

บทที่ 3

รูปแบบ หลักกฎหมาย และแนวปฏิบัติในการรวมธุรกิจของต่างประเทศ

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 ประวัติการรวมธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา¹

ในช่วงปี ค.ศ. 1827 – 1875 ประเทศสหรัฐอเมริกามีผู้ผลิตรายย่อยมากมาย โดยผู้ผลิตแต่ละรายมีบทบาทต่อตลาดน้อยมาก จนกระทั่งปี ค.ศ. 1880 ได้เริ่มมีการรวมตัวผูกขาดของบริษัทในภาคอุตสาหกรรมในรูปของ Trust และ Holding Company

นับตั้งแต่ ค.ศ. 1865 เป็นต้นมา สงครามกลางเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกาสิ้นสุดลง สภาพเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกาเริ่มขยายตัวขึ้นและซับซ้อนขึ้นตามลำดับ จนในที่สุดนักธุรกิจที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวได้อาศัยอิทธิพลของตนและความได้เปรียบ ใช้วิธีการที่ไม่ยุติธรรม บีบบังคับให้ผู้แข่งขันในตลาดที่มีขนาดเล็กกว่าและกำลังน้อยกว่าต้องออกจากตลาดไป โดยในช่วงแรกเป็นการรวมตัวกันขององค์กรธุรกิจในลักษณะของ Trust ขนาดใหญ่ซึ่งเป็นการสมคบกันของผู้ประกอบธุรกิจด้วยการตั้งคณะกรรมการของ Trust ขึ้นและมอบหมายอำนาจการบริหารจัดการให้แก่คณะกรรมการ Trust โดยเด็ดขาด เพื่อบริหารธุรกิจในกลุ่มให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันเพื่อรักษาผลประโยชน์ของกลุ่ม ส่งผลกระทบต่อห้องกรอุตสาหกรรมที่เหลืออยู่ในตลาดคอยู่ภายใต้การควบคุมของบุคคลบางกลุ่มที่มีอำนาจผูกขาดในตลาด และราคาสินค้าต่างๆ ปรับตัวสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว ทำให้สภาพเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมเลวร้ายมากยิ่งขึ้น²

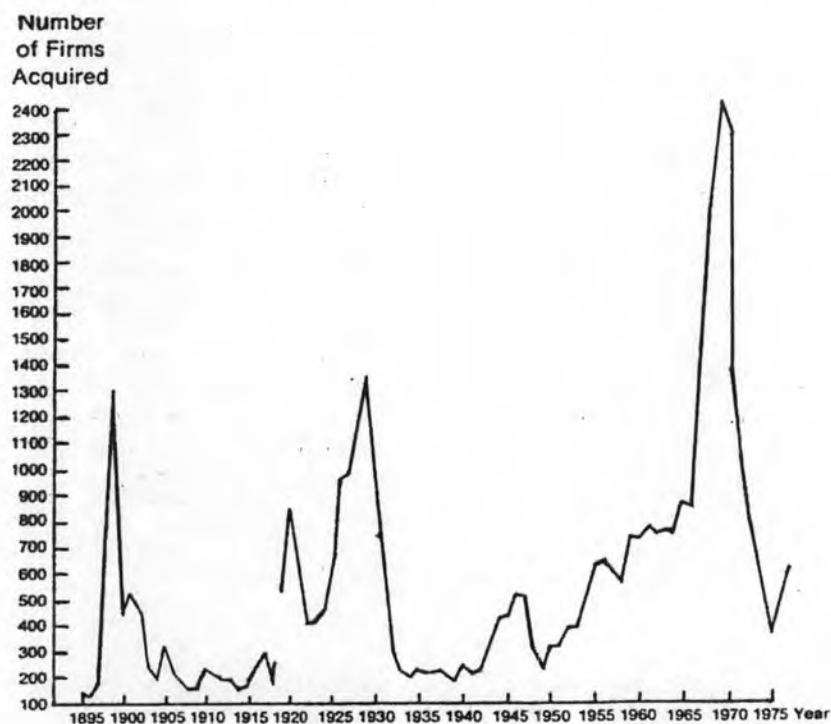
การรวมธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นได้ชัดเจนขึ้นในปลายศตวรรษที่ 18 โดยรูปแบบของการรวบรวมจะเปลี่ยนแปลงไปเรื่อยๆ ตามกาลเวลาและปัจจัยทางเศรษฐกิจ โดยจากการศึกษาของ Malcolm Salter & Wolf Weinhold สามารถสรุปได้ว่าระยะเวลาเพียง 85 ปี (ระหว่างปี ค.ศ. 1890 – 1975) มีจำนวนองค์กรธุรกิจที่เข้าร่วมธุรกิจในแต่ละช่วงเวลาที่แตกต่างกัน แต่เมื่อ

¹ Ronald J. Gilson and Bernard S. Black, *The Law and Finance of Corporate Acquisitions*, p. 12 – 30.

² ธรรมนูญ สวัสดิ์พูน, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการแข่งขันทางการค้า : ศึกษาเฉพาะกรณีการบังคับใช้พหุติกรรมการผูกขาดและลดการแข่งขัน”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 34 – 35.

สรุปเป็นกราฟแล้วพบว่าเป็นคล้ายรูปคลื่น 3 ลูก (Three Merger Waves) โดยแต่ละลูกคลื่น มีช่วงที่ Wave สูงที่สุด (ช่วง Peak) คือช่วงที่มีองค์กรธุรกิจรวมกันเป็นจำนวนมากที่สุด* โดยมีรายละเอียดดังนี้

แผนภาพที่ 12: แสดงจำนวนองค์กรธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วงปี ค.ศ. 1895 – 1978



First Wave ปี ค.ศ. 1895 ถึง ค.ศ. 1905

หลังจากที่ประเทศสหรัฐอเมริกาผ่านช่วงที่เศรษฐกิจชะงักงันเป็นเวลาถึง 2 ทศวรรษ ก็เริ่มมีการควบรวมกิจการเกิดขึ้น โดย First Wave นี้เริ่มตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ. 1900 ซึ่งเป็นช่วงที่มีการขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็ว ตัวอย่างเช่น ในธุรกิจอุตสาหกรรมการผลิตซึ่งส่วนใหญ่เป็น อุตสาหกรรมหนัก มีอัตราการเจริญเติบโตของธุรกิจถึงหนึ่งเท่าตัว (ร้อยละ 100) ซึ่งองค์กรธุรกิจที่ควบรวมประมาณร้อยละ 15 ขององค์กรธุรกิจทั้งหมดมีความเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ที่ใช้ในการดำเนินงานและแรงงาน รวมถึงสภาพสังคมและโครงสร้างภายในที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีด้วย

* ซึ่งเป็นไปตาม “ทฤษฎีมหาคว่าด้วยวัฏจักรการครอบงำกิจการ” ในอดีตการครอบงำกิจการมักเกิดจากการครอบงำบริษัทที่มีขนาดเล็กและมีมูลค่าการครอบงำแต่ละครั้งไม่สูงนักและก่อตัวสูงขึ้นเรื่อยๆ โดยมีการครอบงำธุรกิจขนาดใหญ่ซึ่งมีมูลค่าสูงก่อนที่จะลดระดับลงจนหายไป และเกิดเป็นวัฏจักรใหม่ขึ้นอยู่เรื่อยๆ ซึ่งคล้ายกับระลอกคลื่น

ลักษณะพิเศษที่สำคัญของ First Wave นี้ คือ มีการควบรวมผู้ผลิตจำนวนมากเข้าด้วยกันในเวลาเดียวกัน การควบรวมเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นการควบรวมในแนวนอน (Horizontal Integrations) ซึ่งมักทำให้เกิดการครอบครองส่วนแบ่งตลาดส่วนใหญ่ (Market Dominance) ธุรกิจอุตสาหกรรมยักษ์ใหญ่ทั้งหลายที่เห็นกันอยู่ทุกวันนี้ รวมทั้ง U.S. Steel บริษัทในเครือของ Standard Oil, General Electric, Westinghouse, United Fruit, Eastman Kodak, American Can, American Tobacco, U.S. Rubber, DuPont, PPG, International Harvester และ U.S. Gypsum เหล่านี้ ถือกำเนิดมาจากในช่วงนี้ทั้งสิ้น ช่วงสุดท้ายของ First Wave อยู่ในปี ค.ศ. 1903 - 1904 ซึ่งเกิดขึ้นพร้อมกับภาวะที่เศรษฐกิจชะงักงันอย่างรุนแรง

George Stigler นักเศรษฐศาสตร์ ได้อธิบายถึงลักษณะพิเศษของ First Wave ว่าเป็น “การควบรวมกิจการเพื่อการผูกขาด (Merger for Monopoly)” ซึ่งนักเศรษฐศาสตร์ท่านอื่นไม่กล้าที่จะตัดสินแบบนี้ โดยหลายๆ ท่านจะระบุไว้ว่า คลื่นลูกนี้ก่อให้เกิดความโกลาหลในตลาดหุ้นและการสนับสนุนกิจกรรมต่างๆ อย่างรุนแรง โดยนายธนาคารและนายหน้าค้าหุ้น เช่น J.P. Morgan ที่คาดว่าตนจะได้รับค่าตอบแทนจากการรวมธุรกิจระหว่าง U.S. Steel มากกว่า 60 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดย Jesse Markham นักกฎหมาย ได้สรุปไว้ว่า “การรวมธุรกิจระหว่างปี ค.ศ. 1890 - 1904 ได้เปลี่ยนให้อุตสาหกรรมที่สำคัญจำนวน 71 อุตสาหกรรม ที่มีผู้แข่งขันน้อยราย หรือตลาดอุตสาหกรรมที่ใกล้เป็นตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ให้กลายเป็นตลาดที่เกือบผูกขาด ทำให้เกิดผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกา ซึ่งแม้ว่าเวลาจะผ่านไปถึง 50 ปี ก็ไม่อาจลบเลือนได้”

Second Wave ทศวรรษที่ 1920 ถึงปี ค.ศ. 1929

Second Wave เกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1920 และขึ้นสูงที่สุดในปี ค.ศ. 1928 ซึ่งครอบคลุมช่วงที่เศรษฐกิจขยายตัวและช่วงที่ตลาดหุ้นเฟื่องฟู มีองค์กรธุรกิจราวๆ 12,000 แห่งหายไปในช่วงนี้เนื่องจากการรวมธุรกิจ ซึ่งเป็นผลมาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

ประการแรก มากกว่า 1 ใน 3 ของกิจการที่ควบรวมกันทั้งหมดเป็นธนาคารและกิจการสาธารณูปโภคของรัฐ ที่สำคัญที่สุดคือการทำจำนวนของบริษัท Holding Company ในกิจการสาธารณูปโภค ได้แก่ แก๊ส ไฟฟ้า น้ำ เพิ่มสูงขึ้นจนเป็นรูปแบบของปิรามิด ซึ่งเป็นปิรามิดที่จะพังลงมาเมื่อไรก็ได้เมื่อพบกับความผันผวนทางด้านเศรษฐกิจ

ประการที่สอง ตั้งแต่ The Clayton Act ค.ศ. 1914 บัญญัติห้ามควบรวมกิจการขนาดใหญ่ที่ทำให้มีอำนาจเหนือตลาด (ยังไม่รวมถึงการได้มาซึ่งสินทรัพย์ (Asset Acquisitions) ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดย The Celler-Kefauver Act ในปี ค.ศ. 1950) การควบรวมอุตสาหกรรมการผลิต

เป็นธุรกิจที่ได้รับผลกระทบเป็นครั้งแรก ทั้งในการจำกัดส่วนแบ่งตลาดและการห้ามควบรวมกิจการในแนวดิ่ง แต่อย่างไรก็ดี หลายๆ อุตสาหกรรมที่เคยจัดตั้งโดย One Giant Firm ได้มีการก่อตั้งบริษัทที่มีความสำคัญลำดับรองลงมา (Number 2 Companies) ที่เข้มแข็ง เช่น การรวมกิจการของ Bethlehem Steel, Republic Steel และ Continental Can ทำให้ในหลายๆ อุตสาหกรรมตลาดมีสภาพเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย (Oligopoly) George Stigler จึงให้คำนิยามไว้ว่า การควบรวมกิจการในช่วงนี้เป็น “การควบรวมกิจการเพื่อให้เป็นตลาดผู้ขายน้อยราย (Merging for Oligopoly)”

การควบรวมกิจการในช่วงนี้เป็น การควบรวมกิจการในภาคอุตสาหกรรมอาหาร เคมี และเหมืองแร่ คิดเป็นร้อยละ 60 ของการควบรวมกิจการทั้งหมด การควบรวมกิจการในแนวดิ่งในธุรกิจเหมืองแร่และการเพิ่มกำลังการผลิตในธุรกิจการผลิตอาหาร ทำให้เกิดองค์กรธุรกิจใหญ่ๆ มากมาย ได้แก่ Kennecott, Anaconda, และ Phelps Dodge, Allied Chemical และ DuPont ในธุรกิจ เคมีนอกเหนือจากวัตดูระเบ็ด และ General Mills, General Foods และ Kraft

แม้จะเห็นได้ชัดว่า Second Wave ใหญ่กว่า First Wave แต่ก็มีผลกระทบน้อยกว่า First Wave โดยในภาพรวม Second Wave จะเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ทางเศรษฐกิจน้อยกว่าร้อยละ 10 ในขณะที่ First Wave เกินร้อยละ 15

อย่างไรก็ดี Second Wave มีหลายสิ่งๆ ที่เหมือนกับ First Wave คือ เกิดการควบรวมกิจการในช่วงที่เศรษฐกิจมั่งคั่งและตลาดหุ้นเฟื่องฟู และเมื่อมีการควบรวมที่มากเกินไปก็จะมีจุดจบตรงที่ตลาดหุ้นล่มสลายและเศรษฐกิจตกต่ำ ซึ่งแม้เคยมีการยอมรับว่าการปั่นหุ้นเป็นสิ่งที่ถูก แต่ใน Second Wave ก็ถือเป็นความผิด ดังนั้น กฎหมายที่บัญญัติต่อมาจึงมีวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายข้อบังคับเรื่องหลักทรัพย์ (Securities Control) มากกว่าเคร่งครัดในเรื่องการควบคุมการป้องกันการแข่งขันทางการค้า (Antitrust Control)

ต่อมาในปี ค.ศ. 1929 เศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก ทำให้การควบรวมกิจการที่เคยได้รับความนิยมน้อยลงจนกระทั่งอัตราการควบรวมกิจการต่ำที่สุดในศตวรรษ จนเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 จบลง การควบรวมกิจการก็เพิ่มขึ้นพร้อมๆ กับความมั่งคั่งในทางเศรษฐกิจและราคาหุ้นในตลาดพุ่งสูงขึ้นอีกครั้งหนึ่ง ซึ่ง The Federal Trade Commission ได้สรุปว่า

“No great stretch of the imagination is required to foresee that if nothing is done to check the growth in concentration, either giant corporations will ultimately take over the Country, or the government will be impelled to step in and impose some form of direct regulation.” (สามารถคาดการณ์ได้โดยง่ายว่า หากไม่ได้กระทำการสิ่งบางอย่างลงไปเพื่อจำกัดการ

เพิ่มขึ้นของการกระจุกตัวของตลาด บริษัทขนาดใหญ่จะเข้าครอบงำทุกสิ่งทุกอย่างที่ขวางหน้า หรือ รัฐต้องก้าวเข้ามาบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรง ไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง)

Third Wave (ทศวรรษที่ 1950 – 1970)

ในกลางทศวรรษที่ 1950 Third Wave ก็เกิดขึ้น ซึ่งครอบคลุมช่วงเวลายาวนานกว่า 2 ครั้งแรก โดยเป็นกลุ่มองค์กรทางธุรกิจใหม่ทั้งหมด โดยทั่วไป Third Wave นี้เกี่ยวข้องกับการควบรวมกิจการขนาดใหญ่ และกิจการที่มีผู้ควบรวมขนาดใหญ่ ซึ่งเกิดกลยุทธ์ (Strategy) ใหม่ที่เปลี่ยนแปลงโครงสร้างองค์กรให้เป็นตลาดผลิตภัณฑ์ใหม่ กล่าวคือ เป็นการควบรวมกิจการที่ไม่เกี่ยวข้องกัน หรือการควบรวมกิจการแบบกระจาย (Conglomerate)

รูปแบบ (Concept) ของการควบรวมกิจการแบบกระจาย (Conglomerate) นี้ Textron, Litton, และ ITT เป็นผู้ริเริ่มควบรวมเป็นรายแรกๆ ส่งผลให้อัตราการเจริญเติบโตขององค์กรธุรกิจมีสูงขึ้น องค์กรที่เจริญเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็วเหล่านี้ รู้จักกันในนาม “Conglomerate Firms” ซึ่งขยายไปถึงธุรกิจภาคต่างๆ (Fragmented Industries) ด้วย โดยรูปแบบนี้มีอิทธิพลต่อนักลงทุนและผู้บริหารธุรกิจทำให้ราคาหุ้นเพิ่มสูงขึ้น

อย่างไรก็ดี แม้ว่าองค์กรธุรกิจมีการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วเนื่องจากใช้กลยุทธ์การควบรวมกิจการแบบ Conglomerate แต่ก็ไม่ได้เป็นการเพิ่มการกระจุกตัวของตลาด George Stigler จึงเรียก Third Wave นี้ว่า “การควบรวมกิจการเพื่อการเจริญเติบโต (Merging for Growth)”

ในช่วงที่การควบรวมกิจการขึ้นสู่จุดสูงสุด (ช่วง Peak) ในปี ค.ศ. 1967 – 1969 มีการควบรวมกิจการโดยการใช้หุ้นเป็นเครื่องมือในการควบรวมกิจการในอัตราที่สูงมาก ประมาณ สัปดาห์ละ 1 ครั้ง รวมเป็นจำนวนมากกว่า 10,000 บริษัท โดยแบ่งออกเป็นธุรกิจทำเหมืองแร่และอุตสาหกรรมการผลิตมากกว่า 6,000 ธุรกิจ และมีองค์กรทางธุรกิจมากกว่า 25,000 องค์กรถูกควบรวม ในช่วง Third Wave นี้ โดยสินทรัพย์รวมในธุรกิจเหมืองแร่และการผลิต มีมูลค่ามากกว่า 70,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณร้อยละ 7 – 8 ของมูลค่าสินทรัพย์ในธุรกิจการผลิตทั้งหมด นอกจากนี้ ในองค์กรการผลิตขนาดใหญ่จำนวน 200 องค์กร มี 100 องค์กรที่เข้าซื้อสินทรัพย์ขององค์กรธุรกิจอื่น ซึ่งใน 100 องค์กรนี้มีผู้ควบรวมจำนวน 25 รายที่มีสินทรัพย์จำนวนมากคิดเป็นร้อยละ 59 หรือ 20,200 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และในผู้ควบรวม 25 รายนี้ มีอย่างน้อย 17 ราย ที่ใช้กลยุทธ์ของ Unrelated Diversification คือการควบรวมแบบ Conglomerate นั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี ภายหลังจากนั้นหลายๆ บริษัทที่ควบรวมกิจการแบบกระจายนี้ประสบความล้มเหลว และต้องแตกธุรกิจออกเป็นบริษัทเล็กๆ อีกครั้งในช่วงทศวรรษที่ 1980

Third Wave หรือ Conglomerate Wave นี้ มีการปั่นหุ้นและเกิดความผันผวนของตลาดหุ้น จนจบลงในช่วงปี ค.ศ. 1969 – 1970 ซึ่งราคาหุ้นตกต่ำและตามมาด้วยผลประโยชน์ต่างๆ ที่ได้ค่อยๆ ลดลงจนในปี ค.ศ. 1973 ด้วยเศรษฐกิจของประเทศตกต่ำลงอย่างมากและตลาดหุ้นทั้งหลายลง เช่นเดียวกับการพังทลายของเศรษฐกิจในทศวรรษที่ 1930 (Second Wave)

Jesse Markham ได้ตั้งข้อสังเกตไว้เกี่ยวกับทั้ง 3 Wave ดังนี้

1. มีการควบรวมกิจการน้อยครั้งที่ตั้งเป้าหมายของตนไว้ว่าจะเป็นผู้ผูกขาดในตลาด (Market Monopoly) สิ่งสำคัญที่เห็นได้ชัดใน First Wave คือการแสวงหาอำนาจเหนือตลาด แต่อย่างไรก็ดี ทั้ง Second Wave และ Third Wave ไม่มีผลกระทบใดๆ ต่อตลาดทั้งในเรื่องการกระจุกตัวของตลาด หรือการกระจุกตัวของเศรษฐกิจ
2. แรงจูงใจเพียงอย่างเดียวของการควบรวมกิจการในช่วงที่สูงที่สุด (ช่วง Peak) ของทั้ง 3 Wave คือการแสวงหากำไรที่เพิ่มขึ้น โดยช่วงที่สูงที่สุดของทั้ง 3 Wave อยู่ระหว่างเศรษฐกิจเฟื่องฟูและราคาหุ้นในตลาดสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว ซึ่ง Wave แต่ละครั้งนั้นขึ้นสูงสุดพร้อมกับตลาดหุ้น และตกลงอย่างรวดเร็วพร้อมๆ กับราคาหุ้นในตลาด และสิ่งที่ตามมาของ Wave แต่ละครั้งคือการที่เศรษฐกิจที่ตกต่ำอย่างรุนแรง (the 1903 – 1904 Crash, the 1929 – 1937 Great Depression และ the 1974 – 1975 Recession) ในแต่ละ Wave มีกระบวนการเก็งกำไร มีการปั่นหุ้นและการตั้งองค์กรที่มีโอกาสทำกำไรได้น้อย ซึ่งทุกสิ่งทุกอย่างมาเป็นการบิดเบือนและปิดบังความเป็นไปที่แท้จริงของสภาพเศรษฐกิจในแต่ละช่วงที่สูงที่สุดของ Wave ไว้ ซึ่ง Willard Thorp นักเศรษฐศาสตร์ ได้ให้ความเห็นต่อเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ทุก Wave มีความเกี่ยวข้องกันและถ้านักธุรกิจคนหนึ่งไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการควบรวมกิจการอย่างน้อยหนึ่งครั้งต่อสัปดาห์ จะถือเป็นความสูญเสีย (A Loss of Standing) โดยที่กลุ่มนักธุรกิจและนักการเงินเห็นพ้องกันว่า การควบรวมกิจการร้อยละ 90 เป็นการลงทุนของนายธนาคารเป็นหลัก
3. การควบรวมกิจการเป็นธุรกรรม (Transaction) ที่เกิดขึ้นแบบง่ายๆ และธรรมดาๆ ซึ่งการควบรวมกิจการที่ดีที่สุด หมายความว่าตัวผู้ควบรวม (Entrepreneur) ได้เก็บเกี่ยวผลประโยชน์หรือผลกำไรสูงสุดของงานนั้นๆ
4. การเปลี่ยนแปลงใหญ่ๆ ในโครงสร้างภายในของเศรษฐกิจเป็นแรงกระตุ้นให้เกิดการควบรวมกิจการหลายต่อหลายครั้ง ซึ่งการเปลี่ยนแปลงรากฐานของเศรษฐกิจนี้ นำไปสู่คำนิยามใหม่ของคำว่า “ตลาด” และผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ รวมถึงเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่เกิดขึ้น ไม่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลของแต่ละ Wave ที่ออกมาจะเหมือนกันหรือไม่ ตัวอย่างเช่น First Wave

เกิดขึ้นตามการก่อสร้างตึกหรืออาคารที่ขยายตัวอย่างรวดเร็ว การใช้ไฟฟ้าและการใช้ถ่านหินที่เพิ่มขึ้น ส่วน Second Wave ประกอบด้วยการบินโดยสารโดยพาหนะที่เป็นเครื่องบิน การใช้วิทยุ และใน Third Wave คือ การใช้เครื่องบิน โทรทัศน์ และการใช้ก๊าซไฮโดรคาร์บอน (Hydrocarbon) ที่เป็นส่วนประกอบของปิโตรเลียม

ข้อแตกต่างของ Wave เหล่านี้มีน้อย ที่สำคัญคือมีประเด็นเรื่องเป้าหมายแรกเริ่มของการควบรวมกิจการกับผลกระทบของ Wave แต่ละครั้งต่อระบบเศรษฐกิจ ในขณะที่แต่ละ Wave ใหญ่กว่าครั้งก่อน ทั้งเรื่องจำนวนบริษัทที่เกี่ยวข้องกับการควบรวม และสินทรัพย์ที่ได้มาจากการควบรวม

นอกจากนี้ ในเรื่องกระบวนการต่อต้านการผูกขาดก็เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวคือ จากยุคของ First Wave ที่มุ่งเน้นไปที่การควบรวมกิจการจากผู้กุมอำนาจส่วนใหญ่ในตลาด (Market Dominant) เป็น ในยุคของ Third Wave คือควบคุมผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดผลิตภัณฑ์ต่างๆ แต่ถึงกระนั้น ก็ยังมีความกังวลว่าจะมีการจำกัดอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและยังคงมีการโต้แย้งทางการเมืองในเรื่องการควบรวมกิจการ

การดำเนินการควบรวมกิจการ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1975 – ค.ศ. 1979

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1975 เป็นต้นมา การควบรวมกิจการได้วิวัฒนาการขึ้นอย่างต่อเนื่อง รวมถึงการควบรวมในธุรกิจขนาดใหญ่และธุรกิจขนาดยักษ์ก็เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วในช่วงนี้เช่นกัน โดยจากสถิติแสดงให้เห็นว่ามีจำนวนของการควบรวมกิจการมากกว่า Third Wave อีกทั้งเป็นการควบรวมกิจการที่มีความรุนแรงเฉพาะในบางประเภทหรือบางแขนงของธุรกิจ (Sector) ได้แก่ ธุรกิจการเงินการธนาคาร การประกันภัย ธุรกิจบริการทั่วไป และธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง ที่ล้วนแล้วแต่เป็นธุรกิจบริการทั้งสิ้น ซึ่งธุรกิจประเภทเหล่านี้คิดเป็นร้อยละ 30 ของการซื้อกิจการทั้งหมด ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าความสำคัญของธุรกิจบริการของระบบเศรษฐกิจอเมริกามีมากขึ้น

รูปแบบการควบรวมกิจการในช่วงปี ค.ศ. 1975-1979 มีการใช้เงินเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนอย่างแพร่หลาย ทำให้น่าสนใจและน่าดึงดูดกว่าการใช้วิธีการหรือรูปแบบ (Package) ที่ซับซ้อนของหลักทรัพย์ ที่ใช้ในช่วง Third Wave เช่นการชำระด้วยหุ้นสามัญหรือสิ่งที่มีมูลค่าเทียบเท่า เช่น ตราสารหนี้ที่เปลี่ยนมือได้ หรือ Convertible Preferred หรือ Debt Plus Warrant ซึ่งนานๆ ครั้งจะมีการใช้เงินสักครั้งหนึ่ง

การพิจารณารูปแบบของการควบรวมกิจการระหว่างปี ค.ศ. 1975-1979 มีความสำคัญมากในแง่ของภาระภาษีของทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย ทำให้การพิจารณาภาระภาษีเป็นสิ่งที่สำคัญใน

การคิดรูปแบบการควบรวมกิจการหรือโครงสร้าง (Structure) ของธุรกิจด้วย ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการปฏิรูปเรื่องภาษี และความผันผวนของระบบเศรษฐกิจ การควบรวมในครั้งหลังๆ มักจะมีรูปแบบที่วางแผนภาษีไว้แล้วให้แก่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งในกรณีเหล่านี้ การคำนวณภาษีจากเงินสดที่จ่ายไป จะจำกัดอยู่ที่ไม่เกินครึ่งหนึ่งของราคาซื้อขายกิจการ และใน Package ของพวกหุ้นต่างๆ ก็เช่นกัน จะมีการวางแผนภาษีไว้แล้ว ในการใช้เงินสดเพื่อซื้อกิจการระหว่างปี ค.ศ. 1975-1979 ทำให้มูลค่าที่ซื้อขายสินทรัพย์มากเกินไปมูลค่าสินทรัพย์ตามราคาตลาด ความแตกต่างที่เห็นได้ชัดเจนของช่วงปี ค.ศ. 1975 - 1980 และ Third Wave คือประมาณครึ่งหนึ่งของการควบรวมกิจการเป็นเรื่องของการขายธุรกิจ (Corporate Divestiture) ในทางตรงกันข้าม Third Wave ในปี ค.ศ. 1960 การขายธุรกิจบางประเภทมีเพียงร้อยละ 10 - 15 ของการควบรวมทั้งหมด สาเหตุสำคัญที่เพิ่มขึ้นคือการได้มาซึ่งสินทรัพย์ที่เป็นส่วนสำคัญหรือเป็นส่วนสำคัญของบริษัท โดยเพียงแค่ “ถือสินทรัพย์ไขว้” (Swapping) ของ 2 บริษัท นอกจากนี้ในช่วงปี ค.ศ. 1975-1979 การควบรวมบริษัทที่เป็นบริษัทมหาชนก็เพิ่มสูงขึ้น

การควบรวมกิจการระหว่างปี ค.ศ. 1993 ถึงปัจจุบัน

กระแสการครอบงำกิจการเริ่มขึ้นอีกครั้งหนึ่งโดยมีลักษณะการควบกิจการแบบแนวนอน (Horizontal Integration) เพื่อสร้างพลังผนึก (Synergy) ทางการค้าดำเนินงาน การรวมกิจการในช่วงนี้มักเกิดกับธุรกิจที่จำเป็นต้องใช้เงินลงทุนสูงเพื่อลงทุนในเทคโนโลยีใหม่ หรือขยายการลงทุนไปตามโอกาสที่เกิดขึ้นในตลาดใหม่ เช่น ธุรกิจโทรคมนาคม ธนาคาร สื่อสิ่งพิมพ์และโทรทัศน์ รวมถึงธุรกิจคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

เป็นที่น่าสังเกตว่าการควบรวมกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาทุกยุคทุกสมัย เกิดขึ้นในช่วงที่เศรษฐกิจดีและองค์กรธุรกิจต่างๆ ต้องการจะขยายกิจการ แต่ถึงกระนั้นก็ดี เมื่อมีการควบรวมกิจการที่เกินพอดีและไม่ได้มีจุดมุ่งหมายที่จะดำเนินธุรกิจจริงๆ แต่เพียงแค่ต้องการให้มูลค่าของกิจการหรือมูลค่าหุ้นในตลาดเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งไม่ได้ถือว่าเป็นความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่ยั่งยืนอย่างแท้จริง จึงส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมและตลาดหลักทรัพย์ ทำให้เศรษฐกิจพังทลายลงได้ จึงเป็นที่น่าจับตามองว่าระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะพัฒนามาตรการใดเพื่อป้องกันการควบรวมกิจการที่มากเกินไป อันอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของทั้งประเทศได้

3.1.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาที่น่าสนใจ

จากการศึกษาพบว่า การรวมธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบที่หลากหลาย และมีรายละเอียดปลีกย่อยแตกต่างกันไป ซึ่งการรวมธุรกิจแต่ละรูปแบบจะมีข้อมูลที่ต้องการ (Requirements) และภาระหน้าที่อื่นๆ (Burdens) แตกต่างกัน โดยจะหยิบยกขึ้นมาเฉพาะรูปแบบที่น่าสนใจ ดังนี้

(1) การรวมกิจการหรือการควบบริษัทเข้ากัน (Merger or Consolidation)³

Ronald J. Gilson และ Bernard S. Black ได้ยกบทบัญญัติของ Delaware Corporation Law ขึ้นมาเป็นตัวอย่าง เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ถือว่าสมบูรณ์แบบที่สุด และเป็นรัฐที่มีผู้นิยมไปจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทมากที่สุด โดยใน Section 251 ได้กำหนดวิธี ลักษณะและกระบวนการรวมกิจการและการควบธุรกิจเข้ากันได้ (Merger or Consolidation of Domestic Corporations) โดยมีใจความหลักว่าบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปที่มีสภาพนิติบุคคลตามกฎหมายแห่งมลรัฐอาจรวมกิจการเป็น 1 บริษัท ซึ่งอาจเป็นการรวมกิจการที่ภายหลังรวมเหลือเพียง 1 บริษัท (Merger) หรือการควบบริษัทขึ้นเป็นบริษัทใหม่ (Consolidation) ก็ได้ โดยวิธีการทำสัญญาการรวมธุรกิจ (Agreement of Merger or Consolidation) ซึ่งสัญญาดังกล่าวนี้ต้องได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมคณะกรรมการและที่ประชุมผู้ถือหุ้น ก่อนยื่นต่อ Secretary of State เพื่อดำเนินการแก้ไขทางทะเบียนต่อไป*

นอกจากนี้ ใน Section 262 เรื่องราคาประเมิน Appraisal Rights ได้ให้สิทธิผู้ถือหุ้น (Stockholders) ที่ไม่เห็นด้วยในการควบรวมกิจการ เสนอราคาประเมินหุ้นของตนแก่ Court of Chancery ได้ด้วย⁴

³ Ronald J. Gilson, Bernard S. Black, The Law and Finance of Corporate Acquisitions, p. 641.

* โปรดดูรายละเอียดของ Delaware Corporation Law Section 251 ในภาคผนวก ก.

⁴ Section 262 Appraisal Rights

“(a) Any stockholder of a corporation of this State who holds shares of stock on the date of the making of a demand pursuant to subsection (d) of this section with respect to such shares, who continuously holds such shares through the effective date of the merger or consolidation, who has otherwise complied with subsection (d) of this section and who has neither voted in favor of the merger or consolidation nor consented thereto in writing pursuant to Section 228 of this title **shall be entitled to an appraisal by the Court of**

(2) การขายสินทรัพย์ที่เป็นสาระสำคัญของกิจการ (Sales of Substantially All Assets)

ใน Delaware General Corporation Law Section 271 ได้บัญญัติถึงการขาย ให้เช่า หรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ทั้งหมดหรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งรวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญา แพรนไชน์ และหุ้นของบริษัทด้วย ซึ่งต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการและได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยเสียงข้างมาก⁵ เช่นเดียวกับ The Model Business Corporation Act มาตรา 12.02. ที่บัญญัติถึงการขาย ให้เช่า แลกเปลี่ยนสินทรัพย์ทั้งหมดหรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญ นอกเหนือจากการขายสินค้าที่เป็นธุรกิจปกติของบริษัท มีขั้นตอนและกระบวนการคล้ายกันคือต้องได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการและต้องได้รับมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น⁶ โดยการลงคะแนนเสียงก่อนหน้า⁷ (ค.ศ. 1886) ต้องได้รับมติเป็นเอกฉันท์ (Unanimous) แต่ภายหลังจากนั้นคือในปี ค.ศ. 1962 ก็เปลี่ยนเป็นมติเสียงข้างมาก (Majority) ตามที่กำหนดไว้ใน The Model Business Corporation Act ซึ่งหลายๆ มลรัฐก็กำหนดไว้ให้ใช้เพียงเสียงข้างมากก็เพียงพอแล้ว มลรัฐ Delaware ก็เช่นกันที่ลดลงจากเสียง 2 ใน 3 เป็นเสียงข้างมาก แต่อย่างไรก็ดี มลรัฐ New York ยังคงใช้เสียง 2 ใน 3 อยู่⁷

Chancery of the fair value of the stockholder's shares of stock under the circumstances described in subsections (b) and (c) of this section....”

⁵ Delaware General Corporation Law: Section 271

“(a) Every corporation may at any meeting of its board of directors or governing body sell, lease, or exchange all or substantially all of its property and assets, including its goodwill and its corporate franchises, upon such terms and conditions and for such consideration, which may consist in whole or in part of money or other property, including shares of stock in, and/or other securities of, any other corporation or corporations, as its board of directors or governing body seems expedient and for the best interests of the corporation, when and as authorized by a resolution adopted by a majority of the outstanding stock of the corporation entitled to vote thereon....”

⁶ Section 12.02. Sale of Assets Other Than in Regular Course of Business

“(a) A corporation may sell, lease, exchange, or otherwise dispose of all, or substantially all, of its property (with or without the goodwill), otherwise than in the usual and regular course of business, on the terms and conditions and for the consideration determined by the corporation's board of directors, if the board of directors proposes and its shareholders approve the proposed transaction....”

⁷ Ronald J. Gilson and Bernard S. Black, The Law and Finance of Corporate Acquisitions, p. 642 - 643.

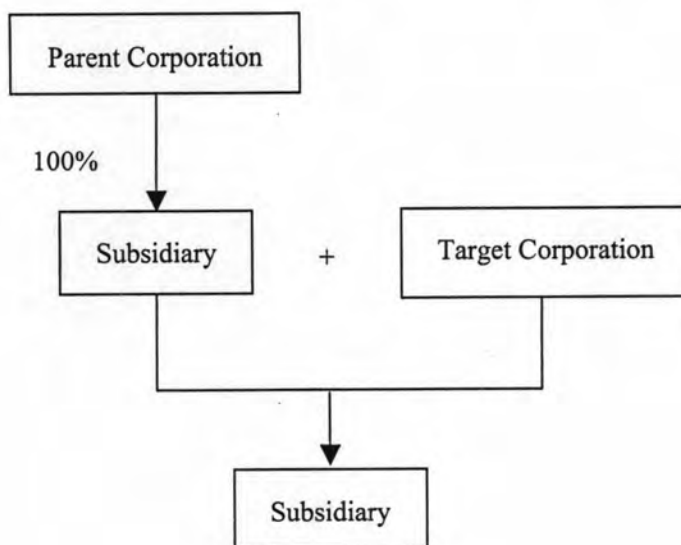
(3) Triangular Transactions

รูปแบบนี้เป็นการรวมกิจการแบบ 3 ฝ่าย (Three-Party Mergers) ซึ่งมีหน่วยธุรกิจที่เกี่ยวข้อง คือ

- (1) บริษัทแม่ หรือ Parent Corporation ซึ่งเป็นฝ่ายผู้ควบรวมกิจการ (The Acquirer)
- (2) บริษัทลูก (Subsidiary) หรือบริษัทในเครือของบริษัทในข้อ (1) ซึ่งถือหุ้นเต็มจำนวน โดยบริษัทในข้อ (1)
- (3) บริษัทเป้าหมาย (The Target Corporation)

กระบวนการของการควบรวมกิจการวิธีนี้คือ บริษัทแม่ตั้งบริษัทลูกขึ้นมาเพื่อมีวัตถุประสงค์ในการรวมกิจการโดยเฉพาะ ทำให้ไม่มีปัญหาและอุปสรรคในการให้ความเห็นชอบเพื่อรวมกิจการ โดยภายหลังจากที่ควบรวมกันแล้ว บริษัทลูกยังคงอยู่ ดังแผนภาพที่ 13

แผนภาพที่ 13: แสดงการควบรวมกิจการแบบ Triangular Transactions



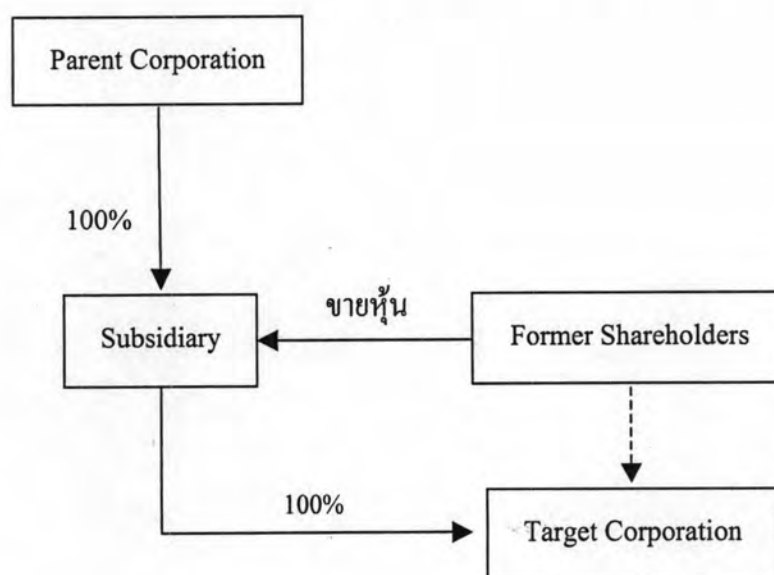
(4) Compulsory Share Exchange

การควบรวมกิจการรูปแบบนี้ อยู่ใน The Model Business Corporation Act 1976 โดยมีผู้เกี่ยวข้อง 3 ฝ่ายด้วยกัน เช่นเดียวกับ Triangular Transactions คือ

- (1) บริษัทแม่ (Parent Corporation) ซึ่งเป็นฝ่ายผู้ควบรวมกิจการ (The acquirer)
- (2) บริษัทลูก (Subsidiary) หรือบริษัทในเครือของบริษัทในข้อ (1) ซึ่งถือหุ้นเต็มจำนวนโดยบริษัทในข้อ (1)
- (3) บริษัทเป้าหมาย (The Target Corporation)

ในรูปแบบนี้ ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมาย (The Target Corporation/ Acquired Company) โอนขายหุ้นให้แก่บริษัทลูกของ The Acquirer เท่ากับว่าบริษัทลูกดังกล่าวเป็นผู้ถือหุ้นเต็มจำนวนใน The Target Corporation โดยที่ The Target Corporation ยังคงอยู่ รูปแบบนี้มักเรียกกันว่า The Reverse Triangular Merger

แผนภาพที่ 14: แสดงการควบรวมกิจการแบบ Reverse Triangular Merger



(5) Tender Offers

Tender Offers คือ การเสนอซื้อหุ้นจากผู้ถือหุ้นเดิม ซึ่งสามารถเสนอได้โดยตรงถึงผู้ถือหุ้นโดยไม่จำเป็นต้องผ่านการอนุมัติจากคณะกรรมการของบริษัทเป้าหมาย (The Target Corporation) ยิ่งไปกว่านั้น เป็นการตัดสินใจโดยตรงเฉพาะตัวของผู้ถือหุ้นแต่ละคน โดยไม่ต้องอาศัยการตัดสินใจร่วมกันหรือการลงมติแต่อย่างใด ซึ่งในเรื่องการทำคำเสนอซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการ (Takeover) ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายหลักทรัพย์ที่เกี่ยวข้องอยู่ 3 ฉบับคือ The Securities Act 1933 และ The Securities Exchange Act 1934 (SEA) แต่ต่อมาพบว่าไม่เพียงพอและไม่ครอบคลุมในการคุ้มครองนักลงทุน เนื่องจากไม่ได้กำหนดเรื่องการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับรายละเอียดและแผนการต่างๆ ของผู้เสนอซื้อ อีกทั้งระยะเวลาในการเสนอซื้อค่อนข้างจำกัด ทำให้นักลงทุนและผู้ถือหุ้นขาดข้อมูลที่เพียงพอและมีเวลาน้อยมากในการตัดสินใจ ในปี ค.ศ. 1968 จึงมีการออก The Williams Act 1968 ซึ่งออกมาแก้ไขเพิ่มเติม SEA โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองนักลงทุนเมื่อมีการเสนอซื้อหุ้น โดยเน้นการเปิดเผยข้อมูลเพื่อให้นักลงทุนและผู้ถือหุ้นได้รับข้อมูลที่จำเป็นและเพียงพอต่อการตัดสินใจ จึงเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำคำเสนอซื้อ (Section 13(d), 13(e), 14(d), 14(e) และ 14(f)) ขึ้นไว้ด้วย

3.1.3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับการรวมธุรกิจและองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย

เจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยทั่วไปแล้วเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของทุกประเทศจะคล้ายคลึงกันและจะเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ประเทศสหรัฐอเมริกาก็เช่นเดียวกัน โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา มีดังต่อไปนี้

(1) เจตนารมณ์ในการป้องกันการถ่ายโอนความมั่งคั่งจากผู้บริโภคไปสู่ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Wealth Transfers) กล่าวคือ กลุ่มของผู้บริโภคจากการแสวงหาประโยชน์โดยผู้มีอำนาจเหนือตลาดทั้งหลาย จากการแสวงหาประโยชน์และการถ่ายโอนความมั่งคั่งและทรัพย์สินที่ควรจะเป็นของผู้บริโภคไปเป็นของตน ด้วยการควบคุมปริมาณสินค้าในตลาดและขึ้นราคาสินค้าจำนวนเงินหรือราคาสินค้าส่วนที่เกินกว่าราคาที่ควรจะเป็นในตลาดที่มีการแข่งขันปกติ คือปริมาณของความมั่งคั่งของผู้บริโภคที่ถูกถ่ายเทไปสู่ผู้มีอำนาจเหนือตลาด

⁸ สรวิศ ลิ้มปริงยี, กฎหมายแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา : ฉบับรวมบทความ, หน้า 30 - 34.

(2) เจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการอิสระรายย่อย (Protection of Small, Independent Business) เกิดจากความกลัวต่ออำนาจและอิทธิพลของธุรกิจขนาดใหญ่ที่อาจ จะเข้ามาแทรกแซงกิจการทางการเมืองหรือมีบทบาทในการกำหนดทิศทางของนโยบายรัฐบาลได้ ดังนั้น หากสามารถใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าคุ้มครองธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมจากการเข้าครอบงำของธุรกิจขนาดใหญ่ จะทำให้ธุรกิจขนาดใหญ่ไม่สามารถขยายอิทธิพลของตน ได้มากนัก อีกทั้งในทางการเมือง การที่สังคมมีผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมมากจะส่งเสริม กระบวนการทางประชาธิปไตยได้มากกว่าสังคมที่มีแต่ธุรกิจขนาดใหญ่เพียงน้อยราย เนื่องจาก ผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมจะสามารถมีอิสระและมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น ตลอดจนมีบทบาทในทางการเมืองได้มากกว่าผู้ที่เป็นลูกจ้างของผู้ประกอบการรายใหญ่ นอกจากนี้ การที่มีผู้ประกอบการในตลาดหลายๆ ราย จะทำให้มีการแข่งขันระหว่างกันเองและจำเป็นต้องเพิ่ม ประสิทธิภาพการผลิตไปสู่ผู้บริโภคด้วยการลดราคาสินค้า

(3) เจตนารมณ์ในการก่อให้เกิดประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ (Economic Efficiency)* ซึ่งได้แก่ ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (Allocative Efficiency) และประสิทธิภาพ ในการผลิต (Productive Efficiency) โดยประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร คือ ตลาดมีประสิทธิภาพ มีการแข่งขันโดยสมบูรณ์ สามารถใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ได้อย่างคุ้มค่า ส่วนประสิทธิภาพในการผลิต คือการที่ผู้ผลิตสามารถผลิตสินค้าได้ในอัตราที่เพิ่มขึ้นเมื่อเทียบกับจำนวนวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต สินค้าชิ้นนั้น ซึ่งเกิดจากการพัฒนาและปรับปรุงเทคโนโลยีในการผลิตอยู่ตลอดเวลา

กฎหมายที่ใช้บังคับกับการรวมธุรกิจ

นโยบายหรือมาตรการในการป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน ได้พัฒนาขึ้นมาครอบคลุมทุกยุคทุกสมัย โดยเริ่มจากยุคแรกที่มีการรวมตัวในรูปแบบของ Trust และ Holding Company รัฐบาลจึงบัญญัติกฎหมาย The Sherman Act 1890 ขึ้น ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กับการป้องกันการผูกขาด (Antitrust Law) ฉบับแรกที่ใช้บังคับ กฎหมาย The Sherman Act 1890 นี้ เป็นผลมาจากความไม่พึงพอใจต่อธุรกิจในช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรมที่ขยายวงกว้างขึ้น

* เจตนารมณ์นี้ได้รับแนวคิดมาจาก Chicago School ซึ่งเห็นว่ากลไกตลาดจะช่วยให้เกิดประสิทธิภาพ ในเชิงเศรษฐกิจขึ้นเอง รัฐควรจะไม่แทรกแซงกลไกตลาดให้น้อยที่สุด เนื่องจากหากผู้ประกอบการที่อยู่นอกตลาด เห็นว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีกำไรหรือผลตอบแทนสูง ก็จะเป็นแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการดังกล่าวเข้าสู่ตลาด และทุกอย่างก็จะเป็นไปตามกลไกตลาดอีกครั้ง

อย่างไรก็ดี เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมาย Common Law การบัญญัติหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าใน Common Law สภา Congress มิได้ต้องการจะให้กฎหมายหยุดการพัฒนาไว้ ณ วันที่มีการประกาศให้เป็นรัฐบัญญัติแต่อย่างใด แต่ต้องการให้ศาลเป็นผู้สะสมภูมิความรู้เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า และพัฒนากฎหมายขึ้นเองเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพ ทัศนคติ เทคโนโลยี และสภาวะเศรษฐกิจของประเทศในแต่ละยุคแต่ละสมัย และมีกฎเกณฑ์ที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด ด้วยเหตุนี้เอง ถ้อยคำใน The Sherman Act จึงมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์อย่างกว้างๆ เท่านั้น โดยหลักใหญ่ใจความของ The Sherman Act ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominance) ห้ามมิให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีพฤติกรรมการค้าในลักษณะที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพมากกว่าตนเพื่อที่จะยึดครองตลาด โดยมีมาตรการในการเยียวยาที่ค่อนข้างรุนแรงคือการให้ถอนทุนจากธุรกิจ (Divestiture)* โดยมีได้มีวัตถุประสงค์ในการเข้าไปควบคุมราคาของสินค้าหรือบริการ ซึ่งแนวทางที่ประเทศสหรัฐอเมริกา นำมาใช้คือแนวทางการควบคุมโครงสร้าง (Structural Policy) เป็นการควบคุมที่ห้ามการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาดแก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายโดยมิชอบ ซึ่งส่งผลให้ลดการแข่งขันและทำลายโครงสร้างตลาดในที่สุด โดยพิจารณาจากดัชนีที่ใช้วัดการกระจุกตัวของตลาด (HHI Index)*

โดยหลักของ The Sherman Act นี้อยู่ใน Section 1 และ Section 2 กล่าวคือ Section 1 กล่าวว่า บรรดาสัญญา หรือการรวมตัวกัน หรือการสมคบในรูปแบบใดๆ ที่เป็นการจำกัดการค้าหรือการค้าเนินธุรกิจ ถือเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย และ Section 2 กล่าวว่า บุคคลใดกระทำหรือพยายามกระทำการผูกขาด หรือรวมตัวกัน หรือสมคบกันกับบุคคลอื่นใดเพื่อผูกขาด

* เช่นในกรณีของ AT&T ในปี ค.ศ. 1982 ที่ถูกบังคับให้ถอนทุนจากธุรกิจ โทรศัพท์พื้นฐาน และธุรกิจการผลิตอุปกรณ์โทรศัพท์

* HHI หรือ Herfindahl - Hirschman Index เป็นการคำนวณระดับการรวมตัว (Level of Concentration) ของธุรกิจทั้งก่อนและหลังการรวมธุรกิจ โดยค่า HHI จะคำนวณจากเปอร์เซ็นต์ส่วนแบ่งตลาดของแต่ละบริษัทในตลาด ยกกำลังสองรวมกัน เช่น ในตลาดมี 4 บริษัท แต่ละบริษัทมีส่วนแบ่งร้อยละ 25 ค่า HHI จะเท่ากับ $(25^2) + (25^2) + (25^2) + (25^2) = 2500$ แต่หาก 2 บริษัทรวมธุรกิจกัน ค่า HHI ภายหลังการรวมธุรกิจจะเท่ากับ $(50^2) + (25^2) + (25^2) = 3750$ ซึ่งเพิ่มจากค่า HHI ก่อนการรวมธุรกิจ 1250 โดยกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการในการพิจารณาค่า HHI ที่เป็นการลดหรือคุกคามการแข่งขันไว้เป็น 3 ระดับ ดังนี้

- (1) ค่า HHI ต่ำกว่า 1000 (Unconcentrated) ถือว่าไม่มีผลเป็นการลดหรือคุกคามต่อการแข่งขัน
- (2) ค่า HHI อยู่ระหว่าง 1000 ถึง 1800 (Moderately Concentrated) ถือว่ามีผลต่อการแข่งขันพอประมาณ
- (3) ค่า HHI เกินกว่า 1800 ขึ้นไป (Highly Concentrated) ถือว่ามีผลต่อการแข่งขันอย่างมาก

หรือพยายามก่อให้เกิดการผูกขาดถือเป็นความผิด⁹ ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายอย่างกว้างๆ ในลักษณะที่เป็นการห้ามโดยทั่วไป (General Prohibition)¹⁰ ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลสามารถวางกฎเกณฑ์ในรายละเอียดสำหรับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีได้อย่างมีอิสระค่อนข้างมาก¹¹

แต่หากมองในแง่ของการกำกับดูแลการควบรวมกิจการที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาด The Sherman Act ก็ยังไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงการกำกับดูแลการควบรวมกิจการโดยตรง ซึ่งนับวันยิ่งมีพัฒนาการในรูปแบบต่างๆ ขึ้น อาทิเช่น การรวมตัวของธุรกิจรายย่อย (Business Expansion by Integration of Firms) ทำให้ The Sherman Act ฉบับเดียวจึงไม่เพียงพอและไม่ครอบคลุมในการใช้บังคับกับกรณีการควบรวมกิจการดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้เอง จึงมีการบัญญัติ The Clayton Act และ The Federal Trade Commission Act ขึ้นในปี ค.ศ. 1914 โดยเป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้โดยตรงต่อการควบรวมกิจการที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน และการกระทำอื่นๆ ในช่วงที่ประเทศสหรัฐอเมริกาผ่านมรสุมทางเศรษฐกิจ (The Great Depression) และสงครามโลกทั้งสองครั้ง รวมถึงยุคปฏิวัติด้านข้อมูลข่าวสารอย่างรุนแรงด้วย โดยวิกฤติแต่ละช่วงที่ประเทศสหรัฐอเมริกาผ่านมา ก็มีประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การป้องกันการผูกขาด อันได้แก่ องค์กรผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Firms) การควบรวมกิจการ

Section 1: Combination in restraint of trade illegal; penalty.

“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 \$ 10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

Section 2: Monopolizing trade a felony; penalty.

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

¹⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ, รายงานการวิจัยเรื่อง การกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า, ศูนย์ทุนการวิจัย สำนักงานคณะกรรมการสภาวิจัยแห่งชาติ, ธันวาคม 2534, หน้า 34.

¹¹ สรวิศ ลิ้มปรีงมี, กฎหมายแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา : ฉบับรวมบทความ, หน้า 30.

(Merger and Acquisition) พฤติกรรมการรวมกลุ่มเพื่อทำลายคู่แข่ง (Collusive Behavior) การรวมตัวของธุรกิจในแนวตั้ง (Vertical Integration) กลยุทธ์การตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (Predatory Pricing) การขายพ่วง (Tying Arrangement) และเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งนโยบายหรือมาตรการในการป้องกันการผูกขาด (Antitrust Policy) ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ในช่วงเวลานั้นๆ ก็ครอบคลุมทุกประเด็นปัญหาที่กล่าวมา สะท้อนให้เห็นถึงวัตถุประสงค์และความเข้าใจขององค์กรผู้บัญญัติกฎหมาย ก็สามารถให้คำตอบแก่เรื่องดังกล่าวได้ โดยรายละเอียดของกฎหมายดังกล่าวมีดังนี้

(1) The Sherman Act 1890

ใน The Sherman Act Section 2 ได้กำหนดเกี่ยวกับการห้ามการกระทำที่เข้าข่ายลักษณะผูกขาดโดยผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Agreement in Restraint of Trade และ Monopolization and Attempt to Monopolize) ซึ่งลักษณะการกระทำตาม Section 2 เรื่อง Monopolization สามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะคือ Monopolization และ Attempt to Monopolize¹²

“Monopolization” เป็นการใช้อำนาจโดยวิธีที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้อง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างหรือรักษาอำนาจในการผูกขาดของตน หรือขยายอำนาจในการผูกขาดของตน จึงสามารถสรุปได้ว่าองค์ประกอบของ Monopolization จะต้องเป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาด (Market Power) และได้ใช้อำนาจเหนือตลาดดังกล่าวเพื่อรักษาหรือขยายอำนาจของตนที่มีอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) อย่างมีเจตนา (Willfully) แต่ต้องมีใช่เป็นสิ่งที่ได้จากผลลัพธ์จากการผลิตสินค้าที่มีความเป็นเลิศ ความสามารถในการบริหารงาน หรือความบังเอิญจากประวัติศาสตร์ โดยศาลในคดี DuPont ได้ให้คำจำกัดความของ “อำนาจเหนือตลาด” ไว้ว่าหมายถึงความสามารถในการควบคุมราคาสินค้าหรือความสามารถในการจำกัดการแข่งขัน¹³

“Attempt to Monopolize” หมายถึงการวางแผนไว้ล่วงหน้าหรือความพยายามกระทำการใดสิ่งหนึ่งโดยวิธีการที่ไม่ถูกต้องเพื่อให้ได้มาซึ่งการสร้างอำนาจในการผูกขาด หรืออำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นๆ ซึ่งศาลและนักวิชาการได้กำหนดเกณฑ์การกระทำที่เข้าข่าย Attempt to Monopolize ไว้ โดยจะต้องครบตามเงื่อนไขดังนี้

¹² วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, อำนาจการผูกขาด (Monopolization), วารสารกฎหมาย, ปีที่ 22 ฉบับที่ 1, 2546, หน้า 188 – 192.

¹³ United States Vs. E.I. Du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).

- การมีเจตนาที่เฉพาะเจาะจง (Specific Intent) ที่จะควบคุม (Control) ราคา หรือลดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นสิ่งต่อต้านการแข่งขัน (Anti - Competitive) หรือการขายตัดราคา (Predatory Pricing) ที่มีเจตนาดังกล่าวในลักษณะที่จะพยายามกำจัดคู่แข่ง
- การมีความน่าจะเป็นหรือแนวโน้มที่อันตรายที่อาจก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดได้ในอนาคต (Dangerous Probability of Success)

(2) The Clayton Act 1914

The Clayton Act มีวัตถุประสงค์เพื่อคอยทำหน้าที่เสริมกฎหมาย The Sherman Act หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อุดช่องว่างของกฎหมาย The Sherman Act ในส่วนที่ The Sherman Act ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจน ทำให้ผู้ประกอบการสามารถหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายได้โดยง่าย โดยใน The Sherman Act จะระบุรูปแบบของการปฏิบัติที่ถือว่าผิดกฎหมาย The Sherman Act ซึ่งถือเป็นการจำกัดระบบผูกขาดตั้งแต่เริ่มต้นเมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นในระยะแรก เช่นการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และห้ามมิให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีพฤติกรรมการค้าในลักษณะที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันคู่แข่ง ซึ่งเป็นการกำหนดโดยรวมๆ แต่ The Clayton Act มีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการผูกขาดหลังจากที่ได้เกิดขึ้นเป็นรูปเป็นร่างแล้ว¹⁴ ได้แก่ การเลือกปฏิบัติในด้านราคา (Price Discrimination) การกำหนดซื้อผูกมัดหรือสัญญาผูกมัดพิเศษในการซื้อขายสินค้า (Tying Arrangement) การบังคับให้ติดต่อบริการเฉพาะกับตน (Exclusive Dealing) ซึ่งรวมถึงการควบรวมกิจการ (Merger and Acquisition) และการมีบุคคลกลุ่มเดียวกันเป็นกรรมการผู้มีอำนาจตัดสินใจใน 2 บริษัทที่เป็นคู่แข่งกันด้วย (Interlocking Directorates)* ซึ่งการกระทำ 4 ข้อนี้จะผิดต่อเมื่อผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดการลดการแข่งขันลงอย่างมาก (Substantially to Lessen Competition: SLC) หรือมีแนวโน้มที่จะเป็นการสร้างการผูกขาดในระดับการค้าใดการค้าหนึ่ง (Any Line of Commerce)

วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งของ The Clayton Act คือเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่มีแนวโน้มและสามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ว่าจะเป็นการกระทำผิดกฎหมาย The Sherman

¹⁴ ไชยศ เหมะรัชตะ, รายงานการวิจัยเรื่อง การกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า, หน้า 59.

* นักนิติศาสตร์บางท่านให้ความหมายคำว่า “Interlocking Directorates” ว่า การรวมการอำนวยการ (ไชยศ เหมะรัชตะ, รายงานการวิจัยเรื่อง การกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า, หน้า 33.)

Act ซึ่งการกระทำทุกประเภทที่ The Clayton Act บัญญัติห้ามไว้ถือเป็นการกระทำที่เข้าข่ายหรือมีแนวโน้มไปในทางที่จำกัดการแข่งขันทั้งสิ้น

โดยมาตราหลักๆ ของ The Clayton Act ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการควบรวมกิจการ ได้แก่ Section 7 เรื่องการควบรวมกิจการ Section 7a เรื่อง Pre-Merger Notification and Waiting Period และ Section 8 เรื่อง Interlocking Directorate and Officer

Section 7 (Section 18 of Chapter 15 U.S. Code)

บทบัญญัติเรื่องการควบรวมกิจการ (Acquisitions of Competing Companies) ปรากฏอยู่ใน Section 7 เดิม ซึ่งเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการห้ามถือหุ้นที่เป็นการจำกัดการแข่งขันเพียงอย่างเดียว และต่อมาได้รับการแก้ไขโดย The Celler-Kefauver Act 1950 เพิ่มเรื่องการห้ามซื้อสินทรัพย์ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันด้วย โดยกำหนดให้การรวมธุรกิจที่มีมูลค่าเกิน 50 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จะต้องขออนุญาตในการรวมธุรกิจ โดยไม่มีข้อกำหนดในเรื่องส่วนแบ่งตลาด นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 1976 (แก้ไขเพิ่มเติม 2001) กฎหมาย The Hart – Scott – Rodino Antitrust Improvement Act 1976 ได้นำระบบการแจ้งล่วงหน้าต่อรัฐ (Pre – Merger Notification) ที่เกี่ยวข้องกับการถือหุ้นและการควบรวมกิจการมาใช้ด้วย โดยต้องยื่นเรื่องแจ้งขออนุญาตก่อนการรวมธุรกิจ ไม่น้อยกว่า 30 วัน ซึ่งเหตุผลที่นำระบบการแจ้งก่อนการรวมธุรกิจมาใช้ เนื่องจากก่อนหน้านี้ที่ไม่มีระบบนี้ FTC และ DOJ ซึ่งเป็นหน่วยงานกำกับดูแลไม่ทราบข้อมูลก่อนการรวมธุรกิจ จนการรวมธุรกิจเสร็จสิ้นไปแล้ว จึงจะได้รับทราบ ซึ่งการตรวจสอบข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจจะทำได้ยาก และเกิดปัญหาต่างๆ ขึ้น อันได้แก่ การดำเนินคดีภายหลังการรวมธุรกิจแล้วอาจต้องใช้เวลามากจนเกิดความล่าช้า และถึงแม้จะมีการฟ้องร้องดำเนินคดี การแข่งขันในตลาดก็ได้รับผลกระทบไปแล้ว อีกทั้งเมื่อรวมธุรกิจกันแล้วจะสั่งให้แยกออกจากกันก็เป็นการยาก ดังนั้น การที่มีกฎหมายบังคับให้ต้องแจ้งก่อน ผู้ประกอบธุรกิจจึงมีแรงจูงใจที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย¹⁵

ใน Section 7 (Section 18 of Chapter 15 U.S. Code) กำหนดหลักการไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ใดได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ของบริษัทอื่น ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ไม่ว่าจะโดยทางตรง

¹⁵ สรุปการบรรยายเรื่องการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกา โดยผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการการการค้าแห่งสหพันธรัฐ ภายใต้โครงการ Capacity Building for the Competition Act ภายใต้กรอบการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรี ไทย – สหรัฐอเมริกา ระหว่างวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2549 – 15 มีนาคม 2549 ณ กรมการค้าภายใน, สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า.

หรือทางอ้อม อันจะส่งผลให้การแข่งขันลดน้อยลงหรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการผูกขาด¹⁶

ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าในการพิจารณาการห้ามมิให้รวมกิจการนี้ ต้องมีการแสดงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันด้วย เพราะหลักการตาม Section 7 นี้ มิใช่ความผิดเด็ดขาดในตัวเอง แต่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่า การรวมกิจการนั้นมีผลทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมากหรือก่อให้เกิดการผูกขาดหรือไม่ ดังนั้น หากการรวมกิจการใดไม่มีผลทำให้การแข่งขันลงอย่างมากหรือก่อให้เกิดการผูกขาดแล้ว การรวมกิจการนั้นก็สามรถกระทำได้ ซึ่ง Section 7 นี้จะระบุถึงผลของการรวมกิจการต่อการแข่งขันไว้ค่อนข้างกว้างว่าทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมากหรืออาจเกิดการผูกขาดขึ้น เพื่อให้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่าผลกระทบต่อการแข่งขันอาจจะไม่เกิดขึ้นในทันที ในขณะที่มีการรวมกิจการ ดังนั้น หากมีความเป็นไปได้ว่าการรวมกิจการนั้นอาจทำให้การแข่งขันลดลง การรวมกิจการนั้นก็จะถูกห้ามมิให้กระทำ¹⁷

Section 7a (Section 18a of Chapter 15 U.S. Code): เพิ่มเติมโดย The Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act 1976 (แก้ไขเพิ่มเติม 2001) เรื่อง Pre-Merger Notification and Waiting Period บัญญัติไว้ว่าบุคคลใดที่ต้องการได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ใดๆ ของกิจการ ทั้งผู้โอน (บริษัทเป้าหมาย) และผู้รับโอน (บริษัทผู้เข้าควบรวมธุรกิจ) จะต้องแจ้งข้อมูลโดยละเอียดต่อ

¹⁶ **Section 7 (Section 18 of Chapter 15 U.S. Code): Acquisition by one corporation of stock of another**

“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 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 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 tend to create a monopoly...”

¹⁷ ศุภัญญา เทพหัสดิน ณ อยุธยา, “มาตรการควบคุมการเข้าซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการ : กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย”, หน้า 43 - 44.

คณะกรรมการการค้า (FTC: The Federal Trade Commission) โดยมีขั้นตอนการแจ้งข้อมูลก่อนการรวมธุรกิจ (Premerger Notification) ดังนี้

1. ฝ่ายที่ต้องการควบกิจการหรือซื้อหุ้นหรือสินทรัพย์ ต้องแจ้งและยื่นรายงานต่อ FTC และ DOJ¹⁸ (Fail into certain size criteria report depends upon the value of the acquisition and the size of the parties measure by their sales and assets)

2. เมื่อแจ้งต่อ FTC และ DOJ และชำระค่าธรรมเนียมในการยื่นรายการแล้ว บริษัทที่ประสงค์จะควบกิจการต้องรอให้การพิจารณาเสร็จสิ้นเป็นระยะเวลา 30 วัน ก่อนที่จะดำเนินการควบกิจการต่อไปได้ เรียกว่า Waiting Period โดยระยะเวลา 30 วันเป็นระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับธุรกรรมรวมธุรกิจทั่วไป ที่ใช้สิ่งตอบแทนเป็นอย่างอื่นนอกจากตัวเงินทั้งหมดหรือบางส่วน แต่หากใช้สิ่งตอบแทนเป็นเงินเพียงอย่างเดียวจะใช้เวลาเพียง 15 วัน¹⁹

¹⁸ **Section 7a.: Premerger notification and waiting period**

“(a) Filing

Except as exempted pursuant to subsection (c) of this section, 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) of this section and the waiting period described in subsection (b)(1) of this section has expired...”

¹⁹ **Section 7a.: Premerger notification and waiting period**

“(b) Waiting period; publication; voting securities

(1) The waiting period required under subsection (a) of this section shall—

(A) begin on the date of the receipt by the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General in charge of the Antitrust Division of the Department of Justice (“Assistant Attorney General”) of-

(i) the completed notification required under subsection (a) of this section, or

(ii) if such notification is not completed, the notification to the extent completed and a statement of the reasons for such noncompliance,

from both persons, or, **in the case of a tender offer, the acquiring person;** and

(B) **end on the thirtieth day after the date of such receipt (or in the case of a cash tender offer, the fifteenth day),** or on such later date as may be set under subsection (e)(2) or (g)(2) of this section.

(2) The Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General may, in individual cases, terminate the waiting period specified in paragraph (1) and allow

3. ระหว่าง Waiting Period องค์กรที่ใช้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้า (FTC และ DOJ) จะวิเคราะห์ว่าการขอรวมธุรกิจดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ (Preliminary Investigation)²⁰

4. หากองค์กรดังกล่าวต้องการข้อมูลหรือพยานหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อประกอบการพิจารณา สามารถขอข้อมูลหรือเอกสารเพิ่มเติมจากผู้ยื่นคำขอรวมธุรกิจได้ (Second Request) ซึ่งในกรณีที่มี Second Request ระยะเวลาการพิจารณาอาจขยายออกไปได้อีก 30 วัน นับแต่วันที่ฝ่ายที่ประสงค์จะรวมธุรกิจจัดส่งเอกสารหรือข้อมูลให้เป็นที่เรียบร้อยแล้ว (แต่หากเป็นกรณีการรวมธุรกิจด้วยเงินเพียงอย่างเดียวจะขยายออกไปได้ไม่เกิน 10 วัน) ซึ่งทำให้องค์กรที่เกี่ยวข้องมีเวลาในการพิจารณา วิเคราะห์ข้อมูลและมีคำสั่งให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นไปตามสมควร²¹

any person to proceed with any acquisition subject to this section, and promptly shall cause to be published in the Federal Register a notice that neither intends to take any action within such period with respect to such acquisition...

²⁰ **Section 7a.: Premerger notification and waiting period**

“(d) **Commission Rules**

The Federal Trade Commission, with the concurrence of the Assistant Attorney General and by rule in accordance with Section 553 of title 5, consistent with the purposes of this section—

- (1) shall require that the notification required under subsection (a) of this section be in such form and contain such documentary material and information relevant to a proposed acquisition as is necessary and appropriate to enable the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General to determine whether such acquisition may, if consummated, violate the antitrust laws.
- (2) may—
 - (A) define the terms used in this section;
 - (B) exempt, from the requirements of this section, classes of persons, acquisitions, transfers, or transactions which are not likely to violate the antitrust laws; and
 - (C) prescribe such other rules as may be necessary and appropriate to carry out the purposes of this section...

²¹ **Section 7a.: Premerger notification and waiting period**

“(e) **Additional information; waiting period extensions**

5. ในกรณีที่บริษัทผู้ซื้อแต่เพียงฝ่ายเดียวทำคำเสนอซื้อ บริษัทผู้ซื้อเท่านั้น ที่ต้องขออนุญาตและรายงานข้อมูลต่างๆ ที่จำเป็นต่อ DOJ และ FTC (Section 7a (b)(1)(A))

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีปัญหา DOJ และ FTC ก็จะเข้าไปแก้ไข เช่น กรณีการควบรวมกิจการธนาคาร ก็ให้ธนาคารที่ต้องการควบกิจการขายสาขาใหญ่ที่เป็นสาขาที่สำคัญออกไป ซึ่งเป็น การลดการกระจุกตัวของตลาด แต่หากพิจารณาแล้วไม่อาจยอมรับผลที่เกิดขึ้นจากการควบรวมได้ DOJ และ FTC ก็จะประกาศไม่ให้ควบรวม ซึ่งโดยปกติผู้ควบรวมก็จะเลิกล้มความตั้งใจที่จะควบรวม แต่หากผู้ควบรวมต้องการควบรวมจริงๆ DOJ และ FTC ก็จะให้ศาลแขวงแห่งสหพันธรัฐ (Federal District Court) ออกคำสั่ง โดยศาลจะพิจารณาภายใน 1 – 2 สัปดาห์ เพื่อรับฟังข้อโต้แย้ง โดยเมื่อ ศาลพิจารณาแล้ว DOJ และ FTC เป็นฝ่ายชนะ ผู้ควบรวมจะไม่สามารถอุทธรณ์ได้ แต่ต้องยกเลิก การควบรวมกิจการ แต่หากผู้ควบรวมเป็นฝ่ายชนะ DOJ และ FTC จะปล่อยให้ควบรวมไป อย่างไรก็ตามก็ อาจมีการอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์เพื่อให้ศาลพิจารณาเต็มรูปแบบได้ แต่ก็มีโอกาสน้อย²²

(1) (A) The Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General may, prior to the expiration of the 30-day waiting period (or in the case of a cash tender offer, the 15-day waiting period) specified in subsection (b)(1) of this section, **require the submission of additional information or documentary material relevant to the proposed acquisition**, from a person required to file notification with respect to such acquisition under subsection (a) of this section prior to the expiration of the waiting period specified in subsection (b)(1) of this section, or from any officer, director, partner, agent, or employee of such person...

(2) The Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General, in its or his discretion, **may extend the 30-day waiting period (or in the case of a cash tender offer, the 15-day waiting period)** specified in subsection (b)(1) of this section for an additional period of not more than 30 days (or in the case of a case tender offer, 10 days) after the date on which the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General, as the case may be, receives from any person to whom a request is made under paragraph (1), or in the case of tender offers, the acquiring person,

(A) all the information and documentary material required to be submitted pursuant to such a request..."

²² สรุปการบรรยายเรื่องการรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกา โดยผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงยุติธรรมและ คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ, อ้างแล้ว.

ใน The Clayton Act Section 7a (2) (A) และ (B) กำหนดว่าการรวมธุรกิจที่จะต้องขออนุญาต จะต้องพิจารณาจากมูลค่าของการรวมธุรกิจ (Size of Transaction) และขนาดธุรกิจของทุกฝ่ายที่เข้าร่วมธุรกิจ (Size of Parties) * ซึ่งคำนวณจากยอดขายและสินทรัพย์ ดังนี้²³

1. พิจารณาจากมูลค่าของสินทรัพย์ (Assets) หรือหลักทรัพย์ (หุ้น) (Voting Securities) ที่มีสิทธิออกเสียง ที่ผู้ซื้อได้มาจากผู้ขายมากกว่า 200,000,000 เหรียญสหรัฐ โดยไม่คำนึงถึงยอดขายหรือสินทรัพย์ของผู้ซื้อและผู้ขาย (Section 7a (a)(2)(A)) หรือ

2. พิจารณาจากมูลค่าของสินทรัพย์ (Assets) หรือหลักทรัพย์ (หุ้น) (Voting Securities) ที่มีสิทธิออกเสียง ที่ผู้ซื้อได้มาจากผู้ขายมากกว่า 50,000,000 เหรียญสหรัฐ แต่ไม่เกิน 200,000,000 เหรียญสหรัฐ และพิจารณายอดขายหรือสินทรัพย์ของผู้ซื้อและผู้ขาย (Section 7a (a)(2)(B)) ดังนี้

2.1 ผู้ประกอบธุรกิจที่มียอดขายสุทธิต่อปี หรือสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 10,000,000 เหรียญสหรัฐขึ้นไป เข้าควรรวมผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการผลิต มียอดขายสุทธิต่อปี หรือสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 100,000,000 เหรียญสหรัฐขึ้นไป หรือ

* ในทางปฏิบัติจะพิจารณาจากลักษณะหรือประเภท (Type) ของการรวมธุรกิจด้วย

²³ **Section 7a.: Premerger notification and waiting period**

“(a) (2) as a result of such acquisition, the acquiring person would hold an aggregate total amount of the voting securities and assets of the acquired person—

(A) in excess of \$200,000,000; or

(B) (i) in excess of \$50,000,000 but not in excess of \$200,000,000; and

(ii) (I) any voting securities or assets of a person engaged in manufacturing which has annual net sales or total assets of \$10,000,000 or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$100,000,000 or more;

(II) any voting securities or assets of a person not engaged in manufacturing which has total assets of \$10,000,000 or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$100,000,000 or more; or

(III) any voting securities or assets of a person with annual net sales or total assets of \$100,000,000 or more are being acquired by any person with total assets or annual net sales of \$10,000,000 or more...”

2.2 ผู้ประกอบธุรกิจที่มียอดขายสุทธิต่อปี หรือสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 10,000,000 เหรียญสหรัฐขึ้นไป เข้าควรรวมผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับการผลิต มียอดขายสุทธิต่อปี หรือสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 100,000,000 เหรียญสหรัฐขึ้นไป หรือ

2.3 ผู้ประกอบธุรกิจที่มียอดขายสุทธิต่อปี หรือสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 100,000,000 เหรียญสหรัฐขึ้นไป เข้าควรรวมผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการผลิตมียอดขายสุทธิต่อปี หรือสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 10,000,000 เหรียญสหรัฐขึ้นไป

3. หากมีมูลค่าน้อยกว่า 50,000,000 เหรียญสหรัฐ ไม่ต้องแจ้ง แต่หากมีผลกระทบต่อการแข่งขันและมีการร้องเรียน FTC ก็สามารถเข้าไปตรวจสอบได้

Section 8 (Section 19 of Chapter 15 U.S. Code): เป็นเรื่องการรวมอำนาจบริหารจัดการ (Interlocking Directorates and Officers) คือกรณีที่บริษัทประกอบธุรกิจแข่งขันกัน ต่างมีคณะกรรมการชุดเดียวกันหรือเกือบทั้งหมดของคณะกรรมการเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน โดยใน Section 8 บัญญัติห้ามเรื่อง Interlocking Directorates ไว้ โดยกำหนดห้ามบุคคลดำรงตำแหน่งผู้บริหารหรือเจ้าหน้าที่ใน 2 บริษัทในเวลาเดียวกัน โดยที่แต่ละบริษัทมีเงินทุน (Capital) ส่วนเกินทุน (Surplus) หรือกำไรที่ยังไม่ได้จัดสรร (Undivided Profits) รวมกันมากกว่า 10,000,000 เหรียญสหรัฐเท่านั้น หากน้อยกว่านี้จะไม่บังคับใช้เนื่องจากถือว่าไม่น่าจะกระทบต่อตลาดโดยรวม โดยใน Section 8 ได้วางแนวทางไว้ดังนี้²⁴

²⁴ **Section 8 (Section 19 of Chapter 15 U.S. Code): Interlocking directorates and officers**

- “(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;
- if each of the corporations has capital, surplus, and undivided profits aggregating more than \$10,000,000 as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection.
- (2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), simultaneous service as a director or officer in any two corporations shall not be prohibited by this section if—
- (A) the competitive sales of either corporation are less than \$1,000,000, as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection;
- (B) the competitive sales of either corporation are less than 2 percentum of that corporation’s total sales; or

1. ห้ามมิให้บุคคลใดเข้าเป็นกรรมการหรือพนักงาน* ในธุรกิจ 2 แห่งในช่วงเวลาเดียวกัน (ยกเว้นกิจการธนาคาร สมาคมธนาคาร และบริษัทหลักทรัพย์) หากกิจการหรือธุรกิจนั้นๆ มีลักษณะดังนี้ (Section 8 (a)(1))

- ก. บางส่วนหรือทั้งหมดประกอบกิจการทางพาณิชย์ และ
- ข. มีการทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อจัดการแข่งขัน โดยพิจารณาจากประเภทของธุรกิจที่ดำเนินการและที่ตั้งของธุรกิจ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด และ
- ค. เงินทุน (Capital) ส่วนเกินทุน (Surplus) และกำไรที่ยังไม่ได้จัดสรร (Undivided Profits) ของแต่ละธุรกิจมีจำนวนรวมเกินกว่า 10,000,000 เหรียญสหรัฐ

2. การเข้าดำรงตำแหน่งกรรมการหรือพนักงานในธุรกิจ 2 แห่งตามข้อ 1 อาจกระทำได้ ถ้า (Section 8 (a)(2))

- ก. ยอดขายที่มีการแข่งขันกัน (Competitive Sales) ของธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งน้อยกว่า 1,000,000 เหรียญสหรัฐ
- ข. ยอดขายที่มีการแข่งขันกัน (Competitive Sales) ของธุรกิจใด ธุรกิจหนึ่งน้อยกว่าร้อยละ 2 ของยอดขายทั้งหมด (Total Sale) ของธุรกิจนั้น หรือ

(C) the competitive sales of each corporation are less than 4 percentum of that corporation's total sales.

For purposes of this paragraph, "competitive sales" means the gross revenues for all products and services sold by one corporation in competition with the other, determined on the basis of annual gross revenues for such products and services in that corporation's last completed fiscal year. For the purposes of this paragraph, "total sales" means the gross revenues for all products and services sold by one corporation over that corporation's last completed fiscal year..."

* กรรมการและพนักงานในที่นี้หมายถึงบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้บริหาร มิใช่พนักงานทั่วไป ซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัท

- ก. ยอดขายที่มีการแข่งขันกัน (Competitive Sales) ของแต่ละธุรกิจ น้อยกว่าร้อยละ 4 ของยอดขายทั้งหมดของธุรกิจนั้น

ในกรณีที่บุคคลใดได้รับการแต่งตั้งหรือได้รับเลือกให้เป็นกรรมการหรือพนักงาน ในธุรกิจใดตาม Section 8 นี้ โดย ณ เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งหรือได้รับเลือกไม่ขัดต่อ Section 8 หากต่อมาสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงเรื่องเงินทุน (Capital) ส่วนเกินทุน (Surplus) หรือกำไรที่ยังมิได้จัดสรร หรือด้วยเหตุใดๆ ซึ่งทำให้บุคคลนั้นเสียสิทธิในการประกอบธุรกิจ กล่าวคือครบองค์ประกอบตามกฎหมายทำให้ขัดต่อ Section 8 การดำเนินการของบุคคลนั้นๆ จะยังคงมีผลใช้ได้ภายใน 1 ปี นับแต่วันที่สาเหตุแห่งการไม่มีสิทธิได้เกิดขึ้น

โดยบทบัญญัติของ The Clayton Act ไม่มีการกำหนดโทษทางอาญา มีแต่เพียง สิทธิเรียกร้องและการดำเนินการทางแพ่ง โดยกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice: DOJ) เป็นผู้อนุญาตและกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ฝ่ายที่มีหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาและบังคับคดีตามกฎหมาย คือ คณะกรรมาธิการทางการค้าแห่งสหพันธ์ (The Federal Trade Commission) ซึ่งเป็นองค์กระอิสระ (Independent Government Agency) ที่เกิดขึ้นภายใต้ The Federal Trade Commission Act

(3) The Federal Trade Commission Act 1914

The Federal Trade Commission Act (“The FTC Act”) เกิดขึ้นพร้อมๆ กับ The Clayton Act เพื่อเสริมกฎหมาย The Sherman Act โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดตั้งองค์กรที่บริหาร และบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่งได้แก่คณะกรรมาธิการทางการค้าแห่งสหพันธ์ (Federal Trade Commission: FTC) ซึ่งเป็นหน่วยงานพิเศษของฝ่ายบริหารที่เป็นองค์กรที่มีอิสระไม่ขึ้นต่อ หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง และมีอำนาจบังคับให้หน่วยธุรกิจที่กระทำผิดกฎหมายหยุดการกระทำนั้น โดย FTC มีอำนาจสืบสวนสอบสวนด้วยตนเอง มีอำนาจรับคำร้องทุกข์จากผู้เสียหายหรือผู้ที่มี ผลประโยชน์เกี่ยวข้อง หากสืบสวนแล้วพบว่ามีกรกระทำผิดกฎหมายเกิดขึ้น ก็สามารถออกคำสั่ง ระบุหรือยกเลิกการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นได้ รวมถึงมีอำนาจในการพิจารณาตัดสินคดีซึ่งมีลักษณะ คล้ายอำนาจของศาล ทำหน้าที่บังคับใช้ The Clayton Act ร่วมกับแผนกป้องกันการผูกขาดที่เป็น หน่วยงานของกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) ซึ่งทำหน้าที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องคดีอาญา และการเสาะแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อเยียวยาความเสียหายในทางแพ่ง โดยจะแบ่งงานกันตาม ความเชี่ยวชาญในอุตสาหกรรมหรือสินค้า อย่างไรก็ตาม คำตัดสินของ FTC อาจถูกทบทวนและตรวจสอบ โดยศาลยุติธรรมได้ คำสั่งของ FTC ไม่ใช่การลงโทษทางอาญาหรือทางแพ่งสำหรับการกระทำผิด กฎหมายที่เกิดขึ้นมาแล้ว แต่เป็นคำสั่งที่กำหนดมาตรการสำหรับการปฏิบัติทางการค้าในอนาคต

เพื่อป้องกันภัยร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นกับระบบการแข่งขัน (Unfair Methods of Competition) เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์ปกป้องการแข่งขัน มิใช่ปกป้องผู้แข่งขัน (Protect Competition, Not Competitors)

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหน้าที่หลักของ FTC มีดังนี้

1. สืบสวนสอบสวนพฤติกรรมทางการค้าที่เป็นการจำกัดทางธุรกิจ หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม
2. ตรวจสอบธุรกรรมหรือการกระทำต่างๆ ที่เกี่ยวกับข้อมูลข่าวสารทางการค้า รวมทั้งการสืบสวนสอบสวน การประชุมเพื่อหารือและจัดทำรายงานเสนอ

นอกจากนี้ The FTC Act ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่เน้นถึงความสำคัญและบทบาทของผู้บริโภค (Consumer) เป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection) รวมถึงบทบัญญัติเรื่องการกำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาคดีด้วย ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงสามารถแบ่งออกเป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ คือ การค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการ และการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

(4) Merger Guidelines

Merger Guidelines ของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ 2 ฉบับ คือ Non-Horizontal Merger Guidelines ซึ่งเดิมเป็นส่วนหนึ่งของ U.S. Department of Justice Merger Guidelines, June 14, 1984 แต่ปัจจุบันเหลือที่ยังใช้บังคับอยู่เพียงข้อเดียวคือ ข้อ 4 ซึ่งศาลจะใช้บังคับกับเรื่องการควบรวมกิจการในแนวดิ่ง (Vertical Merger) และการควบรวมกิจการแบบกระจาย (Conglomerate Merger) และ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines issued April 2, 1992, revised April 8, 1997 ซึ่งศาลจะใช้บังคับกับเรื่องการควบรวมกิจการในแนวนอน (Horizontal Merger)

Non-Horizontal Merger Guidelines 1984²⁵

ข้อที่ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันคือ ข้อ 4 ที่เป็นเรื่องแนวปฏิบัติของการรวมกิจการที่มีไขแนวนอน โดยยอมรับว่าการรวมธุรกิจในแนวดิ่งอาจมีผลต่อการแข่งขันได้ หากสร้างอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือผู้ประกอบการร่วมมือกัน โดย DOJ และ FTC จะอนุญาต

²⁵ โปรดดูรายละเอียดของ Non-Horizontal Merger Guidelines 1984 ในภาคผนวก ข.

ให้รวมธุรกิจแบบแนวดิ่งได้ หากไม่ปรากฏว่ามีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือการร่วมมือกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน ทั้งนี้ รวมทั้งการรวมธุรกิจในตลาดที่มีการกระจุกตัวด้วย นอกจากนี้ DOJ และ FTC ยังยอมรับถึงผลเสียต่อการแข่งขันอันเกิดจากการรวมธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่นที่เข้ามาในตลาด โดยเห็นว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจเป็นอันตรายต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้น หรือการแข่งขันที่เป็นอยู่จริง

ซึ่ง DOJ และ FTC จะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นสร้างอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือไม่ ตาม Merger Guidelines 1984 ข้อ 4.21 ได้แก่

- ระดับของการรวมธุรกิจแบบแนวดิ่งระหว่าง 2 ตลาดจะต้องมีมากจนผู้ประกอบการที่เข้ามาในตลาดที่หนึ่งต้องเข้าสู่ตลาดที่สองในเวลาเดียวกันด้วย
- การที่จะเข้ามาในตลาดที่สองจะต้องทำให้การเข้าสู่ตลาดที่หนึ่งยากขึ้น และเกิดการเข้าสู่ตลาดขึ้นน้อยมาก
- โครงสร้างและลักษณะเฉพาะของตลาดที่หนึ่งจะต้องส่งเสริมพฤติกรรมที่ไม่มีการแข่งขันมากจนความยากในการเข้าสู่ตลาดที่เพิ่มขึ้นอาจจะส่งผลต่อพฤติกรรมในตลาดที่หนึ่ง

โดย DOJ และ FTC จะใช้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้เพื่อพิจารณาว่าการกระทำเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้นหรือไม่ คือ

(1) กรณีที่ตลาดที่สองยังคงมีขนาดเพียงพอที่จะเข้ามาได้โดยผู้ประกอบการที่เข้าสู่ตลาดที่หนึ่ง ไม่ต้องเข้าสู่ตลาดที่สองในเวลาเดียวกัน DOJ และ FTC จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ หากภายหลังการรวมกิจการโดยบริษัทที่เหลืออยู่ในตลาดที่สองมีกำลังการผลิตเพียงพอที่จะให้บริการแก่โรงงานที่มีขนาดประสิทธิภาพต่ำที่สุด 2 โรงงานในตลาดที่หนึ่ง แต่ถ้าปรากฏว่ามีเงื่อนไขข้ออื่นๆ ด้วย DOJ และ FTC ก็จะไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจ เนื่องจากกำลังผลิตของผู้ประกอบการอยู่ต่ำกว่าระดับ (Merger Guidelines 1984 ข้อ 4.211)

(2) หากการเข้าสู่ตลาดที่สองเป็นไปได้โดยง่ายแล้ว การเข้าสู่ตลาดที่หนึ่งและตลาดที่สองในเวลาเดียวกันอาจจะไม่เป็นผลเสียต่อการเข้าสู่ตลาดที่หนึ่ง ไม่ว่าการเข้าสู่ตลาดที่หนึ่งจะเป็นไปได้ยากหรือไม่ก็ตาม DOJ และ FTC จะอนุญาตให้การรวมกิจการดังกล่าวสามารถกระทำได้ (Merger Guidelines 1984 ข้อ 4.212, 3.3)

(3) อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดจะไม่ส่งผลกระทบต่อพฤติกรรม หากโครงสร้างของตลาดที่หนึ่งไม่เอื้อต่อการผูกขาดหรือการร่วมมือกัน DOJ และ FTC จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ แม้ว่าการกระจุกตัวทั้งหมดในตลาดที่หนึ่งมีค่า HHI มากกว่า 1800 แต่หากค่า HHI มีมากกว่า 1800 และมีพฤติกรรมคั่งที่ระบุไว้ในข้อ (1) และ (2) ข้างต้น อีกทั้งมีการกระจุกตัวเพิ่มขึ้น DOJ และ FTC จะไม่อนุญาตให้รวมกิจการ (Merger Guidelines 1984 ข้อ 4.213)

ส่วนในกรณีที่ว่ากรรวมธุรกิจจะเอื้อต่อการร่วมมือกันหรือไม่นั้น DOJ และ FTC มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตาม Merger Guidelines 1984 ข้อ 4.221 และข้อ 3.4 คืออาจอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ หากตลาดของผู้ขายไม่มีการกระจุกตัวพอที่จะเกิดการร่วมมือกัน กล่าวคือ ถ้าค่า HHI ทั้งหมดภายในตลาดผู้ผลิตไม่มากกว่า 1800 และสินค้าจำนวนมากของผู้ผลิตรายอื่นถูกจำหน่ายโดยร้านของผู้ค้าปลีกที่มีการรวมกันภายหลังการรวมกิจการ (กล่าวคือ ไม่กระทบกับการขายสินค้าของผู้ผลิตรายอื่น เท่ากับ ไม่กระทบต่อตลาดนั่นเอง) นอกจากนี้ DOJ และ FTC จะไม่อนุญาตให้ผู้ผลิตมีการรวมกิจการเข้ากับผู้ซื้อ (ผู้ค้าปลีก) ที่แยกตัวออกมา หากผู้ซื้อมีอำนาจเหนือตลาดกับผู้ขาย (ผู้ผลิต) รายอื่น เพียงพอที่จะบังคับผู้ขายในเรื่องราคา แต่ DOJ และ FTC จะอนุญาตให้รวมกิจการ ถ้าการกระจุกตัวทั้งหมดภายในตลาดผู้ผลิตไม่เกินกว่า 1800 และบริษัทผู้ซื้อดังกล่าวต่างไปจากบริษัทผู้ซื้ออื่นๆ ในตลาดนั้น ไม่ว่าจะเป็ประเด็นเรื่องมูลค่าการซื้อขายหรือลักษณะอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง (Merger Guidelines 1984 ข้อ 4.22)

ในส่วนวิธีการวิเคราะห์การอนุญาตให้รวมธุรกิจแบบหลากหลายหรือแบบกระจาย (Conglomerate) DOJ และ FTC จะใช้หลักการเกี่ยวกับการวิเคราะห์กรณีการรวมกิจการในแนวนอน กล่าวคือ จะวิเคราะห์ทั้งผู้ประกอบการที่อาจเข้ามา หรือผู้ประกอบการที่เข้ามาในตลาดจริง ได้แก่

- ค่าการกระจุกตัวของตลาด (Market Concentration) DOJ และ FTC จะอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ หากค่า HHI ในตลาดที่บริษัทเข้าร่วมกิจการกันมากกว่า 1800 แล้วไม่พบว่ามืองค์ประกอบอื่นที่ทำให้เกิดการร่วมมือกัน
- เงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาด (Ease of Entry) กล่าวคือ ถ้าการเข้าสู่ตลาดเป็นไปได้ง่าย ข้อเท็จจริงที่ว่า การเข้าสู่ตลาดนั้นเป็นไปได้ง่ายกว่าสำหรับบริษัทอื่นๆ จึงอาจจะไม่มีผลกระทบต่อพฤติกรรมของบริษัทภายในตลาด DOJ และ FTC จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ เมื่อการเข้าสู่ตลาดของผู้เข้าชื่อนั้นสามารถสำเร็จได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีข้อได้เปรียบในการเข้ามานั้นเป็นพิเศษ (Merger Guidelines 1984 ข้อ 4.132)

- ข้อได้เปรียบในการเข้าสู่ตลาดของบริษัทที่เข้าซื้อ (Strong Buyer Power) กล่าวคือ ถ้าบริษัทหลายบริษัทที่อยู่ในตลาดอยู่แล้วก่อนมีการควบรวม มีข้อได้เปรียบในการเข้าสู่ตลาดของบริษัทที่ถูกรวม การเสียผู้ประกอบการที่อาจเข้ามาเพียงหนึ่งราย ไม่ถือว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขัน DOJ และ FTC จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ หากข้อได้เปรียบในการเข้าสู่ตลาดซึ่งสันนิษฐานว่าบริษัทที่เข้าซื้อมีอยู่นั้น บริษัทอื่นตั้งแต่ 3 บริษัทขึ้นไป สามารถได้มาซึ่งข้อได้เปรียบนั้นเช่นกัน (Merger Guidelines 1984 ข้อ 4.133) (กล่าวคือ ไม่สามารถสร้างความได้เปรียบแก่ตนเองให้มากกว่าผู้อื่นจนอาจเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด – ผู้เขียน)
- ส่วนแบ่งตลาด (Market Share) ของบริษัทเป้าหมาย กล่าวคือ DOJ และ FTC จะอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ หากบริษัทที่ถูกรวมนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเท่ากับหรือน้อยกว่าร้อยละ 5 และจะไม่อนุญาตให้รวมกิจการกัน หากบริษัทเป้าหมายมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป และการรวมธุรกิจนั้นปรากฏเงื่อนไขอื่นๆ ด้วย (Merger Guidelines 1984 ข้อ 4.134)

Horizontal Merger Guidelines 1992²⁶

เป็นแนวทางที่กำหนดเกี่ยวกับการควบรวมกิจการในแนวนอนหรือแนวระนาบ ที่ประกาศใช้ร่วมกันระหว่าง FTC และ DOJ เมื่อวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1992 ซึ่ง Guidelines นี้อยู่ภายใต้ Section 7 ของ The Clayton Act, Section 1 ของ The Sherman Act และ Section 5 ของ The FTC Act โดย Guidelines นี้จะอธิบายกรอบของการบังคับใช้และบรรทัดฐานทั่วไปที่ DOJ และ FTC (ใน Guidelines เรียกกรวมกันว่า The Agency) ใช้ในการวิเคราะห์และพิจารณาคำขอควบรวมกิจการ ได้แก่ คำนิยามของตลาดที่เกี่ยวข้อง การกำหนดส่วนแบ่งตลาด ผลกระทบต่อการแข่งขัน การวิเคราะห์การเข้าสู่ตลาด และประสิทธิภาพของธุรกิจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่แน่นอนหรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานเดียวกัน

Guidelines นี้จะมีกระบวนการในการวิเคราะห์ว่าการควบรวมกิจการเป็น Horizontal Merger หรือไม่ โดยดูจาก

²⁶ โปรดดูรายละเอียดของ Horizontal Merger Guidelines 1992 ในภาคผนวก ก.

(1) The Agency จะวิเคราะห์ว่าการควบรวมกิจการมีส่วนทำให้เพิ่มการกระจุกตัวของตลาด (Market Concentration) หรือไม่ โดยมีการกำหนดนิยามของตลาดที่เกี่ยวข้อง ทั้งตลาดภูมิศาสตร์และตลาดผลิตภัณฑ์เพื่อใช้ในการวัดการกระจุกตัวของตลาดภายหลังการรวมธุรกิจ โดยใช้ดัชนี Herfindahl – Hirschman Index (HHI) โดยมีการแบ่งการกระจุกตัวเป็น 3 กรณี ตามหลักเกณฑ์ข้อ 1.5 (Concentration and Market Shares) อันได้แก่

- กรณีที่ค่า HHI ต่ำกว่า 1,000 ถือว่าไม่มีการกระจุกตัว ซึ่ง DOJ และ FTC จะอนุญาตให้รวมธุรกิจได้

- กรณีที่ค่า HHI อยู่ระหว่าง 1,000 และ 1,800 ถือว่ามีการกระจุกตัวปานกลาง ซึ่ง DOJ และ FTC จะห้ามรวมธุรกิจหรือไม่ ขึ้นอยู่กับค่าการกระจุกตัวที่เพิ่มขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจแล้ว หากเพิ่มขึ้นน้อยกว่า 100 จะอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ แต่หากมากกว่า 100 ก็อาจจะไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจ แต่ทั้งนี้จะพิจารณาจากองค์ประกอบอื่นๆ ที่เป็นสาระสำคัญด้วย เช่น เงื่อนไขทางการเงินของบริษัทที่เกี่ยวข้อง ความยากง่ายในการเข้าสู่ตลาดหรือผลกระทบต่อบริษัทที่อาจเป็นคู่แข่ง เป็นผลให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก อย่างไรก็ตาม หากกรณีที่ต้องการรวมธุรกิจกันสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความจำเป็นที่ต้องรวมธุรกิจเพื่อให้ได้มาซึ่งประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจ DOJ และ FTC ก็อาจอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ ทั้งนี้ ถ้าไม่ปรากฏว่ามีวิธีการอย่างอื่นที่ทำให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจนอกเหนือจากการรวมธุรกิจ

- กรณีที่ค่า HHI มากกว่า 1,800 ถือว่ามีการกระจุกตัวสูง แต่หากค่าการกระจุกตัวภายหลังรวมธุรกิจเพิ่มขึ้นจากเดิมไม่ถึง 50 จุด ก็อาจอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ แต่หากการกระจุกตัวที่เพิ่มขึ้นมากกว่า 50 จุด และเมื่อพิจารณาองค์ประกอบอื่นๆ เช่น เงื่อนไขทางการเงินของบริษัทที่เกี่ยวข้อง ความยากง่ายในการเข้าสู่ตลาดหรือผลกระทบต่อคู่แข่งรายอื่นที่ทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมาก DOJ และ FTC ก็จะไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจ

(2) การรวมธุรกิจมีแนวโน้มที่จะกระทบกับการแข่งขันหรือไม่ โดยพิจารณาว่าการรวมธุรกิจเป็นผลทำให้การแข่งขันลดลงหรือไม่ (Merger Guidelines 1992 ข้อ 2) ซึ่งอาจเกิดจากการกระทำของกลุ่มบริษัทที่หากำไร โดยเป็นผลมาจากการกระทำร่วมกันระหว่างบริษัทคู่แข่งด้วยกัน (Merger Guidelines 1992 ข้อ 2.1) หรืออาจเกิดจากบริษัทที่เข้าซื้อนั่นเอง (Merger Guidelines 1992 ข้อ 2.2) เช่น การเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของหน่วยผลิตต่อตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ โดยการขึ้นราคาสินค้าของผลิตภัณฑ์หนึ่ง ผู้บริโภคก็หันไปซื้อสินค้าอีกผลิตภัณฑ์หนึ่ง ซึ่งเป็นของเจ้าของเดียวกัน เป็นต้น

(3) การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่นมีอุปสรรคหรือไม่ โดยพิจารณาจากระยะเวลาในการเข้าสู่ตลาดจริง (Timeliness of Entry) คือ หากสามารถเข้าสู่ตลาดได้สำเร็จภายใน 2 ปี นับตั้งแต่การวางแผนเรื่องการเข้าสู่ตลาด ถือว่าไม่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (Merger Guideline 1992 ข้อ 3.2) ทั้งนี้ การเข้าสู่ตลาดต้องเกิดขึ้นจริง โดยผู้ประกอบการรายใหม่สามารถทำกำไรจากราคาสินค้าที่ตั้งไว้ก่อนมีการรวมธุรกิจ (Merger Guideline 1992 ข้อ 3.3) และขนาดของตลาดส่วนที่เหลือมีขนาดเพียงพอที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้ามาได้ (Merger Guideline 1992 ข้อ 3.0, 3.1) หากผู้ประกอบการรายใหม่สามารถขายสินค้าหรือบริการได้ภายในระยะเวลา 2 ปี ถือว่าตลาดมีขนาดเพียงพอ (Merger Guideline 1992 ข้อ 3.4)

(4) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นไม่สามารถได้มาด้วยวิธีอื่นนอกเหนือจากวิธีการรวมธุรกิจ ซึ่ง DOJ และ FTC ได้ยอมรับข้อดีเรื่องประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจ เช่น สินค้ามีราคาถูกลง มีการแข่งขันกันปรับปรุงคุณภาพสินค้าและบริการ หรือการคิดค้นผลิตภัณฑ์ชนิดใหม่ๆ ขึ้น ดังนั้น DOJ และ FTC จะพิจารณาเฉพาะความมีประสิทธิภาพที่เกิดจากการรวมธุรกิจ ซึ่งประสิทธิภาพดังกล่าวจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลยหากไม่มีการรวมธุรกิจหรือวิธีการอื่นที่มีอยู่ส่งผลเสียต่อการแข่งขันในลักษณะเดียวกัน โดยพิจารณาจากสภาพการณ์ทางธุรกิจของบริษัทที่รวมธุรกิจนั้น (Merger Guideline 1992 ข้อ 4 แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1997) โดยบริษัทที่รวมกิจการมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ถึงประสิทธิภาพที่กล่าวอ้าง เพื่อที่ DOJ และ FTC จะได้เข้าตรวจสอบและพิจารณาว่าจะอนุญาตให้รวมกิจการได้หรือไม่ โดยหน่วยงานดังกล่าวจะอนุญาตให้รวมกิจการได้หากประสิทธิภาพที่ได้รับเป็นผลมาจากการรวมธุรกิจเท่านั้น ซึ่งโดยลักษณะและขนาดของประสิทธิภาพที่ได้รับไม่ทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องลดลง (Merger Guideline 1992 ข้อ 4 แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1997)

(5) หากปราศจากการรวมธุรกิจแล้ว คู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่จะเข้าร่วมจะต้องเลิกกิจการ (ล้มละลาย) และออกจากตลาดไปหรือไม่ การรวมกิจการในกรณีนี้ไม่น่าจะเป็นการสร้างหรือส่งเสริมอำนาจเหนือตลาดหรือเอื้อต่อการใช้อำนาจตลาด หากอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าบริษัทนั้นไม่สามารถชำระหนี้สินของตนในอนาคตอันใกล้ได้ โดยไม่สามารถปรับโครงสร้างหนี้ได้สำเร็จตามบทบัญญัติของกฎหมายล้มละลาย (Chapter 11 of the Bankruptcy Act: 11 U.S.C. Section 1101 – 1174 (1988)) บริษัทได้พยายามหาวิธีการอื่นในการเสนอขายสินทรัพย์ของบริษัทแล้ว แต่ไม่ประสบความสำเร็จ ซึ่งถ้าไม่มีการรวมธุรกิจแล้ว บริษัทจะต้องเลิกกิจการไป (Merger Guideline 1992 ข้อ 5.1)

อย่างไรก็ดี การยื่นขออนุญาตก่อนการควบรวมก็มีข้อยกเว้นอยู่บ้าง ซึ่งปรากฏอยู่ใน The Clayton Act Section 7a (c) ข้อยกเว้นของกิจการที่ไม่ต้องยื่นขออนุญาต ได้แก่ การซื้อ

สินทรัพย์ที่เป็นไปในทางธุรกิจปกติของบริษัท (Ordinary Course of Business), Real Property, Intra-Person, Foreign Exemption และ Solely for propose of Investment

กรณีศึกษา

(1) **FTC v. H.J. Heinz Company, Case No.: 1:00CV01688 JR, 2000**

ข้อเท็จจริง

ตลาดอาหารเด็กสำเร็จรูป (Jarred Baby Food) มีผู้ประกอบการรายใหญ่ 3 ราย ได้แก่ Gerber ซึ่งเป็นบริษัทในเครือ Novartis, Heinz บริษัทชั้นนำจากยุโรป และ Beech-Nut โดยมี ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 65 ร้อยละ 17.4 และร้อยละ 15.4 ตามลำดับ โดยทั่วไปร้านค้าปลีกมักจะวาง สินค้าอาหารเด็กสำเร็จรูปเพียง 2 ยี่ห้อคือ Gerber และ Heinz หรือ Beech-Nut ซึ่ง Gerber จะวางขาย ในซูเปอร์มาร์เก็ตทุกที่ ในลักษณะของสินค้าชั้นหนึ่งหรือเกรดเอ (Premium) แต่ Heinz เป็นสินค้า ชั้นกลาง (Value Brand) โดย Heinz ได้ขอรวมธุรกิจกับ Beech-Nut

เหตุผลในการขอรวมธุรกิจของ Heinz

Heinz อ้างว่าการรวมกิจการเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันกับ Gerber โดยก่อนการ ควบรวมกิจการไม่มีการแข่งขันกันระหว่าง Heinz และ Beech-Nut ในร้านค้าเดียวกัน เพราะไม่มีการวางสินค้าทั้งสองยี่ห้อในร้านเดียวกัน แต่ Heinz หรือ Beech-Nut ต้องแข่งกับ Gerber ซึ่งเมื่อ ควบรวมกิจการกันแล้ว ไม่มีผลทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้น เพราะ Gerber ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เป็น ผู้กำหนดราคาตลาด กล่าวคือ แม้ว่า Heinz กับ Beech-Nut จะรวมกันก็ไม่มีผลเป็นการลดการแข่งขัน เพราะไม่ได้แข่งขันกันตั้งแต่ก่อนรวมแล้ว

Heinz ยังอ้างอีกว่า การที่รวมกิจการกันแล้วย้ายการผลิตของ Beech-Nut ไปสู่โรงงาน ของ Heinz ซึ่งมีต้นทุนต่ำกว่าและยังผลิตไม่เต็มกำลัง จะช่วยประหยัดต้นทุนในการดำเนินงาน รวมถึงค่าแรง ประมาณ 9.4 – 12 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา หรือประมาณร้อยละ 43 ของต้นทุนการผลิต ของ Beech-Nut รวมทั้งเมื่อรวมกิจการแล้วทำให้ระบบการกระจายสินค้า (Distribution) มีประสิทธิภาพ มากขึ้น รวมถึงสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ และผลิตสินค้านวัตกรรมใหม่เข้าสู่ตลาด นอกจากนี้ ผู้บริโภค จะได้ประโยชน์จากต้นทุนที่ลดลงจากการควบรวมกิจการ โดยการลดราคาสินค้าด้วย (กล่าวคือ อ้างเหตุผลว่าเพื่อประหยัดต้นทุน เพิ่มประสิทธิภาพในการกระจายสินค้า คุณภาพสินค้าเพิ่มขึ้น และลดราคาสินค้า)

เหตุผลในการไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจของ FTC และศาลอุทธรณ์

ศาลท้องถิ่น (District Court) เห็นด้วยกับเหตุผลในการขอรวมธุรกิจ แต่ FTC ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ (Appeal Court) และศาลอุทธรณ์ตัดสินด้วยคะแนนเสียง 3 ต่อ 2 ไม่ให้รวมธุรกิจ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. การรวมกิจการทำให้ค่าดัชนี HHI สูงขึ้น 510 จากเดิม 4775 เป็น 5285 ถือว่ามีการกระจุกตัวสูง และเมื่อรวมกิจการแล้วทำให้มี HHI มากกว่า 100 จึงสันนิษฐานได้ว่ามีการจำกัดการแข่งขันในตลาด เนื่องจากก่อนควบรวมกิจการ Gerber ขายในซูเปอร์มาร์เก็ตทุกที่ แต่ Heinz กับ Beech-Nut ต่างหากที่ต้องช่วงชิงกันเพื่อให้ได้พื้นที่ในชั้นรองลงมาเพื่อวางสินค้าในร้านค้าปลีก ซึ่งต้องพิจารณาถึงว่าเมื่อรวมกิจการแล้ว จะทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญ
2. มีหลักฐานว่า Heinz มีกลยุทธ์ในการทำกำไรสูงสุด (Profit-Maximizing Strategy) ซึ่งอาจมีการเพิ่มราคาสินค้าได้
3. ข้ออ้างของ Heinz ที่ว่าผู้บริโภคจะได้ประโยชน์เนื่องจากการลดราคาสินค้านั้น ศาลเห็นว่าภายหลังจากที่รวมธุรกิจแล้วจะเหลือผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาดเพียง 2 ราย ซึ่งไม่ได้เน้นการตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องลดราคาสินค้าแม้ต้นทุนจะต่ำลง นอกจากนี้ อาจมีการกำหนดราคาพร้อมกันระหว่าง Gerber และ Heinz กับ Beech-Nut ได้อีกด้วย
4. ถึงแม้จะมีการย้ายฐานการผลิตซึ่งอาจทำให้ประหยัดต้นทุนในการดำเนินงานได้ แต่ก็ยังเป็นจำนวนเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับต้นทุนทั้งหมด (เพียงร้อยละ 22.3) โดยการปิดโรงงานผลิตสินค้าของ Beech-Nut ที่เป็นโรงงานเก่า มีต้นทุนสูงและใช้แรงงานคนจำนวนมากใน Canajoharie นิวเจอร์ซีย์ ที่ซึ่งมีพนักงาน 320 คน ผลิตอาหารเด็ก 10 ล้านกระป๋องทุกปี โดย Heinz จะขายสินค้าภายใต้ยี่ห้อ (Brand) ของ Beech-Nut แต่ผลิตภายใต้การดูแลและกระบวนการผลิตเฉพาะของ Heinz กล่าวคือ ต้นทุนต่ำลงเนื่องจาก Heinz ซึ่งเป็นสินค้าชั้นกลางจะขายในราคาของสินค้าชั้นหนึ่ง
5. เรื่องการกระจายสินค้าการพัฒนาคุณภาพสินค้าและนวัตกรรมใหม่ๆ ศาลเห็นว่าบริษัท Heinz เอง มีประสิทธิภาพอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องพึ่งการรวมธุรกิจ

จากกรณีศึกษานี้ สามารถสรุปได้ว่า เป็นการรวมกิจการในแนวนอนซึ่งอาจทำให้เกิดการกระจุกตัว และแม้ว่าผู้ขอควบรวมกิจการจะมีข้ออ้างต่างๆ นานา แต่ FTC ก็พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดไว้ใน Guidelines ด้วยการชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นในการรวมธุรกิจและผลกระทบต่อตลาดและการแข่งขัน โดยเหตุผลหลักคือเกิดการลดการแข่งขันและการกระจุกตัวของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ

(2) FTC v. Staples, Inc. and Office Depot, Inc., Case No. : 1: 97CV00701, 1997

ข้อเท็จจริง

Office Depot, Inc. เป็นห้างค้าปลีกอุปกรณ์เครื่องเขียนอันดับหนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา มีสาขาใน 38 รัฐ มากกว่า 500 สาขา มียอดขาย 6.1 พันล้านเหรียญสหรัฐ และมีมูลค่าในทางบัญชี 2,200 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

Staples, Inc. ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1986 เป็นห้างค้าปลีกอุปกรณ์เครื่องเขียนอันดับสองในประเทศสหรัฐอเมริกา มีสาขามากกว่า 550 สาขา มียอดขาย 4,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และมีมูลค่าในทางบัญชี 3,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งห้างค้าปลีกเครื่องเขียนประเภทนี้ (Office Superstore) มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นธุรกิจขนาดเล็กและเป็นเอกเทศ แต่ผลที่ตามมาคือเป็นการทำลายร้านค้าเครื่องเขียนขนาดเล็กเป็นพันๆ ร้าน

เหตุผลในการขอรวมธุรกิจของ Office Depot และ Staples

Office Depot และ Staples ได้ทำเรื่องขออนุญาตควบกิจการระหว่างกันด้วยวิธีการทำสัญญาควบกิจการ (Agreement to Merge) โดยทั้งสองบริษัทได้อ้างถึงการพัฒนาประสิทธิภาพและต้นทุนที่จะลดลงจากการควบรวมกิจการระหว่างทั้งสองบริษัท และยังอ้างด้วยว่าการควบรวมระหว่างสองบริษัทจะทำให้เกิดประโยชน์จากการเพิ่มการประหยัดจากขนาด (Economy of Scale) ภายหลังจากที่รวมกันแล้ว

โดยพฤติกรรมการกำหนดราคาของทั้งสองบริษัท เป็นดังนี้

1. พื้นที่ใดที่มีผู้ประกอบการ 3 ราย ราคาสินค้าจะต่ำ
2. พื้นที่ใดที่มีผู้ประกอบการ 2 ราย ราคาสินค้าจะสูงกว่ากรณีแรก
3. พื้นที่ใดที่มีผู้ประกอบการรายเดียว ราคาสินค้าจะสูงที่สุด

เหตุผลในการไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจของ FTC และ District Court

FTC ตัดสินด้วยคะแนนเสียง 4 ต่อ 1 ไม่ให้ควรรวมกิจการ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. จากการศึกษาของ FTC พบว่า การควรรวมกิจการจะนำไปสู่การลดลงของการแข่งขันอย่างเป็นทางการเป็นสาระสำคัญ โดย Office Depot และ Staples จะมีอำนาจเหนือตลาดในเชิงภูมิศาสตร์ในหลายๆ พื้นที่ อีกทั้งมีแนวโน้มการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าในอนาคต

2. การกล่าวว่าการควรรวมกิจการระหว่างกันจะช่วยให้ต้นทุนของ Office Depot และ Staples ลดลงและทำให้ราคาขายสินค้าลดลงเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคนั้น FTC พิจารณาจากข้อมูลทางเศรษฐศาสตร์แล้ว เห็นว่าการลดลงในด้านต้นทุนไม่ได้ทำให้ราคาสินค้าลดลงมากเท่าที่ Office Depot และ Staples กล่าวอ้าง กล่าวคือ Office Depot และ Staples เสนอว่าการควรรวมกิจการจะทำให้ราคาสินค้าลดลงได้ถึงร้อยละ 66 ของต้นทุนที่สามารถประหยัดได้จากการควรรวมธุรกิจ (ภายใน 5 ปี จะลดลงได้ 5,000 – 6,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) แต่เมื่อพิจารณารายละเอียดของข้อมูลในอดีตแล้ว กลับพบว่าในกรณีที่บริษัทสามารถประหยัดต้นทุนได้ บริษัทจะลดราคาสินค้าให้กับผู้บริโภคเพียงร้อยละ 15 ของต้นทุนที่ประหยัดได้เท่านั้น ส่วนร้อยละ 85 จะเป็นกำไรของบริษัท

3. FTC ยังได้พิจารณาถึงพฤติกรรมของ Office Depot และ Staples ก่อนการควรรวมกิจการด้วย ซึ่งในพื้นที่ที่ Office Depot และ Staples มีการแข่งขันกัน พบว่ามีการกดดันราคาซึ่งกันและกันอย่างรุนแรง (ซึ่งเป็นผลดีต่อผู้บริโภค) แต่ในพื้นที่ที่ Office Depot และ Staples แข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่น การแข่งขันกลับไม่รุนแรงเท่า เช่น Office Max (อันดับสาม) นอกจากนี้ FTC ยังพบว่าราคาสินค้าของ Office Depot และ Staples ในพื้นที่ที่ไม่มีการแข่งขันจะแพงกว่าสินค้าชนิดเดียวกันที่มีการแข่งขันระหว่าง Office Depot และ Staples ดังนั้น หากมีการควรรวมกิจการกัน พฤติกรรมดังกล่าวย่อมทำลายการแข่งขันในตลาด และมีการกำหนดราคาสินค้าสูงกว่าเมื่อตลาดมีการแข่งขัน

4. มีแนวโน้มที่ผู้ประกอบการรายอื่นจะไม่อยากเข้าสู่ตลาด ดังนั้น การรวมกิจการระหว่าง Office Depot และ Staples จึงเป็นอุปสรรคที่สำคัญในการเข้าสู่ตลาด เนื่องจากการเข้าสู่ตลาด Office Superstore นั้นมิใช่่ง่ายเนื่องจากมีต้นทุนจม (Sunk Cost) สูง แต่ Office Depot และ Staples จะเปิดสาขาหลายๆ ที่ได้โดยง่าย และตลาดจะถูกควบคุมโดย Office Depot และ Staples ที่อยู่ในตลาดอยู่แล้ว

5. เรื่องประสิทธิภาพของการขายสินค้าที่ Office Depot และ Staples ประเมินการไว้เชือถือไม่ได้ อธิบายไม่ได้และไม่ตรงกับความเป็นจริง อีกทั้ง Office Depot และ

Staples ไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างผลที่ได้เฉพาะจากการควมรวมและประสิทธิภาพที่ได้จากทางอื่น

เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลแขวง (District Court) ศาลตัดสินไม่อนุญาตให้ควมรวมเช่นกัน โดยมีข้อสังเกตจากกรณีศึกษาดังกล่าว ดังนี้

1. ศาลมิได้ดูหลักฐานจากบริษัทเพียงอย่างเดียว แต่จะพิจารณาไปถึงคณะกรรมการบริษัท ผู้ถือหุ้น และพฤติกรรมกำหนดราคาของบริษัทที่ขอรวมธุรกิจด้วย
2. ศาลไม่ยอมรับข้ออ้างเรื่องการประหยัดต้นทุนซึ่งไม่สามารถพิสูจน์ได้ และไม่มีเอกสารหลักฐานใดๆ ยืนยัน
3. ศาลจะไม่ยอมรับว่าประสิทธิภาพที่คาดว่าจะเพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจทั้งหมดจะส่งผลดีหรือมีประโยชน์ไปถึงผู้บริโภค แต่ต้องดูพฤติกรรมของบริษัทที่ขอรวมธุรกิจและสภาพแวดล้อมของตลาดประกอบด้วย
4. ประสิทธิภาพที่เกิดจากการรวมธุรกิจ ต้องเป็นประสิทธิภาพที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำโดยวิธีอื่นนอกเหนือจากการรวมธุรกิจ
5. การประเมินประสิทธิภาพและผลกระทบที่เกิดจากการรวมธุรกิจที่เหมาะสมนั้นขึ้นอยู่กับภาวะวิเคราะห์และข้อมูลที่น่ามาใช้วิเคราะห์
6. การเก็บรวบรวมข้อมูลอย่างเป็นระบบ และมีผู้เชี่ยวชาญทางด้านเศรษฐศาสตร์เป็นผู้วิเคราะห์ จะทำให้การวิเคราะห์ถูกต้องมากขึ้น

ซึ่งจากการที่ศาลมีคำตัดสินในคดีนี้แสดงให้เห็นว่าวิธีที่ง่าย ๆ แต่ได้ผลในเรื่องการเปรียบเทียบข้อมูลด้านราคา อาจทำให้หาคำจำกัดความเรื่องตลาดได้ และยังคงแสดงให้เห็นผลกระทบที่เป็นการลดการแข่งขันอีกด้วย²⁷

²⁷ Lawrence J. White, Antitrust Activities During the Clinton Administration, High-Stakes Antitrust: The Last Hurrah?, Robert W. Hahn, Editor, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., Printed by R.R. Donnelly Harrisonburg, Virginia, 1992., p. 32.

(3) FTC V. Brown Shoe Co., 384 U.S. 316 (1966)ข้อเท็จจริง

Brown Shoe เป็นบริษัทผู้ผลิตรองเท้าที่ใหญ่เป็นอันดับที่ 4 ด้วยส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 4 และเป็นผู้ค้าปลีกรองเท้าที่ใหญ่เป็นอันดับที่ 3 ด้วยส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 6 และ G.M. Kinney เป็นผู้ผลิตอันดับที่ 12 ด้วยส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 0.5 และเป็นผู้ขายปลีกรองเท้าทั้งของผู้ชาย ผู้หญิงและเด็ก ที่ใหญ่เป็นลำดับที่ 8 ด้วยส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 2 โดย Brown Shoe เข้าร่วมธุรกิจโดยการซื้อหุ้นของบริษัท G.M. Kinney โดย FTC กล่าวหาว่าการควมรวมระหว่าง Brown Shoe และ G.M. Kinney ขัดต่อกฎหมาย 3 ประการ ได้แก่

1. เป็นการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง เนื่องจากรวมร้านขายปลีกของบริษัท Kinney เข้ากับอุตสาหกรรมผลิตรองเท้าของบริษัท Brown Shoe
2. เป็นการรวมธุรกิจในแนวระนาบ คือร้านขายปลีกของบริษัท Kinney กับร้านขายปลีกของ Brown Shoe (Franchise Stores Program)
3. เป็นการรวมธุรกิจแบบกระจาย ระหว่างอุตสาหกรรมของทั้ง 2 บริษัท

เหตุผลในการรวมธุรกิจของ Brown Shoe และ G.M. Kinney

Brown Shoe และ G.M. Kinney อ้างว่าในอุตสาหกรรมรองเท้ามีผู้ประกอบการเป็นจำนวนมาก และผู้ขายปลีกก็ยังมีการแข่งขันสูงถึงแม้ว่าจะได้มีการควบกิจการแล้วก็ตาม

เหตุผลในการไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจของ FTC

FTC พิจารณาแล้วพบข้อเท็จจริงดังนี้

1. รองเท้าของผู้ชาย ผู้หญิง และเด็ก ไม่ได้ผลิตในโรงงานเดียวกัน
2. กรณีนี้เป็นการที่ผู้ผลิตเข้าควมรวมผู้จำหน่ายที่เป็นทั้งผู้ผลิตเองด้วย จึงทำให้จำนวนของผู้ผลิตลดน้อยลง และผู้ผลิตที่เหลืออยู่ในตลาดมีแนวโน้มว่าจะเข้าเป็นเจ้าของร้านค้าปลีกมากขึ้น ทำให้ผู้บริโภคขาดความเป็นอิสระในการเลือกซื้อสินค้าในตลาด (Remove Freedom of Purchasers to Buy in an Open Market) โดย Brown Shoe เข้าไปเกี่ยวข้องกับแนวโน้มเหล่านี้

3. ขณะที่รวมธุรกิจ Kinney ไม่ได้ซื้อปlicoรองเท้าจาก Brown Shoe ซึ่งภายหลังจากการรวมธุรกิจ Brown Shoe มีส่วนแบ่งตลาดค้าปลีกเพิ่มขึ้นจากร้อยละ 6 เป็นร้อยละ 8

FTC เห็นว่าการรวมธุรกิจกรณีนี้ละเมิดกฎหมาย The Clayton Act Section 7 ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ

1. หากยังมีผู้มีอำนาจเหนือผู้อื่นในตลาดจากการควบรวมกิจการเข้าด้วยกันแล้ว ก็ไม่อาจถือว่าได้เกิดตลาดผู้ขายน้อยรายขึ้น (แต่กรณีนี้ไม่มีผู้มีอำนาจเหนือตลาดอื่นอีก หมายความว่าเกิดเป็นตลาดผู้ขายน้อยรายแล้ว)

2. ศาลเชื่อว่ามาตรา 7 ไม่สามารถทดสอบผลที่อาจเกิดขึ้นจากการควบรวมกิจการบนสภาพเศรษฐกิจและผลในตลาดใดตลาดหนึ่ง

FTC จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลสูง (U.S. Supreme Court) ในการพิจารณาคดี ศาลสูงได้พิจารณาจากการตรวจสอบตลาดผลิตภัณฑ์และตลาดทางภูมิศาสตร์ ซึ่งตลาดผลิตภัณฑ์คือรองเท้าผู้ชาย ผู้หญิง และเด็ก ส่วนตลาดทางภูมิศาสตร์คือ Dodge City, Kansas ซึ่งศาลสูงตัดสินว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย โดยศาลได้กำหนดขอบเขตของตลาดผลิตภัณฑ์ว่าได้จากความสามารถแลกเปลี่ยนทดแทนกันได้ด้วยคุณสมบัติของสินค้า และเมื่อมีทิศทางหรือมีแนวโน้มว่าจะเกิดตลาดผู้ขายน้อยราย ศาลสามารถหยุดการกระทำดังกล่าวได้

คดี Brown Shoe ซึ่งเป็นการใช้ The Clayton Act ภายหลังจากที่ได้แก้ไขแล้วเป็นครั้งแรก จึงถือเป็นวิวัฒนาการการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการรวมตัวโดยอาศัยความสมเหตุสมผลที่กำหนดได้จากโครงสร้างตลาด พฤติกรรมทางตลาด รวมทั้งอุปสรรคของผู้ประกอบการรายใหม่ que เข้าสู่ตลาดนั้นมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาด้วย

(4) การรวมธุรกิจน้ำมันของ Exxon Corporation และ Mobil Corporation²⁸

ข้อเท็จจริง

ตลาดการค้าน้ำมันในประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยบริษัทน้ำมันขนาดใหญ่ 2 บริษัท ได้แก่ บริษัท Exxon และบริษัท Mobil ที่เป็นผู้ประกอบการขนาดใหญ่ที่เป็นคู่แข่งกัน

²⁸ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน, เปิดโลกการแข่งขันทางการค้า, ปีที่ 2 เดือนกันยายน 2545 ฉบับที่ 14.

สำคัญในตลาด ซึ่งมีธุรกิจต่อเนื่องเกี่ยวกับการผลิตน้ำมัน สถานีขนส่งน้ำมันปลายทาง ระบบขนส่งน้ำมันผ่านท่อ และทรัพย์สินอื่นๆ อีกเป็นจำนวนมาก

บริษัท Exxon สำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในรัฐเท็กซัส ธุรกิจที่ดำเนินการประกอบด้วย โรงกลั่นน้ำมันจำนวน 4 แห่ง ซึ่งสามารถผลิตน้ำมันดิบได้รวมประมาณ 1.1 ล้านบาร์เรลต่อวัน สถานีจำหน่ายน้ำมันและตัวแทนจำหน่าย 8,524 แห่ง กิจการที่เกี่ยวข้องกับการผลิตน้ำมันหล่อลื่น น้ำมันเบนซิน และผลิตภัณฑ์น้ำมันปิโตรเลียมอื่นๆ โดยมีรายได้สุทธิจากการดำเนินธุรกิจดังกล่าวทั้งหมดประมาณปีละ 6 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

บริษัท Mobil สำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในรัฐเวอร์จิเนีย ธุรกิจที่ดำเนินการประกอบด้วย โรงกลั่นน้ำมัน 4 แห่ง ซึ่งสามารถผลิตน้ำมันดิบได้รวมประมาณ 800,000 บาร์เรลต่อวัน สถานีจำหน่ายน้ำมันและตัวแทนจำหน่ายรวม 7,400 แห่ง กิจการที่เกี่ยวข้องกับการผลิตน้ำมันหล่อลื่น น้ำมันเบนซิน และผลิตภัณฑ์น้ำมันปิโตรเลียมอื่นๆ โดยมีรายได้สุทธิจากการดำเนินธุรกิจดังกล่าวทั้งหมดประมาณปีละ 2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

เหตุผลในการขอรวมธุรกิจของ Exxon และ Mobil

บริษัท Exxon ได้เข้าซื้อกิจการของบริษัท Mobil ในช่วงปลายปี ค.ศ. 1999 โดยการแลกหุ้น Mobil จากผู้ถือหุ้นของ Mobil ด้วยหุ้นของ Exxon ในอัตราส่วนหุ้น Mobil 1 หุ้น ต่อ หุ้น Exxon 1.32015 หุ้น²⁹ การเข้าซื้อกิจการครั้งนี้มีวัตถุประสงค์คือ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในเชิงธุรกิจที่สามารถแข่งขันกับผู้ผลิตน้ำมันประเทศอื่นได้ และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการสำรวจและการผลิตที่จะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนและประเทศสหรัฐอเมริกา

เหตุผลในการอนุญาตให้รวมธุรกิจของ FTC

FTC ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสิ่งที่บริษัท Exxon เข้าซื้อกิจการของบริษัท Mobil เข้าข่ายเป็นการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐ (Federal Antitrust Laws) เนื่องจากจะก่อให้เกิดความเสียหายที่กระทบต่อการแข่งขันอย่างมากในตลาดการกลั่นน้ำมัน ตลาดน้ำมันเบนซิน และตลาดผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียมอื่นๆ ทำให้โครงสร้างตลาดมีการกระจุกตัวมากเกินไป โดยเฉพาะในเขตพื้นที่ภาคตะวันออกเฉียงเหนือและแอตแลนติกตอนกลาง ซึ่งครอบคลุมพื้นที่กว่า 40 เมืองใหญ่ เช่น นิวแฮมป์เชอร์ เวอร์มอนท์ แมสซาชูเซต โร้ดไอแลนด์ คอนเนคติกัต และนิวยอร์ก เป็นต้น

²⁹ <http://money.cnn.com/1998/12/01/deals/exxon/>

ทั้งนี้ จะเป็นปัจจัยให้บริษัท Exxon มีอำนาจเหนือตลาดและสามารถปรับราคาจำหน่ายน้ำมันเบนซิน และผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียมอื่นได้โดยง่าย เนื่องจากกลไกตลาดไม่ทำงาน

อย่างไรก็ดี เมื่อ FTC ได้พิจารณาถึงผลดีและผลเสียจากการรวมธุรกิจดังกล่าว และพิจารณาถึงประสิทธิภาพในการแข่งขันกับบริษัทน้ำมันข้ามชาติ เช่น บริษัท Saudi Arabia's Aramco เป็นต้น FTC จึงได้ตัดสินใจให้บริษัท Exxon สามารถรวมกิจการกับบริษัท Mobil ได้ โดยกำหนดเงื่อนไขให้ปฏิบัติ ดังนี้

- (1) ปรับโครงสร้างธุรกิจบริษัท Exxon และบริษัท Mobil ให้มีขนาดเล็กลง ก่อนที่จะทำการรวมธุรกิจ
- (2) กำหนดให้ขายกิจการสถานีจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงจำนวน 2,431 แห่ง โดยในจำนวนนี้อยู่ในภาคตะวันออกเฉียงเหนือและแอตแลนติกตอนกลาง 1,740 แห่ง แคลิฟอร์เนีย 360 แห่ง เท็กซัส 319 แห่ง และที่เกาะกวม 12 แห่ง
- (3) กำหนดให้ขายกิจการโรงกลั่นน้ำมันในแคลิฟอร์เนีย สถานีขนส่งน้ำมัน ปลายทาง ระบบการขนส่งน้ำมันผ่านท่อและทรัพย์สินอื่นๆ ที่จำเป็น

ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลเพื่อป้องกันการมีอำนาจเหนือตลาด และป้องกันการผูกขาด การขึ้นราคาน้ำมันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต

จากกรณีศึกษานี้ สามารถสรุปได้ว่าเป็นกรณีที่ศาลอนุญาตให้ควบรวมได้แต่ต้องไม่กระทบกับตลาดมากนัก และต้องชั่งน้ำหนักกันระหว่างความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการในประเทศกับคู่แข่งต่างชาติด้วย หากรวมแล้วทำให้ความสามารถในการแข่งขันกับผู้ประกอบการ หรือผู้เข้ามาลงทุนจากต่างประเทศเพิ่มมากขึ้นและสร้างงานสร้างรายได้ให้แก่ประชาชนในประเทศ ได้มากขึ้น ก็เป็นเหตุผลที่ดีที่จะอนุญาตให้ควบรวม

(5) FTC v. Proctor & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967)³⁰ข้อเท็จจริง

บริษัท Proctor & Gamble (“P&G”) เป็นบริษัทขนาดใหญ่ในสหรัฐซึ่งผลิตผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในครัวเรือนหลายประเภท มียอดขายต่อปีเกิน 1,100 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

บริษัท Clorox Chemical (“Clorox”) เป็นผู้จำหน่ายในตลาดการผลิตน้ำยาฟอกขาวที่ใช้ในครัวเรือน มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 48.8 ซึ่งห่างจากอันดับสองที่มีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 16 โดย Clorox มียอดขายประมาณ 40 ล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปี นอกจากนี้ ตลาดการผลิตน้ำยาฟอกขาวถือได้ว่าเป็นตลาดที่มีการกระจุกตัวค่อนข้างสูง เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดรวมของผู้ประกอบการรายใหญ่อันดับที่ 1 ถึง 4 เท่ากับร้อยละ 65 และส่วนแบ่งตลาดรวมของผู้ประกอบการรายใหญ่อันดับที่ 1 ถึง 6 เท่ากับร้อยละ 80 ส่วนที่เหลือร้อยละ 20 เป็นของผู้ประกอบการรายย่อย 200 ราย

เหตุผลในการรวมธุรกิจของ P&G และ Clorox

โดยทั่วไปแล้ว น้ำยาฟอกขาวไม่ว่ายี่ห้อใดๆ ก็มีส่วนประกอบในทางเคมีที่เหมือนกัน แต่การโฆษณาประชาสัมพันธ์ต่างหากที่ทำให้ผลิตภัณฑ์มีจุดขายและเป็นที่ต้องการของตลาด³¹ ซึ่งตลาดของ P&G ส่วนใหญ่คือขายผ่านร้านค้าปลีก (Grocery Stores) ซึ่ง P&G มียอดขายสินค้าของตนมากกว่า 500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และร้อยละ 55 ของยอดขายดังกล่าวมาจากผลิตภัณฑ์ผงซักฟอกรวมถึงการขายผ่านโฆษณาแก่ลูกค้ากลุ่มเดียวกัน ซึ่งใช้งบประมาณในการโฆษณาเท่ากับ 80 ล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปี

P&G ได้พิจารณาแล้วว่า การเข้าซื้อกิจการของ Clorox น่าจะดีกว่าการสร้างผลิตภัณฑ์ใหม่ และมีแผนว่าจะเพิ่มส่วนแบ่งตลาดน้ำยาฟอกขาวของ Clorox จากเดิมร้อยละ 48.8 เป็นร้อยละ 52 ภายใน 4 ปีหลังจากการรวมธุรกิจ ซึ่งทำให้ P&G สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดน้ำยาฟอกขาวได้ง่ายกว่าวิธีการที่จะเข้าไปดำเนินธุรกิจด้วยตนเอง โดยเมื่อพิจารณาถึงขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องแล้ว (Relevant Market) พบว่าในตลาดสินค้า (Product Market) ไม่มีสินค้า

³⁰ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน, เปิดโลกการแข่งขันทางการค้า, ปีที่ 1 เดือนเมษายน 2545 ฉบับที่ 3.

³¹ ศักดา ธนิตกุล, เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา 3401435 กฎหมายป้องกันการผูกขาด, หลักสูตร น.บ. ภาคบัณฑิต (นอกเวลาราชการ), ภาคการศึกษาต้น ปีการศึกษา 2548.

หรือผลิตภัณฑ์ใดสามารถใช้ทดแทนน้ำยาฟอกขาวได้ ในขณะเดียวกัน เมื่อพิจารณาตลาดภูมิศาสตร์ (Geographic Market) พบว่าขอบเขตตลาดของสินค้าดังกล่าวครอบคลุมทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา

การรวมธุรกิจของ P&G และ Clorox นั้นถือเป็นการรวมธุรกิจแบบกระจาย (Conglomerate) ซึ่งเป็นรูปแบบการเพิ่มประเภทผลิตภัณฑ์ (Product Extension Merger) โดย ทั้ง 2 บริษัทมีการผลิตสินค้าหลักที่ใช้ประกอบกัน (Complementary Goods) โดยมีเครื่องมือการผลิต ช่องทางการจำหน่ายที่คล้ายกัน รวมทั้งสามารถใช้โฆษณาผ่านสื่อเดียวกันได้

เหตุผลในการไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจของ FTC

FTC พิจารณากรณีนี้โดยยึดหลักเกณฑ์ตาม The Clayton Act มาตรา 7 ที่มุ่งให้ความสำคัญในประเด็นของการรวมธุรกิจใดๆ ก็ตาม จะต้องไม่ส่งผลให้เกิดการลดการแข่งขันในตลาดอย่างมาก และมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการผูกขาด ซึ่ง FTC เห็นว่าน่าจะส่งผลให้การแข่งขันลดลงด้วยเหตุผลดังนี้

(1) โครงสร้างตลาดของน้ำยาฟอกขาวมีลักษณะกระจุกตัวสูงอยู่แล้ว โดยมีผู้ประกอบการรายใหญ่เพียง 4 ราย (ส่วนแบ่งตลาดรวมของผู้ประกอบการรายใหญ่ 4 รายคือร้อยละ 80) นอกจากนั้นเป็นรายย่อย โดยหนึ่งในสี่รายที่เป็นรายใหญ่นั้น มี Clorox รวมอยู่ในนั้นด้วย ซึ่ง Clorox มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 48.8 เมื่อมีการรวมธุรกิจเกิดขึ้น ยังก่อให้มีอำนาจในการครอบครองตลาดเพิ่มมากขึ้น

(2) ปัจจัยในด้านขนาดของธุรกิจและฐานะทางการเงินเมื่อรวมธุรกิจแล้ว จะยิ่งเพิ่มศักยภาพในความได้เปรียบคู่แข่งรายอื่นในตลาดน้ำยาฟอกขาว รวมทั้งตลาดสบู่ ผงซักฟอก และผลิตภัณฑ์ทำความสะอาดที่ P&G มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ (ส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 54.4) ทำให้คู่แข่งรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยากขึ้น

(3) การรวมธุรกิจทำให้ความเป็นไปได้ที่ P&G จะเข้ามาแข่งขันในตลาดน้ำยาฟอกขาวหมดไป ก่อนรวมธุรกิจพบว่า P&G เป็นบริษัทที่มีแนวโน้มจะเข้ามาแข่งขันในตลาดน้ำยาฟอกขาวมากที่สุด และอยู่ระหว่างการขยายประเภทของผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ผงซักฟอก สบู่ และผลิตภัณฑ์ทำความสะอาด น้ำยาฟอกขาวเป็นผลิตภัณฑ์ที่ใช้ประกอบกันกับผลิตภัณฑ์ทำความสะอาดของ P&G หาก P&G เข้ามาแข่งขันในตลาดอย่างจริงจังจะทำให้สถานะการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดของ Clorox เปลี่ยนแปลงไปและการแข่งขันในตลาดจะรุนแรงขึ้น เนื่องจาก P&G เป็นบริษัทขนาดใหญ่ มีเงินลงทุนจำนวนมาก ซึ่งรวมถึงงบประมาณที่ใช้ในการโฆษณาผลิตภัณฑ์ให้เป็นที่รู้จักด้วย นอกจากนี้ P&G ยังมีประสบการณ์ในการผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์

ที่คล้ายกับน้ำยาฟอกขาว และในที่สุดการกระจุกตัวของตลาด (Market Concentration) ก็จะลดลงด้วย ซึ่งส่งผลดีต่อตลาดโดยรวมและผู้บริโภค

(4) Clorox อาจให้พื้นที่วางสินค้าแก่ P&G เนื่องจากถือว่ามีความเกี่ยวข้องกับ P&G

(5) P&G อาจขายสินค้าต่ำกว่าราคาสินค้าที่มาจากพื้นที่อื่น รวมทั้งมีการโฆษณาเรื่องการลดราคาด้วย

FTC พิจารณาแล้วเห็นว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจมีผลลดการแข่งขันอย่างมาก และมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการผูกขาดในตลาดน้ำยาฟอกขาว จึงตัดสินใจให้แยกบริษัทออกโดยให้ทั้งสองบริษัทกลับคืนสู่สถานะเดิม

เป็นที่น่าสังเกตว่าการควบรวมกิจการไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจาก DOJ หรือ FTC หรือแม้กระทั่งปฏิบัติตามมาตรฐานของ Merger Guidelines ทุกครั้งไป แต่ในการกำกับดูแลธุรกิจนั้น ต้องพิจารณาจากผลประโยชน์ของประชาชน (Public Interest) เป็นสำคัญ โดยประเด็นเรื่องการแข่งขันทางการค้าเป็นเพียงประเด็นหนึ่งในการนำมาพิจารณาเท่านั้น³²



³² John E. Kwoka, Jr., Lawrence J. White, The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy, 4th Edition, Oxford University Press, Inc., p. 25.

3.2 สหภาพยุโรป (European Union)

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ยุโรปได้รับความเสียหายและได้รับผลกระทบกระเทือนอย่างหนัก ประเทศต่างๆ ในภูมิภาคยุโรปจึงรวมตัวกันเพื่อให้เกิดการบูรณาการ และสามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ โดยในการประชุมที่กรุงเฮกในปี ค.ศ. 1948 ได้มีการผลักดันให้จัดตั้งคณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe) อันแสดงให้เห็นถึงความพยายามที่จะรวมประเทศต่างๆ เข้าด้วยกัน ต่อมาได้มีการรวมตัวกันในรูปแบบใหม่ที่มีอำนาจเหนือรัฐ (Supra National Integration) เป็นประชาคมยุโรป (European Communities: EC) ซึ่งประกอบด้วย³³

- (1) ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้า (The European Coal and Steel Community: ECSC) โดย The Treaty Establishing the Coal and Steel Community 1950 (ECSC Treaty หรือ Treaty of Paris)
- (2) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community: EEC)*
- (3) ประชาคมพลังงานปรมาณูยุโรป (The European Atomic Energy Community: EAEC) โดย The Treaty Establishing the European Atomic Energy Community 1957 (Euratom Treaty)

ต่อมาในวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1993 โดยผลแห่งสนธิสัญญา Masstricht (Masstricht Treaty) 1992 สหภาพยุโรปได้ถือกำเนิดขึ้น ซึ่งประกอบไปด้วย

- (1) ประชาคมยุโรป (EC) ซึ่งเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับแง่มุมของนโยบายการแข่งขันทางการค้า มีวัตถุประสงค์หลักในการกำจัดภาษีศุลกากรและการกีดกันทางการค้าระหว่างรัฐสมาชิก จัดตั้งนโยบายการเกษตรและการคมนาคมร่วมกัน หลีกเลี่ยงการบิดเบือนการ

³³ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (การศึกษาทางด้านกฎหมาย), บทที่ 3 หน้า 5.

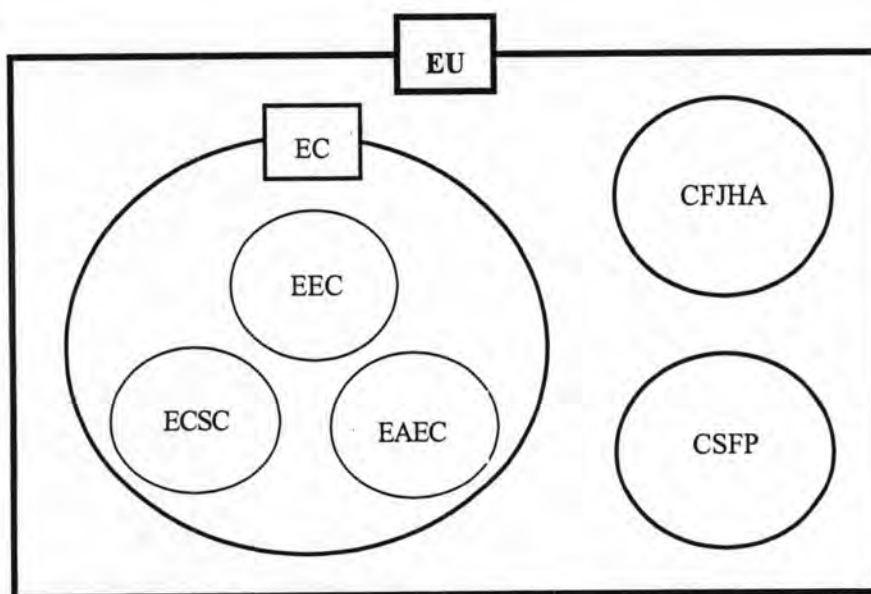
* ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC) มีพื้นฐานมาจากสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป หรือสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty Establishing the European Community 1957 หรือ Treaty of Rome หรือ EC Treaty) และได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมตลอดโดย Single European Act 1987, Masstricht Treaty 1993 และ Amsterdam Treaty 1997 ตามลำดับ

แข่งขันทางการค้า และดำเนินการให้กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกมีความ สอดคล้องกัน

- (2) ความร่วมมือกันในด้านนิติธรรมและการมหาดไทย (Cooperation in the Field of Justice and Home Affairs)
- (3) นโยบายการต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกัน (Common Securities and Foreign Policy)

โดยสามารถสรุปโครงสร้างของสหภาพยุโรปได้ดังแผนภาพด้านล่าง

แผนภาพที่ 15: แสดงโครงสร้างขององค์กรในสหภาพยุโรป



ปัจจุบันสหภาพยุโรปมีประเทศสมาชิก 27 ประเทศ ได้แก่ เบลเยียม ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ เดนมาร์ก ไอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร กรีซ โปรตุเกส สเปน ออสเตรีย ฟินแลนด์ สวีเดน ไชปรัส สาธารณรัฐเชค เอสโตเนีย ฮังการี ลัตเวีย ลิทัวเนีย มอลต้า โปแลนด์ สโลวาเกีย สโลวีเนีย บัลแกเรีย และโรมาเนีย โดยกฎหมายของสหภาพยุโรป (Regulation) ผู้มีอำนาจออกอาจเป็น European Parliament, European Commission, European Council ซึ่งจะมีการกำหนดกรอบ Regulation ให้รัฐสมาชิกออกกฎหมายให้อยู่ภายใต้กรอบนั้น ซึ่งโดยทั่วไป กฎหมายของสหภาพยุโรปเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่สามารถใช้บังคับกับรัฐสมาชิกได้โดยตรง

แต่ต้องให้รัฐสมาชิกออกกฎหมายภายในมาอนุวัติการ ยกเว้นกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่สามารถปรับใช้ได้โดยตรงเสมือนเป็นกฎหมายภายในรัฐนั่นเอง

3.2.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของประชาคมยุโรปมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมกิจการให้มีการแข่งขันกันทางการค้าอย่างยุติธรรม โดยไม่ได้บัญญัติแบ่งแยกประเภทของกิจการตามสัญชาติหรือภูมิภาคเนาว่าตั้งอยู่ในประชาคมยุโรปหรือนอกประชาคมยุโรป แต่ถ้ากิจการใดมีการดำเนินการทางเศรษฐกิจที่กระทบต่อการค้าและการลงทุนในประชาคมยุโรปถึงขนาดที่มีผลทำให้การแข่งขันในประชาคมยุโรปถูกจำกัดหรือบิดเบือน กิจการที่กระทำละเมิดจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรป ตั้งแต่ Article 81 – 89 ของสนธิสัญญาโรม* ซึ่งกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในประชาคมยุโรป ได้บัญญัติไว้ใน Article 81 และ Article 82 ของสนธิสัญญาโรม (Treaty Establishing the European Community: Rome, 25 March 1957) ข้อบังคับที่ 17 (Council Regulation No. 17, First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty) และข้อบังคับการรวบรวมกิจการที่ 4064/89 (Council Regulation No. 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings หรือ Merger Regulation)

วัตถุประสงค์ของ Article 81 จะเน้นการกระทำที่จำกัด ป้องกัน บิดเบือน การแข่งขันในประชาคมยุโรป ส่วน Article 82 จะใช้บังคับต่อกิจการที่มีสภาพที่เหนือกว่าในตลาด กระทำละเมิดการแข่งขันในประชาคมยุโรป เนื้อหาตาม Article 81 และ 82 ได้บัญญัติอย่างกว้างๆ ต้องอาศัยการตีความของคณะกรรมการและศาลประชาคมยุโรป โดยทั้ง Article 81 และ Article 82 มีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อควบคุมกิจการที่มีขนาดใหญ่มากกว่ากิจการขนาดกลางและขนาดย่อม สำหรับคำว่ากิจการขนาดใหญ่ตามความหมายของ Article 81 และ Article 82 สามารถพิจารณาได้จาก ส่วนแบ่งทางการตลาดในผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกัน ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยของศาล หากกิจการที่มีส่วนแบ่งทางการตลาดน้อยกว่าร้อยละ 5 จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของ Article 81 และ Article 82 ดังนั้น กิจการที่มีโอกาสกระทำละเมิดต้องเป็นกิจการที่มีส่วนแบ่งในตลาดมากกว่าร้อยละ 5 แต่อย่างไรก็ดี แม้กิจการจะมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 5 ก็ยังไม่อาจ

* เดิมคือ Article 85 – 94 ซึ่งสนธิสัญญาโรมได้รับการแก้ไขครั้งล่าสุดโดยสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม (Amsterdam Treaty) และมีผลใช้บังคับวันที่ 1 พฤษภาคม 1999 ส่งผลให้เลขมาตราเปลี่ยนแปลงจากเดิม Article 85 – 94 เป็น Article 81 - 90 ตามลำดับ โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะยึดเลข Article ที่ได้แก้ไขใหม่เป็นหลัก

สรุปได้ว่ากิจการเหล่านี้ล้มเหลวตาม Article 81 และ Article 82 เนื่องจากต้องพิจารณาวัตถุประสงค์และผลกระทบของข้อตกลงประกอบด้วย*

ข้อบังคับการควบรวมกิจการที่ 4064/89 มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการควบรวมกิจการมิให้มีการควบรวมมีสภาพที่เหนือกว่าและมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดร่วมอย่างรุนแรงสำหรับการควบรวมกิจการตามข้อบังคับที่ 4064/89 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องขนาดของกิจการที่มีความชัดเจนและแน่นอนมากกว่าใน Article 81 และ Article 82 ของสนธิสัญญาโรม ซึ่งเป็นกฎหมายหลักแต่มีได้ลงในรายละเอียดมากนักและมีการวางแนวคำพิพากษาของศาลประชาคมยุโรปเพื่อเสริมความสมบูรณ์ให้แก่ Treaty of Rome โดยเกณฑ์ที่กำหนดให้กิจการต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับการควบรวมกิจการที่ 4064/89 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับที่ 1310/97) คือผลรวมยอดขายทั่วโลกของกิจการที่ดำเนินการควบรวมทั้งหมดเกินกว่า 2,500 ล้านอียู** และผลรวมของยอดขายของกิจการที่ควบรวมอย่างน้อย 3 กิจการมีจำนวนมากกว่า 100 ล้านอียู หากกิจการที่ดำเนินการควบรวมมีลักษณะเข้าเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจะต้องดำเนินการตามกระบวนการให้เป็นไปตามข้อบังคับการควบรวมกิจการที่ 4064/89 ต่อไป

ดังนั้น จึงสามารถสรุปวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ได้ดังนี้⁴

1. เพื่อป้องกันมิให้เกิดอุปสรรคทางการค้า อันได้แก่ผลจากข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ หรือการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

* ส่วนแบ่งทางการตลาดของกิจการที่ถือว่าสามารถมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดร่วมได้มีคำพิพากษาที่กล่าวถึงปริมาณของส่วนแบ่งทางการตลาดคือ คดี AEG – Telefunken (Case No. 107/82 AEG – Telefunken V. Commission, ECR 1986, pp. 3151 - 3226) ซึ่งตัดสินว่า “กิจการที่ครองส่วนแบ่งทางการตลาดประมาณร้อยละ 5 ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง ถือได้ว่าพฤติกรรมของกิจการมีความสำคัญเพียงพอที่จะสามารถกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกได้” เช่นเดียวกับคดี Miller International Vs. Commission (Case No. 19/77, ECR 1978, pp. 0131 - 0154) ที่ศาลวินิจฉัยว่าการมีสัดส่วนในตลาดแผ่นเสียงในเยอรมันระหว่างปี 1970 - 1975 เกินกว่าร้อยละ 5 ถือว่ามีสัดส่วนสูงมาก และเป็นกิจการที่มีโอกาสทำละเมิด

** อียู คือ European Currency Unit ซึ่งเป็นสกุลเงินระบบตะกร้า (Basket Currency) ที่ใช้ระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป

⁴ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (การศึกษาทางด้านกฎหมาย), บทที่ 3 หน้า 9.

2. เพื่อดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพอันจะนำมาสู่ตลาดร่วมยุโรป
3. เพื่อกระตุ้นให้เกิดความมีประสิทธิภาพ นวัตกรรมใหม่ๆ (Innovation) และราคาที่ลดลง

3.2.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจในสหภาพยุโรปที่น่าสนใจ

กิจการร่วมค้า (Joint Venture)

กิจการร่วมค้า คือการรวมตัวกันของผู้ประกอบการสองฝ่ายหรือมากกว่านั้น และมีลักษณะดังต่อไปนี้ (ก) กิจการร่วมค้าอยู่ภายใต้การกำกับดูแลร่วมกันของผู้ประกอบกิจการที่ก่อตั้งกิจการร่วมค้านั้นๆ (ข) ผู้ก่อตั้งกิจการร่วมค้ามีส่วนได้พุ่มทรัพย์ยกอย่างสำคัญลงในกิจการร่วมค้านั้น (ค) กิจการร่วมค้าเป็นหน่วยองค์กรธุรกิจแยกต่างหากจากผู้ก่อตั้ง และ (ง) กิจการร่วมค้าก่อให้เกิดหน่วยทางธุรกิจใหม่ซึ่งสามารถผลิตผลิตภัณฑ์ใหม่ คิดค้นเทคโนโลยีใหม่ และเข้าสู่ตลาดใหม่³⁵ เมื่อมองในแง่หนึ่งกิจการร่วมค้ามีส่วนพัฒนาระบบการค้าและเศรษฐกิจโดยรวม แต่ก็เป็นไปได้ที่กิจการร่วมค้าจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้เช่นกัน ซึ่งกิจการร่วมค้าจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันและเข้าข่ายตาม Article 81 (1) หรือ ไม่นั้น สามารถพิจารณาได้จากปัจจัยดังต่อไปนี้

- กิจการร่วมค้านั้นจำกัดการแข่งขันหรือมีแนวโน้มที่จะจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่สัญญาหรือไม่
- กิจการร่วมค้านั้นเปิดโอกาสให้บุคคลที่สามสามารถเข้าสู่ตลาดได้หรือไม่
- กิจการร่วมค้านั้นสามารถก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่เข้าร่วมในกิจการร่วมค้านั้น ในขอบเขตตลาดสินค้าอื่นหรือไม่
- กิจการร่วมค้านั้นเป็นส่วนหนึ่งของโครงข่ายกิจการร่วมค้าเดียวกัน ซึ่งอาจมีนโยบายของแต่ละกิจการร่วมค้าที่เกี่ยวพันกันและไม่แข่งขันกันหรือไม่

ในกรณีของกิจการร่วมค้าได้มีประกาศ (Notice) ของคณะกรรมการเกี่ยวกับ Concentrative and Co-operative Joint Ventures 1991 OJ C203/10 ในวรรค 15 ของประกาศดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขที่จะพิจารณาว่ากิจการร่วมค้านั้นเป็นการกระจุกตัวของตลาดหรือไม่ กล่าวคือ

³⁵ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, เฟื่องอ้าง, บทที่ 3 หน้า 71.

Positive Condition กิจกรรมนั้นจะไม่ใช่เป็นการกระจุกตัวของตลาด หากกิจกรรมร่วมค่านั้นประกอบธุรกิจอย่างเป็นทางการ โดยไม่มีกำหนดระยะเวลาจำกัดและอยู่ในสถานะที่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง และด้วยเหตุผลของตนเอง และ Negative Condition คือกิจกรรมร่วมค้าไม่มีวัตถุประสงค์ในการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการที่ไม่เกี่ยวข้องกัน กล่าวคือ บริษัทแม่ตั้งกิจกรรมร่วมค้าขึ้นมาด้วยเหตุผลอื่น นอกเหนือจากการประกอบธุรกิจปกติ

3.2.3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับการรวมธุรกิจและองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย

(1) Article 81 สนธิสัญญาโรม

Article 81 ของสนธิสัญญาโรม มีเนื้อหาที่ครอบคลุมการดำเนินการของกิจการใจความว่า “...ข้อตกลงที่งัดปวงในระหว่างผู้ประกอบการของกิจการต่างๆ การตัดสินใจของกลุ่มสมาคมผู้ประกอบการ และการรวมหัวกันหรือการปฏิบัติที่สอดคล้องกันของผู้ประกอบการ ซึ่งอาจกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก และมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบเป็นการป้องกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันทางการค้า (Collusive Practice) ภายในตลาดร่วม เป็นการต้องห้าม...”³⁶ ซึ่งมี

³⁶ Article 81 of the EC Treaty

1. The following **shall be prohibited** as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which **may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market**, and in particular those which:
 - (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
 - (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
 - (c) share markets or sources of supply;
 - (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
 - (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.
2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.
3. The provisions of paragraph 1 may, however, **be declared inapplicable in the case of**:
 - any agreement or category of agreements between undertakings;
 - any decision or category of decisions by associations of undertakings;

ใจความหลักคือการปกป้องตลาดร่วมมิให้เกิดการละเมิด บิดเบือน หรือจำกัดการแข่งขัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในรูปแบบใดก็ตาม

โดยเนื้อหาของ Article 81 กล่าวถึงข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ คำสั่งของสมาคมผู้ประกอบการ หรือการปฏิบัติที่สอดคล้องกันของผู้ประกอบการซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือผลที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Collusive Practice) หรือการบิดเบือนการแข่งขัน เป็นพฤติกรรมต้องห้าม ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเปิดกว้างที่เมื่อนำมาใช้ต้องอาศัยการตีความเป็นหลัก เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ควบคุมพฤติกรรมทางเศรษฐกิจที่ต้องมีลักษณะเป็นพลวัต (Dynamic) ซึ่งคำจำกัดความ การตีความและตัวอย่างของการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดตาม Article 81 สามารถพบได้ในคำตัดสินของคณะกรรมการและคำพิพากษาของศาลประชาคมยุโรป ซึ่งสามารถแยกหลักเกณฑ์ในเนื้อหาของ Article 81 ได้ดังต่อไปนี้

(1) เป็นการกระทำร่วมกันของกิจการ

การกระทำร่วมกันของกิจการตามความหมายของมาตรานี้ คือการกระทำร่วมกันระหว่างกิจการต่อกิจการ กิจการต่อบุคคล หรือบุคคลต่อบุคคล ไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงข้อตกลงที่ทำด้วยวาจา สำหรับกิจการที่สามารถทำข้อตกลงตามความหมายนี้ไม่จำกัดว่าเป็นกิจการขนาดใหญ่หรือขนาดเล็ก กิจการของเอกชนหรือรัฐบาล รวมทั้งกิจการที่ไม่ได้ตั้งอยู่ในประชาคมยุโรปด้วย ซึ่งกิจการตามความหมายนี้หมายถึงหน่วยธุรกิจใดธุรกิจหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของบริษัท บุคคลธรรมดา หรือสถานะใดก็ตามที่สามารถก่อให้เกิดผลกระทบหรือได้รับผลกระทบจากการกระทำละเมิดต่อการแข่งขันในตลาดร่วม (A Functionally Independent Economic Entity)³⁷ ซึ่งใน Article 81 (1) (a) –(e) ได้บัญญัติลักษณะของการกระทำร่วมกันที่ถือว่าเป็นการต้องห้ามไว้เป็นการเฉพาะ ดังนี้

- any concerted practice or category of concerted practices;

which contributes to **improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit**, and which does not:

- (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”

³⁷ Case Polypropylene

- (a) กำหนดราคาซื้อหรือขาย หรือเงื่อนไขทางการค้าอื่นๆ ถือเป็น การละเมิดการแข่งขันอย่างชัดเจน เนื่องจากราคาถือเป็นปัจจัยสำคัญในเรื่องการแข่งขัน
- (b) จำกัดหรือควบคุมปริมาณสินค้า จำกัดตลาด การพัฒนาเทคโนโลยี หรือการลงทุน ซึ่งก่อให้เกิดการบิดเบือนสภาพการแข่งขันไปจากความเป็นจริง
- (c) การกำหนดส่วนแบ่งตลาดหรือแหล่งวัตถุดิบ ซึ่งแสดงให้เห็นถึง วัตถุประสงค์ในการที่จะครอบงำตลาด โดยการจัดสรรส่วนแบ่งตลาด ระหว่างกันเพื่อลดสภาพทางการแข่งขันให้น้อยลง
- (d) เลือกปฏิบัติในการประกอบธุรกรรมหรือเรียกว่าการใช้สภาพทาง การค้าที่แตกต่างกันต่อกิจการหลายกิจการ มีผลทำให้ผู้ซื้อหรือผู้ขาย บางรายต้องเสียเปรียบ
- (e) การกำหนดเงื่อนไขของสัญญาที่ไม่เกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของ ธุรกรรมตามสัญญา

(2) มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบเป็นการบิดเบือนต่อการแข่งขัน

ปรากฏในแนวทางคำตัดสินของคณะกรรมการและคำพิพากษาของศาล ประชาคมยุโรป ซึ่งสามารถสรุปได้ว่าวัตถุประสงค์หรือผลกระทบในมาตรานี้ต้องเป็นวัตถุประสงค์ ที่ตั้งใจให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในประชาคมยุโรปโดยมีหลักฐานที่แสดงถึงวัตถุประสงค์ ดังกล่าวโดยชัดเจน

(3) เกิดผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

รัฐสมาชิก (Member States) หมายถึงรัฐต่างๆ ที่เป็นสมาชิกของประชาคม ยุโรป และผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิคนั้นต้องมีลักษณะที่ชัดเจนและรุนแรงเพียงพอ โดยผลกระทบดังกล่าวจะต้องสามารถสังเกตเห็นได้ก่อนข้างแน่ชัดว่าข้อตกลงที่เป็นปัญหานั้นอาจมี อิทธิพลไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ต่อรูปแบบของการค้าระหว่างรัฐสมาชิก ในทางที่อาจขัดขวาง การบรรลุวัตถุประสงค์ของการเป็นตลาดเดียวระหว่างรัฐ หรือตลาดร่วม (Common Market)

ซึ่งใน Article 81 (2) ได้บัญญัติถึงผลของข้อตกลงระหว่างกิจการที่บิดเบือน จำกัด ป้องกันการแข่งขัน ที่เป็นการกระทำที่เข้าองค์ประกอบตาม Article 81 (1) ไว้ โดยให้ถือว่าข้อตกลงนี้เป็น โฆษณาทันที หากการกระทำนั้นๆ เข้าองค์ประกอบตาม Article 81 (1) และไม่สามารถนำสิทธิที่ได้รับจากข้อตกลงดังกล่าวไปเรียกร้องต่อศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลประชาคมยุโรปหรือศาลภายในประเทศสมาชิกเพื่อให้คู่สัญญาหรือบุคคลภายนอกปฏิบัติตามข้อตกลงได้

ข้อยกเว้น Article 81

ปรากฏใน Article 81 (3) ดังนี้

- หากข้อตกลงดังกล่าวเอื้อให้เกิดพัฒนาการในการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้า หรือช่วยการสนับสนุนพัฒนาการทางเทคโนโลยีหรือทางเศรษฐกิจ
- เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้บริโภคได้รับผลประโยชน์ที่เหมาะสม
- ไม่มีการกำหนดข้อจำกัดซึ่งไม่จำเป็นต่อการบรรลุผลดังกล่าว
- ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการสามารถจัดการแข่งขันในส่วนสำคัญได้

ซึ่งการยกเว้นสามารถแบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ การยกเว้นเฉพาะกรณี (Individual Exemption) การยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption) การขอคำยืนยันการไม่ละเมิด (Negative Clearance) และข้อตกลงที่มีความสำคัญน้อย (Agreement of Minor Importance)

การยกเว้นเฉพาะกรณี (Individual Exemption) เป็นกรณีที่กิจการได้กระทำการที่ถือว่าเป็นการละเมิดตาม Article 81 แต่กิจการยื่นขอให้ยกเว้นการกระทำที่ละเมิดนั้น โดยคณะกรรมการการเป็นองค์กรที่มีอำนาจสั่งอนุมัติการยกเว้นเฉพาะกรณีจากการบังคับใช้ Article 81 ได้โดยพิจารณาจากคำขอยกเว้นโดยคู่สัญญาเท่านั้น (ข้อบังคับที่ 17 Section 4) กิจการสามารถยื่นขอการยกเว้นเป็นกรณีๆ ไปได้ หากข้อตกลงเข้าข่ายข้อห้ามตาม Article 81 (1) และไม่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นแบบกลุ่ม

การยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption) เป็นการยกเว้นการใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของประชาคมยุโรปให้แก่กิจการบางประเภทที่เข้าข่ายเงื่อนไขขั้นต่ำตามข้อบังคับที่ได้บัญญัติไว้ โดยแบ่งแยกตามลักษณะของข้อตกลง โดยไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอยกเว้นต่อคณะกรรมการอีก เว้นแต่มีความไม่แน่ใจว่าข้อตกลงของตนเข้าเงื่อนไขการยกเว้นแบบกลุ่มหรือไม่เท่านั้น

การขอคำยืนยันการไม่ละเมิด (Negative Clearance) เป็นกระบวนการที่ขอให้คณะกรรมการพิจารณาว่าข้อตกลงไม่ขัดต่อ Article 81 กล่าวคือ เป็นการขอให้ยืนยันความแน่นอนว่าข้อตกลงไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน Article 81 เพื่อให้กิจการที่ได้ทำข้อตกลงไว้สามารถดำเนินกิจการโดยไม่ต้องกังวลว่าข้อตกลงจะละเมิดกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของประชาคมยุโรป

ข้อตกลงที่มีความสำคัญน้อย (Agreement of Minor Importance) หมายถึงข้อตกลงที่มีผลกระทบไม่ถึงขนาดที่ทำให้การแข่งขันในประชาคมยุโรปต้องถูกระงับ ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นข้อตกลงที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยประชาคมยุโรป

(2) Article 82 สนธิสัญญาโรม

Article 82 นี้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมพฤติกรรมการค้าและการของกิจการหรือผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ใจความว่า “...การใช้สิทธิไม่สุจริตโดยกิจการที่มีสภาพที่เหนือกว่าในตลาดร่วมหรือในส่วนที่สำคัญโดยหนึ่งกิจการหรือมากกว่านั้น การกระทำเหล่านั้นจะต้องห้ามเนื่องจากไม่สอดคล้องกับตลาดร่วม เพราะอาจจะกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก...”

วัตถุประสงค์หลักของ Article 82 ก็เช่นเดียวกับ Article 81 คือการขังไว้ซึ่งการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในประชาคมยุโรป โดยที่ทั้งสองมาตรานี้มีลักษณะที่ส่งเสริมกัน สำหรับ Article 82 นี้มีลักษณะสำคัญที่มุ่งต่อการควบคุมอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบกิจการโดยควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบกิจการรายใดรายหนึ่ง โดยหลักจะปรับใช้กับการกระทำฝ่ายเดียวของกิจการที่มีลักษณะครอบงำตลาดการแข่งขัน ซึ่ง Article 82 กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้ดังนี้³⁸

(1) การใช้สิทธิไม่สุจริตโดยกิจการตั้งแต่ 1 กิจการขึ้นไป

Article 82 มิได้ให้คำจำกัดความคำว่า การใช้สิทธิไม่สุจริต (Abuse) ไว้ แต่มีตัวอย่างของการใช้สิทธิไม่สุจริตไว้บางประการ ตามที่บัญญัติไว้ใน Article 82 (a) – (d) ได้แก่³⁹

³⁸ Article 82 of the EC Treaty

“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States...”

³⁹ Article 82 of the EC Treaty

“...Such abuse any, in particular, consist in:

- (a) กำหนดราคาซื้อหรือขายที่ไม่เป็นธรรมหรือกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกรรมที่ไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม
- (b) จำกัดปริมาณการผลิต จำกัดตลาดหรือการพัฒนาทางเทคโนโลยี ที่มีผลเสียต่อผู้บริโภค
- (c) เลือกปฏิบัติในการประกอบธุรกรรมมีผลทำให้ผู้ซื้อหรือผู้ขาย บางรายต้องเสียเปรียบ
- (d) การกำหนดเงื่อนไขของสัญญาที่บังคับให้ผู้สัญญายอมรับเงื่อนไข หรือภาระที่ไม่เกี่ยวกับสาระสำคัญของธุรกรรมตามสัญญา

ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความหมายของการใช้สิทธิไม่สุจริตไว้ว่าหมายถึง การแสวงหาประโยชน์จากความแข็งแกร่งทางการตลาดในการค้าต่อลูกค้า ผู้จัดจำหน่าย เพื่อที่จะได้ กำไรส่วนเกิน หรือเพื่อเพิ่มผลประโยชน์ในทางอื่น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย โดยที่กำหนดใน Article 82 (a) – (d) นี้เป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้น การกระทำที่แม้ไม่เหมือนกับตัวอย่างตาม Article นี้ก็สามารถเป็นความผิดตาม Article นี้ได้⁴⁰

(2) มีอำนาจเหนือตลาดหรือมีสภาพที่เหนือกว่า (Dominant Position)

อำนาจเหนือตลาดหรือสภาพที่เหนือกว่าตามความหมายของ Article 82 นี้คือ กิจการอยู่ในสถานะที่สามารถบิดเบือนการแข่งขันในประชาคมยุโรปได้ ซึ่งศาลประชาคม ยุโรปได้ให้คำจำกัดความของอำนาจเหนือตลาดไว้ในคดี Hoffmann – La Roche Vs. Commission 1979 ไว้ว่าเป็น “สถานะหรือสภาวะของการใช้ความได้เปรียบทางเศรษฐกิจของกิจการหนึ่งที่ทำให้

-
- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
 - (b) limiting production, markets or technical developments to the prejudice of consumers;
 - (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
 - (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

⁴⁰ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฯ (การศึกษาทางด้านกฎหมาย), บทที่ 3 หน้า 11.

กิจการนั้นสามารถจำกัดประสิทธิภาพของการแข่งขันได้ในตลาดที่เกี่ยวข้อง ให้คงความได้เปรียบอยู่ต่อไปโดยให้อำนาจกิจการที่จะดำเนินการอย่างเป็นอิสระโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงคู่แข่ง ลูกค้า และถึงผู้บริโภคในท้ายที่สุด”

- (3) มีสถานะที่เหนือกว่าภายในตลาดร่วมหรือส่วนสำคัญของตลาด
(Dominant Position within Common Market or Substantial Part)

กิจการที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดรวมทั้งหมดต้องเป็นกิจการที่มีขนาดใหญ่มาก ซึ่งจะมีผลในทางปฏิบัติทำให้มีกิจการจำนวนน้อยที่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของประชาคมยุโรป ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของประชาคมยุโรปมีประสิทธิภาพและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น จึงมีการกำหนดขอบเขตของผลกระทบต่อตลาดในลักษณะที่แคบลงมาคือตลาดในส่วนที่สำคัญ (Substantial Part) ทำให้กิจการที่อาจอยู่ภายใต้ Article 82 มีจำนวนมากขึ้น เนื่องจากเพียงแต่กิจการมีสภาพที่เหนือกว่าในส่วนสำคัญของตลาดย่อมเพียงพอในการจะทำลาย จำกัด บิดเบือนการแข่งขันในประชาคมยุโรปได้แล้ว⁴¹

เป็นที่น่าสังเกตว่า Article 82 นี้มีลักษณะเป็นนามธรรม (Objective) กล่าวคือด้วยบทกฎหมายมิได้กำหนดค่านิยมเรื่องผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการและคำพิพากษาแล้วพบว่าคณะกรรมการและผู้พิพากษาได้อาศัยหลักการตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ในการวิเคราะห์ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือ พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาด (Market Share) ของผู้ประกอบการรายดังกล่าวเทียบกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการเดียวกัน นอกเหนือจากการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดแล้วยังต้องพิจารณารายละเอียดด้านอื่นๆ ประกอบด้วย (Substantive Criteria) อันได้แก่ จำนวนผู้ประกอบการในตลาด ความสามารถในการใช้เทคโนโลยี สถานะความมั่นคงในด้านเงินทุนของผู้ประกอบการ ตลอดจนสภาพการแข่งขันในตลาดเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดสินค้าและบริการดังกล่าวได้หรือไม่ (Barrier to Entry)⁴²

นอกจากนี้ ใน Article 82 ได้บัญญัติห้ามการผูกขาดในลักษณะที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียว (Monopoly) และการกระทำหลายฝ่าย (Oligopoly) ซึ่งครอบคลุมเฉพาะการละเมิดที่เกิดจาก

⁴¹ D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford, Clarendon press, 1993, p. 116 - 124

⁴² ธรรมรัตน์ วงศาโรจน์, “การศึกษาเปรียบเทียบ : มาตรการทางกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ประเทศเยอรมัน ประเทศกลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 52 – 53.

กิจการใช้สภาพที่เหนือกว่าไปในทางที่บิดเบือน ป้องกัน จำกัดการแข่งขันเท่านั้น หากเป็นเพียงสภาพที่เหนือกว่า จะไม่อยู่ภายใต้ Article นี้ ซึ่งต่างจากกรณีของสหรัฐอเมริกาที่เพียงมีสภาพเหนือกว่าในตลาดก็ถือว่าละเมิดกฎหมายแล้ว โดยถูกบังคับให้แยกบริษัทออกเป็นบริษัทย่อย เพื่อลดสัดส่วนของส่วนแบ่งทางการตลาดของกิจการให้น้อยลง

ข้อยกเว้น Article 82

กรณีเดียวที่ข้อยกเว้นการใช้บังคับ Article 82 ได้ คือการยื่นขอพิจารณาการไม่ละเมิด (Negative Clearance) โดยกรณีอื่นไม่สามารถยื่นข้อยกเว้นได้เนื่องจากโดยเนื้อหาของ Article 82 มิได้ให้สิทธิไว้ และเนื่องจากกิจการที่จะเข้าข่ายละเมิด Article 82 ต้องเป็นกิจการที่มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position) ซึ่งเป็นกิจการขนาดใหญ่ที่ไม่อาจได้รับผลประโยชน์จากข้อสังเกตของคณะกรรมการเลข เช่นเดียวกับลักษณะของข้อยกเว้น Article 81

(3) ข้อบังคับที่ 17 (Council Regulation No. 17, First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty) (ปัจจุบันคือ Article 81 และ Article 82)

ข้อบังคับที่ 17 ของคณะมนตรีออกมาเพื่อขยายความ Article 81 และ Article 82 โดยได้บัญญัติการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของประชาคมยุโรป โดยมีเนื้อหาที่สำคัญ 2 ส่วน คือ องค์กรที่เกี่ยวข้องในการใช้บังคับ Article 81 และ Article 82 และ กระบวนการในการใช้บังคับ Article 81 และ Article 82 ของสนธิสัญญาโรม

องค์กรที่เกี่ยวข้องในการใช้บังคับ Article 81 และ 82 โดยตรงคือคณะกรรมการและศาลประชาคมยุโรป

คณะกรรมการได้รับมอบอำนาจจากคณะมนตรีในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน เช่น การตรวจสอบพฤติกรรมการละเมิด การพิจารณาคำร้องเรียน การอนุมัติการข้อยกเว้นบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน (Exemption) และคณะกรรมการมีอำนาจในการตรวจสอบอย่างกว้างขวาง รวมถึงมีอำนาจในการออกคำตัดสิน (Decision) ว่ากิจการใดทำละเมิดกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันหรือไม่ ในกรณีที่กิจการละเมิดกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน คณะกรรมการยังสามารถลงโทษปรับต่อกิจการที่ละเมิดได้ด้วย นอกจากนี้ ข้อบังคับที่ 17 ยังได้ให้อำนาจแก่ศาลประชาคมยุโรปอย่างไม่จำกัด ในการที่จะทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการที่สั่งปรับหรือลงโทษใดๆ โดยศาลประชาคมยุโรปสามารถยกเลิก ลด เพิ่มค่าปรับได้

กระบวนการในการใช้บังคับ Article 81 และ 82

ข้อบังคับที่ 17 เป็นกฎหมายลำดับรองที่กำหนดกระบวนการในการใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันตาม Article 81 และ 82 โดยข้อบังคับฉบับนี้ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการในการดูแล ตรวจสอบ และปกป้องการแข่งขันในตลาดร่วม รวมถึงการยุติการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อการแข่งขันและสั่งปรับต่อกิจการที่กระทำความผิด รวมถึงกำหนดแนวทางสำหรับกิจการในการขอยกเว้นการใช้บังคับตาม Article 81 นอกจากนี้ ข้อบังคับข้อที่ 17 ยังมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการร้องเรียน กระบวนการสืบสวนข้อเท็จจริง และการปรับด้วย

การร้องเรียนสามารถกระทำได้เมื่อมีการละเมิดกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน และบุคคลที่สามารถที่จะนำเรื่องขึ้นร้องเรียนได้คือ รัฐสมาชิก และบุคคลธรรมดาหรือกิจการที่มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง บุคคลภายนอกที่มีใช้คู่สัญญาที่สามารถดำเนินการร้องเรียนได้ หากพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันดังกล่าวนั้น มีผลกระทบต่อผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของตนโดยตรง

สำหรับกระบวนการสืบสวนข้อเท็จจริง (Investigation) เป็นอำนาจในการตรวจสอบอย่างเป็นทางการของคณะกรรมการ โดยคณะกรรมการสามารถที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารจากทุกแหล่ง เช่น รัฐสมาชิก หน่วยงานของรัฐ ผู้ร้องเรียน และในทางที่ไม่เป็นทางการด้วย เช่น หนังสือพิมพ์ วารสาร⁴³ โดย Article 11 (1) ของข้อบังคับที่ 17 ให้อำนาจคณะกรรมการในการเรียกและตรวจสอบข้อมูลที่เป็นทั้งหมดจากกิจการที่ถูกกล่าวหา

ในส่วนของการสั่งปรับ คณะกรรมการมีอำนาจเต็มในการดำเนินการสั่งลงโทษปรับต่อกิจการทั้งในระหว่างการสืบสวนข้อเท็จจริง และเพื่อเป็นการลงโทษกิจการที่กระทำละเมิดต่อกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันโดยอาศัยอำนาจตาม Article 15 ของข้อบังคับที่ 17 ได้

⁴³ EEC European Documentation, *EEC Competition Policy in the Single Market*. (2ed, March 1989) pp. 78 – 90.

(4) ข้อบังคับการควบรวมกิจการที่ 4064/89 (Council Regulation * No. 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings: Merger Regulation)

การควบและรวมกิจการเป็นข้อตกลงอีกประเภทหนึ่งที่เกิดจากการรวมกันของกิจการสองแห่งหรือมากกว่าเข้าเป็นบริษัทเดียวกัน โดยก่อนหน้าที่จะมีข้อบังคับการควบรวมกิจการดังกล่าว ศาลประชาคมยุโรปได้ตีความตาม Article 81 และ 82 สนธิสัญญาโรม ให้ครอบคลุมถึงการควบรวมกิจการด้วย ดังเช่นในคดี Continental Can** การที่กิจการที่มีสถานะที่เหนือกว่ากิจการอื่น และกระทำการให้ได้หุ้นของบริษัทอื่นเพื่อเพิ่มความแข็งแกร่งทางการตลาดให้แก่กิจการ ถ้าการกระทำเกิดขึ้นในตลาดร่วมถือว่าเป็นการฝ่าฝืน Article 82 และในระยะเริ่มแรกก่อนที่จะมีข้อบังคับการควบรวมกิจการ คณะกรรมาธิการเองก็ถือว่าการควบรวมกิจการตกอยู่ในขอบเขตของ “Concentration” ภายใต้ Article 82 ซึ่งห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ⁴⁴ ดังนั้น การซื้อหุ้นเพื่อเข้าครอบครองกิจการอื่นถือเป็นการควบและรวมกิจการ ซึ่งศาลประชาคมยุโรปได้พิจารณาว่าเป็นการละเมิดตาม Article 82 อย่างไรก็ดี เนื่องจากขอบเขตของ Article 82 ไม่มีความเหมาะสมที่จะนำไปใช้กับการควบรวมกิจการโดยตรง เนื่องจากคณะกรรมาธิการสามารถเข้าไปดำเนินการตรวจสอบการควบรวมกิจการได้ก็ต่อเมื่อได้มีการควบรวมกิจการเสร็จสิ้นแล้ว ซึ่งคณะกรรมาธิการไม่มีอำนาจใช้มาตรการป้องกันก่อนการควบรวมกิจการ ส่งผลให้การป้องกันการผูกขาดเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพ

ในเวลาต่อมาคณะมนตรีได้ออกข้อบังคับที่บัญญัติเพื่อควบคุมการควบและรวมกิจการคือข้อบังคับการควบรวมกิจการที่ 4064/89 เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1989 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้อำนาจคณะกรรมาธิการอย่างชัดเจนในการพิจารณาการควบกิจการซึ่งอาจมีผลจำกัดการแข่งขันทางการค้า บิดเบือนการแข่งขันหรือก่อให้เกิดการกระจุกตัวของตลาด (Market Concentration) และกำหนดโครงสร้างการควบคุมการควบกิจการและขั้นตอนในการดำเนินการเกี่ยวกับการพิจารณา

* Regulation เมื่อออกมาแล้วมีผลผูกพันเป็นกฎหมายด้วยตัวของ Regulation นั้นเอง รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามทันทีที่มีผลบังคับใช้

** Case 6/72, Europemballage and Continental Can Vs. Commission [1973] ECR p. 0215 ศาลได้วางหลักไว้ว่า การจะพิจารณาว่าการควบรวมกิจการใดขัดต่อมาตรา 82 หรือไม่ ต้องพิจารณาในประเด็นเรื่องส่วนแบ่งตลาดของบริษัทผู้ควบรวม ขนาดของหน่วยธุรกิจที่เกิดจากการควบรวมเปรียบเทียบกับขนาดของคู่แข่งในตลาดอำนาจทางเศรษฐกิจของบริษัทผู้ควบรวมต่ออำนาจของหน่วยธุรกิจใหม่ และความสามารถในการแข่งขันของผู้ผลิตสินค้าประเภทเดียวกันซึ่งประกอบกิจการอยู่ในตลาดภูมิศาสตร์หรือตลาดสินค้าอื่น

⁴⁴ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฯ (การศึกษาทางด้านกฎหมาย), บทที่ 3 หน้า 27.

การควบกิจการ ได้รับข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบรวมกิจการ รวมถึงมีอำนาจควบคุมการควบกิจการให้อยู่กับองค์กรของสหภาพเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาหลายมาตรฐาน (Double Standard)

การควบรวมกิจการที่ถือว่าอยู่ภายใต้ข้อบังคับนี้ คือการควบรวมกิจการที่มี Community Dimension* โดยในการแจ้งการควบรวมกิจการ กิจการต้องดำเนินการแจ้งให้คณะกรรมการบริหารภายใน 1 สัปดาห์ นับแต่ได้ข้อสรุปในการควบกิจการ และคณะกรรมการมีอำนาจในการสรรหาข้อมูลที่สำคัญต่อคดี ทั้งจากรัฐบาล หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในรัฐสมาชิกและจากบุคคลหรือกิจการที่เกี่ยวข้องทั้งปวง (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 11) นอกจากนี้ คณะกรรมการยังมีอำนาจในการตรวจสอบเอกสาร หรือสมุดบัญชี เป็นต้น (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 13) และมีอำนาจในการสั่งปรับต่อกิจการที่กระทำละเมิดตามข้อบังคับนี้ ทั้งโดยเจตนาและด้วยการละเลย (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 14) ซึ่งข้อบังคับที่ 4064/89 มีสาระสำคัญดังนี้

1. ข้อบังคับนี้ใช้บังคับกับการควบรวมกิจการซึ่งทำให้เกิดการกระจุกตัวของตลาดตามนิยามใน Article 3 อันได้แก่ การควบกิจการ (Merger) และการเปลี่ยนอำนาจการควบคุม (Change of Control) ในบริษัท

2. นอกจากจะต้องเป็นการกระจุกตัวของตลาดแล้ว การควบรวมกิจการที่จะต้องอยู่ในบังคับแห่งข้อบังคับนี้ จะต้องมี Community Dimension ซึ่งกำหนดจากขนาดของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในตลาดโลกและรายได้รวม (Turnover) ในสหภาพยุโรป โดยเกณฑ์ที่กำหนดว่าการควบรวมกิจการใดมี Community Dimension มีดังนี้**

* Community Dimension ได้แก่ กิจการที่มีผลกระทบต่อสหภาพซึ่งในกรณีนี้หมายถึง การควบรวมกิจการที่มีขนาดใหญ่และมีแนวโน้มที่สามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในประชาคมยุโรป การเคลื่อนไหวอย่างเสรีของสินค้า บริการ แรงงานและเงินทุน รวมถึงนโยบายของสหภาพด้วย โดยบางตำราให้ความหมายของ Community Dimension ว่าหมายถึงขนาดของประชาคม แต่บางตำราให้ความหมายว่าหมายถึง แรงมของสหภาพ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าใช้คำว่า Community Dimension จะสื่อความหมายที่แท้จริงได้ดีกว่า

** ในเบื้องต้นแรกก่อนจะมีการแก้ไขข้อบังคับการควบรวมกิจการ Community Dimension จะคิดจากผลรวมของยอดขายมากกว่านี้ แต่เนื่องจากมีผู้ให้ความเห็นว่าจำนวนเงินที่ตั้งไว้เป็นเกณฑ์นั้นสูงเกินไป เนื่องจากการรวมกิจการที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่สำคัญ โดยส่วนมากนั้นเกิดจากกิจการที่มียอดขายรวมกันแล้วน้อยกว่า 5000 ล้านอีซียู จึงมีการแก้ไขข้อบังคับดังกล่าวในเรื่องนี้โดยข้อบังคับที่ 1310/97 วันที่ 30 มิถุนายน 1997 ซึ่งส่งผลให้การแข่งขันในประชาคมยุโรปมีความยุติธรรมและเสมอภาคยิ่งขึ้น (ข้อบังคับที่ 4064/89 Section 1 (2) และข้อบังคับที่ 1310/97 Article 1 (b))

- ผลรวมของยอดขายทั่วโลก (Turnover) ของกิจการที่ควรรวมมากกว่า 2500 ล้านอียู
- ผลรวมของยอดขายของกิจการที่ควรรวมทั่วโลกทุกกิจการมีอย่างน้อย 3 กิจการที่มียอดขายมากกว่า 100 ล้านอียู
- ผลรวมของยอดขายของกิจการที่ควรรวม มีอย่างน้อย 2 กิจการที่มียอดขายมากกว่า 25 ล้านอียู

3. คณะกรรมการสามารถบังคับให้ยกเลิกข้อตกลงควรรวมกิจการบางข้อซึ่งถือว่าก่อให้เกิดการกระจุกตัวของตลาด ในขณะที่ Article 81 (1) ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้

4. ก่อนที่ข้อตกลงควรรวมกิจการจะมีผล ทั้งสองฝ่ายที่ประสงค์จะควมเข้ากันต้องรายงานรายละเอียดสภาพการกระจุกตัวของตลาดที่มี Community Dimension ให้แก่คณะกรรมการทราบ และต้องคอยจนผ่านระยะเวลาที่กำหนดเสียก่อน

5. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของรัฐสมาชิกไม่นำมาใช้บังคับกับการกระจุกตัวของตลาดที่มี Community Dimension และในทางกลับกัน คณะกรรมการไม่สามารถนำข้อบังคับนี้มาใช้บังคับกับการควมกิจการซึ่งไม่มี Community Dimension ได้

6. Article 81 และ Article 82 ยังสามารถนำมาใช้กับกรณีการควรรวมกิจการได้หากกรณีเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดห้ามไว้

7. อำนาจของคณะกรรมการในการบังคับใช้ข้อบังคับที่ 4064/89

คณะกรรมการเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมและดำเนินการสืบสวนสอบสวนกิจการที่ถูกล่าหว่ากระทำความผิด โดยข้อบังคับการควรรวมกิจการที่ 4064/89 ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการ ดังนี้

7.1 อำนาจในการขอข้อมูลเพื่อใช้ในการพิจารณา ซึ่งการขอข้อมูลนั้นนอกเหนือจากกิจการที่เกี่ยวข้องกับการควรรวมกิจการแล้ว ยังรวมถึงองค์กรที่เกี่ยวข้องในรัฐสมาชิกด้วย (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 11)

- 7.2 อำนาจในการสอบสวนของคณะกรรมการฯ ซึ่งรวมถึงการตรวจสอบบัญชีข้อมูลทางธุรกิจของกิจการ การสอบถามปากเปล่า การเข้าไปยังสถานที่หรือยานพาหนะของกิจการ (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 13)
- 7.3 อำนาจในการยุติการควบรวมกิจการทั้งหมด หรือบางส่วนของกิจการเป็นการชั่วคราวในระหว่างการสอบสวน เพื่อความจำเป็นและประสิทธิภาพในการดำเนินการ (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 7)
- 7.4 อำนาจในการออกคำตัดสินการควบรวมกิจการว่าสอดคล้อง (Compatible) หรือไม่สอดคล้อง (Incompatible) กับการแข่งขันในตลาดร่วม (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 8)*
- 7.5 อำนาจในการสั่งปรับต่อกิจการที่ไม่กระทำตามคำสั่ง (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 14 และ Article 15) ซึ่งแบ่งเป็น 2 ช่วงคือ ในระหว่างการสอบสวน และภายหลังมีคำตัดสินผลของการควบรวมกิจการ

ในระหว่างการสอบสวนกิจการที่กระทำละเมิดไม่ว่ากระทำโดยตั้งใจหรือละเลย คณะกรรมการฯสามารถสั่งปรับได้เป็นจำนวนตั้งแต่ 1000 – 50,000 อีซียู โดยการกระทำที่เข้าข่ายต้องเสียค่าปรับมีดังนี้ (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 14.1)

* การควบรวมกิจการสอดคล้องกับการแข่งขันในตลาดร่วม คือข้อตกลงที่ไม่สร้างหรือเสริมสถานะที่เหนือกว่า ซึ่งจะทำให้การแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาดร่วมหรือตลาดส่วนสำคัญถูกทำลาย ในกรณีที่คณะกรรมการฯตัดสินว่าการควบรวมกิจการสอดคล้องกับการแข่งขันในตลาดร่วมแต่มีข้อจำกัดหรือมีเงื่อนไขต่อท้ายให้มีการแก้ไขการควบรวมกิจการ ถ้ากิจการที่ได้รับคำสั่งดังกล่าวกระทำการเกินข้อจำกัดหรือไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไข คณะกรรมการฯมีอำนาจสั่งปรับได้ถึงร้อยละ 10 ของรายได้หมุนเวียนรวม (Total Turnover) ของกิจการ และหากยังคงเพิกเฉยอยู่ คณะกรรมการฯมีอำนาจในการสั่งปรับเป็นรายวันถึงวันละ 100,000 อีซียู (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 8 (2) และ Article 15 (2)(a)) ส่วนกรณีที่คณะกรรมการฯตัดสินว่าการควบรวมกิจการไม่สอดคล้องกับการแข่งขันในตลาดร่วม โดยกิจการยังคงดำเนินการควบรวมกิจการหรือกรณีที่มีการควบรวมกิจการอยู่ก่อนมีคำตัดสินโดยมิได้ยกเลิกหรือหยุดการควบรวมกิจการหรือกระบวนการอื่นใดตามคำสั่งของคณะกรรมการฯ คณะกรรมการฯสามารถสั่งปรับกิจการนั้นเป็นจำนวนถึงร้อยละ 10 ของรายได้หมุนเวียน และกรณีที่กิจการยังคงละเมิดคำตัดสินหรือคงไว้ซึ่งการควบรวมกิจการต่อไป คณะกรรมการฯสามารถสั่งปรับเป็นรายวันได้ถึงวันละ 100,000 อีซียู

- มิได้แจ้งการควบและรวมกิจการต่อคณะกรรมการตามข้อบังคับที่ 4064/89 Article 4
- ได้ส่งเอกสารที่ไม่ถูกต้องหรือข้อมูลที่ผิดพลาดเพื่อใช้ในการแจ้งตาม Article 4
- ส่งข้อมูลที่ไม่ถูกต้องตามคำขอใน Article 11 หรือไม่ส่งข้อมูลเหล่านั้นในเวลาที่กำหนดไว้
- ทำสมุดบัญชีหรือหลักฐานทางธุรกิจอื่นได้ไม่สมบูรณ์ระหว่างการสอบสวนหรือปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือในการสืบสวนตาม Article 13
- ในระหว่างการสอบสวน หากกิจการยังคงไม่ดำเนินการตามคำสั่ง เช่น ส่งข้อมูลให้ไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์ คณะกรรมการสามารถดำเนินการปรับกิจการดังกล่าวเป็นรายวัน ได้ถึงวันละ 25,000 อีซียู (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 15 (1))
- ในระหว่างการสอบสวน หากกิจการดำเนินการควบรวมกิจการโดยมิได้แจ้งการควบรวมกิจการภายในกำหนดเวลา หรือไม่ยุติการควบรวมกิจการเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีคำสั่งของคณะกรรมการ อาจถูกปรับได้ถึงร้อยละ 10 ของรายได้หมุนเวียนของกิจการ (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 7 (1) และ (2))

นอกจากนี้ Article 16 ของข้อบังคับการควบรวมกิจการ ยังได้ให้อำนาจศาลประชาคมยุโรปในการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการ รวมถึงการยกเลิก ลด เพิ่มค่าปรับตามที่ศาลประชาคมยุโรปเห็นสมควรด้วย

ข้อยกเว้นข้อบังคับการควบรวมกิจการที่ 4064/89

ไม่ปรากฏข้อยกเว้นของข้อบังคับการควบรวมกิจการที่ 4064/89 เนื่องจากโดยเนื้อหาของข้อบังคับนี้ที่บังคับให้กิจการต้องแจ้งคณะกรรมการก่อนควบรวมกิจการ ถือได้ว่าเป็นการขอให้คณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาว่ากิจการสามารถควบรวมได้หรือไม่

(5) ข้อบังคับที่ 1310/97

ในการตีความและใช้บังคับการควรรวมกิจการ ประชาคมยุโรปได้วางแนวทางการตีความไว้ในข้อบังคับที่ 1310/97 Article 2 ดังนี้

- (1) ความจำเป็นในการคงไว้และพัฒนาการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพในตลาดร่วมและสถานะทางการตลาด ศักยภาพทางเศรษฐกิจและการเงินของกิจการที่เกี่ยวข้อง
- (2) การควบหรือรวมกิจการที่ไม่ก่อให้เกิดสถานะที่เหนือกว่าในการจะทำให้การแข่งขันในตลาดร่วมหรือตลาดในส่วนที่เกี่ยวข้องถูกทำลาย ถือว่าไม่เป็นการละเมิด
- (3) การควบหรือรวมกิจการที่ก่อให้เกิดสถานะที่เหนือกว่าอันมีผลพอทำให้การแข่งขันในตลาดร่วมหรือตลาดในส่วนที่เกี่ยวข้องถูกทำลายถือว่าเป็นการละเมิด (ข้อบังคับที่ 4064/89 Article 2 (2))
- (4) หากกิจการที่เข้าควรรวมยังมีอิสระในการดำเนินการถือว่าข้อตกลงควรรวมกิจการดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันในตลาดร่วม (ข้อบังคับที่ 1310/97 Article 1 (2))

(6) องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย

มีหลายองค์กรที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ได้แก่

- (1) รัฐสภายุโรป (European Parliament) ที่มีอำนาจควบคุมและสอดส่องการทำงานของคณะกรรมการ และออกข้อสังเกต (Observations) ในนโยบายการแข่งขัน แต่ไม่มีบทบาทในเชิงปฏิบัติการ (Operations)
- (2) คณะมนตรี (Council of Ministers) ที่สามารถออกกฎหมายอนุบัญญัติ เช่น Regulations ต่างๆ เพื่อเพิ่มเติมสารบัญญัติและวิธีบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขัน รวมทั้งออกข้อยกเว้นได้ด้วย

- (3) ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) ที่มีหน้าที่ตีความกฎหมาย และดูแลให้การดำเนินการต่างๆ เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อำนาจพิจารณาคดีการแข่งขันในกรณีที่คู่กรณีไม่พอใจคำตัดสินของคณะกรรมการ ก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมยุโรปได้
- (4) คณะกรรมการ (Commission) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีบทบาทสูงที่สุดในการดูแลบริหารกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป โดยจะมี Directorate-General IV (DG IV) เป็นผู้ดูแล คณะกรรมการสามารถดำเนินการภายใต้การแข่งขันตามคำร้องของรัฐสมาชิก ผู้ประกอบการหรือปัจเจกชนที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง หรือเริ่มดำเนินการด้วยตัวของคณะกรรมการเอง⁴⁵

⁴⁵ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (การศึกษาทางด้านกฎหมาย), บทที่ 3 หน้า 73.

3.3 ประเทศญี่ปุ่น

3.3.1 ประวัติการรวมธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น

สืบเนื่องจากอิทธิพลของการเร่งพัฒนาอุตสาหกรรม (Industrialization) ของประเทศญี่ปุ่นในสมัยรัฐบาลเมจิ (ค.ศ. 1868 - 1911) ซึ่งรัฐมีจุดมุ่งหมายที่จะยกระดับอุตสาหกรรมการผลิตของญี่ปุ่นให้สูงขึ้นเพื่อเป็นมหาอำนาจทางด้านเศรษฐกิจแห่งโลกตะวันออกภายใต้นโยบายแบบทุนนิยม รัฐจึงสนับสนุนให้องค์กรอุตสาหกรรมเป็นแบบจำกัดการแข่งขันระหว่างกัน กล่าวคือ รวมองค์กรทางธุรกิจหรือหน่วยผลิตหลายๆ หน่วยเข้าด้วยกันเพื่อเพิ่มความแข็งแกร่งเป็นกลุ่มของธุรกิจขนาดใหญ่ (Giant Business Conglomerate) ที่เรียกว่า Zaibatsu โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอุตสาหกรรมหนัก เช่น การต่อเรือ เครื่องจักร ไฟฟ้า เป็นต้น ซึ่งลักษณะพิเศษของกลุ่ม Zaibatsu นี้คือเป็นการรวมตัวกันในระบบครอบครัวหรือตระกูลเดียวกัน (Family Controlled Combines) และการมีอำนาจในรูปแบบปิรามิดโดยการนำรูปแบบของ Holding Company เข้ามาใช้ ซึ่งกลุ่ม Zaibatsu ที่สำคัญและมีบทบาทในประเทศจนกระทั่งปี ค.ศ. 1946 คือกลุ่ม Mitsui กลุ่ม Mitsubishi กลุ่ม Sumitomo และกลุ่ม Yasuda ซึ่งเงินลงทุนรวมของทั้ง 4 กลุ่มในขณะนั้นสูงถึงร้อยละ 24.5⁴⁶ ซึ่งผลจากสงครามระหว่างรัสเซียและญี่ปุ่น และสงครามโลกครั้งที่ 1 (ค.ศ. 1914 - 1918) ก็ทำให้การเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจของญี่ปุ่นเป็นแบบก้าวกระโดดแต่ไม่ค่อยมั่นคงนัก เนื่องจากอยู่บนพื้นฐานของอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับการทหาร และเป็นอุปสงค์ที่มาจากตลาดต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ เมื่อสงครามสงบลง ปริมาณการส่งออกก็ลดลง และแค่ความต้องการสินค้าจากตลาดในประเทศที่เป็นตลาดเล็กๆ ก็ไม่ได้มากมายนัก ทำให้ผู้ผลิตสินค้าเพื่อส่งออกเข้าสู่ขั้นวิกฤติและกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ รัฐจึงบัญญัติกฎหมายสนับสนุนและส่งเสริมให้องค์กรทางธุรกิจรวมตัวกันในลักษณะของ Cartel* เพื่อให้แข็งแกร่งและแข่งขันในตลาดโลกได้

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่สงครามโลกครั้งที่ 2 (ปี ค.ศ. 1939 - 1945) สิ้นสุดลง ประเทศญี่ปุ่นภายใต้การควบคุมของกองกำลังสัมพันธมิตร (The General Headquarters: GHQ) จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดพร้อมๆ กับยกเลิกกลุ่ม Zaibatsu เนื่องจากประสงค์จะให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นมีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น โดยกฎหมายที่บัญญัติขึ้น

⁴⁶ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, เอกสารประกอบการสอน วิชากฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า ชุดที่ 1, หน้า 34 - 35.

* Cartel คือกลุ่มของผู้ผลิตอิสระที่ร่วมมือกัน โดยมีเป้าหมายในการเพิ่มกำไรโดยวิธีการร่วมกันกำหนดราคา จำกัดปริมาณการผลิต หรือโดยวิธีอื่นๆ

ได้แก่ กฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยเอกชนและการรักษาการค้าที่เป็นธรรม (The Law on the Prohibition of Private Monopoly and the Maintenance of Fair Trade 1947 หรือเรียกโดยย่อว่า The Anti-Monopoly Law - AML) พร้อมกับ การจัดตั้งคณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่น (The Japan Fair Trade Commission - JFTC) ขึ้น

แต่เนื่องจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่กองกำลังสัมพันธมิตรให้บัญญัติไว้ใน ปี ค.ศ. 1947 มีความเข้มงวดมาก ซึ่งไม่สามารถนำมาใช้กับระบบเศรษฐกิจญี่ปุ่นได้อย่างแท้จริง ในช่วงนั้น เนื่องจากค่านิยมของประชาชนในญี่ปุ่นเห็นว่าการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจไม่ใช่เรื่องที่ ผิดกฎหมายแต่ประการใด ฉะนั้น ในปี ค.ศ. 1953 เมื่อกองกำลังสัมพันธมิตรถอนกำลังออกไป จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นให้ผ่อนคลายความเข้มงวดลง

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1977 มีปัจจัยหลายประการที่ทำให้ประเทศญี่ปุ่นแก้ไข กฎหมายป้องกันการผูกขาดให้เข้มงวดขึ้นกว่าเดิมโดยสนับสนุนให้มีการแข่งขัน โดยเสรีและเป็นธรรม มากขึ้น (Free and Fair Competition) อันได้แก่⁴⁷

1. ผู้บริโภคญี่ปุ่นเดือดร้อนจากภาวะเงินเฟ้อ ซึ่งมีสาเหตุมาจากการรวมหัวกัน ตั้งราคา (Price Fixing Cartel) ของผู้ประกอบการ
2. การเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนของประเทศญี่ปุ่น ทำให้ผู้ประกอบการ ทั้งชาวญี่ปุ่นและชาวต่างชาติเพิ่มมากขึ้น กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าจึงมีบทบาทและ ความสำคัญมากขึ้น
3. การคุ้มครองบริษัทขนาดกลางและขนาดย่อมเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจาก บริษัทเหล่านี้มีจำนวนมากกว่าร้อยละ 80 ของจำนวนบริษัททั้งหมดในประเทศญี่ปุ่นที่ผลิตชิ้นส่วน ให้กับบริษัทขนาดใหญ่ จึงเป็นฐานการเมืองที่สำคัญของรัฐบาล
4. ผู้บริโภคชาวญี่ปุ่นมีรายได้สูงและมีความต้องการที่จะบริโภคสินค้าและบริการที่หลากหลาย ทำให้ผู้ประกอบการที่ขาดจริยธรรมใช้วิธีการ โฆษณาที่หลอกลวง กำหนด ราคายาขปลีก หรือรวมหัวกันตั้งราคาเพื่อเอาเปรียบผู้บริโภค รัฐจึงต้องเข้ามาควบคุม

⁴⁷ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์, โครงการศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (การศึกษาทางด้านกฎหมาย), บทที่ 1 หน้า 4.

3.3.2 รูปแบบของการรวมธุรกิจในประเทศญี่ปุ่นที่น่าสนใจ

รูปแบบของการรวมธุรกิจในประเทศญี่ปุ่นที่น่าสนใจซึ่งกฎหมาย AML เข้ามา
กำกับดูแล มีดังนี้

(1) Demerger

คือการแยกบางส่วนของบริษัทไปจัดตั้งใหม่หรือไปร่วมกับบริษัทอื่น และมีสิทธิ
ในการถือหุ้นของบริษัทนั้นๆ ได้ ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 2

(2) Stockholding

คือการเข้าถือหุ้นหรือเข้าถือครองหุ้นของบริษัทอื่น ซึ่งรวมถึงการถือหุ้นใน
Holding Company และ Joint Venture ด้วย โดยกฎหมาย AML ของญี่ปุ่นได้ให้คำนิยามของ
Holding Company ไว้ว่าเป็นบริษัทที่มีธุรกิจคือการถือหุ้นของบริษัทอื่นและควบคุมบริษัทอื่น จึง
ไม่รวมบริษัทที่ตั้งขึ้นมาประกอบธุรกิจแล้วตั้งบริษัทลูกขึ้นมาเอง (ไม่เป็น Pure Holding Company)

(3) Interlocking Directorates

หมายถึง การมีกรรมการเป็นกลุ่มเดียวกันในหลายกิจการ หรือการรวมอำนาจ
บริหารจัดการ โดยเป็นการที่บุคคลเข้าไปเป็นกรรมการหรือผู้บริหารในกิจการหรือธุรกิจหลายแห่ง
ซึ่งเป็นคู่แข่งกัน อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อภาวะการแข่งขัน และอาจเป็นการเอาเปรียบ
ผู้ประกอบการรายอื่นที่แข่งขันกับธุรกิจกลุ่มนั้นได้⁴⁸

3.3.3 กฎหมายที่บังคับใช้กับการรวมธุรกิจและองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย

วัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นคือเพื่อดำรงไว้ซึ่ง
โครงสร้างของการแข่งขัน และเพื่อมิให้มีการรวมศูนย์อำนาจทางเศรษฐกิจ โดยเป็นกฎหมายที่มี
วัตถุประสงค์เช่นเดียวกับกฎหมาย Antitrust ของทุกๆ ประเทศ คือเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป
ของผู้บริโภค และเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประชาธิปไตยและเศรษฐกิจของประเทศอย่างสมดุล
โดยการรักษาและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม ด้วยการห้ามพฤติกรรมทางเศรษฐกิจ

⁴⁸ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์, โครงการศึกษาเปรียบเทียบ
กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (การศึกษาทางด้านกฎหมาย), บทที่ 2 หน้า 19.

ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม และกำจัดการจำกัดทางการค้าที่ปราศจากเหตุผลอันสมควร (Unfair Trade Practice) ซึ่งเป็นสาเหตุหลักของการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจ (Concentration of Economic Power)

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการรวมธุรกิจของประเทศญี่ปุ่นเป็นแนวทางเดียวกับสหรัฐอเมริกาคือเป็นแนวทางการควบคุมโครงสร้าง (Structural Policy) ซึ่งพิจารณาจากปัจจัยหลายประการ โดยหากกิจการมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายก็ต้องแจ้งการรวมธุรกิจดังกล่าวให้แก่หน่วยงานที่รับผิดชอบซึ่งได้แก่ คณะกรรมการกลางทางการค้า (The Japan Federal Trade Commission: JFTC) ทราบ หากไม่มีข้อคัดค้านประการใดจาก JFTC ก็สามารถทำการรวมธุรกิจได้ โดยกฎหมายที่ประเทศญี่ปุ่นใช้บังคับกับการควบรวมกิจการ มีดังนี้

(1) **กฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยเอกชนและการรักษาการค้าที่เป็นธรรม (The Law on the Prohibition of Private Monopoly and the Maintenance of Fair Trade: The Anti-Monopoly Law หรือ AML)**

เป็นกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า ซึ่งรวมถึงการควบรวมกิจการทั้งในแนวนอน (Horizontal) ซึ่งเป็นการลดจำนวนหน่วยแข่งขันในตลาดและมักจะมีผลกระทบโดยตรงต่อการแข่งขัน แบบแนวตั้ง (Vertical) และแบบกระจาย (Conglomerate) ที่ไม่ได้ลดจำนวนหน่วยแข่งขันและโดยทั่วไปผลกระทบจากการควบรวมแบบกระจายมักไม่เป็นการจำกัดหรือลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ยกเว้นในบางกรณี

บทบัญญัติเรื่องการควบรวมกิจการปรากฏอยู่ใน AML Chapter 4 (Stockholdings, Interlocking Directorates, Mergers, Divisions and Acquisitions of Business) Section 9 – 18 โดยมีมาตราสำคัญที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

Section 2 (7)

กำหนดลักษณะของตลาดที่ถือว่าเป็นตลาดผูกขาด ซึ่งมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) มูลค่ารวมของสินค้าและบริการภายในประเทศในช่วงปีที่ผ่านมาจะมากกว่า 100,000 ล้านเยน
- (2) ผู้ประกอบการขนาดใหญ่ที่สุดในตลาดมีส่วนแบ่งทางการตลาดเกินกว่าร้อยละ 50 หรือผู้ประกอบการ 2 ราย ครอบครองส่วนแบ่งตลาดรวมกันเกินกว่าร้อยละ 75

- (3) มีเงื่อนไขทางการตลาดที่ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าสู่ตลาดได้ลำบาก
- (4) การลดราคาสินค้าเพียงเล็กน้อยจะทำให้ความต้องการของสินค้าและต้นทุนการผลิตลดลง
- (5) มีกำไรและค่าใช้จ่าย รวมถึงค่าใช้จ่ายด้านโฆษณาเกินกว่าปกติ

Section 2 (10)

กำหนดคำนิยามของบริษัทย่อย (Subsidiaries) ไว้ว่าหมายถึง บริษัทอื่นๆ ในประเทศ ญี่ปุ่นซึ่งบริษัทแม่มีสิทธิออกเสียงเกินกว่าร้อยละ 50 ของสิทธิออกเสียงทั้งหมดในบริษัทย่อย

Section 3

เป็นมาตราหลักซึ่งบัญญัติว่าผู้ประกอบการทุกรายจะต้องไม่ผูกขาดตลาดหรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันควร (Abuse of Dominance) โดยใน Section 2 (6) ได้ให้คำจำกัดความของการผูกขาดตลาดไว้ว่า หมายถึงการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายกีดกันหรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันที่เป็นผลเสียต่อสังคมโดยรวม

Section 9 ห้ามมี Holding Company

Section 9 (ได้รับการแก้ไขครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2002) มีวัตถุประสงค์ห้ามมี Holding Company เนื่องจากเกรงว่ากลุ่ม Zaibatsu จะฟื้นคืนชีพขึ้นมาอีก โดยลักษณะของ Zaibatsu นี้รวมถึงกลุ่มบริษัทแบบ Conglomerate ด้วย

ในช่วงแรกก่อนที่จะมีการแก้ไข Section 9 นั้น มีทั้งบทบัญญัติเรื่องการห้ามการตั้ง Holding Company ห้ามการแปรสภาพบริษัทที่ดำเนินธุรกิจปกติเป็น Holding Company และได้ให้คำจำกัดความของ Holding Company ไว้ว่าเป็นบริษัทที่มีธุรกิจหลักในการควบคุมการดำเนินธุรกิจของบริษัทญี่ปุ่น โดยการถือหุ้น

ต่อมาในปี ค.ศ. 1997 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับ Holding Company และมีการเพิ่มบทบัญญัติเรื่องการห้ามตั้ง Holding Company ซึ่งอาจก่อให้เกิดการกระจุกตัวของอำนาจเหนือตลาดที่มากเกินไป

ในปี ค.ศ. 2002 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนนี้อีกครั้ง ได้แก่

- ห้ามมิให้มี Holding Company ที่อาจก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาดหรือการกระจุกตัวของตลาด
- ไม่เพียงแต่ใช้กับ Holding Company เท่านั้น แต่ยังใช้กับบริษัทที่ประกอบธุรกิจปกติด้วย กล่าวคือรัฐเกรงว่าจะมีการเลี่ยงกฎหมายด้วยการให้บริษัทที่ดำเนินธุรกิจปกติเข้าถือหุ้นของบริษัทอื่น เนื่องจากมีการยกเลิกกฎหมายเรื่องการถือหุ้นของบริษัทใหญ่ จึงให้นำมาตรานี้ไปใช้กับบริษัทที่ประกอบธุรกิจปกติด้วย
- ได้กำหนดนิยามใน Section 9 (3) เรื่องการกระจุกตัวของอำนาจเหนือตลาดที่มากเกินไป (Excessive Concentration of Economic Power)

ดังนั้น บทบัญญัติใน Section 9 จึงห้ามการรวมธุรกิจทั้งโดย Holding Company และโดยธุรกิจปกติใน 2 กรณีดังต่อไปนี้

1. ห้ามการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดๆ
2. ห้ามการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการกระทำที่จะนำไปสู่การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในตลาดสินค้าใดๆ

ส่วนในกรณีอื่นๆ ที่นอกเหนือจาก 2 กรณีข้างต้น สามารถทำการควบรวมกิจการได้ หากได้รับอนุญาตจาก The Japan Federal Trade Commission (JFTC) โดยผู้ประกอบการที่ประสงค์จะควบรวมกิจการต้องขออนุญาตต่อ JFTC โดยวิธีการแจ้งรวมธุรกิจมาใช้บังคับ ซึ่งแยกออกเป็น การแจ้งขออนุญาตก่อนดำเนินการและแจ้งภายหลังเสร็จสิ้นการดำเนินการ และการห้ามดำเนินการในบางเรื่อง ดังนี้

- (1) การแจ้งขออนุญาตก่อนการดำเนินการ 30 วัน ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ว่า
 - ผู้รวมธุรกิจรายหนึ่ง (ผู้ซื้อ) มีสินทรัพย์มากกว่า 10,000 ล้านเยน และผู้รวมธุรกิจอีกรายหนึ่ง (ผู้ขาย) มีสินทรัพย์มากกว่า 1,000 ล้านเยน จะกระทำการรวมธุรกิจประเภท Merger, Acquisition of All Business หรือ Demerger เข้าข่ายต้องแจ้งขออนุญาตก่อนการดำเนินการ

- กรณีที่เป็นการเข้าซื้อกิจการบางส่วน ผู้ร่วมธุรกิจรายหนึ่ง (ผู้ซื้อ) มีสินทรัพย์มากกว่า 10,000 ล้านบาท และผู้ร่วมธุรกิจอีกรายหนึ่ง (ผู้ขาย) มียอดขายของส่วนที่จะขายมากกว่า 1,000 ล้านบาท ต้องแจ้งขออนุญาตก่อนการดำเนินการ

(2) การแจ้งภายหลังเสร็จสิ้นการดำเนินการ ภายใน 30 วัน ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่ากรณีที่ผู้ร่วมธุรกิจรายหนึ่ง (ผู้ซื้อ) มีสินทรัพย์มากกว่า 10,000 ล้านบาท และผู้ร่วมธุรกิจอีกรายหนึ่ง (ผู้ขาย) มีสินทรัพย์มากกว่า 2,000 ล้านบาท ทำการซื้อหุ้นสามัญ (Stockholding) ของผู้ขายที่เมื่อรวมกันแล้วมีสิทธิออกเสียงเกินร้อยละ 10 ร้อยละ 25 และร้อยละ 50 ต้องยื่นแจ้งต่อ JFTC ถึงการได้มาซึ่งสิทธิออกเสียงดังกล่าวในแต่ละช่วงที่ถึงเกณฑ์ เพื่อเป็นช่องทางในการกำกับดูแล (Monitoring) ของ JFTC ซึ่งหากเห็นว่า การซื้อหุ้นนั้นก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน ก็จะสามารถสั่งให้ผู้ร่วมธุรกิจขายหุ้นออกไปได้ ทั้งนี้ ในกรณีของ Stockholding นี้รวมถึง Holding Company และ Joint Venture ด้วย

(3) การห้ามการดำเนินการ ได้แก่การกำหนดห้ามกระทำการแต่งตั้งคณะกรรมการผู้บริหารไปบริหารในกิจการอื่น (Interlocking Directorates) โดยห้ามมิให้บุคคลเดียวกัน เข้าเป็นกรรมการผู้มีอำนาจดำเนินการและบริหารงานของบริษัทสองบริษัทขึ้นไป (Interlocking Directorates) โดยใน Section 13 กำหนดห้ามไว้ 2 กรณี ดังนี้

- ห้ามผู้บริหารหรือพนักงาน (Officer or Employee) ของธุรกิจหนึ่ง เข้าดำรงตำแหน่งกรรมการร่วมในธุรกิจหนึ่งในขณะที่เดียวกัน อันส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างเห็นได้ชัด
- ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจใดๆ บังคับผู้ประกอบการอื่น โดยใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า แต่งตั้งผู้บริหารหรือพนักงาน เข้าดำรงตำแหน่งกรรมการร่วมในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งหรือหลายธุรกิจในเวลาเดียวกัน

(4) ในกรณีการควบรวมกิจการ (Mergers) การได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition of Business) ต้องขออนุญาตก่อนการรวมธุรกิจ (Pre-Merger Notification) ไม่น้อยกว่า 30 วัน

(5) ในกรณีเข้าซื้อหุ้น (Stockholdings) ของบริษัทอื่น การจัดตั้ง Holding Company เพื่อถือหุ้นในบริษัทอื่น และการร่วมทุน (Joint Venture) ต้องรายงานการดำเนินการต่อ JFTC ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ทำธุรกรรมดังกล่าวเสร็จสิ้น ซึ่งจุดประสงค์ที่ Section 9 กำหนดให้

การจัดตั้ง Holding Company ต้องขออนุญาตจาก JFTC ก็เนื่องจากป้องกันมิให้กลุ่ม Zaibatsu พิ้นคืนขึ้นมาอีก

ซึ่งในกรณีของการเข้าซื้อหุ้นนั้น กฎหมายห้ามมิให้เข้าไปถือหุ้นในบริษัทอื่น อันอาจก่อให้เกิดอำนาจทางเศรษฐกิจมากเกินไป (Excessive Concentration of Economic Power) ซึ่ง JFTC ได้กำหนดแนวทางพิจารณาว่า “การก่อให้เกิดอำนาจทางเศรษฐกิจที่มากเกินไป” สามารถพิจารณาได้จากองค์ประกอบต่างๆ ต่อไปนี้

- ผู้ประกอบธุรกิจเข้าไปซื้อหุ้นหรือสินทรัพย์ของธุรกิจอื่นเกินกว่าร้อยละ 50 ขึ้นไป
- ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าซื้อนั้นเป็นกลุ่มผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีขนาดใหญ่
- เป็นเจ้าของธุรกิจทั่วไปขนาดใหญ่และบริษัทการเงินรายใหญ่
- มีบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญอยู่ในทั้ง 2 บริษัท (ทั้งในบริษัทที่ซื้อหุ้นและถูกซื้อหุ้น)

(6) เมื่อต้นปี 2549 JFTC กำหนดให้การแยกกิจการหรือนิติบุคคล (Demerger) ต้องขออนุญาตก่อนการรวมธุรกิจ (Pre-Merger Notification) ไม่น้อยกว่า 30 วัน ด้วย

Section 9 (2)

ห้ามบริษัทขนาดใหญ่ที่มีทุนจดทะเบียนเกินกว่า 10,000 ล้านบาท ซึ่งไม่ใช่สถาบันการเงิน ถือหุ้นของบริษัทอื่นเกินมูลค่าของทุนหรือมูลค่าสินทรัพย์ของบริษัทตน (แล้วแต่มูลค่าใดมากกว่า) เนื่องจากไม่ต้องการให้บริษัทการค้า (Trading Company) เข้าไปถือหุ้นของบริษัทอื่นๆ มากเกินไป เพราะจะเป็นเหตุให้เกิดการกระจุกตัวของตลาดหรือการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจ

Section 10 (1)

บัญญัติว่า หากบริษัทใดบริษัทหนึ่งเข้าไปถือหุ้นของบริษัทอื่นแล้วทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก เป็นการผิดกฎหมาย

Section 15

ได้กำหนดเกณฑ์การรวมธุรกิจไว้ ดังนี้

1. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรวมธุรกิจหรือได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์ แล้วก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือทำให้เกิดพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในส่วนของกรรวมธุรกิจนั้น กฎหมาย AML จะห้ามการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด หรืออาจก่อให้เกิดการกระทำที่จะนำไปสู่การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

กรณีการควบรวมกิจการ (Merger) ที่ถือว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขัน พิจารณาจาก ส่วนแบ่งตลาดของกิจการภายหลังควบรวม โดย

- (1) กิจการภายหลังควบรวมมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 25 หรือมากกว่า
- (2) กิจการภายหลังควบรวมเป็นบริษัทที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุด และมากกว่าร้อยละ 15 ของส่วนแบ่งตลาดทั้งหมด
- (3) กิจการภายหลังควบรวมเป็นบริษัทที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุด และมากกว่าบริษัทอันดับสองหรืออันดับสามมากกว่าร้อยละ 25

2. กรณีการควบรวมกิจการในแนวนอน (Horizontal Merger) ส่วนแบ่งตลาดของกิจการภายหลังควบรวมอยู่ใน 3 ลำดับแรก และรวมกันแล้วเกินกว่าร้อยละ 50 ของส่วนแบ่งตลาดทั้งหมด

3. จำนวนผู้ประกอบการในตลาดนั้นๆ ที่เป็นคู่แข่งมีน้อยกว่า 7 ราย

4. บริษัทที่จะเข้าควบรวมมีสินทรัพย์รวมมูลค่าตั้งแต่ 10,000 ล้านบาทขึ้นไป เข้าควบรวมบริษัทที่มีสินทรัพย์รวมมูลค่าตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป

กรณีการได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์ (Acquisition) of Business or Assets
AML Section 16 (5) บัญญัติข้อห้ามเรื่องการได้มาซึ่งกิจการหรือสินทรัพย์ไว้ 5 กรณี ดังนี้

- (1) การได้มาซึ่งกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญของบริษัทอื่น
- (2) การได้มาซึ่งสินทรัพย์ถาวรทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญของบริษัทอื่น

- (3) การเข้ากิจการทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญของบริษัทอื่น
- (4) การเข้าทำสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญของบริษัทอื่น
- (5) การเข้าทำสัญญาที่ได้ผลกำไรหรือขาดทุนร่วมกันในธุรกิจอื่น

ทั้งนี้ (3) – (5) มักไม่ค่อยพบในวงการธุรกิจ แต่ที่พบมากคือ (1) การโอนธุรกิจ ซึ่งหมายถึงกระบวนการดำเนินธุรกิจทั้งหมดถูกโอนไป รวมทั้งสินทรัพย์และฐานลูกค้าด้วย ส่วน “บางส่วนที่สำคัญของธุรกิจ” หมายถึงส่วนที่สำคัญต่อธุรกิจของผู้โอนที่โอนไปอยู่ในการครอบงำของผู้รับโอน ซึ่งใน Section 15 นี้ครอบคลุมถึงทุกรูปแบบของการโอนสินทรัพย์⁴⁹

นอกจากนี้ การควมรวม 2 ประเภทที่อยู่ใน Commercial Code (Act No. 48 of 1899) คือ Merger และ Amalgamation เท่านั้นที่ถือว่าอยู่ในบังคับของ Section 15 นอกจากนั้นไม่ถือว่าเป็นการควมรวมกิจการและไม่อยู่ในบังคับของ Section 15 เช่น การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือการซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดของบริษัทอื่น⁵⁰

โดยกรณีที่ดีว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขัน พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดหรือสถานะทางการตลาดของบริษัทที่ดำเนินการรวมธุรกิจ และสภาพโดยรวมของตลาด อันดับของผู้ควมรวมอยู่ในตลาด ความแตกต่างของส่วนแบ่งตลาดระหว่างผู้ควมรวมกับบริษัทคู่แข่ง รวมถึงองค์ประกอบอื่นๆ เช่น ประสิทธิภาพของธุรกิจในตลาด และความเปลี่ยนแปลงต่างๆ ของส่วนแบ่งตลาด อันดับที่อยู่ในตลาดและความแตกต่างกับคู่แข่งดังกล่าวข้างต้น⁵¹

ส่วนในกรณีอื่นๆ ที่นอกเหนือจาก 4 กรณีข้างต้น ผู้ควมรวมกิจการต้องขออนุญาตต่อ JFTC หากว่าบริษัทมีสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 10,000 ล้านเยนขึ้นไป เข้าซื้อกิจการทั้งหมดของบริษัทอื่นที่มีมูลค่าสินทรัพย์ตั้งแต่ 1,000 ล้านเยนขึ้นไป หรือเข้าซื้อกิจการหรือสินทรัพย์บางส่วนของบริษัทอื่น ที่มีสินทรัพย์สุทธิตามงบการเงินตั้งแต่ 1,000 ล้านเยนขึ้นไป ยกเว้นเฉพาะกรณีที่บริษัทหนึ่งถือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่งเกินกว่าร้อยละ 50 หรือถือหุ้นโดยบริษัทแม่เดียวกันเกินกว่าร้อยละ 50 โดย JFTC จะพิจารณาบนพื้นฐานที่ว่าห้ามการควมรวมกิจการที่จะทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก

⁴⁹ Hiroshi Iyori and Akinori Uesugi, The Antimonopoly Laws and Policies of Japan, Federal Legal Publications, Inc., 1994, p. 169.

⁵⁰ *Ibid*, p. 165.

⁵¹ *Ibid*, p. 170 - 171.

5. ผู้ประกอบธุรกิจต้องยื่นขออนุญาตการรวมธุรกิจก่อนการรวมธุรกิจ ถ้าหากผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมีสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 10,000 ล้านเยน จะรวมกับอีกรายหนึ่งที่มีสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 1,000 ล้านเยน (ยกเว้นในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งถือหุ้นของอีกธุรกิจหนึ่งเกินกว่าร้อยละ 50 อยู่แล้ว)

6. ในกรณีที่บริษัทข้ามชาติจะกระทำการรวมธุรกิจ ให้พิจารณาจากสินทรัพย์และยอดขายที่บริษัทนั้นมีอยู่ในประเทศญี่ปุ่น

(2) Japan Fair Trade Commission Guideline

Japan Fair Trade Commission (JFTC) หรือ คณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรม ได้ออก JFTC Guideline ที่เกี่ยวกับการควบรวมกิจการ ไว้หลายเรื่อง เช่น

1. การได้มาซึ่งหุ้นและการถือหุ้น (Acquisition and Holding of Stocks) ในปี ค.ศ. 1981 ว่า การที่บริษัทหนึ่งเข้าไปถือหุ้นของบริษัทอื่นแล้วทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมาก จะผิดกฎหมายได้ต่อเมื่อทำให้เกิดสภาพการควบคุม (Control) คือ

- เข้าไปถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นที่ออก (Outstanding Stock)
- บริษัทที่ถูกซื้อหุ้นคืนกลายเป็นบริษัทในเครือ (Related Company) ตามความหมายของกฎว่าด้วยเอกสิทธิ์ทางการเงิน (Rule on Financial Statements) ของกระทรวงการคลัง
- บริษัทที่ซื้อ หุ้นมากกว่าร้อยละ 10 แต่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นที่บริษัทที่ถูกซื้อออกขาย แต่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่สุด หรือบริษัทที่ซื้อหุ้นกับบริษัทที่ถูกซื้อหุ้นมีการแข่งขันกันในทางธุรกิจ

2. Guideline เกี่ยวกับการ Mergers ในปี ค.ศ. 1980 ว่าจะอนุญาตให้มีการรวมกิจการได้หรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์ต่างๆ

3. นอกจากนี้ ในกรณีที่สามารคาดได้ว่าผลกระทบจากการรวมธุรกิจกรณีนั้นๆ อาจไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ วิธีพิจารณาของ JFTC ที่น่าสนใจคือ JFTC จะกำหนด Safe Harbour Rules ไว้ 2 ระดับ คือ

(1) อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจรวมกิจการได้ หากส่วนแบ่งตลาดภายหลังควบรวมกิจการ (Market Share) น้อยกว่าร้อยละ 10 ของส่วนแบ่งตลาดทั้งหมด หรือ หากส่วนแบ่งตลาดภายหลังควบรวมกิจการ (Market Share) น้อยกว่าร้อยละ 25 ของส่วนแบ่งตลาดทั้งหมด และ ค่าดัชนี HHI น้อยกว่า 1,000

(2) อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจรวมกิจการได้ เมื่อพิจารณาจากสถานะของผู้ควบรวมกิจการ และสถานะของผู้แข่งขันแล้วมีองค์ประกอบครบ ดังนี้

(2.1) สถานะของผู้ควบรวมกิจการ

- ส่วนแบ่งตลาดภายหลังควบรวมกิจการ (Market Share) น้อยกว่าร้อยละ 25 ของส่วนแบ่งตลาดทั้งหมด และคู่แข่งอย่างน้อย 1 รายมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่าร้อยละ 10 และค่าดัชนี HHI น้อยกว่า 1,800

- ส่วนแบ่งตลาดภายหลังควบรวมกิจการ (Market Share) น้อยกว่าร้อยละ 35 ของส่วนแบ่งตลาดทั้งหมด และคู่แข่งอย่างน้อย 2 รายมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่าร้อยละ 10 และค่าดัชนี HHI น้อยกว่า 1,800

- หลังการควบรวม ค่าดัชนี HHI เพิ่มขึ้นน้อยกว่า 100 และคู่แข่งมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่าร้อยละ 10

(2.2) สถานะของผู้แข่งขัน

จะพิจารณาจากจำนวนผู้ประกอบการในตลาด การแข่งขันของผู้ประกอบการในอดีต กำลังการผลิตส่วนเกินของคู่แข่ง เงื่อนไขทางการค้า ความต้องการสินค้าในตลาดในอนาคต และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด อีกทั้งความยากง่ายในการนำเข้สินค้านั้นจากต่างประเทศด้วย ซึ่งหากว่าสามารถนำเข้าได้ง่าย ก็อนุญาตให้ควบรวมได้ง่าย เพราะถือว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ส่งสินค้าเข้ามาในตลาดเป็นคู่แข่งด้วย

(3) องค์กรผู้บังคับกฎหมาย

นอกเหนือจาก Japan Fair Trade Commission (JFTC) หรือ คณะกรรมการการค้า โดยเป็นธรรม ที่มีบทบาทในการใช้บังคับกฎหมาย AML ญี่ปุ่นยังมีคณะกรรมการการผูกขาดและควบกิจการ (Monopoly and Merger Commission – MMC) ด้วย

หลักเกณฑ์ที่น่าสนใจของประเทศญี่ปุ่นอีกประการหนึ่งคือการเยียวยาความเสียหายจากการรวมธุรกิจ โดยมีหลักการดังนี้⁵²

1. ให้คู่กรณีหลีกเลี่ยงการจำกัดการแข่งขันที่เป็นสาระสำคัญ และ JFTC ยอมรับการรวมธุรกิจได้หากมีการเยียวยาความเสียหายนั้นแล้ว
2. โดยหลักแล้ว การเขียวยานั้นจะต้องเสร็จสมบูรณ์ก่อนที่จะดำเนินการควรวม หากการเยียวยาเกิดขึ้นภายหลังการควรวมจะต้องกำหนดวันสิ้นสุด (Deadline) ของการเยียวยาที่ชัดเจนและสมเหตุสมผล

วิธีการเยียวยาที่ใช้ในประเทศญี่ปุ่นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้

1. การสั่งให้แยกธุรกิจ (Divestiture) ซึ่งเป็นการแยกบางส่วนหรือทั้งหมดของธุรกิจออกจากบริษัท และการยกเลิกการควรวม ซึ่งรวมถึงการยกเลิกหรือลดสิทธิออกเสียงที่บริษัทผู้ควรวมถืออยู่ หรือการยกเลิก Interlocking Directorates
2. กรณีอื่นๆ ได้แก่ การให้สิทธิพิเศษต่างๆ แก่สินค้านำเข้าหรือให้สิทธิพิเศษในการเข้าสู่ตลาด รวมถึงสิทธิพิเศษเกี่ยวกับใบอนุญาตต่างๆ ที่จะออกให้แก่ผู้เข้าสู่ตลาดรายใหม่หรือคู่แข่ง หรือมาตรการห้ามปฏิบัติบางอย่าง เช่น การยกเลิกการห้ามบริษัทที่ไม่เกี่ยวข้องใช้อุปกรณ์หรือทรัพยากรที่จำเป็นของธุรกิจตน

กรณีศึกษา

(1) Yawata – Fuji Merger Case (October 30, 1969, 16 KTIS 46)⁵³

คดีนี้เป็นคดีเดียวที่ JFTC ตัดสินโดยใช้ Section 15 โดย Yawata Iron & Steel Co. (“Yawata”) และ Fuji Iron & Steel Co. (“Fuji”) ซึ่งเป็นผู้ผลิตอันดับที่ 1 และ 2 ในอุตสาหกรรมเหล็ก โดยบริษัทนี้ได้แยกออกจากกันในปี ค.ศ. 1946 โดยผลของกฎหมาย The Elimination of Excessive Concentration of Economic Power Act

⁵² การสัมมนาเรื่อง “โครงการรื้อการแข่งขันสร้างสรรค์ความเป็นธรรม”, สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, กุมภาพันธ์ 2549.

⁵³ Hiroshi Iyori and Akinori Uesugi, *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*, p. 166 - 167.

ในปี ค.ศ. 1968 ทั้งสองบริษัทนี้ได้ประกาศแผนการควบรวมเพื่อเป็นบริษัทเดียวกันอีกครั้ง ซึ่งทำให้เกิดผลที่ตามมาในหลายๆ ธุรกิจ โดยมีรายละเอียดดังนี้

ตารางที่ 5: แสดงส่วนแบ่งตลาดผลิตภัณฑ์เหล็กชนิดต่างๆ ของ Yawata และ Fuji

| ผลิตภัณฑ์ | ส่วนแบ่งตลาด (ร้อยละ) | |
|-------------------|-----------------------|----------|
| | อันดับ 1 | อันดับ 2 |
| Pig Iron | 44.5 | 16.9 |
| Crude Steel | 35.4 | 12.4 |
| Rolled Bars | 34.2 | 11.5 |
| Heavy Rail | 93.3 | 2.7 |
| Large Shape Steel | 55.1 | 10.5 |
| Steel wires | 45.4 | 16.9 |
| Cold Rolled Sheet | 34.9 | 9.8 |
| Tin Plate | 55.4 | 23 |
| Steel Pie | 98.3 | 1.1 |

ซึ่งในเบื้องต้น ทั้งทางผู้ประกอบการในตลาดและกระทรวงการค้าระหว่างประเทศและอุตสาหกรรม หรือ Ministry of International Trade and Industry (MITI) เห็นชอบให้รวมกัน เพราะถือเป็นการเตรียมพร้อมเพื่อแข่งขันในระดับนานาชาติ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม การควบรวมครั้งนี้จึงเหมือนเป็นสัญลักษณ์การฟื้นคืนชีพของกลุ่ม Zaibatsu อีกครั้งหนึ่ง (Pre – Zaibatsu)

อย่างไรก็ดี เมื่อบริษัทยื่นเอกสารให้ JFTC พิจารณาข้อมูลเกี่ยวกับการควบรวมในครั้งนี้ JFTC กลับเห็นว่า การควบรวมดังกล่าวผิดกฎหมาย เนื่องจากผลิตภัณฑ์ 3 ประเภทจะมีส่วนแบ่งตลาดสูงมาก คือ Heavy Rail (เหล็กรางรถไฟ) จะมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 100 Tin Plate (แผ่นดีบุก

สำหรับทำกระป๋องบรรจุอาหาร) จะมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 61.2 และ Pig Iron (เหล็กหลอม) จะมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 56.3 อีกทั้งส่วนแบ่งตลาดของ Sheet Pile (แผ่นเหล็กสำหรับตอกลงไปใต้นดิน) ที่จะมีส่วนแบ่งตลาดราวๆ ร้อยละ 98.3

ทั้ง Yawata และ Fuji ได้ยื่นขออนุญาตก่อนควบรวม (Premerger Notification) พร้อมทั้งมีแผนการในการเยียวยา (Remedy) ปัญหาที่อาจเกิดจากการควบรวมตามที่ JFTC ระบุ แต่ JFTC ก็ไม่เห็นด้วยกับแผนการดังกล่าวและมีคำสั่งห้าม Yawata และ Fuji ควบรวมกัน

Yawata และ Fuji ไม่ยอมรับคำตัดสินดังกล่าว จึงนำเรื่องขึ้นสู่การพิจารณา โดยภายหลังจากการพิจารณา 13 ครั้ง Yawata และ Fuji ได้ระบุวิธีการเยียวยาดังต่อไปนี้

- (1) สำหรับ Heavy Rail (เหล็กรางรถไฟ) Fuji จะทำการ โอน โรงงานการผลิตพร้อมด้วยเทคโนโลยีให้แก่บริษัทคู่แข่ง และจะให้ความช่วยเหลือในการดำเนินการผลิตแก่บริษัทคู่แข่งจนกว่าจะสามารถผลิตด้วยตนเองได้
- (2) สำหรับ Tin Plate (แผ่นดีบุกสำหรับทำกระป๋องบรรจุอาหาร) Yawata จะขายหุ้นของบริษัทที่เกี่ยวข้องที่ตนถืออยู่ร้อยละ 20 ให้แก่บริษัทอื่น ซึ่งจะทำให้ Yawata มีส่วนแบ่งตลาดลดลงเหลือร้อยละ 29.2
- (3) สำหรับ Pig Iron (เหล็กหลอม) Yawata จะ โอน โรงงานการผลิตพร้อมด้วยเทคโนโลยีให้แก่คู่แข่งรายสำคัญ ที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 17
- (4) สำหรับ Sheet Pile (แผ่นเหล็กสำหรับตอกลงไปใต้นดิน) ทั้งสองบริษัทยินยอมให้ความช่วยเหลือแก่บริษัทคู่แข่ง

นอกจากนี้ Yawata และ Fuji ยังมีข้อเสนอเพื่อการเยียวยาอีกจำนวน 24 รายการ ซึ่ง 2 ใน 3 ของข้อเสนอดังกล่าวเป็นเรื่องความช่วยเหลือทางด้านเทคโนโลยี JFTC ยอมรับข้อเสนอของ Yawata และ Fuji และยินยอมให้ทั้งคู่ควบรวมกันได้ในเดือนเมษายน ค.ศ. 1970

(2) **Snow Brand Dairy Co. (1958)**⁵⁴

ในปี ค.ศ. 1958 JFTC ได้พิจารณาการขออนุญาตควบรวมของ Snow Brand Dairy Co. และ Clover Dairy Co. ซึ่งผลจากการควบรวมในครั้งนี้ทำให้บริษัทภายหลังรวมจะมีส่วนแบ่งตลาดผลิตภัณฑ์เนยร้อยละ 57.2 ตลาดชีสร้อยละ 75 และตลาดนมสดที่รับมาจากเกษตรกรในฮอกไกโด ซึ่งเป็นแหล่งใหญ่ในการทำฟาร์มโคนม ร้อยละ 76.2

JFTC ตัดสินว่าการควบรวมไม่ละเมิดกฎหมาย เนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทคู่แข่งยังมีอิทธิพลในตลาดอยู่
- (2) บริษัทผลิตนมไม่สามารถปฏิเสธที่จะซื้อนมจากเกษตรกรหรือผู้ค้าได้
- (3) นมสดที่มีปริมาณการผลิตเกินความต้องการในฮอกไกโดและไม่สามารถขนส่งออกไปนอกเกาะได้ เนื่องจากต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบของกระทรวงการเกษตร การป่าไม้ และการประมง (The Ministry of Agriculture, Forestry and Fishery) ดังนั้น บริษัทผู้ผลิตนมจะต้องนำนมส่วนที่เหลือมาผลิตเนย ชีสหรือผลิตภัณฑ์จากนมประเภทอื่น
- (4) บริษัทผู้ผลิตนมมีอำนาจในการกำหนดราคาไม่มากนัก เนื่องจากมีการต่อรองราคาโดยตัวแทนของเกษตรกร

(3) **Chuo – Sen'i Co. (1959)**⁵⁵

ในปี ค.ศ. 1959 JFTC พิจารณาการขอควบรวมของบริษัทผู้ผลิตเส้นใยสังเคราะห์ 2 รายคือ Chuo – Sen'i Co. และ Teikoku Seima Co. ซึ่งการควบรวมนี้ทำให้มีแบ่งตลาดในอุตสาหกรรมผลิตผ้าลินินเพิ่มเป็นร้อยละ 56.8 แต่ JFTC ตัดสินว่าการควบรวมครั้งนี้ไม่ละเมิดกฎหมาย เนื่องจากเส้นใยสังเคราะห์บางประเภทมีสินค้าที่ใช้แทนกันได้ ซึ่งอาจทำให้ส่วนแบ่งตลาดลดลงมาเหลือเพียงร้อยละ 46

⁵⁴ *Ibid*, p. 167 - 168.

⁵⁵ *Ibid*, p. 168.

(4) Mitsubishi Heavy Industries Co. (1963)⁵⁶

ในปี ค.ศ. 1963 JFTC พิจารณาการขอควบรวมของ Shin – Mitsubishi Industries Co., Mitsubishi Nippon Heavy Industries Co. และ Mitsubishi Shipbuilding and Engineering Co. ทั้ง 3 บริษัทที่แยกออกจากกันภายหลังสงครามและเคยมีการแข่งขันกันในธุรกิจหลายๆ สาขา โดยเมื่อควบรวมแล้วส่วนแบ่งตลาดจะเป็นดังนี้

ตารางที่ 6: แสดงส่วนแบ่งตลาดอุตสาหกรรมประเภทต่างๆ ของ Shin – Mitsubishi Industries Co., Mitsubishi Nippon Heavy Industries Co. และ Mitsubishi Shipbuilding and Engineering Co. ภายหลังจากการรวมธุรกิจ

| ประเภทอุตสาหกรรม | ส่วนแบ่งตลาด (ร้อยละ) |
|---|-----------------------|
| Shipbuilding (อุตสาหกรรมต่อเรือ) | 28 |
| Diesel Engines | 27 |
| Turbines and Boilers for Ships | 35 |
| Turbines and Boilers for Thermal Power Generation | 24 |
| Turbines and Boilers for Industrial Use | 35 – 42 |
| Paper Manufacturing Machines | 63 |
| Truck Production | 25 |
| Bus Production | 26 |

JFTC ตัดสินว่าการรวมธุรกิจครั้งนี้ไม่ผิดกฎหมาย แต่ต้องมีมาตรการเยียวยาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น โดยผลิตภัณฑ์เหล่านี้ (ยกเว้นรถบรรทุกและรถบัส) เป็นสินค้าที่ต้องสั่งทำขึ้นทั้งสิ้น ซึ่งผู้บริโภคจะมีอำนาจต่อรองได้ดีกว่า JFTC จึงเห็นว่าภายหลังจากการควบรวมบริษัทไม่น่าจะควบคุมตลาดนี้ได้ แต่จะเป็นผู้นำตลาดรถบรรทุกและรถบัส

⁵⁶ *Ibid*, p. 168.

นอกจากนี้ ในอุตสาหกรรมประเภท Paper Manufacturing Machines (เครื่องจักรที่ใช้ผลิตกระดาษ) JFTC สอบสวนแล้วพบว่าแม้ส่วนแบ่งตลาดโดยรวมจะสูง แต่ส่วนที่เพิ่มขึ้นมาจากเดิมก็เป็นเพียงส่วนน้อยเท่านั้น จึงไม่สร้างปัญหาหรือผลกระทบตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด แต่อย่างไรก็ดี ผลของการควบรวมกิจการในแง่ทรัพย์สินทางปัญญา บริษัทจะมีสิทธิบัตรการผลิต 2 ประเภท ที่เป็นที่ยุติมากที่สุดในประเทศญี่ปุ่น และทำให้บริษัทกลายเป็นผู้ได้รับอนุญาตแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive) เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทภายหลังควบรวมนี้มีส่วนแบ่งตลาดอุตสาหกรรมประเภท Paper Manufacturing Machines ถึงร้อยละ 63 JFTC จึงมีคำสั่งให้บริษัทยกเลิกสัญญาอนุญาตให้ผลิต (Licensing Agreement) ที่บริษัทมีต่อผู้ทรงสิทธิบัตร ซึ่งบริษัทก็ยอมปฏิบัติตามและเกิดการควบรวมกิจการขึ้นตามที่ยื่นขออนุญาตไป

(5) Toho – Subaru (September 29, 1950, 2 KTIS 146 and September 19, 1951, 3 KTIS 166)⁵⁷

คดี Toho – Subaru ในปี ค.ศ. 1950 เป็นคดีเดียวที่ใช้ Section 16 โดย Toho Co. (“Toho”) บริษัทผู้ผลิต จัดจำหน่ายและจัดแสดงภาพยนตร์ ได้ทำสัญญากับ Subaru Kogyo Co. (“Subaru”) บริษัทจัดแสดงภาพยนตร์และอำนวยความสะดวกอื่นๆ เพื่อเช่าโรงภาพยนตร์ที่ Subaru เป็นเจ้าของ ในสัญญากำหนดให้ทั้งสองฝ่ายบริหาร โรงภาพยนตร์แห่งนี้และได้ผลประโยชน์ร่วมกัน

โรงภาพยนตร์นี้ตั้งอยู่ใจกลางกรุงโตเกียวที่เรียกว่า Marunouchi และ Yurakucho ซึ่งมีโรงภาพยนตร์จำนวน 10 โรงในแถบนี้ และโดยสัญญานี้ Toho จะกลายเป็นผู้ควบคุมโรงภาพยนตร์ถึง 8 ใน 10 โรง ซึ่งมีจำนวนผู้ชมซึ่งก็คือส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 90 แต่ถ้าวรณยาน Ginza ด้วย Toho ก็จะมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 58

JFTC พบว่าสัญญาที่ Toho และ Subaru ทำต่อกันนั้นละเมิด Section 16 (1)⁵⁸ จึงมีคำสั่งให้ Toho เลิกเช่าโรงภาพยนตร์จาก Subaru อีกทั้งยังห้ามมิให้ Toho ประกอบกิจการโรงภาพยนตร์หรือ

⁵⁷ *Ibid*, p. 170.

⁵⁸ **AML Section 16: Prohibition of particular acquisitions of business, etc., filing requirement**

“(1) No company shall take action coming under any one of the following where the effect of such action may be **substantially to restrain competition** in any particular field of trade, or shall take such action through **unfair trade practices**...

(iii) **Taking on lease of the whole or a substantial part of the business of another company...**”

กระทำการใดๆ ที่เป็นไปในทางเดียวกัน ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม Toho และ Subaru จึงนำคำตัดสินของ JFTC ขึ้นสู่ศาลสูง (Tokyo High Court) ซึ่งศาลพิพากษาขึ้นตามคำตัดสินของ JFTC

(6) Nippon Musical Instrument Co. (January 30, 1957, 8 KTIS 51)⁵⁹

Nippon Musical Instrument Co. (“Nippon”) เป็นผู้จัดจำหน่ายเครื่องดนตรีรายใหญ่ที่สุดในประเทศญี่ปุ่น ส่วน Kawai Musical Instrument Co. (“Kawai”) ใหญ่เป็นอันดับสอง โดยทั้งคู่มีส่วนแบ่งตลาดดังนี้

ตารางที่ 7: แสดงส่วนแบ่งตลาดผู้จัดจำหน่ายเครื่องดนตรีของ Nippon และ Kawai

| ชนิดของเครื่องดนตรี | ส่วนแบ่งตลาด (ร้อยละ) | |
|---------------------|-----------------------|-------|
| | Nippon | Kawai |
| Piano | 54 | 16 |
| Organ | 64 | 13 |
| Harmonica | 28 | 7 |

เป็นกรณีที่พิจารณาการเข้าซื้อหุ้นของบริษัท โดยในปี ค.ศ. 1957 Nippon ถูกกล่าวหาว่าละเมิด Section 17 ซึ่งเป็นมาตราที่กำหนดห้ามมิให้กระทำการใดๆ อันเป็นการหลีกเลี่ยงการป้องกันหรือจำกัดตามที่บัญญัติไว้ใน Section 9 ถึง Section 16 ไม่ว่าจะด้วยรูปแบบใดก็ตาม⁶⁰ โดยการถือหุ้นของ Kawai มากถึงร้อยละ 24.5 ซึ่งการถือหุ้นดังกล่าว Nippon ไม่ได้ถือด้วยตนเองทั้งหมด แต่ถือโดย Mitani Shindo Co. ซึ่งเป็นบริษัทผู้ค้าปลีกของ Nippon และได้รับการสนับสนุนทางการเงิน

⁵⁹ Hiroshi Iyori and Akinori Uesugi, *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*, p. 173 - 174.

⁶⁰ **AML Section 17: Prohibition of evasion**

“No acts in whatever form or manner shall be committed to evade such prohibitions or restrictions as provided for by Section 9 to the preceding section inclusive [prohibition of company which may cause excessive concentration of economic power, prohibition of particular stockholding by a company, restriction on stockholding rate by a bank or an insurance company, prohibition of particular interlocking directorates, prohibition of particular stockholding by a person other than a company, prohibition of particular mergers, prohibition of particular acquisition of business, etc.]”

จาก Nippon JFTC ถือว่าเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย จึงบังคับใช้ Section 17 เรื่อง Prohibition of Evasion แทน Section 10 เรื่องการห้ามถือหุ้นของบริษัท

(7) **Daiwa Bank (June 26, 1961, 10 KTIS 36)**⁶¹

ในปี ค.ศ. 1961 Daiwa Bank ได้มาซึ่งหุ้นที่ออกใหม่ของบริษัทที่ปรับโครงสร้างหนี้ ซึ่ง JFTC ตัดสินว่าเป็นการละเมิด Section 11 (1)⁶²

ในคดีนี้บริษัทที่ประกอบธุรกิจเคมิคัลกู้เงินจาก Daiwa Bank เป็นเงิน 350 ล้านเยน โดยการออกหุ้นใหม่ 690 ล้านหุ้นและให้สิทธิ Daiwa Bank ในการซื้อหุ้นก่อน โดย Daiwa Bank ไม่ต้องชำระเงินค่าหุ้นเนื่องจากหักกลบลบหนี้กับหนี้กู้ยืมเงินของบริษัทไป ผลคือทำให้ Daiwa Bank เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่สุดของบริษัท JFTC ตัดสินว่าการเข้าซื้อหุ้นครั้งนี้ไม่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของ Section 11 (1)(i)⁶³ เนื่องจากมิได้เป็นการได้หุ้นมาโดยการบังคับจากสิทธิยึดหน่วง จำน่า จำนอง หรือการชำระหนี้ด้วยสิ่งของ

(8) **Nomura Securities Co. (November 11, 1991, 38 KTIS 115)**⁶⁴

ในปี ค.ศ. 1991 Nomura Securities Co. (“Nomura”) ถูกกล่าวหาว่าละเมิด Section 17 เนื่องจากมีอำนาจควบคุมหุ้นและสิทธิในการออกเสียงของ Nomura Real Estate Co. (“Nomura Real Estate”) ซึ่งหุ้นของ Nomura Real Estate ถือโดย Nomura และเจ้าหน้าที่ของ Nomura โดยตั้งแต่ปี ค.ศ. 1966 หุ้นที่เจ้าหน้าที่ของ Nomura ถืออยู่ได้โอนไปให้บริษัทอื่นๆ

⁶¹ Hiroshi Iyori and Akinori Uesugi, *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*, p. 181.

⁶² **AML Section 11 (1): Restriction on rate of holding voting rights by a bank or an insurance company**

“(1) No company engaged in banking or insurance business shall acquire or hold voting rights of other companies in Japan of by doing so it holds in excess of five percent (ten percent in the case of an insurance company) total voting rights of all stock holders...”

⁶³ **AML Section 11 (1): Restriction on rate of holding voting rights by a bank or an insurance company**

“...It is provided that the foregoing **shall not apply** to such cases where authorization of the Fair Trade Commission is obtained in advance in accordance with the Rules of the Fair Trade Commission, or to such cases falling under any one of the following paragraphs:

(i) If voting rights are acquired or held by acquiring or holding of the stock as a result of the enforcement of lien, pledge, mortgage, or of payment in kind...”

⁶⁴ Hiroshi Iyori and Akinori Uesugi, *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*, p. 181 - 182.

ในเรื่องของอำนาจในการควบคุม Nomura Real Estate นั้น Nomura ได้ทำข้อตกลง (Side Letter) กับผู้ถือหุ้นใหม่ของ Nomura Real Estate อันได้แก่ Obayashi Co., Sanwa Bank, Asahi Fire and Marine Insurance Co. โดยให้สัญญาว่าห้ามผู้ถือหุ้นโอนหุ้นให้แก่บุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจาก Nomura และ Nomura สามารถซื้อหุ้นคืนในราคาที่โอนไปได้

ในปี ค.ศ. 1987 Nomura ได้โอนหุ้นในส่วนที่เกินร้อยละ 5 ให้แก่บริษัทพันธมิตรภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน Nomura ได้ใช้สิทธิซื้อหุ้นคืนตาม Side Letter ซึ่ง JFTC เห็นว่า Nomura ผิดกฎเรื่องที่กำหนดให้ถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 5 ตาม Section 11 (1) และถือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายตาม Section 17 ด้วย

(9) **Hiroshima Railway Co. (July 17, 1973, 20 KTIS 282)**⁶⁵

เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่และพนักงานผู้รับผิดชอบของ Hiroshima Railway Co. มีหน้าที่สำคัญ (Key Position) ใน Hiroshima Bus Co. ซึ่งเป็นคู่แข่งกันในธุรกิจขนส่งผู้โดยสารในเมือง Hiroshima JFTC มีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่เหล่านี้ลาออกจากบริษัทใดบริษัทหนึ่ง

⁶⁵ Hiroshi Iyori and Akinori Uesugi, The Antimonopoly Laws and Policies of Japan, p. 176.

3.4 ประเทศเกาหลีใต้

3.4.1 ประวัติการรวมธุรกิจของประเทศเกาหลีใต้

การควบรวมกิจการขององค์กรธุรกิจในประเทศเกาหลีใต้เกิดขึ้นในเวลาเดียวกับที่รัฐบาลของเกาหลีใต้เริ่มใช้นโยบายพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ในทศวรรษที่ 1960 ซึ่งบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในขณะนั้นก็กระทำการร่วมกันกำหนดราคาสินค้า (Collusion) หรือกระทำการแบ่งตลาดกัน (Market Division) รวมถึงการควบรวมกิจการซึ่งเป็นผลให้เกิดการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจ (Concentration of Economic Power) ตัวอย่างเช่น การรวมตัวของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ของเกาหลี (Chaebol) ได้แก่กลุ่ม Hyundai กลุ่ม Daewoo กลุ่ม Samsung และกลุ่ม Lucky Star ทำให้เกิดการบิดเบือนกลไกราคา และประชาชนเดือดร้อน ซึ่งในปี ค.ศ. 1975 เกาหลีใต้ได้ออกกฎหมายควบคุมราคาสินค้า คือ The Act Concerning Price Stabilization and Fair Trade เพื่อควบคุมราคาสินค้าบางอย่าง (คล้ายกับ พรบ. ป้องกันการผูกขาดของไทย) แต่การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่เกิดความคล่องตัวและไม่สอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจ กล่าวคือ รายการสินค้าที่ถูกควบคุมมีจำนวนมาก ผู้ประกอบการก็ลดคุณภาพของสินค้าลง โดยคงราคาอยู่ให้เท่ากับที่รัฐกำหนดไว้หรือไม่ก็เลี่ยงไปประกอบธุรกิจประเภทอื่น ทำให้ราคาสินค้าในตลาดไม่เป็นไปตามกลไกราคา นอกจากนี้ในกฎหมายดังกล่าวยังไม่มียกเว้นข้อบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาด ดังนั้น ในแง่ของการป้องกันการผูกขาดอาจถือได้ว่ากฎหมายดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเท่าใดนัก

ในปี ค.ศ. 1980 ได้มีการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าโดยเป็นธรรมขึ้น (The Monopoly Regulation and Fair Trade Act 1980: MRFTA) แต่อย่างไรก็ดี เมื่อนำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้แล้วก็เกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติ ทำให้มีการแก้ไขถึง 9 ครั้งจนกระทั่งปี ค.ศ. 2001 ซึ่งในการแก้ไขแต่ละครั้งก็เปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะการณ์ของเศรษฐกิจและสังคม โดยสามารถแยกได้เป็น 5 ยุค ตามการแก้ไขกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของ Korea Federal Trade Commission รวมถึงระบบเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งมีผลกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อนโยบายการแข่งขัน ดังนี้⁶⁶

1. ค.ศ. 1961 – 1980 เป็นยุคที่มีการผูกขาดสูงขึ้น รัฐจึงมีความคิดที่จะบัญญัติกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งพยายามจะรวมเรื่องการผูกขาดและเสถียรภาพด้านราคา (Stabilize

⁶⁶ Fair Trade Commission, Republic of Korea, *A Journey Toward Market Economy: KFTC's 23 Years of Building Transparent and Fair Market*, 2004, p. 11 – 14.

Prices) ไว้ด้วย โดยในปลายปี ค.ศ. 1974 มีการตรากฎหมาย The Price Stabilization and Fair Trade Act ขึ้น เพื่อให้ราคาสินค้ามีเสถียรภาพและสร้างการแข่งขันในตลาด (Direct Price Regulation, Fair Trade, Enforcement Mechanism and Procedure) แต่ก็ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพนัก

2. ค.ศ. 1987 – 1994 ภายใต้นโยบายของรัฐด้านการเร่งการเจริญเติบโตของโลกตะวันออกช่วงทศวรรษที่ 1960 – 1970 ทำให้เกิดปัญหามากมาย เช่น การสมคบกัน (Collusion) ระหว่างการเมืองและวงจรรูทกิจ รวมถึงการแทรกแซงการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาด ผลที่ตามมาคือในการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับที่ 8 เมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ. 1980 มีการเสนอให้บัญญัติกฎเกณฑ์และการควบคุมผลเสียที่อาจเกิดขึ้นจากการผูกขาด ด้วยการสนับสนุนอย่างดีจากประชาชนประกอบกับการเปลี่ยนแปลงด้านการเมืองในปี ค.ศ. 1980 MRFTA จึงได้รับการบัญญัติขึ้นในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1980 และ KFTC ก็ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยคณะกรรมการวางแผนทางเศรษฐกิจ (The Economic Planning Board) ในช่วงนี้เอง

3. ค.ศ. 1987 – 1994 ภายใต้นโยบายด้านเศรษฐกิจที่รัฐมีบทบาทสำคัญนั้น (Government – Led Economy) กลุ่ม Chaebol เป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของเกาหลีใต้ อย่างไรก็ดี เพื่อยกระดับเศรษฐกิจขึ้น กลุ่ม Chaebol ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นผู้กระทำผิดร้ายใหญ่ที่ขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาด ผลคือในปี ค.ศ. 1986 มีการแก้ไข MRFTA โดยมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ควบคุมการกระจุกตัวของอำนาจเหนือตลาดที่กลุ่ม Chaebol มีอยู่ ยิ่งไปกว่านั้นการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 9 ยังเพิ่มบทบัญญัติเรื่องการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศควบคู่ไปกับเสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจ (Balanced Development of National Economy and Economic Democracy) เพื่อสนับสนุนบทบัญญัติเรื่องการกระจุกตัวของอำนาจเหนือตลาดด้วย กล่าวคือเปลี่ยนจาก Government – Led Economy เป็น Free – Market Economy

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1989 มีคดีซึ่งห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ 10 ห้าง หลอกลวงผู้บริโภคด้วยการจกรายการลดราคาสินค้า เพื่อป้องกันมิให้เหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นอีก จึงมีการแก้ไข MRFTA ครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1990

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1992 มีการแก้ไข MRFTA ครั้งที่ 3 เพื่อลดการค้ำประกันหนี้แบบไขว้ (Cross Debt Guarantee) และในปี ค.ศ. 1994 มีการแก้ไขครั้งที่ 4 เพื่อลดการกระจุกตัวของอำนาจเหนือตลาดและปรับปรุงโครงสร้างการควบคุมความเป็นเจ้าของ

4. ค.ศ. 1995 – 1997 ซึ่งในปี ค.ศ. 1995 KFTC เป็นองค์กรทางปกครองอิสระอยู่ภายใต้ นายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นองค์กรที่แตกต่างหากจาก Economic Planning Board ในปี ค.ศ. 1996 สถานะของ KFTC เทียบเท่ากับกระทรวง ซึ่งทำให้สามารถตรวจสอบตลาดและจัดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันให้หมดไป

5. ค.ศ. 1998 – 2000 เนื่องด้วยวิกฤตการณ์ทางการเงินในปี ค.ศ. 1997 ทำให้มีการปรับปรุงโครงสร้างเศรษฐกิจของเกาหลีใหม่ตามที่กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) ต้องการ

ในปี ค.ศ. 1998 รัฐบาลได้แก้ไข MRFTA ครั้งที่ 6 และรวมการห้ามการค้ำประกันหนี้ (Debt Guarantee) และเลิกล้มเพดานรวมของการลงทุน ด้วยการออก Kim Dae Jung Administration ตามหลัก Balanced Development of National Economy and Economic Democracy รวมทั้งมีการแก้ไข MRFTA ครั้งที่ 7 ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้องค์กรเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้ามีบทบาทมากขึ้น ในการแก้ไขครั้งที่ 7 นี้ มีการอนุญาตให้ตั้ง Holding Company ได้ และต้องรายงานธุรกรรมทางการเงินเป็นเวลา 2 ปี

การแก้ไขครั้งที่ 8 เกิดขึ้นในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1999 โดยนำระบบเพดานของเงินลงทุนกลับมาใช้อีกและให้คณะกรรมการบริษัทต้องเปิดเผยการตัดสินใจลงทุนแก่ KFTC

การแก้ไขครั้งที่ 9 ซึ่งเป็นครั้งสุดท้ายเป็นไปเพื่อเพิ่มอำนาจของ KFTC ในการสอบสวน โดยให้สิทธิในการขอข้อมูลเกี่ยวกับธุรกรรมทางการเงินเพิ่มขึ้นอีก 3 ปี ผลคือ KFTC มีสิทธิขยายระยะเวลาและกำหนดความยากง่ายในการตั้ง Holding Company

3.4.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้

ในมาตรา 120 ของรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ได้รับการแก้ไขเมื่อ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1980 ได้กำหนดพื้นฐานของกฎหมาย MRFTA มีใจความว่า “While respecting the freedom and creativity of individuals in economy, government regulates and controls economy and the harms of monopoly and oligopoly as is deemed necessary in order to fulfill social justice and promote a balanced economic growth.”

เป้าหมายของ MRFTA คือเพื่อป้องกันการกระทำผิดเกี่ยวกับการมีอำนาจเหนือตลาด การกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจที่เกินพอดี รวมถึงข้อจำกัดเกี่ยวกับ Cartels และการกระทำ

ที่ไม่เป็นธรรมอื่น ซึ่งกฎหมาย MRFTA จะทำให้เกิดการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม และทำให้เศรษฐกิจเจริญเติบโตอย่างสมดุล⁶⁷

วัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีจึงเป็นไปเพื่อให้โครงสร้างตลาดมีการแข่งขันอย่างเข้มข้น (Market Structure is Competitive) โดยประสงค์จะให้กลไกตลาดเป็นกลไกกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ จะต้องเร่งทำให้ราคาสินค้ามีเสถียรภาพ (Price Stabilization) และการป้องกันการรวบอำนาจในทางเศรษฐกิจ (Concentration of Economic Power) ซึ่งสะท้อนอยู่ใน Section 1 ของ The Monopoly Regulation and Fair Trade Act 1980 ดังนี้

“ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ การห้ามการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจ และการควบคุมการร่วมมือทางธุรกิจที่มิชอบ และการดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม ซึ่งจะทำให้มีการกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางธุรกิจในเชิงสร้างสรรค์และคุ้มครองผู้บริโภค ตลอดจนก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติอย่างสมดุล”

ซึ่งโดยหลักแล้วกฎหมายของเกาหลีได้ได้ระบุห้ามการกระทำ 2 ประการที่สำคัญคือ

1. ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Prohibition of Abuse of Market Dominant Position) แต่มีได้ระบุถึงลักษณะของพฤติกรรมโดยละเอียด
2. ห้ามการใช้วิธีการทำธุรกิจที่ไม่ชอบธรรม (Prohibition of Unfair Trade Practices) หลายประการ เช่น การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร การเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับราคาและเงื่อนไขทางการค้าอื่น โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร การจำกัดคู่แข่งทางธุรกิจโดยมิชอบ การชักจูงหรือข่มขู่ลูกค้าของกลุ่มคู่แข่งทางธุรกิจโดยไม่ชอบ การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการทำธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่นโดยไม่ชอบ การใช้วิธีการโฆษณาที่เป็นเท็จหรือหลอกลวง เป็นต้น

⁶⁷ *Ibid*, p. 18 – 19.

3.4.3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับการควบรวมกิจการและองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายที่ใช้บังคับกับการควบรวมกิจการและองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(1) The Monopoly Regulation and Fair Trade Act 1980 (MRFTA)

Section 7

เป็นบทบัญญัติห้ามการควบรวมธุรกิจ (Business Integration) โดยบริษัทที่มีทุนจดทะเบียนมากกว่า 1 พันล้านบาท หรือบริษัทที่มีสินทรัพย์รวมมากกว่า 5 พันล้านบาท และการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1. ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจที่มีสินทรัพย์รวมหรือรายได้ตั้งแต่ 1 แสนล้านบาทขึ้นไป
 - 1.1 ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทอื่น ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียง
 - 1.2 ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทมหาชนตั้งแต่ร้อยละ 15 ขึ้นไป
 - 1.3 มีแนวโน้มเข้าครอบครองสินทรัพย์ถาวรหรือสินทรัพย์ไม่มีตัวตน (Intangible Assets) ของบริษัทอื่นทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญมากกว่าร้อยละ 10 หรือมากกว่า 5 พันล้านบาท
 - 1.4 ร่วมจัดตั้งบริษัทใหม่ และเข้าถือหุ้นบริษัทใหม่ ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป*

* ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของเกาหลีใต้ ที่ถือว่าการตั้งบริษัทใหม่เป็นการรวมธุรกิจด้วย เนื่องจากระบบเศรษฐกิจของเกาหลีใต้ที่มีการขยายตัวทางเศรษฐกิจโดยการตั้งบริษัทใหม่มากกว่าการควบรวมกิจการ

2. ห้ามผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ (Enterprise Company) ซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทที่มีทรัพย์สินหรือรายได้ตั้งแต่ 2 ล้านล้านบาทขึ้นไป ส่งผู้บริหารชุดเดียวกันเข้าบริหารบริษัทอื่นในเวลาเดียวกันตั้งแต่จำนวน 1 ใน 3 ของจำนวนผู้บริหารชุดดังกล่าว

3. ห้ามผู้ประกอบธุรกิจในประเทศควมรวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศ (ที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ต่างประเทศ) โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีทรัพย์สินหรือรายได้ตั้งแต่ 1 แสนล้านบาทขึ้นไป และทั้งสองฝ่ายต่างมียอดขายในประเทศรวมบริษัทสาขามีค่าตั้งแต่ 3 พันล้านบาทขึ้นไป

4. ข้อห้าม

4.1 ห้ามการรวมธุรกิจทุกรูปแบบ กับผู้ประกอบธุรกิจอื่น โดยการบีบบังคับ ชูเชิญ หรือใช้วิธีที่ไม่เป็นธรรม

4.2 การรวมธุรกิจที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่น มีส่วนแบ่งตลาดรวมของบริษัทที่จะรวมธุรกิจกัน และสันนิษฐานได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือเป็นรายใหญ่ที่สุดในธุรกิจที่เกี่ยวข้อง (Business Area) หรือส่วนต่างของส่วนแบ่งตลาดหักด้วยส่วนแบ่งตลาดของบริษัทอันดับสอง มีค่าตั้งแต่ร้อยละ 25 ขึ้นไป

หรือในกรณีรวมธุรกิจโดยบริษัทใหญ่ที่มีทรัพย์สินหรือเงินทุนหมุนเวียนตั้งแต่ 2 หมื่นล้านบาทขึ้นไป ที่เป็นธุรกิจขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (SME) ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 2 ใน 3 ของทั้งตลาดขึ้นไป หรือหลังรวมธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นตั้งแต่ร้อยละ 5 ขึ้นไป

5. การรวมธุรกิจที่อนุญาตให้รวมได้

5.1 การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นมากกว่าเกิดผลเสียด้านการจำกัดการแข่งขัน

5.2 การรวมธุรกิจกับบริษัทที่เติบโตโดยตนเองมิได้ และเป็นบริษัทที่กำหนดไว้ตามประกาศประธานาธิบดี (The Presidential Decree) เช่น กรณีที่บริษัทมีเงินทุนตามงบดุลต่ำกว่าเงินทุนที่ชำระแล้วในช่วงเวลาใดช่วงเวลานึง

5.3 ถ้าธุรกิจขนาดกลางหรือธุรกิจขนาดเล็ก (SME) รวมกับธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้นหรือธุรกิจที่มีความเสี่ยง เพื่อสนับสนุนธุรกิจที่มีความเสี่ยง

Section 8 บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่

หากบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ได้รับการเปลี่ยนการดำเนินการไปเป็น Holding Company ผู้จัดตั้งบริษัทต้องรายงานต่อ FTC ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้โดย Presidential Decree

โดยปกติแล้ว Holding Company จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมบริษัทลูกอื่น (Affiliates) ผ่านทางการถือหุ้น ซึ่ง Holding Company ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของ MRFTA หากมีสินทรัพย์ตั้งแต่ 1 แสนล้านวอนขึ้นไป และถือหุ้นในบริษัทลูกตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป ซึ่งการจัดตั้ง Holding Company เป็นประเด็นที่ถกเถียงกันว่าจะให้ตั้งได้หรือไม่ แต่สุดท้ายก็ได้ข้อสรุปว่าให้พิจารณาจากข้อดีและข้อเสียของ Holding Company นั้นๆ ประกอบ ซึ่งระบบ Holding Company จะเป็นความผิดตรงที่เป็นการแผ่ขยายอำนาจเหนือตลาด โดยการจ่ายเงินให้แก่ผู้ถือหุ้นรายย่อยและสร้างช่องว่างระหว่าง Holding Company กับผู้ถือหุ้นรายย่อยอื่นด้วยสิทธิในการควบคุมบริษัทที่แตกต่างกัน⁶⁸

Section 8-2 ข้อจำกัดเรื่อง Holding Company

1. ห้าม Holding Company ที่มีสินทรัพย์รวมตั้งแต่ 1 แสนล้านวอนขึ้นไป กระทำการดังต่อไปนี้
 - 1.1 มีสัดส่วนหนี้สินต่อทุน (Debt to Equity Ratio) เกินกว่าร้อยละ 100 ขึ้นไป เป็นเวลา 1 ปี นับแต่วันแปรสภาพหรือจัดตั้งเป็น Holding Company
 - 1.2 ถือหุ้นในบริษัทลูกที่เป็นบริษัทจำกัด เกินกว่าร้อยละ 50 และถือหุ้นในบริษัทลูกที่เป็นบริษัทมหาชนและอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ เกินกว่าร้อยละ 30
 - 1.3 เป็นเจ้าของหุ้นบริษัทในประเทศ รวมถึงบริษัทลูกเพื่อเข้าควบคุมดูแลกิจการนั้น โดยที่หุ้นดังกล่าวได้ออกมาเป็นเวลา 2 ปี นับจากวันที่แปรสภาพหรือจัดตั้งเป็น Holding Company
 - 1.4 ถือหุ้นของบริษัทในประเทศ รวมถึงบริษัทที่ทำธุรกิจการเงินหรือธุรกิจประกันภัย เพื่อตั้งเป็น Holding Company

⁶⁸ Fair Trade Commission, Republic of Korea, *A Journey Toward Market Economy: KFTC's 23 Years of Building Transparent and Fair Market*, p. 84 - 85.

1.5 ถือหุ้นบริษัทในประเทศ รวมถึงบริษัทที่ทำธุรกิจการเงิน หรือธุรกิจประกันภัย ซึ่งเป็น Holding Company แบบทั่วไป (General Holding Company)

2. ห้ามบริษัทลูกของ Holding Company แบบทั่วไป ถือหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศ เพื่อควบคุมธุรกิจของบริษัทนั้น ยกเว้นบริษัทที่ถูกควบคุมนั้นเป็นบริษัทที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจของตน

3. ให้ Holding Company รายงานให้ KFTC ทราบการดำเนินธุรกิจของบริษัทลูก เช่น สภาพของการถือหุ้นและการเงิน ตาม Presidential Decree

Section 9 ข้อห้ามการถือหุ้นไขว้

ในเรื่องนี้ MRFTA กำหนดห้ามกลุ่มธุรกิจที่มีสินทรัพย์รวม 2 หมื่นล้านบาทขึ้นไป ถือหุ้นไขว้กันกับบริษัทในเครือที่ถือหุ้นของตนอยู่ เพื่อป้องกันการเพิ่มขึ้นของเงินทุนที่ผิดไปจากความเป็นจริง โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. ห้ามบริษัทในกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจขนาดใหญ่ ตาม Presidential Decree ถือหุ้นไขว้ หรือได้มาซึ่งหุ้น หรือเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทสาขาในกลุ่มตนเอง

ยกเว้นกรณีการรวมธุรกิจแบบ Merger หรือการได้รับ โอนธุรกิจมาทั้งหมด หรือการได้หุ้นมาหรือเป็นเจ้าของหุ้น ตามกฎหมายสิทธิในหลักทรัพย์หรือการได้หุ้นมาตามข้อตกลง และเป็นสิ่งชัดเจน

2. บริษัทใดก็ตามที่เข้าเงื่อนไขในข้อ 1 จะต้องกำจัด โอน ขายหุ้น ภายใน 6 เดือน นับจากวันที่ได้รับหุ้นหรือถือหุ้นนั้น มิฉะนั้นจะมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีและปรับไม่เกิน 200 ล้านบาท ยกเว้นกรณีบริษัทสาขาได้หุ้นหรือถือหุ้นที่มาจากกำจัดหุ้นของบริษัทในกลุ่มของตน

3. ห้ามบริษัทของกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจขนาดใหญ่ ที่ถูกจำกัดการถือหุ้นไขว้และเป็นผู้ตั้ง SME ตามพระราชบัญญัติสนับสนุนการก่อตั้งบริษัท SME ได้หุ้นหรือเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทสาขาที่อยู่ในประเทศ

Section 10 การจำกัดจำนวนหุ้น การถือหุ้นในบริษัทอื่น

1. ห้ามบริษัทใดๆ ของกลุ่มผู้ประกอบการขนาดใหญ่ ได้มาซึ่งหุ้น หรือเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศ ซึ่งมีมูลค่ามากกว่าร้อยละ 25 ของสินทรัพย์สุทธิของบริษัทตน ยกเว้นกรณีที่เป็นบริษัทที่ได้หุ้นใหม่ หรือเป็นเจ้าของหุ้นใหม่ของบริษัทอื่นในประเทศ ตามสัดส่วนข้างต้น ให้ทำได้เป็นเวลา 2 ปี นับจากวันที่ได้หุ้นมา หรือเป็นเจ้าของหุ้นในกรณีต่อไปนี้ไม่เกิน 6 เดือน เช่นบริษัทที่อยู่ระหว่างการปรับโครงสร้างตามกฎหมายการปรับโครงสร้างบริษัท หรือบริษัทที่กำลังถูกฟ้องล้มละลาย เป็นต้น

2. หลักการคำนวณทรัพย์สินสุทธิ

3. หลักการคำนวณมูลค่าหุ้น

4. ตามข้อห้าม 1 กรณีการจำกัดการลงทุนที่มีมากกว่ามูลค่าสินทรัพย์ อันเนื่องมาจากมูลค่าทรัพย์สินสุทธิมีค่าลดลง จะยอมให้เป็นเช่นนี้ได้ 2 ปี นับจากวันที่สินทรัพย์มีมูลค่าลดลง

5. การจำกัดจำนวนการลงทุนตามข้อ 4 ถ้าการลงทุนที่ต่ำกว่ามูลค่าทรัพย์สินสุทธิที่มีค่าเพิ่มขึ้น ไม่ต้องนำหลักการคำนวณการเพิ่มขึ้นของมูลค่าทรัพย์สินตามข้อ 2, 3 และ 4 มาใช้

6. การจำกัดจำนวนการลงทุน กรณีบริษัทใดของกลุ่มบริษัทขนาดใหญ่ได้หุ้นมาหรือเป็นเจ้าของหุ้นต่อไปนี้จะไม่ถือว่าเป็นหุ้นของบริษัทอื่นตามข้อห้าม 1 หุ้ดังกล่าวได้แก่ หุ้นของบริษัทที่ทำโครงการลงทุนด้านสาธารณูปโภคของภาคเอกชนซึ่งมีระยะเวลา 20 ปี หุ้นของสถาบันการลงทุนของภาครัฐ หุ้นของบริษัทที่อยู่ภายใต้โครงการสาธารณูปโภคของภาคเอกชนซึ่งมีระยะเวลา 20 ปี หุ้นของสถาบันการลงทุนภาครัฐ หุ้นของบริษัทที่อยู่ภายใต้กฎหมายการบริหารจัดการโครงสร้างและการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ

7. ตามข้อห้าม 1 จะไม่ใช้กับกรณี

- บริษัทที่ทำธุรกิจการเงินหรือประกันภัย
- Holding Company

- บริษัทที่อยู่ระหว่างการปรับโครงสร้างองค์กรตามกฎหมาย Reorganization Act และ Compensation Act ในกรณีที่ปรับโครงสร้างองค์กรเสร็จจะต้องปฏิบัติตามข้อห้าม 1 ให้เสร็จสิ้นในเวลาหนึ่ง

(2) องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย

ได้แก่คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม (KFTC) ซึ่งอยู่ในสำนักงานของคณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรม (The Office of Fair Trade Commission) ตามกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 1989 โดยมีเขตอำนาจต่างๆ ที่เกี่ยวกับการแข่งขัน อาทิเช่น ดูแลการกระทำของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในทางการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจไปในทางที่มิชอบ (Abusive Acts by Entrepreneurs Who Maintain Market Dominating Position) การร่วมมือกันทางธุรกิจที่ไม่ชอบธรรม (Undue Collaborative Activities) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) สัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม (Undue International Agreement)* รวมถึงการควบรวมกิจการที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขันและรวบอำนาจทางเศรษฐกิจมากเกินไป (Anti-Competitive Merger and Excessive Concentration of Economic Power) นอกจากนี้ คณะกรรมการ KFTC ยังมีอำนาจผ่านมติในการบังคับใช้หรือการละเมิดกฎหมาย MRFTA ก่อนที่ The Minister of Economic Planning Board จะตัดสินใจชี้ขาด (Final Decision)

3.4.4 กรณีศึกษา

การควบรวมกิจการในตลาดประเทศเกาหลีใต้ใน 20 ปีที่ผ่านมามีแนวโน้มสูงขึ้น โดยมีเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของ KFTC เป็นจำนวนที่สูงขึ้นตามลำดับ โดยในปี ค.ศ. 2000 มีสูงถึง 703 เรื่อง ซึ่งสืบเนื่องมาจากการขยายตัวของตลาดในประเทศเกาหลีใต้

* โดยกฎหมายป้องกันการผูกขาดของเกาหลีจะนำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศที่ทำระหว่างผู้ประกอบการเกาหลีกับผู้ประกอบการต่างชาติ ในสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องหรือมีผลในการจำกัดการแข่งขัน เช่น สัญญาผู้ยืมเงินระหว่างประเทศ สัญญาร่วมกิจการ เป็นต้น

(1) การเข้าซื้อหุ้นของ Ssangyong Papers Co. โดย P&G⁶⁹

ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1997 P&G ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทคู่แข่งคือ Ssangyong Papers Co. (“Ssangyong”) ถึงร้อยละ 91.6 ซึ่งในตลาดแผ่นอนามัย (Feminine Hygiene Pad) P&G มีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 47.3 ซึ่งเป็นอันดับ 1 ตามมาด้วยยี่ห้อ Yuhan – Kimberly ที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 21.8 และของ Ssangyong ที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 16.3 โดยการซื้อหุ้นดังกล่าวเป็นการรวมธุรกิจระหว่างบริษัทอันดับที่ 1 และ 3 ในตลาด โดยในขณะที่ควรวรรวมกันทั้ง P&G และ Ssangyong ถือเป็นผู้นำตลาด การรวมธุรกิจจึงทำให้เพิ่มส่วนแบ่งตลาดเป็นร้อยละ 63.8 ในขณะที่สินค้านำเข้ามีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 0.3 ดังนั้น การรวมธุรกิจจึงถือว่าผิดกฎหมาย และ KFTC มีคำสั่งให้ขายอุปกรณ์และเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตแผ่นอนามัยของ Ssangyong ให้แก่บุคคลที่ 3 รวมถึงขายหุ้นของ Sangyoun UniCharm Co. ซึ่งเป็นผู้รับซื้อวัตถุดิบตามสัญญาระหว่างกันจาก Ssangyong ให้แก่บุคคลอื่นด้วย

(2) การเข้าซื้อหุ้นของ Rocket Korea Co. โดย Gillette Co.⁷⁰

Gillette Co. (“Gillette”) เข้าซื้อหุ้นทั้งหมด (ร้อยละ 100) ของ Rocket Korea Co. (“Rocket”) ซึ่งเป็นเจ้าของกิจการการผลิตแบตเตอรี่คือ Rocket Electronics Co. ในตลาดแรกและตลาดรองของตลาดแบตเตอรี่ โดย Gillette มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดคือร้อยละ 34.3 ตามมาด้วย Rocket ร้อยละ 24.6 และ Energizer ร้อยละ 16.3 ตามลำดับ

การรวมธุรกิจในครั้งนี้ประกอบด้วยบริษัทอันดับแรกและอันดับที่ 2 ผลคือ Gillette ได้ส่วนแบ่งตลาดสูงถึงร้อยละ 58.95 และทิ้งห่างอันดับที่ 2 (หลังการรวมธุรกิจ) อย่าง Energizer ซึ่ง KFTC สรุปว่า Energizer มีอำนาจเหนือตลาดไม่เพียงพอที่จะยับยั้งหรือคานอำนาจเหนือตลาดของ Gillette อีกทั้งการนำเข้าที่มีปริมาณเพียงเล็กน้อยไม่สามารถเพิ่มการแข่งขันในตลาดได้ ดังนั้น KFTC จึงมีคำสั่งให้ Gillette คงราคาขายส่ง Rocket Battery ในตลาดในประเทศไว้ที่ราคาร้อยละ 27.5 ของราคาขายส่งของ Rocket Battery ภายใตยี่ห้อ Duracell ที่จำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา

⁶⁹ Fair Trade Commission, A Journey Toward Market Economy: KFTC's 23 Years of Building Transparent and Fair Market, p. 62.

⁷⁰ *Ibid*, p. 63.

(3) การเข้าซื้อหุ้นของ Shindongbang Medical Co. โดย Becton Dickinson Korea Holdings Inc.⁷¹

Becton Dickinson Inc. (“Becton”) ซื้อหุ้นทั้งหมด (ร้อยละ 100) ของคู่แข่งในตลาด Cathetar ซึ่งเป็นอุปกรณ์ทางการแพทย์ใช้สำหรับฉีดยาเข้าเส้นเลือด Shindongbang Medical Co. (“Shindongbang”) ซึ่งมีบริษัทย่อยในตลาดเกาหลีคือ Boin Medica Co. ส่วน Becton ก็มีบริษัทย่อยคือ Becton Dickinson Korea Holdings Inc. (“Becton Korea”) โดยมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 79.2 และมีการนำเข้าเป็นส่วนน้อยซึ่งไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันในตลาดแต่อย่างใด ดังนั้นการรวมธุรกิจทำให้เกิดการต่อต้านการแข่งขัน และ KFTC มีคำสั่งให้ทั้งสองฝ่าย ขายหรือจำหน่ายเครื่องจักรและเครื่องมืออุปกรณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Cathetar ของ Shindongbang ให้แก่บุคคลที่ 3 และห้าม Becton Korea ขายและนำเข้า Cathetar มาในประเทศไทยได้

(4) การเข้าซื้อหุ้นของ Shinseggi Telecom Co. โดย SK Telecom Co.⁷²

SK Telecom Co. (“SK”) ซื้อหุ้นร้อยละ 51.19 ของบริษัทคู่แข่งในตลาดโทรศัพท์มือถือคือ Shinseggi Telecom Co. (“Shinseggi”) การรวมธุรกิจจะเพิ่มส่วนแบ่งตลาดของ SK เป็นร้อยละ 56.9 และทำให้ SK มีเครือข่ายที่ดีกว่าเดิมรวมถึงมีโครงสร้างทางการเงินดีกว่าคู่แข่ง การรวมธุรกิจทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงและสามารถคาดได้ว่าประสิทธิภาพของสินค้าและบริการจะดีขึ้น เช่น การรวมกันของเครือข่ายโทรศัพท์ เครือข่ายการจัดจำหน่าย การประหยัดจากขนาด และการหลีกเลี่ยงการลงทุนซ้ำซ้อน อย่างไรก็ตาม ข้ออ้างเรื่องประสิทธิภาพมีน้ำหนักน้อยกว่าการต่อต้านการแข่งขัน ดังนั้น KFTC จึงมีคำสั่งให้ SK ลดส่วนแบ่งตลาดให้เหลือน้อยกว่าร้อยละ 50 ภายในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2001

(5) การโอนธุรกิจของ Kohap Corp. ให้แก่ Kolon Co.⁷³

Kolon Co. (“Kolon”) เข้าทำสัญญากับ Kohap Corp. (“Kohap”) เพื่อเข้าครอบงำธุรกิจผลิตฟิล์มไนลอนของ Kolon พร้อมทั้งยื่นเรื่องขอควมรวมต่อ JFTC

⁷¹ Ibid, p. 63.

⁷² Ibid, p. 63 - 64.

⁷³ Ibid, p. 161.

ในกรณีนี้ ตลาดที่เกี่ยวข้องคือตลาดฟิล์มไนลอนในประเทศ ณ เวลาที่ยื่นคำขอ ตลาดฟิล์มไนลอนในประเทศเกาหลีเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย นำโดย Kolon, Hyosung Co. และ Kohap

คดีนี้เป็นการรวบรวมในแนวนอนระหว่างคู่แข่งกันในโครงสร้างตลาดผู้ขายน้อยราย หาก Kohap และ Kolon รวบรวมกันจะมีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 59 ในตลาดฟิล์มไนลอนในประเทศ ซึ่งเข้าข้อสันนิษฐานเรื่องการจำกัดการแข่งขันของ MRFTA

ฟิล์มไนลอนเป็นผลิตภัณฑ์ที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในการผลิต ที่ทั่วโลกมีเพียง 6-7 บริษัทเท่านั้นที่สามารถผลิตได้ จึงมีความต้องการสินค้ามากกว่าปริมาณสินค้าที่ผลิตได้ อีกทั้งยังมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดค่อนข้างสูงและไม่มีการนำเข้าสินค้า

KFTC สรุปว่าการรวมกิจการจะเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดฟิล์มไนลอน KFTC จึงสั่งให้ Kolon ขายอุปกรณ์การผลิตที่ซื้อมาจาก Kohap ให้แก่บุคคลภายนอกภายใน 2 เดือน ยกเว้นอุปกรณ์การผลิตที่ซื้อมาแต่ไม่เกี่ยวข้องกับการผลิตฟิล์มไนลอน

(6) การเข้าซื้อหุ้นของ Daesun Distilling Co. โดย Muhak Co.⁷⁴

ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2002 Muhak Co. ผู้ผลิตสุรา Soju รายใหญ่ในจังหวัด Kyungnam เข้าซื้อหุ้นของ Daesun Distilling Co. ร้อยละ 33.7 ผู้นำตลาดการผลิตรายใหญ่ของเมือง Pusan ซึ่งเป็นเมืองใกล้เคียง และแจ้งการรวบรวมให้ KFTC ทราบ

ตลาดที่เกี่ยวข้องของสุรา Soju ในเมือง Pusan และจังหวัด Kyungnam นั้นผลิตภัณฑ์ของท้องถิ่นของแต่ละจังหวัดมีส่วนแบ่งตลาดมาก ในขณะที่การจะสร้างยี่ห้อใหม่ต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ผลิตสุราและผู้จัดจำหน่ายในท้องถิ่นมีความสัมพันธ์กันอย่างแน่นแฟ้น ดังนั้น การเข้าสู่ตลาดสุรา Soju ในจังหวัดเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก ในขณะที่รวบรวมส่วนแบ่งตลาดของ Muhak Co. เมือง Pusan มีอยู่ร้อยละ 84.4 ขณะที่ Daesun มีส่วนแบ่งตลาดในเมือง Kyungnam ร้อยละ 84.3 ผลของการรวมกิจการคือส่วนแบ่งตลาดของทั้ง Muhak และ Daesun ในเมือง Pusan และจังหวัด Kyungnam มีมากกว่าร้อยละ 90 ทำให้เป็นตลาดผูกขาดและส่วนแบ่งตลาดในเมือง Pusan เกินกว่าร้อยละ 91.5 และในจังหวัด Kyungnam มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 97.2 คู่แข่งในภูมิภาคนี้จะลดลงจาก 3 รายเป็น 2 ราย ซึ่งเป็นการลดลงอย่างมีนัยสำคัญ KFTC จึงสั่งให้ Muhak ขายหุ้นของ Daesun ที่ได้มาแก่บุคคลที่ 3 ภายใน 1 ปี

⁷⁴ Ibid, p. 161 - 162.

(7) การเข้าซื้อหุ้นของ Hyundai Petrochemical Corp's โดย LG Chem, Ltd. และ Honam Petrochemical Corp.⁷⁵

LG Chem, Ltd. (“LG”) และ Honam Petrochemical Corp. (“Honam”) ก่อตั้ง Consortium และเข้าทำสัญญากับเจ้าหน้าที่ของ Hyundai Petrochemical Corp's (“Hyundai”) เพื่อเข้าซื้อหุ้นของ Hyundai กรณีนี้จึงถูกรายงานต่อ KFTC

ในจำนวน 17 ตลาดที่เกี่ยวข้อง การควบรวมเพิ่มส่วนแบ่งตลาดใน 3 ตลาด ซึ่งทำให้เป็นการควบรวมที่ต่อต้านการแข่งขันในตลาด LDPE (Low Density Polyethylene), HDPE (High Density Polyethylene), และ PP ซึ่งทำให้การควบรวมนี้เป็นการผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการสืบสวนของ KFTC พบว่าอีก 14 ตลาดที่เหลือ การควบรวมไม่ได้มีแนวโน้มในการสร้างการจำกัดการแข่งขันแต่อย่างใด โดยธุรกิจผลิตก๊าซธรรมชาตินี้ต้องการการลงทุนมูลค่ามหาศาล และต้องการการประหยัดจากขนาดเพื่อเข้าแข่งขันกับคู่แข่งในระดับนานาชาติได้

ภายหลังจากการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง KFTC ตัดสินใจอนุญาตให้ควบรวมแต่มีคำสั่งให้แก้ไขวิธีการ โดยไม่ให้รวมเฉพาะสายการผลิตที่จะทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน และสนับสนุนการแข่งขันด้านประสิทธิภาพระหว่างคู่แข่ง KFTC จึงมีคำสั่งให้ LG และ Honam แยกธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับ Hyundai ในตลาด LDPE, HDPE และ PP ออกเป็น 2 ธุรกิจและเข้าซื้อธุรกิจที่แบ่งแยกตามลำดับ

⁷⁵ *Ibid*, p. 162.