกถอนคำตัดสินนี้ได้หากปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจมิได้ปฏิบัติตามคำมั่นที่ให้ไว้¹⁷³

¹⁷¹ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.249 - 250.

¹⁷² Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.221 - 222.

¹⁷³ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.251.

4.4.6.1 การเยียวยาเชิงโครงสร้าง

การเยียวยาเชิงโครงสร้าง อาจได้แก่การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องขายสินทรัพย์ในส่วนที่เป็นกิจการที่ทับซ้อนกับกิจการที่มีการรวมธุรกิจนั้นออกไปให้บุคคลภายนอก เพื่อให้ส่วนแบ่งตลาดของตนลดลง จึงถือว่าเป็นการเยียวยาที่เหมาะสมกับผลกระทบของการรวมธุรกิจที่ทำให้โครงสร้างตลาดเกิดการเปลี่ยนแปลงไปมากที่สุด โดยที่สินทรัพย์ที่จำหน่ายไปให้แก่บุคคลภายนอกนั้นควรเป็นกิจการที่สามารถดำเนินการต่อไปได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องพึ่งพาผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอีกต่อไป ซึ่งโดยปกติแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะยอมรับการเยียวยาเชิงโครงสร้างมากกว่าการเยียวยาเชิงพฤติกรรม เนื่องจาก การเยียวยาเชิงโครงสร้างสามารถแก้ไขหรือป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นต่อการแข่งขันในตลาดที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างตลาดได้โดยตรง และคณะกรรมการจะมีภาระในการติดตามหรือตรวจสอบการเยียวยานั้นที่น้อยกว่าการเยียวยาอีกรูปแบบหนึ่ง¹⁷⁴

การขายสินทรัพย์ดังกล่าวจะต้องทำภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์กำหนด และผู้ซื้อสินทรัพย์ดังกล่าวข้างต้น จะต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการก่อนว่าเป็นผู้ที่มีความสามารถ ทรัพยากร และแรงจูงใจเพียงพอที่จะดำเนินกิจการที่ซื้อมาต่อไป ในฐานะคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าว¹⁷⁵

4.4.6.2 การเยียวยาเชิงพฤติกรรม

การเยียวยาเชิงพฤติกรรม อาจได้แก่การมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจห้ามประกอบกิจการบางประเภท หรือห้ามกำหนดกลยุทธ์ทางการค้าบางประการ ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะกำหนดให้ใช้วิธีการเยียวยาเชิงพฤติกรรมต่อเมื่อการขายสินทรัพย์อันเป็นการเยียวยาเชิงโครงสร้างนั้น ไม่สามารถทำได้ในทางปฏิบัติ หรือไม่ได้สัดส่วนกับผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้น

นอกจากนั้น ในบางกรณีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคอาจยอมรับมาตรการเชิงพฤติกรรมเพื่อสนับสนุนการจำหน่ายสินทรัพย์ตามมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างได้ เช่น ในกรณีที่คณะกรรมการยอมรับการจำหน่ายสินทรัพย์บางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการอาจต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจให้คำมั่นว่าจะไม่เข้าถึงกลุ่มลูกค้าเก่าซึ่งเป็นลูกค้าของกิจการที่ตนได้จำหน่ายออกไปให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในช่วงระยะเวลาหนึ่ง

¹⁷⁴ Susan de Silva *et al.*, *Business Guide to Competition Law: Managing Your Risks*, pp.264 - 265.

¹⁷⁵ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.248.

ด้วย เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ซื้อกิจการนั้นไปจะสามารถแข่งขันในตลาดต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁷⁶

ตัวอย่างเช่น กรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท The Thomson Corporation และบริษัท Reuters Group PLC¹⁷⁷ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจเข้าเสนอคำมั่นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าจะจำหน่ายฐานข้อมูลส่วนหนึ่งในตลาดที่ได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจ เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นสามารถซื้อและเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้อย่างรวดเร็ว โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ให้คำมั่นว่าจะจำหน่ายสินทรัพย์ต่าง ๆ ดังนี้

(1) สำเนาฐานข้อมูลของกิจการ Enterprise FX และ Worldscope File2 ของบริษัท Thomson และฐานข้อมูลของกิจการ Reuters Knowledge Direct-Estimates, Reuters Knowledge และ EcoWin ของบริษัท Reuters เพื่อให้ผู้ซื้อฐานข้อมูลต่าง ๆ สามารถเข้ามาประกอบกิจการแข่งขันในตลาดได้โดยทันที

(2) ผู้ประกอบธุรกิจยินยอมให้ผู้ซื้อกิจการสามารถจ้างบุคลากรที่จำเป็นของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ เพื่อช่วยเหลือในการจัดการฐานข้อมูลที่ซื้อไปได้

(3) ผู้ประกอบธุรกิจยินยอมให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ความลับทางการค้า ข้อมูลทางเทคนิคที่เกี่ยวข้องกับฐานข้อมูลดังกล่าวทั้งหมดแก่ผู้ซื้อกิจการ

นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจยังให้คำมั่นที่เป็นการเยียวยาเชิงพฤติกรรมต่าง ๆ ต่อไปอีก เช่น การให้คำมั่นว่าผู้ประกอบธุรกิจจะเข้าปรับปรุงฐานข้อมูลที่ผู้ซื้อได้รับไปให้ทันสมัยอยู่เสมอ ให้ผู้ซื้อกิจการนั้นสามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นต้น ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วเห็นว่าคำมั่นดังกล่าวทำให้ผู้ซื้อกิจการสามารถเข้าแข่งขันในตลาดได้อย่างรวดเร็ว และเพียงพอที่จะเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อการแข่งขันในตลาดได้อย่างเหมาะสม จึงยอมรับคำมั่นดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจ และอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจได้

4.5 กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เพียงแต่แจ้ง

¹⁷⁶ Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, p.174.

¹⁷⁷ CCS Case No 400/007/07, The Thomson Corporation/Reuters Group PLC

ผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายใน 7 วัน นับแต่วันที่รวมธุรกิจเท่านั้น โดยมีได้กำหนดให้มีกระบวนการดำเนินการอื่น ๆ แต่อย่างใด ดังนั้น ในแง่ของกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญตามกฎหมายของประเทศไทย จึงมีลักษณะที่ง่ายและไม่ซับซ้อน เพียงแต่ยื่นเอกสารต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 เท่านั้น

อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยก็ได้กำหนดกระบวนการที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อขออนุญาตดำเนินการรวมธุรกิจนั้นไว้ด้วยเช่นกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นเมื่อการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้น ในการศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศนั้น ผู้เขียนจึงจะทำการศึกษากระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจในกรณีที่ ต้องขออนุญาตการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าด้วย เพื่อประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบและเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงกระบวนการดำเนินการตามกฎหมายต่อไปในอนาคต

4.5.1 องค์การบังคับใช้กฎหมาย

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดให้มีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วยประธานกรรมการ รองประธานกรรมการตำแหน่งละ 1 คน และกรรมการอื่นอีก 5 คน ตามที่นายกรัฐมนตรีแต่งตั้งจากบุคคลที่ผ่านการคัดเลือกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเป็นองค์การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ทำให้้องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในปัจจุบันมีลักษณะเป็นอิสระจากการแทรกแซงจากหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐ จนส่งผลให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีความยืดหยุ่นในการบริหารงานด้วยตนเอง แตกต่างจากในอดีตที่กฎหมายกำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอยู่ภายใต้กรรมการภายใน กระทรวงพาณิชย์ ทำให้เกิดความทับซ้อนกันทั้งในการดำเนินการกำหนดนโยบายและภารกิจ อีกทั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในอดีตยังประกอบด้วยกรรมการโดยตำแหน่งจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ และมีปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ ทำให้มีการแทรกแซงและครอบงำกระบวนการสรรหาคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชนและนักวิชาการโดยฝ่ายการเมือง อีกทั้งโครงสร้างคณะกรรมการส่วนหนึ่งมาจากกลุ่มผู้มีส่วนได้เสีย และปฏิบัติหน้าที่เพียงปีละ 1 - 2 ครั้งเท่านั้น เนื่องจากกรรมการแต่ละท่านมีงานประจำอยู่แล้ว จนส่งผลให้คณะกรรมการ

การแข่งขันทางการค้าในอดีตไม่มีความคล่องตัวและขาดความเป็นอิสระในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า จึงไม่สามารถกำกับดูแลการประกอบธุรกิจได้อย่างเต็มที่¹⁷⁸

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันนั้น เป็นไปตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่สรุปได้ดังต่อไปนี้¹⁷⁹

เสนอแนะต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้

(1) ออกระเบียบหรือประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

(2) กำกับดูแลการประกอบธุรกิจและกำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม

(3) พิจารณาเรื่องร้องเรียนและสอบสวนการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

(4) พิจารณาวินิจฉัยคำร้องขอตามมาตรา 59

(5) วางระเบียบการสืบสวนและสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวน

(6) ประกาศแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

(7) ดำเนินคดีอาญาตามที่อยู่เสียหายร้องทุกข์ตามมาตรา 78

(8) พิจารณากำหนดโทษปรับทางปกครองตามมาตรา 80 มาตรา 81 มาตรา 82 และมาตรา 83 รวมทั้งฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

(9) เชิญบุคคลหนึ่งบุคคลใดมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย คำแนะนำหรือความเห็น

(10) เสนอความเห็นและเสนอแนะต่อรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายของรัฐด้านการแข่งขันทางการค้า

(11) ให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับกฎ ระเบียบ หรือคำสั่งที่เป็น อุปสรรคต่อการแข่งขันทางการค้า ทำให้เกิดการกีดกัน จำกัดการแข่งขัน หรือลดการแข่งขันทางการค้า อันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการ

¹⁷⁸ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ปัญหาองค์กรกำกับการแข่งขันของไทย ภายใต้ พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542," มองโลกแข่งขัน 48(ธันวาคม 2559): 3.

¹⁷⁹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 เมษายน 2563. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/member-of-trade-competition-commission/>

(12) กำหนดแผน กลยุทธ์ และแนวทางการบริหารงานของสำนักงาน

(13) ออกระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับโครงสร้างองค์กร การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงินและทรัพย์สิน และการดำเนินงานอื่นของสำนักงาน

(14) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ บรรดาระเบียบหรือประกาศที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

ในด้านการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการรับแจ้งการรวมธุรกิจในกรณีที่มีการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ และมีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจกรณีที่มีการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดด้วย ตามมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อีกทั้งยังมีอำนาจในการกำหนดค่าปรับทางปกครองแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินการรวมธุรกิจโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับนี้

4.5.2 การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 51 การรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น แบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่ต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจภายหลังจากที่ได้ดำเนินการรวมธุรกิจจนเสร็จสิ้นแล้ว และกรณีที่ต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการอย่างนั้น บทบัญญัติมาตราดังกล่าวให้พิจารณาจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจเป็นสำคัญ ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

4.5.2.1 การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่งนั้น ต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ โดยที่ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจจะส่งผลเป็นการก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญไว้เพียงประการเดียว กล่าวคือ ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง หรือยอดเงินขายรวมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น โดยที่หากยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจ

รายใดรายหนึ่ง หรือยอดเงินขายรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจในตลาดใดตลาดหนึ่งนั้นมีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป และไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จึงได้แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ดำเนินการรวมธุรกิจจนเสร็จสิ้นแล้ว โดยที่ ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องรายหนึ่ง หรือยอดเงินขายรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจทั้งหมดนั้นมีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

4.5.2.2 การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ผู้ประกอบธุรกิจที่จะทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น ต้องทำการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อนจึงจะดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้

ก. การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาด หมายถึง การรวมธุรกิจที่อาจทำให้เหลือจำนวนผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียวในตลาดใดตลาดหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจในการกำหนดราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการของตนได้อย่างเป็นอิสระ และมียอดเงินขายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561

ข. การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 กล่าวคือ การรวมธุรกิจที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 50% ขึ้นไป ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง และโดยที่มียอดเงินขายรวมกันระหว่างบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

(2) การรวมธุรกิจที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้วจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถในในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่

75% ขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ไม่รวมถึงผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 10%

ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องทำการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจของตนเองว่ามีลักษณะใดลักษณะหนึ่งข้างต้นหรือไม่ด้วยตนเอง หากพบว่าการรวมธุรกิจของตนมีลักษณะดังกล่าวข้างต้น ก็จะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นเพื่อขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

4.5.3 กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจ

กรณีที่มีการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่แจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายใน 7 วันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ โดยการนำส่งข้อมูลพร้อมเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ได้แก่ สำเนาที่ยื่นต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้ากรณีการควบกิจการ สำเนาเอกสารที่ยื่นต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์กรณีซื้อหุ้นตามคำเสนอซื้อหลักทรัพย์ สำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการซื้อหุ้นหรือสิทธิพิเศษ เช่น สัญญาซื้อขาย เอกสารการประเมินราคา รายงานการประชุมคณะกรรมการบริหารหรือผู้ถือหุ้นครั้งที่มิตให้รวมธุรกิจ รายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ รวมถึงรายงานการประชุมประจำปีและงบการเงินย้อนหลัง 3 ปีล่าสุด ตลอดจนสำเนาบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นของผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายทั้งก่อนและหลังการรวมธุรกิจ ซึ่งเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561¹⁸⁰ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจจึงมีหน้าที่เพียงแจ้งการรวมธุรกิจโดยการนำส่งข้อมูลต่าง ๆ ข้างต้นแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายหลังจากที่ทำการรวมธุรกิจเสร็จสิ้นแล้วเท่านั้น โดยไม่มีระยะเวลาที่ต้องหยุดดำเนินการรวมธุรกิจระหว่างที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแต่อย่างใด

ขณะที่การรวมธุรกิจที่เข้าข่ายก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการมีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อนที่จะปิดธุรกรรมการรวมธุรกิจเท่านั้น โดยที่ในการขอ

¹⁸⁰ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561, ข้อ 5

อนุญาตรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องนำเสนอข้อมูลประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าดังต่อไปนี้¹⁸¹

(1) แผนการรวมธุรกิจและระยะเวลาดำเนินการ

(2) รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ประสงค์รวมธุรกิจและผู้ถูกรวมธุรกิจ

(3) ผลการศึกษาและวิเคราะห์การรวมธุรกิจ ซึ่งประกอบด้วยการวิเคราะห์โครงสร้างผู้ถือหุ้น การวิเคราะห์โครงสร้างตลาดสินค้าหรือบริการ ได้แก่ การวิเคราะห์โครงสร้างตลาดก่อนและหลังการรวมธุรกิจ การกำหนดขอบเขตตลาด ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจทั้งก่อนและหลังการรวมธุรกิจ รวมถึงการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจ ในประเด็นเกี่ยวกับการกระจุกตัวในตลาด การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน ผลกระทบต่อประโยชน์โดยรวมทางเศรษฐกิจและผู้ประกอบ และผลกระทบด้านอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด รวมถึงจะต้องทำการประเมินประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจด้วย

(4) ผลการศึกษาและวิเคราะห์ความจำเป็นตามควรทางธุรกิจและประโยชน์จากการรวมธุรกิจ ผลกระทบความเสียหายต่อเศรษฐกิจ และประโยชน์ต่อผู้บริโภคส่วนรวมที่จะเกิดขึ้น ซึ่งเป็นปัจจัยที่มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าคำนึงถึงในการพิจารณาอนุญาตการรวมธุรกิจ

ภายหลังจากที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้รับคำขออนุญาตรวมธุรกิจจากผู้ประกอบธุรกิจแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 52 ที่จะต้องดำเนินการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำขอ เว้นแต่ในกรณีที่จำเป็น อาจขยายระยะเวลาต่อไปได้อีกไม่เกิน 15 วัน โดยที่ในกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น คณะกรรมการมีอำนาจในการขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ประกอบธุรกิจได้ และอาจเชิญบุคคลใด ๆ มาให้ความเห็นและข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณาก็ได้ ภายในกรอบระยะเวลาดังกล่าวข้างต้น

4.5.4 คำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ภายหลังจากที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจมีคำตัดสินแบ่งออกเป็นได้ 2 แนวทาง

¹⁸¹ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561, ข้อ 6

4.5.4.1 คำตัดสินอนุญาตให้รวมธุรกิจ

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 52 กำหนดให้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าว โดยคำนึงถึงถึงความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ ประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจ อย่างร้ายแรง และการไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญของผู้บริโภคส่วนรวม ดังนั้น หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าวแล้วพบว่าการรวมธุรกิจนั้นมีความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ มีประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ รวมถึงไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรงและไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญของผู้บริโภคส่วนรวมแล้ว ก็จะมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 52 วรรคสามให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตนั้นดำเนินการได้ โดยมีได้จำกัดขอบเขตถึงระยะเวลาหรือเงื่อนไขดังกล่าวว่ามีลักษณะอย่างไร

4.5.4.2 คำตัดสินไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจ

ในกรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาการรวมธุรกิจตามแนวทางที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 แล้ว พบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ไม่มีความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ ไม่มีประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ หรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง หรือกระทบต่อประโยชน์ของผู้บริโภค ก็จะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจ โดยที่มาตรา 52 วรรคสี่กำหนดให้ในคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น จะต้องระบุเหตุผลทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายด้วย

ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง

4.5.5 มาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมาย

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญโดยไม่แจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายใน 7 วันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการกำหนดโทษปรับทางปกครองแก่ผู้ประกอบธุรกิจ

ได้ในอัตราไม่เกิน 2 แส่นบาท และปรับอีกในอัตราไม่เกิน 1 หมื่นบาทต่อวัน ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

ขณะที่ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดโดยไม่ทำการขออนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการมีอำนาจในการกำหนดโทษปรับทางปกครองแก่ผู้ประกอบการธุรกิจในอัตราไม่เกินร้อยละ 0.5 ของมูลค่าธุรกรรมในการรวมธุรกิจนั้น

นอกจากนี้ ดังที่กล่าวแล้วว่า ในการอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการได้ ทั้งนี้ มิได้ปรากฏว่ามีลักษณะของเงื่อนไขที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถกำหนดแก่ผู้ประกอบการที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือแนวปฏิบัติใด ๆ จึงเป็นอำนาจอย่างกว้างของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการกำหนดเงื่อนไขข้างต้น

ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 53 นั้น หากผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามระยะเวลาหรือเงื่อนไขดังกล่าวที่กำหนดโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการมีอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งอนุญาตทั้งหมดหรือบางส่วนได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี ในคำวินิจฉัยกรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเมนท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัดนั้น ได้แสดงให้เห็นแนวทางในการกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการเยียวยาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าเป็นไปตามแนวทางตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ กล่าวคือ แบ่งมาตรการเยียวยาออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่

4.5.5.1 การเยียวยาเชิงโครงสร้าง

มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการ ได้แก่

ก. การให้ขายกิจการหรือสินทรัพย์บางส่วนเพื่อลดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้น

ข. การห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ทำการรวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาดที่ได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นอีกในระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ มีโอกาสในการปรับตัวได้อย่างเหมาะสม เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจในตลาด

ค. การให้ผู้ประกอบธุรกิจปรับเปลี่ยนรูปแบบการประกอบธุรกิจ เพื่อให้มีความแตกต่างกับรูปแบบการประกอบธุรกิจในตลาดที่ได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น

4.5.5.2 การเยียวยาเชิงพฤติกรรม

นอกจากมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังได้กำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมเป็นจำนวนหลายข้อในคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด แสดงให้เห็นตัวอย่างแนวทางมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนด ได้แก่

ก. ให้เพิ่มสัดส่วนของยอดขายสินค้าที่มาจากผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งซึ่งอาจได้รับผลกระทบในระยะเวลาตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนด

ข. ห้ามผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจใช้ข้อมูลร่วมกันหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านการตลาดที่เกี่ยวข้องกับคู่ค้า ผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือวัตถุดิบ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจต้องดำเนินการให้มีระบบการจำกัดการใช้ข้อมูลภายในระหว่างกิจการของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อให้สามารถเก็บรักษาความลับเกี่ยวกับเงื่อนไขที่ตกลงกับคู่ค้าทางธุรกิจ อันอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้เปรียบในการแข่งขันมากกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ

ค. ให้คงไว้ซึ่งเงื่อนไขของสัญญา ข้อตกลงระหว่างคู่ค้า ผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือวัตถุดิบ ที่ได้มีการทำสัญญาหรือข้อตกลงไว้เดิมภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อบรรเทาผลกระทบต่อผู้ผลิตหรือจัดจำหน่ายสินค้าหรือวัตถุดิบ

ง. ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจสนับสนุนผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มนั้นได้รับสิทธิประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจเพิ่มขึ้น เนื่องจากการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มนั้น

จ. ให้ผู้ประกอบธุรกิจรายงานผลการประกอบธุรกิจเป็นรายไตรมาสตลอดระยะเวลาที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนด เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถกำกับดูแลและติดตามการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดได้

ฉ. ให้ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติทางการค้าที่ดีเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชน เพื่อเป็นการกำกับดูแลกันเองระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในตลาด

4.6 บทสรุป

กล่าวโดยสรุปแล้ว การศึกษาพบว่ากระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจของแต่ละประเทศนั้นมีลักษณะที่คล้ายกันอย่างมาก ทั้งกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งมาตรการเยียวยาและการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งมักจะมีการกำหนดรายละเอียดของกระบวนการดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดเจน ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยสะดวก ขณะที่กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย แม้กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจจะมีลักษณะที่แตกต่างกับกฎหมายของต่างประเทศเป็นอย่างมาก แต่กระบวนการขออนุญาตการรวมธุรกิจในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นมีความใกล้เคียงกับการดำเนินการในต่างประเทศ เพียงแต่ว่ากระบวนการดังกล่าวของประเทศนั้นอาจยังมีลักษณะที่มีเนื้อหาไม่ละเอียดเท่าไรนัก เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ ซึ่งอาจส่งผลต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าต่อไปในอนาคตได้

บทที่ 5

วิเคราะห์และเปรียบเทียบระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขัน ทางการค้า

ภายหลังจากที่ได้ศึกษาระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า
ของประเทศต่าง ๆ ทั้งสองส่วน อันได้แก่ ส่วนที่เป็นเกณฑ์สารบัญญัติในการพิจารณาผลกระทบต่อ
การแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจ และส่วนที่เป็นกระบวนการตามกฎหมายในการรวมธุรกิจที่อาจ
ก่อให้เกิดผลกระทบดังกล่าว ในบทนี้ ผู้เขียนจึงนำผลการศึกษาเนื้อหาต่าง ๆ ข้างต้นมาวิเคราะห์และ
เปรียบเทียบ เพื่อนำไปสู่การเสนอแนะแนวทางการพัฒนาและปรับปรุงการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ
ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

การวิเคราะห์และเปรียบเทียบระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทาง
การค้าของประเทศไทยและต่างประเทศจากเนื้อหาหลักทั้งสองส่วนนั้น สามารถแบ่งประเด็นการ
วิเคราะห์และเปรียบเทียบออกได้ดังต่อไปนี้ ส่วนแรกที่เกี่ยวข้องกับสารบัญญัติระบบการกำกับดูแลการ
รวมธุรกิจ มีประเด็นปัญหาที่ต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบ 3 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับ
รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ซึ่งถือได้ว่าเป็นปรากฏการณ์แรกของการกำกับดูแลการ
รวมธุรกิจ ส่งผลโดยตรงต่อความสำเร็จในการบังคับใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์เป็นอย่างมาก
ประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมาย อันส่งผลถึงความครอบคลุม
ของการบังคับใช้กฎหมายแก่ธุรกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้ และประเด็นปัญหาเกี่ยวกับ
การกำหนดเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมี
นัยสำคัญ ซึ่งการกำหนดระดับของเกณฑ์ชี้วัดและการนำปัจจัยต่าง ๆ มาใช้ในการพิจารณาผลกระทบ
ของการรวมธุรกิจนั้น ล้วนมีความสัมพันธ์ต่อประสิทธิภาพในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

ผลการศึกษาส่วนที่สองเกี่ยวกับกระบวนการตามกฎหมายการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลด
การแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ มีประเด็นปัญหาที่ต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบ 2 ประเด็น ได้แก่ ประเด็น
ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจ ทั้งในส่วนการดำเนินการของเอกชน และการ
ดำเนินการขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย และประเด็นปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับตามกฎหมายจากการไม่
ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอาจส่งเสริมให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างเข้มงวดและมี
ประสิทธิภาพได้ในท้ายที่สุด

ในบทนี้ ผู้เขียนจะลำดับการวิเคราะห์เปรียบเทียบผลการศึกษาโดยเริ่มต้นจากประเด็นปัญหา
เกี่ยวกับสารบัญญัติของเกณฑ์ชี้วัดการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

ได้แก่ การกำหนดรูปแบบของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจ การกำหนดรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแล และการกำหนดเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบดังกล่าว แล้วจึงวิเคราะห์เปรียบเทียบผลการศึกษาในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจ และผลบังคับตามกฎหมายไปตามลำดับ

5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ อันเกี่ยวข้องโดยตรงกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรบังคับใช้กฎหมายในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ซึ่งส่งผลกระทบต่อความสำเร็จในการป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ และประเด็นเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ อันจะส่งผลต่อการประเมินตนเองของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจ ว่าธุรกรรมการรวมธุรกิจของตนเองนั้นตกอยู่ภายใต้ระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นหรือไม่

5.1.1 การกำหนดรูปแบบของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทย แสดงให้เห็นว่าระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ถูกนำมาปรับใช้ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ข้างต้นนั้นสามารถแบ่งตามภาระหน้าที่ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจออกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่

5.1.1.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการขออนุญาต

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการขออนุญาต (pre-merger notification) เป็นระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ปรากฏในกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องการดำเนินการรวมธุรกิจที่มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว จะต้องดำเนินการแจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อขออนุญาตในการดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว ซึ่งระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศมีอำนาจในการป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการได้

จากการศึกษาความเป็นมาของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น พบว่าแต่ละประเทศต่างมีความเป็นมาในการพยายามกำกับดูแลการรวมธุรกิจด้วยระบบต่าง ๆ มาก่อน แต่ก็ได้มีการนำระบบการขออนุญาตมากำหนดไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนในท้ายที่สุด และยังคงใช้ระบบดังกล่าวในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาจนถึงปัจจุบัน โดยที่แต่ละประเทศนั้นมีเหตุผลของตนเองซึ่งอาจมีทั้งความคล้ายคลึงหรือแตกต่างกับเหตุผลของประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ

ประเทศญี่ปุ่นถือเป็นประเทศแรกที่มีการนำระบบการขออนุญาตรวมธุรกิจมากำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของตนเองตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 โดยที่จากการศึกษาพบว่าวัตถุประสงค์สำคัญที่ทำให้ประเทศญี่ปุ่นนำระบบดังกล่าวมาใช้ คือ การป้องกันการกลับมาของกลุ่มไชนัต์สที่ได้อพยพไป โดยที่กลุ่มไชนัต์สนั้นเคยมีอิทธิพลต่อระบบเศรษฐกิจและการเมืองของประเทศญี่ปุ่นเป็นอย่างมากในยุคเมจิ (ค.ศ. 1686 - 1912) ทำให้เกิดแนวคิดที่จะนำระบบการขออนุญาตรวมธุรกิจมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดในขณะนั้น จนทำให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นมีการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่มีความเข้มงวดและมีข้อยกเว้นน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ ในเวลาเดียวกัน¹

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่นำระบบการขออนุญาตรวมธุรกิจมากำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของตนเป็นลำดับถัดมาในปี ค.ศ. 1976 ซึ่งการนำระบบการขออนุญาตรวมธุรกิจมากำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น มีที่มาจากอุปสรรคในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่พบจากประสบการณ์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของตนเป็นเวลาหลายทศวรรษ นับตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎหมาย Clayton Act ในปี ค.ศ. 1914 โดยที่อุปสรรคสำคัญประการหนึ่งนำไปสู่การเกิดขึ้นของระบบการขออนุญาตในสหรัฐอเมริกานั้น คือการบังคับตามคำพิพากษาที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องทำการแยกกิจการออกจากกัน และจำหน่ายสินทรัพย์ที่ได้รับมาจากการรวมธุรกิจอันเสร็จสิ้นลงเป็นที่เรียบร้อยแล้ว เนื่องจากพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าการดำเนินการตามคำพิพากษาดังกล่าวนั้นได้สร้างภาระและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่สูงมาก จึงทำให้เกิดแนวคิดในการนำระบบการขออนุญาตรวมธุรกิจมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ที่สำคัญคือเพื่อให้เวลาองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในการวิเคราะห์เสียก่อนว่าการรวมธุรกิจนั้นจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

¹ Etsuko Kameoka, *Competition Law and Policy in Japan and the EU*, pp.96 - 97.

หรือไม่ เพียงไร ก่อนที่ผู้ประกอบธุรกิจจะดำเนินการรวมธุรกิจนั้น และหากพบว่าการรวมธุรกิจนั้นมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญแล้ว จึงจะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ อันเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับตามคำพิพากษาที่ผ่านมาในอดีตของสหรัฐอเมริกา²

ในสหภาพยุโรปนั้น มีพัฒนาการแนวคิดเกี่ยวกับระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจมาเป็นเวลาอย่างยาวนานเช่นกัน ตั้งแต่ที่มีความพยายามในการนำบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน หรือบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบมากำกับดูแลการรวมธุรกิจ ซึ่งแม้จะมีคำพิพากษาของศาลสหภาพยุโรปยืนยันว่าบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้นสามารถนำมาปรับใช้แก่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้ แต่จากการศึกษาประสบการณ์การบังคับใช้กฎหมายในช่วงระยะเวลาดังกล่าวตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1973 จนกระทั่งปี ค.ศ. 1989 พบว่าการนำบทบัญญัติดังกล่าวที่มีลักษณะเป็นการกำกับดูแลพฤติกรรมที่ได้กระทำแล้ว (*ex post*) มากำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะการตรวจสอบและดำเนินการใด ๆ ภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รวมธุรกิจจนเสร็จสิ้นแล้ว ก่อให้เกิดความยากลำบากและมีค่าใช้จ่ายที่สูง ดังนั้น ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่เหมาะสมจะต้องมีลักษณะเป็นการควบคุมก่อนที่ผู้ประกอบธุรกิจจะมีพฤติกรรม (*ex ante*)³ จึงนำมาสู่การปรับปรุงแก้ไขระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจให้เป็นระบบซึ่งผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจจะต้องดำเนินการขออนุญาตต่อคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปก่อน และเมื่อได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปแล้ว จึงจะดำเนินการรวมธุรกิจได้ อันเป็นระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่สหภาพยุโรปยังคงปรับใช้มาจนถึงในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้นำระบบการขออนุญาตมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจไว้ด้วยเช่นเดียวกัน แต่คงจำกัดเฉพาะในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด อันเป็นการรวมธุรกิจที่มีแนวโน้มจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมาก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นเป็นไปในแนวทางที่เป็นสากล⁴ ขณะที่หากเป็นการรวมธุรกิจที่ไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดการเป็นผู้

² Steven Cernak, "Unwinding consummated mergers - just because you can does not mean you should," [Online] Accessed: 3 July 2021. Available from: <https://www.wlf.org/2020/05/07/publishing/unwinding-consummated-mergers-just-because-you-can-does-not-mean-you-should/>.

³ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.445.

⁴ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, "รายงานการประชุม สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 20 วันศุกร์ที่ 24 มีนาคม 2560" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/518414>

ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือ เป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ความเป็นมาและประสบการณ์ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยระบบการขออนุญาต แสดงให้เห็นจุดเด่นและจุดอ่อนของระบบดังกล่าว ได้แก่

ก. จุดเด่นของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการขออนุญาต

(1) การนำระบบการขออนุญาตมาปรับใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีอำนาจในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในลักษณะที่เป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ตั้งแต่ต้นอันสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าต้องการคุ้มครองการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจมิให้ได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจ ทั้งนี้ หากเปรียบเทียบกับกรกำกับดูแลการรวมธุรกิจในระบบอื่น ๆ เช่น การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในอดีตของสหภาพยุโรปที่อาศัยบทบัญญัติอื่น ๆ อันมีลักษณะเป็นการกำกับดูแลพฤติกรรมภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการรวมธุรกิจเป็นที่เรียบร้อยแล้ว พบว่าระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปในอดีตนั้น ก่อให้เกิดภาระและความยากลำบากต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายในการพิสูจน์พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจว่าระบบการขออนุญาตในปัจจุบันเป็นอย่างมาก และยิ่งทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างครอบคลุมด้วย เนื่องจากเงื่อนไขบางประการที่กำหนดในกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ก่อนแล้ว และการรวมธุรกิจนั้นทำให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มสูงขึ้น โดยไม่สามารถปรับใช้แก่การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีได้มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แม้ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นมาก็ตาม ดังนั้น การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ จึงทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ หรือแม้กระทั่งอาจไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ต่อการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดผลกระทบได้

(2) การใช้ระบบขออนุญาตในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยอาศัยค่าใช้จ่ายและกำลังคนที่น้อยกว่าการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ เนื่องจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายเพียงพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นโดยอาศัยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ประกอบกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์อันเป็นส่วนสำคัญ โดยแทบไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้ค่าใช้จ่ายและกำลังเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบและติดตามการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจต่อไป ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกรกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่ล้วนต้องอาศัยการติดตามการดำเนินการรวมธุรกิจหรือพฤติกรรมภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการจนเสร็จสิ้นแล้ว พบว่าการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ นั้นก่อให้เกิดภาระต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายในการติดตามตรวจสอบการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นในตลาด อันก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายและการใช้กำลังเจ้าหน้าที่มากกว่า

(3) การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยระบบขออนุญาตนั้น ช่วยแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นจากการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในอดีตได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการกับการรวมธุรกิจซึ่งเสร็จสิ้นลงแล้ว แต่เป็นการรวมธุรกิจที่ส่งผลต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญอันมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งสร้างภาระและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่สูงมาก ดังนั้น การที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องขออนุญาตก่อนที่จะดำเนินการรวมธุรกิจนั้น ส่งผลให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีเวลาในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจดังกล่าว และสามารถขีดขวางการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ หรือกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบดังกล่าวได้ตั้งแต่ก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น ทำให้ปัญหาในการดำเนินการกับการรวมธุรกิจที่มีลักษณะขัดต่อกฎหมายในภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการรวมธุรกิจจนเสร็จสิ้นแล้วนั้นได้รับการแก้ไขอย่างมีประสิทธิภาพ

ข. จุดอ่อนของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการขออนุญาต

(1) จุดอ่อนสำคัญของการรวมธุรกิจโดยระบบการขออนุญาต คือ การนำระบบการขออนุญาตมาปรับใช้ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น ย่อมเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจในการดำเนินการรวมธุรกิจทั้งในแง่มุมมองของจำนวนขั้นตอนการดำเนินการ ระยะเวลา และค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่เพิ่มสูงขึ้น ซึ่งอาจส่งผลต่อแรงจูงใจในการดำเนินการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ จนอาจส่งผลเป็นการขีดขวางการเติบโตทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็วจากการรวมธุรกิจได้

(2) การปรับใช้ระบบการขออนุญาตเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น หากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินการที่ดี อาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความโปร่งใสขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงระยะเวลาในการดำเนินการที่อาจมีความล่าช้าจนเกินสมควรได้ ดังที่ปรากฏในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นในอดีต ที่ได้รับเสียงสะท้อนจากภาคเอกชนว่าการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายของตน

นั้น ขาดความโปร่งใส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของขั้นตอนการดำเนินการที่ไม่มีการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาขององค์กรบังคับใช้กฎหมายให้ชัดเจน และยังมีความล่าช้าจนเกินสมควรในบางกรณี ซึ่งปัญหาดังกล่าวนั้นอาจแก้ไขได้โดยการกำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการพิจารณาที่มีความชัดเจน ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์และกระบวนการดังกล่าว

ดังนั้น ภายหลังจากการศึกษาประสบการณ์ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของแต่ละประเทศแล้ว ประสบการณ์ต่าง ๆ ข้างต้นล้วนแสดงให้เห็นว่าการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยระบบการขออนุญาตนั้น แม้จะสร้างภาระแก่ผู้ประกอบการธุรกิจโดยเป็นการเพิ่มขึ้นขั้นตอนกระบวนการในการรวมธุรกิจ ซึ่งอาจเป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็วจากการรวมธุรกิจนั้น แต่ก็ถือได้ว่าเป็นระบบดังกล่าวเป็นระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพมาก และสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในอดีตได้เป็นอย่างดี

5.1.2.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจ

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจ (voluntary merger regime) เป็นระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ โดยลักษณะของระบบสมัครใจนี้ คือ ผู้ประกอบธุรกิจมีอิสระที่จะแจ้งการดำเนินการรวมธุรกิจของตนเองต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ก็ได้ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะทำการประเมินจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ หากผู้ประกอบธุรกิจประเมินแล้วว่าการรวมธุรกิจของตนไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอันมีลักษณะขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแจ้งการรวมธุรกิจให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายทราบ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายก่อน ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงสามารถดำเนินการรวมธุรกิจไปได้โดยเสรี ไม่ว่าจะการรวมธุรกิจนั้นจะมีขนาดหรือมูลค่าสูงเพียงไรก็ตาม

ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยสมัครใจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นี้ ได้รับอิทธิพลมาจากระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักร ซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย และประเทศนิวซีแลนด์ด้วย โดยที่ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจลักษณะนี้มีเจตนารมณ์ที่ต้องการป้องกันมิให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นสร้างภาระและต้นทุนในการดำเนินการแก่ผู้ประกอบการเพิ่มเติม ทั้งในแง่ของต้นทุนด้านระยะเวลา การเงิน หรือแรงงาน⁵ จึง

⁵ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.2.

กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจนั้นสามารถประเมินตนเองได้ว่าควรจะแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ โดยที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ได้มีการสร้างระบบการให้คำปรึกษาแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจไว้ เพื่อช่วยผู้ประกอบธุรกิจในการพิจารณาว่าจะควรแจ้งการรวมธุรกิจของตนต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือไม่

นอกจากนี้ หากพิจารณาจากระบบเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์ที่อยู่บนพื้นฐานของนโยบายการค้าเสรีในระบบตลาดแบบเสรี อันสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันภายในประเทศ ดังนั้น เพื่อคงไว้ซึ่งลักษณะของระบบเศรษฐกิจที่ต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินธุรกิจในประเทศสิงคโปร์ได้อย่างเสรี โดยมีการแทรกแซงหรือกำกับดูแลจากรัฐบาลน้อยมาก⁶ ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยสมัครใจจึงมีความสอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์เป็นอย่างมาก

ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยสมัครใจนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีภาระหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการสำรวจการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้น ทั้งที่ได้แจ้งและไม่ได้แจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย เพื่อตรวจสอบว่าการรวมธุรกิจเหล่านั้นมีลักษณะน่าสงสัยว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอันมีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ หากพบการรวมธุรกิจที่น่าสงสัยแล้ว องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็มีอำนาจในการดำเนินการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้อย่างเป็นทางการ ซึ่งภายหลังจากการพิจารณานั้น ถ้าองค์กรบังคับใช้กฎหมายพบว่าการรวมธุรกิจนั้นส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอันต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็จะมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการแยกกิจการออกจากกัน หรือให้ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายสินทรัพย์บางส่วนเพื่อเยียวยาผลกระทบที่เกิดขึ้นได้

ก. จุดเด่นของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจ

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจนั้น มีจุดเด่นเป็นอย่างมากในแง่ที่เป็นระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ไม่ก่อให้เกิดภาระใด ๆ แก่ผู้ประกอบธุรกิจในการดำเนินการรวมธุรกิจ หากการรวมธุรกิจนั้นไม่ได้มีลักษณะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งจากสถิติการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศต่าง ๆ นั้น แสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจที่มีลักษณะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอันขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น เป็น

⁶ สิทิม วิวัฒนวัฒนา และอาร์ม ตั้งนิรันดร, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์," ใน *กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย*, หน้า 340.

จำนวนเพียงส่วนน้อยมากของการรวมธุรกิจทั้งหมดที่แจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001 ถึง ค.ศ. 2005 มีการรวมธุรกิจจำนวนเพียง 3% ของจำนวนการรวมธุรกิจทั้งหมดที่แจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา ที่ก่อให้เกิดข้อกังวลว่าอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด⁷ ดังนั้น การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจนั้น จึงส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจส่วนมากที่ดำเนินการรวมธุรกิจนั้นไม่จำเป็นต้องดำเนินการใด ๆ ต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า จึงถือว่าเป็นระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบธุรกิจ และส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจเป็นอย่างมาก

ข. จุดอ่อนของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจ

(1) การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจนั้นมีจุดอ่อนที่สำคัญ คือ การที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องดำเนินการสำรวจการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้น เพื่อตรวจสอบว่ามีการรวมธุรกิจใดก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอันเป็นการขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่นั้น ก่อให้เกิดภาระแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายเป็นอย่างมาก และจำเป็นจะต้องใช้เจ้าหน้าที่ในการสำรวจการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก

(2) การสำรวจและตรวจสอบการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้น พึงพาการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในองค์กรบังคับใช้กฎหมายเป็นอย่างมาก ดังนั้น จึงมีโอกาที่จะมีการรวมธุรกิจอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจหลุดรอดไปจากการสำรวจตรวจสอบขององค์กรบังคับใช้กฎหมายได้

(3) การดำเนินการต่อการรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอันมีลักษณะฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการรวมธุรกิจเป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องทำการแยกกิจการออกจากกัน และจำหน่ายสินทรัพย์ที่ได้รับมาจากการรวมธุรกิจอันเสร็จสิ้นลงเป็นที่เรียบร้อยแล้ว จะก่อให้เกิดภาระและค่าใช้จ่ายที่สูงมากโดยเฉพาะต่อผู้ประกอบธุรกิจ ดังที่ปรากฏให้เห็นในประวัติศาสตร์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกา

⁷ Anthony J. Greco, "An Update on the Premerger Notification Program in the United States," *Journal of Advanced Research in Law and Economics*: 2003.

5.1.3.1 การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งภายหลังการรวมธุรกิจ

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งภายหลังการรวมธุรกิจ เป็นระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยใช้เฉพาะกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด แต่เป็นการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งเป็นไปตามเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนด โดยที่ลักษณะของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบนี้ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า หากการรวมธุรกิจนั้นมิได้ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนด ทั้งนี้ เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องดำเนินการประเมินว่าการรวมธุรกิจของตนก่อให้เกิดผลดังกล่าวหรือไม่

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในลักษณะดังกล่าวนี้ มีเจตนารมณ์เพื่ออำนวยความสะดวก และก่อภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจในการดำเนินการรวมธุรกิจให้น้อยที่สุด โดยผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่เพียงแจ้งผลการรวมธุรกิจภายหลังการรวมธุรกิจเสร็จสิ้นแล้ว (post-notification) ในลักษณะที่เป็นการแจ้งข้อมูลเพื่อทราบเท่านั้น เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตรวจสอบและควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นด้วยบทบัญญัติอื่น ๆ ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแทน ซึ่งนอกจากจะมุ่งหวังที่จะทำให้การกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้านั้นไม่เป็นอุปสรรคต่อการขยายตัวของธุรกิจแล้ว ยังป้องกันการรั่วไหลของข้อมูลทางธุรกิจอีกด้วย⁸

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Center for Competition Policy

ดังนั้น ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจลักษณะดังกล่าวนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจึงไม่มีอำนาจในการขัดขวางมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ หากเพียงแต่องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีหน้าที่ติดตามและตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจภายหลังจากที่ผู้ประกอบธุรกิจได้ดำเนินการรวมธุรกิจเสร็จสิ้นแล้ว อันเป็นวัตถุประสงค์ที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องมาดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย โดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะคอยดำเนินการตรวจสอบว่าผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมใด ๆ ที่ขัดต่อบทบัญญัติอื่น ๆ ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติว่าด้วยการใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

⁸ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, "ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/apnla2559-070.pdf

ลักษณะต่าง ๆ ข้างต้นของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้ง
นั้น แสดงให้เห็นจุดเด่นและจุดอ่อนของระบบดังกล่าว ดังนี้

ก. จุดเด่นของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งภายหลังการ
รวมธุรกิจ

การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งภายหลังการรวมธุรกิจนั้น
แม้จะเพิ่มขึ้นตอนที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องดำเนินการเกี่ยวกับการรวมธุรกิจอยู่บ้าง แต่เป็นขั้นตอนเพียง
เล็กน้อยที่ต้องดำเนินการภายหลังจากผู้ประกอบการธุรกิจได้รวมธุรกิจเสร็จสิ้นแล้ว และแทบไม่ก่อให้เกิด
ระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินการรวมธุรกิจเพิ่มขึ้น ดังนั้น การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยระบบ
นี้ จึงมีจุดเด่นที่คล้ายกับระบบสมัครใจ คือ ผู้ประกอบธุรกิจส่วนมากที่ดำเนินการรวมธุรกิจนั้นไม่
จำเป็นต้องดำเนินการใด ๆ ต่อองค์การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า จึงถือว่าเป็นระบบการ
กำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการ และส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจ
ดำเนินการรวมธุรกิจเป็นอย่างมาก

ข. จุดอ่อนของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งภายหลังการ
รวมธุรกิจ

(1) จุดอ่อนที่สำคัญของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในลักษณะ
ดังกล่าวนี้ คือ องค์การบังคับใช้กฎหมายไม่มีอำนาจในการขัดขวางมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผล
กระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ในบางกรณี และไม่อาจเพิกถอนการรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบดังกล่าว
ซึ่งได้ดำเนินการจนเสร็จสิ้นแล้วได้ หากแต่องค์การบังคับใช้กฎหมายจะต้องอาศัยบทบัญญัติมาตรา
อื่น ๆ มากำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในภายหลังแทน ซึ่งจากประสบการณ์การกำกับ
ดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปได้แสดงให้เห็นแล้วว่าการรวมธุรกิจที่แม้จะมีได้ก่อให้เกิดการ
ผูกขาด หรือการมีสถานะอำนาจเหนือตลาด ก็อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้อย่างมีนัยสำคัญ
เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นเป็นคู่แข่งรายสำคัญใน
ตลาด⁹ อันอาจก่อให้เกิดได้ทั้งผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ หรือ
ผลกระทบต่อการแข่งขันจากการร่วมมือกัน ซึ่งการนำบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ มากำกับดูแลธุรกรรม
ดังกล่าวนี้ ทำให้้องค์การบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถควบคุมการรวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ

⁹ James S. Venit, "Widening the 'gap' - the substantial lessening of the Commission's evidentiary burden and the demise of coordinated effects under the SIEC test and §§24/25 of the Horizontal Merger Guidelines," *European Competition Journal*: 292.

ดังนั้น ระบบการแจ้งการรวมธุรกิจโดยมุ่งหวังให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายนำบทบัญญัติอื่นมากำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจนั้น จึงไม่เหมาะสมในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

(2) ภายใต้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งภายหลังการรวมธุรกิจนั้น นอกจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะไม่สามารถป้องกันหรือขัดขวางมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ในบางกรณีแล้ว ยังก่อให้เกิดภาระต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายที่จะต้องคอยติดตามและตรวจสอบพฤติกรรมภายหลังจากการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายทราบดีกว่าการรวมธุรกิจที่ต้องแจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น แม้จะไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการมีสถานะอำนาจเหนือตลาด แต่ก็เป็นการรวมธุรกิจที่มีขนาดใหญ่พอสมควรจนอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมใด ๆ ที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายจึงต้องหมั่นตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่ได้แจ้งการรวมธุรกิจมานี้อยู่ตลอดเวลา จนก่อให้เกิดภาระแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นอย่างมาก ซึ่งเป็นภาระที่จะมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามจำนวนการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้น

5.1.2 เกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

ประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ เกณฑ์การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดบ้างที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย อันทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว มีภาระหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการตามกฎหมายต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นด้วย ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทยตามที่ได้ศึกษามาแล้ว พบว่าเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

5.1.2.1 การพิจารณาจากขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง

รูปแบบการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจลักษณะแรก คือการพิจารณาจากขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ หากการรวมธุรกิจนั้นประกอบไปด้วยผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด โดยพิจารณาจากยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย

จากการศึกษาเปรียบเทียบระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศต่าง ๆ ข้างต้นนั้น พบว่าระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศ

ญี่ปุ่น และประเทศไทย มีการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในลักษณะนี้ กล่าวคือ ในสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่นนั้น หากขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายเพื่อขออนุญาตดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว ขณะที่ในประเทศไทยนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจมีขนาดใหญ่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมียอดขายรวมกันตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่จะต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจนั้นให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทราบภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นเสร็จสิ้นภายใน 7 วัน

ตารางที่ 7 ตารางเปรียบเทียบขนาดของการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

	ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ
สหรัฐอเมริกา	(1) ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่เข้าร่วมธุรกิจเกินกว่า 184 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (2) ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่ถูกรวมธุรกิจเกินกว่า 18.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ
สหภาพยุโรป	(1) กรณีแรก ก. ยอดขายทั่วโลกของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องรวมกันเกินกว่า 5,000 ล้านยูโร (~ 5,900 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) ข. ผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อย 2 รายที่เกี่ยวข้อง มียอดขายในสหภาพยุโรปเกินกว่าร้อยละ 250 ล้านยูโร (~ 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) (2) กรณีที่สอง ก. ยอดขายทั่วโลกของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องรวมกันเกินกว่า 2,500 ล้านยูโร (~ 3,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) ข. ผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อย 2 รายที่เกี่ยวข้อง มียอดขายในสหภาพยุโรปเกินกว่าร้อยละ 100 ล้านยูโร (~ 120 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) ในกรณีที่สองนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องทั้งหมดจะต้องมียอดขายรวมกันในสหภาพยุโรปอย่างน้อย 3 ประเทศ เกินกว่าประเทศละ 100 ล้านยูโร (~ 120 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องอย่างน้อย 2 ราย มียอดขายภายในประเทศดังกล่าวเกินกว่าประเทศละ 25 ล้านยูโร (~ 30 ล้านดอลลาร์สหรัฐ)
ประเทศญี่ปุ่น	(1) ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่เข้าร่วมธุรกิจเกินกว่า 2 หมื่นล้านเยน (~ 180 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) (2) ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่ถูกรวมธุรกิจเกินกว่า 5 พันล้านเยน (~ 45 ล้านดอลลาร์สหรัฐ)

	ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ
ประเทศไทย	ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจรวมกันเกินกว่าหนึ่ง 1 พันล้านบาทขึ้นไป (≈ 30 ล้านดอลลาร์สหรัฐ)

การกำหนดให้วิธีการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจลักษณะนี้ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่จำเป็นต้องดำเนินการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วยตนเอง โดยที่ผู้ประกอบการเพียงพิจารณาจากยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องซึ่งสามารถทำได้ง่าย และเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่จำเป็นต้องอาศัยดุลพินิจใด ๆ ของผู้ประกอบการในการพิจารณา ทำให้การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดจะต้องดำเนินการขออนุญาตหรือแจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นไปอย่างเที่ยงตรง เนื่องจากไม่ว่าฝ่ายที่พิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นจะต้องดำเนินการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่จะเป็นองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือผู้ประกอบการเอง ก็ควรจะต้องได้ผลลัพธ์หรือคำตอบที่เหมือนกัน

การใช้วิธีการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยประเมินจากยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ยังช่วยให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถกำหนดยกเว้นมิให้กฎหมายถูกนำไปใช้บังคับกับการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดเล็กซึ่งสามารถเติบโตได้อย่างรวดเร็วจากการรวมธุรกิจด้วย ดังที่ปรากฏในตารางเปรียบเทียบขนาดของการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลข้างต้น ซึ่งขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องนั้นอาจมีความแตกต่างกันไปตามขนาดเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ จึงอาจถือได้ว่ารูปแบบการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลลักษณะนี้ ยังสามารถนำมาเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบการรายเล็กได้อีกด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่ในสหภาพยุโรปซึ่งมีการกำหนดขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำแนกว่าการรวมธุรกิจใดมีมิติของสหภาพยุโรป มิฉะนั้นแล้ว การรวมธุรกิจดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ¹⁰

นอกจากนี้ เมื่อคำนึงถึงการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน ซึ่งมีจำนวนการประกอบธุรกิจบนแพลตฟอร์มออนไลน์มากยิ่งขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ และมักมีการรวมธุรกิจกันเพื่อประโยชน์ในการรวบรวมข้อมูล ซึ่งทำให้การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปได้ยากมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการ

¹⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.156.

กำกับดูแลการรวมธุรกิจด้วยการประเมินจากยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น จึงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจและองค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถคัดกรองการรวมธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลนั้นยังคงเป็นไปได้โดยสะดวกอีกด้วย

5.1.2.2 การพิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

รูปแบบการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอีกลักษณะหนึ่ง คือการพิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์และประเทศไทย กล่าวคือ ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ จะต้องทำการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายเพื่อขออนุญาตทำการรวมธุรกิจดังกล่าว และในทำนองเดียวกัน ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จะต้องทำการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายเพื่อขออนุญาตทำการรวมธุรกิจดังกล่าวเช่นกัน

ภายใต้รูปแบบการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ ผู้ประกอบธุรกิจมีภาระหน้าที่ในการประเมินว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาจากมูลค่าของการรวมธุรกิจหรือขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันนั้น จำเป็นต้องอาศัยปัจจัยหลายประการ จึงทำให้ผลการพิจารณานั้นอาจมีความไม่เที่ยงตรงเสมอไป กล่าวคือ องค์กรบังคับใช้กฎหมายกับผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจพิจารณาแล้วเห็นถึงผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่แตกต่างกัน อันมีต้นเหตุมาจากการประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างแตกต่างกัน ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้ตั้งแต่การกำหนดขอบเขตตลาดสินค้าหรือบริการที่แตกต่างกันตั้งแต่แรก ทำให้การพิจารณากระทบของการรวมธุรกิจต่อการแข่งขันในตลาดนั้นมีความแตกต่างกันอย่างมาก

ดังนั้น การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนี้ จึงควรต้องมีระบบการให้คำปรึกษาแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจ เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าขอคำแนะนำและประเมินจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายในเบื้องต้นได้ ว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นมีลักษณะอันอาจก่อให้เกิดข้อกังวลตามที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดไว้หรือไม่ หากในการปรึกษาเบื้องต้นกับองค์กรบังคับ

ใช้กฎหมายพบว่าการรวมธุรกิจของตนมีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดข้อกังวลตามกฎหมายแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจก็จะได้แจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายเพื่อขออนุญาตรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการในลำดับถัดไป มิฉะนั้นแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อกฎหมายอาจถูกดำเนินการที่อาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้รับความเสียหายในภายหลังได้

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าแม้กฎหมายจะกำหนดให้การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลนั้นเป็นไปโดยประเมินจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็ตาม แต่องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจออกแนวปฏิบัติที่เกี่ยวเนื่องกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กได้เช่นเดียวกับการพิจารณาในรูปแบบแรก ดังที่แนวปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศสิงคโปร์นั้น ได้กำหนดไว้ว่า องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะให้ความสำคัญกับการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายที่เกี่ยวข้องนั้นมียอดขายในประเทศสิงคโปร์ในปีที่ผ่านมาที่มีมูลค่าตั้งแต่ 5 ล้านเหรียญสิงคโปร์ขึ้นไป และยอดขายในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกของผู้ประกอบธุรกิจทุกรายที่เกี่ยวข้องนั้นมีมูลค่ารวมกันตั้งแต่ 50 ล้านเหรียญสิงคโปร์ขึ้นไปเท่านั้น โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะไม่ใช่แทรกแซงการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กที่มียอดขายไม่ถึงเกณฑ์ดังกล่าว เป็นต้น

5.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างรูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจและเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล

การวิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจกับเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของแต่ละประเทศ แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเด็นทั้งสองข้างต้น ที่มีลักษณะดังตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 8 ตารางเปรียบเทียบระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจและเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

	ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ			เกณฑ์พิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล	
	ระบบการขออนุญาต	ระบบสมัครใจ	ระบบการแจ้ง	ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจ	ผลกระทบจากการรวมธุรกิจ
สหรัฐอเมริกา	✓			✓	
สหภาพยุโรป	✓			✓	
ประเทศญี่ปุ่น	✓			✓	
ประเทศสิงคโปร์		✓			✓
ประเทศไทย	✓				✓

	ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ			เกณฑ์พิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล	
	ระบบการขออนุญาต	ระบบสมัครใจ	ระบบการแจ้ง	ยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจ	ผลกระทบจากการรวมธุรกิจ
ประเทศไทย			✓	✓	

ตารางเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจและเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลข้างต้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศที่กำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการขออนุญาตนั้น ล้วนพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยใช้เกณฑ์การพิจารณาจากขนาดของการรวมธุรกิจ ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะของระบบการกำกับดูแลดังกล่าว เนื่องจากผู้ประกอบการไม่ควรต้องมีหน้าที่ต้องพิจารณาว่าการรวมธุรกิจของตนส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างไร โดยที่หน้าที่ดังกล่าวจะเป็นขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งหากองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้พิจารณาการรวมธุรกิจแล้วพบว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็มีอำนาจที่จะพิจารณาไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ หรืออาจกำหนดมาตรการใด ๆ ให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการเพื่อเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องพิจารณาเพียงว่าการรวมธุรกิจของตนมีขนาดเข้าเกณฑ์ที่จะต้องแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการกระบวนกรที่ไม่จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาปัจจัยใด ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง จึงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถประเมินการรวมธุรกิจของตนได้อย่างแม่นยำ

ขณะที่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจนั้น จะทำการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยใช้เกณฑ์การพิจารณาจากผลกระทบของการรวมธุรกิจ เนื่องจากลักษณะของระบบดังกล่าวนี้ เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจได้พิจารณาตนเองว่าจะทำการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงควรมีสิทธิที่จะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจของตนก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ หากผู้ประกอบธุรกิจมีความมั่นใจว่าการรวมธุรกิจของตนไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีอิสระที่จะดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยไม่ต้องแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย เช่นนี้ การนำเกณฑ์ว่าด้วยขนาดของการรวมธุรกิจมาใช้ตัดสินว่าผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งการรวมธุรกิจหรือไม่ จึงอาจไม่เหมาะสมกับระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในลักษณะดังกล่าว เพราะการที่ธุรกรรมรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีมูลค่าสูง มิได้หมายความว่า การรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอันต้องห้ามตามกฎหมายโดยแน่แท้ และไม่สอดคล้องกับ

วัตถุประสงค์ของระบบการกำกับดูแลโดยสมัครใจที่ต้องการลดภาระและต้นทุนการดำเนินการของผู้ประกอบธุรกิจ

ดังนั้น เมื่อระบบการกำกับดูแลโดยสมัครใจเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถประเมินตนเองว่าจะแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนหรือไม่แล้ว ข้อพิจารณาที่ผู้ประกอบธุรกิจควรคำนึงถึงในการพิจารณาว่าตนมีความจำเป็นต้องแจ้งการรวมธุรกิจของตนเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ ควรจะเป็นการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจของตนมีลักษณะที่ต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ เมื่อผู้ประกอบธุรกิจเกิดความไม่แน่ใจว่าการรวมธุรกิจของตนอาจมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย จึงจะไปดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขอให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายพิจารณานุญาตรวมธุรกิจ ซึ่งอาจมีกระบวนการปรึกษาหรือการเสนอมาตรการเยียวยาประกอบด้วยในท้ายที่สุด เพื่อบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นตามกฎหมาย

ความสัมพันธ์ระหว่างรูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจและเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศที่ได้กล่าวถึงดังกล่าวข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นข้อบกพร่องในระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กล่าวคือ การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องทำการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจด้วยตนเอง และหากพบว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการมีสถานะอำนาจเหนือตลาด จึงจะต้องมาขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจอาจมีแนวทางการพิจารณาปัจจัยบางประการที่ต่างไปจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยระบบและเกณฑ์ดังกล่าวขาดความแน่นอน

5.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทย ได้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศนั้น มีการกำหนดให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายนั้นครอบคลุมไปถึงธุรกรรมหลากหลายประเภทมากกว่าที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ของประเทศไทย ซึ่งอาจสรุปลักษณะของธุรกรรมการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ได้ ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 9 ตารางเปรียบเทียบรูปแบบของการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

	การควบ กิจการ	การได้มา ซึ่งหุ้น	การได้มา ซึ่งสินทรัพย์	กิจการร่วมค้า	การตั้ง กรรมการไขว้
สหรัฐอเมริกา	✓	✓	✓	✓	✓
สหภาพยุโรป	✓	✓	✓	✓	✗
ประเทศญี่ปุ่น	✓	✓	✓	✓	✓
ประเทศสิงคโปร์	✓	✓	✓	✓	✗
ประเทศไทย	✓	✓	✓	✗	✗

ตารางเปรียบเทียบรูปแบบของการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าข้างต้น ที่ได้สรุปมาจากการศึกษา รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น แสดงให้เห็นว่ารูปแบบการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลในต่างประเทศนั้นมีมากกว่าที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ก็ได้มีการกำหนดลักษณะของธุรกรรมที่จะถือเป็นการรวมธุรกิจในแต่ละรูปแบบเอาไว้โดยอาศัยเกณฑ์การพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน อันสามารถแยกพิจารณาได้ตามแต่ละรูปแบบของธุรกรรมดังต่อไปนี้

5.2.1 การควบกิจการ

การควบกิจการ (mergers) เป็นรูปแบบของการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทุกประเทศ โดยที่การควบกิจการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้นล้วนมีลักษณะและเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดถือเป็นการควบกิจการที่เหมือนกัน กล่าวคือ ธุรกรรม 2 ประเภทดังนี้

(1) การที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป รวมเข้าด้วยกันกลายเป็นผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียวที่มีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากเดิม หรือ

(2) การที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่ง ควบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งเข้ามาทั้งหมด จนเหลือเป็นผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียว

5.2.2 การได้มาซึ่งหุ้น

การได้มาซึ่งหุ้น (share acquisition) เป็นรูปแบบของการรวมธุรกิจอีกรูปแบบหนึ่งที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทุกประเทศ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้นมีแนวทางในการ

พิจารณาธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจจำแนกออกได้เป็น 3 กลุ่ม

5.2.2.1 การพิจารณาจากมูลค่าของธุรกรรม

การพิจารณาว่าธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นธุรกรรมใดที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยการประเมินจากมูลค่าของธุรกรรมนั้น เป็นแนวทางในการพิจารณาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การพิจารณาการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการตามกฎหมาย Clayton Act มาตรา 7 มิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าจะต้องเป็นการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการอื่นในอัตราส่วนเท่าใดจึงจะถือเป็นการรวมธุรกิจ แต่กฎหมายได้กำหนดมูลค่าของหุ้นหรือสินทรัพย์ที่ได้รับมาไว้โดยเฉพาะว่าจะต้องมีมูลค่าเท่าใด จึงจะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายดังกล่าว และผู้ประกอบการจะต้องขออนุญาตดำเนินการต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

ทั้งนี้ การพิจารณามูลค่าของธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นข้างต้นนี้ หมายถึง การนำมูลค่าในปัจจุบันของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในกิจการของผู้ถูกรวมธุรกิจ (acquired firm) ที่ผู้รวมธุรกิจ (acquiring firm) ครอบครองอยู่ มารวมกับมูลค่าของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในกิจการของผู้ถูกรวมธุรกิจที่ผู้รวมธุรกิจกำลังจะได้รับมาด้วยผลของการรวมธุรกิจนั้น โดยที่มูลค่าของธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย Clayton Act นี้ จะถูกปรับเปลี่ยนไปตามมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติของสหรัฐอเมริกาในแต่ละปี โดยที่ในปัจจุบัน (ค.ศ. 2021) จะใช้อัตราดังต่อไปนี้¹¹

ก. กรณีที่มูลค่าของการรวมธุรกิจนั้นไม่เกินกว่า 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 2,900,000 ล้านบาท) ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยไม่ต้องแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

ข. กรณีที่มูลค่าของการรวมธุรกิจนั้นเกินกว่า 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่ไม่เกิน 368 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เช่นนี้ จะต้องพิจารณาจากขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง กับการรวมธุรกิจนั้นต่อไป

ค. กรณีที่มูลค่าของการรวมธุรกิจนั้นเกินกว่า 368 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 11,500,000 ล้านบาท) และเป็นการรวมธุรกิจที่ไม่ได้รับยกเว้นตามกฎหมาย ผู้ประกอบ

¹¹ Federal Trade Commission, "HSR threshold adjustments and reportability for 2021," [Online] Accessed: 10 April 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2021/02/hsr-threshold-adjustments-reportability-2021>.

ธุรกิจจะต้องดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา และพักการดำเนินการรวมธุรกิจนั้นไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลารอคอยตามที่กฎหมายกำหนด

การใช้เกณฑ์พิจารณาจากมูลค่าของธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นดังกล่าวข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นถึงลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายที่ต้องการกำกับดูแลธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นที่มีขนาดใหญ่ โดยไม่จำเป็นที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้รับหุ้นมาจะต้องกลายเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่สุดของกิจการแต่อย่างใด คงยกเว้นให้เฉพาะธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นอันมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อการลงทุนเท่านั้น กล่าวคือ ภายหลังจากที่รวมหุ้นที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีอยู่ก่อนในกิจการดังกล่าวแล้ว ผู้รวมธุรกิจยังถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในกิจการนั้นไม่เกิน 10% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด

5.2.2.2 การพิจารณาจากอำนาจในการควบคุม

การพิจารณาว่าธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นธุรกรรมใดที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยการประเมินจากอำนาจในการควบคุมกิจการ เป็นแนวทางในการพิจารณาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และประเทศสิงคโปร์ ซึ่งมีหลักการพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และประเทศสิงคโปร์ จะทำการพิจารณาว่าการได้มาซึ่งหุ้นในกิจการของผู้ประกอบการอื่นนั้น ก่อให้เกิดการถ่ายโอนความสามารถในการควบคุมกิจการนั้นขึ้นหรือไม่ โดยที่ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบการได้รับหุ้นมาในอัตราส่วนเท่าใด

ทั้งนี้ การได้มาซึ่งหุ้นที่ก่อให้เกิดผู้ประกอบการมีอำนาจในการควบคุมกิจการนั้น หมายความรวมถึงทั้งการที่ผู้ประกอบการมีอำนาจควบคุมกิจการดังกล่าวโดยลำพัง (sole control) และอำนาจควบคุมกิจการดังกล่าวร่วมกันกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ (joint control) กล่าวคือ

ก. การควบคุมโดยลำพัง คือกรณีที่ผู้ประกอบการได้รับหุ้นเสียงข้างมากของกิจการนั้นมา หรือผู้ประกอบการอาจได้รับหุ้นเสียงข้างน้อยที่มีสิทธิพิเศษตามสัญญาในการกำหนดกลยุทธ์ทางการค้าของกิจการมา จึงทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจในทางกฎหมายในการควบคุมกิจการดังกล่าวได้ นอกจากนี้ การได้รับหุ้นมาในบางกรณีนั้น แม้ไม่ทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจในทางกฎหมายที่จะควบคุมกิจการนั้น แต่ก็อาจทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจตามความเป็นจริงในการควบคุมกิจการได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ประกอบการได้รับหุ้นเสียงข้างน้อยของกิจการมา แต่เป็นหุ้นที่มีสิทธิในการคัดค้าน (veto) การตัดสินใจที่สำคัญในการประกอบกิจการได้ เป็นต้น หรืออาจมีเหตุอื่นใดที่ทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะ

ผู้บริหารของกิจการ แผนการเงินและแผนธุรกิจของกิจการ หรือการลงทุนของกิจการ ก็ถือเป็นการที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับอำนาจในการควบคุมกิจการมาได้เช่นเดียวกัน¹²

ตัวอย่างเช่น ในคดี *British Sky Broadcasting*¹³ ซึ่งบริษัท Sky Broadcasting Group ได้ทำการเข้าซื้อหุ้นจำนวน 17.9% ของบริษัท ITV โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพบว่าแม้การซื้อหุ้นดังกล่าวจะมีจำนวนไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นในกิจการดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงในอดีตแล้ว พบว่าการประชุมทั่วไปของกิจการดังกล่าวนี้มีผู้เข้าร่วมประชุมจำนวนน้อยมาก ทำให้บริษัท Sky Broadcasting Group มีอำนาจอย่างเด็ดขาดในการตัดสินใจในการดำเนินกลยุทธ์การประกอบธุรกิจของบริษัท ITV แล้ว จึงถือว่าการเข้าซื้อหุ้นดังกล่าวทำให้บริษัท Sky Broadcasting Group มีอำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัท ITV และต้องแจ้งการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อขออนุญาตก่อน เป็นต้น

ข. การควบคุมร่วมกัน หมายถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับหุ้นของกิจการหนึ่งมา และภายหลังจากนั้นผู้ประกอบธุรกิจได้ร่วมมือกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น จนส่งผลให้กิจการนั้นไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้หากไม่ได้รับข้อยุติร่วมกันจากผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้น เช่นนี้ ถือว่าการได้มาซึ่งหุ้นดังกล่าวส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจควบคุมการดำเนินกิจการนั้นได้เช่นกัน โดยที่อำนาจในการควบคุมร่วมกันมักเกิดจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายนั้นถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงจำนวนเท่ากัน หรือผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีสิทธิในการคัดค้าน (veto) การตัดสินใจที่สำคัญอันเป็นผลมาจากข้อบังคับของกิจการหรือสัญญาผู้ถือหุ้น เป็นต้น¹⁴

การพิจารณาการได้มาซึ่งหุ้นที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในลักษณะนี้จึงไม่มีเกณฑ์ที่แน่นอนว่าผู้ประกอบธุรกิจได้รับหุ้นมาจำนวนเท่าใด จึงจะถือเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมาย และต้องดำเนินการตามที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากำหนด ทำให้ต้องมีระบบที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าปรึกษาต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายเพื่อพิจารณาในเบื้องต้นว่าธุรกรรมดังกล่าวนี้ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายหรือไม่ จนในที่สุดคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์ (Competition & Consumer Commission Singapore: CCCS) ก็ได้เผยแพร่ข้อสันนิษฐานไว้ว่าหากผู้ประกอบธุรกิจถือครองหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในจำนวนระหว่าง 30 - 50% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดในกิจการใดแล้ว ก็จะได้ถือว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีอำนาจควบคุมการดำเนินธุรกิจของกิจการนั้นตามกฎหมาย แต่ก็ยังคงเป็น

¹² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.855 - 856.

¹³ *British Sky Broadcasting Plc v. The Competition Commission* [2008].

¹⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.856 - 857.

หลักเกณฑ์ที่ไม่แน่นอนตายตัว เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจสามารถนำหลักฐานมาแสดงให้เห็น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าตนไม่มีอำนาจในการตัดสินใจในการดำเนินกิจการของผู้ประกอบการธุรกิจนั้นได้¹⁵

5.2.2.3 การพิจารณาจากสัดส่วนของหุ้นที่ได้รับ

การพิจารณาว่าธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นธุรกรรมใดที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยการประเมินจากสัดส่วนของหุ้นที่ได้รับ เป็นแนวทางในการพิจารณาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย กล่าวคือ หากผู้ประกอบการธุรกิจได้รับหุ้นของกิจการใดกิจการหนึ่งมา และเมื่อนำไปรวมกับหุ้นของกิจการนั้นที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ครอบครองอยู่ก่อนแล้ว มีอัตราส่วนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด เช่นนี้ ถือว่าผู้ประกอบการธุรกิจได้ทำธุรกรรมอันถือเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และผู้ประกอบการธุรกิจต้องดำเนินการตามที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดไว้

หลักเกณฑ์การพิจารณาอัตราส่วนของหุ้นที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับ อันจะถือเป็นการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทยนั้น มีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ในกรณีทั่วไปนั้น หากผู้ประกอบการธุรกิจได้รับหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหนึ่งเป็นจำนวนเกินกว่า 50% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดในบริษัทนั้น จะถือได้ว่าการได้มาซึ่งหุ้นดังกล่าวก่อให้เกิดการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งของประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย

อย่างไรก็ดี ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้น หากปรากฏว่าผู้ประกอบการธุรกิจได้รับหุ้น รวมถึงใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้น หรือหลักทรัพย์อื่นที่อาจแปลงสภาพแห่งสิทธิเป็นหุ้นของผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 จนถึงหรือเกินกว่า 25% ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ประกอบการธุรกิจอื่น เช่นนี้ ก็จะได้ถือว่าการได้มาซึ่งหุ้นดังกล่าวก่อให้เกิดการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แล้ว

ขณะที่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้น ก็ได้มีการกำหนดกรณีพิเศษเอาไว้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ หากผู้ประกอบการธุรกิจได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหนึ่งเป็นจำนวนเกินกว่า 20% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดในบริษัทนั้น โดยที่การได้มาซึ่งหุ้นจำนวนดังกล่าวทำให้บริษัทที่ได้รับหุ้นมากกลายเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ที่สุดของบริษัท เช่นนี้ ก็จะได้ถือว่า

¹⁵ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, p.183.

การได้มาซึ่งหุ้นในอัตราส่วนดังกล่าวนั้นถือเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมาย และจะต้องดำเนินการตามทีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นกำหนดด้วย¹⁶

ข้อแตกต่างของการพิจารณาธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นธุรกรรมที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นและประเทศไทยนั้น เกิดขึ้นจากการกำหนดให้สอดคล้องกับกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในประเทศของตน กล่าวคือ ในประเทศญี่ปุ่นนั้น รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็จะสอดคล้องไปด้วยกันกับพระราชบัญญัติบริษัท (Companies Act) ซึ่งได้กำหนดรูปแบบและลักษณะของธุรกรรมรวมธุรกิจเอาไว้แล้ว¹⁷ ขณะที่ในประเทศไทย การได้มาซึ่งหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่จดทะเบียนอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ก็จะเป็นไปตามมาตรา 247 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ที่ได้กำหนดให้การได้มาซึ่งหลักทรัพย์ในกิจการจนถึงหรือเกินกว่า 25% เป็นการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อการครอบงำกิจการหรือการรวมธุรกิจ

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการพิจารณาธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นธุรกรรมที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยการประเมินจากสัดส่วนของหุ้นที่ได้รับนั้น เป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายอื่น ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนี้ด้วย เช่นเดียวกัน ซึ่งลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย ทำให้เกิดความสะดวกทั้งต่อผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ และองค์กรบังคับใช้กฎหมายในการพิจารณาว่าธุรกรรมใดที่อยู่ในขอบเขตอำนาจการกำกับดูแลของตนหรือไม่

5.2.3 การได้มาซึ่งสินทรัพย์

การได้มาซึ่งสินทรัพย์ (asset acquisition) เป็นรูปแบบของการรวมธุรกิจอีกรูปแบบหนึ่งที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทุกประเทศเช่นกัน ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้นมีแนวทางในการพิจารณาธุรกรรมการได้มาซึ่งสินทรัพย์ที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจจำแนกออกได้เป็น 3 กลุ่มในทำนองเดียวกันกับการได้มาซึ่งหุ้น กล่าวคือ

¹⁶ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.119.

¹⁷ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, p.852.

5.2.3.1 การพิจารณาจากมูลค่าของธุรกรรม

การพิจารณาว่าธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นธุรกรรมใดที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยการประเมินจากมูลค่าของธุรกรรมนั้น เป็นแนวทางในการพิจารณาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ทั้งนี้ การพิจารณาการได้มาซึ่งสินทรัพย์ของกิจการตามกฎหมาย Clayton Act มาตรา 7 ของสหรัฐอเมริกา นั้น มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับการได้มาซึ่งหุ้น กล่าวคือ กฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าจะต้องเป็นการได้มาซึ่งสินทรัพย์ของกิจการอื่นในอัตราส่วนเท่าใดจึงจะถือเป็นการรวมธุรกิจ แต่กฎหมายได้กำหนดมูลค่าของสินทรัพย์ที่ได้รับมาไว้โดยเฉพาะว่าจะต้องมีมูลค่าเท่าใด จึงจะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายดังกล่าว และผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องขออนุญาตดำเนินการต่อองค์การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา โดยใช้เกณฑ์เช่นเดียวกันกับการพิจารณาการได้มาซึ่งหุ้นที่กล่าวแล้วข้างต้น¹⁸

ขณะที่การพิจารณาการได้มาซึ่งสินทรัพย์ที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นนั้น มีลักษณะแตกต่างจากการพิจารณาการได้มาซึ่งหุ้น กล่าวคือ ในการพิจารณาการได้มาซึ่งสินทรัพย์ที่ถูกกำกับดูแลนั้น กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นกำหนดไว้ว่าสินทรัพย์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับมานั้น จะต้องมิลักษณะเป็นกิจการหรือสินทรัพย์ที่เพียงพอต่อการดำเนินธุรกิจได้ด้วยตนเอง ซึ่งมีมูลค่าเกินกว่า 5% ของยอดขายทั้งหมดของบริษัท และจะต้องมีมูลค่ามากกว่า 100 ล้านเยนขึ้นไป¹⁹

¹⁸ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, pp.1479 - 1480.

¹⁹ The Antimonopoly Act, Article 16 "(1) No company may engage in any of the following acts if its doing so substantially restrains competition in any particular field of trade, nor may it engage in any of the following acts through unfair trade practices:

- (i) accepting assignment of the whole or a substantial part of the business of another company
- (ii) accepting assignment of the whole or a substantial part of the fixed assets used for the business of another company
- (iii) taking on a lease of the whole or a substantial part of the business of another company
- (iv) undertaking the management of the whole or a substantial part of the business of another company
- (v) entering into a contract which provides for a joint profit and loss account for business with another company
- ..."

Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part I Article 4 (3) "...a "substantial part" or not is examined on a case-by-case basis according to the actual position of the split business in the market. However, if the annual sales (or turnover corresponding to sales; the same shall apply

5.2.3.2 การพิจารณาจากอำนาจในการควบคุม

การพิจารณาว่าธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นธุรกรรมใดที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยการประเมินจากมูลค่าของธุรกรรมนั้น เป็นแนวทางในการพิจารณาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์ โดยใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกันกับการได้มาซึ่งหุ้น กล่าวคือ การได้มาซึ่งสินทรัพย์นั้นจะต้องก่อให้เกิดการถ่ายโอนความสามารถในการควบคุมกิจการ โดยที่ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามูลค่าของสินทรัพย์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับมานั้น คิดเป็นอัตราส่วนเท่าใดของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติ²⁰

ดังนั้น การได้มาซึ่งสินทรัพย์ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์นั้น อาจเป็นการได้มาซึ่งสินทรัพย์ทั้งหมดของผู้ประกอบการรายอื่น หรือการได้สินทรัพย์มาเพียงบางส่วน แต่จะต้องเป็นสินทรัพย์สำคัญของผู้ประกอบการรายอื่น²¹ ซึ่งอาจได้แก่ การได้มาทั้งกิจการในตลาดหนึ่งของผู้ประกอบการ การได้รับฐานลูกค้าในตลาดหนึ่งของผู้ประกอบการ การได้รับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เช่น ตราสินค้า สิทธิบัตร หรือลิขสิทธิ์ โดยที่การได้รับสินทรัพย์ข้างต้นมานั้นจะส่งผลให้ยอดขายที่เกิดจากกิจการในตลาดใดตลาดหนึ่งได้ถูกโอนมายังผู้ประกอบการที่ได้รับสินทรัพย์นั้น²² จนกล่าวได้ว่าผู้ประกอบการที่ได้รับสินทรัพย์นั้นเข้ามีสถานะในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งแทนผู้ประกอบการเดิม จึงจะถือว่าการได้มาซึ่งสินทรัพย์นั้นมีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์ ดังนั้น การที่ผู้ประกอบการจำหน่ายสินทรัพย์บางประการออกไป แต่ยังคงสามารถดำเนินกิจการในตลาดที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์นั้นต่อไปได้เช่นเดิม จะยังไม่ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้²³

นอกจากนี้ ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์ การโอนสินทรัพย์ดังกล่าวข้างต้นนั้น จะต้องเป็นการโอนการควบคุมไปในระยะยาว

hereinafter.) of the split business is 5% or less of the total sales of the splitting company and one hundred million yen or less, this split business is generally not considered to be a “substantial part.””

²⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.125.

²¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.855; Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.183 - 184.

²² European Commission, "Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings," 16 April 2008, p.9.

²³ Susan de Silva *et al.*, *Business Guide to Competition Law: Managing Your Risks*, p.243.

จนส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของตลาดด้วย มิใช่เป็นเพียงการโอนสิทธิ์ไปโดยมีวัตถุประสงค์จะแบ่งสิทธิ์ดังกล่าวออกไปอีกในภายหลัง²⁴

5.2.3.3 การพิจารณาจากสัดส่วนของสิทธิ์ที่ได้รับ

การได้มาซึ่งสิทธิ์ที่จะถือเป็นการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น จะอาศัยการประเมินจากสัดส่วนของสิทธิ์ที่ได้รับเป็นสำคัญ กล่าวคือ จะต้องเป็นการเข้าซื้อสิทธิ์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่เกินกว่า 50% ของมูลค่าสิทธิ์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติทั้งหมด

ทั้งนี้ ในการประเมินสัดส่วนการซื้อสิทธิ์เกิน 50% ข้างต้นนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีความเห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการประเมินจากสิทธิ์ทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ว่าสิทธิ์ดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการใดของผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจที่มีการประกอบธุรกิจหลายธุรกิจ (business unit) ที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการหลายตลาดนั้น ทำการจำหน่ายธุรกิจหนึ่งให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจอื่นไป เช่นนี้ หากมูลค่าของธุรกิจดังกล่าวที่ผู้ประกอบธุรกิจได้จำหน่ายออกไปนั้นมีมูลค่าไม่เกินกว่า 50% ของมูลค่าสิทธิ์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้ในการประกอบธุรกิจแล้ว ก็จะไม่ถือเป็นการซื้อขายสิทธิ์ที่เป็นการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการซื้อขายสิทธิ์ดังกล่าว นั้น เป็นความต้องการของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ต้องการให้หลักเกณฑ์การพิจารณาการซื้อขายสิทธิ์ของผู้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น สอดคล้องกับประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 20/2551 เรื่อง หลักเกณฑ์ในการทำรายการที่มีนัยสำคัญเข้าข่ายเป็นการได้มาหรือจำหน่ายไปซึ่งทรัพย์สิน²⁵

ตารางที่ 10 ตารางเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาการได้มาซึ่งสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

²⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.855.

²⁵ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "บันทึกสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสิทธิ์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/09/Hearing-Merger-51-4.pdf>

	มูลค่าของธุรกรรม	อำนาจในการควบคุม	สัดส่วนของสินทรัพย์
สหรัฐอเมริกา	มูลค่าของสินทรัพย์ที่มีการซื้อขายนั้นเกินกว่า 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐขึ้นไป	ไม่ระบุ	ไม่ระบุ
ประเทศญี่ปุ่น	มูลค่าของสินทรัพย์ที่มีการซื้อขายนั้นเกินกว่า 100 ล้านเยนขึ้นไป	ไม่ระบุ	มูลค่าเกินกว่า 5% ของยอดขายทั้งหมดของบริษัท
สหภาพยุโรป	ไม่ระบุ	สินทรัพย์ส่วนสำคัญของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเข้ามามีอำนาจควบคุมกิจการ	ไม่ระบุ
ประเทศสิงคโปร์	ไม่ระบุ	สินทรัพย์ส่วนสำคัญของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเข้ามามีอำนาจควบคุมกิจการ	ไม่ระบุ
ประเทศไทย	ไม่ระบุ	ไม่ระบุ	50% ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ในการประกอบธุรกิจ

การประเมินการได้มาซึ่งสินทรัพย์ที่ถือเป็นการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยอาศัยสัดส่วนของสินทรัพย์ที่ได้รับในลักษณะดังกล่าวนั้น ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถประเมินว่าธุรกรรมของตนอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้โดยง่ายและสะดวก แต่อย่างไรก็ดี เมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางการประเมินการได้มาซึ่งสินทรัพย์ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ แล้ว พบว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพียงฉบับเดียวที่มีวิธีการประเมินด้วยวิธีการดังกล่าวเพียงวิธีการเดียว

อย่างไรก็ดี แนวทางการประเมินการได้มาซึ่งสินทรัพย์ที่ถือเป็นการรวมธุรกิจด้วยวิธีการดังกล่าวข้างต้นนั้น อาจก่อให้เกิดช่องว่างในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจขึ้นได้ เนื่องจากการกำกับดูแลเฉพาะการซื้อขายสินทรัพย์ที่มีมูลค่าเกินกว่า 50% ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติ นั้น ส่งผลให้การจำหน่ายสินทรัพย์หรือหน่วยธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งของผู้ประกอบการธุรกิจที่มีขนาดใหญ่และประกอบธุรกิจหลายประเภท ที่แม้จะมีแนวโน้มจะส่งผลกระทบต่อโครงสร้างของตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งได้เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะ

อย่างยิ่งหากปรากฏว่าหน่วยธุรกิจที่มีการซื้อขายดังกล่าวมีส่วนแบ่งตลาดสูง หรือในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับหน่วยธุรกิจที่มีการซื้อขายนั้นมีอัตราการกระจุกตัวที่สูง อาจไม่สามารถถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ เนื่องจากหน่วยธุรกิจดังกล่าวนั้นมีมูลค่าไม่ถึง 50% ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติ

ทั้งนี้ การซื้อขายสินทรัพย์ที่อาจเป็นหน่วยธุรกิจหนึ่งซึ่งครอบคลุมทั้งตราสินค้า สิทธิบัตร หรือลิขสิทธิ์ทั้งหลายของผู้ประกอบธุรกิจนั้น แม้จะมีมูลค่ารวมกันไม่ถึง 50% ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติ แต่ก็อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้เป็นอย่างมาก จนอาจถึงขนาดก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากปรากฏว่าตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับหน่วยธุรกิจที่มีการซื้อขายนั้นมีอัตราการกระจุกตัวที่สูง หรือผู้ประกอบการฝ่ายที่ได้รับสินทรัพย์มานั้นก็เป็นผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งรายสำคัญที่มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวค่อนข้างสูงอยู่ก่อนแล้ว ก็จะทำให้ผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการซื้อขายสินทรัพย์ดังกล่าวชัดเจนยิ่งขึ้น

ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดให้ประเมินการได้มาซึ่งสินทรัพย์ที่ถือเป็นการรวมธุรกิจจากสัดส่วนของสินทรัพย์ที่มีการจำหน่ายเพียงประการเดียวนั้น จึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายที่ส่งผลให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มากำกับดูแลการจำหน่ายสินทรัพย์ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมากได้อย่างครอบคลุม เนื่องจากไม่ว่าสินทรัพย์ที่มีการจำหน่ายนั้นจะมีมูลค่าสูงเท่าไร ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายสินทรัพย์ดังกล่าวจะมียอดขายมากเพียงไร หรือแม้แต่การซื้อขายสินทรัพย์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งขึ้นก็ตาม หากสินทรัพย์ที่มีการจำหน่ายนั้นมีมูลค่าไม่เกินกว่า 50% ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติแล้ว ธุรกิจการซื้อขายสินทรัพย์ดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

5.2.4 กิจการร่วมค้า

กิจการร่วมค้า (joint venture) เป็นธุรกรรมอีกรูปแบบหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ แต่ยังไม่ถือเป็นการรวมธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยที่การรวมตัวกันในลักษณะของกิจการร่วมค้าภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น หมายถึง การที่ผู้ประกอบการหลายราย

ตกลงร่วมกันดำเนินกิจกรรมบางอย่างร่วมกันโดยเฉพาะ โดยอาจเป็นการตั้งบริษัทลูกขึ้นใหม่ร่วมกัน การทำสัญญาหุ้นส่วน หรืออาจเป็นเพียงการร่วมกันตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาการวางแผนการดำเนินกิจการ กำหนดราคา กำหนดกลยุทธ์ทางการตลาด หรือทำการวิจัยและพัฒนา ซึ่งแม้ว่าการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้าจะทำให้ประสิทธิภาพในการจัดการและใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มสูงขึ้นได้ อีกทั้งยังทำให้เกิดการรวมเทคโนโลยี องค์ความรู้ และการแบ่งปันความเสี่ยงระหว่างกัน แต่ในบางครั้ง การรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้าอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการหลีกเลี่ยงบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน และยังอาจทำให้โครงสร้างของตลาดเปลี่ยนแปลงไปได้ จึงทำให้เกิดข้อกังวลที่ว่ากิจการร่วมค้าอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้เช่นกัน²⁶

5.2.4.1 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากก่อตั้งกิจการร่วมค้า

การร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายรายนั้น ถูกยอมรับจากนานาประเทศว่าเป็นธุรกรรมที่ส่งผลเช่นเดียวกับการรวมธุรกิจไม่ว่าด้วยวิธีการควบกิจการ การได้มาซึ่งหุ้น หรือการได้มาซึ่งสินทรัพย์ เนื่องจากการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค่านั้นทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถร่วมกันบริหารจัดการราคาสินค้าหรือปริมาณการผลิตได้ จึงก่อให้เกิดความเสี่ยงที่กิจการร่วมค้าดังกล่าวจะกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ในบางกรณีจึงจำเป็นต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการควบคุมเชิงโครงสร้าง (structural control) อันเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมมากกว่าบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่มีลักษณะเป็นการควบคุมเชิงพฤติกรรม (behavioural control) มาใช้กำกับดูแลการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้าด้วยเช่นกัน²⁷

ตัวอย่างเช่น การก่อตั้งกิจการร่วมค้าที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรประหว่างบริษัท Sanofi ซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสุขภาพ ประกอบด้วยผลิตภัณฑ์ยา อาหาร และเครื่องสำอาง กับบริษัท Sterling Drug ซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสุขภาพ ประกอบด้วยผลิตภัณฑ์ยา การทำความสะอาดในครัวเรือน และสินค้าที่เกี่ยวข้อง โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายจะทำการโอนระบบการผลิต การบริหารจัดการ การตลาด การขาย การจัดจำหน่าย และการสนับสนุนของตน ไปรวมไว้ด้วยกันเป็นกิจการร่วมค้า อีกทั้งยังมีการโอนใบอนุญาตและสิทธิตามสัญญาต่าง ๆ รวมถึงลูกจ้างส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจการดังกล่าว ไปอยู่ภายใต้การบริหารจัดการของกิจการร่วมค้าที่จะก่อตั้งขึ้น เช่นนี้ คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจึงพิจารณาแล้วเห็นว่าการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าวนี้ มี

²⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.141 - 142.

²⁷ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, pp.187 - 188.

ลักษณะทำให้กิจการร่วมค้าที่ก่อตั้งขึ้นนั้นมีทรัพยากรการเงิน สิทธิทรัพย์สิน รวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ ที่จำเป็นแก่การดำเนินกิจการนั้นด้วยตนเองอย่างเพียงพอ และเป็นการโอนสิทธิและลูกจ้างในลักษณะถาวรโดยไม่มีการจำกัดระยะเวลาไว้โดยเฉพาะ จึงถือเป็นการรวมตัวกันที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามระเบียบของสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ²⁸

การก่อตั้งกิจการร่วมค้าตามตัวอย่างข้างต้นนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าต่างเป็นคู่แข่งกันในตลาดสินค้าเดียวกัน อันมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบ คือ การทำให้โครงสร้างการแข่งขันในตลาดดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปอย่างถาวร และยิ่งส่งผลให้การแข่งขันในตลาดสินค้าสุขภาพดังกล่าวข้างต้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายที่ร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้านั้นหายไป จึงกล่าวได้ว่า ผลกระทบดังกล่าวที่เกิดจากการร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้านั้น มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการรวมธุรกิจด้วยวิธีการอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการควบกิจการ การได้มาซึ่งหุ้น หรือการได้มาซึ่งสิทธิ ดังนั้น กิจการร่วมค้าจึงเป็นธุรกรรมประเภทหนึ่งที่ต้องถูกกำกับดูแลตามบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในฐานะที่เป็นการรวมธุรกิจในรูปแบบหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น ยังไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์ใดที่กำกับดูแลธุรกรรมการก่อตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างผู้ประกอบธุรกิจไว้โดยเฉพาะ ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่สามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้มาใช้กำกับดูแลการก่อตั้งกิจการร่วมค้าของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ เนื่องจากการก่อตั้งกิจการร่วมค้ายังไม่อาจถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น จึงก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะทำการร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ โดยที่ผลกระทบจากการก่อตั้งกิจการร่วมค้านั้นอาจถึงขั้นก่อให้เกิดการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดขึ้นได้ แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยกลับไม่สามารถดำเนินการใด ๆ เพื่อป้องกันขัดขวาง หรือบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้านั้น จึงเกิดเป็นช่องว่างที่ทำให้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้านั้นไม่สามารถกำกับดูแลธุรกรรมที่เป็นกรรวมธุรกิจได้อย่างครอบคลุม อันแตกต่างจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ข้างต้นที่ได้ทำการศึกษา

²⁸ Sanofi/Sterling Drug (Case No.IV/M.072) [1991] OJ C 156/18, [1991] 4 CMLR 739.

5.2.4.2 ลักษณะของกิจการร่วมค้าที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

จากการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ อันได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ พบว่ากิจการร่วมค่านั้น มิได้ถือเป็นการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอยู่เสมอไป หากแต่จะต้องปรากฏว่ากิจการร่วมค่านั้นมีลักษณะเฉพาะอันเป็นไปตามที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากำหนด ซึ่งลักษณะเฉพาะดังกล่าวตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้นล้วนเป็นไปในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ กิจการร่วมค้าที่จะตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค่านั้น จะต้องมีลักษณะเป็นกิจการร่วมค้าที่ดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ (full-function) เท่านั้น โดยที่ลักษณะของกิจการร่วมค้าที่ดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น สามารถสรุปออกได้เป็น 3 ประการดังต่อไปนี้²⁹

ก. มีการดำเนินการอย่างเป็นอิสระจากผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้ง

การดำเนินการอย่างเป็นอิสระ หมายถึง กิจการร่วมค่านั้นจะต้องมีทรัพยากรในการประกอบธุรกิจในตลาดด้วยตนเองอย่างเพียงพอ ซึ่งหมายถึงมีเพียงพอต่อการบริหารงานรายวัน ไม่ว่าจะเป็นการมีพนักงาน สินทรัพย์ หรือการจัดการทางการเงินเพื่อดำเนินกิจการทางการค้าต่าง ๆ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้ง (parent companies) จะมีอำนาจร่วมกันตัดสินใจในการดำเนินการที่สำคัญ ๆ เท่านั้น

ข. วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งมิได้เป็นไปเพื่อดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อกิจการของผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้ง

กิจการร่วมค้าที่ก่อตั้งนั้นจะต้องมีการดำเนินการที่มีได้จำกัดอยู่แค่เฉพาะการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้ง กล่าวคือ กิจการร่วมค่านั้นจะต้องมิได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการอย่างใดโดยเฉพาะ อันได้แก่ จะต้องมิได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นเพียงผู้ผลิตหรือผู้ซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้งเท่านั้น หรือมิได้ถูกจัดตั้งเพื่อจำหน่ายสินค้าเพียงอย่างเดียว หรือจะต้องมิได้จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ หรือการผลิตเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ภายใต้แนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปนั้น กิจการร่วมค้าควรจะต้องขายสินค้าหรือบริการของตนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ

²⁹ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, p.347.

หรือผู้ซื้อรายอื่น ๆ ที่มีใช้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้งในจำนวนเกินกว่า 50% ของปริมาณสินค้า หรือบริการที่ผลิตได้ จึงจะถือว่าเป็นกิจการร่วมค้าที่ดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ เป็นต้น

ค. มีการดำเนินการในระยะยาว

มีการดำเนินการในระยะยาว หมายถึง ผู้ประกอบการธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้งนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์ในการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค้าเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งอย่างจำกัดเท่านั้น โดยที่แนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกา นั้น จะใช้เกณฑ์ระยะเวลา 10 ปี³⁰ ที่จะถือว่าเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน จนนับได้ว่ามีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจประการหนึ่ง ขณะที่แนวปฏิบัติว่าด้วยการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรป หรือประเทศสิงคโปร์นั้น มิได้กำหนดระยะเวลาที่ตายตัวไว้ หากแต่จะทำการพิจารณาจากทรัพยากรที่ผู้ประกอบการที่ร่วมกันจัดตั้งใช้ในการร่วมลงทุนว่ามีทรัพยากรสำคัญในการที่จะดำเนินกิจการร่วมค้านั้นอย่างถาวรหรือไม่ โดยที่แม้วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกิจการร่วมค้านั้นจะไม่ได้มีความต้องการให้กิจการร่วมค้าดังกล่าวคงอยู่อย่างถาวร แต่หากระยะเวลาในการดำเนินการนั้นนานเพียงพอที่จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของกิจการไปอย่างถาวร ก็จะเป็นถือว่ากิจการร่วมค้านั้นมีลักษณะการดำเนินงานอย่างถาวรด้วยเช่นกัน³¹

5.2.5 การตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคล

ธุรกรรมอีกรูปแบบหนึ่งที่ถูกกำกับดูแลโดยอาศัยบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ การตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคล (interlocking directorates and officers) อันเป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้นได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการหรือผู้บริหารของนิติบุคคลจำนวน 2 นิติบุคคลในเวลาเดียวกัน ซึ่งแม้โดยปกติจะเป็นการกระทำที่สามารถกระทำได้โดยมิได้ถือว่ามีผิดกฎหมาย แต่หากพฤติกรรมนั้นมีความเป็นไปได้ว่าจะส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ พฤติกรรมดังกล่าวก็อาจถูกห้ามมิให้กระทำอย่างใดก็ได้ จากการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์นั้น พบว่ามีเพียงกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่นเท่านั้น ที่มีบทบัญญัติสำหรับกำกับดูแลการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคลดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ โดยอาศัยเกณฑ์การพิจารณาในลักษณะเดียวกันกับการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ

³⁰ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors," April 2000, p.5.

³¹ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.44 - 45.

ทั้งนี้ สาเหตุที่มีการนำพฤติกรรมดังกล่าวมากำกับดูแลในลักษณะของการรวมธุรกิจนั้น เนื่องจากการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคลนั้น เป็นการอำนวยความสะดวกให้ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายสามารถทำการตกลงหรือประสานงานกันในการตัดสินใจต่าง ๆ ทางธุรกิจได้ง่ายยิ่งขึ้น หรือเพิ่มโอกาสในการแลกเปลี่ยนข้อมูลต่าง ๆ ที่มีความอ่อนไหวระหว่างกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลเกี่ยวกับการกำหนดราคา หรือปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการในอนาคต ซึ่งทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด³² ดังนั้น จึงมีการปรับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการรวมธุรกิจเพื่อกำกับดูแลการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคล เพื่อที่จะเปิดโอกาสให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการพิจารณาผลกระทบต่ออาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ มาใช้ประเมินผลกระทบจากการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคล ซึ่งในบางกรณีนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้คล้ายคลึงกับการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ด้วย และสามารถขัดขวางหรือกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคลนั้นได้

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคลนั้น จะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจหรือไม่ ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นแล้ว อาจสรุปออกได้เป็น 3 หลักเกณฑ์ กล่าวคือ

(1) ความสัมพันธ์ทางการค้า รวมถึงความสัมพันธ์ทางการเงินและความสัมพันธ์ในลักษณะอื่น ๆ ระหว่างบริษัททั้งสองแห่ง โดยที่ลักษณะของกิจการ สถานที่ประกอบธุรกิจ หรือคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องทั้ง 2 แห่งที่มีการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้กันนั้น อาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองอาจทำการตกลงกันบางประการอันส่งผลเป็นการจัดการแข่งขันซึ่งฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติข้อใดข้อหนึ่งของกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้

(2) ยอดขายที่แข่งขันกันของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ซึ่งปรากฏในหลักเกณฑ์การพิจารณาพฤติกรรมกรรมการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคลที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ หากกิจการที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นกิจการรายเล็กที่มียอดขายไม่มากหรือนิติบุคคลที่มีการตั้งกรรมการไขว้กันมีการแข่งขันไม่มากแล้ว ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. 2021 นั้น กิจการรายเล็กได้แก่ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งมียอดขายที่แข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งที่เกี่ยวข้องน้อยกว่า

³² Jens Peter Schmidt, "Germany : Merger control analysis of minority shareholdings – a model for the EU ?," *Concurrences*, 2 (May 2013).

3,738,200 เหรียญสหรัฐในปี ค.ศ. 2021 หรือยอดขายที่แข่งขันกันของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง มีมูลค่าน้อยกว่าร้อยละ 2 ของยอดขายทั้งหมดของธุรกิจนั้น เช่น กรณีที่บริษัท A และบริษัท B มีกรรมความเป็นบุคคลเดียวกัน แต่ยอดขายของสินค้าที่บริษัท B แข่งขันกับบริษัท A นั้น คิดเป็นมูลค่าเพียงร้อยละ 1 ของยอดขายทั้งหมดของบริษัท B เป็นต้น หรือ ยอดขายที่แข่งขันกันของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละราย มีมูลค่าน้อยกว่าร้อยละ 4 ของยอดขายทั้งหมดของธุรกิจนั้น เช่น กรณีข้างต้น หากบริษัท A มียอดขายสินค้าที่แข่งขันกับบริษัท B คิดเป็นเพียงร้อยละ 3 ของยอดขายสินค้าทั้งหมด และบริษัท B ก็มียอดขายสินค้าที่แข่งขันกับบริษัท A คิดเป็นเพียงร้อยละ 3 ของยอดขายสินค้าทั้งหมดเช่นกัน ดังนั้น การตั้งกรรมการไขว้กันในกรณีดังกล่าวก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย

(3) อำนาจของกรรมการหรืออัตรส่วนของผู้บริหารที่ปฏิบัติงานอยู่ในนิติบุคคลทั้ง 2 แห่ง ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นการตั้งกรรมการไขว้กันนั้น จะต้องปรากฏว่าเป็นกรรมกรณีนี้อำนาจกระทำการแทนผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองแห่ง หรือในกรณีที่เป็นการตั้งผู้บริหารหรือลูกจ้างไขว้กัน จะต้องปรากฏว่าจำนวนของผู้บริหารหรือลูกจ้างในบริษัทหนึ่งจะต้องมีสถานะเป็นผู้บริหารหรือลูกจ้างส่วนมากของอีกบริษัทหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ดี การตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคลนั้น ก็มีข้อดีที่ได้รับจากประสบการณ์และความเชี่ยวชาญของกรรมการหรือผู้บริหารนั้น ซึ่งอาจส่งผลให้การตัดสินใจดำเนินการต่าง ๆ จนทำให้สถานะของกิจการดีขึ้นได้ นอกจากนี้ ความมีชื่อเสียง ความน่าเชื่อถือของกรรมการบางรายยังส่งผลต่อการต่อรองในการเจรจาสัญญาต่าง ๆ หรือแม้กระทั่งช่วยส่งเสริมความสัมพันธ์ทางการเงินระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับธนาคาร ดังนั้น การมีกรรมกรณีนี้อำนาจกระทำการแทนผู้ประกอบธุรกิจที่มีชื่อเสียงและประสบการณ์ที่แม้จะเป็นกรรมกรณีนี้อำนาจกระทำการอื่นในเวลาเดียวกัน อาจส่งผลดีต่อกิจการบางกิจการได้ โดยเฉพาะกิจการที่มีขนาดเล็กสามารถมีสถานะของธุรกิจที่ดีขึ้น และสามารถแข่งขันกับกิจการอื่น ๆ ในตลาดอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น³³

ทั้งนี้ ถึงแม้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป หรือประเทศสิงคโปร์ จะไม่มีบทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคลไว้ โดยเฉพาะดังเช่นกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐ แต่องค์กรบังคับใช้กฎหมายของทั้งสองประเทศก็ยังสามารถนำบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ โดยเฉพาะบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันมาใช้เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมการตกลงกัน การประสานงานโดยไม่มีข้อตกลง หรือการ

³³ Florence Thépot, Florian Hugon, and Mathieu Luinaud, "Interlocking Directorates and Anti-Competitive Risks: An Enforcement Gap in Europe?," *Concurrences*, 1 (February 2016): 4.

ติดต่อแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านราคาสินค้าและปริมาณสินค้า ระหว่างผู้ประกอบการที่อาจเกิดขึ้น ภายหลังจากการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไว้ด้วยกันได้อย่างครอบคลุม³⁴

การกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ก็เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป หรือประเทศสิงคโปร์ กล่าวคือ บทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมถึงทั้งข้อตกลงที่มีผลบังคับ และไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย การตัดสินใจของผู้ประกอบการหลายรายร่วมกัน และการกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงสามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมากำกับดูแลการมีพฤติกรรมร่วมกัน หรือการแบ่งปันข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการที่มีการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไว้กันได้ อย่างเหมาะสม โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบการว่าได้กระทำการร่วมกัน โดยไม่จำเป็นต้องปรากฏการตกลงเฉพาะที่มีหลักฐานชัดเจน

ดังนั้น การกำหนดให้การตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไว้กันระหว่างนิติบุคคลมีฐานะเป็นการรวมธุรกิจในรูปแบบหนึ่งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่จะต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อนดำเนินการ เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจพิจารณาและสามารถเข้าขัดขวางการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไว้ระหว่างผู้ประกอบการได้ นั้น จึงอาจเป็นการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการจนเข้มงวดเกินไปโดยไม่จำเป็น อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการจนเกินสมควร อันขัดต่อเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ไม่ต้องการให้ผู้ประกอบการจะต้องมีภาระในการดำเนินการต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่จำเป็น ด้วยเหตุดังกล่าว การกำกับดูแลการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไว้ระหว่างนิติบุคคลโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกัน จำกัดการแข่งขันนั้นมีความเหมาะสมอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการหรือผู้บริหารไว้ระหว่างนิติบุคคลโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าเพิ่มเติมอีก

³⁴ Nicole Kar *et al.*, "A resolution to keep: Unlock the interlocks," [Online] Accessed: 10 July 2021. Available from: <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/linkingcompetition/2020/january/a-resolution-to-keep-unlock-the-interlocks>.

5.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

การศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบในประเด็นต่อมา คือ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับปัจจัยและหลักเกณฑ์ รายละเอียดในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่นำมาใช้ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดที่มีลักษณะอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งจะทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้อย่างถูกต้อง อันจะส่งผลให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถตัดสินใจที่จะขัดขวางมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน หรือสามารถกำหนดมาตรการที่จะต้องให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการเพื่อเยียวยาผลกระทบดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม

ทั้งนี้ จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ แล้ว พบว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น ได้มีการประกาศแนวปฏิบัติในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้อย่างละเอียด โดยแบ่งแยกการรวมธุรกิจออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ กล่าวคือ การรวมธุรกิจในแนวนอน การรวมธุรกิจในแนวตั้ง และการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย ซึ่งการรวมธุรกิจแต่ละประเภทนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศอาจมีการนำปัจจัยต่าง ๆ มาใช้ในการพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจที่แตกต่างกันในบางส่วน แตกต่างจากแนวทางการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจซึ่งไม่มีการอธิบายหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น จึงจะทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบเพื่อแสดงให้เห็นแนวทางการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจโดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศเป็นลำดับแรก แล้วจึงนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับแนวทางการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน

ทั้งนี้ ดังที่กล่าวแล้วว่าแนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญของแต่ละประเทศนั้น ได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากจากแนวทางการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในสหรัฐอเมริกา ที่ได้มีการนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาบังคับใช้กฎหมาย ทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามแนวคิดดังกล่าวมีความเป็นรูปธรรมมากขึ้น จนถูกนำไปเป็นต้นแบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในประเทศต่าง ๆ อย่าง

แพร่หลาย³⁵ ดังนั้น ปัจจัย หลักเกณฑ์ และรายละเอียดในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ อันส่งผลต่อการตัดสินใจดำเนินการใด ๆ ต่อการรวมธุรกิจนั้นขององค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศจึงมีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างยิ่งจนสามารถสรุปแนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจทั้ง 3 ประเภทได้ ดังนี้

5.3.1 ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวนอน

การศึกษาเปรียบเทียบปัจจัยและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยต่าง ๆ ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวนอน เพื่อประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการใดเป็นอย่างมากหรือไม่ อันนำไปสู่การตัดสินใจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายว่าควรจะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจในแนวนอนนั้นได้หรือไม่ หรือควรกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการเพื่อเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวนอนนั้น พบว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศนั้น ล้วนได้ออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรวมธุรกิจ โดยมีการระบุปัจจัยต่าง ๆ พร้อมรายละเอียดเกี่ยวกับแนวทางในการนำปัจจัยเหล่านั้นมาใช้พิจารณาการรวมธุรกิจในแนวนอนไว้อย่างละเอียดและมีความชัดเจน ซึ่งสามารถสรุปออกได้เป็น 7 ปัจจัยที่คล้ายคลึงกันในทุกประเทศ ได้แก่

5.3.1.1 ส่วนแบ่งตลาดและความกระจุกตัวของตลาด

ปัจจัยประการแรกที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งตามแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศคือ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ (market share) และความกระจุกตัวของตลาด (market concentration) ทั้งก่อนและหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ซึ่งเป็นหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือสูงมากในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญจริงหรือไม่ เนื่องจากโดยปกติแล้วยิ่งส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจมีมากเท่าไร ผู้ประกอบธุรกิจก็จะยิ่งมีอำนาจในตลาดมากขึ้นด้วย ดังนั้น หากการรวมธุรกิจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นอีกมากเท่าไร ก็จะทำให้การรวมธุรกิจนั้นมีโอกาสจะก่อให้เกิดอำนาจตลาดเพิ่มขึ้นตามไปด้วยเช่นกัน³⁶

ก. ส่วนแบ่งตลาด

³⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 121 - 122.

³⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.229.

การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศสิงคโปร์ และประเทศญี่ปุ่น พบว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์ซึ่งมีแนวคิดเรื่องการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จะให้ความสำคัญกับส่วนแบ่งตลาดเป็นอย่างมากในฐานะเป็นเครื่องชี้วัดอันดับแรกในการพิจารณาการรวมธุรกิจ กล่าวคือ ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในแนวนอนนั้นของสหภาพยุโรปนั้น กำหนดให้การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 25% ทั้งก่อนและหลังการรวมธุรกิจ ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจที่ไม่เกิดข้อกังวลว่าจะก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาด ขณะที่การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 25% ขึ้นไป อาจถูกพิจารณาว่าเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาดขึ้นและก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้

อย่างไรก็ดี จากการบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปในอดีตที่ผ่านมา พบว่าคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปมักจะสันนิษฐานว่าผู้ประกอบธุรกิจจะมีสถานะอำนาจเหนือตลาดเมื่อมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 40 % ขึ้นไปในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง³⁷ ดังนั้น การรวมธุรกิจที่จะก่อให้เกิดข้อกังวลว่าจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีสถานะอำนาจเหนือตลาด มักจะเป็นการรวมธุรกิจที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 40% ขึ้นไป โดยที่คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปมักจะให้ความสนใจกับการรวมธุรกิจที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งราว 50% เป็นอย่างมาก³⁸ เช่นเดียวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ ที่จะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดข้อกังวลว่าจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันเมื่อผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 40% ขึ้นไป ภายหลังจากการรวมธุรกิจ³⁹

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปหรือประเทศสิงคโปร์ก็ตาม การที่ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดถึงเกณฑ์ข้างต้นหรือไม่นั้น มิได้เป็นเกณฑ์ตัดสินอย่างตายตัวว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดข้างต้นนั้นเป็นเพียงเกณฑ์ชี้วัดในเบื้องต้นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้มากน้อยเพียงไรเท่านั้น โดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะนำไปปัจจัยเกี่ยวกับอัตราการกระจุก

³⁷ Paul M. Taylor, E.C. & U.K. Competition Law & Compliance, p.44.

³⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.229.

³⁹ Competition & Consumer Commission Singapore, "The Substantive Assessment of Mergers," December 2016, p.70.

ตัวทางเศรษฐกิจของตลาดมาพิจารณาเป็นลำดับถัดมา⁴⁰ เนื่องจากอัตราการกระจุกตัวของตลาดนั้น ถือได้ว่าเป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการบ่งชี้ถึงผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้เป็นอย่างดีเช่นเดียวกับส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ นอกจากนั้นแล้ว องค์การบังคับใช้กฎหมายยังจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ นอกเหนือไปจากส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดอีกด้วย จึงจะสามารถสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่

ข. การกระจุกตัวของตลาด

แนวคิดเรื่องการนำดัชนีการกระจุกตัวของตลาดมาเป็นเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจต่อโครงสร้างและสภาพการแข่งขันในตลาดนั้น ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทุกประเทศ ทั้งนี้ แต่ละประเทศนั้นอาจมีแนวทางในการประเมินระดับการแข่งขันในตลาดที่สะท้อนจากดัชนีการกระจุกตัวของตลาดอันก่อให้เกิดความกังวลในระดับที่แตกต่างกันไป หรือแม้กระทั่งอาจมีเครื่องมือในการประเมินระดับการกระจุกตัวของตลาดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

(1) การประเมินการกระจุกตัวของตลาดโดยอาศัยอัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่จำนวนไม่กี่ราย (concentration ratio หรือ CR) ซึ่งเป็นเครื่องมือที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เพียงประเทศเดียว โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์จะพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ 3 รายแรกในตลาด (CR3) เท่านั้น หากปรากฏว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ส่วนแบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ 3 รายแรกในตลาดจะมีอัตราตั้งแต่ 70% ขึ้นไป เช่นนี้ จะถือว่าเป็นการรวมธุรกิจที่มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดและผู้ประกอบธุรกิจควรจะต้องแจ้งการรวมธุรกิจดังกล่าวไปยังคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์เพื่อทำการพิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วยในลำดับถัดไป⁴¹

(2) การประเมินการกระจุกตัวของตลาดโดยอาศัยดัชนีเฮร์ฟินดัล-เฮิร์ชแมน (The Herfindahl-Hirschman Index: HHI) อันเป็นเครื่องมือที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งทำการคำนวณจากค่ายก

⁴⁰ Gunnar Niels, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, pp.334 - 335.

⁴¹ Competition & Consumer Commission Singapore, "The Substantive Assessment of Mergers," December 2016, p.70.

กำลังสองของร้อยละของส่วนแบ่งตลาดของหน่วยธุรกิจทุกรายรวมกัน โดยที่ยังผลลัพธ์จากการคำนวณสูงเท่าใด จะหมายความว่า การกระจุกตัวของตลาดสูงขึ้นเท่านั้น ทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดมีน้อย ทั้งนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศอาจมีเกณฑ์การพิจารณาดัชนี HHI ที่แตกต่างกันไป สรุปได้ดังนี้

ตารางที่ 11 ตารางเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดโดยอาศัยดัชนีแฮร์ฟิנדัล-เฮิร์ชแมน

สภาพการแข่งขันในตลาด	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	ประเทศญี่ปุ่น
การแข่งขันสูง	HHI < 1,500	HHI < 1,000	HHI < 1,500
การแข่งขันปานกลาง	HHI = 1,500 - 2,500	HHI = 1,000 - 2,000	HHI = 1,500 - 2,500
การแข่งขันน้อย	HHI > 2,500	HHI > 2,000	HHI > 2,500

องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศจะทำการพิจารณาว่าอัตราการกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นมีอัตราเท่าใด โดยสามารถสรุปแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี กล่าวคือ

กรณีแรก ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น อัตราการกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ยังสะท้อนให้เห็นว่าตลาดมีการแข่งขันที่สูง เช่นนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวมักจะไม่มีความโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด และโดยปกติแล้วองค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศมักจะไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์ปัจจัยประการอื่น ๆ ต่อไป

กรณีที่สอง ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ดัชนี HHI สะท้อนให้เห็นว่าตลาดจะมีการแข่งขันในระดับปานกลาง เช่นนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาถึงการเพิ่มขึ้นของดัชนี HHI อันเนื่องมาจากการรวมธุรกิจ กล่าวคือ หากดัชนี HHI เพิ่มขึ้นไม่เกิน 100 ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา หรือเพิ่มขึ้นไม่เกิน 250 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่น ก็มักจะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีความโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด และไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์ปัจจัยประการอื่น ๆ ต่อไป

กรณีที่สาม ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ดัชนี HHI สะท้อนให้เห็นว่าตลาดจะมีการแข่งขันน้อยมาก เช่นนี้ เช่นนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาถึงการเพิ่มขึ้นของดัชนี HHI อันเนื่องมาจากการรวมธุรกิจ กล่าวคือ หากดัชนี HHI เพิ่มขึ้นไม่เกิน 100 ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา หรือเพิ่มขึ้นไม่เกิน 150 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ

สหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่น ก็มักจะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อ การแข่งขันในตลาด และไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์ปัจจัยประการอื่น ๆ ต่อไป

ถ้าหากการกระจุกตัวของตลาดหลังจากการรวมธุรกิจตามดัชนี HHI มีอัตราเกินกว่าที่กล่าวมาข้างต้น องค์การบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศจะทำการพิจารณาปัจจัย อื่น ๆ ต่อไป อันส่งผลให้ข้อสันนิษฐานจากอัตราการกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ที่กล่าวมา ข้างต้นนี้ จึงอาจถูกกลบฝังได้ด้วยการพิสูจน์โดยปัจจัยอื่น ๆ ที่ระบุไว้ในแนวปฏิบัติ การรวมธุรกิจตาม กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ กล่าวคือ ผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว ผลกระทบจากการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการหลายราย อำนาจต่อรองของผู้ซื้อในตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้น และความจำเป็นในการรวมธุรกิจเนื่องจากธุรกิจ ประสบปัญหา⁴²

ข้อสังเกตของการประเมินความกระจุกตัวของตลาดโดยอาศัยดัชนีทาง เศรษฐศาสตร์ทั้งสองข้างต้นนั้น คือ การพิจารณาโครงสร้างและสภาพการแข่งขันในตลาดโดยอาศัย อัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่จำนวนไม่กี่รายนั้นอาจก่อให้เกิดความผิดพลาดได้ เช่น ใน ตลาดที่ผู้ประกอบการ 4 รายแรก มีส่วนแบ่งตลาดรายละ 20% เท่า ๆ กัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีการ แข่งขันระหว่างกันที่สูง ส่วนตลาดที่ผู้ประกอบการรายแรกมีส่วนแบ่งตลาด 77% แต่อีกสามรายถัด มามีส่วนแบ่งตลาดเพียงรายละ 1% เท่า ๆ กัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีการแข่งขันน้อยมากนั้น ทั้งสอง ตลาดกลับมีค่า CR4 ที่ 80% เท่ากันทั้งสองตลาด ขณะที่หากนำดัชนี HHI มาประเมินโครงสร้างและ สภาพการแข่งขันในตลาดดังกล่าวทั้งสอง จะแสดงให้เห็นว่าตลาดแรกนั้นมีค่า HHI ประมาณ 1600 โดยขึ้นอยู่กับส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาด ส่วนตลาดที่สองจะมีค่า HHI สูง ถึง 6,000 ซึ่งแสดงให้เห็นโครงสร้างตลาดและสภาพการแข่งขันที่แตกต่างกันเป็นอย่างมาก⁴³

นอกจากนี้ การรวมธุรกิจที่ทำให้ผู้ประกอบการ 4 รายแรกมีส่วนแบ่งตลาด รวมกันถึง 75% ในบางครั้งก็มิได้ทำให้การกระจุกตัวของตลาดสูงขึ้นมาก อีกทั้งมิได้ส่งผลกระทบเป็น การต่อต้านการแข่งขันดังที่ดัชนีดังกล่าวแสดง ตัวอย่างเช่น ในกรณีทีภายหลังการรวมธุรกิจ ผู้ ประกอบธุรกิจ 4 รายแรก มีส่วนแบ่งตลาด 30% 20% 15% และ 10% ตามลำดับ ทำให้ค่า CR4 ของตลาดดังกล่าวสูงถึง 75% แต่ผู้ประกอบการ 2 รายที่รวมธุรกิจกันนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเพียงราย ละ 5% เท่านั้น ก็จะได้ถือว่าการรวมธุรกิจที่ต้องห้ามตามแนวทางพิจารณาการรวมธุรกิจในอดีตด้วย

⁴² Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.579.

⁴³ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*.

ทั้งที่ความจริงแล้วการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเท่าไรนัก

การนำดัชนีการกระจุกตัวของตลาดมาใช้ประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจยังอาจเกิดความคลาดเคลื่อนได้อีกด้วย กล่าวคือ ไม่ว่าจะการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจสองรายที่มีส่วนแบ่งตลาดรายละ 20% เท่า ๆ กัน หรือการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาด 38% กับ 2% เมื่อนำดัชนีการกระจุกตัวของตลาดมาพิจารณาก็จะแสดงผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่เท่า ๆ กัน ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเท่า ๆ กันนั้นมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสูงกว่ามาก ซึ่งหากนำดัชนี HHI มาใช้ประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจดังกล่าวจะแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดรายละ 20% เท่ากันนั้น จะทำให้ค่า HHI สูงขึ้นถึง 800 ขณะที่การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาด 38% กับ 2% นั้น จะทำให้ค่า HHI สูงขึ้นเพียง 152 เท่านั้น ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการประเมินความกระจุกตัวของตลาดโดยอาศัยดัชนี HHI นั้นสามารถแสดงให้เห็นถึงผลกระทบของการรวมธุรกิจต่อโครงสร้างตลาดและความเปลี่ยนแปลงของสภาพการแข่งขันได้อย่างแม่นยำกว่าอัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่จำนวนมากไม่ก็รายเป็นอย่างมาก

5.3.1.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

ภายหลังจากพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและอัตราการกระจุกตัวของตลาดซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นในการวิเคราะห์ผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันในลักษณะดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแล้ว องค์การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจะทำการวิเคราะห์ความเป็นไปได้ที่จะเกิดผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันต่อไป⁴⁴ ทั้งนี้ จากการศึกษาการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยองค์การบังคับใช้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ พบว่าปัจจัยเกี่ยวกับผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันนี้อาจถือได้ว่าเป็นปัจจัยที่มีน้ำหนักเป็นอย่างมากต่อการพิจารณาขององค์การบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศว่าจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น

ผลกระทบต่อการแข่งขันประเภทแรกที่ต้องบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศจะนำมาใช้เป็นปัจจัยในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจ คือ ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ หรือผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว (unilateral effects หรือ non-coordinated effects) อันเป็นกรณีที่ลำพังการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้นก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันเป็นอย่างมากในตลาดขึ้น ซึ่งโดยปกติแล้ว ผลกระทบจาก

⁴⁴ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.p.580.

การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวมักจะเกิดขึ้นในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันหายไป จนอาจถึงขนาดที่ก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะอำนาจเหนือตลาด หรือสถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นแข็งแกร่งมากขึ้น จึงสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งที่เหลืออยู่ในตลาด⁴⁵

ทั้งนี้ ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจเพียงรายเดียวนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้แบ่งระบุถึงลักษณะของผลกระทบดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยแบ่งออกเป็น 4 ลักษณะ ได้แก่

ก. ผลกระทบต่อราคาของสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ ในการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งซึ่งจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนกันได้ ย่อมทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นหายไป และก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตนให้สูงขึ้นกว่าราคาก่อนการรวมธุรกิจได้⁴⁶

ข. ผลกระทบต่ออำนาจต่อรองของผู้ซื้อ กล่าวคือ ในอุตสาหกรรมจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอุตสาหกรรมเกี่ยวกับสินค้าขั้นกลาง ผู้ซื้อจะมีการเจรจาซื้อขายกับผู้ขายมากกว่าหนึ่งราย ซึ่งการรวมธุรกิจระหว่างผู้ขายที่เป็นคู่แข่งกัน ย่อมทำให้ผู้ซื้อสูญเสียโอกาสในการเจรจาต่อรองไป และจะทำให้ผู้ขายมีแรงจูงใจและมีโอกาสที่จะดำเนินการใด ๆ ให้ตนได้รับประโยชน์เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น⁴⁷

ค. ผลกระทบต่อปริมาณของสินค้าหรือบริการในตลาด กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลให้ผู้มีประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มจะลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการในตลาดของตนลง เพื่อเพิ่มระดับราคาตลาดของสินค้าหรือบริการชนิดนั้นขึ้น⁴⁸

ง. ผลกระทบต่อนวัตกรรมและความหลากหลายของสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการลดระดับการพัฒนาคุณภาพหรือความ

⁴⁵ Jonathan B. Baker, "Market concentration in the antitrust analysis of horizontal mergers," in *Antitrust Law and Economics*, p.245; Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.478; Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, p.194.

⁴⁶ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.20.

⁴⁷ *ibid.*, p.22.

⁴⁸ *ibid.*

หลากหลายของสินค้าหรือบริการนั้นลง เนื่องจากการรวมธุรกิจทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจลดลงจนไม่มีแรงจูงใจที่จะต้องลงทุนเพื่อพัฒนาคุณภาพและความหลากหลายของสินค้าหรือบริการนั้นอีกต่อไป⁴⁹

ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะมีได้ถึงขนาดก่อให้เกิดสถานะอำนาจเหนือตลาด แต่หากการรวมธุรกิจนั้นทำให้โครงสร้างการแข่งขันในตลาดเปลี่ยนแปลงไป จนถึงขนาดที่อาจก่อให้เกิดผู้ประกอบการธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลให้ราคาสินค้าเพิ่มสูงขึ้นได้ ก็เพียงพอที่จะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดผลกระทบที่เกิดขึ้นจากผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวได้เช่นกัน⁵⁰ ซึ่งแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น ได้กำหนดปัจจัยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะนำมาใช้ในการประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบจากผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวนี้หรือไม่เอาไว้โดยคล้ายคลึงกัน ซึ่งสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

ก. ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

การพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดภายหลังจากที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ดำเนินการรวมธุรกิจนั้น อาจแบ่งประเด็นพิจารณาออกได้เป็น 3 ประเด็น ได้แก่

(1) ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดที่ได้พิจารณาในเบื้องต้นแล้ว ก็จะถูกนำมาเป็นประเด็นหนึ่งในการชี้วัดว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการธุรกิจได้หรือไม่ โดยที่การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดให้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดสูงราว 40 - 50% หรือทำให้ตลาดมีการกระจุกตัวสูงตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น มักจะมีแนวโน้มที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการได้⁵¹

(2) ความแตกต่างระหว่างส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจกับคู่แข่งรายอื่น ๆ ในตลาดก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่จะต้องถูกนำมาพิจารณา กล่าวคือ หากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจกับคู่แข่งชั้นในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นแตกต่างกันเป็นอย่างมาก เช่นนี้ ย่อมทำให้คู่แข่งรายอื่น ๆ ชัดขวางพฤติกรรมการณ์ขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการ

⁴⁹ *ibid.*, p.23.

⁵⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.230.

⁵¹ Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act*, p.90; Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.229.

ธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นได้ยาก ดังนั้น ยิ่งความแตกต่างนั้นสูงมากเท่าไร ก็ยังมีโอกาสที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันมากขึ้นเท่านั้น⁵²

(3) อัตราการเพิ่มขึ้นของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้นยังอาจถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดอยู่ในเกณฑ์ที่อาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ แต่มิได้มีส่วนแบ่งตลาดที่สูงเกินกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นอย่างมาก หากการรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นเพียงเล็กน้อย ก็อาจมิได้ก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้แตกต่างจากเดิมเท่าไรนัก เช่น ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาด 50% และการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นอีกเพียง 5% กลายเป็น 55% อาจถือได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดข้อกังวลมากเท่ากับกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดอยู่แล้ว 70% ตั้งแต่ก่อนการรวมธุรกิจ ซึ่งแม้การรวมธุรกิจจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นเพียง 5% กลายเป็น 75% แต่ก็ถือได้ว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดข้อกังวลเป็นอย่างมากกว่าจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้⁵³

อย่างไรก็ดี ทั้งในกรณีที่ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจมีความแตกต่างกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดเป็นอย่างมาก และในกรณีของการเพิ่มขึ้นของส่วนแบ่งตลาดนั้น ยังคงเป็นเพียงข้อบ่งชี้ว่าผู้ประกอบธุรกิจอาจมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้เท่านั้น มิได้ถือว่าเป็นข้อสรุปได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจจะมีความสามารถในการก่อให้เกิดผลกระทบเช่นนั้นได้จริง เนื่องจากคณะกรรมการของสหภาพยุโรปยังคงต้องนำปัจจัยสำคัญประการอื่น ๆ เข้ามาพิจารณาประกอบด้วย ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น⁵⁴

ข. ความใกล้ชิดกันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน

ความใกล้ชิดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน หมายถึง การแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจ ซึ่งการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นมีการแข่งขันกันอย่างใกล้ชิดมากก่อนจะมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้น แสดงให้เห็นว่าโอกาสหรือทางเลือกที่สำคัญของผู้ซื้อสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องดังกล่าวถูกทำลายลงไป

⁵² Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, pp.26 - 30, 39; Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis, p.p.229.

⁵³ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis, pp.pp.229 - 230.

⁵⁴ Richard Whish and David Bailey, Competition Law, p.891.

ดังนั้น ยิ่งผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีการแข่งขันกันอย่างใกล้ชิดมากเพียงใด แนวโน้มที่การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันก็ยิ่งเพิ่มสูงขึ้นตามไปด้วย โดยที่อาจนำอัตราการแข่งขัน (diversion ratios) อันได้แก่อัตราการเปลี่ยนแปลงไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ของผู้ซื้อสินค้าหรือบริการนั้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น เป็นสินค้าหรือบริการที่เป็นตัวเลือกถัดไปที่สามารถทดแทนกันได้เป็นอย่างดีที่สุดในมุมมองของผู้บริโภคหรือลูกค้า ขณะที่สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งนั้น เป็นตัวเลือกในการทดแทนที่อยู่ในลำดับห่างไกลออกไปหรือไม่ ซึ่งผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจะมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นหากสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นสามารถทดแทนกันได้อย่างใกล้ชิด ดังนั้น การที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้วจะไม่มีสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจมาทดแทน ย่อมสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มราคาสินค้า⁵⁵

ยิ่งไปกว่านั้น หากผู้ประกอบการแต่ละรายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นเคยมีการแข่งขันกันจนนำไปสู่การลดลงของราคา หรือเกิดการเพิ่มขึ้นของคุณภาพของสินค้าหรือบริการ เช่นนี้ แม้การรวมธุรกิจจะมีได้ทำให้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดสูงมาก แต่การรวมธุรกิจในตลาดที่มีการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจสูงนั้น จะมีแนวโน้มที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสูงมาก เนื่องจากการรวมธุรกิจจะทำลายความเป็นไปได้ที่ราคาของสินค้าหรือบริการจะลดลง รวมถึงทำลายการเพิ่มขึ้นของคุณภาพสินค้าหรือบริการนั้นด้วย เพราะการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องนั้นจะสูญหายไปจากตลาด

ค. แกรงกดันจากผู้ซื้อสินค้า

แกรงกดันในการแข่งขันอาจเกิดจากผู้ซื้อสินค้าได้ เนื่องจากผู้ซื้อหรือผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ซื้อสินค้านั้นมีอำนาจต่อรองที่สูง จนทำให้ผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจไม่สามารถขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ หรือแม้แต่ลดคุณภาพสินค้าหรือบริการของตนเองลงได้ ทำให้การรวมธุรกิจดังกล่าวไม่มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งแกรงกดันจากผู้ซื้อสินค้านี้อาจเกิดจากการแข่งขันในตลาดสินค้าของผู้ซื้อที่มีสูง ทำให้ผู้ซื้อสินค้าสามารถต่อรองให้ผู้ผลิตจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้แก่ตนในราคาต่ำที่สุดได้ หรือการที่ผู้ซื้อสินค้าจะเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นสามารถทำได้โดยง่าย เป็นต้น⁵⁶ โดยการรวมธุรกิจที่

⁵⁵ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.102 - 104; Lim Chong Kin and Scott Clements, *Competition Law in Singapore*, p.118.

⁵⁶ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, pp.35 - 37.

เกิดขึ้นในตลาดซึ่งผู้ซื้อหรือบริโคมมีโอกาสในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ น้อยนั้น มักจะก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้มาก ซึ่งการที่ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการนั้นอาจเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจได้ยากนั้น อาจมีสาเหตุมาจากการที่ในตลาดมีผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าจำนวนน้อย หรือการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นมีต้นทุนที่สูง เป็นต้น

การพิจารณาแรงกดดันจากผู้ใช้นั้น อาจประเมินได้จากหลักฐานรูปแบบการเปลี่ยนแปลงการใช้สินค้าหรือบริการของผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในอดีต ประกอบกับพฤติกรรมตอบโต้การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการในตลาดนั้น ซึ่งหากปรากฏว่าผู้ซื้อหรือผู้บริโภคมีระดับการเปลี่ยนแปลงการใช้สินค้าหรือบริการอย่างจำกัดมากเท่าใด การรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นในตลาดดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้มากยิ่งขึ้นเท่านั้น⁵⁷

ง. กำลังการผลิตส่วนเกินของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาด

ในตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ซึ่งเป็นคู่แข่งในตลาดไม่มีแนวโน้มที่จะเพิ่มปริมาณการผลิตในทันทีหากผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตน เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจย่อมมีแรงจูงใจที่จะลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการของตนลงกว่าระดับการผลิตก่อนมีการรวมธุรกิจ ซึ่งจะส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการในตลาดดังกล่าวเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งการพิจารณาความโอกาสในการเพิ่มอัตราการผลิตของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งนั้น อาจประเมินได้จากความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ๆ กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีข้อจำกัดมากในการเพิ่มอัตราการผลิตของตน อันเนื่องมาจากอัตราการผลิตสินค้าหรือบริการของตนในปัจจุบันอยู่ในระดับสูงสุดแล้ว ซึ่งการเพิ่มปริมาณการผลิตจะทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจสูงขึ้นเกินกว่าอัตราที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถยอมรับได้ หรือการบริหารจัดการการผลิตที่เพิ่มมากขึ้นนั้นมีต้นทุนเพิ่มขึ้นกว่าการดำเนินงานในปัจจุบันเป็นอย่างมาก เช่นนี้อาจแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่มีแนวโน้มที่จะเพิ่มอัตราการผลิตสินค้าหรือบริการของตน แม้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ จะเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการเช่นนั้นขึ้นก็ตาม

ภายใต้สภาพของตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดต่างเผชิญกับข้อจำกัดในการขยายอัตราการผลิตของตนนั้น ถึงแม้ว่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกับคู่แข่งรายอื่น ๆ ในตลาดจะไม่แตกต่างกันมาก แต่การรวมธุรกิจก็อาจส่งผลให้ระดับของราคาสินค้าหรือบริการในตลาดเพิ่มสูงขึ้นได้ในท้ายที่สุด เนื่องจากไม่มีผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งรายใดที่จะสามารถต่อต้านพฤติกรรมการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้ นอกจากนี้

⁵⁷ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis, p.236.

จะต้องขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตนเองตามไปด้วย เพราะฉะนั้นการรวมธุรกิจในตลาดที่มีลักษณะดังกล่าวนี้ จึงมีแนวโน้มที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจจะสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้สูง⁵⁸

จ. ความสามารถในการขีดขวางการขยายธุรกิจของคู่แข่งรายอื่น ๆ

การรวมธุรกิจในบางกรณีอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นมีความสามารถและแรงจูงใจในการขีดขวางการขยายตัวของผู้ประกอบการรายย่อยอื่น ๆ ซึ่งมีศักยภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบการธุรกิจนั้น ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ นั้นขยายกิจการของตนได้อย่างยากลำบากและอาจถูกจำกัดศักยภาพในการแข่งขัน ซึ่งความสามารถดังกล่าวของผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจอาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบการสามารถควบคุมทรัพย์สินทางปัญญาจำนวนมาก หรือผู้ประกอบการมีความสามารถในการผลิตวัตถุดิบ ความสามารถในทางเทคนิค ความสามารถในทางการตลาด ความน่าเชื่อถือ ความนิยมในตราสินค้า และความสามารถในการโฆษณาเพิ่มสูงขึ้น จนทำให้ความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการเพิ่มสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญและส่งผลให้คู่แข่งขยายธุรกิจได้อย่างยากลำบาก⁵⁹ หรือผู้ประกอบการอาจมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการจัดหาวัตถุดิบหรือการจัดจำหน่ายวัตถุดิบแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ซึ่งทำให้การขยายกิจการหรือการแข่งขันของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ เป็นไปอย่างยากลำบาก⁶⁰

ฉ. การก่อให้เกิดการกำจัดปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาด

ในตลาดสินค้าหรือบริการบางกรณีนั้น อาจประกอบไปด้วยผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นอิสระซึ่งมักจะไม่ปฏิบัติตามแนวทางการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ หรือแนวทางการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาด ซึ่งผู้ประกอบการประเภทนี้มักจะทำให้ตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวมีการแข่งขันที่สูงมากเกินกว่าที่อาจสะท้อนได้จากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการนั้น ส่งผลให้ผู้ซื้อในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีผู้ประกอบการลักษณะดังกล่าวดำเนินกิจการอยู่ได้รับประโยชน์⁶¹ ดังนั้น การรวมธุรกิจที่มีผู้ประกอบการประเภทดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งนั้น มักจะทำให้พฤติกรรมการแข่งขันในตลาดดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปในเชิงต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตลาดที่มีอัตราการกระจุกตัวค่อนข้างสูงอยู่แล้ว ดังนั้น การรวมธุรกิจที่

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.892.

⁶⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.236 - 237.

⁶¹ Courtney D. Lang, "The Maverick Theory: Creating Turbulence for Mergers," *Saint Louis University Law Journal* 59(2014): 257.

ประกอบไปด้วยผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นอิสระในลักษณะดังกล่าวนี้ มักจะมีโอกาสทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้สูง

นอกจากนี้ ในตลาดที่การพัฒนานวัตกรรมมีความสำคัญต่อการแข่งขันในตลาดมาก การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ต่างฝ่ายต่างเป็นนักพัฒนานวัตกรรมรายสำคัญในตลาด ซึ่งผู้ประกอบการเหล่านั้นมีการวิจัยและพัฒนาสินค้าหรือบริการที่มีการแข่งขันกันสูงมาก เช่นนี้การรวมธุรกิจดังกล่าวย่อมมีโอกาสส่งผลกระทบต่อด้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้สูงกว่ากรณีที่สินค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายกำลังทำการวิจัยและพัฒนานั้นมีได้อยู่ในสถานะที่แข่งขันกันมากเท่าไรนัก อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีนั้น การรวมธุรกิจในตลาดที่นวัตกรรมเป็นส่วนสำคัญต่อการแข่งขันนั้น อาจส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีความสามารถและแรงจูงใจในการค้นคว้านวัตกรรมใหม่ขึ้นได้ จนทำให้การแข่งขันในตลาดเพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่นวัตกรรมเป็นส่วนสำคัญของการแข่งขันในตลาดนั้น อาจต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังเป็นรายกรณีไป

ข. ขนาดของตลาดที่เกี่ยวข้อง

ในตลาดบางประเภทนั้นมีขนาดไม่ใหญ่พอที่จะให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทำกำไรได้หากมีผู้ประกอบการจำนวนมากในตลาด และถึงแม้จะไม่มีกรรวมธุรกิจดังกล่าวเกิดขึ้น การจะรักษาการแข่งขันเอาไว้ในตลาดดังกล่าวก็เป็นไปได้ยาก เช่นนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวก็อาจไม่ได้ก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันในตลาด ถึงแม้ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการหลายรายรวมธุรกิจกันจนเหลือเป็นผู้ประกอบการรายเดียวในตลาดก็ตาม ก็อาจไม่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเสมอไปหากตลาดมีขนาดเล็กมากอยู่แล้ว⁶²

5.3.1.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

ผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันอีกลักษณะหนึ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจ และเป็นผลกระทบที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาขององค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศ คือ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการร่วมมือกันของผู้ประกอบการหลายราย (coordinated effects) หมายถึงกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นทำให้ผู้ประกอบการที่เหลืออยู่ในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมประสานงานกันได้ง่ายยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งตลาดที่มีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly) นั้น ผู้ประกอบการจะได้รับประโยชน์มากขึ้น หากมีการตกลงหรือมีการกำหนดราคาและปริมาณการผลิตไปในแนวทางเดียวกัน มากกว่าการที่จะ

⁶² Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.39.

ประกอบธุรกิจแข่งขันกันเอง⁶³ ดังนั้น การรวมธุรกิจก็อาจทำให้การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจสามารถกระทำได้อย่างมากขึ้น มีเสถียรภาพ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งทำให้ระดับผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันนั้นสูงขึ้น⁶⁴

ในทำนองเดียวกันกับผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศได้มีการกำหนดปัจจัยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะนำมาใช้ในการประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันนี้หรือไม่เอาไว้ในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศโดยคล้ายคลึงกัน ซึ่งสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

ก. สถานะของผู้ประกอบธุรกิจและสภาวะการแข่งขันในตลาด

การรวมธุรกิจนั้นมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันนี้ได้มาก หากว่าสถานะในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจและสภาวะการแข่งขันในตลาดส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีโอกาสในการบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ง่าย ซึ่งการพิจารณาว่าสถานะผู้ประกอบธุรกิจและสภาวะการแข่งขันในตลาดจะส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ยากหรือง่ายเพียงใดนั้น อาจประเมินได้จากปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจและอัตราการกระจุกตัวของตลาด ซึ่งการที่ในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีการรวมธุรกิจนั้นมีจำนวนผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งในตลาดน้อย หรือส่วนแบ่งตลาดส่วนใหญ่กระจุกอยู่กับผู้ประกอบการที่เป็นผู้นำตลาดจำนวนไม่กี่รายนั้น อาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถคาดการณ์พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งได้ง่ายยิ่งขึ้น และมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาที่มักเกิดขึ้นในตลาดผู้ขายน้อยรายตามมากล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจอาจร่วมมือกันได้ง่ายขึ้นไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ทั้งนี้ การพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดในขั้นต้นนี้อาจพิจารณาได้ทั้งจากจำนวนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด ส่วนแบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบธุรกิจ และดัชนีการกระจุกตัวของตลาด (HHI)

(2) ลักษณะความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการ ซึ่งการที่สินค้าหรือบริการในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะที่เหมือนกันและสามารถใช้ทดแทนกันได้ จะทำให้การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทำได้ง่ายขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบการจะสามารถค้นพบจุดที่เป็นหัวใจสำคัญในการร่วมมือกันได้ง่ายกว่ากรณีในตลาดนั้นประกอบไปด้วยสินค้า

⁶³ Joseph E. Stiglitz and John Driffill, *Economics*, p.274.

⁶⁴ Pual Lasok QC and Josh Holmes, "European Union," in *Merger Control Worldwide*, p.480.

ที่มีลักษณะโดดเด่นแตกต่างกัน และในมุมมองของผู้บริโภคนั้นสินค้าแต่ละยี่ห้ออาจนำมาใช้แทนกันได้ อย่างไรก็ตามไม่สมบูรณ์ ซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายมาตกลงเพื่อหาประโยชน์ร่วมกันจากการลดการแข่งขันในตลาดได้ยากมากขึ้น โดยที่ความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการนั้นประกอบไปด้วยความเหมือนกันทั้งในแง่ของราคาและคุณภาพของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ถ้าหากปรากฏว่าในตลาดดังกล่าวนี้ไม่มีการแข่งขันในแง่ของคุณภาพของสินค้าหรือบริการแล้ว คงมีเฉพาะการแข่งขันในแง่ของราคา เช่นนี้การรวมธุรกิจอาจเสริมแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการมาตกลงกันจำกัดการแข่งขันได้ง่ายยิ่งขึ้น⁶⁵

(3) ความยืดหยุ่นของราคา หมายถึงผลกระทบจากระดับความเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์ที่มีต่อระดับการเปลี่ยนแปลงของราคา กล่าวคือ ในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์มีผลต่อราคาสินค้าหรือบริการน้อย เช่นนี้จะสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการต้องการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันมากยิ่งขึ้น เนื่องจากแม้จะมีการตกลงร่วมกันขึ้นราคาของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องแล้ว ระดับอุปสงค์ของสินค้าหรือบริการดังกล่าวก็จะยังคงมีอยู่ในระดับเท่าเดิม ทำให้ผู้ประกอบการในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้รับประโยชน์เป็นอย่างมากจากการตกลงดังกล่าว ดังนั้น การรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเช่นนี้ จึงอาจทำให้การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเป็นไปได้ง่ายมากยิ่งขึ้นอีกด้วย⁶⁶ ตัวอย่างเช่น ในตลาดน้ำแร่ ซึ่งผู้บริโภคต้องทำการบริโภคทุก ๆ วัน และไม่มีสินค้าชนิดอื่นมาทดแทน ดังนั้น การขึ้นราคาสินค้าดังกล่าวจะส่งผลให้ความต้องการบริโภคน้ำแร่วางลงเพียงเล็กน้อยเท่านั้น แต่จะทำให้ผู้ประกอบการได้รับรายได้และกำไรเพิ่มขึ้น เป็นต้น⁶⁷

(4) ความสมดุลของตลาด หมายถึงการที่ผู้ประกอบการมีระดับของส่วนแบ่งตลาดที่ใกล้เคียงกันและส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดนั้นไม่ค่อมีความเปลี่ยนแปลง ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าโครงสร้างต้นทุนของผู้ประกอบการนั้นอยู่ในระดับที่ใกล้เคียงกันด้วย จึงทำให้ตลาดดังกล่าวมีความสมดุลสูง ส่งผลให้เมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการในตลาด ผู้ประกอบการจะได้รับผลกระทบเช่นเดียวกันทั้งตลาด และจะมีพฤติกรรมตอบโต้การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการนั้นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อรักษาระดับความมั่นคงของส่วนแบ่งตลาดที่ตนเองครอบครองเอาไว้ ก่อให้เกิดผลลัพธ์ในลักษณะของการร่วมมือกันระหว่างผู้

⁶⁵ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.277 - 279.

⁶⁶ *ibid.*, pp.279 - 280.

⁶⁷ Nestlé/Perrier (Cases IV/M.0190) Commission Decision (92/553/EEC) [1992] OJ L 356/0001, at §124.

ประกอบธุรกิจในตลาด ดังนั้น การรวมธุรกิจที่ทำให้ตลาดมีความสมดุลมากยิ่งขึ้น จึงมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันได้มากขึ้นด้วยเช่นกัน

ในขณะที่ตลาดสินค้าหรือบริการที่มีความไม่สมดุลกันนั้น กล่าวคือผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดในระดับที่แตกต่างกัน มีระดับต้นทุนที่แตกต่างกัน เช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่มีต้นทุนหน่วยสุดท้ายต่ำกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ย่อมมีความสามารถในการรักษาระดับของราคาสินค้าหรือบริการของตนให้ต่ำกว่าระดับราคาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้อย่างยาวนานมากกว่า ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีแรงจูงใจในการตกลงร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ น้อยกว่า หรือแม้ว่าจะมีการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยการตกลงกำหนดราคาสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่มีต้นทุนต่ำกว่าย่อมได้ประโยชน์จากข้อตกลงเช่นว่านั้นมากกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ทำให้ในท้ายที่สุดแล้ว การบรรลุข้อตกลงร่วมกันในกรณีที่ตลาดมีความไม่สมดุลจึงเป็นไปได้ยาก แต่อย่างไรก็ดี แม้ตลาดจะมีความไม่สมดุลกัน ก็ยังคงต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งอาจมาสนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ง่ายขึ้นเช่นกัน⁶⁸

(5) เสถียรภาพของตลาด กล่าวคือ การที่ระดับของอุปสงค์ในตลาดนั้นไม่ค่อยมีการเปลี่ยนแปลง ทำให้การแข่งขันด้านราคาของสินค้าหรือบริการนั้นไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจจะไม่เปลี่ยนแปลงแม้มีการแข่งขันราคาระหว่างกัน ดังนั้น ในสถานการณ์ที่ตลาดมีความเสถียร ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีแรงจูงใจในการตกลงร่วมกันมากยิ่งขึ้น ขณะที่แรงจูงใจในการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นจะลดน้อยลง เพราะการพยายามแข่งขันในด้านราคาของสินค้าหรือบริการของตนกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นนั้น มิได้ก่อให้เกิดรายได้ที่เพิ่มขึ้นอันเนื่องมาจากระดับความต้องการของผู้ซื้อเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด คงก่อให้เกิดส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้นอย่างจำกัด อันเนื่องมาจากความสูญเสียของคู่แข่งแต่เพียงเท่านั้น อีกทั้งในตลาดที่มีความเสถียรภาพนั้น ผู้ประกอบธุรกิจอาจสามารถตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่มีการตกลงร่วมกันได้ง่ายมากยิ่งขึ้นอีกด้วย จึงเป็นการสนับสนุนให้พฤติกรรมการร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างยั่งยืน โดยที่ลักษณะดังกล่าวมักเกิดขึ้นในตลาดที่เทคโนโลยีมีการพัฒนาอย่างเต็มที่แล้ว และเป็นตลาดสินค้าหรือบริการที่มีนวัตกรรมน้อย ดังนั้น การร่วมมือกัน

⁶⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.280 - 271.

ระหว่างผู้ประกอบการจึงมักไม่ค่อยเกิดขึ้นในตลาดที่มีพลวัตสูง ซึ่งมักมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการแข่งขันในตลาดอย่างรุนแรงเกิดขึ้นอยู่เป็นประจำ⁶⁹

(6) สถานการณ์การแข่งขันในอดีต โดยพิจารณาความเปลี่ยนแปลงของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายที่ผ่านมาในอดีต รวมถึงแนวทางการกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการในตลาดในอดีต หากปรากฏว่าลักษณะต่าง ๆ ในตลาดนั้นมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมากตลอดเวลา เช่นนี้การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดนั้นย่อมเป็นไปได้ยาก เนื่องจากผู้ประกอบการแต่ละรายไม่สามารถคาดการณ์พฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกันได้ง่ายนัก⁷⁰

ข. การรับรู้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาด

ความโปร่งใสในตลาดสินค้าหรือบริการ (market transparency) นั้นจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถรับรู้และสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ ทำให้ผู้ประกอบการสามารถยืนยันได้ว่าผู้ประกอบการทุกรายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมมือกันนั้น มีการดำเนินพฤติกรรมร่วมกันอยู่จริง ส่งผลให้พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ⁷¹

ความโปร่งใสในตลาดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการมีการเปิดเผยข้อมูลสำคัญในการประกอบธุรกิจ อันได้แก่ การเปิดเผยข้อมูลนโยบายการจัดการสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะเป็นในด้านปริมาณหรือในด้านกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการ รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการบริหารจัดการและแผนการดำเนินงานในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปิดเผยธุรกรรมระหว่างตนเองกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ต่อสาธารณะ เป็นต้น ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแม้จะส่งผลดีต่อผู้บริโภคอันทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงข้อมูลการจัดการสินค้าหรือบริการที่ตนบริโภคได้เป็นอย่างดี⁷² แต่การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวที่มากเกินไปก็ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของตนให้เหมือนกับผู้ประกอบการอื่นๆ ได้ และความโปร่งใสในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ไม่เพียงแต่จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมให้เป็นไปในแนวทาง

⁶⁹ *ibid.*, pp.281 - 284.

⁷⁰ *ibid.*, p.284; Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.42.

⁷¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.894.

⁷² Blake Morgan, "Why Transparency In Marketing Is Key For the Customer Experience," [Online] Accessed: 11 September 2017. Available from: <https://www.forbes.com/sites/blakemorgan/2015/09/08/why-transparency-in-marketing-is-key-for-the-customer-experience/#2c41fc061b9f>.

เดียวกันได้ แต่ยังคงผลทำให้ผู้ประกอบการสามารถรับรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาดได้อีกด้วย⁷³

นอกจากนั้นแล้ว ลักษณะบางประการของตลาดก็อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ กล่าวคือ การที่สินค้าหรือบริการในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะที่เหมือนกันและสามารถใช้ทดแทนกันได้ ทำให้ผู้ประกอบการสามารถเปรียบเทียบราคาสินค้าหรือบริการของตนกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ง่าย อันจะทำให้การตรวจสอบพฤติกรรมตามข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการนั้นเป็นไปได้ง่ายมากยิ่งขึ้น รวมถึงลักษณะของตลาดที่มีความเสถียรภาพ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรับรู้ถึงการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบการได้ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมนั้นมักจะทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้รับผลกระทบในทันที เพราะระดับอุปสงค์ของตลาดมีความคงที่ การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งมีอัตราการขายสินค้าหรือบริการที่สูงขึ้น ย่อมเกิดจากการที่อัตราการขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ลดลง นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ในแนวตั้งของผู้ประกอบการโดยเฉพาะการมีความสัมพันธ์หรือมีการรวมตัวกันกับผู้ประกอบการในระดับปลายน้ำ (downstream market) ก็จะทำให้ตลาดมีความโปร่งใสมากขึ้น และผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงข้อมูลการจำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่แข่งขันอยู่ในตลาดระดับเดียวกับตนเองได้โดยง่าย⁷⁴ ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ นอกจากจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถทำการตกลงร่วมกันได้ง่ายยิ่งขึ้นแล้ว ยังอาจทำให้ผู้ประกอบการสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ได้ง่าย อันจะส่งผลให้พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นเป็นไปอย่างยั่งยืน

ค. กลไกในการตอบโต้ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนจากพฤติกรรมร่วมกัน

พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการจะเป็นไปอย่างยั่งยืนต่อเมื่อผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นตระหนักถึงภัยหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการถูกผู้ประกอบการรายอื่นๆ ตอบโต้ทางเศรษฐกิจ หากตนมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมร่วมกันนั้น เช่น ในกรณีการร่วมมือกันกำหนดราคาที่เท่ากันนั้น การก่อให้เกิดสงครามราคาระหว่างผู้ประกอบการก็เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งความกังวลว่าจะถูกโต้ตอบด้วยการก่อให้เกิดสงครามราคาจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ นั้นจะทำให้การร่วมมือกันนั้นมีความมั่นคง⁷⁵ โดย

⁷³ Karolina Rydman, "Collective Dominance: How is it interpreted and how does it correlate with tacit coordination," p.28.

⁷⁴ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.284 - 285.

⁷⁵ Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion*, p.166.

ที่การพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะมีความตระหนักถึงภัยที่อาจถูกตอบโต้จากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ หรือไม่นั้น จะต้องคำนึงถึงความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ไม่ว่าจะโดยลำพังหรือโดยร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่ต้องการตอบโต้การเบี่ยงเบนจากพฤติกรรมร่วมกันด้วย ว่าผู้ประกอบธุรกิจมีความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อดึงดูดผู้ซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจที่เบี่ยงเบนพฤติกรรมนั้นมากเพียงพอหรือไม่

โดยที่สถานการณ์ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะมีพฤติกรรมตอบโต้การเบี่ยงเบนของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นนั้นจะมีโอกาสเกิดได้สูง และมีโอกาสสำเร็จสูงขึ้นในตลาดที่สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดนั้นมีลักษณะเหมือนกันหรือสามารถใช้ทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งนอกจากจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ง่ายแล้ว ยังทำให้ผู้ซื้อสามารถตัดสินใจเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ง่าย หากเกิดการตอบโต้ทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในตลาดขึ้น⁷⁶

ง. ศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

การมีพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจจะประสบผลสำเร็จต่อเมื่อตลาดนั้น มีลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งอันได้แก่การที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดนั้นไม่มีแรงกดดันจากการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่มีได้เกี่ยวข้องกับการร่วมมือกันนั้น อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่ามีผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่มีศักยภาพในการแข่งขันที่เพียงพอจะทำให้การตกลงร่วมกันนั้นได้รับความเสียหายด้วย ซึ่งรวมไปถึงการเข้ามาสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เป็นไปได้อย่างยาก กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มหนึ่งบรรลุข้อตกลงในการมีพฤติกรรมเป็นไปในแนวทางเดียวกันนั้น จะต้องไม่ปรากฏว่ามีผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่สามารถเพิ่มปริมาณการผลิตของตนเพื่อชดเชยการลดปริมาณการผลิตในแนวทางเดียวกันของผู้ประกอบธุรกิจกลุ่มนั้นได้ อันจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมร่วมกันนั้นได้รับความเสียหายจากการร่วมกันดังกล่าวได้⁷⁷

5.3.1.4 อำนาจของผู้ซื้อในตลาด

ในกรณีที่ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกิดการรวมธุรกิจนั้นมีผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองสูง เช่น ผู้ซื้อในตลาดนั้นอาจมีความสามารถและแรงจูงใจให้ทำการรวมธุรกิจในแนวตั้งกับผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำ หรืออาจสนับสนุนให้เกิดการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ทำให้ผู้ซื้ออาจสร้างความกดดันต่อผู้ขายจนผู้ขายสินค้าหรือบริการนั้นจำเป็นต้องจำหน่ายสินค้าหรือบริการดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อในราคาต่ำกว่าราคาที่ต้องการจำหน่าย หรือราคาที่คุณประกอบการกำหนด

⁷⁶ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.278.

⁷⁷ *ibid.*, 303 - 305.

ไว้ร่วมกันได้ ดังนั้น อำนาจของผู้ซื้อในตลาดจึงทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเกิดความจำเป็นที่จะต้องมีการปฏิรูปเชิงเบนไปจากพฤติกรรมร่วมกันที่ได้กำหนดไว้ จึงส่งผลให้การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนั้นไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างยั่งยืน หรืออาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถใช้อำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการนั้นได้อย่างอิสระ⁷⁸

ด้วยเหตุดังกล่าว ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจจะส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดที่สูง หรือทำให้ตลาดมีความกระจุกตัวสูงขึ้นเป็นอย่างมาก หรือการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจ หรือผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน แต่หากปรากฏว่าตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นเป็นตลาดที่ผู้ซื้อในมีอำนาจสูง เช่นนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็อาจอนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้⁷⁹ เนื่องจากโอกาสที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันย่อมมีลดลง⁸⁰

ทั้งนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาอำนาจของผู้ซื้อในตลาดจากปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่

ก. การกระจุกตัวของตลาดฝั่งผู้ซื้อโดยการใช้ดัชนี HHI เช่นเดียวกับการพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจ

ข. อัตรากำไรของผู้ซื้อ รวมถึงความแข็งแกร่งในการต่อรองของผู้ซื้อซึ่งสามารถพิจารณาได้จากการนำระดับความแตกต่างของราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อต้องชำระจริง มาเปรียบเทียบกับราคาตั้งเดิมของสินค้าหรือบริการที่ผู้ขายเป็นฝ่ายเสนอ หรือการเปรียบเทียบความแตกต่างของราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อที่แข็งแกร่งต้องชำระ กับราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองอย่างจำกัดต้องชำระแก่ผู้ขายสินค้าหรือบริการรายเดียวกันนั้น⁸¹

ค. ปริมาณสินค้าหรือบริการทางเลือก กล่าวคือ การที่ผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่มีทางเลือกในการใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่

⁷⁸ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.27.

⁷⁹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.433.

⁸⁰ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1139.

⁸¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.p.431.

หลากหลายมาทดแทน อาจไม่เพียงพอที่ต่อต้านพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นได้⁸²

ง. ต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น กล่าวคือ การที่ผู้ซื้อสามารถเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจอื่นได้ง่ายและไม่มีต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงที่สูง ย่อมทำให้ผู้ซื้อสามารถมีพฤติกรรมตอบโต้การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการที่กำหนดโดยผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้ทันที อันเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่ทำให้อำนาจตอบโต้ของผู้ซื้อเพิ่มขึ้น⁸³

5.3.1.5 การเข้าสู่ตลาดและการนำเข้า

การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ และการนำเข้าสินค้าหรือบริการนั้นจากประเทศอื่น ๆ เป็นอีกปัจจัยหนึ่งซึ่งส่งผลเป็นการขัดขวางการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นได้ เนื่องจากว่า หากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่หรือสินค้าจากต่างประเทศสามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกิดการรวมธุรกิจขึ้นนั้นได้โดยง่าย ย่อมส่งผลต่อการตัดสินใจเพิ่มราคา ลดคุณภาพ ความหลากหลายของสินค้าหรือบริการ หรือการตัดสินใจหยุดการพัฒนาสินค้าหรือบริการนั้นของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ เพราะผู้ประกอบธุรกิจอาจถูกผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือสินค้านำเข้าจากต่างประเทศเข้ามาแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดไปตลาดได้โดยง่าย⁸⁴ เพราะฉะนั้น หากการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศมีปริมาณที่เพียงพอจะทำให้โอกาสที่การรวมธุรกิจนั้นจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นไปได้น้อย ซึ่งโดยปกติแล้ว การรวมธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งนั้นมักจะไม่สามารถก่อให้เกิดการลดการแข่งขันในตลาดได้อย่างถาวร หากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่รวมถึงสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศสามารถถูกนำเข้ามาแข่งขันในตลาดนั้นได้ง่าย⁸⁵

ก. ความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการ

การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่หรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศนั้นมีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นได้มากน้อยเพียงไร ขึ้นอยู่กับระดับของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด กล่าวคือ หากปรากฏว่าตลาดสินค้าหรือบริการนั้นมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูง ย่อม

⁸² U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.27.

⁸³ Ioannis Kokkoris, "The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours Case - The Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test," *European Competition Law Review*: 40.

⁸⁴ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.p.1140.

⁸⁵ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.379.

ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่หรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศนั้นทำได้ยาก จนไม่อาจขัดขวางการมีพฤติกรรมที่ต่อต้านการแข่งขันในตลาดที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจได้ ซึ่งอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดอาจประกอบไปด้วยอุปสรรคดังต่อไปนี้⁸⁶

(1) อุปสรรคในทางปฏิบัติในการเข้าสู่ตลาด กล่าวคือ การที่ต้องใช้งบประมาณลงทุนสูง การต้องใช้งบประมาณการตลาดสูง การมีต้นทุนจมที่สูง การมีต้นทุนค่าขนส่งสินค้าที่สูง หรืออาจเป็นการไม่สามารถเข้าถึง นวัตกรรม ทรัพย์สินทางปัญญา หรือสิ่งอำนวยความสะดวกบางชนิดที่อยู่ในความครอบครองของผู้ประกอบการรายอื่น เช่น ระบบการจัดกระจายสินค้า และการจำหน่ายสินค้า นอกจากนี้ ยังรวมถึงประสบการณ์และชื่อเสียงของผู้ประกอบการในตลาดที่สะสมมาอย่างยาวนานจนทำให้การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่หรือการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศสามารถเข้ามาแข่งขันและก่อให้เกิดกำไรต่อผู้ประกอบการได้ยาก จนส่งผลให้ผู้ประกอบการตัดสินใจที่จะไม่เข้ามาแข่งขันในตลาดหรือไม่นำเข้าสินค้าจากต่างประเทศมาแข่งขัน⁸⁷

(2) อุปสรรคทางกฎหมายในการเข้าสู่ตลาด กล่าวคือ การเข้าสู่ตลาดอาจทำได้ยากเนื่องจากข้อกำหนดของกฎหมาย เช่น การออกใบอนุญาต ซึ่งอาจมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการที่จะเข้าสู่ตลาดได้ ซึ่งอาจเป็นการกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับทักษะวิชาชีพขั้นต่ำ การกำหนดระดับพื้นที่เก็บสินค้าขั้นต่ำ หรืออาจเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศุลกากรก็ได้ และจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวจะคงอยู่อย่างถาวรเพียงใด⁸⁸

ข. ความรวดเร็วในการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการ

การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่หรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศนั้นจะต้องมีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นภายในเวลาสมควรที่จะป้องกันมิให้ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันได้ เพราะหากผู้ประกอบการรายใหม่หรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในเวลาที่เหมาะสมทันเวลาแล้ว เช่นนี้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในตลาดย่อมจะยังคงได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจอยู่ ทั้งนี้ ระยะเวลาที่สมควรดังกล่าวนี้มีได้มีการจำกัดไว้โดยเฉพาะว่าการเข้าสู่ตลาดจะต้องเกิดขึ้นภายในระยะเวลาเท่าใด เนื่องจาก

⁸⁶ *ibid.*, p.381.

⁸⁷ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.896 - 897.

⁸⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.388 - 389.

ระยะเวลาดังกล่าวจะต้องถูกกำหนดโดยประเมินจากสภาพของตลาดสินค้าหรือบริการนั้น ๆ เป็นกรณีไป ประกอบกับศักยภาพของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเข้ามาสู่ตลาด⁸⁹

อย่างไรก็ดี ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์นั้น การเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศนั้นควรจะต้องเกิดขึ้นภายในระยะเวลาไม่เกิน 2 ปี จึงจะถือว่าเข้ามาในระยะเวลาเพียงพอที่จะขัดขวางการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกันนั้นได้⁹⁰ โดยที่ระยะเวลา 2 ปีดังกล่าวนี้หมายถึงระยะเวลาที่การเข้าสู่ตลาดนั้นจะสามารถส่งผลกระทบต่อราคาของสินค้าหรือบริการในตลาดได้อย่างมีนัยสำคัญ มิใช่เป็นระยะเวลาที่เพียงแค่มิมีการเข้าสู่ตลาดปรากฏขึ้นเท่านั้น โดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจพิจารณาได้จากระยะเวลาที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่หรือสินค้าที่ถูกนำเข้าจากต่างประเทศมักจะต้องใช้ เพื่อที่จะทำให้ตนเองเป็นคู่แข่งที่มีศักยภาพในตลาดได้ในอดีต และการเข้าสู่ตลาดนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการเข้ามาประกอบธุรกิจอย่างมั่นคงถาวรด้วย⁹¹

ค. ความเพียงพอในการขัดขวางพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

ในกรณีของการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้น การเข้าสู่ตลาดดังกล่าวจะต้องมีขอบเขตการประกอบธุรกิจ และมีขนาดของธุรกิจที่ใหญ่เพียงพอจะต่อต้านผลกระทบที่จะเกิดจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกันนั้นได้ หากปรากฏว่าการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวนี้ แม้จะเข้ามาในเวลาที่เหมาะสม แต่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นสามารถดำเนินกิจการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้เพียงบางส่วน เช่นนี้ถือได้ว่าการเข้าสู่ตลาดเช่นว่านี้ไม่เพียงพอ⁹²

ขณะที่ในกรณีของการนำเข้าสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศ จะต้องปรากฏว่าสินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาจากต่างประเทศนั้นสามารถทดแทนสินค้าหรือบริการภายในประเทศได้อย่างสมบูรณ์ จึงจะทำให้แรงจูงใจของผู้ใช้งานที่จะใช้สินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาจากต่างประเทศนั้นเพิ่มสูงขึ้น แต่หากปรากฏว่าสินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาจากต่างประเทศนั้นมีความแตกต่างกับสินค้าหรือบริการภายในประเทศ เช่น แม้สินค้าหรือบริการนั้นจะมีวัตถุประสงค์ในการใช้งานเหมือนกัน แต่สินค้าหรือบริการที่นำเข้ามานั้นมีคุณภาพที่แตกต่างกับสินค้าหรือบริการของผู้

⁸⁹ ibid., 394 - 395.

⁹⁰ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.897.

⁹¹ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.p.147.

⁹² Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.395.

ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ เช่นนี้ ย่อมทำให้ผู้ใช้งานสินค้าหรือบริการดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาในได้น้อย จนส่งผลให้การนำเข้าสินค้าหรือบริการดังกล่าวจากต่างประเทศไม่สามารถสร้างแรงกดดันต่อการแข่งขันในตลาดได้อย่างเพียงพอ กล่าวคือ แม้ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจจะมีพฤติกรรมการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการในภายหลัง แต่จำนวนผู้ใช้งานที่เปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาจากต่างประเทศนั้นจะมีอยู่น้อย จนไม่เพียงพอที่จะสร้างความกดดันต่อผู้ประกอบการนั้นได้⁹³

นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงศักยภาพของผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศว่าจะสามารถผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อนำเข้ามาแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีการรวมธุรกิจได้อย่างเพียงพอหรือไม่ด้วย กล่าวคือ จะต้องทำการพิจารณาว่าในกรณีที่สินค้าหรือบริการภายในประเทศนั้นมีระดับราคาที่สูงขึ้นนั้น แม้การนำเข้าสินค้าหรือบริการดังกล่าวจะไม่มีอุปสรรคในทางกฎหมาย ไม่มีปัญหาในด้านต้นทุนและกระบวนการจัดจำหน่ายสินค้า รวมถึงสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศสามารถทดแทนสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ภายในประเทศได้อย่างสมบูรณ์ แต่ผู้ประกอบการในต่างประเทศที่สามารถนำเข้าสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้โดยปราศจากปัญหาข้างต้นนั้น มีปริมาณกำลังการผลิตส่วนเกินที่เพียงพอจะชดเชยการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าหรือบริการดังกล่าวภายในประเทศได้หรือไม่ ถ้าผู้ประกอบการในต่างประเทศนั้นมีศักยภาพในการผลิตสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ เช่นนี้การนำเข้าสินค้าหรือบริการนั้นจากต่างประเทศย่อมสร้างความกดดันต่อการแข่งขันในตลาดได้⁹⁴

5.3.1.6 ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ปัจจัยอีกประการหนึ่งที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทุกประเทศนำมาพิจารณาประกอบด้วยก็คือประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งจากการศึกษาแนวทางการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น สามารถแบ่งประเด็นการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพออกเป็น 2 ประเด็น ได้แก่

ก. ลักษณะของประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ประเด็นแรกเกี่ยวกับลักษณะของประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ส่งผลถึงลำดับและการให้น้ำหนักในการนำปัจจัยดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาผลกระทบที่

⁹³ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, pp.30 - 33.

⁹⁴ ibid.

อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์นั้น อาจแบ่งลักษณะของประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

(1) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจ หมายถึง กรณีที่การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะทำให้ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจสูงขึ้น จนส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจสามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ดียิ่งขึ้น โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อสวัสดิการสังคมโดยรวมด้วย เช่น การทำให้ต้นทุนในการดำเนินธุรกิจลดลง การเกิดการประหยัดจากขนาด (economy of scale) การประหยัดจากขอบเขต (economy of scope) การเกิดการเพิ่มขนาดของเครือข่ายผู้ซื้อสินค้าหรือผู้ใช้บริการ การเกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งทำให้คุณภาพของสินค้าเพิ่มขึ้น หรือการเกิดการวิจัยและพัฒนาสินค้า เป็นต้น⁹⁵

ประสิทธิภาพในลักษณะแรกนี้จะถูกนำไปพิจารณารวมเป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยอื่น ๆ ได้แก่ การกระจุกตัวของตลาด ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน การเข้าสู่ตลาด อำนาจของผู้ซื้อในตลาด เพื่อประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาในลักษณะนี้ จะมีได้ถือว่าประสิทธิภาพดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อชดเชยผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ดังนั้น การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจะให้น้ำหนักแก่ประสิทธิภาพดังกล่าวเท่าเทียมกับปัจจัยอื่น ๆ จนออกมาเป็นข้อสรุปในท้ายที่สุดว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ซึ่งสถานะของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และประเทศสิงคโปร์

(2) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันมีลักษณะเป็นการเพิ่มการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวขึ้น หรือประสิทธิภาพนั้นส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม จนสามารถชดเชยผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้⁹⁶ ประสิทธิภาพในลักษณะนี้ได้แก่

⁹⁵ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.161 - 162; Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1141.

⁹⁶ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.683.

ประสิทธิภาพในการจัดสรร (allocative efficiency) คือ การรวมธุรกิจนั้นทำให้สินค้าหรือบริการนั้นถูกกระจายไปยังผู้บริโภคได้อย่างสอดคล้องกับปริมาณความต้องการของผู้บริโภคมากขึ้น หรือประสิทธิภาพในการผลิต (productive efficiency) คือ การรวมธุรกิจนั้นทำให้สินค้าหรือบริการถูกผลิตได้ตามปริมาณความต้องการของผู้บริโภค โดยใช้ต้นทุนการผลิตที่ต่ำลง หรือประสิทธิภาพในเชิงพลวัต (dynamic efficiency) คือ หมายถึง การรวมธุรกิจนั้นทำให้เกิดการใช้ปัจจัยการผลิตอย่างมีประสิทธิภาพอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการวิจัยและพัฒนาหรือมีนวัตกรรมหรือเทคโนโลยีใหม่ขึ้นมาได้⁹⁷

ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนี้ในลักษณะนี้จะถูกนำมาพิจารณาเป็นอันดับสุดท้ายภายหลังจากการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับการแข่งขันอื่น ๆ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยแยกการพิจารณาต่างหากจากการประเมินผลกระทบด้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น สถานะเช่นนี้ส่งผลให้แม้การรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ แต่ถ้าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวม และมากเพียงพอที่จะชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็จะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ จึงกล่าวได้ว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะให้น้ำหนักกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนี้มากกว่ากับผลกระทบในแง่ลบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งเป็นผลกระทบที่เกิดจากการประเมินปัจจัยต่าง ๆ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ทั้งนี้ สถานะของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์⁹⁸

การจำแนกลักษณะของประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากผลทางกฎหมายของประสิทธิภาพในแต่ละลักษณะที่จะนำมาพิจารณานั้นมีความแตกต่างกัน ทำให้ข้อมูลและพยานหลักฐานที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องนำเสนอต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายของตนนั้นมีความแตกต่างกันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการพิจารณาปัจจัยประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะเป็นข้อต่อสู้ที่อาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ แม้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะต้องนำเสนอหลักฐานต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเต็มที่ เพื่อแสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้น

⁹⁷ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.29.

⁹⁸ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.683.

จากการรวมธุรกิจนั้นสามารถชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างเหมาะสม และเป็นประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวม

ข. หลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ประเด็นที่สองเกี่ยวกับปัจจัยว่าด้วยประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น คือ รายละเอียดและเงื่อนไขในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่ผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องคำนึงถึงในการนำเสนอข้อมูลและพยานหลักฐานเพื่อให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายนำไปใช้ในการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในท้ายที่สุด เนื่องจากประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะรับพิจารณานั้น มีลักษณะเฉพาะตามที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดไว้

จากการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์นั้นแบ่งออกได้เป็น 5 หลักเกณฑ์ ได้แก่

(1) ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถอธิบายและพิสูจน์ได้จริง กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างนั้นต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ (verifiability) โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องนำเสนอพร้อมหลักฐานที่ชัดเจนเพียงพอให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเชื่อว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพดังที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างจริง เช่น การที่ผู้ประกอบธุรกิจอ้างลอย ๆ ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานลดลง 20% โดยไม่มีหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ได้จริง เช่นนี้องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะไม่ให้น้ำหนักแก่ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวแต่อย่างใด⁹⁹

(2) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้ (merger-specificity) ทั้งนี้ เนื่องจากประสิทธิภาพบางประการที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ก็สามารถเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีการอื่นที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยกว่า เช่น การที่ผู้ประกอบธุรกิจอ้างว่าการรวมธุรกิจจะทำให้เกิดการเปลี่ยนตัวผู้บริหารที่ไม่

⁹⁹ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, pp.651 - 652.

มีประสิทธิภาพ อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่กิจการของผู้ประกอบธุรกิจนั้น แต่อย่างไรก็ดี การเปลี่ยนตัวผู้บริการนั้นอาจสามารถเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีการอื่น ได้แก่การลงคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้น หรือการมีมติจากคณะกรรมการบริหารกิจการได้เช่นกัน เช่นนี้ย่อมถือว่าประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างนี้ มิได้เป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจแต่เพียงเท่านั้น ด้วยเหตุที่ประสิทธิภาพอันอาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมักจะสามารเกิดขึ้นด้วยวิธีการอื่น ๆ ได้ ดังนั้น ข้ออ้างเกี่ยวกับประสิทธิภาพของผู้ประกอบธุรกิจนี้จึงได้รับการยอมรับจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่บ่อยนัก¹⁰⁰

(3) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ที่ส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภค โดยประโยชน์ที่จะส่งต่อไปยังผู้บริโภคนี้ต้องมีนัยสำคัญและเกิดขึ้นในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจ กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ต้นทุนการผลิตที่ลดลงจนส่งผลให้สินค้าหรือบริการมีถูกลง แต่มีคุณภาพสูงขึ้น ทั้งนี้ ต้นทุนการผลิตที่ลดลงต้องมีได้เป็นผลจากการลดปริมาณการผลิตลง หรือการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้เกิดสินค้าหรือบริการใหม่ หรือเกิดการพัฒนาศินค้าหรือบริการนั้นขึ้น โดยที่ประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นและส่งต่อไปยังผู้บริโภคนี้ ต้องมีนัยสำคัญและเกิดขึ้นในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจ¹⁰¹

(4) ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (not anticompetitive) หมายความว่า ประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้น ต้องมิได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมการลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการอย่างไม่เหมาะสม หรือพฤติกรรมอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขัน เช่น การที่ต้นทุนการผลิตลดลงเป็นผลมาจากการตัดกระบวนการวิจัยและพัฒนาและการลดจำนวนพนักงานลง จึงเป็นกรณีที่ถือว่าประสิทธิภาพนั้นเกิดจากพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอันได้แก่ การลดการพัฒนานวัตกรรม การให้บริการ และการผลิตลง เป็นต้น¹⁰²

(5) ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่อด้านการแข่งขันที่สูง ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็ต้องยิ่งสูงขึ้นตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นนั้นด้วย (sliding scale) กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจต้องแสดงให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเห็นว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น มากเพียงพอที่จะทำให้ราคาสินค้าหรือ

¹⁰⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.645.

¹⁰¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.453.

¹⁰² Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, p.651.

บริการในภายหลังจากการรวมธุรกิจ จะยังคงอยู่ในระดับเดียวกันกับระดับราคาสินค้าหรือบริการนั้น ในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้น¹⁰³

โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจในแต่ละประเทศจำเป็นต้องแสดงให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเห็นว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของตนนั้นมีลักษณะเข้าตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นตามที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศตนได้กำหนดไว้ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

ตารางที่ 12 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ

	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	ญี่ปุ่น	สิงคโปร์
ก. พิสูจน์ได้จริง	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น
ข. เกิดขึ้นเฉพาะจากการรวมธุรกิจ	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น
ค. เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค	ตามทบทบัญญัติ: ไม่จำเป็น ตามคำพิพากษา: จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	ไม่จำเป็น
ง. ไม่เกิดจากการต่อต้านการแข่งขัน	จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น
จ. สูงขึ้นตามผลกระทบที่เกิดขึ้น	จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น	จำเป็น

ตารางดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ ซึ่งบางปัจจัยนั้นแม้กฎหมายจะมีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติ องค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือศาลก็มักจะนำมาเป็นมาตรฐานในการพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นดังกล่าวด้วย เช่น การที่ประสิทธิภาพนั้นจะต้องไม่เกิดขึ้นจากการพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน ก็มักเป็นมาตรฐานที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศค่านึงถึงอยู่แล้ว แม้ภายใต้กฎหมายนั้นจะมีได้กำหนดให้เป็นหลักเกณฑ์ที่จำเป็น เป็นต้น

5.3.1.7 เหตุผลด้านความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจ

ปัจจัยประการสุดท้ายที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ คำนึงถึงในการพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวนอน คือ ความจำเป็นในการรวมธุรกิจอันเนื่องมาจากเหตุผลด้านความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจ กล่าวคือ แม้ว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมาย

¹⁰³ ibid., p.653.

จะพิจารณาโดยปัจจัยต่าง ๆ ทั้งหมดที่กล่าวถึงก่อนหน้ามาแล้วจะได้ผลการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันเป็นอย่างมาก แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าหนึ่งในผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจ จึงต้องทำการรวมธุรกิจกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ มิฉะนั้นแล้วผู้ประกอบการรายนั้นอาจต้องยุติการดำเนินธุรกิจและออกไปจากตลาดภายในเวลาไม่นาน เช่นนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศอาจอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ เนื่องจากผลกระทบต่อผลจากการยุติการดำเนินธุรกิจนั้นอาจร้ายแรงกว่าผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ¹⁰⁴

ทั้งนี้ ในการพิจารณาความจำเป็นในการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศล้วนมีแนวทางการพิจารณาเป็นไปในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่จะต้องจะต้องแสดงให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการรวมธุรกิจดังกล่าว ซึ่งความจำเป็นนั้นจะต้องมีลักษณะดังนี้¹⁰⁵

ก. ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นไม่สามารถบริหารจัดการทางการเงินให้เหมาะสมกับภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นต้องออกไปจากตลาดในเวลาอีกไม่นาน แม้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจจะได้พยายามปรับปรุงโครงการกิจการอย่างเต็มที่แล้ว ซึ่งผู้ประกอบการควรต้องแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับความพยายามในการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของกิจการที่ได้สำรวจและดำเนินการอย่างสุดความสามารถแล้ว

ข. การรวมธุรกิจเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด กล่าวคือ จะต้องไม่ปรากฏว่ามีผู้ซื้อกิจการรายอื่น ๆ ในตลาดที่มีความเหมาะสมและสามารถก่อให้เกิดผลดีต่อการแข่งขันมากกว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจที่ขออนุญาตนี้ หรือจะต้องไม่ปรากฏว่าการที่ผู้ประกอบการที่ประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจออกไปจากตลาดนั้น จะเป็นผลดีต่อการแข่งขันมากกว่าการที่สินทรัพย์ทั้งหมดถูกโอนไปยังผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ดังนั้น ผู้ประกอบการที่ต้องการรวมธุรกิจควรต้องแสดงพยานหลักฐานว่าไม่มีผู้ซื้อกิจการรายอื่น ๆ ที่มีความน่าเชื่อถือ และผู้ประกอบการได้ดำเนินการจัดหาผู้ซื้อกิจการอย่างสุจริตด้วยวิธีการอันเหมาะสมแล้ว

¹⁰⁴ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.p.1491.

¹⁰⁵ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.32; Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, pp.201 - 202; Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.170 - 171.

ค. หากไม่มีการรวมธุรกิจแล้ว สินทรัพย์ต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสบความล้มเหลวจะต้องถูกนำออกไปจากตลาดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ การรวมธุรกิจจึงช่วยให้สินทรัพย์และกิจการต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจที่ล้มเหลวในการประกอบธุรกิจยังคงสามารถดำเนินการต่อไปในตลาดได้ ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจอาจต้องแสดงพยานหลักฐานว่ากิจการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นกำลังล้มเหลวอย่างชัดเจนภายใต้การบริหารของเจ้าของกิจการรายปัจจุบัน ตัวอย่างเช่น เอกสารบุคคลที่แสดงให้เห็นถึงการขาดทุนอย่างมีนัยสำคัญ และหลักฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะการค้าขายที่ไม่มีแนวโน้มจะพัฒนาได้ภายใต้การบริหารในปัจจุบัน

5.3.2 ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวตั้ง

การศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจตามกฎหมายของแต่ละประเทศนั้น ล้วนแสดงให้เห็นว่าทุกประเทศได้แยกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่มีใช้แนวนอนโดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับปัจจัยในการพิจารณาการรวมธุรกิจเอาไว้ต่างหาก เนื่องจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น โดยปกติมักจะส่งผลดีต่อการแข่งขันในตลาด แต่ในบางกรณีนั้น การรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันได้เช่นกัน เนื่องมาจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูงขึ้น เกิดการกีดกันการเข้าสู่ตลาด เกิดการทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งเพิ่มสูงขึ้น หรือเกิดความเป็นไปได้สูงขึ้นที่ผู้ประกอบการธุรกิจอาจร่วมมือกัน¹⁰⁶ ซึ่งเป็นผลกระทบที่อาจมีความแตกต่างไปจากการรวมธุรกิจในแนวนอนที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ดังนั้นในการพิจารณาขององค์กรบังคับใช้กฎหมายว่าจะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมธุรกิจในแนวตั้งได้หรือไม่นั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายจึงต้องพิจารณาถึงปัจจัยบางประการด้วยลักษณะหรือรายละเอียดที่มีความแตกต่างไปจากการประเมินการรวมธุรกิจในแนวนอนด้วย ขณะที่ปัจจัยอื่น ๆ ได้แก่ อำนาจของผู้ซื้อในตลาด การเข้าสู่ตลาดและการนำเข้า ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ และเหตุผลด้านความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศจะพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวนอน

ภายหลังจากการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศใช้ในการประเมินการรวมธุรกิจในแนวตั้งแล้ว สามารถสรุปได้ว่าปัจจัยต่าง ๆ ซึ่งมีรายละเอียดหลักเกณฑ์การพิจารณาที่แตกต่างกับการประเมินการ

¹⁰⁶ Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act*, p.95.

รวมธุรกิจในแนวนอนโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศนั้น ประกอบไปด้วยปัจจัยดังต่อไปนี้

5.3.2.1 ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

การรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใ้แนวนอนนั้น มักจะไม่มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหากปรากฏว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีได้อำนาจตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้น แต่อย่างไรก็ดี ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดนั้นเป็นเพียงข้อบ่งชี้ประการหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจตลาดอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง จนมีแนวโน้มที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในภายหลังจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นได้หรือไม่¹⁰⁷ ซึ่งภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น มิได้กำหนดไว้อย่างตายตัวว่าผู้ประกอบการธุรกิจต้องมีส่วนแบ่งตลาดเท่าไร หรือการกระจุกตัวของตลาดจะต้องสูงเพียงไร จึงจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้ คงปรากฏเฉพาะในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่นเท่านั้น กล่าวคือ

ก. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป กำหนดให้ในกรณีการรวมธุรกิจที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องต่ำกว่า 30% และภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ต่ำกว่า 2,000 คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจตลาด และไม่มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน¹⁰⁸

ข. กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น กำหนดให้ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 10% ไม่ว่าในตลาดสินค้าหรือบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องอยู่ก็ตาม หรือภายหลังจากการรวมธุรกิจ อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องตามดัชนี HHI มีอัตราไม่เกิน 2,500 และผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 25% ในตลาดสินค้าหรือบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องอยู่ คณะกรรมการ

¹⁰⁷ European Commission, "Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings," 18 October 2008, p.9.

¹⁰⁸ ibid., p.4.

การแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นมักจะพิจารณาว่าโอกาสที่การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันนั้นเป็นไปได้น้อย¹⁰⁹

ทั้งนี้ ในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดกรณีการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น จะดำเนินการทั้งในมิติของตลาดสินค้าและตลาดภูมิศาสตร์เช่นเดียวกับการกำหนดขอบเขตตลาดกรณีการรวมธุรกิจในแนวนอน โดยที่ในการพิจารณาแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดกรณีของการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น ภายหลังจากที่ได้กำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องแล้ว องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะคำนึงถึงสินค้าหรือบริการที่มีความสัมพันธ์กันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ (related product) อันได้แก่ สินค้าหรือบริการอื่น ๆ ที่ผลิตหรือถูกควบคุมโดยผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจและเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจนั้นในแนวตั้งในตลาดนั้นด้วย เพราะฉะนั้น ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น อาจได้แก่ตลาดวัตถุดิบ ตลาดช่องทางการจัดจำหน่าย ที่การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดความเป็นไปที่จะส่งผลกระทบต่อตลาดเหล่านั้น เป็นต้น¹¹⁰

ดังนั้น กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกทำการเข้าซื้อกิจการผลิตสินค้าที่ตนจำหน่าย เช่นนี้การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างผู้ขายปลีกได้ ตลาดที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจดังกล่าวจึงหมายถึงตลาดค้าปลีกในบริเวณนั้น ขณะที่สินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายนั้นจะถือเป็นสินค้าที่มีความสัมพันธ์ นอกจากนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายยังอาจพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตสินค้าดังกล่าวด้วยหรือไม่ ในกรณีนี้ ตลาดการผลิตสินค้าก็ถือเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องด้วยเช่นกัน โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะประเมินส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องตามที่กล่าวข้างต้น เพื่อประเมินแนวโน้มที่จะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเหล่านั้น ตัวอย่างเช่น การที่ผู้ผลิตรถบรรทุกเข้าซื้อกิจการผลิตล้อรถบรรทุก ซึ่งในกรณีนี้ตลาดที่อาจได้รับผลกระทบคือตลาดผู้ผลิตรถบรรทุก ดังนั้น ตลาดที่เกี่ยวข้องในกรณีดังกล่าวคือตลาดผู้ผลิตรถบรรทุก ขณะที่ล้อรถบรรทุกจะถือเป็นสินค้าที่มีความสัมพันธ์กันซึ่งจะต้องถูกนำมาเป็นส่วนหนึ่งในการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นด้วยเช่นกัน¹¹¹

¹⁰⁹ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.44.

¹¹⁰ U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, "Vertical Merger Guidelines," 30 June 2020, p.3.

¹¹¹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.512.

5.3.2.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจ

ภายหลังจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้ประเมินส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องและอัตราการกระจุกตัวของตลาดแล้ว ในลำดับถัดมาก็จะประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ (unilateral effects) ซึ่งเป็นปัจจัยที่กล่าวได้ว่ามีความสำคัญที่สุดในการพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวตั้งขององค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศ เนื่องจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจเป็นการทำลายการแข่งขันระหว่างคู่ค้าหรือคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจได้¹¹² โดยที่ผลกระทบที่สำคัญอันอาจเกิดจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายให้ความสำคัญเป็นอย่างมากมีอยู่ 2 ประการซึ่งแตกต่างไปจากการรวมธุรกิจในแนวนอน กล่าวคือ

ก. การปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบ

การรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น อาจส่งผลเป็นการทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งสามารถใช้ประโยชน์จากอำนาจในการควบคุมสินค้าหรือบริการที่ตนได้รับจากการรวมธุรกิจนั้น เพื่อปิดกั้นหรือกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งเข้าถึงวัตถุดิบสำคัญในการประกอบกิจการนั้นโดยการปฏิเสธการจำหน่ายวัตถุดิบที่ตนครอบครอง จนทำให้ต้นทุนในการประกอบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในระดับปลายน้ำเพิ่มสูงขึ้น จนส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดระดับปลายน้ำไม่สามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ และอาจจำเป็นต้องออกไปจากตลาดดังกล่าวในท้ายที่สุด ซึ่งในท้ายที่สุด ผู้บริโภคก็อาจได้รับผลกระทบจากราคาสินค้าหรือบริการที่สูงขึ้นได้ ซึ่งในการประเมินว่าการรวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบเช่นว่านี้ได้หรือไม่ อาจพิจารณาได้จากปัจจัยดังต่อไปนี้

(1) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ เข้าถึงวัตถุดิบ ได้แก่การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถจำกัดการเข้าถึงวัตถุดิบ ขึ้นราคาวัตถุดิบ หรือกำหนดเงื่อนไขในการจำหน่ายวัตถุดิบที่เป็นผลเสียต่อผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งรายอื่น ๆ ได้หรือไม่ โดยที่การกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดนั้น จะต้องเป็นวัตถุดิบที่มีความสำคัญต่อสินค้าหรือบริการในตลาดปลายน้ำ กล่าวคือ วัตถุดิบดังกล่าวเป็นส่วนประกอบที่มีความสำคัญต่อสินค้าหรือบริการ รวมถึงเป็นวัตถุดิบที่เป็นต้นทุนอันมีนัยสำคัญต่อการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการนั้นด้วย

¹¹² Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.354.

ในกรณีที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายได้ประเมินแล้วพบว่าแม้ผู้ประกอบการรวมธุรกิจจะมีพฤติกรรมดังกล่าวข้างต้น ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งชั้นก็มีได้มีแนวโน้มที่จะได้รับผลกระทบต่อความสามารถในการประกอบธุรกิจและการแข่งขันของตน อันอาจเนื่องจากผู้ประกอบการเหล่านั้นสามารถเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นทดแทนได้ หรือผู้ประกอบการอาจผลิตสินค้าทดแทนเหล่านั้นได้ด้วยตนเอง โดยที่ไม่มีผลกระทบต่อราคา คุณภาพ หรือปริมาณสินค้าหรือบริการที่ตนสามารถผลิตได้เลย เช่นนี้หมายความว่าความร่วมมือธุรกิจในแนวตั้งดังกล่าวอาจมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการปิดกั้นการประกอบธุรกิจและทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งชั้นสูงขึ้นแต่อย่างใด

การประเมินแนวโน้มและความรุนแรงของผลกระทบจากพฤติกรรมกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบของผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น อาจพิจารณาได้จากรูปแบบการซื้อวัตถุดิบ การจัดการวัตถุดิบ และการเปลี่ยนแปลงของปริมาณวัตถุดิบในตลาดที่ปรากฏในอดีต ซึ่งแสดงให้เห็นถึงรูปแบบการรับมือกับความเปลี่ยนแปลงของราคาวัตถุดิบในตลาดโดยผู้ซื้อและผู้ขายวัตถุดิบนั้น อันจะเป็นข้อบ่งชี้สำคัญว่าในตลาดวัตถุดิบดังกล่าวนี้ ผู้ซื้อมีโอกาสในการเปลี่ยนแปลงไปซื้อวัตถุดิบจากผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นได้หรือไม่¹¹³

(2) แรงจูงใจในการกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงวัตถุดิบของตน โดยที่แรงจูงใจนี้จะขึ้นอยู่กับว่าการกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงวัตถุดิบที่ตนครอบครองนั้น สามารถก่อให้เกิดตนเองได้รับกำไรเพิ่มขึ้นมากน้อยเพียงไร เนื่องจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักระหว่างรายได้ที่สูญเสียไปอันเนื่องมาจากยอดขายที่ลดลงจากการกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่งชั้นซื้อวัตถุดิบของตน กับประโยชน์ที่จะได้รับจากยอดขายในตลาดระดับปลายน้ำที่เพิ่มขึ้นหรือการที่ผู้ประกอบการสามารถเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการที่จำหน่ายแก่ผู้บริโภคได้ โดยที่จะต้องพิจารณาว่าการที่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งชั้นไม่สามารถเข้าถึงวัตถุดิบของตนได้ จะทำให้ผู้บริโภคในตลาดระดับปลายน้ำเปลี่ยนมาใช้สินค้าหรือบริการของตนเพิ่มขึ้นมากหรือน้อยเพียงไร

ในกรณีที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายประเมินแล้วพบว่าผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจในแนวตั้งนั้นมีลักษณะเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวทั้งสองข้อ อันได้แก่ ผู้ประกอบการมีทั้งความสามารถและแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมปิดกั้นการประกอบธุรกิจ จนส่งผลทำให้ต้นทุนของผู้

¹¹³ ibid., p.356.

ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งชั้นสูงขึ้นไปแล้ว เช่นนี้ มีแนวโน้มสูงเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะสันนิษฐานว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ¹¹⁴

ข. การปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อ

การกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงผู้ซื้อได้อาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีการรวมธุรกิจ แนวตั้งนั้น เป็นการรวมธุรกิจระหว่างผู้ป้อนวัตถุดิบกับลูกค้ารายสำคัญในตลาดระดับปลายน้ำ ซึ่งอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งชั้นในตลาดระดับต้นน้ำไม่สามารถเข้าถึงฐานลูกค้ารายสำคัญนั้นได้ โดยคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจแนวตั้งนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือไม่ โดยประเมินจากปัจจัยคล้ายกับการประเมินโอกาสที่จะเกิดการกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบที่กล่าวถึงแล้วข้างต้น ได้แก่

(1) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในการกีดกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งชั้นในตลาดระดับต้นน้ำ เข้าถึงลูกค้าในตลาดระดับปลายน้ำ โดยที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจอาจตัดสินใจใช้วัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้าหรือบริการของตนจากกิจการของตนเองที่อยู่ในระดับต้นน้ำเท่านั้น หรือผู้ประกอบธุรกิจอาจลดปริมาณการใช้วัตถุดิบจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งชั้นในตลาดระดับต้นน้ำลง โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการมีพฤติกรรมดังกล่าวจากปริมาณของผู้ซื้อวัตถุดิบในตลาดระดับปลายน้ำว่านอกเหนือจากผู้ซื้อรายที่ทำการรวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำแล้ว ในตลาดดังกล่าวยังมีผู้ซื้อรายอื่น ๆ ในจำนวนที่เพียงพอและมีศักยภาพต่อการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำหรือไม่ กล่าวคือ ถ้าหากในตลาดระดับปลายน้ำนั้น ยังมีผู้ซื้อรายอื่น ๆ จำนวนมากซึ่งมีขนาดใหญ่เพียงพอที่จะเป็นทางเลือกให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจในระดับต้นน้ำแล้ว เช่นนี้ การรวมธุรกิจแนวตั้งที่เกิดขึ้นก็มักจะไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด¹¹⁵

(2) แรงจูงใจในการกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจะมีแรงจูงใจในการมีพฤติกรรมดังกล่าวหรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้จากผลได้ผลเสียจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจตัดสินใจไม่ใช้วัตถุดิบจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งชั้นในตลาดระดับต้นน้ำ กล่าวคือ แม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวนี้อาจส่งผลให้กิจการในระดับปลายน้ำนั้นต้องสูญเสียทางเลือกในการซื้อวัตถุดิบที่อาจมีราคาต่ำกว่าไป จนอาจส่งผลให้กำไรในตลาดระดับปลายน้ำ

¹¹⁴ U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, "Vertical Merger Guidelines," 30 June 2020, pp.4 - 5.

¹¹⁵ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.358 - 359.

น้ำต้องลดลงไปบางส่วน แต่พฤติกรรมดังกล่าวนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์จากการที่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดระดับต้นน้ำนั้นสูญเสียศักยภาพในการแข่งขันไป จนทำให้กิจการของตนในตลาดระดับต้นน้ำได้รับยอดขายเพิ่มขึ้น และมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดระดับต้นน้ำสูงขึ้น ส่งผลให้กำไรของกิจการในตลาดระดับต้นน้ำนั้นเพิ่มขึ้น ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงจะพิจารณาว่ากำไรที่เพิ่มขึ้นในตลาดระดับต้นน้ำนั้น สามารถชดเชยรายได้ที่ลดลงในตลาดระดับปลายน้ำของผู้ประกอบการได้หรือไม่ ซึ่งหากปรากฏว่าพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลให้กำไรที่เพิ่มขึ้นในตลาดระดับต้นน้ำนั้น มากกว่ารายได้ที่ลดลงในตลาดระดับปลายน้ำ เช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดแรงจูงใจแก่ผู้ประกอบการที่จะมีพฤติกรรมดังกล่าวได้

นอกจากนี้ ผู้ประกอบการก็ยังมีแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมดังกล่าวเพิ่มขึ้นได้ หากปรากฏว่าพฤติกรรมนั้นจะส่งผลให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดระดับปลายน้ำต้องสูญเสียศักยภาพในการแข่งขันระยะยาวไปด้วย เนื่องจากจำนวนของผู้ประกอบการในตลาดระดับต้นน้ำที่ลดลง จนผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดระดับปลายน้ำนั้นสูญเสียทางเลือกในการเข้าถึงวัตถุดิบของตนไป จนทำให้คู่แข่งกันให้ออกไปจากตลาดในท้ายที่สุด และผู้ประกอบการจะสามารถควบคุมราคาสินค้าและบริการทั้งในตลาดระดับต้นน้ำและปลายน้ำได้ในที่สุด¹¹⁶

5.3.2.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

การรวมธุรกิจในแนวตั้งอาจทำลายการแข่งขันในตลาดโดยการก่อให้เกิดการปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการในตลาด หรืออาจทำให้การปฏิสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นไปได้ง่ายขึ้น ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วสถานการณ์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเสียต่อผู้ซื้อ เนื่องจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งทำให้ผู้ประกอบการเข้าถึงข้อมูลการค้าที่เป็นความลับของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในตลาดได้ ดังนั้น ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจจึงสามารถประสานพฤติกรรมกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ จนสามารถควบคุมราคาหรือปริมาณของสินค้าหรือบริการในตลาดได้¹¹⁷

การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการได้หรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้จากจำนวนผู้ประกอบการในตลาด ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาด อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความโปร่งใสของตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ ซึ่งผู้ประกอบการมีแรงจูงใจที่

¹¹⁶ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, pp.pp.50 - 51.

¹¹⁷ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.360 - 361.

จะเบี่ยงเบนพฤติกรรมให้แตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจอื่นน้อยลง เพราะพฤติกรรมของตนถูกตรวจพบได้ง่ายดังที่ได้กล่าวแล้ว

นอกจากนี้ ความสมดุลของตลาด โครงสร้างทุน การพัฒนาทางเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องในตลาดนั้นยังส่งผลต่อแรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดด้วย ดังที่กล่าวแล้วว่า การที่ผู้ประกอบธุรกิจมีขนาดใกล้เคียงกัน และมีแรงจูงใจอย่างเดียวกัน ย่อมก่อให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างยั่งยืน นอกจากนี้ การรวมธุรกิจในแนวดิ่งยังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจได้รับสิทธิพิเศษในการเข้าถึงวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการประกอบกิจการในตลาดระดับปลายน้ำ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงสามารถทราบถึงข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในระดับปลายน้ำด้วย ทำให้ความโปร่งใสในตลาดนั้นเพิ่มสูงขึ้น จึงเป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้พฤติกรรมร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดเป็นไปอย่างยั่งยืนมากขึ้น

ตัวอย่างเช่น กรณีการรวมธุรกิจระหว่างผู้ผลิตส่วนประกอบหนึ่งของสินค้ากับผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย เช่นนี้ ผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายย่อมสามารถเข้าถึงข้อมูลอัตราการผลิตสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งของตนได้ เนื่องจากผู้ผลิตส่วนประกอบซึ่งจำหน่ายให้กับผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายหลายรายย่อมมีข้อมูลดังกล่าวอยู่ในความครอบครอง จึงส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจสามารถตรวจสอบได้ว่าผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายรายอื่น ๆ มีพฤติกรรมจำกัดปริมาณการผลิตสินค้าตามที่ตกลงกันไว้โดยปริยายหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว การรวมธุรกิจในแนวดิ่งนี้จึงถือว่าเป็นส่วนที่ทำให้ข้อตกลงในการจำกัดปริมาณการผลิตดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อันส่งผลเสียต่อการแข่งขันในตลาด¹¹⁸

5.3.3 ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย

โดยทั่วไปแล้ว การรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นแทบจะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขันในตลาด เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นต่างประกอบกิจการในตลาดสินค้าหรือบริการคนละตลาดกัน¹¹⁹ แต่อย่างไรก็ดี ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้ การรวมธุรกิจแบบหลากหลายอาจประกอบไปด้วยผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันเป็นอย่างมากก็ได้ ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันแต่จำหน่ายสินค้าดังกล่าวในตลาดภูมิศาสตร์คนละแห่งกัน ที่เรียกว่าเป็นการรวมธุรกิจเพื่อขยายตลาด

¹¹⁸ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.515.

¹¹⁹ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers 2016," December 2016, p.82.

หรือการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่จำหน่ายสินค้าคนละชนิดกัน แต่ด้วยเหตุผลบางอย่างทำให้สินค้าของผู้ประกอบการธุรกิจทั้งสองรายมีความสัมพันธ์กัน ที่เรียกว่าเป็นการรวมธุรกิจเพื่อขยายผลิตภัณฑ์ ซึ่งการรวมธุรกิจทั้งสองกรณีนี้มักจะไม่ใช่ลักษณะเป็นการรวมธุรกิจในแนวนอนและการรวมธุรกิจในแนวตั้ง¹²⁰

ดังนั้น การรวมธุรกิจแบบหลากหลายจึงอาจก่อให้เกิดความกังวลต่อการแข่งขันได้ในบางกรณี กล่าวคือ หากมิได้มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้น ผู้ประกอบการธุรกิจจะเข้ามาเป็นคู่แข่งในตลาดด้วยตนเองในอนาคตหรือไม่ หรือผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจฝ่ายหนึ่งนั้น มีแนวโน้มที่จะมีความสามารถและแรงจูงใจในการใช้ประโยชน์จากอำนาจตลาดที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง มาก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการกีดกันผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในอีกตลาดหนึ่งให้ออกไปจากตลาดหรือไม่¹²¹ เช่น สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจเป็นเจ้าของสินค้าและบริการหลายประเภทและหลายยี่ห้อ จนทำให้ผู้ซื้อตัดสินใจซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการธุรกิจเพียงรายเดียวเนื่องจากจะช่วยลดต้นทุนในการทำธุรกรรมได้ ซึ่งอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่ครอบครองสินค้าหรือบริการจำนวนน้อยเสียเปรียบในการแข่งขัน¹²² หรือผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจอาจมีพฤติกรรมกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ด้วยพฤติกรรมการขายควบได้ เป็นต้น¹²³

ทั้งนี้ องค์การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ที่ได้ทำการศึกษามาแล้วนั้น มีการนำปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ และผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน แต่มีลักษณะหรือรายละเอียดที่มีความแตกต่างไปจากการประเมินการรวมธุรกิจในแนวนอนมาพิจารณาด้วย ขณะที่ปัจจัยอื่น ๆ ได้แก่ อำนาจของผู้ซื้อในตลาด การเข้าสู่ตลาดและการนำเข้า ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ และเหตุผลด้านความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจนั้น องค์การบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศจะยังคงพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวนอน

¹²⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, p.709.

¹²¹ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.129.

¹²² Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.55.

¹²³ Kala Anandarajah and Dominique Lombardi, "Singapore," in *Merger Control Worldwide*, p.1216.

5.3.3.1 ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจะนำการรวมธุรกิจแบบหลากหลายมาพิจารณาก็ต่อเมื่อการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นในตลาดที่มีอัตราการกระจุกตัวของตลาดอยู่ในระดับสูง หรือภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ตลาดมีอัตราความกระจุกตัวที่สูง หรือส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในตลาดนั้นอยู่ในระดับที่สูง ซึ่งมีโอกาสที่จะทำให้เกิดกลยุทธ์การขายสินค้าหรือบริการในลักษณะที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันโดยผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นประสบความสำเร็จ เช่น การขายพ่วงสินค้า หรือการจำหน่ายสินค้าหรือบริการในตลาดหนึ่งด้วยราคาที่ต่ำกว่าทุน เป็นต้น¹²⁴

ทั้งนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดที่อาจก่อให้เกิดความกังวลไว้ ดังนี้

ก. กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา โดยแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจ ค.ศ. 1984 ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่ใช้บังคับกับการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น กำหนดให้ในกรณีในตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกรวมธุรกิจนั้นได้ประกอบธุรกิจอยู่มีอัตราการกระจุกตัวตามดัชนี HHI ไม่เกิน 1,800 องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะไม่ทำการตรวจสอบการรวมธุรกิจแบบหลากหลายอย่างเข้มงวด¹²⁵

ข. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป กำหนดให้ในกรณีการรวมธุรกิจที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องต่ำกว่า 30% และภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI ต่ำกว่า 2,000 คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจะถือว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมิได้ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจตลาด และไม่มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน¹²⁶

ค. กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น กำหนดให้ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 10% ไม่ว่าในตลาดสินค้าหรือบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องอยู่ก็ตาม หรือภายหลังจากการรวมธุรกิจ อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องตามดัชนี HHI มีอัตราไม่เกิน 2,500 และผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 25% ในตลาดสินค้าหรือบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเกี่ยวข้องอยู่ คณะกรรมการ

¹²⁴ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, pp.57 - 58.

¹²⁵ U.S. Department of Justice, "Merger Guidelines," 14 June 1984, p.26.

¹²⁶ European Commission, "Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings," 18 October 2008, p.4.

การแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นมักจะพิจารณาว่าโอกาสที่การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันนั้นเป็นไปได้น้อย¹²⁷

5.3.3.2 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจ

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายในบางกรณีอาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้ โดยที่ผลกระทบจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจแบบหลากหลายนี้ หากผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีศักยภาพที่จะเข้ามาเป็นคู่แข่งรายสำคัญในตลาดสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งได้ด้วยตนเอง เช่นนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวทำให้การแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจเข้ามาประกอบกิจการแข่งขันด้วยตนเองนั้นหายไป เช่นในกรณีคดี *Clorox*¹²⁸ ที่ได้กล่าวแล้วว่าบริษัท Procter & Gamble ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพในการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวได้โดยลำพัง และเพิ่มความกดดันในการแข่งขันให้กับบริษัท Clorox ได้ แต่บริษัท Procter & Gamble กลับเลือกใช้วิธีการรวมธุรกิจกับบริษัท Clorox ซึ่งเป็นบริษัทขนาดใหญ่ในตลาด จึงทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ที่ควรจะได้รับจากการแข่งขันที่เพิ่มขึ้นหากบริษัท Procter & Gamble เลือกที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดด้วยตนเอง

การที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีศักยภาพดังกล่าวนั้นทำการรวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นอยู่ก่อนแล้ว ทำให้ระดับความสามารถในการแข่งขันของกิจการภายหลังจากการรวมธุรกิจสูงขึ้นจนอาจสามารถเข้าควบคุมราคา หรือปริมาณสินค้าในตลาดดังกล่าวได้ นอกจากนี้ การรวมธุรกิจแบบหลากหลายยังอาจส่งผลเป็นการปิดกั้นตลาดมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่าย หรืออาจส่งผลเป็นการกีดกันให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดต้องออกจากตลาดไป

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า การประเมินว่าการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะข้างต้นหรือไม่ องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจะพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่คล้ายคลึงกับการรวมธุรกิจในแนวดังกล่าวคือ

ก. ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการกีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายจะส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน โดยเฉพาะการขายพ่วง (tying) หรือการขายสินค้าหรือบริการ

¹²⁷ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.44.

¹²⁸ Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967).

โดยกำหนดเป็นแพ็คเกจหรือเป็นชุด (bundling) ต่อเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจแบบหลากหลายอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง เป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์ที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในมุมมองของผู้บริโภค ซึ่งในตลาดนั้นมีสินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้จำนวนไม่มาก ซึ่งอาจพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้¹²⁹

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นจะต้องมีอำนาจตลาดอย่างน้อยสำคัญในอย่างน้อยตลาดหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ โดยที่อำนาจตลาดดังกล่าวอาจไม่ถึงขนาดทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะอำนาจเหนือตลาดในตลาดก็ได้ แต่อย่างน้อยจะต้องมีอำนาจตลาดในลักษณะที่ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในตลาดนั้น มองว่าผลิตภัณฑ์หนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจมีความจำเป็น และมีสินค้าหรือบริการที่สามารถนำมาใช้ทดแทนเป็นทางเลือกในตลาดอยู่น้อย โดยอาจพิจารณาได้จากความแตกต่างของผลิตภัณฑ์และความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่ง

(2) ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคจำนวนหนึ่งที่มีนัยสำคัญ มีความต้องการใช้ผลิตภัณฑ์ทั้ง 2 ชนิดที่เป็นของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ซึ่งหากผู้ซื้อหรือผู้บริโภคไม่มีความต้องการจะต้องใช้ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวทั้ง 2 ชนิดแล้ว พฤติกรรมการขายพ่วงหรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์เป็นชุด ๆ ที่บังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อผลิตภัณฑ์ทั้ง 2 ชนิดมักจะไม่ประสบความสำเร็จ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคจำนวนมากจะต้องมีความต้องการซื้อสินค้าทั้ง 2 ชนิดพร้อมกันในเวลาเดียวกันเป็นปกติอยู่แล้ว

ข. แรงจูงใจในการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจ

ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจะต้องทำการชั่งน้ำหนักระหว่างต้นทุนการจำหน่ายสินค้าเป็นชุดหรือขายพ่วง กับประโยชน์ที่อาจได้รับจากพฤติกรรมดังกล่าว อันได้แก่ส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องนั้น โดยพิจารณาได้จากโครงสร้างความเป็นเจ้าของกิจการ ลักษณะของกลยุทธ์การจำหน่ายสินค้าที่ผ่านมาในอดีต รวมถึงเอกสารภายในที่เกี่ยวข้อง เช่น แผนธุรกิจ เป็นต้น ประกอบกับปัจจัย 2 ประการ¹³⁰ ได้แก่

(1) ผลกระทบต่อกำไรของผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมกีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ เช่น รายได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจอาจสูญเสียไปจากผู้ซื้อที่ต้องการสินค้าหรือบริการเพียงชนิดเดียว หรือผู้ซื้อที่เปลี่ยนไปใช้ผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่เป็นคู่แข่งแทน

¹²⁹ European Commission, "Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings," 18 October 2008, pp.11 - 12.

¹³⁰ ibid., pp.12 - 14.

(2) กำไรที่เพิ่มขึ้นของสินค้าที่ผู้ประกอบการทำการขายพ่วงหรือจำหน่ายเป็นชุด โดยพิจารณาได้จากยอดขายหรือส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้นภายหลังจากที่ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมดังกล่าว

ค. ศักยภาพในการเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดด้วยตนเอง

ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นมีศักยภาพในการเข้าสู่ตลาดด้วยตนเองโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการรวมธุรกิจ และหากผู้ประกอบการนั้นได้เข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดด้วยตนเองแล้ว ผู้ประกอบการรายดังกล่าวจะกลายเป็นคู่แข่งรายสำคัญของผู้ประกอบการอีกฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ เช่นนี้ การรวมธุรกิจดังกล่าวอาจทำลายความเป็นไปได้ที่จะเกิดการแข่งขันขึ้นในอนาคต และเมื่อได้ทำการเปรียบเทียบระหว่างการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตหากผู้ประกอบการได้เข้าสู่ตลาดด้วยตนเอง กับสภาพการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้ว อาจถือได้ว่าการรวมธุรกิจนั้นได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด¹³¹

5.3.3.3 ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

การรวมธุรกิจแบบหลากหลายในบางกรณีอาจเป็นเหตุให้จำนวนผู้ประกอบการธุรกิจที่มีประสิทธิภาพในตลาดนั้นลดลง จนทำให้ผู้ประกอบการในตลาดมีพฤติกรรมร่วมกันได้ง่าย นอกจากนั้นแล้ว การรวมธุรกิจแบบหลากหลายยังอาจทำให้การทำสัญญาระหว่างตลาดสินค้าหรือบริการต่างชนิดนั้นมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ ผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจอาจใช้กลยุทธ์การทำสัญญาระหว่างตลาดมาเป็นกลไกในการป้องกันหรือตอบโต้พฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เบี่ยงเบนไปจากการมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดได้ จึงทำให้โอกาสที่ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมร่วมกันนั้นจะเบี่ยงเบนพฤติกรรมของตนเป็นไปได้อย่างขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนั้นมีความสามารถในการตอบโต้ด้วยพฤติกรรมในตลาดสินค้าหรือบริการหลายตลาด ดังนั้น หากผู้ประกอบการมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนดังกล่าวแล้ว การตอบโต้จากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจก็จะมี ความรุนแรงมากขึ้น และด้วยความรุนแรงที่มากขึ้นของการตอบโต้การเบี่ยงเบนพฤติกรรมจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจนี้ ทำให้แรงจูงใจของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่จะมียุทธศาสตร์เบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมร่วมกันนั้นมีน้อยลง อันจะก่อให้เกิดผลจากพฤติกรรมร่วมกันในตลาดนั้นเป็นไปอย่างยั่งยืนในท้ายที่สุด¹³²

¹³¹ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.44.

¹³² Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.376.

องค์กรบังคับใช้กฎหมายแต่ละประเทศมักพิจารณาแนวโน้มที่การรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นจะสนับสนุนให้เกิดการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด โดยพิจารณาจากข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันในตลาดที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเข้าถึงได้ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ประกอบกับปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันในกรณีของการรวมธุรกิจในแนวนอน

5.3.4 ปัญหาเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การศึกษาแนวทางการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจ เพื่อพิจารณาว่าจะอนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจทำการรวมธุรกิจได้หรือไม่ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศที่กล่าวแล้วข้างต้นนั้น เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับแนวทางการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น พบว่าแนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 นั้น ยังคงปรากฏให้เห็นข้อบกพร่องสำคัญ ที่อาจทำให้เจตนารมณ์ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นไม่ประสบความสำเร็จ กล่าวคือ

5.3.4.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในหลักเกณฑ์การประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

การศึกษารอบแนวทางการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 นั้น รวมถึงการพิจารณาอนุญาตการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นจริงจำนวน 4 กรณี แสดงให้เห็นว่าในการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีการพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่แบ่งออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่

ก. กลุ่มปัจจัยสำหรับประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจ ภายใต้ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ข้อ 6 (3) (ข) อันได้แก่

- (1) การกระจุกตัวในตลาด
- (2) การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่และการขยายการผลิตของคู่แข่ง
- (3) ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
- (4) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน
- (5) ผลกระทบต่อประโยชน์โดยรวมทางเศรษฐกิจและผู้บริโภค
- (6) ประสิทธิภาพของตลาดภายหลังการรวมธุรกิจ

ปัจจัยกลุ่มแรกนี้ เป็นปัจจัยที่ปรากฏอยู่ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในลักษณะที่เป็นเพียงเอกสารหลักฐานอย่างหนึ่งที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องยื่นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการขออนุญาตรวมธุรกิจ โดยที่ประกาศฉบับดังกล่าวไม่มีการอธิบายเกณฑ์หรือรายละเอียดที่เป็นกวีสัยในการพิจารณาปัจจัยแต่ละประการข้างต้นไว้แต่อย่างใด อีกทั้งยังไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือข้อกำหนดใดในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่กำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องพิจารณาปัจจัยดังกล่าวข้างต้นทั้ง 6 ประการอย่างครบถ้วน ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ส่งผลให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่มีความจำเป็นจะต้องนำปัจจัยที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศมาประกอบการพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างครบถ้วนแต่อย่างใด

ด้วยเหตุดังกล่าว การประเมินประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจในปัจจุบันนี้ จึงเป็นไปโดยอาศัยดุลพินิจที่มีความเป็นอิสระของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ ทำให้การพิจารณาการรวมธุรกิจแต่ละกรณีนั้นมีปริมาณของปัจจัยที่นำมาใช้เพื่อการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันไม่เท่ากัน หรือมีการนำหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันมาใช้ในการพิจารณาปัจจัยประการเดียวกัน จนส่งผลให้การพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นไม่มีความแน่นอน ตัวอย่างเช่น การพิจารณาปัจจัยว่าด้วยการกระจุกตัวในตลาดนั้น บางกรณีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีการนำดัชนี HHI มาเป็นเครื่องมือในการ

ประเมินการกระจุกตัวของตลาด¹³³ ขณะที่บางกรณีก็มีการนำดัชนี CR3 มาเป็นเครื่องมือในการประเมิน¹³⁴ เป็นต้น

ข. กลุ่มปัจจัยภายใต้มาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องพิจารณาในการอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดได้ กล่าวคือ

- (1) ความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ
- (2) ประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ
- (3) การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง
- (4) การไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภค

ส่วนรวม

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้นำปัจจัยต่าง ๆ ข้างต้นมา กำหนดเข้าเอาไว้อีกครั้งหนึ่งในข้อ 10 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 โดยไม่มีการ อธิบายหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้เพิ่มเติมแต่อย่างใด ดังนั้น การพิจารณาปัจจัยดังกล่าวทั้ง 4 ประการจึงยังคงขึ้นอยู่กับดุลพินิจที่มีความเป็นอิสระของคณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญเช่นเดียวกันกับการพิจารณาปัจจัยสำหรับประเมินผลกระทบต่อการ แข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจในกลุ่มแรก ซึ่งแม้จะได้ดำเนินการศึกษาแนวทางการใช้ดุลพินิจของ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ปรากฏในกรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจที่คณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้าได้มีคำวินิจฉัยแล้วนั้น ก็ยังคงไม่สามารถสรุปได้ว่ากรอบแนวทางในการพิจารณา ปัจจัยดังกล่าวทั้ง 4 ประการข้างต้นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น ประกอบไปด้วย หลักเกณฑ์ใดบ้าง เนื่องจากในคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจแต่ละกรณีนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทาง การค้าล้วนใช้ดุลพินิจในการให้เหตุผลประกอบปัจจัยดังกล่าวที่แตกต่างกัน

¹³³ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท อ. และ บริษัท ย." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-iu/>

¹³⁴ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และ บริษัท ข." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hs/>

ตัวอย่างเช่น ในการพิจารณาความจำเป็นตามควรทางธุรกิจนั้น ในบางกรณีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ได้มีได้อธิบายไว้แต่อย่างใดว่าการรวมธุรกิจนี้มีความจำเป็นอย่างไร¹³⁵ ขณะที่การรวมธุรกิจบางกรณีได้มีการนำความประสงค์ที่จะยุติการดำเนินธุรกิจในประเทศไทยและกลับไปมุ่งเน้นทำการตลาดที่ต่างประเทศมาเป็นเกณฑ์พิจารณาว่าการรวมธุรกิจนี้มีความจำเป็น¹³⁶ และการรวมธุรกิจบางกรณีได้มีการนำประเด็นเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของอุตสาหกรรมมาเป็นเกณฑ์พิจารณาว่าการรวมธุรกิจมีความจำเป็น¹³⁷ เป็นต้น จึงกล่าวได้ว่าการพิจารณาปัจจัยตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันนั้นยังไม่มีชัดเจน แน่นนอน และยังคงต้องอาศัยดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นรายกรณีไป

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าการกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องคำนึงถึงการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรงในการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจรวมธุรกิจนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาถึงเรื่องใดเป็นสำคัญเนื่องจากกรอบวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น มุ่งคุ้มครองการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดให้เป็นไปโดยเสรี และป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ ดังนั้น หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านำบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไปปรับใช้เพื่อคุ้มครองระบบเศรษฐกิจของประเทศ อันอาจหมายความว่าความรวมไปถึงการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจ เสถียรภาพด้านราคา การจ้างงานภายในประเทศ และการกระจายรายได้¹³⁸ จะทำให้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นถูกปรับใช้ในลักษณะที่เกินกว่ากรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และจะเป็นการให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณาการรวมธุรกิจได้อย่างกว้างขวางเป็นอย่างยิ่ง

¹³⁵ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และบริษัท บ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hb/>

¹³⁶ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2020/12/18/cp-tesco-case/>

¹³⁷ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท อ. และบริษัท ย." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-iiu/>

¹³⁸ ทรงธรรม ปิ่นโต และจรรยา เปรมศิลป์, *เศรษฐศาสตร์...เล่มเดียวอยู่* (กรุงเทพมหานคร: ธนาครแห่งประเทศไทย, 2555), หน้า 104.

โดยลักษณะของปัจจัยพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยทั้ง 2 ประเภชข้างต้นนั้น ทำให้สามารถสรุปได้ว่าการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบัน เป็นไปโดยอาศัยดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอย่างสมบูรณ์ จนปราศจากความแน่นอนในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เนื่องจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่มีการกำหนดรายละเอียดหรือหลักเกณฑ์ที่มีความจำเป็นในการพิจารณาปัจจัยเหล่านั้นให้ชัดเจน ซึ่งหากพิจารณาจากคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นแล้ว ยิ่งกล่าวได้ว่าทิศทางการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นไม่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าแต่อย่างใด

ตัวอย่างเช่น ในการรวมธุรกิจส่วนใหญ่ใน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เริ่มจากการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจโดยอาศัยปัจจัยที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า หลังจากนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงจะสรุปผลกระทบจากการรวมธุรกิจ และพิจารณาปัจจัยตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยเฉพาะต่อไป¹³⁹ ขณะที่การรวมธุรกิจในบางกรณีนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากลับไม่มีการประเมินประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจโดยอาศัยปัจจัยที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้นำปัจจัยในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจทั้ง 6 ประการ มาถือเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และทำการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจรวมธุรกิจได้¹⁴⁰

ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศแล้ว พบว่าแต่ละประเทศล้วนกำหนดกรอบแนวทางการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันโดยอาศัยปัจจัยแต่ละประการไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น องค์การบังคับใช้กฎหมายจึงทำการพิจารณาตามกรอบแนวทางที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้า นั้น ส่งผลให้การพิจารณาการรวมธุรกิจของ

¹³⁹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด

" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2020/12/18/cp-tesco-case/>; สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท อ. และ บริษัท ย." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-iu/>; สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และ บริษัท ข." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hs/>

¹⁴⁰ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และ บริษัท บ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hb/>

องค์กรบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศนั้นเป็นไปอย่างโปร่งใส ขณะที่การไม่กำหนดกรอบแนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจไว้ให้ชัดเจนตามที่ปรากฏในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระจนส่งผลให้การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นขาดความแน่นอน อีกทั้งผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นก็ไม่สามารถคาดการณ์แนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ และอาจก่อให้เกิดความสงสัยในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าขึ้นได้ในท้ายที่สุด

5.3.4.2 ปัญหาความไม่ถูกต้องในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจ

จากการศึกษาที่พบว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีการนำปัจจัยที่ใช้ในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจในทำนองเดียวกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศทั้ง 7 ประการ มาเป็นเกณฑ์ในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังจากการรวมธุรกิจในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นจริงตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ด้วยผลของการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่มีการกำหนดปัจจัยและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้อย่างชัดเจนดังที่กล่าวข้างต้นนั้น ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เพื่อประเมินการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างเสรี จนทำให้ผลการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นไม่สอดคล้องกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจริง เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านำมาใช้พิจารณาปัจจัยแต่ละประการนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การพิจารณาในต่างประเทศแล้ว กล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยบางประการนั้นยังไม่สมบูรณ์ ขณะที่ปัจจัยบางประการนั้นมีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่ไม่ถูกต้อง

หลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยที่ใช้ในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวนอนที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศนั้น สามารถนำมาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยใช้ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นจริงได้ดังที่ปรากฏในตาราง ดังนี้

ตารางที่ 13 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยที่ใช้ในการประเมินผลกระทบจาก
การรวมธุรกิจในแนวนอน

ต่างประเทศ	ประเทศไทย
การกระจุกตัวของตลาด	
1. การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI (สหรัฐอเมริกา, สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น)	1. การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI
2. การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี CR3 (ประเทศสิงคโปร์)	2. การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี CR3
ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ	
1. ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด	1. ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด
(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด และการกระจุกตัวของตลาด	(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด และการกระจุกตัวของตลาด
(2) ความแตกต่างระหว่างส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกับคู่แข่งในตลาด	-
(3) อัตราการเพิ่มขึ้นของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ	-
2. ความใกล้ชิดกันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน	-
3. แรงกดดันจากผู้บริโภค	-
4. กำลังการผลิตส่วนเกินของคู่แข่งในตลาด	-
5. ความสามารถในการขัดขวางการเข้าสู่ตลาดหรือการขยายธุรกิจของคู่แข่ง	-
6. การกำจัดปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการแข่งขัน	-
7. ขนาดของตลาดที่เกี่ยวข้อง	-
ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน	
1. สถานะของผู้ประกอบธุรกิจและสภาวะการแข่งขันในตลาด	1. สถานะของผู้ประกอบธุรกิจและสภาวะการแข่งขันในตลาด
(1) จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดและอัตราการกระจุกตัวของตลาด	(1) จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดและอัตราการกระจุกตัวของตลาด
(2) ลักษณะความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการ	-
(3) ความยืดหยุ่นของราคา	-
(4) ความสมดุลของตลาด	(2) ความสมดุลของตลาด
(5) เสถียรภาพของตลาด	-
(6) สถานการณ์การแข่งขันในอดีต	-
2. การรับรู้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด	2. การรับรู้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด
(1) ความโปร่งใสของตลาด	(1) ความโปร่งใสของตลาด
(2) ลักษณะความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการ	-

ต่างประเทศ	ประเทศไทย
(3) เสถียรภาพของตลาด	-
(4) ความสัมพันธ์ในแนวตั้งของผู้ประกอบธุรกิจ	-
3. กลไกในการตอบโต้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนจากพฤติกรรมร่วมกัน	-
4. ศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น	-
อำนาจของผู้ซื้อ	
1. การกระจุกตัวของตลาดฝั่งผู้ซื้อ	-
2. อัตรากำไรของผู้ซื้อ	-
3. ปริมาณสินค้าหรือบริการทางเลือก	1. ปริมาณสินค้าหรือบริการทางเลือก
4. ต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น	2. ต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น
การเข้าสู่ตลาดและการนำเข้า	
1. ความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการ	1. ความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการ
(1) อุปสรรคในทางปฏิบัติในการเข้าสู่ตลาด	(1) อุปสรรคในทางปฏิบัติในการเข้าสู่ตลาด
(2) อุปสรรคทางกฎหมายในการเข้าสู่ตลาด	(2) อุปสรรคทางกฎหมายในการเข้าสู่ตลาด
2. ความรวดเร็วในการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการ	-
3. ความเพียงพอในการขัดขวางพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ	-
ประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจ	
1. พิสูจน์ได้จริง	-
2. เกิดขึ้นเฉพาะจากการรวมธุรกิจ	-
3. เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค	1. เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค
4. ไม่เกิดจากการต่อต้านการแข่งขัน	-
5. สูงขึ้นตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น	-
ความจำเป็นในการรวมธุรกิจ	
1. ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่สามารถบริหารจัดการทางการเงินให้เหมาะสมกับภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้	-
2. การรวมธุรกิจเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด	-
3. หากไม่มีการรวมธุรกิจแล้ว สินทรัพย์ต่าง ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจที่ประสบความล้มเหลวนั้น จะต้องถูกจำหน่ายออกไปจากตลาดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้	-

ลักษณะของการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน ดังที่ได้แสดงในตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยที่ใช้ในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวนอนข้างต้นนั้น แม้จะเป็นปัจจัยอย่างเดียวกันกับที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ แต่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่แตกต่างกันซึ่งสะท้อนให้เห็นข้อบกพร่องในการพิจารณาปัจจัยแต่ละประการ ดังนี้

ก. ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันจากการรวมธุรกิจโดยปัจจัยว่าด้วยส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดนั้น เป็นปัจจัยประการแรกที่ถูกนำมาพิจารณาภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เช่นเดียวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะส่วนแบ่งตลาดซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ

(1) ภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 50% ขึ้นไป ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง และโดยที่มียอดขายขายรวมกันระหว่างบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

(2) การรวมธุรกิจที่ภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้วจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถในในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 75% ขึ้นไป และมียอดขายขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ไม่รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 10%

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการกำหนดเกณฑ์การพิจารณาส่วนแบ่งตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดกังวลจนถึงขนาดทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อนทำการรวมธุรกิจไว้อย่างชัดเจน แต่ในการพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญประการแรกที้นำมาใช้ในการประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจ ปรากฏว่าภายใต้คำวินิจฉัยในกรณีการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้น ในบางกรณีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีการนำดัชนี HHI มาเป็นเครื่องมือในการประเมินการกระจุกตัวของตลาด¹⁴¹

¹⁴¹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท อ. และบริษัท ข." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-iu/>

ขณะที่บางกรณีก็มีการนำดัชนี CR3 มาเป็นเครื่องมือในการประเมิน¹⁴² ซึ่งนอกจากจะไม่มีกำหนดกฎเกณฑ์ในการพิจารณาไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีใดจะนำดัชนีการกระจุกตัวของตลาดประเภทมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแล้ว ยังไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น อัตราการกระจุกตัวของตลาดในระดับเท่าใดจึงจะถือว่าตลาดนั้นมีการแข่งขันสูงซึ่งผู้ประกอบการควรได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจได้เนื่องจากการรวมธุรกิจนั้นไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน และอัตราการกระจุกตัวของตลาดตั้งแต่ระดับเท่าใดจึงจะถือว่าเป็นตลาดที่มีการแข่งขันน้อยจนการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดข้อก้ำกวดต่อการแข่งขันได้ ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดเกณฑ์การกระจุกตัวของตลาดได้อย่างอิสระ จนอาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความแน่นอน ความโปร่งใสในการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นได้

ข. ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้น ดังที่ได้ศึกษาในกรณีการพิจารณาอนุญาตรวมธุรกิจที่ผ่านมา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาถึงปัจจัยหลัก 3 ประการ

(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ

(2) อำนาจต่อรองระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกับผู้ซื้อในตลาด ซึ่งถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ปรากฏในคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจทุกกรณี

(3) ต้นทุนในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามิได้พิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่สะท้อนให้เห็นว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในภายหลังจากการรวมธุรกิจได้หรือไม่อย่างครอบคลุม ดังที่ปรากฏในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ กล่าวคือ ยังไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้คำนึงถึง (1) ความใกล้ชิดกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ (2) กำลังการผลิตส่วนเกินของคู่แข่ง (3) ความสามารถในการขีดขวางการขยายธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ (4) การก่อให้เกิดการก้ำกวดปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาด หรือ

¹⁴² สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และบริษัท ข." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hs/>

(5) ขนาดของตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งล้วนเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญอันอาจส่งผลต่อการประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้

การพิจารณาแนวโน้มที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น จึงอาจเกิดความผิดพลาดได้ เนื่องจากการมีได้คำนึงถึงปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบดังกล่าวได้อย่างครบถ้วน ซึ่งเป็นผลส่วนหนึ่งของการที่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ล่วงหน้าว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องคำนึงถึงปัจจัยใดบ้างในการพิจารณาผลกระทบดังกล่าว ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลพินิจในการนำหลักเกณฑ์ใด ๆ มาพิจารณาผลกระทบดังกล่าวได้อย่างอิสระ

ค. ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันนั้น จากกรณีการพิจารณาอนุญาตรวมธุรกิจที่ผ่านมา แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาจากปัจจัยหลัก 2 ประการ ได้แก่

(1) สถานะของผู้ประกอบธุรกิจและสภาวะการแข่งขันในตลาด โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจและความแตกต่างระหว่างส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจกับคู่แข่งรายอื่น ๆ โดยถือว่าปัจจัยดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึงแรงจูงใจที่ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดจะมีการร่วมมือกันภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น

(2) การรับรู้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาถึงลักษณะการซื้อขายสินค้าหรือบริการในตลาด ว่าก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถทราบถึงข้อมูลการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้หรือไม่ อันจะสะท้อนให้เห็นถึงความสามารถในการร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด

อย่างไรก็ดี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังมิได้พิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ ที่อาจส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นอย่างครอบคลุม ดังที่ปรากฏในแนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ กล่าวคือ

(1) ในประเด็นเกี่ยวกับสถานะของผู้ประกอบธุรกิจและสภาวะการแข่งขันในตลาดนั้น แม้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดจะมีอัตราส่วนแบ่งตลาดที่แตกต่างกัน แต่ลักษณะอื่น ๆ ของตลาด ได้แก่ จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดที่คงเหลืออยู่ การกระจุกตัวของตลาด

ความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการ ความยืดหยุ่นของราคา ความสมดุลของตลาด เสถียรภาพของตลาด และสถานการณ์การแข่งขันในอดีตนั้น ล้วนเป็นปัจจัยที่อาจส่งเสริมให้ผู้ประกอบการธุรกิจร่วมมือกันได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แม้ลักษณะของการซื้อขายสินค้าหรือบริการในตลาดจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถทราบข้อมูลการประกอบธุรกิจของคู่แข่งกันได้ แต่ลักษณะของสินค้าหรือบริการที่มีความเหมือนกัน ความเสถียรภาพของตลาด ก็เป็นปัจจัยที่อาจสนับสนุนให้เกิดพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดได้เช่นกัน

(2) ในประเด็นเกี่ยวกับการรับรู้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีการหยิบยกประเด็นเกี่ยวกับลักษณะการทำธุรกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดที่เป็นความลับมาเป็นปัจจัยที่สะท้อนให้เห็นว่าตลาดไม่มีความโปร่งใส จึงนำไปสู่ข้อสันนิษฐานได้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดนั้นไม่สามารถรับรู้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่มีการคำนึงถึงลักษณะความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง เสถียรภาพของตลาด หรือความสัมพันธ์ในแนวตั้งของผู้ประกอบการธุรกิจบางรายในตลาด ซึ่งเป็นสาเหตุที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรับรู้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ ได้ง่าย อันนำไปสู่การมีพฤติกรรมร่วมกันได้เช่นเดียวกัน

(3) กลไกในการตอบโต้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนจากพฤติกรรมร่วมกัน เป็นปัจจัยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามิได้คำนึงถึงในคำวินิจฉัยใด ๆ อันอาจมีสาเหตุมาจากการที่ในกรณีการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่เห็นว่าการรวมธุรกิจใดที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้ จึงยังไม่เคยพิจารณากลไกในการตอบโต้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบน ซึ่งจะทำให้พฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีความมั่นคง

(4) ศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ซึ่งเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่เคยมีการพิจารณาถึง ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่เห็นว่าการรวมธุรกิจใดที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นนั้น มีลักษณะเป็นปัจจัยอีกประการหนึ่งที่ทำให้พฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีความมั่นคง

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการพิจารณาแนวโน้มที่การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจากการร่วมมือกันตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น จึงอาจเกิดความผิดพลาดได้ เนื่องจากการมิได้คำนึงถึงปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบ

ดังกล่าวได้อย่างครบถ้วน ในทำนองเดียวกันกับการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

ง. อำนาจของผู้ซื้อในตลาด

ในการพิจารณาอำนาจของผู้ซื้อในตลาดนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีการพิจารณาถึงทางเลือกในการซื้อสินค้าของผู้ซื้อ รวมไปถึงต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยเฉพาะในกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้นำช่องทางออนไลน์ในตลาดอีคอมเมิร์ซมาร่วมพิจารณาเป็นทางเลือกหนึ่งในการซื้อสินค้าหรือบริการ

อย่างไรก็ดี ปรากฏว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่ได้นำปัจจัยอื่น ๆ ได้แก่

- (1) อัตราการกระจุกตัวของตลาดฝั่งผู้ซื้อ
- (2) อัตรากำไรของผู้ซื้อ หรือ
- (3) ปริมาณสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ที่เป็นทางเลือก

ปัจจัยข้างต้นนี้ ต่างเป็นปัจจัยสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจต่อรองของผู้ซื้อในตลาดว่ามีลักษณะเพียงพอที่จะขัดขวางมิให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน เช่นการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการได้หรือไม่ ดังนั้น การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ในการพิจารณาอำนาจของผู้ซื้อในตลาดอย่างไม่ครบถ้วนนั้น อาจทำให้การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในอนาคตอาจเกิดความผิดพลาดได้

จ. การเข้าสู่ตลาดและการนำเข้า

ในการพิจารณาการเข้าสู่ตลาดและการนำเข้า นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีการนำปัจจัยว่าด้วยความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการ ทั้งอุปสรรคในทางปฏิบัติในการเข้าสู่ตลาด และอุปสรรคทางกฎหมายในการเข้าสู่ตลาดมาพิจารณาการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นหลายกรณี ซึ่งในทุกกรณีนั้น เมื่อพิจารณาจากความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดที่กล่าวมานั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพบว่ากิจการทั้งหมดนั้นมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่ต่ำ ทั้งอุปสรรคในทางปฏิบัติ และอุปสรรคในทางกฎหมาย ดังนั้น จึงมักจะสรุปผลการพิจารณาได้ว่ามีความเป็นไปได้ที่จะเกิดการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่

ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่เคยพิจารณาถึงหลักเกณฑ์อื่น ๆ ได้แก่

- (1) ประเด็นเกี่ยวกับความรวดเร็วในการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการ และ
- (2) ความเพียงพอในการชดเชยวงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

ประเด็นทั้งสองข้างต้นนี้ ล้วนเป็นประเด็นที่สำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาการเข้าสู่ตลาดและการนำเข้าตามแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ เนื่องจากแม้อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดจะต่างจนทำให้เกิดความเป็นไปได้ที่จะเกิดการเข้าสู่ตลาดนั้น แต่หากการเข้าสู่ตลาดดังกล่าวไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในเวลาที่รวดเร็วเพียงพอหรือการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นไม่ได้มีขนาดเพียงพอที่จะชดเชยวงการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจได้แล้ว เช่นนี้ แม้จะมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ แต่การเข้าสู่ตลาดนั้นก็อาจไม่เพียงพอที่จะบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้แต่อย่างใด

ดังนั้น ข้อบกพร่องดังกล่าวในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้น อาจนำไปสู่ผลการประเมินการรวมธุรกิจที่ผิดพลาด ส่งผลให้การรวมธุรกิจที่ความจริงแล้วมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันนั้น อาจได้รับอนุญาตให้สามารถดำเนินการได้ในท้ายที่สุด

ฉ. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

การประเมินประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ข้อ 6 (3) (ข) 6) นั้น ได้กำหนดให้หมายถึงประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ อันมีลักษณะเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมซึ่งเทียบเคียงได้กับประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่ถูกนำมาพิจารณาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ ซึ่งลักษณะของประสิทธิภาพดังกล่าวนี้ ส่งผลให้แม้ว่าในการพิจารณาเบื้องต้นแล้วจะพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันเป็นอย่างมาก แต่ผู้ประกอบธุรกิจก็สามารถกล่าวอ้างขึ้น เพื่อแสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นสามารถ

ชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างเหมาะสม จนถึงขนาดที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรจะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าวได้

ดังนั้น ภายใต้ลักษณะดังกล่าว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นอย่างเข้มงวด เพื่อมิให้เกิดกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถยกประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพขึ้นมาอ้างได้ง่าย มิฉะนั้นแล้ว อาจเป็นช่องว่างที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนำมาอ้างเพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างง่าย กล่าวคือ หากพิจารณาตามเงื่อนไขที่ปรากฏในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศแล้ว ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นควรจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถอธิบายและพิสูจน์ได้จริง กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างนั้นต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้

(2) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้

(3) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค โดยประโยชน์ต่อผู้บริโภคนี้จะต้องมีนัยสำคัญและเกิดขึ้นในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจ

(4) ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน เช่น ประสิทธิภาพนั้นจะต้องไม่ได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมการลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการอย่างไม่เหมาะสม เป็นต้น

(5) ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่สูง ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็จะต้องยิ่งสูงขึ้นจนสามารถชดเชยผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นนั้นด้วย

อย่างไรก็ดี จากการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจในกรณีการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นจริงในประเทศไทยนั้น ปรากฏว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีแนวทางการพิจารณาที่ยังมิได้เป็นไปตามที่กล่าวข้างต้น โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ ต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจที่ลดลงจนได้เปรียบในการแข่งขัน และประโยชน์ที่ผู้บริโภคจะได้รับ ซึ่งทำให้การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพของตลาดจากการรวมธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น มีแนวโน้มที่จะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการพิจารณาประสิทธิภาพของตลาด

ที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ดังที่ปรากฏในแนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ อันอาจทำให้ปัจจัยดังกล่าวกลายเป็นเครื่องมือสำคัญในการนำมาใช้เพื่อพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจใด ๆ ก็ได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ไม่สามารถนำไปกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้จริงสมดังเจตนารมณ์

ข. ความจำเป็นในการรวมธุรกิจ

จากการศึกษาแนวทางการพิจารณาเหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องมีการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศนั้น พบว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายของต่างประเทศมักจะพิจารณาปัจจัยประการสุดท้ายนี้ด้วยความเข้มงวดเป็นอย่างมาก เช่นเดียวกับการพิจารณาประสิทธิภาพต่อระบบเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้าง เนื่องจากปัจจัยทั้งสองประการนี้ ล้วนมีลักษณะเป็นการทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ แม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมาก

เจตนารมณ์ของการนำปัจจัยว่าด้วยความจำเป็นอันเนื่องมาจากความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจมาร่วมพิจารณานั้น เพื่อบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อระบบเศรษฐกิจหากผู้ประกอบธุรกิจต้องยุติการดำเนินธุรกิจและออกไปจากตลาด เนื่องจากการยุติการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจบางรายนั้น อาจทำให้เจ้าหนี้ เจ้าของ ผู้ถือหุ้น และลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจได้รับผลกระทบ¹⁴³ ดังนั้น ความจำเป็นในการรวมธุรกิจจึงควรเป็นความจำเป็นของหนึ่งในผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจที่ประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจ จนถึงขนาดที่ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นอาจต้องยุติการดำเนินธุรกิจและออกไปจากตลาด ซึ่งผลกระทบจากการยุติการดำเนินธุรกิจนั้นอาจร้ายแรงกว่าผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยที่ภายใต้แนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงหลักฐานให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเห็นว่าความจำเป็นดังกล่าวนี้มีลักษณะครบถ้วนตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่แล้ว แต่ก็ยังไม่สามารถบริการจัดการทางการเงินให้เหมาะสมกับภาระหนี้สินที่เกิดขึ้น

¹⁴³ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1147.

(2) การรวมธุรกิจที่ขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด และ

(3) หากไม่มีการรวมธุรกิจนี้ สินทรัพย์ต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสบความล้มเหลวจะต้องถูกนำออกไปจากตลาดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

เช่นนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายจึงจะพิจารณาอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจดังกล่าวได้ เนื่องจากแม้จากการประเมินการรวมธุรกิจโดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ ข้างต้นที่กล่าวมาทั้งหมด จะพบว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้ แต่ผลกระทบจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องออกไปจากตลาดนั้นอาจร้ายแรงกว่าผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ¹⁴⁴

อย่างไรก็ดี ปรากฏว่าการพิจารณาความจำเป็นในการรวมธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีแนวทางการพิจารณาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงปัจจัยประการนี้ เนื่องจากในการพิจารณาปัจจัยดังกล่าวในกรณีการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาเพียงความต้องการออกจากตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจโดยมิได้พิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจนั้นประสบความล้มเหลวในการดำเนินธุรกิจจริงหรือไม่ มิฉะนั้นแล้ว ผู้ประกอบการอาจอ้างว่าตนต้องการออกจากตลาดเพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ จนอาจเกิดการรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันขึ้นได้โดยง่าย ซึ่งจะก่อให้เกิดข้อสงสัยว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ไม่สามารถนำไปกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้จริงสมดังเจตนารมณ์

ทั้งนี้ ดังที่กล่าวแล้วว่าในปัจจุบันนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่มีการประกาศหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นปัจจัยที่ใช้ในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการต้องนำส่งต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการขออนุญาตรวมธุรกิจ ตามข้อ 6 (3) (ข) ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 หรือปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงในการพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนั้น ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นจริงแต่ละกรณีนั้น หลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านำมาใช้ในการพิจารณาปัจจัยแต่ละประการนั้นจึงมีลักษณะแตกต่างกัน อันเป็นไปโดยอาศัยดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

¹⁴⁴ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, p.p.1491.

ด้วยเหตุดังกล่าว ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่จะขออนุญาตต่อ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในอนาคตนั้น จึงไม่แน่นอนว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะทำการประเมินการรวมธุรกิจโดยอาศัยปัจจัยประการใดบ้าง และในการพิจารณาแต่ละปัจจัยที่นำไปสู่ผลการประเมินนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีหลักเกณฑ์การประเมิน เช่นไร เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกรอบแนวทางพิจารณาที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จะต้องผูกพันในการพิจารณาการรวมธุรกิจ ดังที่ปรากฏในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบัน ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ได้พิจารณาโดยอาศัยปัจจัยที่แตกต่างกัน รวมถึงในการพิจารณาปัจจัยแต่ละประการนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ได้ทำการพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันด้วย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เป็นสำคัญ เพราะฉะนั้น จึงยังไม่อาจสรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาปัจจัยแต่ละประการดังที่กล่าวข้างต้นในอนาคตนั้น จะยังคงมีลักษณะเป็นไปดังที่ได้ทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบไว้หรือไม่

5.3.4.3 ปัญหาการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใช้การรวมธุรกิจในแนวนอน

นอกจากปัญหาความไม่ชัดเจนในหลักเกณฑ์การประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว การพิจารณาการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใช้การรวมธุรกิจในแนวนอน กล่าวคือ การรวมธุรกิจในแนวดิ่ง และการรวมธุรกิจแบบหลากหลายก็อาจเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในการพิจารณาการรวมธุรกิจของ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ เนื่องจากในปัจจุบันนั้น ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ซึ่งถือเป็นแนวทางในการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังมิได้กำหนดปัจจัยหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ไว้อย่างชัดเจน

การศึกษาแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใช้ในแนวนอนตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ พบว่าแม้ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณานั้นเป็นปัจจัยประการเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวนอน หากแต่ข้อกังวลหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณานั้นอาจมีความแตกต่างกันในแต่ละปัจจัย กล่าวคือ แม้จะปัจจัยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องพิจารณาถึงคือ ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ และผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน แต่หลักเกณฑ์หรือข้อกังวลเกี่ยวกับผลกระทบดังกล่าวนั้นก็กลับมีความแตกต่างกันอย่างมากกับการพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวนอน เนื่องจากผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจาก

การรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความน่ากังวลนั้น มีลักษณะแตกต่างออกไปจากการรวมธุรกิจในแนวนอน กล่าวคือ

ก. ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในแนวตั้งนั้น คือ (1) การทำให้ตลาดปลายน้ำถูกปิดกั้นมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจได้ หรือทำให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำต้องถูกกดดันจนต้องออกไปจากตลาด เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจสามารถปฏิเสธไม่จำหน่ายวัตถุดิบสำคัญในการประกอบธุรกิจที่ตนเป็นเจ้าของได้ จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถเข้าถึงวัตถุดิบนั้นหรือทำให้ต้นทุนในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจสูงขึ้นเป็นอย่างมาก หรือ (2) การทำให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดต้นน้ำต้องถูกกดดันจนต้องออกไปจากตลาด เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธการใช้วัตถุดิบในการประกอบธุรกิจจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดระดับต้นน้ำ จนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดต้นน้ำสูญเสียผู้ซื้อที่อาจเป็นรายสำคัญ จนต้องออกไปจากตลาดได้ โดยที่ผลกระทบดังกล่าวนี้มีใช่เป็นเรื่องของการขึ้นราคาสินค้า หรืออำนาจต่อรองที่เพิ่มขึ้นโดยตรง¹⁴⁵

ขณะที่ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น คือการก่อให้เกิดการปิดกั้นตลาดจากผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ หรือกีดกันผู้ประกอบธุรกิจในตลาดให้ออกไปจากตลาดได้ เนื่องจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจอาจมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน เช่น การขายพ่วงหรือการขายสินค้าเป็นชุด จนก่อให้เกิดอุปสรรคแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่หรือผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดในการเข้าถึงผู้ซื้อในตลาดได้

ข. ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน คือ การที่ธุรกรรมการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีในแนวนอนนั้น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าถึงข้อมูลการประกอบธุรกิจที่มีความอ่อนไหวซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกรวมธุรกิจ โดยเฉพาะข้อมูลการค้าที่เป็นความลับของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่เป็นคู่แข่งกัน จนเป็นเหตุให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นสามารถมีพฤติกรรมร่วมกันในตลาดได้ง่ายยิ่งขึ้น

ดังนั้น การพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวตั้งหรือการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น จึงต้องมีหลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาปัจจัยบางประการที่แตกต่างกัน เพื่อให้เหมาะสมกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแต่ละประเภท กล่าวคือ ในการพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวตั้งหรือการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น ปัจจัยที่เกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดนั้นมักจะถูกกำหนดไว้ในลักษณะที่มีความผ่อนคลายน้อยกว่าการ

¹⁴⁵ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.354.

รวมธุรกิจในแนวนอน โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะให้ความสำคัญกับผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจ ที่เป็นการปิดกั้นตลาดหรือกีดกันผู้ประกอบธุรกิจในตลาด และผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน โดยจะพิจารณาจากความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจและแรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจในการมีพฤติกรรมดังกล่าวเป็นสำคัญ

ขณะที่แนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใช้แนวนอนตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้นมีลักษณะเป็นกรอบแนวทางอย่างกว้าง เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลพินิจในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างอิสระ ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถนำปัจจัยที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันไปพิจารณาการรวมธุรกิจได้ในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการรวมธุรกิจในแนวนอน การรวมธุรกิจในแนวตั้ง และการรวมธุรกิจแบบหลากหลายได้ แต่การประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องเสนอต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น ถูกกำหนดประเด็นไว้ในลักษณะกว้าง ๆ โดยมีได้กำหนดว่าในการประเมินประเด็นต่าง ๆ โดยเฉพาะผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจและผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกันนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ประการใดบ้าง

จึงกล่าวได้ว่า ประเด็นต่าง ๆ ข้างต้นที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันนั้น ยังขาดความชัดเจนว่าในการรวมธุรกิจรูปแบบอื่น ๆ โดยเฉพาะการรวมธุรกิจในแนวตั้ง และการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะคำนึงถึงปัจจัยประการใดบ้าง ซึ่งหากไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนนั้น ก็อาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถนำเสนอผลการประเมินที่ถูกต้องได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจซึ่งต้องอาศัยปัจจัยที่แตกต่างกับการรวมธุรกิจในแนวนอนเป็นอย่างมาก อีกทั้งการที่ไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนนั้นก็อาจนำไปสู่ความไม่แน่นอนในการพิจารณาการรวมธุรกิจแต่ละกรณี ดังที่เกิดขึ้นกับการรวมธุรกิจในแนวนอนที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นได้ในที่สุด

5.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้นจะมีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ ประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงคือกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจ กล่าวคือ หากการดำเนินการรวมธุรกิจเป็นไปโดยไม่สะดวก ย่อมทำให้ภาพรวมของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งกระบวนการรวมธุรกิจนั้นครอบคลุมตั้งแต่ การกระบวนการตามกฎหมายที่ให้สิทธิแก่ผู้ประกอบธุรกิจ

ในการเข้าปรึกษาคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในเบื้องต้นถึงผลกระทบต่อโครงสร้างตลาดและการแข่งขันก่อนการรวมธุรกิจ หน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลและผลกระทบจากการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ตลอดจนถึงระยะเวลาที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะใช้ในการพิจารณา

5.4.1 กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย

การศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายของต่างประเทศนั้น พบว่านอกจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้งสหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ ล้วนมีการกำหนดให้มีกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งประสงค์จะดำเนินการรวมธุรกิจนั้น สามารถเข้าปรึกษาองค์กรบังคับใช้กฎหมายในประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับการรวมธุรกิจของตนได้ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจได้สอบถามข้อสงสัยในประเด็นต่าง ๆ เช่น ข้อมูลที่ต้องนำส่งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย หรือในบางกรณี ผู้ประกอบธุรกิจอาจนำแผนการรวมธุรกิจนั้นให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายพิจารณาล่วงหน้าได้ เพื่อให้้องค์กรบังคับใช้กฎหมายทำการประเมินในเบื้องต้นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายประการใดหรือไม่ เพื่อที่ผู้ประกอบธุรกิจจะได้มีโอกาสปรับปรุงแผนการรวมธุรกิจของตนเองให้สอดคล้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศของตน

กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายนี้ ก่อให้เกิดประโยชน์เป็นอย่างมากทั้งต่อผู้ประกอบธุรกิจ และองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ

5.4.1.1 ผลดีต่อผู้ประกอบธุรกิจที่ประสงค์จะดำเนินการรวมธุรกิจ

การศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์นั้น สะท้อนให้เห็นถึงผลดีของกระบวนการดังกล่าวที่มีต่อผู้ประกอบธุรกิจหลายประการ ได้แก่

(1) จากการศึกษาได้แสดงให้เห็นว่าการดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องนำส่งข้อมูลจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ ซึ่งการส่งข้อมูลที่ไม่ครบถ้วนนั้น โดยปกติแล้วจะส่งผลให้กรอบระยะเวลาในการดำเนินการพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการขององค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นยังไม่เริ่มต้นขึ้น ทำให้กระบวนการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างล่าช้า เนื่องจากการติดขัดในเรื่องการนำส่งข้อมูลให้แก่องค์กรบังคับใช้กฎหมาย

ดังนั้น กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้น จึงเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจได้นำเอกสารต่าง ๆ ที่ตนได้จัดเตรียมไว้สำหรับแจ้งการรวมธุรกิจ ให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายได้ทำการพิจารณาความครบถ้วนของเอกสารนั้นก่อน ซึ่งจะทำให้กรอบระยะเวลาในการพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการนั้นสามารถเริ่มต้นได้ทันที อันไม่เป็นการทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องใช้เวลาอันยาวนานในกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการ หากการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดข้อกั่วงลต่อการแข่งขัน

นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจยังอาจใช้โอกาสในการเข้าปรึกษาต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายล่วงหน้านี้ ในการขอยกเว้นการนำส่งข้อมูลบางประการที่ไม่อาจเปิดเผยต่อสาธารณะต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้ โดยมีให้ถือเป็นเรื่องที่ผู้ประกอบธุรกิจนำส่งข้อมูลไม่ครบ ที่จะส่งผลให้กรอบระยะเวลาในการพิจารณาการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นยังไม่เริ่มต้นขึ้น

(2) ภายหลังจากการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบว่าแผนการรวมธุรกิจของตนนั้น มีความเสี่ยงที่จะถูกต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ อย่างไร ดังนั้น เมื่อผู้ประกอบธุรกิจรับทราบถึงข้อกั่วงลที่อาจเกิดขึ้นจากแผนการรวมธุรกิจดังกล่าวล่วงหน้าแล้ว ย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเสนอแผนการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้ทันที ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้จะทำให้การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับอนุญาตลดลงเป็นอย่างมาก หรือแม้กระทั่งความเสี่ยงที่การรวมธุรกิจดังกล่าวจะถูกรตรวจสอบในชั้นที่ 2 ที่ใช้ระยะเวลายาวนานและมีกระบวนการที่ยุ่่งยากก็ลดลงด้วยเช่นกัน ทำให้การดำเนินการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นสามารถเสร็จสิ้นภายในระยะเวลาอันรวดเร็วมากยิ่งขึ้น ซึ่งความพยายามที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องใช้เวลากับกระบวนการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้น้อยที่สุดนั้น ย่อมเป็นเป้าหมายสำคัญประการหนึ่งขององค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าทุกประเทศ¹⁴⁶

¹⁴⁶ Kozo Kawai, Kazumaro Kobayashi, and Tatsuya Tsunoda, "Merger control in Japan: overview," [Online] Accessed: 11 April 2020. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).

5.4.1.2 ผลดีต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กระบวนการให้คำปรึกษาล่วงหน้านั้น นอกจากจะส่งผลดีต่อผู้ประกอบการธุรกิจเป็นอย่างมากแล้ว ยังส่งผลดีต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายด้วยเช่นกัน กล่าวคือ กระบวนการดังกล่าวนี้ ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีโอกาสในการพิจารณาแผนการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจเป็นการล่วงหน้า โดยเฉพาะการรวมธุรกิจในบางกรณีที่มีความซับซ้อนมาก ก็จะทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีระยะเวลาในการพิจารณาล่วงหน้า และเมื่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้พิจารณาแผนการรวมธุรกิจแล้วพบจุดบกพร่องในแผนการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจ องค์กรบังคับใช้กฎหมายย่อมให้คำแนะนำแก่ผู้ประกอบการธุรกิจในการปรับปรุงแผนการรวมธุรกิจของตนให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นได้ หรือหากองค์กรบังคับใช้กฎหมายพบว่าแผนการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดข้อกังวลต่อการแข่งขันตามกฎหมายได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็สามารถแจ้งผู้ประกอบการธุรกิจถึงข้อกังวลดังกล่าวได้เช่นกัน

ด้วยเหตุนี้ เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจได้รับทราบถึงจุดบกพร่องของแผนการรวมธุรกิจของตนเอง และข้อกังวลต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของตนเองแล้ว เช่นนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจย่อมนำประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้กลับไปปรับปรุงแก้ไขแผนการรวมธุรกิจของตน รวมทั้งนำเสนอมาตรการเยียวยาที่เหมาะสมกับข้อกังวลต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมาพร้อมกับการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการได้ตั้งแต่เริ่มต้น ดังนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายย่อมสามารถพิจารณาแผนการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจแจ้งอย่างเป็นทางการได้ด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้น เนื่องจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้มีโอกาสพิจารณาแผนการรวมธุรกิจดังกล่าวแล้วครั้งหนึ่ง จึงทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายทราบอยู่แล้วว่าแผนการรวมธุรกิจดังกล่าวมีประเด็นใดบ้างที่ยังต้องพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ทำให้กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการขององค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นสามารถเสร็จสิ้นได้อย่างรวดเร็ว และยังทำให้ข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาตามกฎหมายนั้นไม่ก่อให้เกิดความกีดกันต่อการดำเนินการพิจารณาขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้การพิจารณาการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องและสมบูรณ์

นอกจากนี้ เมื่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้ทำการให้คำแนะนำแก่ผู้ประกอบการธุรกิจในการแก้ไขปรับปรุงแผนการรวมธุรกิจ หรือการเสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแล้ว หากผู้ประกอบการธุรกิจได้ดำเนินการแก้ไขปรับปรุง รวมถึงเสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบตามที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายแนะนำมาอย่างครบถ้วน เช่นนี้ โอกาสที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องนำการรวมธุรกิจไปพิจารณาต่อในช่วงที่ 2 อันประกอบไปด้วยกระบวนการที่ต้องใช้ระยะเวลานาน และเป็นกระบวนการที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีภาระหน้าที่ที่

ต้องดำเนินการเพิ่มยิ่งกว่าการพิจารณาในช่วงที่ 1 เป็นอย่างมากนั้นลดน้อยลง ทำให้ภาระหน้าที่และระยะเวลาที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องนำไปกับการพิจารณาการรวมธุรกิจธุรกรรมหนึ่งนั้นลดลงมาก

การศึกษากระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจของแต่ละประเทศยังแสดงให้เห็นว่า แม้ในช่วงเริ่มต้นนั้นองค์กรบังคับใช้กฎหมายส่วนใหญ่จะมีได้กำหนดให้กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น เป็นขั้นตอนหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการได้อย่างเป็นทางการ และไม่มีขั้นตอนหรือแนวทางในการขอคำปรึกษาไว้อย่างชัดเจน แต่เนื่องจากในทางปฏิบัตินั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความประสงค์จะรวมธุรกิจนั้นมักจะเข้าขอคำปรึกษาต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายล่วงหน้าเสมอ จนที่สุดต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายก็ได้รับทราบถึงผลดีของกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวข้างต้น ทำให้นานาประเทศโดยเฉพาะสหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น ล้วนรับกระบวนการนี้ไปเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตน พร้อมกับได้กำหนดแนวทางในการเข้าขอคำปรึกษาจากองค์กรบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งยังมักจะชักชวนให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ประสงค์จะทำการรวมธุรกิจเข้ามาปรึกษากับองค์กรบังคับใช้กฎหมาย ก่อนที่ผู้ประกอบธุรกิจจะแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการด้วย¹⁴⁷

ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่าในระหว่างบรรดาประเทศที่มีการกำหนดให้มีกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดเจนนั้น กระบวนการดังกล่าวตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้นมีความโดดเด่นมากที่สุด เนื่องจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสิงคโปร์นั้นได้มีการประกาศกำหนดรูปแบบและแนวทางการเข้าขอคำปรึกษาไว้โดยชัดเจน ซึ่งสอดคล้องกับรูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ที่มีลักษณะเป็นระบบสมัครใจ และพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจดังที่กล่าวแล้วข้างต้น จึงมีการแบ่งรูปแบบของการเข้าขอคำปรึกษาต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายไว้ทั้งการขอคำปรึกษาว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นก่อให้เกิดผลกระทบตามกฎหมายที่จะต้องแจ้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการหรือไม่รูปแบบหนึ่ง กับการขอคำปรึกษาเกี่ยวกับข้อมูลหรือระยะเวลาต่าง ๆ ในการดำเนินการแจ้งการรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการอีกรูปแบบหนึ่ง โดยที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเข้าขอคำปรึกษาในแต่ละรูปแบบ รวมถึงขอบเขต

¹⁴⁷ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.p.170.

ของผลการพิจารณาและคำปรึกษาที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะได้รับจากกระบวนการดังกล่าวนี้ไว้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ดี เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ปรากฏว่ามาตรา 59 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดไว้ให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถขอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาวินิจฉัยเป็นการล่วงหน้าได้เฉพาะในกรณีการมีพฤติกรรมการรวมธุรกิจตามมาตรา 50 มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 57 และมาตรา 58 เท่านั้น โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจนำแผนการรวมธุรกิจตามมาตรา 51 ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยล่วงหน้าได้แต่อย่างใด ด้วยเหตุดังกล่าว จึงอาจเป็นเหตุให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถกำหนดกระบวนการให้คำปรึกษาเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้นำแผนการรวมธุรกิจของตนมาให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยล่วงหน้าซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ดังกล่าวข้างต้นได้ ทั้งนี้เกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น เป็นการพิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในทำนองเดียวกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีแนวทางในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่แตกต่างจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ไม่สามารถดำเนินการขออนุญาตให้ถูกต้องตามกฎหมายได้

5.4.2 กระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการ

ประเด็นถัดมาที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น คือ ประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการ ซึ่งการศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทยนั้น พบว่ามีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจที่น่าสังเกตอยู่ 2 ประเด็นดังต่อไปนี้

5.4.2.1 ข้อมูลที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องนำเสนอต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย

ประเด็นแรกเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีข้อน่าสังเกต คือ ประเด็นเกี่ยวกับข้อมูลที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องนำเสนอต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย ในการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตอย่างเป็นทางการ ซึ่งจากการศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศนั้น

สามารถสรุปข้อมูลสำหรับผู้ประกอบธุรกิจต้องนำเสนอในการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กร บังคับใช้กฎหมายได้ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 14 ตารางเปรียบเทียบข้อมูลสำหรับผู้ประกอบธุรกิจต้องนำเสนอในการขออนุญาตรวมธุรกิจ

	สหรัฐอเมริกา ¹⁴⁸	สหภาพยุโรป ¹⁴⁹	ประเทศญี่ปุ่น ¹⁵⁰	ประเทศสิงคโปร์ ¹⁵¹	ประเทศไทย ¹⁵²
1. รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ขออนุญาตรวมธุรกิจ และผู้ถูกรวมธุรกิจ	✓	✓	✓	✓	✓
2. รายละเอียดการรวมธุรกิจ	✓	✓	✓	✓	✓
3. ข้อมูลเกี่ยวกับตลาดที่เกี่ยวข้อง	✓	✓	✗	✓	✓
4. ข้อมูลเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาด	✓	✓	✗	✓	✓
5. ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบธุรกิจคาดว่าจะเกิดขึ้น	✓	✓	✗	✓	✓
6. ข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจ	✗	✗	✗	✓	✓

¹⁴⁸ Federal Trade Commission, "NOTIFICATION AND REPORT FORM FOR CERTAIN MERGERS AND ACQUISITIONS," [Online] Accessed: 27 July 2021. Available from: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/form-instructions/hsr_form_ver_102_-_01-02-17_0.pdf.

¹⁴⁹ European Commission, "FORM CO RELATING TO THE NOTIFICATION OF A CONCENTRATION PURSUANT TO REGULATION (EEC) No 4064/89," [Online] Accessed: 27 July 2021. Available from: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/co_en.html.

¹⁵⁰ Japan Fair Trade Commission, "Rules on Applications for Approval, Reporting, Notification, etc. Pursuant to the Provisions of Articles 9 to 16 of the Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade," [Online] Accessed: 24 June 2021. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/todokedekisoku.pdf.

¹⁵¹ Competition & Consumer Commission Singapore, "FORM M1 - Information Required for Application for Decision Undersections 57 and 58 of the Competition Act (Cap 50b)," [Online] Accessed: 27 July 2021. Available from: <https://www.cccs.gov.sg/-/media/custom/ccs/files/working-with-ccs/notifying-a-merger/submit-a-merger-notification/cccs-forms/cccs-merger-form-m1.pdf?la=en&hash=0D3BE3E62694E7C1C04B016B257A35E1DC7779F3>.

¹⁵² สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "แบบคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 27 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/02/article_20190224155642.docx

การเปรียบเทียบข้อมูลที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องนำเสนอในการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น แสดงให้เห็นว่ากระบวนการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศส่วนใหญ่ นั้น กำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องนำเสนอเฉพาะข้อมูลทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจ โดยไม่จำเป็นต้องทำการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วยตนเอง ทั้งนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจอาจนำเสนอข้อมูลใด ๆ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายเพิ่มเติมได้

ขณะที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์นั้นเป็นหนึ่งในประเทศที่กำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องทำการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันจากการรวมธุรกิจในเบื้องต้นไว้ด้วย เนื่องจากระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจซึ่งเป็นระบบสมัครใจ อันพิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ กล่าวคือ โดยปกติแล้ว ผู้ประกอบการธุรกิจที่ตัดสินใจจะนำการรวมธุรกิจของตนให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคพิจารณานั้น มักจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้ทำการประเมินการรวมธุรกิจที่ตนกำลังจะดำเนินการหรือได้ดำเนินการแล้ว พบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีความเสี่ยงที่จะถูกตรวจสอบโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากเป็นการรวมธุรกิจที่มีข้อกังวลว่าอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้ เช่นนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจจึงจะแจ้งการรวมธุรกิจดังกล่าวเพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคพิจารณา¹⁵³ ดังนั้น ในการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค ผู้ประกอบการธุรกิจจึงควรต้องนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบต่อการแข่งขันจากการรวมธุรกิจที่ตนได้ทำการประเมินไว้แล้วด้วย เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคได้พิจารณา ด้วยเหตุดังกล่าว การพิจารณากำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องนำเสนอผลการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจเบื้องต้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคนั้น จึงมิได้เป็นการก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการธุรกิจจนเกินสมควร และสอดคล้องกับระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยสมัครใจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องทำการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันจากการรวมธุรกิจ โดยที่กระบวนการดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจควรจะขออนุญาตการรวมธุรกิจนั้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือไม่นั้น พบว่าการกำหนดหน้าที่ดังกล่าวแก่ผู้ประกอบการ

¹⁵³ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, p.182.

ธุรกิจ แม้จะมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการลดภาระในการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการ
แข่งขันทางการค้าส่วนหนึ่ง แต่การโอนภาระดังกล่าวที่เป็นหัวใจสำคัญในการพิจารณาอนุญาต
หรือไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจ ไปให้ผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายประเมินด้วย
ตนเองนั้น ย่อมส่งผลให้ข้อมูลผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะไม่
ตรงตามความเป็นจริง เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจย่อมไม่ต้องการนำเสนอผลการประเมินที่แสดงว่าการ
รวมธุรกิจของตนจะก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาดนั้นถูกทำลายลงอย่างแน่นอน ซึ่งทำให้คณะกรรมการ
การแข่งขันทางการค้ากลับต้องมีภาระในการนำผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจแสดงให้เห็นนั้น มาพิสูจน์
ว่าผลการประเมินของผู้ประกอบธุรกิจนั้นถูกต้องหรือไม่ เพียงไร โดยที่ในการพิสูจน์ผลลัพท์นั้น
คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะต้องนำประเด็นต่าง ๆ ที่ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำไป
พิจารณาการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันจากการรวมธุรกิจ มาประเมินซ้ำอีกครั้งด้วยตนเอง อัน
แสดงให้เห็นว่ากระบวนการดังกล่าวนี้เป็นกระบวนการที่ซ้ำซ้อน และไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดให้ผู้
ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการแต่อย่างใด เนื่องจากไม่ว่าในกรณีใด คณะกรรมการการแข่งขันทาง
การค้าก็ควรที่จะต้องประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจด้วยตนเองอยู่
เช่นเคย ทั้งนี้ เพื่อความถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

นอกจากนี้ การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องประเมินผลกระทบต่อ
การแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจด้วยตนเอง โดยที่ไม่มีได้มีการอธิบายรายละเอียดของประเด็น
ต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องพิจารณาไว้อย่างเพียงพอตามที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนั้น ย่อมก่อให้เกิด
ภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นอย่างมาก เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำการศึกษาแนวทางในการ
พิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันด้วยตนเองทั้งหมดหรือทำการจ้างบุคคลภายนอกให้มาดำเนินการ
ดังกล่าว ซึ่งในท้ายที่สุด แนวทางการพิจารณาประเด็นต่าง ๆ เพื่อประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่
อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น อาจเป็นแนวทางที่ไม่ถูกต้องตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทาง
การค้าต้องการ อันส่งผลให้หน้าที่ดังกล่าวอาจกลายเป็นภาระที่ทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการรวม
ธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจสูงขึ้น แต่กลับก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบธุรกิจและคณะกรรมการการ
แข่งขันทางการค้าเพียงเล็กน้อยหรืออาจถึงขั้นไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ

5.4.2.2 กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย

ประเด็นที่น่าสังเกตอีกเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจ
ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ ขั้นตอนการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยองค์กรบังคับใช้
กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งการศึกษานั้นพบว่ากระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตาม
กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้งสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศ

สิงคโปร์นั้น ล้วนแบ่งขั้นตอนการพิจารณาออกเป็น 2 ขั้นตอนเหมือนกันทั้งสิ้น โดยที่แต่ละขั้นตอนนั้น ก็มีกระบวนการดำเนินการที่คล้ายคลึงกัน โดยสรุปได้ดังต่อไปนี้

ก. การพิจารณาช่วงที่ 1

ในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น จะเริ่มต้นด้วยการพิจารณาช่วงที่ 1 ที่มีกรอบระยะเวลาดำเนินการค่อนข้างกระชับ กล่าวคือ ในสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์นั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะมีระยะเวลาดำเนินการตรวจสอบการรวมธุรกิจในช่วงแรกนี้เพียงไม่เกิน 30 วัน ขณะที่ในสหภาพยุโรปนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะมีระยะเวลาตรวจสอบการรวมธุรกิจในช่วงแรกเพียง 25 วันเท่านั้น ซึ่งการกำหนดระยะเวลาไว้ค่อนข้างสั้นนี้ เป็นการกระตุ้นให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องดำเนินการต่าง ๆ อย่างรวดเร็ว ขณะที่ผู้ประกอบการธุรกิจก็มีแรงจูงใจที่จะนำเสนอข้อมูลอย่างครบถ้วน เพื่อให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถดำเนินการตรวจสอบได้เสร็จรวดเร็วมากยิ่งขึ้นด้วย¹⁵⁴

การพิจารณาการรวมธุรกิจในช่วงที่ 1 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น จะเป็นการตรวจสอบตั้งแต่ลักษณะของการรวมธุรกิจนั้น เป็นการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ขอบเขตการกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ จนกระทั่งการประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจ ซึ่งจากการศึกษาได้แสดงให้เห็นว่าการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายเกือบทั้งหมด มักจะเสร็จสิ้นตั้งแต่การพิจารณาในช่วงที่ 1 อันสะท้อนให้การรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่นั้นมีลักษณะที่ไม่ซับซ้อนมาก องค์กรบังคับใช้กฎหมายจึงสามารถพิจารณาการรวมธุรกิจส่วนใหญ่ได้อย่างรวดเร็ว

ตัวอย่างเช่น ในสหรัฐอเมริกานั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถพิจารณาการรวมธุรกิจให้เสร็จสิ้นก่อนระยะเวลา 30 วันในช่วงที่ 1 มากกว่า 80% ของจำนวนคำขออนุญาตรวมธุรกิจทั้งหมดจากผู้ประกอบการธุรกิจ และคำขออนุญาตรวมธุรกิจราว 97% ก็มักจะถูกพิจารณาเสร็จสิ้นตั้งแต่ช่วงที่ 1¹⁵⁵ ทำนองเดียวกันกับในสหภาพยุโรป ที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปมักพิจารณาการรวมธุรกิจเสร็จสิ้นตั้งแต่ช่วงที่ 1 มากถึงราว 95%¹⁵⁶ และในประเทศญี่ปุ่น ที่

¹⁵⁴ William J. Kolasky Jr. and James W. Lowe, "The Merger Review Process at the Federal Trade Commission: Administrative Efficiency and the Rule of Law," *Administrative Law Review*: 897 - 898.

¹⁵⁵ Anthony J. Greco, "An Update on the Premerger Notification Program in the United States," *Journal of Advanced Research in Law and Economics*: 2003.

¹⁵⁶ *ibid.*

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถพิจารณาการรวมธุรกิจให้เสร็จสิ้นตั้งแต่การพิจารณาในช่วงที่ 1 มากกว่า 98% ของจำนวนคำขออนุญาตรวมธุรกิจทั้งหมดจากผู้ประกอบธุรกิจ¹⁵⁷

ดังนั้น การกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาการรวมธุรกิจช่วงที่ 1 ให้อย่างกระชับนี้ ทำให้การดำเนินการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจไม่ติดขัดด้วยกระบวนการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นระยะเวลาที่นานเกินสมควร ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบธุรกิจเป็นอย่างมาก ขณะที่ในมุมมองขององค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น ก็ได้ก่อให้เกิดความกดดันจนเกิดสมควร เนื่องจากหากการรวมธุรกิจใดที่มีรายละเอียดซับซ้อน และองค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่แน่ใจในการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจด้วยการพิจารณาอย่างรวดเร็วในช่วงที่ 1 เช่นนี้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็มีทางเลือกที่จะนำการรวมธุรกิจดังกล่าวไปพิจารณาอย่างละเอียดต่อไปในช่วงที่ 2 ที่ส่วนใหญ่แล้วมีระยะเวลาให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายได้พิจารณายาวนานกว่า

ข. การพิจารณาช่วงที่ 2

การพิจารณาการรวมธุรกิจในช่วงที่ 2 นี้ จะเกิดขึ้นเมื่อการรวมธุรกิจนั้นมีความซับซ้อนและองค์กรบังคับใช้กฎหมายยังไม่สามารถสรุปได้ในช่วงที่ 1 ซึ่งมีระยะเวลาอันสั้นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดหรือไม่ เพียงไร ดังนั้น โดยส่วนมากแล้วการพิจารณาในช่วงที่ 2 นี้ จึงให้ระยะเวลาขององค์กรบังคับใช้กฎหมายในการพิจารณาเป็นเวลานานราว 90 - 120 วัน เว้นแต่ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายมีระยะเวลาพิจารณาในช่วงที่ 2 เพียง 30 วัน แต่อย่างไรก็ดี ระยะเวลา 30 วันดังกล่าวตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น จะเริ่มนับต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจได้นำส่งข้อมูลเพิ่มเติมทั้งหมดตามที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายแจ้งต่อผู้ประกอบธุรกิจเมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาในช่วงที่ 1 อย่างครบถ้วนแล้ว ซึ่งโดยปกติแล้วองค์กรบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็จะขอให้ผู้ประกอบธุรกิจ และยักรวมไปถึงบุคคลภายนอกที่มีความเกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นนำส่งข้อมูลอย่างละเอียดมาก จนถึงขนาดที่ผู้ประกอบธุรกิจอาจต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการรวบรวมข้อมูลเป็นเวลาหลายเดือน¹⁵⁸ ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาจึงสามารถนำข้อมูลดังกล่าวมาทำการพิจารณาได้ทันทีภายในระยะเวลา 30 วัน โดยไม่ต้องดำเนินการค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมอีก

¹⁵⁷ Yusuke Nakano *et al.*, "The Merger Control Review: Japan," [Online] Accessed: 22 July 2021. Available from: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-merger-control-review/japan>.

¹⁵⁸ Michael G. Egge and Jason D. Cruise, "Practical guide to the U.S. merger review process," *Competition Law Journal*: 4.

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับกรอบระยะเวลาการพิจารณาในช่วงที่ 2 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ ที่มีระยะเวลายาวนานถึง 90 - 120 วัน โดยที่ภายในระยะเวลาดังกล่าว องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจต้องดำเนินการค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมไม่ว่าโดยการให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำส่งข้อมูล หรือการรับฟังข้อมูลความคิดเห็นจากบุคคลภายนอก เพื่อให้ได้ข้อมูลสำหรับการพิจารณาผลกระทบของการรวมธุรกิจนั้นโดยละเอียด ดังนั้น ระยะเวลาส่วนหนึ่งในการพิจารณาช่วงที่ 2 นี้ เป็นระยะเวลาที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องใช้ไปกับรวบรวมข้อมูลเพิ่มเติมโดยละเอียด แล้วจึงจะใช้ระยะเวลาอีกส่วนหนึ่งสำหรับการพิจารณาตรวจสอบข้อมูลดังกล่าวที่มักจะมี ความซับซ้อนนั้นโดยละเอียด จึงอาจกล่าวได้ว่าระยะเวลาในการพิจารณาช่วงที่ 2 นี้ เป็นระยะเวลาที่เหมาะสมแก่การดำเนินการ และความซับซ้อนของการรวมธุรกิจ อันส่งผลให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถใช้เวลาในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น เพื่อให้ผลการพิจารณาเป็นไปอย่างถูกต้องที่สุด

ทั้งนี้ เมื่อนำกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ามาเปรียบเทียบกันแล้ว อาจสรุปขั้นตอนการพิจารณาที่สำคัญได้ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 15 ตารางเปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ

	การให้คำปรึกษาล่วงหน้า	การพิจารณาช่วงที่ 1	การพิจารณาช่วงที่ 2
สหรัฐอเมริกา	ไม่มี	30 วัน	30 วัน
สหภาพยุโรป	มี	25 วัน	90 วัน (ขยายได้ถึง 125 วัน)
ประเทศญี่ปุ่น	มี	30 วัน	90 วัน
ประเทศสิงคโปร์	มี	30 วัน	120 วัน
ประเทศไทย	ไม่มี	90 วัน (ขยายได้ถึง 105 วัน)	ไม่มี

การเปรียบเทียบระหว่างกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทยนั้น แสดงให้เห็นจุดอ่อนของกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งอาจส่งผลเสียต่อทั้งผู้ประกอบการและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ

ก. ในแง่ผลเสียต่อผู้ประกอบการธุรกิจนั้น การที่กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดไว้เพียงช่วงเดียว และให้ระยะเวลาคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณานานถึง 90 วันนั้น ทำให้การดำเนินการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการอาจต้องหยุดชะงักจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นเวลานาน ถึงแม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะเป็นการรวมธุรกิจที่ไม่ซับซ้อนมาก ย่อมส่งผลให้ผู้ประกอบการต้องเสียโอกาสจากช่วงระยะเวลาดังกล่าว

ข. ในแง่ผลเสียต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น การที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดให้เวลาเพียง 90 วันในช่วงเดียวนั้น ทำให้ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นมีรายละเอียดซับซ้อนมาก เช่น ผู้ประกอบการประกอบธุรกิจหลายประเภทนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจไม่สามารถทำการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นได้ทันหรือละเอียดเพียงพอ เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจที่แบ่งเป็น 2 ช่วงตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ จะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีโอกาสใช้เวลาในการพิจารณาและประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้มากกว่า

กล่าวโดยสรุป กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าจึงยังคงทำให้การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีข้อจำกัด จนอาจส่งผลกระทบต่อทั้งผู้ประกอบการ และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้ ความกดดันจากกรอบระยะเวลาอันจำกัดที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังอาจส่งผลกระทบต่อถึงความถูกต้องของผลการประเมินการรวมธุรกิจโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ในที่สุด

5.5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบประเด็นเกี่ยวกับแนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบในประเด็นสุดท้าย คือประเด็นเกี่ยวแนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นประเด็นที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นให้อำนาจแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายในการพิจารณากำหนดมาตรการให้ผู้ประกอบการต้องดำเนินการ เพื่อเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น โดยที่จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางกำหนดมาตรการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่าในปัจจุบันนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ในการพิจารณากำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ที่เป็นมาตรการเยียวยาตามมาตรา 52 วรรคสามของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงยังคงสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการเยียวยาใด ๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องดำเนินการได้โดยอิสระ

ขณะที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์นั้น ต่างได้มีการกำหนดกรอบแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กำหนดมาตรการเยียวยาที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องปฏิบัติไว้ในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนไว้อย่างชัดเจน ซึ่งภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศนั้น เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจได้เข้าปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย หรือเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจได้รับทราบถึงผลการพิจารณาการรวมธุรกิจในช่วงที่ 1 แล้วว่าการรวมธุรกิจของตนมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดข้อกังวลต่อการแข่งขันที่มีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่นนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสงค์จะรวมธุรกิจมีหน้าที่เป็นฝ่ายพิจารณาเสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะเป็นผู้พิจารณาความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวว่ามีความเพียงพอที่จะป้องกันหรือชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้หรือไม่¹⁵⁹

ดังนั้น การที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายได้กำหนดกรอบแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กำหนดมาตรการเยียวยาไว้อย่างชัดเจนนั้น ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีแนวทางในการเสนอมาตรการเยียวยาการรวมธุรกิจได้อย่างถูกต้อง ซึ่งมาตรการเยียवादังกล่าวนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง (structural remedies) และมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม (behavioral remedies) โดยที่การศึกษาพบว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศนั้น มีแนวโน้มที่จะยอมรับมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างมากกว่า เนื่องจากเป็นมาตรการที่สามารถป้องกันการลดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญอันเกิดจากการรวมธุรกิจได้เป็นอย่างดี โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการติดตามในระยะยาว¹⁶⁰ โดยที่มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้น มักจะถูกกำหนดให้เป็นมาตรการเสริมจากการเยียวยาเชิงโครงสร้างเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าว โดยทั่วไปแล้วหากผู้ประกอบการธุรกิจเสนอมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมเพียงอย่างเดียว ข้อเสนอนั้นก็มักจะไม่ได้รับการยอมรับจากองค์กรบังคับใช้กฎหมาย ถึงแม้ว่าในปัจจุบันนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศมีแนวโน้มที่จะยอมรับมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมมากขึ้น โดยเฉพาะในกรณีของการรวมธุรกิจแนวตั้งหรือการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย หรือในกรณีของกิจการ

¹⁵⁹ Simon Vande Walle, "Remedies in EU Merger Control - An Essential Guide," [Online] Accessed: 23 July 2021. Available from: <https://ssrn.com/abstract=3782333>, pp.13 - 14.

¹⁶⁰ Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1175.

บางประเภทที่มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมก็เพียงพอที่จะป้องกันหรือชดเชยผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ เช่น ในธุรกิจโทรคมนาคมหรือธุรกิจพลังงาน เป็นต้น¹⁶¹

กรอบแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาทั้ง 2 ประเภท ตามที่ปรากฏในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศนั้น มีแนวทางที่คล้ายคลึงกันซึ่งสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

5.5.1 แนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง

ในการพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็น คือ รูปแบบของมาตรการที่ผู้ประกอบการอาจเสนอให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายทำการพิจารณา และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมาย

5.5.1.1 รูปแบบของมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง

มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างโดยทั่วไปนั้น คือ การจำหน่ายสินทรัพย์ในส่วนที่เป็นกิจการที่ทับซ้อนกับกิจการที่มีการรวมธุรกิจนั้นออกไปให้บุคคลภายนอก เพื่อให้ส่วนแบ่งตลาดของตนลดลง จึงถือว่าเป็นการเยียวยาที่เหมาะสมกับผลกระทบของการรวมธุรกิจที่ทำให้โครงสร้างตลาดเกิดการเปลี่ยนแปลงไปมากที่สุด โดยที่ลักษณะของการจำหน่ายสินทรัพย์นั้นอาจมีหลายลักษณะตามที่ปรากฏโดยละเอียดภายใต้แนวนโยบายในการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ

ก. การจำหน่ายสินทรัพย์ทั้งหมดที่จำเป็นแก่ผู้ซื้อที่มีศักยภาพในการเป็นคู่แข่งได้ในระยะยาว โดยที่สินทรัพย์ที่จำเป็นนั้นหมายความรวมถึงทั้งสินทรัพย์ที่จับต้องได้ และสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้ อันได้แก่ สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า หรือแม้กระทั่งสิทธิในการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกบางอย่าง เช่น สิทธิในการใช้ประตูทางออกขึ้นเครื่องบิน หรือสิทธิในการใช้หลุมจอดอากาศยาน เป็นต้น

ข. การจำหน่ายหน่วยธุรกิจหนึ่ง โดยครอบคลุมทั้งสินทรัพย์ที่จับต้องได้ที่ใช้ในการดำเนินกิจการ และข้อมูลต่าง ๆ ที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจต่อไป เช่น รายชื่อลูกค้า ระบบสารสนเทศ สิทธิที่จับต้องไม่ได้ และระบบพื้นฐานในการบริหาร อันจะทำให้ผู้ซื้อหน่วยธุรกิจนั้นสามารถทำการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

¹⁶¹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.536 - 537.

ค. การจำหน่ายสิทธิในสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้ที่มีความสำคัญ กล่าวคือ ในกรณีที่สินทรัพย์ที่มีความสำคัญต่อการแข่งขันในตลาดนั้นเป็นสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายอาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการดำเนินการรวมธุรกิจนั้นจำหน่ายสินทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้เหล่านั้นออกไป ในลักษณะที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของสินทรัพย์อยู่ก่อนนั้นจะไม่สามารถใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์เหล่านั้นได้อีกต่อไป เพื่อบรรเทาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ โดยที่สินทรัพย์ดังกล่าวอาจได้แก่สิทธิบัตรในการผลิตสินค้าบางอย่าง เป็นต้น ทั้งนี้ เว้นแต่ในกรณีที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายเห็นว่าการยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ที่ไม่สามารถจับต้องได้นั้น ก็เพียงพอที่จะรักษาระดับการแข่งขันในตลาดไว้ได้แล้ว

5.5.1.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง

ในแง่ของหลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเสนอานั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศมักกำหนดประเด็นให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องพิจารณาไว้ในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ในการพิจารณามาตรการเยียวยาที่ผู้ประกอบธุรกิจเสนอนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องพิจารณาถึงประเด็นต่าง ๆ ได้แก่

ก. การนำสินทรัพย์ไปประกอบกิจการได้อย่างต่อเนื่อง

สินทรัพย์ที่ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายออกไปนั้น ควรจะต้องทำให้ผู้ซื้อสินทรัพย์ที่เหมาะสมนั้นสามารถนำไปประกอบกิจการได้อย่างต่อเนื่อง และสามารถใช้นสินทรัพย์ดังกล่าวเพื่อประกอบธุรกิจแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืน โดยพิจารณาได้จากความสามารถที่สินทรัพย์จะถูกนำไปใช้หรือกิจการจะยังคงดำเนินไปได้ แม้จะไม่ได้รับวัตถุดิบ สินค้า หรือการประสานงานใด ๆ จากผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของเดิม

ข. ความเหมาะสมของผู้ซื้อสินทรัพย์

ผู้ซื้อสินทรัพย์ที่เหมาะสมนั้น หมายถึงผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสามารถและมีแรงจูงใจที่จะทำการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในพื้นที่หลังจากได้รับสินทรัพย์นั้นมา นอกจากนี้ ผู้ซื้อสินทรัพย์จะต้องมีความสามารถที่จะแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁶² ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบที่ต้องการรวมธุรกิจในการค้นหาผู้

¹⁶² Directorate General for Competition, "Merger Remedies Study," [Online] Accessed: 16 May 2021. Available from: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf, p.99.

ประกอบธุรกิจที่ต้องการซื้อกิจการบางส่วนของตน รวมถึงจะต้องพิสูจน์ว่าผู้ซื้อกิจการที่ตนจำหน่าย นั้น เป็นผู้ซื้อที่มีความเหมาะสม¹⁶³

ทั้งนี้ ผู้ซื้อสินทรัพย์จะมีแนวโน้มที่จะได้รับการยอมรับจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายมากขึ้น หากผู้ซื้อสินทรัพย์นั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดเดียวกันแต่มีขนาดเล็กกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจในตลาดใกล้เคียงที่มีความเกี่ยวข้องกับตลาดที่มีการรวมธุรกิจ หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่ประสบความสำเร็จในการบริหารจัดการสินทรัพย์ที่จะได้รับมาก่อนในอดีต ทั้งนี้ ผู้ซื้อสินทรัพย์ที่มีความเหมาะสมมักจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ด้วย¹⁶⁴

(1) ผู้ซื้อสินทรัพย์จะต้องมีความเป็นอิสระและไม่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจไม่ว่าในทางใด

(2) ผู้ซื้อสินทรัพย์จะต้องมีทรัพยากรทางการเงิน มีประสบการณ์เกี่ยวข้องกับที่ได้รับการยอมรับ และมีแรงจูงใจ รวมถึงความสามารถในการรักษาหรือพัฒนาสินทรัพย์หรือกิจการที่จะได้รับมาให้สามารถคงอยู่ต่อไป และนำไปแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาดได้

(3) ผู้ซื้อกิจการนั้นจะต้องไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาดขึ้นมาใหม่ โดยที่จะต้องประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการซื้อสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ด้วย

นอกจากนั้นแล้ว ในการพิจารณามาตรการเยียวยาที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเสนอ นั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนให้คณะกรรมการของสหภาพยุโรปต้องคำนึงถึงเพิ่มเติมไว้ด้วย¹⁶⁵ กล่าวคือ

ก. มาตรการเยียวยานั้นจะต้องสามารถกำจัดปัญหาต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ทั้งหมด

ข. มาตรการเยียวยานั้นจะต้องได้สัดส่วนกับผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น

¹⁶³ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*.

¹⁶⁴ Alistair Lindsay, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, p.555.

¹⁶⁵ Simon Vande Walle, "Remedies in EU Merger Control - An Essential Guide," [Online] Accessed: 23 July 2021. Available from: <https://ssrn.com/abstract=3782333>, pp.15 - 18.

ค. มาตรการเยียวยานั้นจะต้องสามารถนำไปปฏิบัติได้จริงภายในระยะเวลาอันสั้น เนื่องจากการแข่งขันในตลาดย่อมจะได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น จนกว่าผู้ประกอบการจะดำเนินการตามมาตรการเยียวยานั้นได้

5.5.2 แนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม

ในทำนองเดียวกัน การพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็นเช่นกัน คือ รูปแบบของมาตรการที่ผู้ประกอบการอาจเสนอให้องค์กรบังคับใช้ กฎหมายทำการพิจารณา และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมาย

5.5.2.1 รูปแบบของมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม

ภายใต้แนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น มักไม่กำหนดรูปแบบของมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมไว้โดยเฉพาะ เนื่องจากมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้น อาจได้แก่มาตรการใด ๆ ก็ได้ที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ เพื่อเยียวยาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติกรรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นก็ยังได้แบ่งรูปแบบของมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมไว้ให้มีความชัดเจน โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

ก. มาตรการสนับสนุนการนำเข้าและการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ เช่น การที่ผู้ประกอบธุรกิจยินยอมให้ผู้นำเข้าหรือผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถใช้สิ่งอำนวยความสะดวกพื้นฐานในการประกอบธุรกิจของตนได้ หรือการยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ใช้สิทธิบัตรของตนในการประกอบธุรกิจ เพื่อสนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่นั้นสามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่าย เป็นต้น

ข. มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะต้องการพิจารณากำหนดให้เหมาะสมกับการรวมธุรกิจในแต่ละกรณี โดยเป็นมาตรการที่เมื่อผู้ประกอบการได้นำไปปฏิบัติแล้วจะสามารถเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ๆ ได้ เช่น การตกลงว่าผู้ประกอบธุรกิจจะไม่มีพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม การไม่ทำสัญญาจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น การไม่แลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ดังที่กล่าวแล้วว่ามาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้นยังคงเป็นที่ยอมรับว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ยากในการกำหนดให้เหมาะสม อีกทั้งยังยากในการติดตามตรวจสอบ และบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการตามมาตรการที่กำหนด ส่งผลให้องค์กรบังคับ

ใช้กฎหมายและศาลซึ่งกำหนดมาตรการดังกล่าวให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตาม มีภาระเป็นอย่างมากที่จะต้องคอยติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจหลังจากการรวมธุรกิจอยู่ตลอดเวลา¹⁶⁶ ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศจึงจะพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมที่เหมาะสมแก่ผู้ประกอบธุรกิจอย่างจำกัดเฉพาะในสถานการณ์ที่จำเป็นเท่านั้น¹⁶⁷

5.5.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม

การศึกษาเปรียบเทียบแนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น พบว่ากฎหมายมักมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมไว้อย่างชัดเจนเท่าไรนัก ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมนั้นจะต้องสามารถป้องกันหรือชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปก็ยังคงกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนให้คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปต้องคำนึงถึงในการพิจารณาทั้งมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง และ มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรมที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเสนอ¹⁶⁸ กล่าวคือ

- ก. มาตรการเยียวยานั้นจะต้องสามารถกำจัดปัญหาต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ทั้งหมด
- ข. มาตรการเยียวยานั้นจะต้องได้สัดส่วนกับผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น
- ค. มาตรการเยียวยานั้นจะต้องสามารถนำไปปฏิบัติได้จริงภายในระยะเวลาอันสั้น เนื่องจากการแข่งขันในตลาดย่อมจะได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น จนกว่าผู้ประกอบธุรกิจจะดำเนินการตามมาตรการเยียวยานั้นได้

5.5.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเยียวยาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการกำหนดมาตรการเยียวยาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับแนวทางการกำหนดมาตรการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขันทาง

¹⁶⁶ John Kwoka, "Merger Remedies: An Incentives/Constraints Framework," *The Antitrust Bulletin*: 374.

¹⁶⁷ John Kwoka, *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, p.130.

¹⁶⁸ Simon Vande Walle, "Remedies in EU Merger Control - An Essential Guide," [Online] Accessed: 23 July 2021. Available from: <https://ssrn.com/abstract=3782333>, pp.15 - 18.

การค้าของต่างประเทศดังที่กล่าวข้างต้นนั้น สะท้อนให้เห็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการกำหนดมาตรการเยียวยาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ กล่าวคือ

ประการแรก ดังที่กล่าวแล้วว่าในปัจจุบันนี้ แม้บทบัญญัติมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณากำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ อันเป็นมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจดังกล่าวแล้วได้ แต่ยังไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดกรอบแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาดังกล่าวข้างต้นไว้ ณ ที่ใด ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงยังคงสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการเยียวยาใด ๆ ที่ผู้ประกอบการต้องดำเนินการได้โดยอิสระในปัจจุบัน ซึ่งการให้อิสระในการใช้ดุลพินิจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าโดยไม่มีขอบเขตนั้น ย่อมก่อให้เกิดปัญหาเช่นเดียวกับประเด็นอื่น ๆ กล่าวคือ ทำให้การพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยานั้นขาดความแน่นอน และยังอาจทำให้มาตรการเยียวยาที่ถูกกำหนดขึ้นนั้นไม่เหมาะสมหรือไม่เพียงพอต่อผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ เนื่องจากในการกำหนดมาตรการเยียวยาใด ๆ นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามิได้ถูกผูกมัดว่าจะมาตรการนั้นจะต้องสามารถป้องกันหรือกำจัดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจทั้งหมดได้ เป็นต้น

ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ ปัญหาที่พบจากการศึกษากรณีการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นในประเทศไทย โดยที่การศึกษาแสดงให้เห็นว่าการกำหนดมาตรการเยียวยาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะเป็นฝ่ายกำหนดมาตรการเยียวยาแก่ผู้ประกอบการโดยอาศัยการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพียงฝ่ายเดียว โดยมีได้ให้ผู้ประกอบการที่ต้องการรวมธุรกิจเป็นฝ่ายที่มีภาระในการเสนอมาตรการเยียวยาให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณา เช่นนี้ กระบวนการกำหนดมาตรการเยียวยาในลักษณะดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดภาระในการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างมาก เนื่องจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องมีภาระเพิ่มในการพิจารณาความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการจะดำเนินการตามมาตรการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นฝ่ายกำหนด และยังคงต้องพิจารณาถึงความเพียงพอที่มาตรการเยียวยาดังกล่าวจะสามารถป้องกันหรือกำจัดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจทั้งหมดได้ อันจะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีภาระในขั้นตอนการดำเนินการพิจารณาอนุญาตที่มากขึ้น ภายใต้ความกดดันของกรอบระยะเวลาการพิจารณาที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดไว้อย่างจำกัด

ทั้งนี้ หากมีการแก้ไขให้มีการเพิ่มเติมกระบวนการปรึกษาหรือกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้มีความเหมาะสมแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจย่อมสามารถเป็นฝ่ายพิจารณาเสนอมาตรการเยียวยาที่ตนสามารถปฏิบัติจริงได้โดยง่ายกว่า เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายครอบครองข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและสินทรัพย์ของตน และทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับระดับความเข้มข้นของการแข่งขันในตลาดที่ตนประกอบธุรกิจอยู่อย่างลึกซึ้งมากกว่า ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถพิจารณาเสนอมาตรการใด ๆ ที่ตนคิดว่าเพียงพอที่จะรักษาการแข่งขันในตลาดไว้ ไม่ให้ได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างเหมาะสม และมาตรการเยียวยาที่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายพิจารณาเสนอขึ้นเองนั้น ผู้ประกอบธุรกิจย่อมจะพิจารณาแล้วว่าเป็นมาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจเกินกว่าที่จำเป็นในการรักษาการแข่งขันในตลาดไว้ อันเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนที่เป็นกรอบในการออกคำสั่งของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทำการพิจารณา กำหนดมาตรการเยียวยาตามกฎหมายด้วยตนเองนั้น จะก่อให้เกิดกระบวนการกำหนดมาตรการเยียวยาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพน้อยกว่ากรณีที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นฝ่ายกำหนดและนำเสนอมาตรการเช่นนั้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการรวมธุรกิจนั้นแสดงให้เห็นว่า แม้การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ดีต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นการทำให้ผู้ประกอบการรายย่อยมีศักยภาพในการแข่งขันมากยิ่งขึ้น การทำให้ต้นทุนการประกอบธุรกิจลดลง การช่วยเพิ่มการแข่งขันในตลาด อันก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคในท้ายที่สุด¹ แต่ผลกระทบในแง่ลบของการรวมธุรกิจที่มีต่อการแข่งขันในตลาดก็เป็นสิ่งที่ไม่อาจละเลยได้เช่นกัน เนื่องจากการรวมธุรกิจในบางกรณีนั้นอาจทำให้การแข่งขันลดลงได้เป็นอย่างมาก หรืออาจเป็นการทำให้เกิดผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดขึ้น และยังอาจทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด จนส่งผลกระทบเป็นการกำจัดการแข่งขันในตลาดที่มีการรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นได้² ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบที่ร้ายแรงต่อการแข่งขัน ซึ่งผลกระทบในแง่ลบจากการรวมธุรกิจในบางกรณีนั้น อาจก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างการแข่งขันในตลาดได้อย่างถาวรเสียยิ่งกว่าพฤติกรรมการตลาดร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการอันเป็นพฤติกรรมต้องห้ามร้ายแรงอีก³ รัฐในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมจึงจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงโดยทำการกำกับดูแลการรวมธุรกิจเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจ⁴

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นเครื่องมือสำคัญที่รัฐนำมาใช้ในการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ไม่ว่าจะเป็นการทำให้โครงสร้างตลาดเกิดการเปลี่ยนแปลง เกิดการกระจุกตัว เกิดการผูกขาดในตลาด หรืออาจเป็นการกีดกันขัดขวางการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ หรือเป็นการเพิ่มการมีอำนาจตลาดจนกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด อันทำให้ผู้ประกอบการนั้นสามารถควบคุมราคาหรือปริมาณของสินค้าในตลาดได้ ซึ่งสภาพการณ์เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายได้ไม่เฉพาะแต่ผู้บริโภค ลูกค้า หรือแม้แต่คู่แข่งในตลาด⁵ เพราะฉะนั้น การรวมธุรกิจอันเป็นพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบข้างต้นได้ จึงถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นพฤติกรรมประการหนึ่งที่ถูกลงโทษภายใต้กฎหมายการแข่งขันนี้ด้วย

¹ วันรัช มิ่งมณีนาคิน, *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค*, หน้า 134 - 135.

² อัญญา ชันธวิทย์, *การควบคุมกิจการและการควบกิจการ*, หน้า 101.

³ Alison Jones, Brenda Sufirin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1059.

⁴ สุธีร์ ศุภนิตย์, *หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 75.

⁵ ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 123.

อย่างไรก็ดี ดังที่กล่าวแล้วว่าการรวมธุรกิจอาจส่งผลดีต่อการแข่งขันเป็นอย่างมากได้เช่นกัน ดังนั้น ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น รัฐจะต้องไม่สร้างระบบ และกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดเกินไปจนทำให้เป็นอุปสรรคต่อการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอย่างเกินสมควร โดยในการศึกษาระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าใน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงได้ทำการศึกษาประเด็นสำคัญ 4 ประการ ที่ส่งผลต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจดังกล่าวของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า อันได้แก่ ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ หลักเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจ กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจ และมาตรการบังคับใช้กฎหมายภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบ ประเด็นต่าง ๆ ข้างต้นระหว่างระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

6.1.1 บทสรุปว่าด้วยระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจ

การศึกษาระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทยนั้น พบว่าบางประเทศ นั้นก็มีการใช้รูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ เหมือนกัน กล่าวคือ ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่นนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจจะต้องขอ อนุญาตจากองค์กรบังคับใช้กฎหมาย และเมื่อได้รับอนุญาตจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายแล้วจึงจะ สามารถทำการรวมธุรกิจนั้นได้ ขณะที่ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทาง การค้าของประเทศสิงคโปร์นั้นมีรูปแบบเป็นการกำกับดูแลโดยระบบสมัครใจ กล่าวคือ ผู้ประกอบ ธุรกิจมีอิสระที่จะแจ้งการดำเนินการรวมธุรกิจของตนเองต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ก็ได้ ส่วน ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ประกอบไปด้วยทั้งระบบการขออนุญาต โดยผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการ ผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้น จะต้องได้รับอนุญาตจาก คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ส่วนการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ นั้น จะถูกกำกับดูแลด้วยระบบการแจ้งภายหลังจากการรวมธุรกิจ กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถ ดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาต หากเพียงแต่จะต้องทำการแจ้งผลการ รวม ธุรกิจนั้นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในภายหลัง

ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจแต่ละรูปแบบนั้นมีข้อดีข้อเสียอย่างแตกต่างกันซึ่ง ส่งผลต่อความสำเร็จในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทาง

การค้าในแต่ละประเทศ โดยที่จากการศึกษานั้นได้แสดงให้เห็นว่าภายใต้วัตถุประสงค์ที่ต้องการกำกับดูแลมิให้มีการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้อย่างครอบคลุมทั้งหมดนั้น การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการขออนุญาตนั้น แม้จะก่อให้เกิดภาระและเพิ่มขึ้นตอนในการทำธุรกรรมรวมธุรกิจต่อผู้ประกอบการธุรกิจ แต่ระบบดังกล่าวจะทำให้วัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่กล่าวข้างต้นนั้นสำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์ที่สุด เนื่องจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายมีอำนาจในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในลักษณะที่เป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ตั้งแต่ต้น

ขณะที่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจนั้น แม้จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยสะดวก แต่ระบบดังกล่าวจะเปิดช่องว่างให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่องค์กรกฎหมายไม่ทราบได้โดยง่าย เนื่องจากการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบนี้ จะต้องพึ่งพาการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในองค์กรบังคับใช้กฎหมายในการตรวจสอบการรวมธุรกิจทั้งหมดในตลาด ดังนั้น การจะกำกับดูแลการรวมธุรกิจให้ประสบความสำเร็จตามวัตถุประสงค์โดยอาศัยการกำกับดูแลโดยระบบสมัครใจนั้น จึงก่อให้เกิดภาระแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างมาก

อย่างไรก็ดี เมื่อเปรียบเทียบกับการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งภายหลังการรวมธุรกิจแล้ว ถือได้ว่าการกำกับดูแลโดยอาศัยระบบการแจ้งนี้ แม้จะเป็นระบบที่อำนวยความสะดวกในการดำเนินการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจได้อย่างใกล้เคียงกับระบบสมัครใจ แต่ระบบการแจ้งนี้กลับทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด เนื่องจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายจึงไม่มีอำนาจในการขัดขวางมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ แม้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่งเป็นอย่างมาก แต่องค์กรบังคับใช้กฎหมายกลับต้องอาศัยบทบัญญัติอื่น ๆ มาใช้กำกับดูแลพฤติกรรมภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นแทน ซึ่งการศึกษาประสบการณ์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งของสหภาพยุโรปได้แสดงให้เห็นแล้วว่าการพยายามกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปได้ยากยิ่ง และยิ่งก่อให้เกิดภาระแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายเป็นอย่างมากในการติดตามพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบการแจ้งนั้น มีโอกาสเป็นอย่างยิ่งที่จะทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจไม่สามารถเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

นอกจากนี้ ประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ การกำหนดเกณฑ์การพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดบ้างที่ตกอยู่

ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมาย อันจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจรับทราบว่าการรวมธุรกิจของตนนั้น ต้องดำเนินการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ เนื่องจากการกำกับดูแลการรวมธุรกิจทุกธุรกรรมที่เกิดขึ้นในระบบเศรษฐกิจนั้น ย่อมทำให้เกิดเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจจนเกินสมควร โดยเฉพาะจะกลายเป็นการขัดขวางการเติบโตของผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยที่มี ยอดขายไม่มาก ดังนั้น แต่ละประเทศจึงมีแนวทางในการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของการรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการตามกฎหมาย ซึ่งอาจมีความคล้ายคลึงหรือแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

ภายใต้ระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งใช้ระบบการขออนุญาต นั้น จะดำเนินการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยใช้เกณฑ์การพิจารณาจากขนาดของการรวมธุรกิจ ซึ่งสอดคล้องกับระบบการกำกับดูแลดังกล่าว เนื่องจากผู้ประกอบการไม่ ควรต้องมีหน้าที่ต้องพิจารณาว่าการรวมธุรกิจของตนส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างไร โดยที่หน้าที่ดังกล่าวจะเป็นขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย ทำให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าการรวมธุรกิจของตนมีขนาดเข้าเกณฑ์ที่จะต้องแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการกระบวนกรที่ไม่ซับซ้อน และผลของการพิจารณานั้นย่อมเป็นไปอย่าง ถูกต้อง

ขณะที่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น จะทำการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยใช้ เกณฑ์การพิจารณาจากผลกระทบของการรวมธุรกิจ โดยที่เฉพาะการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิด ผลกระทบต่อการแข่งขันอันมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายเท่านั้น ที่จะต้องดำเนินการแจ้งการรวม ธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศ สิงคโปร์ ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้สอดคล้องกับระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในระบบสมัครใจ กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจควรมีสิทธิที่จะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจของตนก่อให้เกิดผลกระทบต่อ การแข่งขันอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ หากผู้ประกอบการมีความมั่นใจว่าการรวมธุรกิจ ของตนไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีอิสระที่จะดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยไม่ต้องแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย และหากนำขนาดของการรวมธุรกิจ มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบดังกล่าวแล้ว ย่อมไม่สอดคล้องกับการ กำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยระบบสมัครใจเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากธุรกรรมการรวมธุรกิจของผู้ประกอบ ธุรกิจนั้นมีมูลค่าสูง มิได้หมายความว่า การรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอัน ต้องห้ามตามกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ปรากฏว่าการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ส่วนที่ต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น กลับกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องทำการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจด้วยตนเอง และหากพบว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการมีสถานะอำนาจเหนือตลาด จึงจะต้องมาขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจอาจมีแนวทางการพิจารณาปัจจัยบางประการที่ต่างไปจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ทำให้ผลการประเมินการรวมธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจไม่ถูกต้อง ซึ่งจะนำไปสู่การดำเนินการที่ไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว อันก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจต้องถูกลงโทษตามที่กำหนดไว้ได้

นอกจากนี้ การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยประเมินจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในลักษณะข้างต้นนั้น ยังอาจทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในอนาคตเป็นไปอย่างยากลำบาก เนื่องจากการประกอบธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะอยู่บนแพลตฟอร์มออนไลน์มากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญซึ่งเป็นการประกอบธุรกิจที่มีความยากลำบากในการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง จึงทำให้การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจเพื่อคัดกรองการรวมธุรกิจที่ต้องถูกกำกับดูแลนั้นเป็นไปได้ยาก และอาจส่งผลให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจในอนาคตเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ

ด้วยข้อบกพร่องที่ปรากฏทั้งในแง่ของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจและเกณฑ์ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่กล่าวมานั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณาปรับปรุงระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามบทบัญญัติมาตรา 51 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยกำหนดให้การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการผูกขาด การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ จะต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทั้งสิ้น เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้อย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยพิจารณาปรับเปลี่ยนเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายจากการพิจารณาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจเป็นการพิจารณาจากขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจแทน เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถพิจารณาหน้าที่ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้อย่างถูกต้อง และยังเป็นการรักษาเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่ไม่ต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไว้ได้อีกด้วย

6.1.2 บทสรุปว่าด้วยเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจ

การศึกษาเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น พบข้อสังเกตสำคัญ 2 ประการเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศ และเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจในลักษณะต่าง ๆ ว่าเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันเป็นอย่างมากหรือไม่

6.1.2.1 รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประการแรกเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศนั้น การศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นว่าธุรกรรมที่มักจะถูกถือเป็นการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมีอย่างน้อย 5 รูปแบบ ได้แก่ การควบกิจการ การได้มาซึ่งหุ้น การได้มาซึ่งสินทรัพย์ กิจการร่วมค้า และการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไขว้ระหว่างนิติบุคคล อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประกาศประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 แล้ว กลับพบว่าธุรกรรมที่ถือเป็นการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นมีเพียง 3 รูปแบบเท่านั้น กล่าวคือ การควบกิจการ การได้มาซึ่งหุ้น และการได้มาซึ่งสินทรัพย์

ในการประกอบธุรกิจในปัจจุบันนี้ กิจการร่วมค้าถือเป็นธุรกรรมรูปแบบหนึ่งที่ได้รับนิยามมาก ซึ่งผลของการตกลงร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างผู้ประกอบการหลายรายในบางกรณี อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้เช่นเดียวกับการควบกิจการ การได้มาซึ่งหุ้น หรือการได้มาซึ่งสินทรัพย์ เนื่องจากการรวมตัวกันเป็นกิจการร่วมค่านั้นทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถร่วมกันบริหารจัดการราคาสินค้าหรือปริมาณการผลิตได้ ดังนั้น การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจมากำกับดูแลธุรกรรมการก่อตั้งกิจการร่วมค้าได้นั้น จึงก่อให้เกิดช่องว่างที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะทำการร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าจนอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ ด้วยเหตุดังกล่าว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณานำธุรกรรมการก่อตั้งกิจการร่วมค้าเข้ามาถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่ต้องถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ด้วย

นอกจากนี้ ในแง่ของธุรกรรมที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อยู่แล้วนั้น เมื่อศึกษาหลักเกณฑ์การพิจารณาธุรกรรมต่าง ๆ ในปัจจุบัน ยังพบว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการได้มาซึ่งสินทรัพย์ที่ถือเป็นการรวมธุรกิจที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น กำหนดไว้ว่าสินทรัพย์ที่ได้มานั้นจะต้องมีมูลค่าเกินกว่า 50% ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติ ซึ่งเกณฑ์ดังกล่าวนี้ส่งผลให้การจำหน่ายสินทรัพย์หรือหน่วยธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่และประกอบธุรกิจหลายประเภท ที่แม้จะมีแนวโน้มจะส่งผลกระทบต่อโครงสร้างของตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งได้เป็นอย่างมาก อาจไม่สามารถถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ เนื่องจากหน่วยธุรกิจดังกล่าวนี้มีมูลค่าไม่ถึง 50% ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติ อันเป็นเกณฑ์ที่แตกต่างจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ เป็นอย่างมาก จนอาจเกิดเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ส่งผลให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มากำกับดูแลการจำหน่ายสินทรัพย์ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมากได้อย่างครอบคลุม

ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาปรับปรุงเกณฑ์พิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์ที่เป็นการรวมธุรกิจดังกล่าวข้างต้น โดยให้ถือว่าการเข้าซื้อสินทรัพย์ที่เป็นส่วนสำคัญต่อยอดขายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจอื่น และมีมูลค่าเกินกว่า 50% ของสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจในตลาดนั้น ก็เพียงพอที่ถือเป็นการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แล้ว

ทั้งนี้ เกี่ยวกับการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไต่สวนระหว่างนิติบุคคลนั้น จากการศึกษาพบว่าแม้จะมีได้มีการนำมากำหนดไว้เป็นรูปแบบหนึ่งของการรวมธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็สามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันมากำกับดูแลได้อย่างเหมาะสม ในกรณีที่พฤติกรรมการตั้งกรรมการหรือผู้บริหารไต่สวนระหว่างนิติบุคคลนั้นก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการ ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องนำธุรกรรมดังกล่าวมากำกับดูแลโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจอีก เนื่องจากจะเป็นการกำกับดูแลพฤติกรรมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอย่างเข้มงวดเกินไปโดยไม่จำเป็น อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจจนเกินสมควร อันขัดต่อเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

6.1.2.2 เกณฑ์พิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ประเด็นที่สองเกี่ยวกับเกณฑ์พิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งถือเป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อความสำเร็จในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างมากนั้น จากการศึกษาเกณฑ์พิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์นั้น พบว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศได้กำหนดเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้อย่างละเอียด อันส่งผลให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศนั้นมีกรอบแนวทางในการพิจารณาการรวมธุรกิจแต่ละธุรกรรมอย่างชัดเจน และยังทำให้ผลการประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่นั้นเป็นไปอย่างถูกต้อง

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่าการรวมธุรกิจที่แบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ อันได้แก่ การรวมธุรกิจในแนวนอน การรวมธุรกิจในแนวตั้ง และการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น แม้จะมีปัจจัยพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจส่วนหนึ่งที่เหมือนกัน แต่ก็มีปัจจัยสำคัญบางประการที่มีความแตกต่างกันอันเนื่องมาจากข้อกังวลที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแต่ละลักษณะนั้นมีความแตกต่างกัน อันได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากผู้ประกอบธุรกิจ และผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

ก. เกณฑ์พิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวนอน

การศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น พบว่าปัจจัยสำคัญที่จะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวนอนนั้น อาจแบ่งออกได้ 7 ประการ ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 16 ตารางสรุปรายละเอียดปัจจัยที่ใช้ในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวนอนตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ

1. ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด
1. ส่วนแบ่งตลาด
2. การกระจุกตัวของตลาด
(1) การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI
(ก) การกระจุกตัวของตลาดภายหลังการรวมธุรกิจ

(ข) อัตราการเพิ่มขึ้นของการกระจุกตัวของตลาด
(2) การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี CR3
2. ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
1. ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด
(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด และการกระจุกตัวของตลาด
(2) ความแตกต่างระหว่างส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกับคู่แข่งในตลาด
(3) อัตราการเพิ่มขึ้นของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
2. ความใกล้ชิดกันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน
(1) อัตราการเปลี่ยนแปลงไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ของผู้ซื้อ (อัตราการผลิต)
(2) การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นในอดีต
3. แรงกดดันจากผู้ซื้อสินค้า
(1) การแข่งขันในตลาดผู้ซื้อ
(2) ความยากง่ายในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น
(ก) การเปลี่ยนแปลงการใช้สินค้าหรือบริการของผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในอดีต
(ข) พฤติกรรมของผู้ซื้อในการตอบโต้การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าหรือบริการในตลาด
4. กำลังการผลิตส่วนเกินของคู่แข่งในตลาด
(1) อัตราการผลิตสินค้าหรือบริการของคู่แข่งในปัจจุบัน
(2) ต้นทุนที่เพิ่มขึ้นจากการเพิ่มปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการ
5. ความสามารถในการขัดขวางการเข้าสู่ตลาดหรือการขยายธุรกิจของคู่แข่ง
(1) ความสามารถในการขัดขวางการเข้าสู่ตลาดหรือการขยายธุรกิจของคู่แข่ง
(ก) การครอบครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญจำนวนมากโดยผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
(ข) ความสามารถในการผลิตวัตถุดิบของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
(ค) ความสามารถในทางเทคนิคของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
(ง) ความสามารถในทางการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
(จ) ความน่าเชื่อถือของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
(ฉ) ความนิยมในตราสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
(ช) ความสามารถในการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
(ซ) อิทธิพลที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจมีต่อการจัดหาวัตถุดิบหรือการจัดจำหน่ายวัตถุดิบแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ
(2) แรงจูงใจในการขัดขวางการเข้าสู่ตลาดหรือการขยายธุรกิจของคู่แข่ง
6. การกีดกันปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการแข่งขัน
(1) การรวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีความเป็นอิสระในการประกอบธุรกิจสูง
(2) การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนักพัฒนานวัตกรรมรายสำคัญของตลาด
7. ขนาดของตลาดที่เกี่ยวข้อง
3. ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน

1. สถานะของผู้ประกอบธุรกิจและสภาวะการแข่งขันในตลาด
(1) จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดและอัตราการกระจุกตัวของตลาด
(ก) การมีจำนวนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดน้อย
(ข) การที่ส่วนแบ่งตลาดส่วนใหญ่กระจุกอยู่กับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้นำตลาดจำนวนไม่กี่ราย
(2) ลักษณะความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการ
(ก) ความเหมือนกันในแง่ของราคาของสินค้าหรือบริการ
(ข) ความเหมือนกันในแง่ของคุณภาพของสินค้าหรือบริการ
(3) ความยืดหยุ่นของราคา
(4) ความสมดุลของตลาด
(ก) ความใกล้เคียงกันของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด
(ข) ความเปลี่ยนแปลงของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด
(ค) ความใกล้เคียงกันของโครงสร้างต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด
(5) เสถียรภาพของตลาด
(6) สถานการณ์การแข่งขันในอดีต
(ก) ความเปลี่ยนแปลงของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายที่ผ่านมาในอดีต
(ข) ลักษณะการกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการในตลาดในอดีต
2. การรับรู้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด
(1) ความโปร่งใสของตลาด
(ก) การเปิดเผยข้อมูลนโยบายการจัดการสินค้าหรือบริการ (ทั้งในด้านปริมาณหรือการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ)
(ข) การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการบริหารจัดการและแผนการดำเนินงานในอนาคต
(ค) การเปิดเผยธุรกรรมระหว่างตนเองกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ต่อสาธารณะ
(2) ลักษณะความเหมือนกันของสินค้าหรือบริการ
(3) เสถียรภาพของตลาด
(4) ความสัมพันธ์ในแนวคิดของผู้ประกอบธุรกิจ
3. กลไกในการตอบโต้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนจากพฤติกรรมร่วมกัน
(1) ความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น
(2) ความเหมือนและความสามารถในการใช้ทดแทนกันได้ของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด
4. ศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น
(1) แรงกดดันจากการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีได้เกี่ยวข้องกับการมีพฤติกรรมร่วมกัน
(2) ความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีได้เกี่ยวข้องกับการมีพฤติกรรมร่วมกัน
(3) ความยากง่ายในการเข้ามาสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่
4. อำนาจของผู้ซื้อ
1. การกระจุกตัวของตลาดฝั่งผู้ซื้อ
2. อัตรากำไรของผู้ซื้อ

(1) ระดับความแตกต่างของราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อต้องชำระจริง กับราคาของสินค้าหรือบริการที่ผู้ขายเป็นฝ่ายเสนอ
(2) ความแตกต่างของราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองสูงต้องชำระ กับราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองอย่างจำกัดต้องชำระแก่ผู้ขายสินค้าหรือบริการรายเดียวกัน
3. ปริมาณสินค้าหรือบริการทางเลือก
4. ความสามารถในการเปลี่ยนแปลงไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น
(1) ความยากง่ายในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น
(2) ต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น
5. การเข้าสู่ตลาดและการนำเข้า
1. ความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการ
(1) อุปสรรคในทางปฏิบัติในการเข้าสู่ตลาด
(ก) งบประมาณลงทุน งบประมาณการตลาด ต้นทุนจม ต้นทุนค่าขนส่งสินค้า
(ข) การเข้าถึงนวัตกรรม ทรัพย์สินทางปัญญา หรือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต่อการประกอบธุรกิจ
(2) อุปสรรคทางกฎหมายในการเข้าสู่ตลาด
(ก) การกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจ
(ข) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศุลกากร
(ค) ความคงอยู่ถาวรของอุปสรรคทางกฎหมาย
2. ความรวดเร็วในการเข้าสู่ตลาดหรือการนำเข้าสินค้าหรือบริการ
3. ความเพียงพอในการชดเชวงผลกระทบต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
(1) ขอบเขตการประกอบธุรกิจ
(2) ขนาดของธุรกิจ
(3) ความสามารถทดแทนสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
(4) ศักยภาพของผู้ประกอบธุรกิจในการผลิตสินค้าหรือบริการ
6. ประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจ
1. พิสูจน์ได้จริง
2. เกิดขึ้นเฉพาะจากการรวมธุรกิจ
3. เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค
4. ไม่เกิดจากการต่อต้านการแข่งขัน
5. สูงขึ้นตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น
7. ความจำเป็นในการรวมธุรกิจ
1. ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่สามารถบริหารจัดการทางการเงินให้เหมาะสมกับภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้
2. การรวมธุรกิจเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด
(1) ไม่ปรากฏว่ามีผู้ซื้อกิจการรายอื่น ๆ ในตลาดที่มีความเหมาะสมและสามารถก่อให้เกิดผลดีต่อการแข่งขันมากกว่าผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจที่ขออนุญาตนี้
(2) ไม่ปรากฏว่าการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ประสบปัญหาในการดำเนินธุรกิจออกไปจากตลาดนั้น จะเป็นผลดีต่อการแข่งขันมากกว่าการที่สินทรัพย์ทั้งหมดถูกโอนไปยังผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง

3. หากไม่มีการรวมธุรกิจแล้ว สินทรัพย์ต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสบความล้มเหลวนั้น จะต้องถูกจำหน่ายออกไปจากตลาดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ข. เกณฑ์พิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง

ปัจจัยสำคัญ 3 ประการในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง ซึ่งมีความแตกต่างจากการรวมธุรกิจในแนวนอนนั้น ได้แก่

(1) ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด ซึ่งในการรวมธุรกิจในแนวดิ่งนั้น ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดนั้นเป็นเพียงข้อบ่งชี้ประการหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง จนมีแนวโน้มที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในภายหลังจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่งนั้นได้หรือไม่⁶ ดังนั้น ภายใต้แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์จึงมิได้กำหนดไว้อย่างตายตัวว่าผู้ประกอบการต้องมีส่วนแบ่งตลาดเท่าไร หรือการกระจุกตัวของตลาดจะต้องสูงเพียงไร จึงจะทำให้ผู้ประกอบการที่ทำการรวมธุรกิจในแนวดิ่งนั้นสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้

อย่างไรก็ดี แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้กำหนดเกณฑ์พิจารณาเบื้องต้นเอาไว้ว่าการรวมธุรกิจที่จะทำให้ผู้ประกอบการจะมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องเกินกว่า 30% และภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้น การกระจุกตัวของตลาดตามดัชนี HHI เกินกว่า 2,000 จึงจะถือว่ามีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน⁷ ขณะที่ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นกำหนดไว้ว่าหากส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 10% หรือภายหลังจากการรวมธุรกิจ อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้องตามดัชนี HHI มีอัตราไม่เกิน 2,500 และผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่เกิน 25% ในตลาดสินค้าหรือบริการใด ๆ ที่ผู้ประกอบการนั้นเกี่ยวข้องอยู่ ก็จะได้ถือว่าการรวมธุรกิจนั้นมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้น้อย⁸

⁶ European Commission, "Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings," 18 October 2008, p.9.

⁷ *ibid.*, p.4.

⁸ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," 17 December 2019, p.44.

(2) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งแม้จะเป็นปัจจัยที่เหมือนกับการรวมธุรกิจในแนวนอน แต่ในรายละเอียดนั้นมีความแตกต่างอย่างสำคัญเนื่องจากผลกระทบสำคัญที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่งคือ การก่อให้เกิดการปิดกั้นตลาดหรือการกีดกันผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด ไม่ว่าจะเป็นการปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงวัตถุดิบ หรือการปิดกั้นหรือกีดกันการเข้าถึงผู้ซื้อ โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาจากความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการมีพฤติกรรมดังกล่าว รวมถึงแรงจูงใจที่จะมีพฤติกรรมดังกล่าว อันเป็นหลักเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจในการรวมธุรกิจในแนวนอน

(3) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน อันเป็นผลกระทบที่คล้ายกันกับการรวมธุรกิจในแนวนอน แต่ในแง่ของการรวมธุรกิจในแนวดิ่งนั้น การมีพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอาจมีสาเหตุที่แตกต่างไปจากการรวมธุรกิจในแนวนอน กล่าวคือ การรวมธุรกิจในแนวดิ่งนั้นมิได้ทำให้จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาดลดลงจนสามารถประสานงานกันได้ง่ายยิ่งขึ้น หากแต่เป็นการที่ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจนั้นสามารถเข้าถึงข้อมูลการค้าที่เป็นความลับของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดได้ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจจึงสามารถประสานพฤติกรรมกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ จนสามารถควบคุมราคาหรือปริมาณของสินค้าหรือบริการในตลาดได้ง่ายยิ่งขึ้น⁹ โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาแนวโน้มการเกิดพฤติกรรมร่วมกันจากจำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาด ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายในตลาด อัตราการกระจุกตัวของตลาดที่เกี่ยวข้อง ความโปร่งใสของตลาด และยังรวมถึงความสมดุลของตลาด โครงสร้างทุน การพัฒนาทางเทคโนโลยี ซึ่งส่งผลต่อแรงจูงใจที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะมีพฤติกรรมร่วมกัน

ค. เกณฑ์พิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย

โดยทั่วไปแล้ว การรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นแทบจะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขันในตลาด เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นต่างประกอบกิจการในตลาดสินค้าหรือบริการคนละตลาดกัน¹⁰ อย่างไรก็ตาม การรวมธุรกิจแบบหลากหลายก็ยังสามารถก่อให้เกิดความกังวลต่อการแข่งขันได้ในบางกรณี กล่าวคือ หากมิได้มีการรวมธุรกิจนั้น

⁹ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.360 - 361.

¹⁰ Competition & Consumer Commission Singapore, "CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers 2016," December 2016, p.82.

เกิดขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจจะเข้ามาเป็นคู่แข่งกันในตลาดด้วยตนเองในอนาคตหรือไม่ หรือผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจฝ่ายหนึ่งนั้น มีแนวโน้มที่จะมีความสามารถและแรงจูงใจในการใช้ประโยชน์จากอำนาจตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง มาก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการกีดกันผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในอีกตลาดหนึ่งให้ออกไปจากตลาดหรือไม่¹¹ ซึ่งปัจจัยสำคัญ 3 ประการในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย ซึ่งมีความแตกต่างจากการรวมธุรกิจในแนวนอนนั้น ได้แก่

(1) ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด โดยที่แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ในกรณีที่ตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกรวมธุรกิจนั้นได้ประกอบธุรกิจอยู่มีอัตราการกระจุกตัวตามดัชนี HHI ไม่เกิน 1,800 องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะไม่ทำการตรวจสอบการรวมธุรกิจแบบหลากหลายอย่างเข้มงวด¹² ขณะที่แนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่นนั้น ใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาดเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง ส่วนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้นมิได้กำหนดไว้อย่างตายตัวในทำนองเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง

(2) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจ โดยที่ในแง่ของการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้น ผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นอาจได้แก่การที่ธุรกรรมการรวมธุรกิจนั้น ทำให้การแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจเข้ามาประกอบกิจการแข่งขันด้วยตนเองนั้นหายไป หรืออาจส่งผลเป็นการปิดกั้นตลาดมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่าย หรืออาจส่งผลเป็นการกีดกันให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาดต้องออกจากตลาดไป เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจสามารถใช้อำนาจตลาดที่ตนมีอยู่ในตลาดหนึ่ง มาสร้างผลกระทบต่อตลาดสินค้าหรือบริการอีกตลาดหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นได้ เช่น การมีพฤติกรรมขายพ่วงหรือการขายสินค้าเป็นชุด เป็นต้น โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะทำการพิจารณาจากความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการกีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น แรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจที่จะมีพฤติกรรมเช่นนั้น และศักยภาพในการเข้ามาประกอบธุรกิจแข่งขันในตลาดด้วยตนเอง

(3) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน โดยที่การรวมธุรกิจแบบหลากหลายในบางกรณีอาจเป็นเหตุให้จำนวนผู้ประกอบธุรกิจที่มีประสิทธิภาพในตลาดนั้นลดลง อันเป็นเหตุให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดมีพฤติกรรมร่วมกันได้ง่าย หรือการรวมธุรกิจนั้นส่งผลให้

¹¹ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, p.129.

¹² U.S. Department of Justice, "Merger Guidelines," 14 June 1984, p.26.

การทำสัญญาระหว่างตลาดสินค้าหรือบริการต่างชนิดนั้นมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการทำสัญญาระหว่างตลาดนั้นจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจมีความสามารถในการตอบโต้ด้วยพฤติกรรมในตลาดสินค้าหรือบริการหลายตลาด อันทำให้พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดนั้นเป็นไปอย่างมั่นคงยิ่งขึ้น โดยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายมักจะพิจารณาแนวโน้มการเกิดพฤติกรรมร่วมกันจากข้อมูลเกี่ยวข้องกับการแข่งขันในตลาดที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเข้าถึงได้ ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ประกอบกับปัจจัยต่าง ๆ เช่นเดียวกับการรวมธุรกิจในแนวนอน

การศึกษาแนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 นั้น แสดงให้เห็นว่าแม้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะได้มีการนำปัจจัยต่าง ๆ ข้างต้นมาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว แต่กลับยังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยแต่ละประการไว้อย่างชัดเจน ทำให้การพิจารณาการรวมธุรกิจในแต่ละกรณีนั้นเป็นไปโดยอาศัยดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ ซึ่งส่งผลให้การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นขาดความแน่นอน และยังทำให้ผลการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปโดยไม่ถูกต้อง เนื่องจากการขาดการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีความสำคัญอย่างครบถ้วน

ด้วยเหตุดังกล่าว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณากำหนดกรอบแนวทางในการพิจารณาการรวมธุรกิจไว้ให้ชัดเจน โดยนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจมากำหนดเป็นกรอบแนวทางในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันจะทำให้การพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีความถูกต้องและแน่นอนมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ จากการศึกษายังพบว่าในปัจจุบันนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังมีได้กำหนดปัจจัยหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใช้แนวนอน ไม่ว่าจะเป็นการรวมธุรกิจในแนวดิ่งหรือการรวมธุรกิจแบบหลากหลายไว้โดยเฉพาะ ซึ่งผลจากการศึกษาที่พบว่าข้อกังวลหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแต่ละลักษณะนั้นอาจมีความแตกต่างกัน ดังนั้น การนำหลักเกณฑ์หรือปัจจัยเดียวกันกับการรวมธุรกิจในแนวนอนมาใช้พิจารณาการรวมธุรกิจลักษณะอื่น ๆ อาจทำให้เกิดความไม่เหมาะสม ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์สำหรับพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง และผลกระทบจากการรวม

ธุรกิจแบบหลากหลายไว้ต่างหากจากการรวมธุรกิจในแนวนอน เพื่อให้การพิจารณาการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใ้แนวนอนของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น เป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแต่ละรูปแบบ

6.1.3 บทสรุปว่าด้วยกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายของต่างประเทศนั้น ทำให้พบว่าภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศส่วนใหญ่ที่มีกระบวนการหนึ่งซึ่งช่วยให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รวมถึงยังช่วยอำนวยความสะดวกในการดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้ได้แก่ กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย อันเป็นกระบวนการที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์ในปัจจุบัน

ประสบการณ์กำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น ล้วนสะท้อนให้เห็นถึงประโยชน์จากการมีกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งส่งผลดีทั้งต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายและผู้ประกอบธุรกิจ กล่าวคือ ในมุมมองขององค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น กระบวนการดังกล่าวทำให้้องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีโอกาสในการพิจารณาแผนการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเป็นการล่วงหน้า โดยเฉพาะการรวมธุรกิจในบางกรณีที่มีความซับซ้อนมาก ก็จะทำให้้องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีระยะเวลาในการพิจารณาล่วงหน้า และสามารถแนะนำให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการปรับปรุงแผนการรวมธุรกิจให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น อันจะส่งผลให้การพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการที่มีกรอบระยะเวลาบังคับตามกฎหมายนั้นเป็นไปอย่างรวดเร็ว

ขณะที่ในมุมมองของผู้ประกอบธุรกิจนั้น กระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้านั้นทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีโอกาสในการนำเอกสารต่าง ๆ ให้้องค์กรบังคับใช้กฎหมายตรวจสอบในเบื้องต้น รวมถึงขอให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นมีข้อกังวลใดที่จะกลายเป็นความเสี่ยงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจหรือไม่ ซึ่งภายหลังจากได้รับคำปรึกษาแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจก็จะสามารถปรับปรุงเอกสารให้สมบูรณ์ รวมถึงแก้ไขแผนการรวมธุรกิจ หรือเสนอมาตรการเยียวยาที่เหมาะสมต่อข้อกังวลนั้น จนทำให้กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการนั้นเสร็จสิ้นได้อย่างรวดเร็ว อันส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการปิดธุรกรรมการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้เร็วยิ่งขึ้น

ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงอาจพิจารณาปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา 59 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจนำแผนการรวมธุรกิจตามมาตรา 51 ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยล่วงหน้าได้ และควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไว้ให้ชัดเจน เพื่อป้องกันปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใสที่อาจเกิดขึ้นตามมาภายหลังได้

ทั้งนี้ นอกจากกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายแล้ว การศึกษากระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ยังแสดงให้เห็นข้อค้นพบที่สำคัญเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจอย่างเป็นทางการขององค์กรบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ ในการแจ้งการรวมธุรกิจเพื่อขออนุญาตรวมธุรกิจต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น ไม่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศใดเลยที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องเป็นฝ่ายประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นด้วยตนเอง คงมีเพียงเฉพาะการรวมธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เท่านั้น ที่ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายต้องประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของตนด้วยตนเอง ซึ่งการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น ย่อมส่งผลให้ข้อมูลผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะไม่ตรงตามความเป็นจริง อีกทั้งผู้ประกอบธุรกิจยังอาจมีแนวทางในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่แตกต่างไปจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย และยังเป็นการก่อให้เกิดภาระรวมถึงค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นแก่ผู้ประกอบธุรกิจโดยไม่จำเป็นอีกด้วย ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณายกเลิกภาระหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องดำเนินการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจด้วยตนเอง เพื่อให้การประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องตามความเป็นจริงมากยิ่งขึ้น

ข้อค้นพบสำคัญอีกประการหนึ่งที่ปรากฏให้เห็นในกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศ คือ กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศล้วนแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน โดยที่การพิจารณาในช่วงที่ 1 นั้นจะมีกรอบระยะเวลาในการพิจารณาที่ค่อนข้างกระชับ กล่าวคือ โดยเฉลี่ยแล้วกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจะให้เวลาแก่องค์กรบังคับใช้กฎหมายในช่วงนี้เพียงประมาณ 30 วัน แต่ปรากฏว่าการรวมธุรกิจกว่า 95% ในแต่ละประเทศนั้น สามารถเสร็จสิ้นได้ตั้งแต่การพิจารณาในช่วงนี้ เนื่องจากการรวมธุรกิจส่วนใหญ่ไม่มีความซับซ้อนและมักไม่ก่อให้เกิดข้อกังวลต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย ขณะที่หากปรากฏว่ามีการรวมธุรกิจใดที่มีความซับซ้อน องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็มีอำนาจที่จะนำไปพิจารณาต่อในช่วงที่ 2 ซึ่งมีระยะเวลายาวนานราว 90 - 120 วัน ดังนั้น การแบ่ง

กระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจออกเป็น 2 ขั้นตอนนี้ จึงก่อให้เกิดผลดีต่อทั้งผู้ประกอบการที่จะสามารถปิดธุรกรรมการรวมธุรกิจได้อย่างรวดเร็ว และต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายซึ่งสามารถใช้เวลาในการพิจารณาการรวมธุรกิจเฉพาะบางกรณีที่มีความซับซ้อนได้อย่างยาวนานยิ่งขึ้น

ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงอาจพิจารณานำรูปแบบของกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น มาปรับปรุงกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อให้การรวมธุรกิจที่ไม่ซับซ้อนนั้นได้รับการพิจารณาด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการ ขณะที่การรวมธุรกิจที่มีขนาดใหญ่และมีความซับซ้อนนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะได้รับประโยชน์เนื่องจากมีระยะเวลาในการพิจารณามากยิ่งขึ้น จึงทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีโอกาสในการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นได้โดยละเอียดยิ่งขึ้น

6.1.4 บทสรุปว่าด้วยมาตรการบังคับใช้กฎหมาย

การศึกษามาตรการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบการต้องดำเนินการนั้น พบว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์นั้น ต่างได้มีการกำหนดกรอบแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาที่ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติไว้ในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนไว้อย่างชัดเจน โดยที่ผู้ประกอบการจะต้องเป็นฝ่ายเสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจมาให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเป็นฝ่ายพิจารณา โดยได้กำหนดเงื่อนไขของมาตรการดังกล่าวที่ผู้ประกอบการจะเสนอ ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง และมาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม ในขณะที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศก็ได้กำหนดกรอบแนวทางในการพิจารณามาตรการเยียวยาที่ผู้ประกอบการเสนอมาขององค์กรบังคับใช้กฎหมายเอาไว้ด้วย กล่าวคือ มาตรการเยียวยานั้นจะต้องได้สัดส่วนกับผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ และสามารถกำจัดปัญหาต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ทั้งหมด อีกทั้งจะต้องสามารถนำไปปฏิบัติได้จริงภายในระยะเวลาอันสมควร

การกำหนดเงื่อนไขและกรอบแนวทางในการพิจารณามาตรการเยียวยาโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น ทำให้ผู้ประกอบการที่มีหน้าที่ในการกำหนดและเสนอมาตรการเยียวยาต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น สามารถดำเนินการได้โดยง่ายขึ้น ซึ่งการที่ผู้ประกอบการเป็นฝ่ายที่มีหน้าที่ดังกล่าวนี้ ก็จะทำให้มาตรการเยียวยาที่ถูกนำเสนอมานั้นเป็นมาตรการที่ปฏิบัติได้จริง

เนื่องจากประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายครอบครองข้อมูลเกี่ยวกับสินทรัพย์ของตน และทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาดที่ตนประกอบธุรกิจอยู่อย่างลึกซึ้งซึ่งมากกว่า ดังนั้น ด้วยรูปแบบของกระบวนการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขและกรอบแนวทางให้ผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายเสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจมายังองค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้น ย่อมมีแนวโน้มที่จะทำให้มาตรการเยียวยาที่เกิดขึ้นนั้นมีประสิทธิภาพมากกว่าการให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีหน้าที่ในการพิจารณากำหนดมาตรการดังกล่าวขึ้นเองทั้งหมด

อย่างไรก็ดี เมื่อเปรียบเทียบกระบวนการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น พบว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ในการพิจารณากำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ที่เป็นมาตรการเยียวยาตามมาตรา 52 วรรคสามของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อีกทั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังรับหน้าที่ในการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจไว้เองทั้งหมด ดังนั้น ภายใต้กระบวนการดังกล่าวคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการเยียวยาใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการได้โดยอิสระ

การไม่กำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้น ย่อมส่งผลให้แนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นขาดความแน่นอน และยังอาจทำให้มาตรการเยียวยาที่ถูกกำหนดขึ้นนั้นไม่เหมาะสมหรือไม่เพียงพอต่อผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ เนื่องจากในคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามิได้ถูกผูกมัดตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่กำหนดว่า มาตรการนั้นจะต้องสามารถป้องกันหรือกำจัดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจทั้งหมดได้ อีกทั้งการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ารับหน้าที่ในการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจไว้เองนั้น ยังก่อให้เกิดภาระในการพิจารณาความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจจะดำเนินการตามมาตรการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นฝ่ายกำหนด จนอาจส่งผลให้มาตรการเยียวยาที่ถูกกำหนดขึ้นนั้น เป็นไปอย่างไม่เหมาะสมกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณากำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายนำเสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจเช่นเดียวกับที่ปรากฏในแนวทางการกำหนดมาตรการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการพิจารณามาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ เพื่อเป็นการกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจ

ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้เป็นไปอย่างเหมาะสม และเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทำการกำหนดและเสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบดังกล่าวได้อย่างสอดคล้องกับแนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามากที่สุด

ประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่พบจากการศึกษาของคํประกอบสำคัญทั้ง 4 ประการที่ส่งผลกระทบต่อความสำเร็จในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น สะท้อนให้เห็นว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีจุดบกพร่องในหลายประการ ตั้งแต่การขาดระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจได้อย่างเหมาะสมและครอบคลุม อีกทั้งการไม่ได้คำนึงถึงรูปแบบของธุรกรรมบางประการที่ถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบสำคัญ การไม่มีเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจนและครบถ้วนสมบูรณ์ ตลอดจนการมีกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจที่สร้างความกดดันแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณาการรวมธุรกิจ และการไม่มีแนวทางในการพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ชัดเจนและเหมาะสม จึงสามารถประเมินแนวโน้มในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าได้ว่าปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้จะกลายเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้พระราชบัญญัตินั้นยังไม่สามารถถูกนำมาเป็นเครื่องมือในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจได้ตามวัตถุประสงค์อย่างสมบูรณ์

6.2 ข้อเสนอแนะ

ผลจากการวิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทยนั้น แสดงให้เห็นถึงปัญหาเกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันได้แก่ ประเด็นว่าด้วยระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมาย รูปแบบของการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมาย เกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมาย และแนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ประเด็นต่าง ๆ ข้างต้นล้วนเป็นส่วนสำคัญต่อความสำเร็จในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจทั้งสิ้น ดังนั้น เพื่อให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัตินั้นเป็นไปโดยบรรลุวัตถุประสงค์ จึงควรมีการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การวิเคราะห์และเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้แสดงให้เห็นถึงจุดอ่อนที่สำคัญของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทั้งในแง่เกี่ยวกับรูปแบบของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจ และเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ กล่าวคือ

6.2.1.1 ข้อเสนอแนะว่าด้วยการกำหนดรูปแบบของระบบกำกับดูแลการรวม ธุรกิจ

ในประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบของระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจนั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ามีข้อบกพร่องในประเด็นว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ

ก. การกำหนดให้ใช้ระบบการแจ้งการรวมธุรกิจกับการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ส่งผลให้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไม่สามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบดังกล่าวได้ ซึ่งดังที่ปรากฏใน ประสพการณ์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปแล้วว่าการที่คณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรปสามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการขัดขวางต่อการแข่งขันอันมีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญ โดยสามารถประเมินผลกระทบจากปัจจัยต่าง ๆ หลายประการได้อย่างครอบคลุม ทำให้รวมธุรกิจที่แม้จะมีได้ก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการมีสถานะอำนาจเหนือตลาด ก็อยู่ภายใต้การกำกับดูแลเช่นกัน หากการรวมธุรกิจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันเป็นอย่างมาก ดังนั้น การไม่ให้ความสำคัญแก่การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญดังกล่าว จะก่อให้เกิดโอกาสที่การแข่งขันในตลาดอาจได้รับผลกระทบจากการรวมธุรกิจในบางกรณีได้

ข. การใช้ระบบการแจ้งการรวมธุรกิจกับการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญข้างต้น ที่ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่มีอำนาจในการขัดขวางมิให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ในบางกรณี และไม่อาจเพิกถอนการรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบดังกล่าวซึ่งได้ดำเนินการจนเสร็จสิ้นแล้วได้นั้น แต่กลับมุ่งหวังให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องอาศัยบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ มากำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในภายหลังแทน ย่อมก่อให้เกิดภาระต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่จะต้องคอยติดตามและตรวจสอบพฤติกรรมภายหลังจากการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นภาระที่จะ

มากขึ้นเรื่อย ๆ ตามจำนวนการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้น ขณะที่จำนวนของเจ้าหน้าที่ในสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นมีอยู่เพียงเล็กน้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในฝ่ายกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ซึ่งมีเจ้าหน้าที่จำนวนเพียงราว 10 คนเท่านั้น

ดังนั้น เมื่อนำประสบการณ์การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ มาพิจารณา ประกอบกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการปรับใช้ระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันแล้ว เพื่อให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นไปอย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น แต่ยังคงไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ไม่ต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ต้องมีภาระในการขออนุญาตรวมธุรกิจ รวมถึงยังคงสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องการปรับโครงสร้างภายในของผู้ประกอบธุรกิจในปัจจุบัน จึงควรมีการแก้ไขระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจให้เป็นระบบการขออนุญาตเพียงระบบเดียว โดยที่จะต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 51 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 51 ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ

ผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

ประกาศตามวรรคหนึ่ง ให้ระบุว่ามีส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือจำนวนสินทรัพย์ไม่น้อยกว่าจำนวนเท่าใด ไว้ด้วย

การรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง

(1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริกรรวมกับผู้บริกร อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และอีกธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

(2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

การแจ้งผลการรวมธุรกิจตามวรรคหนึ่ง และการขออนุญาตและการอนุญาตรวมธุรกิจตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับการรวมธุรกิจเพื่อปรับโครงสร้างภายในของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจเสนอให้มีการพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้เป็นไปตามข้อเสนอแนะข้างต้น ดังต่อไปนี้

“มาตรา 51 ผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

การรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง

(1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริการรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และอีกธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

(2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

การขออนุญาตและการอนุญาตรวมธุรกิจตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่มีสินทรัพย์หรือยอดเงินขายตามหลักเกณฑ์

ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด และการรวมธุรกิจเพื่อปรับโครงสร้างภายในของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

6.2.1.2 ข้อเสนอแนะว่าด้วยการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแล

การศึกษาเปรียบเทียบเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบการกำกับดูแล รวมถึงการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างรูปแบบของระบบการกำกับดูแลการรวมธุรกิจและเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลนั้น ได้แสดงให้เห็นว่าเกณฑ์ที่ใช้เพื่อพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น มีข้อบกพร่องโดยเฉพาะในกรณีการพิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ระบบขออนุญาต กล่าวคือ การใช้พิจารณาการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการประเมินตนเอง ว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ในปัจจุบันนั้น ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการพิจารณาปัจจัยบางประการที่เกี่ยวข้องอันส่งผลต่อผลการพิจารณาที่แตกต่างกันระหว่างการประเมินของผู้ประกอบธุรกิจและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ข้อบกพร่องดังกล่าวอาจนำไปสู่การปฏิบัติของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจอาจมิได้ดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจดังกล่าวจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากการประเมินของฝั่งผู้ประกอบธุรกิจเองนั้น ไม่พบว่าการรวมธุรกิจของตนนำไปสู่การผูกขาดหรือการมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจนอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องรับโทษทางปกครองตามกฎหมาย ทั้งที่ข้อผิดพลาดนั้นเกิดจากความเห็นที่แตกต่างกันในปัจจุบันบางประการที่ใช้ในการพิจารณาสถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยอาศัยเกณฑ์ดังกล่าว ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการดำเนินการตามกฎหมาย และยังก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขและป้องกันปัญหาดังกล่าว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณาปรับปรุงเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยเปลี่ยนจากรูปแบบเดิมที่พิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ กล่าวคือ การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจะต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

มาเป็นการพิจารณาจากยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจแทน ซึ่งนอกจากการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าโดยประเมินจากขนาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องจะช่วยให้เกิดความแน่นอนในการดำเนินการของผู้ประกอบธุรกิจแล้ว ยังช่วยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถกำหนดยกเว้นมิให้วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ที่มียอดขายไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนด ได้รับยกเว้นจากการกำกับดูแลดังกล่าว อันเป็นการลดภาระของผู้ประกอบธุรกิจรายเล็ก และส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้โดยสะดวกตามเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างกฎหมายอีกด้วย

ทั้งนี้ ในการแก้ไขแนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 51 วรรคห้าในปัจจุบัน เพื่อแก้ไขหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันซึ่งกำหนดว่า “ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการรวมธุรกิจตามมาตรา 51 วรรคสี่ (1) (2) หรือ (3) อันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ยื่นคำขออนุญาต...” เป็น “ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการรวมธุรกิจตามมาตรา 51 วรรคสี่ (1) (2) หรือ (3) อันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่ง ยื่นคำขออนุญาต...”

นอกจากนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณานิยามของการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ที่ปรากฏอยู่ในข้อ 3 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า “การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่ง หมายความว่า การรวมธุรกิจที่ยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งหรือของผู้ประกอบธุรกิจที่จะรวมธุรกิจในตลาดใดตลาดหนึ่งรวมกันตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป” มากำหนดไว้ในข้อ 3 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 แทน

การแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 นั้น จะส่งผลให้บทบัญญัติมาตรา 51 ดังกล่าวนั้น เป็นบทบัญญัติที่มีความเป็นรูปธรรมชัดเจนในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดที่จะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันทำให้ผู้ประกอบธุรกิจและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถพิจารณาได้โดยสะดวกยิ่งขึ้น อีกทั้ง ยังสอดคล้องกับ

การประกอบธุรกิจในปัจจุบัน ที่มีการประกอบธุรกิจในแพลตฟอร์มออนไลน์เป็นจำนวนมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ภายหลังจากที่ได้ทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบรูปแบบและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาธุรกรรมต่าง ๆ ที่ถือเป็นการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์แล้ว พบว่าการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ ตามมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น ยังคงมีช่องว่างในการกำกับดูแลธุรกรรมบางประเภทที่ถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่มีความสำคัญ และอาจส่งผลกระทบต่อโครงสร้างและการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งได้ ดังนั้น จึงควรมีการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บางประเภท รวมถึงควรมีการพิจารณาเพิ่มเติมรูปแบบของธุรกรรมที่ถือเป็นการรวมธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ให้ครอบคลุมไปถึงธุรกรรมที่ถือเป็นการรวมธุรกิจที่มีความสำคัญภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการกำกับดูแล ป้องกัน ชัดขวาง หรือกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมเหล่านั้นต้องเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากธุรกรรมเช่นนั้นได้ ดังต่อไปนี้

6.2.2.1 การปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ข้อเสนอแนะประการแรกเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 คือ การปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่ได้ถูกกำหนดให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แล้ว กล่าวคือ การรวมธุรกิจในลักษณะของการเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ อำนาจการ หรือการจัดการ ตามมาตรา 51 วรรคสี่ (2) ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งกำหนดให้การเข้าซื้อสินทรัพย์ที่มีมูลค่าเกินกว่า 50% ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกซื้อสินทรัพย์ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติ จึงจะถือเป็นการรวมธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจที่มีการประกอบธุรกิจหลายธุรกิจ (business unit) ที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการหลายตลาด

นั้น ทำการจำหน่ายสินทรัพย์ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นไป เช่นนี้ หากมูลค่าของธุรกิจดังกล่าวที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้จำหน่ายออกไปนั้นมีมูลค่าไม่เกินกว่า 50% ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ในการประกอบธุรกิจแล้ว ก็จะไม่ถือเป็นการซื้อขายสินทรัพย์ที่เป็นการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การวิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์ที่เป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ นั้น ได้แสดงให้เห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับประเมินการเข้าซื้อสินทรัพย์ที่ถือเป็นการรวมธุรกิจจากสัดส่วนของสินทรัพย์ที่มีการจำหน่ายเพียงประการเดียวในลักษณะดังกล่าวข้างต้นนั้น ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายที่ส่งผลให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมากำกับดูแลการจำหน่ายสินทรัพย์ในบางกรณีที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด หรือแม้แต่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่งขึ้นได้ ดังนั้น จึงควรมีการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์ของธุรกิจอื่นที่เป็นการรวมธุรกิจ

ทั้งนี้ เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 51 วรรคสี่ ในปัจจุบันที่ได้บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 51 ...

การรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง

(1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริการรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และอีกธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

(2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ...”

ดังนั้น การปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์ของธุรกิจอื่นที่เป็นการรวมธุรกิจนั้น จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติมาตราดังกล่าว เพียงแต่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องทำการปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ในปัจจุบันที่ปรากฏอยู่ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบาย การบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ข้อ 3 ที่กำหนดไว้ว่า

“ข้อ 3 ให้การเข้าซื้อสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่เกินกว่าร้อยละห้าสิบขึ้นไปของมูลค่าสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติทั้งหมดตามรอบปีบัญชีที่ผ่านมาของผู้ประกอบธุรกิจอื่นรายนั้น เป็นการเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบาย การบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ และเป็นกรรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ทั้งนี้ มูลค่าของสินทรัพย์ที่เข้าซื้อจะพิจารณาจากมูลค่าทางบัญชี ณ วันที่ตกลงซื้อหรือเข้าซื้อ แล้วแต่กรณี”

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาปรับปรุงแนวทางการพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์ของธุรกิจอื่นที่เป็นการรวมธุรกิจ โดยอาจนำความเห็นที่ปรากฏในการรับฟังความคิดเห็นร่างประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ.¹³ มาประกอบกับหลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์ที่เป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และประเทศสิงคโปร์ เพื่อปรับปรุงให้มีความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นคล้ายกับหลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์ที่เป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น¹⁴ กล่าวคือ สินทรัพย์ที่ผู้ประกอบธุรกิจเข้าซื้อนั้น

¹³ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "บันทึกสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/09/Hearing-Merger-51-4.pdf>

¹⁴ The Antimonopoly Act, Article 16 “(1) No company may engage in any of the following acts if its doing so substantially restrains competition in any particular field of trade, nor may it engage in any of the following acts through unfair trade practices:

(i) accepting assignment of the whole or a substantial part of the business of another company

จะต้องเป็นสินทรัพย์ที่เป็นส่วนสำคัญต่อยอดขายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งของผู้ประกอบการธุรกิจอื่น และมีมูลค่าเกินกว่า 50% ของสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจในตลาดนั้นด้วย จึงอาจปรับปรุงแก้ไขประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบาย การบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ดังนี้

“ข้อ 3 ให้การเข้าซื้อสินทรัพย์ที่เป็นส่วนสำคัญต่อยอดขายในตลาดใดตลาดหนึ่งของธุรกิจอื่น และมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบขึ้นไปของสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจในตลาดนั้น ตามรอบปีบัญชีที่ผ่านมาของผู้ประกอบธุรกิจอื่นรายนั้น เป็นการเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบาย การบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการ และเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ทั้งนี้ มูลค่าของสินทรัพย์ที่เข้าซื้อจะพิจารณาจากมูลค่าทางบัญชี ณ วันที่ตกลงซื้อหรือเข้าซื้อ แล้วแต่กรณี”

การแก้ไขหลักเกณฑ์การเข้าซื้อสินทรัพย์ของธุรกิจอื่นที่เป็นการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ข้างต้นนั้น ยังคงสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 51 วรรคสี่ (2) ที่ครอบคลุมทั้งการเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น และสามารถแก้ไขปัญหาในกรณีที่ผู้ประกอบการรายอื่นที่ถูกเข้าซื้อสินทรัพย์นั้นมีการประกอบธุรกิจหลายธุรกิจ และโดยรวมแล้วผู้ประกอบการรายนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีขนาดใหญ่ ซึ่งมีสินทรัพย์ที่ใช้ประกอบธุรกิจตามปกติเป็นจำนวนมาก ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถเข้า

CHULALONGKORN UNIVERSITY

(ii) accepting assignment of the whole or a substantial part of the fixed assets used for the business of another company

(iii) taking on a lease of the whole or a substantial part of the business of another company

(iv) undertaking the management of the whole or a substantial part of the business of another company

(v) entering into a contract which provides for a joint profit and loss account for business with another company

...”

Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part I Article 4 (3) “...a “substantial part” or not is examined on a case-by-case basis according to the actual position of the split business in the market. However, if the annual sales (or turnover corresponding to sales; the same shall apply hereinafter.) of the split business is 5% or less of the total sales of the splitting company and one hundred million yen or less, this split business is generally not considered to be a “substantial part.””

ควบคุมธุรกรรมการซื้อขายสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้

6.2.2.2 การเพิ่มเติมรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ข้อเสนอแนะอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 คือ การเพิ่มเติมรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากการศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์รูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศนั้น แสดงให้เห็นว่า รูปแบบของการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น ยังคงไม่ครอบคลุมถึงธุรกรรมบางประเภทที่ถือเป็นการรวมธุรกิจรูปแบบสำคัญ อันได้แก่ การร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้า ซึ่งเป็นธุรกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อโครงสร้างและการแข่งขันในตลาดได้เช่นเดียวกับการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการควบกิจการ การได้มาซึ่งหุ้น และการได้มาซึ่งสินทรัพย์ ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณาเพิ่มเติมรูปแบบของธุรกรรมอันถือเป็นการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้ครอบคลุมถึงการร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายรายด้วย

ในการเพิ่มเติมรูปแบบของการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น เนื่องจากมาตรา 51 วรรคสี่ของพระราชบัญญัตินี้มีลักษณะเป็นรายการของรูปแบบการรวมธุรกิจที่ยังรวมถึงรูปแบบอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ โดยเฉพาะในบทบัญญัติดังกล่าว กล่าวคือ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวนี้บัญญัติว่า

“มาตรา 51 ...

การรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง

(1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริกรรวมกับผู้บริกร อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และอีกธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

(2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ...”

ดังนั้น โดยถ้อยคำของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวที่บัญญัติว่า “การรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง” ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงมีอำนาจในการประกาศกำหนดให้ธุรกรรมรูปแบบอื่น ๆ ที่มีได้กำหนดไว้โดยเฉพาะในบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ต้องตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในฐานะที่เป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งได้

อาศัยบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณากำหนดให้กิจการร่วมค้ำนั้นเป็นการรวมธุรกิจที่ถูกกำกับดูแลภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจการร่วมค้ำที่มีลักษณะใดบ้างจึงจะถือเป็นการรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของกิจการร่วมค้ำที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้แก่

(1) มีการดำเนินการอย่างเป็นอิสระจากผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้ง โดยพิจารณาจากทรัพยากรที่เพียงพอในการประกอบธุรกิจด้วยตนเองของกิจการร่วมค้ำ ซึ่งหมายถึงมีความเพียงพอต่อการบริหารงานรายวัน ไม่ว่าจะเป็นการมีพนักงาน สินทรัพย์ หรือการจัดการทางการเงินเพื่อดำเนินกิจการทางการค้าต่าง ๆ

(2) วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งมิได้เป็นไปเพื่อดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อกิจการของผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้ง คือ จะต้องมิได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นเพียงผู้ผลิตหรือผู้ซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้งเท่านั้น หรือมิได้ถูกจัดตั้งเพื่อจำหน่ายสินค้าเพียงอย่างเดียว หรือจะต้องมิได้จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ หรือการผลิตเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

(3) มีการดำเนินการในระยะยาว โดยพิจารณาจากทรัพยากรที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันจัดตั้งใช้ในการร่วมลงทุนว่ามีทรัพยากรสำคัญในการที่จะดำเนินกิจการร่วมค้ำนั้นอย่างถาวรหรือไม่

ในการเพิ่มเติมให้กิจการร่วมค้ำที่มีลักษณะดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าในฐานะที่เป็นการรวมธุรกิจรูปแบบหนึ่งนั้น

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจำเป็นต้องพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดในประกาศ
คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

(1) ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การ
พิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการ
จัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณา
เพิ่มเติมข้อกำหนดในประกาศดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้า ดังนี้

“ข้อ 5 ให้การร่วมกันจัดตั้งกิจการร่วมค้าโดยผู้ประกอบการตั้งแต่
สองรายขึ้นไปที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทาง
การค้า ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นกิจการที่จดทะเบียนหรือไม่จดทะเบียนกับกรมพัฒนาธุรกิจ
การค้าก็ตาม

(1) มีการดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นอิสระจากผู้ประกอบการที่ร่วมกัน
จัดตั้ง

(2) มีวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งที่มีได้เป็นไปเพื่ดำเนินการอย่างใด
อย่างหนึ่งเพื่อกิจการของผู้ประกอบการที่ร่วมกันจัดตั้ง

(3) มีการดำเนินการในระยะยาว”

(2) ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ
และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 โดยที่คณะกรรมการการแข่งขัน
ทางการค้าควรพิจารณาปรับปรุงข้อกำหนดให้ครอบคลุมถึงการร่วมกันก่อตั้งกิจการร่วมค้าอย่าง
ชัดเจน ดังนี้

“ข้อ 5 ให้ผู้ประกอบการที่ขออนุญาตรวมธุรกิจตามมาตรา 51
วรรคสี่ (1) (2) หรือ (3) อันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใด
ตลาดหนึ่ง ยื่นคำขออนุญาตรวมธุรกิจพร้อมเอกสารหลักฐานประกอบตามข้อ 6 เพื่อ
ยื่นต่อสำนักงานในช่องทางที่สำนักงานประกาศกำหนด ทั้งนี้ สามารถดำเนินการได้
ด้วยตนเองหรือมอบอำนาจให้บุคคลอื่นดำเนินการแทน โดยจะต้องชำระค่าธรรมเนียม
ตามอัตราที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับผู้ประกอบการที่ร่วมกัน
จัดตั้งกิจการร่วมค้าโดยอนุโลม”

ทั้งนี้ เนื่องจากการจัดตั้งกิจการร่วมค้ำนั้นมีความแตกต่างบางประการจากการรวมธุรกิจตามมาตรา 51 วรรคสี่ (1) (2) และ (3) ดังนั้น จึงไม่สามารถนำเอาข้อ 5 และข้อ 6 ของประกาศฉบับนี้มาใช้บังคับกับกิจการร่วมค้ำได้ทั้งหมด แต่ให้นำมาใช้โดยอนุโลม

6.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าการปรับใช้แนวทางการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและผูกพันคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณาปัจจัยแต่ละประการตามที่ปรากฏอยู่ทั้งในมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ไว้ล่วงหน้านั้น ทำให้การกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติดังกล่าวขาดความแน่นอนและอาจก่อให้เกิดการพิจารณาที่ไม่ถูกต้อง จนนำไปสู่การกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ไม่เหมาะสม เพราะการนำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ยังคงพึ่งพาดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ ซึ่งคำวินิจฉัยการขออนุญาตรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่เกิดขึ้นนั้น เป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ที่แสดงให้เห็นว่าการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีการพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องด้วยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันจนขาดความแน่นอน ขณะที่การพิจารณาปัจจัยบางประการก็เป็นไปอย่างไม่ถูกต้อง อันอาจทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจไม่ประสบความสำเร็จดังเจตนารมณ์ของบทบัญญัติได้

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิจารณาการรวมธุรกิจรูปแบบอื่นที่มีใช้แนวนอนนั้น ในปัจจุบันยังไม่มีกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาที่แน่นอน ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถนำเสนอผลการประเมินที่ถูกต้องได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจซึ่งต้องอาศัยปัจจัยที่แตกต่างกับการรวมธุรกิจในแนวนอนเป็นอย่างมาก ขณะที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจอาศัยดุลพินิจในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจโดยทำการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ในแต่ละกรณีอย่างแตกต่างกัน จนทำให้การพิจารณาการรวมธุรกิจในแนวตั้งหรือการรวมธุรกิจแบบหลากหลายเป็นไปอย่างไม่แน่นอน เช่นเดียวกันกับที่เกิดขึ้นกับการรวมธุรกิจในแนวนอนในปัจจุบันได้

6.2.3.1 การกำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ชัดเจน

ในลำดับแรก คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการประเมินผลกระทบของการรวมธุรกิจให้ชัดเจน และเป็นไปตามมาตรฐานสากลซึ่งปรากฏในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีกรอบแนวทางในการพิจารณาการรวมธุรกิจในแต่ละกรณีที่มีความชัดเจนและแน่นอนมากขึ้น อีกทั้งจะทำให้การพิจารณาการรวมธุรกิจโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นมีความถูกต้องแม่นยำมากยิ่งขึ้น เนื่องจากได้ประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจโดยการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ อย่างครอบคลุมด้วยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ล่วงหน้าอย่างถูกต้อง

ทั้งนี้ ในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ข้างต้นนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณานำประเด็นต่าง ๆ ที่ใช้ในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันและการประเมินประสิทธิภาพของตลาดภายหลังการรวมธุรกิจตามข้อ 6 (3) (ข) ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นประเด็นที่ในปัจจุบันนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการ มากำหนดเป็นกรอบแนวทางในการพิจารณาความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ ประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และการไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม อันเป็นปัจจัยที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ดำเนินการในลักษณะดังกล่าวแล้วในการรวมธุรกิจบางกรณี¹⁵ เพื่อควบคุมการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาขออนุญาตการรวมธุรกิจให้มีความแน่นอน ซึ่งภายหลังจากการดำเนินการดังกล่าว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจมีแนวทางการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 ดังต่อไปนี้

ก. ประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณานำปัจจัยในการพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมากำหนดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ เช่น ต้นทุนการผลิตที่ต่ำลง ส่งเสริมการทำวิจัยและพัฒนา การจัด

¹⁵ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และบริษัท บ." [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hb/>

กระจายสินค้าและบริการที่มีประสิทธิภาพและตรงความต้องการของผู้บริโภคมากขึ้น ต้นทุนทางการเงินที่ต่ำลง และการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพสูงขึ้น เป็นต้น โดยที่ประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจนี้ จะต้องสามารถอธิบายและพิสูจน์ได้จริงเกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค และเพียงพอที่จะชดเชยผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่าในการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องระบุประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ข้อ 6 (4) (ก) นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านำประเด็นเรื่องประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจรวมเข้าไว้กับความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ ทั้งที่ประเด็นดังกล่าวทั้งสองนั้นเป็นคนละประเด็นกัน เพราะฉะนั้นการนำประเด็นที่แตกต่างกันมารวมไว้ด้วยกันจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเกิดความสับสนในการนำเสนอข้อมูลต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างมาก และยังอาจทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาประเด็นทั้งสองด้วยความปะปนกัน ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาแก้ไขประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในข้อดังกล่าว โดยแยกประเด็นระหว่างความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ กับประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจออกจากกันเป็นคนละข้อ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำเสนอข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจ และการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ข. การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง

ดังที่กล่าวแล้วว่าการกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องคำนึงถึงการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรงนั้น จะทำให้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ถูกนำไปใช้ในลักษณะที่เกินกว่ากรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และจะเป็นการให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการพิจารณาการรวมธุรกิจได้อย่างกว้างขวางเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาเสนอให้มีการปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำส่วนที่กำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องคำนึงถึง “การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง” ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว รวมถึงข้อ 10 ของประกาศประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 โดยแก้ไขเป็น “การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง” เพื่อให้การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นยังคงอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขัน

ทางการค้า และเป็นการจำกัดกรอบการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้เหมาะสม

ทั้งนี้ ภายหลังจากการแก้ไขดังกล่าวแล้ว อาจถือได้ว่าปัจจัยว่าด้วยการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรงเป็นถ้อยคำที่มีความสำคัญ อันมีลักษณะเป็นหลักการในการพิจารณาการรวมธุรกิจในการทำนองเดียวกันกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณานำปัจจัยในการพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญที่ปรากฏในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ มาเป็นกรอบแนวทางในการพิจารณาความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ อันได้แก่ปัจจัยดังต่อไปนี้

- (1) ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด
- (2) ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
- (3) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน
- (4) การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่และการขยายการผลิต
- (5) อำนาจของผู้ซื้อในตลาด
- (6) ประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ

ของคู่แข่ง

ค. ความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณากำหนดเงื่อนไขความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นครบตามเงื่อนไขทั้ง 3 ข้อ ดังนี้

- (1) ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นไม่สามารถบริหารจัดการทางการเงินให้เหมาะสมกับภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้
- (2) การรวมธุรกิจนี้เป็นวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด และ
- (3) หากไม่มีการรวมธุรกิจนี้ สินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจที่ประสบปัญหาจะต้องถูกนำออกไปจากตลาดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ง. การไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม

โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรกำหนดกรอบการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ กล่าวคือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้บริโภคส่วนรวมจากการรวมธุรกิจในลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) ผลกระทบในแง่ของราคาสินค้าหรือบริการ
- (2) ผลกระทบในแง่ของปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการ
- (3) ผลกระทบในแง่ของนวัตกรรมของสินค้าหรือบริการ
- (4) ผลกระทบในแง่ของความหลากหลายของสินค้าหรือบริการ

ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณานำประเด็นต่าง ๆ ที่ใช้ในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันและการประเมินประสิทธิภาพของตลาดภายหลังการรวมธุรกิจตามข้อ 6 (3) (ข) ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 มากำหนดไว้ในข้อ 10 ที่อยู่ภายใต้หมวด 3 การพิจารณาอนุญาตการรวมธุรกิจในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับดังกล่าวด้วย โดยมีลักษณะเป็นการอธิบายแนวทางการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้สอดคล้องกับกรอบแนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจข้างต้น ดังนี้

“ข้อ 10 ในการพิจารณาอนุญาต คณะกรรมการจะพิจารณาถึงความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ ประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง และการไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม โดยการประเมินจากปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) การกระจุกตัวในตลาด โดยคณะกรรมการอาจพิจารณาอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ หากปรากฏว่าการกระจุกตัวในตลาดตามดัชนีเฮอร์ฟิנדัล-เฮิร์ชแมน (HHI) เข้าเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้

(ก) ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ค่า HHI ของตลาดที่เกี่ยวข้องมีอัตราต่ำกว่า 1,500

(ข) ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ค่า HHI ของตลาดที่เกี่ยวข้องมีอัตราตั้งแต่ 1,500 - 2,500 แต่อัตราการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นจากก่อนการรวมธุรกิจไม่เกิน 250

(ค) ภายหลังจากการรวมธุรกิจ ค่า HHI ของตลาดที่เกี่ยวข้องมีอัตราสูงกว่า 2,500 แต่อัตราการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นจากก่อนการรวมธุรกิจไม่เกิน 150

(2) ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ หมายถึง ผลกระทบที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจสามารถทำอะไรเพิ่มขึ้นจากการขึ้นราคาหรือลดคุณภาพของสินค้าเนื่องจากการแข่งขันที่ลดลง โดยคณะกรรมการอาจพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(ก) ส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด

(ข) ความใกล้ชิดกันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจกัน

(ค) แรงกดดันจากผู้บริโภค

(ง) กำลังการผลิตส่วนเกินของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งในตลาด

(จ) ความสามารถในการขัดขวางการขยายธุรกิจของคู่แข่งรายอื่น ๆ

(ฉ) การก่อให้เกิดการกำจัดปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาด

(ช) ขนาดของตลาดที่เกี่ยวข้อง

(3) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน หมายถึง ผลกระทบที่เกิดจากการรวมธุรกิจซึ่งอาจเพิ่มความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจจะร่วมมือกันขึ้นราคาสินค้าภายหลังจากการรวมธุรกิจ โดยคณะกรรมการอาจพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(ก) สถานะของผู้ประกอบธุรกิจและสภาวะการแข่งขันในตลาด

(ข) การรับรู้ถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด

(ค) กลไกในการตอบโต้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนจากพฤติกรรมร่วมกัน

(ง) ศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

(4) อำนาจของผู้ซื้อในตลาด

(ก) การกระจุกตัวของตลาดฝั่งผู้ซื้อ

(ข) อัตรากำไรของผู้ซื้อ

(ค) ปริมาณสินค้าหรือบริการทางเลือก

(ง) ต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงสินค้าหรือบริการ

(5) การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่และการขยายการผลิตของคู่แข่งในตลาด โดยคณะกรรมการอาจพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(ก) ความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่และการขยายการผลิตของคู่แข่งในตลาด

(ข) ระยะเวลาในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่และการขยายการผลิตของคู่แข่งในตลาด

(ค) ความเพียงพอในการชดเชยขว่างพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ

(6) ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ โดยคณะกรรมการอาจพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(ก) ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถอธิบายและพิสูจน์ได้จริง

(ข) ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้

(ค) ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค

(7) ประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ โดยคณะกรรมการอาจพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(ก) ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถอธิบายและพิสูจน์ได้จริง

(ข) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้

(ค) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค

(ง) ประสิทธิภาพนั้นเพียงพอที่จะชดเชยผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

(8) ความจำเป็นของผู้ประกอบธุรกิจ โดยจะต้องเป็นความจำเป็นที่มีลักษณะครบถ้วนตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(ก) ผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจนั้นไม่สามารถบริหารจัดการทางการเงินให้เหมาะสมกับภาระหนี้สินที่เกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้

(ข) การรวมธุรกิจนี้เป็นวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด และ

(ค) หากไม่มีการรวมธุรกิจนี้ สิทธิประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจที่ประสบปัญหาจะต้องถูกนำออกไปจากตลาดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ในกรณีที่มีคำสั่งอนุญาต คณะกรรมการอาจกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่รับอนุญาตปฏิบัติได้

คณะกรรมการต้องระบุเหตุผลในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และลงลายมือชื่อของกรรมการที่พิจารณา โดยสำนักงานจะแจ้งผลการพิจารณาต่อผู้ขออนุญาตภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่คณะกรรมการมีคำสั่ง”

อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นการทำให้กระบวนการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจโดยปัจจัยต่าง ๆ ข้างต้นเป็นไปอย่างโปร่งใส คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาจัดทำแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขึ้น ในทำนองเดียวกันกับที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เคยจัดทำแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาพฤติกรรมต่าง ๆ ตามมาตรา 25 มาตรา 27 และมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่ออธิบายรายละเอียดในการพิจารณาหลักเกณฑ์แต่ละประการข้างต้นให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยนํารายละเอียดที่ปรากฏในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศมาเป็นแนวทาง

6.2.3.2 การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่นที่มีใช้การรวมธุรกิจในแนวนอน

ในลำดับถัดมา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์สำหรับพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง และผลกระทบจากการรวมธุรกิจในแบบหลากหลายไว้ต่างหากจากการรวมธุรกิจในแนวนอน เพื่อให้การพิจารณาการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีใช้แนวนอนของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น เป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจแต่ละรูปแบบ โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในหมวด 3 ว่าด้วยการพิจารณาอนุญาตการรวมธุรกิจ ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ดังนี้

“ข้อ 11 ในการพิจารณาอนุญาตให้รวมธุรกิจรูปแบบอื่นที่มีใช้แนวนอนนั้น คณะกรรมการจะพิจารณาถึงความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ ประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และการไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม โดยการประเมินจากปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) การกระจุกตัวในตลาด โดยคณะกรรมการอาจพิจารณาอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ หากปรากฏว่าการกระจุกตัวในตลาดตามดัชนีเฮอร์ฟิנדัล-เฮิร์ชแมน (HHI) ภายหลังจากการรวมธุรกิจมีอัตราต่ำกว่า 2,500

(2) ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ โดยคณะกรรมการอาจพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(ก) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจในการกีดกันการประกอบธุรกิจของคู่แข่ง

(ข) แรงจูงใจในการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจ

(3) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน โดยคณะกรรมการอาจพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(ก) ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในการมีพฤติกรรมร่วมกัน

(ข) แรงจูงใจในการมีพฤติกรรมร่วมกัน

ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการพิจารณาถึงอำนาจของผู้ซื้อในตลาด การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่และการขยายการผลิตของคู่แข่งในตลาด ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ประสิทธิภาพของตลาด ภายหลังจากการรวมธุรกิจ และความจำเป็นของผู้ประกอบธุรกิจ โดยนำประเด็นในข้อ 10 มาพิจารณาโดยอนุโลม...”

ในการนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงอาจพิจารณากำหนดนิยามของการรวมธุรกิจในแนวนอนเพิ่มเติมไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับดังกล่าว ด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าหลักเกณฑ์ในข้อ 11 นั้น จะนำมาใช้เป็นกรอบแนวทางในการพิจารณาการรวมธุรกิจที่มีรูปแบบตามที่ได้กำหนดไว้ในนิยามของการรวมธุรกิจในแนวนอนดังกล่าว ดังนี้

“ข้อ 3 ในประกาศนี้

“การรวมธุรกิจในแนวนอน” หมายความว่า การรวมธุรกิจที่ผู้รวมธุรกิจและผู้ถูกรวมธุรกิจนั้น ประกอบธุรกิจในตลาดเดียวกัน”

นอกจากนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาทำการอธิบายรายละเอียดในการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง และการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย โดยนำรายละเอียดที่ปรากฏในแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศมาเป็นแนวทาง และจัดทำเป็นแนวปฏิบัติการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เช่นเดียวกับที่กล่าวไว้ในข้อ 6.2.3.1 เพื่อให้การประเมินการรวมธุรกิจในแนวดิ่งและการรวมธุรกิจแบบหลากหลายนั้นเป็นไปโดยแน่นอน และมีความชัดเจน

6.2.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การวิเคราะห์และเปรียบเทียบกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น แสดงให้เห็นว่า กระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังคงสามารถปรับปรุงเพื่อให้กระบวนการดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งการปรับปรุงดังกล่าวจะส่งผลให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้อย่างราบรื่นมากขึ้น อีกทั้งผู้ประกอบการที่ต้องดำเนินการรวมธุรกิจก็จะได้รับประโยชน์จากการปรับปรุงนั้นด้วย

ทั้งนี้ ในการปรับปรุงกระบวนการดำเนินการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ

6.2.4.1 การเพิ่มเติมกระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่ากระบวนการขอคำปรึกษาล่วงหน้าต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น ก่อให้เกิดผลดีต่อทั้งผู้ประกอบการและต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ ผู้ประกอบการก็จะสามารถนำเสนอข้อมูลได้อย่างครบถ้วนตามที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายต้องการ ทำให้กระบวนการพิจารณาอย่างเป็นทางการนั้นเป็นไปด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้น ขณะที่องค์กรบังคับใช้กฎหมาย เมื่อได้พิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าวล่วงหน้าก่อนย่อมทำให้สามารถลดระยะเวลาที่ต้องใช้ในการพิจารณาอย่างเป็นทางการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้ประกอบการได้ดำเนินการปรับปรุงแผนการรวมธุรกิจในประเด็นที่อาจก่อให้เกิดความกังวลต่อการแข่งขันมาเป็นที่ยอมรับแล้ว ทำให้้องค์กรบังคับใช้กฎหมายสามารถพิจารณาได้อย่างรวดเร็ว

นอกจากนี้ ด้วยเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่ต้องดำเนินการขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบันนั้น เป็นการพิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ กล่าวคือ ผู้ประกอบการจะต้องดำเนินการขออนุญาตรวมธุรกิจต่อเมื่อการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นก่อให้เกิดผลดังกล่าวหรือไม่นั้น ประกอบไปด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ตั้งแต่การกำหนดขอบเขตตลาด การประเมินส่วนแบ่งตลาด และการพิจารณายอดขายในปีที่ผ่านมา อันเป็นกระบวนการที่ควรเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถนำผลการพิจารณาของตนให้้องค์กรบังคับใช้กฎหมายได้ตรวจสอบความถูกต้องตั้งแต่เบื้องต้น เพื่อที่จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง มิฉะนั้นแล้วผู้ประกอบการอาจถูกลงโทษตามมาตรา 81 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้

อย่างไรก็ดี ดังที่ปรากฏว่ามาตรา 59 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น มิได้เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการนำแผนการรวมธุรกิจตามมาตรา 51 ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยล่วงหน้าได้แต่อย่างใด จึงอาจเป็นเหตุให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถกำหนดกระบวนการให้คำปรึกษาเพื่อให้ผู้ประกอบการได้นำแผนการรวมธุรกิจของตนมาให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยล่วงหน้าซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ดังกล่าวข้างต้นได้ ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาเสนอแนะให้มี

การแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 59 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อแก้ไขข้อจำกัดดังกล่าว ดังนี้

“มาตรา 59 เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การประกอบธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจอาจยื่นคำร้องขอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยเป็นการล่วงหน้าในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 50

(2) การรวมธุรกิจตามมาตรา 51

(3) การประกอบธุรกิจที่มีลักษณะตามมาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 57 หรือมาตรา 58

การยื่นคำร้องขอตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

การวินิจฉัยคำร้องขอตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการอาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ได้

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้มีผลผูกพันเฉพาะผู้ร้องขอ และตามขอบเขตและระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด หากต่อมาภายหลังปรากฏต่อคณะกรรมการว่าข้อมูลที่ได้รับจากผู้ร้องขอที่ใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยของคณะกรรมการไม่ถูกต้องครบถ้วนในสาระสำคัญ หรือผู้ประกอบธุรกิจที่ยื่นคำร้องไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดตามวรรคสาม ให้คณะกรรมการเพิกถอนคำวินิจฉัยและแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบ”

ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใสและความล่าช้าของกระบวนการให้คำปรึกษาล่วงหน้าต่อผู้ประกอบธุรกิจ ดังที่เคยเกิดขึ้นในประเทศญี่ปุ่น¹⁶ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาอาศัยอำนาจตามมาตรา 59 วรรคสอง ในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการเข้าขอคำปรึกษาต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้กระบวนการดังกล่าวมีความโปร่งใส ชัดเจน และรวดเร็ว เช่นเดียวกับกระบวนการขอคำปรึกษาต่อ

¹⁶ Matsushita Mitsuo and Eriko Watanabe, "Japan," in *Merger Control Worldwide*, pp.846 - 847.

องค์การบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศสิงคโปร์

6.2.4.2 การปรับปรุงแก้ไขกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

นอกจากกระบวนการให้คำปรึกษาล่วงหน้าของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว การวิเคราะห์และเปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ยังแสดงให้เห็นว่าการกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่จะได้รับการปรับปรุง เพื่อให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัตินั้นก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการรายย่อยและเพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีระยะเวลาในการพิจารณาที่เหมาะสมกับความซับซ้อนของการรวมธุรกิจมากยิ่งขึ้น โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจ ในประเด็นดังต่อไปนี้

ก. การลดข้อมูลบางส่วนที่ผู้ประกอบการต้องนำเสนอต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการขออนุญาตรวมธุรกิจ กล่าวคือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาแก้ไขมิให้ผู้ประกอบการต้องมีหน้าที่นำส่งข้อมูลส่วนที่เป็นการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจ ตามข้อ 6 (3) (ข) ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 แก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อลดภาระและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการรวมธุรกิจของผู้ประกอบการ โดยให้การพิจารณาประเด็นต่าง ๆ เพื่อประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจนั้น เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่จะต้องคำนึงถึงในการพิจารณาอนุญาตการรวมธุรกิจตามหมวด 3 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับดังกล่าว ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งอาจทำให้การประเมินผลกระทบต่อแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องตามความเป็นจริงมากยิ่งขึ้น

ข. การปรับปรุงกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ การนำแนวทางในการแบ่งขั้นตอนกระบวนการพิจารณาออกเป็น 2 ขั้นตอน ดังที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ มาเป็นแนวทางในการปรับปรุงกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อให้การรวมธุรกิจที่ไม่ซับซ้อนนั้นได้รับการพิจารณาด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการ ขณะที่มีการรวมธุรกิจที่มีขนาดใหญ่และมีความซับซ้อนนั้น คณะกรรมการการแข่งขัน

ทางการค้าก็จะมีระยะเวลาในการพิจารณามากยิ่งขึ้น จึงทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีโอกาสนในการพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นได้โดยละเอียดยิ่งขึ้น ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงอาจพิจารณากำหนดกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของตนออกเป็น 2 ขั้นตอน ในทำนองเดียวกันกับที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ กล่าวคือ

(1) การพิจารณาช่วงที่ 1 อันเป็นการพิจารณาจากข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้นำเสนอต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทำการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ หากการรวมธุรกิจนั้นไม่มีความซับซ้อน และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นมีลักษณะเป็นไปตามมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็สามารถอนุญาตให้ผู้ประกอบการดำเนินกรรวมธุรกิจได้ โดยอาจกำหนดกรอบระยะเวลาของการพิจารณาในช่วงที่ 1 ไว้เพียง 30 วัน ในทำนองเดียวกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ

(2) การพิจารณาช่วงที่ 2 อันเป็นการพิจารณาโดยละเอียดนั้น เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีโอกาสนในการพิจารณาการรวมธุรกิจในบางกรณีที่มีความซับซ้อนมากด้วยความละเอียด จึงควรกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ระยะเวลาในการรวบรวมข้อมูลผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดจากการรวมธุรกิจ และพิจารณาการรวมธุรกิจดังกล่าวได้มากขึ้น โดยอาจกำหนดกรอบระยะเวลาของการพิจารณาในช่วงที่ 2 ไว้ราว 90 - 120 วัน ตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นสมควร อันจะทำให้ผลการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นมีความถูกต้องและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ ในการปรับปรุงกระบวนการพิจารณาการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาเสนอแนะให้มีการปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา 52 วรรคแรก ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้เป็นไปตามกระบวนการดังกล่าวที่เสนอแนะข้างต้นด้วย

“มาตรา 52 ในการพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 51 วรรคสอง ให้คณะกรรมการแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ช่วง โดยให้ดำเนินการพิจารณาช่วงแรกให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ หากคณะกรรมการไม่สามารถมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจได้ในการพิจารณาช่วงแรก ให้คณะกรรมการดำเนินการพิจารณาช่วงที่สองให้แล้วเสร็จภายในเก้าสิบวันนับแต่วันนับแต่วันที่คณะกรรมการได้รับคำขอพิจารณาช่วงที่สองจากผู้ประกอบการที่จะกระทำการรวมธุรกิจ และในกรณีมีความจำเป็นที่ไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา ให้

ขยายเวลาออกไปได้อีกไม่เกินสิบห้าวัน โดยบันทึกเหตุผลและความจำเป็นที่ต้อง
ดำเนินการพิจารณาช่วงที่สองหรือขยายเวลาไว้ในการพิจารณาวินิจฉัยด้วย

...”

6.2.5 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาตามกฎหมายการ แข่งขันทางการค้า

การวิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวทางในการกำหนดมาตรการเยียวยาระหว่าง
กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560
นั้น สะท้อนให้เห็นปัญหา 2 ประการเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการเยียวยาตามพระราชบัญญัติการ
แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กล่าวคือ ปัญหาเกี่ยวกับผู้มีภาระหน้าที่ในการกำหนดเงื่อนไขหรือ
ระยะเวลาที่เป็นมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ และปัญหาเกี่ยวกับกรอบ
แนวทางในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการที่กำหนดขึ้นนั้นดังที่ได้กล่าวแล้ว ซึ่ง
คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงอาจพิจารณาแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยแนวทางดังต่อไปนี้

6.2.5.1 การกำหนดกรอบแนวทางในการพิจารณาเงื่อนไขหรือระยะเวลาอันเป็น มาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ในปัจจุบันนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่มีกำหนดกรอบ
แนวทางหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวม
ธุรกิจ อันทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขหรือ
ระยะเวลาใด ๆ ได้อย่างอิสระ จนอาจทำให้เกิดกรณีที่มีมาตรการต่าง ๆ นั้นไม่สามารถเยียวยา
ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้อย่างแท้จริง เนื่องจากการขาดกรอบแนวทางที่จำกัดการ
ใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าดังที่ได้กล่าวแล้วนั้น

นอกจากนี้ หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาเห็นควร
กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องเป็นฝ่ายต้องกำหนดเงื่อนไขหรือระยะเวลาที่เป็นมาตรการเยียวยา
ผลกระทบจากการรวมธุรกิจ และเสนอมาตรการต่าง ๆ มาให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า
ตามที่ได้เสนอไปข้างต้น เช่นนี้ การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่มีกรอบแนวทางในการ
พิจารณามาตรการเยียวยาที่ผู้ประกอบธุรกิจเสนอนั้น ย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดมาตรการ
เยียวยาที่มีความเหมาะสมได้ยากยิ่งขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจไม่ทราบถึงแนวทางหรือหลักเกณฑ์
ในการพิจารณามาตรการเยียวยาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์
เพิ่มเติมในการพิจารณามาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ เพื่อเป็นการกำหนดกรอบการ

ใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้เป็นไปอย่างเหมาะสม และเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทำการกำหนดและเสนอมาตรการเยียวยาผลกระทบดังกล่าวได้อย่างสอดคล้องกับแนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามากที่สุด

ในการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาดังกล่าวนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ข้อ 10 วรรคสอง โดยทำการอธิบายหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการพิจารณาเงื่อนไขหรือระยะเวลาที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจปฏิบัติได้ดังนี้

“ข้อ 10 ...

ในกรณีที่มีคำสั่งอนุญาต คณะกรรมการอาจกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้รับอนุญาตปฏิบัติได้ ทั้งนี้ การกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขดังกล่าวนี้ควรได้สัดส่วนกับผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจ และสามารถป้องกันหรือลดหย่อนผลกระทบดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถนำไปปฏิบัติได้จริงภายในระยะเวลาอันสมควร

...”

นอกจากนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรพิจารณานำหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น รวมถึงเงื่อนไขของมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้างที่เป็นการจำหน่ายสินทรัพย์ซึ่งผู้ซื้อสินทรัพย์จะต้องมีความเหมาะสม และสามารถนำสินทรัพย์ดังกล่าวไปประกอบกิจการได้อย่างต่อเนื่องนั้น ไปจัดทำและอธิบายเพิ่มเติมเป็นแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ

6.2.5.2 การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่นำเสนอเงื่อนไขหรือระยะเวลาอันเป็นมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ดังที่กล่าวแล้วว่าในปัจจุบันนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะเป็นฝ่ายที่พิจารณากำหนดเงื่อนไขและระยะเวลาอันเป็นมาตรการเยียวยาที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องดำเนินการภายหลังจากที่ได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจ ซึ่งการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นฝ่ายรับภาระดังกล่าวไว้เองนั้น จะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถทำการกำหนดมาตรการที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องปฏิบัติตามได้อย่างมีประสิทธิภาพ เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสงค์จะรวมธุรกิจซึ่งเป็นผู้ที่มีข้อมูลการประกอบธุรกิจของตน รวมถึงข้อมูล

เกี่ยวกับระดับความเข้มข้นของการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างดีนั้นเป็นฝ่ายพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาดังกล่าวด้วยตนเอง ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณากำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องเป็นฝ่ายต้องเสนอเงื่อนไขหรือระยะเวลาอันเป็นมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ เพื่อให้มาตรการเยียวยาดังกล่าวนั้นเป็นมาตรการที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถปฏิบัติได้จริงภายในระยะเวลาอันสมควร โดยที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่มีภาระในการพิจารณาความเป็นไปได้ที่จะกำหนดมาตรการเยียวยาอื่น ๆ ที่มีอยู่อย่างหลากหลาย แต่มีประเด็นว่า มาตรการดังกล่าวจะเยียวยาผลกระทบได้อย่างเพียงพอจริงหรือไม่ขึ้นอีกดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ปรากฏก่อนหน้านี้

ทั้งนี้ แม้บทบัญญัติมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะบัญญัติให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นฝ่ายกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจปฏิบัติ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้จำกัดห้ามมิให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องเป็นฝ่ายเสนอมาตรการเยียวยาที่ตนพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหมาะสมต่อผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมายัง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อน เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นฝ่ายพิจารณาให้ความเห็นชอบถึงความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าว แล้วคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการเช่นนั้น อันเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติเกี่ยวกับมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ

ดังนั้น หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ รวมถึงมีรายละเอียดอธิบายเงื่อนไขในการกำหนดมาตรการดังกล่าวไว้เป็นแนวปฏิบัติแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณากำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายต้องเสนอเงื่อนไขหรือระยะเวลาที่เป็นมาตรการเยียวยาผลกระทบจากการรวมธุรกิจ เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำเสนอมาตรการเยียวยาที่มีความเหมาะสม เพื่อแก้ไขข้อกังวลของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณาใช้อำนาจตามข้อ 9 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ในการเชิญผู้ขออนุญาตรวมธุรกิจมารับทราบผลการพิจารณาการรวมธุรกิจในเบื้องต้น รวมถึงข้อกังวลของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่มีต่อการรวมธุรกิจ และกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องเป็นฝ่ายชี้แจงข้อมูลเกี่ยวกับเงื่อนไขหรือระยะเวลาที่เป็นมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวม

ธุรกิจ อันจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถพิจารณากำหนดมาตรการเยียวยาได้อย่างสอดคล้องกับข้อ
กังวลของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า



บรรณานุกรม

เอกสารภาษาต่างประเทศ

- ABA Section of Antitrust Law. FTC Practice and Procedure Manual. The United States of America: American Bar Association, 2007.
- Abir, D. Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis. International Tax & Business Lawyer 13, 2 (1996): 143 - 175.
- Acworth, W. M. The Northern Securities Case. Journal of the Society of Comparative Legislation 6, 2 (1905): 251 - 262.
- Akinori Uesugi, and Kaori Yamada. Merger Control: Japan [Online]. September 2019. Available from: <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/36/merger-control-japan/> [11 April 2020.]
- Akira Inoue. Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act. The Hague: Kluwer Law International, 2007.
- Akrani, G. What is Amalgamation? Definition, Meaning and Example [Online]. 2012. Available from: <https://kalyan-city.blogspot.com/2012/04/what-is-amalgamation-definition-meaning.html> [13 February 2021.]
- Anandarajah, K., and Lombardi, D. Singapore. In Edited by Dabbah, M. and Paul Lasok QC, Merger Control Worldwide. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Apiradee Springall. Thailand Trade Competition Act B.E. 2560: The New Merger Control (1). Assumption University Law Journal 10, 1 (January - June 2019): 1 - 26.
- Areeda, P. Antitrust Violations without Damage Recoveries. Harvard Law Review 89, 6 (1976): 1127 - 1139.
- Aw Cheng Wei. Singapore economy ranked world's most competitive [Online]. October 2019. Available from: <https://www.straitstimes.com/business/economy/singapore-economy-ranked-worlds-most-competitive> [8 April 2020.]
- Bain, J. S. Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries. Massachusetts: Harvard University Press, 1956.

- Baker, J. B. Market concentration in the antitrust analysis of horizontal mergers. In Edited by Hylton, K. N., Antitrust Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.
- Berry, M. N., and Scott, P. G. Merger Analysis of Failing or Exiting Firms under the Substantial Lessening of Competition Threshold. Canterbury Law Review 16, 1 (2010): 272 - 301.
- Binder, J. J. The Sherman Antitrust Act and the Railroad Cartels. Journal of Law & Economics 31, 2 (1988): 443 - 468.
- Biro, Z., and Parker, D. A New EC Merger Test: Dominance v Substantial Lessening of Competition. Competition Law Journal 1, 2 (2002): 157 - 166.
- Bittlingmayer, G. Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave? Journal of Law & Economics 28, 1 (1985): 77 - 118.
- Braun, J. K. Premerger Notification in the US. International Business Lawyer 21, 5 (May 1993): 220 - 221.
- Bundeskartellamt. Prohibition Criteria in Merger Control – Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition? [Online]. 2001. Available from: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Prohibition%20Criteria%20in%20Merger%20Control%20-%20Dominant%20Position%20versus%20Substantial%20Lessening%20of%20Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=3 [8 March 2020.]
- Burger-Smidt, A. Common Shareholding And Cross-Directorship – A Competitive Conundrum When Investing [Online]. September 2017. Available from: https://www.werksmans.com/wp-content/uploads/2018/10/17541-September-Legal-Brief_Compediton-FA.pdf [15 May 2019.]
- Carstensen, P. C. The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in an Unpredictable World. Antitrust Law Journal 80, 2 (2015): 219 - 267.
- Cary, G. S., and Bruno, M. R. Merger Remedies. Administrative Law Review 49, 4 (Fall 1997): 875 - 888.
- Cernak, S. Unwinding consummated mergers - just because you can does not mean you should [Online]. 7 May 2020. Available from: <https://www.wlf.org/2020/>

05/07/publishing/unwinding-consummated-mergers-just-because-you-can-do-es-not-mean-you-should/ [3 July 2021.]

CFI. Asset Purchase vs Stock Purchase [Online]. Available from: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/deals/asset-purchase-vs-stock-purchase/> [14 February 2021.]

Competition & Consumer Commission Singapore. "CCCS Guidelines on Merger Procedures." July 2012.

———. "CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers 2016." December 2016.

———. FORM M1 - Information Required for Application for Decision Undersections 57 and 58 of the Competition Act (Cap 50b) [Online]. 2012. Available from: <https://www.cccs.gov.sg/-/media/custom/ccs/files/working-with-ccs/notifying-a-merger/submit-a-merger-notification/cccs-forms/cccs-merger-form-m1.pdf?language=en&hash=0D3BE3E62694E7C1C04B016B257A35E1DC7779F3> [27 July 2021.]

———. "The Substantive Assessment of Mergers." December 2016.

Competition and Consumer Commission of Singapore. Who We Are [Online]. December 2019. Available from: <https://www.cccs.gov.sg/about-cccs> [10 April 2020.]

Cook, P., Kirkpatrick, C., Minogue, M., and Parker, D. Leading Issues in Competition, Regulation and Development. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2005.

Davidson, K. M. The Reports on Divestiture Remedies of the US FTC and EU DG Comp [Online]. February 2006. Available from: <http://www.antitrustinstitute.org/files/482.pdf> [16 May 2021.]

Day, K. Drug Firms Sandoz, Ciba-Geigy to Merge [Online]. March 1996. Available from: <https://www.washingtonpost.com/archive/business/1996/03/07/drug-firms-sandoz-ciba-geigy-to-merge/0bf93271-2698-498e-9f45-887ee6660148/> [14 February 2021.]

Department of Justice. Department of Justice Antitrust Division Statement on the Closing of Its Investigation of Whirlpool's Acquisition of Maytag [Online]. March 2006. Available from: https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2006/215326.htm [18 March 2021.]

- — —. Justice Department Allows Comcast-NBCU Joint Venture to Proceed with Conditions [Online]. January 2011. Available from: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-allows-comcast-nbcu-joint-venture-proceed-conditions> [18 April 2021.]
- Depoortere, F., and Motta, G. The Doctrine of Collective Dominance: All Together Forever? [Online]. Available from: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-doctrine-of-collective-dominance-all-together-forever/> [18 July 2017.]
- DG Competition. "Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings." January 2004.
- Directorate General for Competition. Merger Remedies Study [Online]. October 2005. Available from: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf [16 May 2021.]
- Dunlop, L., and Speiser, S. Merger control in the United States: overview [Online]. February 2020. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a427200](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a427200) [13 April 2020.]
- Egge, M. G., and Cruise, J. D. Practical guide to the U.S. merger review process. Competition Law Journal, 1 (2014).
- Elhauge, E. United States Antitrust Law and Economics. New York: Foundation Press, 2008.
- Elliott, P., Acker, J. V., and Gordley, C. Merger control in the EU: overview [Online]. November 2019. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a583116](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a583116) [12 April 2020.]
- Erlichman, J. Three years after Microsoft acquisition, LinkedIn keeps quietly climbing [Online]. October 2019. Available from: <https://www.bnnbloomberg.ca/three-years-after-microsoft-acquisition-linkedin-keeps-quietly-climbing-1.1335990> [16 February 2021.]
- Etsuko Kameoka. Competition Law and Policy in Japan and the EU. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2014.

- European Commission. "Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings." 16 April 2008.
- — —. FORM CO RELATING TO THE NOTIFICATION OF A CONCENTRATION PURSUANT TO REGULATION (EEC) No 4064/89 [Online]. December 1994. Available from: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/co_en.html [27 July 2021.]
- — —. "Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings." 18 October 2008.
- — —. HR Key Figures: Staff Members [Online]. 2021. Available from: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/european-commission-hr_key_figures_2021_en.pdf [14 May 2021.]
- Ezrachi, A. EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases. 5th ed. Oregon: Hart Publishing, 2016.
- Federal Trade Commission. About Early Termination Notices [Online]. Available from: <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/early-termination-notice/about-early-termination-notice> [13 April 2021.]
- — —. FTC Closes its Investigation of Genzyme Corporation's 2001 Acquisition of Novazyme Pharmaceuticals, Inc. [Online]. January 2004. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2004/01/ftc-closes-its-investigation-genzyme-corporations-2001> [27 March 2021.]
- — —. HSR threshold adjustments and reportability for 2021 [Online]. February 2021. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2021/02/hsr-threshold-adjustments-reportability-2021> [10 April 2021.]
- — —. Merger Review [Online]. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/merger-review> [13 April 2020.]
- — —. Model Request for Additional Information and Documentary Material (Second Request) [Online]. May 2019. Available from: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/merger-review/may2019_model_second_request_final.pdf [13 April 2020.]

- — —. Nestle- Dreyer's Settle FTC Charges [Online]. June 2003. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2003/06/nestl-dreyers-settle-ftc-charges> [26 March 2021.]
- — —. NOTIFICATION AND REPORT FORM FOR CERTAIN MERGERS AND ACQUISITIONS [Online]. February 2017. Available from: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/form-instructions/hsr_form_ver_102_-_01-02-17_0.pdf [27 July 2021.]
- — —. Steps for Determining Whether an HSR Filing is Required [Online]. September 2008. Available from: <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/steps-determining-whether-hsr-filing> [10 April 2021.]
- Federal Trade Commission and Department of Justice. Hart-Scott-Rodino Annual Report Fiscal Year 2019 [Online]. 2019. Available from: <https://www.ftc.gov/reports/hart-scott-rodino-annual-report-fiscal-year-2019> [11 April 2021.]
- Filippelli, M. Collective Dominance and Collusion. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.
- — —. Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.
- FTC Premerger Notification Office. To File or Not to File: When You Must File a Premerger Notification Report Form [Online]. September 2008. Available from: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide2.pdf> [11 April 2021.]
- Garner, B. A. Black's Law Dictionary. 8th ed. Minnesota: West Publishing, 2004.
- Geradin, D., Hofer, P., Louis, F., Petit, N., and Walker, M. The Concept of Dominance in EC Competition Law [Online]. Aug 2005. Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144 [19 June 2017.]
- Geradin, D., Layne-Farrar, A., and Petit, N. EU Competition Law and Economics. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Gormsen, L. L. Collective dominance: An overview of national case law [Online]. Available from: http://www.biicl.org/documents/554_collective_dominance.pdf?showdocument=1 [19 June 2017.]
- Goyder, D. G. EC Competition Law. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2003.

- Greco, A. J. An Update on the Premerger Notification Program in the United States. Journal of Advanced Research in Law and Economics 7, 8 (Winter 2016): 1994 - 2009.
- Groshinski, K., and Davies, C. Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide. The Hague: Kluwer Law International, 2015.
- Hawk, B., Stoll, N. R., and Schwartz, K. United States of America. In Edited by Dabbah, M. and QC, P. L., Merger Control Worldwide. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Heimler, A. Was the Change of the Test for Merger Control in Europe Justified? An Assessment (Four Years after the Introduction of SIEC). European Competition Journal 4, 1 (2008): 85 - 94.
- Hildebrand, D. The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules. 3rd ed. Amsterdam: Kluwer Law International, 2009.
- Hogan Lovells Lee & Lee. Competition law in Singapore [Online]. January 2015. Available from: https://www.hoganlovells.com/~media/hogan-lovells/pdf/publication/competition-law-in-singapore--jan-2015_pdf.pdf [8 April 2020.]
- Hovenkamp, H. Black Letter Outline on Antitrust. Minnesota: West Academic Publishing, 2005.
- . Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. 5th ed. Minnesota: West Publishing, 2016.
- . Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. 6th ed. Minnesota: West Academic, 2020.
- . Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. 3rd ed. Minnesota: West Publishing, 2005.
- . Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. 2nd ed. Minnesota: West Publishing, 2001.
- . Principles of Antitrust. Minnesota: West Academic Publishing, 2017.
- . Prophylactic Merger Policy. Hastings Law Journal 70, 1 (December 2018): 45 - 74.
- Hylton, K. N. Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

- Japan Fair Trade Commission. About the JFTC : Staff and Budget [Online]. 1995 - 2017. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/statistics.html [23 November 2019.]
- . "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination." 17 December 2019.
- . JFTC - Organizational Chart [Online]. April 2017. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/index_files/170919.pdf [11 April 2020.]
- . Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2014 [Online]. 10 June 2015. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/MajorBusinessCombinationCasesFY2014.pdf [21 June 2021.]
- . Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2015 [Online]. 8 June 2016. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/171020.pdf [16 June 2021.]
- . Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2016 [Online]. 14 June 2017. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/MajorBusinessCombinationCasesFY2016.pdf [18 June 2021.]
- . Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2017 [Online]. 6 June 2018. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/MajorBusinessCombinationsinFY2017.pdf [23 June 2021.]
- . Merger Notification and Procedures Template [Online]. July 2015. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/ICNmerger.html [12 April 2020.]
- . Policies Concerning Procedures of Review of Business Combination [Online]. 17 December 2019. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/191217.pdf [24 June 2021.]
- . Policies dealing with prior consultation regarding enterprise combination plans [Online]. 11 December 2002. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly_2002/dec/2002_dec_11_1_files/2002-Dec-11_1.pdf [24 June 2021.]
- . Rules on Applications for Approval, Reporting, Notification, etc. Pursuant to the Provisions of Articles 9 to 16 of the Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade [Online]. 1 September 1953. Available from:

- https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/index_files/todokedekisoku.pdf [24 June 2021.]
- Jones, A., and Sufrin, B. EC Competition Law: Text, Cases, and Materials. New York: Oxford University Press, 2001.
- Jones, A., Sufrin, B., and Dunne, N. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Jr., W. H. O. The Clayton Act: Then and Now. ABA Section of Antitrust Law 24 (1964): 44 - 53.
- Kai-Uew Kühn. The Coordinated Effects of Mergers. In Edited by Buccirosi, P., Handbook of Antitrust Economics. Massachusetts: MIT Press, 2008.
- Kanellos, M. Compaq to buy Digital for \$9.6 billion [Online]. 1998. Available from: <https://www.cnet.com/news/compaq-to-buy-digital-for-9-6-billion/> [14 February 2021.]
- Kar, N., Sherman, A., Patureau, S., Bauer, B., and Guderian, J. A resolution to keep: Unlock the interlocks [Online]. January 2020. Available from: <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/linkingcompetition/2020/january/a-resolution-to-keep-unlock-the-interlocks> [10 July 2021.]
- Koki Arai. Law and Economics in Japanese Competition Policy. Singapore: Springer, 2019.
- Kokkoris, I. Competition Cases from the European Union. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- . The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours Case - The Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test. European Competition Law Review 26, 1 (2005): 37 - 47.
- Kokkoris, I., and Shelanski, H. EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Korea Fair Trade Commission. "Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position." 13 August 2013.
- Kozo Kawai, Kazumaro Kobayashi, and Tatsuya Tsunoda. Merger control in Japan: overview [Online]. November 2019. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-504-3670?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) [11 April 2020.]

- Kumar, M., and Yadav, B. Mergers and Acquisitions in India. International Journal of Research in Humanities and Social Sciences 1, 8 (October - November 2013): 49 - 53.
- Kwoka, J. Merger Remedies: An Incentives/Constraints Framework. The Antitrust Bulletin 62, 2 (2017): 367 - 381.
- . Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy. Massachusetts: The MIT Press, 2015.
- Lang, C. D. The Maverick Theory: Creating Turbulence for Mergers. Saint Louis University Law Journal 59 (2014): 257 - 282.
- Lim Chong Kin, and Cavinder Bull SC. Competition Law and Policy in Singapore. 2nd ed. Singapore: Academy Publishing, 2015.
- Lim Chong Kin, and Chew, C. Mergers. In Edited by Cavinder Bull SC and Lim Chong Kin, Competition Law and Policy in Singapore. Singapore: Academy Publishing, 2015.
- Lim Chong Kin, and Clements, S. Competition Law in Singapore. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.
- Lindsay, A. The EU Merger Regulation: Substantive Issues. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- Lorenz, M. An Introduction to EU Competition Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Martin, S. The Goals of Antitrust and Competition Policy. Purdue CIBER Working Papers, Paper 48 (July 2007): 1 - 72.
- Masako Wakui. Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan. 2nd ed. Nevada: JSPS Kakenhi, 2018.
- Matsushita Mitsuo, and Eriko Watanabe. Japan. In Edited by Dabbah, M. and QC, P. L., Merger Control Worldwide. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Meek, T. This month in 1996: Ciba-Geigy and Sandoz merge [Online]. March 2014. Available from: http://www.pmlive.com/pharma_news/this_month_in_1996_ciba-geigy_and_sandoz_merge_553502 [14 February 2021.]
- Mehra, S. K. Same Plant, Different Soil: Japan's New Merger Guidelines. Northwestern Journal of International Law & Business 26, 3 (Spring 2006): 515 - 526.

- Mitsuo Matsushita, and Davis, J. D. Introduction to Japanese Antimonopoly Law. Tokyo: Yuhikaku, 1990.
- Money Instructor. Business Management: Mergers and Acquisitions [Online]. Available from: <https://www.moneyinstructor.com/doc/mergeracquisition.asp> [14 February 2021.]
- Morgan, B. Why Transparency In Marketing Is Key For the Customer Experience [Online]. 2015. Available from: <https://www.forbes.com/sites/blakemorgan/2015/09/08/why-transparency-in-marketing-is-key-for-the-customer-experience/#2c41fc061b9f> [11 September 2017.]
- Mucchetti, P., Pozen, S., Cornell, T., Lee, E., and Pak, J. Merger control in the United States: overview [Online]. December 2020. Available from: [https://uk.practilaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a455828](https://uk.practilaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a455828) [16 April 2021.]
- Mullenix, J. W. The Premerger Notification Program at the Federal Trade Commission. Antitrust Law Journal 57, 1 (1988): 125 - 132.
- Niels, G., Jenkins, H., and Kavanagh, J. Economics for Competition Lawyers. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Noll, R. G. Buyer Power and Economic Policy. Antitrust Law Journal 72, 2 (January 2005): 589 - 624.
- OpenStax. Business Law I Essentials. Texas: Rice University, 2019.
- Pfunder, M. R. Premerger Notification After One Year: An FTC Staff Perspective. Antitrust Law Journal 48, 5 (1979): 1487 - 1502.
- Polverino, F. Assessment of Coordinated Effects in Merger Control: Between Presumption and Analysis. University College Dublin Law Review 6, 1 (2006): 1 - 29.
- Posner, R. A. Antitrust Law. 2nd ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- Prager, R. A. The Effects of Horizontal Mergers on Competition: The Case of the Northern Securities Company. The RAND Journal of Economics 23, 1 (1992): 123 - 133.
- Preece, E. Merger, Acquisition, Amalgamation, and Consolidation: Understanding the Differences [Online]. November 2020. Available from: <https://www.bdc magazine.com/2020/11/business-law-money/merger-acquisition-amalgamation-and-consolidation-understanding-the-differences/> [14 February 2021.]

- QC, P. L., and Holmes, J. European Union. In Edited by Dabbah, M. and QC, P. L., Merger Control Worldwide. New York: Cambridge University Press, 2012.
- Renckens, A. Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense. Journal of Competition Law and Economics 3, 2 (2007): 149 - 179.
- Rice, D. A. Antitrust and Bank Mergers: United States v. Phillipsburg National Bank and Trust Co. Southwestern Law Journal 25, 2 (1971): 317 - 325.
- Riesenkampff, A. The New E.C. Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation. Northwestern Journal of International Law & Business 24, 3 (2004): 715 - 727.
- Robinson, C. Successes and Failures in Regulating and Deregulating Utilities: Evidence from the UK, Europe and the USA. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004.
- Ross, T. W., and Baziliauskas, A. Lessening of Competition in Mergers under the Competition Act: Unilateral and Interdependence Effects. Canadian Business Law Journal 33 (2000): 373 - 426.
- Rydman, K. Collective Dominance: How is it interpreted and how does it correlate with tacit coordination. Master's Thesis, Legal Department Stockholms Universitet. 2012.
- S Gurusamy. Financial Services. 2nd ed. New Delhi: Tata McGraw Hill, 2009.
- Schlossberg, R. S. Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues. 2nd ed. The United States of America: American Bar Association, 2004.
- Schmidt, J. P. Germany : Merger control analysis of minority shareholdings – a model for the EU ? Concurrences, 2 (May 2013): 207 - 212.
- Shencopp, E. L. Joint Venture Antitrust Considerations [Online]. 2018. Available from: [https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/1 / 0 1 / joint-venture-anti-trust-considerations-lexisnexis/files/joint-venture-antitrust-consideration-s-with-datepd/fileattachment/joint-venture-antitrust-considerations-with-date.pdf](https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/1/01/joint-venture-anti-trust-considerations-lexisnexis/files/joint-venture-antitrust-consideration-s-with-datepd/fileattachment/joint-venture-antitrust-considerations-with-date.pdf) [27 March 2020.]
- Shiau, D. Singapore. In Edited by Groshinski, K. and Davies, C., Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide. The Hague: Kluwer Law International, 2015.

- Shiau, D., and Chen, E. Merger Control in Singapore: Law and Practice. Singapore: LexisNexis, 2011.
- Stiglitz, J. E., and Driffill, J. Economics. New York: W.W. Norton and Company, 2000.
- Susan de Silva, Jacob, S., Seah, S., L Kuppanchetti, and Bishop, S. Business Guide to Competition Law: Managing Your Risks. Singapore: Sweet & Maxwell.
- Taisuke Igaki, and Yosuke Yamaguchi. Japan. In Edited by Campbell, D., Mergers and Acquisitions in North America, Latin America, Asia and the Pacific: Selected Issues and Jurisdictions. The Hague: Kluwer Law International, 2011.
- Taylor, P. M. E.C. & U.K. Competition Law & Compliance. London: Sweet & Maxwell, 1999.
- The United States Office of Personnel Management. Employment and Trends [Online]. 2011. Available from: <https://www.opm.gov/policy-data-oversight/data-analysis-documentation/federal-employment-reports/employment-trends-data/2011/december/table-2/> [30 December 2020.]
- Thépot, F., Hugon, F., and Luinaud, M. Interlocking Directorates and Anti-Competitive Risks: An Enforcement Gap in Europe? Concurrences, 1 (February 2016).
- U.S. Department of Justice. 1992 Merger Guidelines [Online]. 1992. Available from: <https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines> [25 March 2021.]
- . "Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies." edited by Division, A., June 2011.
- . Chapter I. Organization and Functions of the Antitrust Division [Online]. Available from: <https://www.justice.gov/atr/file/761126/download> [13 April 2020.]
- . FY 2020 Budget Request At A Glance [Online]. Available from: <https://www.justice.gov/jmd/page/file/1142391/download> [13 April 2020.]
- . "Merger Guidelines." 14 June 1984.
- U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors." April 2000.
- . "Horizontal Merger Guidelines." 19 August 2010.
- U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission. "Vertical Merger Guidelines." 30 June 2020.

- Varga, S. The Economics of E.C. Competition Law: Concepts, application and measurement. Review of EU Law 5 (2006): 5 - 24.
- Venit, J. S. Widening the 'gap' - the substantial lessening of the Commission's evidentiary burden and the demise of coordinated effects under the SIEC test and §§24/25 of the Horizontal Merger Guidelines. European Competition Journal 11, 2 - 3 (2015): 291 - 318.
- Walle, S. V. Remedies in EU Merger Control - An Essential Guide [Online]. May 2021. Available from: <https://ssrn.com/abstract=3782333> [23 July 2021.]
- WallStreetMojo. Acquisitions Examples [Online]. Available from: <https://www.wallstreetmojo.com/acquisitions-examples/> [15 February 2021.]
- Whish, R., and Bailey, D. Competition Law. 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- . Competition Law. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2012.
- Wilkinson, L. A. Interlocking Directorates [Online]. 2017. Available from: https://www.weil.com/~media/files/pdfs/2017/lit_febmar17_spotlighton.pdf [27 March 2020.]
- William J. Kolasky Jr., and Lowe, J. W. The Merger Review Process at the Federal Trade Commission: Administrative Efficiency and the Rule of Law. Administrative Law Review 49, 4 (1997): 889 - 914.
- Yadav, V. Amalgamation – Meaning, Effects, Pros and Cons [Online]. 2020. Available from: <https://www.monetarysection.com/topics/amalgamation-meaning-effects-pros-and-cons> [13 February 2021.]
- Yusuke Nakano, Takeshi Suzuki, Kiyoko Yagami, and Nakabayashi, K. The Merger Control Review: Japan [Online]. September 2020. Available from: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-merger-control-review/japan> [22 July 2021.]
- Yusuke Nakano, and Taku Matsumoto. Japan. In Edited by Grosinski, K. and Davies, C., Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide. The Hague: Kluwer Law International, 2015.

เอกสารภาษาไทย

- Brand Buffet. 10 เรื่องเบื้องหลังเมกะดีล “บีทีเอส” แต่งงานกับ “แสนสิริ” [ออนไลน์]. ตุลาคม 2557. แหล่งที่มา: <https://www.brandbuffet.in.th/2014/10/bts-sansiri-joint-venture-deal/> [เข้าถึงเมื่อ 22 มีนาคม 2563]
- Money Buffalo. “Joint Venture” อีกหนึ่งทางเลือกของการทำธุรกิจในยุคสมัยนี้ [ออนไลน์]. มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: <https://www.moneybuffalo.in.th/ธุรกิจและเศรษฐกิจ/joint-venture-ทางเลือกธุรกิจ> [เข้าถึงเมื่อ 22 มีนาคม 2563]
- . สรุปรายละเอียด ดีล “CP” ซื้อหุ้น Tesco Lotus [ออนไลน์]. มีนาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.moneybuffalo.in.th/business-economy/cp-ซื้อหุ้น-tesco-lotus> [เข้าถึงเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2564]
- เกรียงศักดิ์ ชีระโกวิทขจร. เครือข่ายคืออำนาจ เข้าใจอิทธิพลของแพลตฟอร์มดิจิทัลอย่างรอบด้าน [ออนไลน์]. ตุลาคม 2020. แหล่งที่มา: <https://decode.plus/20201014-2/> [เข้าถึงเมื่อ 6 พฤษภาคม 2564]
- เจมส์ ฟูลเชอร์. ทฤษฎี : ความรู้ฉบับพกพา. กรุงเทพมหานคร: โอเพ่นเวิลด์ส, 2554.
- เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล. ทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: <http://chalemchai-nbtc.blogspot.com/2013/06/public-interest-theory-common-well.html> [เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2562]
- เบต โรบิน. เศรษฐศาสตร์จุลภาค (ฉบับมาตรฐาน). แปลโดย จุฑามาศ ทวีไพบูลย์วงศ์. กรุงเทพมหานคร: เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2550.
- ไกรยุทธ ชีระยาสินนท์. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐ. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2525.
- กฤษณ์ วสินนท์. หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. ใน ณรงค์เดช สรุโฆษิต (บรรณาธิการ), แทนดอกไม้ไหว้ครู : รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สเจริญ การพิมพ์ จำกัด, 2554.
- กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ. กลยุทธ์การควบรวมกิจการอย่างมืออาชีพ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557.
- . รู้เพื่อการควบรวมกิจการ : โอกาสของธุรกิจไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557.
- กีเดช อนันต์ศิริประภา. ธุรกิจประกันภัยไทย: ทำไมต้องมี M&A. วารสารประกันภัย 33, 139 (เมษายน - มิถุนายน 2561): 4 - 9.

- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- ชนกานต์ บุญญสิทธิ์. Merger & Acquisition Contract drafting & review. โครงการอบรมเชิงปฏิบัติการ หลักสูตร "TAI Smart Internship 2020" สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. 2563.
- ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 2. เชียงราย: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2553.
- ชัยรัตน์ เอี่ยมกุลวัฒน์. เศรษฐศาสตร์ภาครัฐ : ทฤษฎีและแนวคิดเชิงนโยบาย. กรุงเทพมหานคร: คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 27. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- ชูศักดิ์ จรยุทธสวัสดิ์. ระบบเศรษฐกิจและการพัฒนาการเศรษฐกิจไทย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: ส. เสริมมิตรการพิมพ์, 2555.
- ณรงค์ โพธิ์พุกขานันท์. สังคมกับเศรษฐกิจ. ปทุมธานี: พูลสวัสดิ์ พับลิชชิ่ง, 2555.
- دنخ ต้นเทอดทิตย. โฟร์โมสต์ มีอาจไม่เคยเลื่อนไหว [ออนไลน์]. สิงหาคม 2532. แหล่งที่มา: <http://info.gotomanager.com/news/details.aspx?id=7624> [เข้าถึงเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2564]
- ดวงเดือน สุเทพพร. การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจในขอบเขตของกฎหมายมหาชน. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2546.
- ถนัดกิจ จันกิเสน. 'เทสโก้ โลตัส' คืนสู่มือซีพี ดิสนี้จะเปลี่ยนสมรภูมิค้าปลีกให้ร้อนแรงขึ้นแค่ไหน [ออนไลน์]. พฤศจิกายน 2563. แหล่งที่มา: <https://thestandard.co/tesco-lotus-returns-to-cp/> [เข้าถึงเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2563]
- ทรงธรรม ปิ่นโต และจรรยา เปรมศิลป์. เศรษฐศาสตร์...เล่มเดียวอยู่. กรุงเทพมหานคร: ธนาการแห่งประเทศไทย, 2555.
- ธรรมนิตย์ สุ่มันตกุล. กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : การออกกฎและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ [ออนไลน์]. มิถุนายน 2557. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=233> [เข้าถึงเมื่อ 17 ตุลาคม 2562]
- ธรรมรักษ์ เรืองจรัส. อรัณยบท : ทฤษฎีรัฐประศาสนศาสตร์ [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: http://www.thai-hrd.com/images/column_1271961326/Introduction%20to%20Public%20Administration.pdf [เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2562]

- นราทิพย์ ชูติวงศ์. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.
- ปณชัย อารีเพิ่มพร. สิงคโปร์สั่งปรับ Grab และ Uber รวม 13 ล้านเหรียญ เหตุผูกขาดการให้บริการ หลังควบรวมกิจการ [ออนไลน์]. กันยายน 2561. แหล่งที่มา: <https://thestandard.co/singapore-competition-watchdog-fines-grab-uber/> [เข้าถึงเมื่อ 22 มีนาคม 2563]
- พอล โบเยอร์. ประวัติศาสตร์อเมริกา : ความรู้ฉบับพกพา. แปลโดย ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ และอาจุธ อีระเอก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บุ๊คสเคป, 2561.
- รองเอก วรรณพฤกษ์. การรวมธุรกิจ. วารสารวิชาการศรีปทุม ชลบุรี 11, 4 (เมษายน - มิถุนายน 2558): 49 - 59.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น : เศรษฐศาสตร์สำหรับบุคคลทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- . หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล. เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีต้นทุน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2538.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- . คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล และณัชพล จิตติรัตน. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น. ใน ศักดิ์ดา ธนิตกุล (บรรณาธิการ), กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- ศักดิ์ชัย พฤตมัท. เมื่อวอลล์มา ทำไมโพรมิสต์ต้องไป? [ออนไลน์]. กันยายน 2562. แหล่งที่มา: <https://www.businesstoday.co/opinions/23/09/2019/6407/> [เข้าถึงเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2564]
- ศิริศักดิ์ จิงถาวรณ. หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.
- ศุภวัชร มาลานนท์. กฎหมาย 4.0. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ข้อจำกัดและการปฏิรูป [ออนไลน์]. กรกฎาคม 2555. แหล่งที่มา: <https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2012/09/wb92.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563]
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. [ออนไลน์]. พฤศจิกายน 2559. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/02/know-06-2.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563]
- . ข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. [ออนไลน์]. พฤศจิกายน 2559. แหล่งที่มา: https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/apnla2559-070.pdf [เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563]
- . รายงานการประชุม สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 20 วันศุกร์ที่ 24 มีนาคม 2560 [ออนไลน์]. มีนาคม 2560. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/518414> [เข้าถึงเมื่อ 21 มีนาคม 2563]
- สมาคมบริษัทหลักทรัพย์. ทำธุรกิจหลักทรัพย์ ไม่ง่ายอย่างที่คิด [ออนไลน์]. ตุลาคม 2559. แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/720919> [เข้าถึงเมื่อ 20 ตุลาคม 2562]
- สหชน รัตนไพจิตร. กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- สัญญา เคนาภูมิ. กระบวนทัศน์ทางเลือกสาธารณะ. วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี 9, 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2561): 92 - 104.
- สาร์ฐ ไตรปิยะวงษ์. มาตรการควบคุมการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550.
- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า. รู้จักพฤติกรรม Tacit Collusion กับ Conscious Parallelism [ออนไลน์]. 2562. แหล่งที่มา: https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/02/02-article_20190315115042.pdf [เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2563]
- . คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า [ออนไลน์]. 2561. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/member-of-trade-competition-commission/> [เข้าถึงเมื่อ 16 เมษายน 2563]
- . แบบคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 [ออนไลน์]. 2561. แหล่งที่มา: https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/02/article_20190224155642.docx [เข้าถึงเมื่อ 27 กรกฎาคม 2564]
- . บันทึกสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ

- การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/wp-content/uploads/2020/09/Hearing-Merger-51-4.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 14 กรกฎาคม 2564]
- . ปัญหาองค์การกำกับการแข่งขันของไทย ภายใต้ พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มองโลกแข่งขัน 48 (ธันวาคม 2559): 3 - 4.
- . ผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด [ออนไลน์]. 2563. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2020/12/18/cp-tesco-case/> [เข้าถึงเมื่อ 19 กรกฎาคม 2564]
- . กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท อ. และ บริษัท ย. [ออนไลน์]. 2563. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-iu/> [เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564]
- . กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และ บริษัท ซ. [ออนไลน์]. 2563. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hs/> [เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564]
- . กรณีผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ฮ. และบริษัท บ. [ออนไลน์]. 2562. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/pronouncement/2021/03/01/mergers-hb/> [เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2564]
- สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. สรุปผลการศึกษาด้านการกำกับดูแลการแข่งขันในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, 2560.
- สีพิม วิวัฒนวัฒนา และอาร์ม ตั้งนิรันดร. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์. ใน ศักดา ธนิตกุล (บรรณาธิการ), กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล. เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง การควบคุมกิจการกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า. หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

อัญญา ชั้นวิทย์. การควบคุมกิจการและการครอบงำกิจการ. กรุงเทพมหานคร: คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล
วัน เดือน ปี เกิด	27 กุมภาพันธ์ 2535
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	สำเร็จการศึกษาระดับปริญญานิติศาสตรบัณฑิต จากสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง (เกียรตินิยมอันดับ 1) เมื่อปีการศึกษา 2556 สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักทบวงศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 67 ปีการศึกษา 2557 ได้รับประกาศนียบัตรจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 43 สำเร็จการศึกษาระดับปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2560 และเข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2561
ที่อยู่ปัจจุบัน	110/15 ซอยกาญจนาภิเษก 5 แขวงหลักสอง เขตบางแค กรุงเทพมหานคร 10160
ผลงานตีพิมพ์	พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล และศักดา ธนิตกุล. บทสรุปและประเด็นท้าทายในอนาคต. ใน ศักดา ธนิตกุล และคณะ, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ : วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า 391 - 414. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562. พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล. ประสิทธิภาพของการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 39, 1 (มีนาคม 2564): 59 - 80 Peerapong Jongpaisalsakul and Sakda Thanitcul. The Substantial Lessening of Competition Test for Mergers Under Competition Law: Lessons from the United States, European Union, Japan, and Singapore. ABAC Journal 41, 4 (October - December, 2021)
รางวัลที่ได้รับ	ทุนการศึกษาหลักสูตรดุษฎีบัณฑิต "100 ปี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย" ทุน 90 ปี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กองทุนรัชดาภิเษกสมโภช