

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในส่วนของการรวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจนั้นเป็นวิธีหนึ่งของการจัดรูปแบบองค์กรธุรกิจ บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนิยมใช้ ในการขยายขนาดกิจการสร้างความเจริญเติบโต ความก้าวหน้า และความแข็งแกร่งธุรกิจ เพื่อประโยชน์ของกิจการในเชิงการบริหาร เพื่อความได้เปรียบ หรือเพื่อให้ธุรกิจที่ควรรวมนั้นมีประสิทธิภาพในการการแข่งขันกับผู้ประกอบการอื่น เพื่อกำหนดราคาสินค้า ควบคุมตลาดหรือ สร้างฐานลูกค้าในกิจการของตนให้กว้างขึ้น ทั้งนี้ เหตุผลคือการรวมธุรกิจมีความสะดวกเร็วกว่าการขยายกิจการด้วยตัวกิจการเองและในบางครั้งเมื่อกิจการมีขนาดใหญ่ขึ้นยังง่ายต่อการระดมทุนหรือการขอเครดิตหรือสินเชื่อต่างๆ อีกด้วยการรวมธุรกิจมีมาตรการและแนวทางบังคับใช้กฎหมายกำกับดูแลเพื่อป้องกันผลเสียทางเศรษฐกิจจากการผูกขาดทางการค้าอันเป็นสาเหตุมาจากความไม่สมดุลตามหลักเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากการรวมธุรกิจก่อให้เกิด ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเนื่องจากเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตที่มากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆ เพื่อแสวงหากำไรจากการผูกขาด โดยไม่คำนึงถึงผลเสียต่อสมดุลของตลาดสินค้านั้นๆ และพฤติกรรมดังกล่าวนั้นหากไม่มีหลักเกณฑ์เข้ามาควบคุมย่อมเป็นผลเสียที่ร้ายแรงต่อระบบโครงสร้างตลาดได้ในอนาคต

ประเทศไทยนั้น ได้ มีการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการควบรวมกิจการ ไว้ในมาตรา 26 เพื่อเป็นการควบคุมและป้องกันผู้ประกอบการ ที่มีความประสงค์ที่จะทำการควบรวมกิจการ ที่อาจทำให้เกิดการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น หรือ ผลแห่งการควบรวมธุรกิจ จะส่งผลให้การแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการเกิดความไม่เป็นธรรม การควบรวมธุรกิจนั้นยังเป็นอีกหนทางหนึ่งที่จะทำให้ผู้ประกอบการที่ควบรวมธุรกิจ ใช้เพื่อแสวงหาให้ได้มาซึ่ง อำนาจเหนือตลาด และหากใช้อำนาจเหนือตลาดเป็นเครื่องมือในการกำจัดคู่แข่งในตลาดจนหมดสิ้นแล้ว ผู้ประกอบการนั้นก็กลายเป็นผู้ครองตลาดไปในที่สุด จึงเป็นเรื่องจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศไทยนั้น จะต้องบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26 โดยเร็วที่สุด เพื่อตรวจสอบพฤติกรรมและควบคุมการรวมธุรกิจ เนื่องจากปัจจุบันผู้ประกอบการธุรกิจในไทยได้ทำการควบรวมธุรกิจอย่างเสรี เช่น การควบรวมธุรกิจโรงพยาบาล

ของ บริษัท เมเจอร์ซีนิเพิล็กซ์กรุ๊ป จำกัด (มหาชน) กับ บริษัท อีจีวีเอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด (มหาชน) การควบรวมธุรกิจ โรงพยาบาล ระหว่าง บริษัท กรุงเทพดุสิตเวชการ จำกัด (มหาชน) หรือ กลุ่มโรงพยาบาลกรุงเทพ กับ บริษัทเฮลท์ เน็ตเวิร์ค จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็น Holding Company ที่ถือหุ้น ในบริษัท ประสิทธิ์พัฒนา จำกัด (มหาชน) และบริษัทที่ประกอบกิจการ โรงพยาบาลเปาโล เป็นต้น การควบรวมในธุรกิจดังกล่าวย่อมทำให้ส่วนแบ่งตลาดในธุรกิจนั้นเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งอาจส่งผลให้ ผู้ประกอบการรายอื่นที่มีกำลังทุนที่น้อยกว่าประสบปัญหาต่อการแข่งขัน จนต้องถูกกำจัดออกไป จากตลาดโดยปริยาย และเมื่อระบบการแข่งขันในตลาดนั้นถูกทำรายลง ก็จะทำให้ผู้ประกอบการที่ ครองตลาดในสินค้าหรือบริการนั้น จะเป็นผู้กำหนดราคาสินค้าค่าบริการ จำนวนการผลิตหรือ คุณภาพสินค้าและการบริการอย่างไรก็ได้ และผู้ที่จะได้รับผลกระทบนั้นย่อมหนีไม่พ้นประชาชน ผู้บริโภคนั่นเอง

ในบทนี้นอกจากกฎหมายภายในประเทศไทยแล้ว ผู้เขียนได้นำกฎหมายแข่งขันทางการค้า ของต่างประเทศมาศึกษาในงานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วย ประกอบด้วยประเทศดังต่อไปนี้

- 1) สหรัฐอเมริกา
- 2) ประเทศญี่ปุ่น
- 3) สาธารณรัฐเกาหลี
- 4) ประเทศอินโดนีเซีย
- 5) สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

เนื่องจากสหรัฐอเมริกานั้นเป็นประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายกฎหมายแข่งขันทางการค้า อย่างแพร่หลายและมีอิทธิพลต่อการเข้ามาของกฎหมายฉบับนี้ในทวีปเอเชีย โดยเริ่มจากที่ประเทศ ญี่ปุ่น และต่อมาเป็น สาธารณรัฐเกาหลี ที่ร่างกฎหมาย The Monopoly Regulation and Fair trade Act 1980 (MRFTA) โดยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและ ประเทศญี่ปุ่นตามลำดับ¹ ดังนั้น ประเทศญี่ปุ่นและ สาธารณรัฐ เกาหลี ได้บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นประเทศลำดับต้นๆ ในทวีปเอเชียที่ได้มีการบังคับ ใช้กฎหมายอย่างจริงจังและได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องจึงมีความสำคัญในการนำมาศึกษาเพื่อ ใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยต่อไปได้ ในส่วนของประเทศ อินโดนีเซีย และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นประเทศในกลุ่มสมาชิก อาเซียนและอยู่ภายใต้กรอบนโยบายและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของอาเซียนเช่นเดียวกับ ประเทศไทย และสำหรับในเรื่องของการกำกับดูแลการควบรวมธุรกิจนั้นทั้งสองประเทศนี้ได้

¹ นพนนท์ สถิติภาสีกุล. (2547). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง การค้า พ.ศ. 2542. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 71.

กำหนดมาตรการไว้ค่อนข้างชัดและเข้าใจง่ายอีกทั้งยังมีการบังคับใช้กฎหมายในส่วนนี้แล้ว โดยเฉพาะ ประเทศอินโดนีเซีย ที่มีการตัดสินใจออกมามีเห็นบ้างแล้ว แต่ในส่วนของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามนั้น เนื่องจากผู้เขียนสามารถเข้าถึงข้อมูลได้จำกัด แต่เห็นว่ามาตรการควบคุมการรวมธุรกิจนั้นมีความน่าสนใจโดยการกำหนดนิยามของการรวมธุรกิจในแต่ละประเภทให้เข้าใจง่าย อาจใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ในส่วนนี้ได้ผู้เขียนจึงได้นำการกำกับการรวมธุรกิจมาวิเคราะห์กับกฎหมายของประเทศอื่นที่กล่าวมาข้างต้นเพื่อนำมาเพื่อแนวทางในการแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26 ให้สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และปราศจากปัญหาในการบังคับใช้

3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจของประเทศไทย

3.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกฎหมายที่รวมเอาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องในทางแพ่งและพาณิชย์มาไว้ด้วยกันเป็นหมวดหมู่ จัดระเบียบให้เข้ากัน การจัดทำกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเริ่มตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 จนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ ได้แก่ เรื่องหุ้นส่วนและบริษัท และนิติกรรมสัญญา และหนี้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

3.1.1.1 การควบรวมหุ้นส่วนและบริษัท

บทบัญญัติเรื่องหุ้นส่วนและบริษัท (มาตรา 1012-1273) มีความเกี่ยวข้องกับเรื่อง Holding Company และเรื่องการควบบริษัทเข้ากัน ดังนี้

บริษัทที่ตั้งขึ้นเพื่อควบคุมการดำเนินงานของบริษัทที่ดำเนินธุรกิจอยู่แล้ว (Holding-Company) โดยเนื้อหาของกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยหลักแล้วหากไม่มีกฎหมายห้ามไว้ย่อมกระทำได้ บรรดาผู้ดำเนินธุรกิจหรือผู้ที่ต้องการขยายธุรกิจจึงใช้บทบัญญัติเรื่องการจัดตั้งและการดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดให้เป็นประโยชน์ โดยการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อถือหุ้นในบริษัทอื่น ที่เรียกว่า Holding Company ซึ่งอาจจะตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อถือหุ้นในบริษัทอื่นแต่เพียงรายเดียวหรือร่วมกับผู้ร่วมทุนรายอื่นก็ได้ ทั้งนี้ อาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการควบคุมบริษัทที่ Holding Company เข้าไปถือหุ้น ที่เป็นการรวมอำนาจการบริหารจัดการไว้ในที่เดียวกัน หรืออาจกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดทำงบการเงินรวม (Consolidated Financial Statement) ที่จะส่งผลให้บริษัทแม่มียอดสินทรัพย์ทางบัญชีสูงเพื่อประโยชน์ในการกู้ยืมจากสถาบันการเงินและการระดม

เงินทุนจากแหล่งต่างๆ หรืออาจเป็นกรณีที่รวมธุรกิจโดยการแลกหุ้น (Share Swap) ที่ใช้ Holding Company เป็นตัวกลางในการถือหุ้น²

3.1.1.2 หลักเกณฑ์ในการควบบริษัท

การควบบริษัท คือ การรวมบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป ซึ่งต่างก็เป็นนิติบุคคลต่างหากจากกันเข้าเป็นบริษัทเดียวกันเป็นนิติบุคคลเดียวกัน เช่นเดียวกับการควบห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน การควบกันอาจเพื่อขจัดการค้าขายแข่งกัน เพื่อประหยัดค่าใช้จ่ายของแต่ละบริษัท เพื่อขยายกิจการค้าหรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานโดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

1) บริษัทจะเข้าควบกันมิได้ เว้นแต่จะเป็นไปโดยมติพิเศษ³

การควบบริษัทอาจทำให้ผู้ถือหุ้นบางคนหรือผู้ถือหุ้นของบางบริษัทที่จะควบกันได้เปรียบเสียเปรียบกันได้ เช่น ผู้ถือหุ้นที่ควบคุมเสียงส่วนใหญ่ในบริษัทหนึ่ง เมื่อรวมกันแล้วกับอีกบริษัทหนึ่งอาจไม่เป็นผู้ควบคุมเสียงส่วนใหญ่ต่อไป

การควบเข้ากันต้องทำโดยมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่ หมายความว่า ทุกบริษัทที่จะควบเข้ากันต้องตกลงกันในเบื้องต้นก่อนว่าจะควบกันเข้าในรูปลักษณะอย่างไร อาจต้องตกลงกันในเรื่องหนี้สิน ทรัพย์สิน ตลอดจนเงินทุนของบริษัทที่จะจดทะเบียนขึ้นใหม่

มติพิเศษนี้บริษัทที่จะควบกันต้องนำไปจดทะเบียนภายใน 14 วัน นับแต่วันลงมติ⁴

2) เจ้าหนี้ไม่คัดค้าน

บริษัทต้องโฆษณาในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่อย่างน้อยหนึ่งคราว และส่งคำบอกกล่าวไปยังบรรดาผู้ซึ่งบริษัทรู้ว่าเป็นเจ้าหนี้ของบริษัทบอกให้ทราบ รายการที่ประสงค์จะควบบริษัทเข้ากัน และขอให้เจ้าหนี้ผู้มีข้อคัดค้านอย่างหนึ่งอย่างใดในการควบบริษัทเข้ากันนั้น ส่งคำคัดค้านไปในภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่บอกกล่าว (มาตรา 1240)⁵ ถ้าไม่มีใครคัดค้านภายในกำหนดเวลาเช่นว่า

² ประดิษฐ์ สหชัยยันต์. (2543). *การครอบงำกิจการ*. กรุงเทพฯ: เอสอาร์พรีนติ้งแมสโปรดักส์. หน้า 2.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1238 อันบริษัทจำกัดนั้นจะควบเข้ากันมิได้ เว้นแต่จะเป็นไป โดยมติพิเศษ.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1239 มติพิเศษซึ่งวินิจฉัยให้ควบบริษัทจำกัดเข้ากันนั้นบริษัท ต้องนำไปจดทะเบียนภายในสิบสี่วันนับตั้งแต่วันลงมติ.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1240 บริษัทต้องโฆษณาในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่อย่างน้อยหนึ่งคราว และส่งคำบอกกล่าวไปยังบรรดาผู้ซึ่งบริษัทรู้ว่าเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท บอกให้ทราบรายการที่ประสงค์จะควบบริษัทเข้ากัน และขอให้เจ้าหนี้ผู้มีข้อคัดค้านอย่างหนึ่งอย่างใดในการควบบริษัทเข้ากัน นั้นส่งคำคัดค้านไปในภายในหกสิบวันนับแต่วันที่บอกกล่าว

ถ้าไม่มีใครคัดค้านภายในกำหนดเวลาเช่นว่านั้น ก็ให้พึงถือว่าไม่มีคัดค้าน

นั้น ก็ให้พึงถือว่าไม่มีค้ำค้ำถ้าหากมีเจ้าหนี้ค้ำค้ำ บริษัทจะค้ำค้ำการควบเข้ากันมิได้ จนกว่าจะ
ได้ใช้หนี้หรือให้ประกันเพื่อหนี้รายนั้น

การควบของบริษัท ทำให้ทรัพย์สิน หนี้สิน สิทธิและความรับผิดชอบของทุกบริษัท
รวมกันเป็นของบริษัทใหม่ เจ้าหนี้ของแต่ละบริษัทอาจได้เปรียบเสียเปรียบกันเช่นเดียวกับผู้ถือหุ้น
ฉะนั้นบริษัทจะรวมกันได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ของแต่ละบริษัทไม่ค้ำค้ำ

(1) การโฆษณาและบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้

(1.1) ต้องลงโฆษณาในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นอย่างน้อย 1 ครั้ง และส่งคำ
บอกกล่าวไปยังบรรดาผู้ซึ่งบริษัทรู้ว่าเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท มาตรา 1240 วรรคหนึ่ง

(1.2) คำโฆษณาและหนังสือบอกกล่าวต้องบอกรายการที่บริษัทจะควบเข้ากัน
และขอให้เจ้าหนี้ผู้มีข้อค้ำค้ำส่งคำค้ำค้ำไปภายใน 60 วันนับแต่วันบอกกล่าว มาตรา 1240 วรรคหนึ่ง

(2) ถ้าเจ้าหนี้ไม่ค้ำค้ำภายใน 60 วันนับแต่วันบอกกล่าวถือว่าไม่มีคำค้ำค้ำ
บริษัทดำเนินการควบเข้ากันต่อไปได้ มาตรา 1240 วรรคสอง

(3) ถ้าเจ้าหนี้ค้ำค้ำ บริษัทยังควบเข้ากันไม่ได้จนกว่าจะได้ใช้หนี้หรือหาประกัน
เพื่อหนี้รายนั้น มาตรา 1240 วรรคสาม

3) จดทะเบียนการควบบริษัท

แม้บริษัทจะตกลงให้ควบเข้ากัน ที่ประชุมใหญ่ของแต่ละบริษัทได้มีมติพิเศษให้
ควบเข้าด้วยกันได้ และไม่มีเจ้าหนี้ค้ำค้ำก็จะถือว่าบริษัทควบกันแล้วยังไม่ได้จนกว่าจะได้มีการ
จดทะเบียน

การจดทะเบียนนั้น นอกจากจะต้องจดทะเบียนมติพิเศษของแต่ละบริษัทที่จะ
ควบเข้ากันภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ลงมติตาม มาตรา 1239 แล้ว เมื่อบริษัทควบเข้ากันเมื่อใด
แต่ละบริษัทต้องนำเข้าไปจดทะเบียนภายใน 14 วันนับแต่วันที่ควบเข้ากันและยังต้องมีการจดทะเบียน
บริษัทขึ้นใหม่แทนบริษัทเก่าทั้งหมดที่ควบเข้ากันด้วย⁶

4) ผลของการควบบริษัท

ถ้าหากมีเจ้าหนี้ค้ำค้ำ บริษัทจะจัดการควบเข้ากันมิได้ จนกว่าจะได้ใช้หนี้หรือได้ให้ประกันเพื่อหนี้
รายนั้น.

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1241 บริษัทได้ควบเข้ากันแล้วเมื่อใด ต่างบริษัทต้องนำความ ไปจด
ทะเบียนภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่ควบเข้ากัน และบริษัทจำกัดอันได้ ตั้งขึ้นใหม่ด้วยควบเข้ากันนั้น ก็ต้องจดทะเบียน
เป็นบริษัทใหม่.

การควบบริษัทนั้น นอกจากทำให้บริษัทเดิมสิ้นสภาพไป เกิดบริษัทใหม่ขึ้นมาแทนแล้ว ผู้ถือหุ้นของทุกบริษัทที่ควบเข้ากันก็กลายเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทใหม่ ทุนเรือนหุ้นของทุกบริษัทก็รวมกันเป็นทุนเรือนหุ้นของบริษัทใหม่⁷

สิทธิและความรับผิดชอบของแต่ละบริษัทก็จะมารวมเป็นบริษัทใหม่ (มาตรา 1243)⁸

บริษัทใหม่กลายเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ตามสัญญา ซึ่งบริษัทเดิมแต่ละบริษัททำไว้ บริษัทใหม่อาจฟ้องหรือถูกฟ้องคดีตามสัญญาที่บริษัทเดิมทำไว้ ตลอดจนได้รับสิทธิเรียกร้องต่างๆ จากบริษัทเก่ามาด้วย

5) การควบบริษัทและการรวมกิจการของบริษัทโดยประการอื่น

บริษัทหลายบริษัทอาจรวมกันได้อีกกรณีหนึ่ง โดยมีได้มีบริษัทเกิดขึ้นใหม่ดังกรณีควบบริษัทดังกล่าวแล้ว เพียงแต่มีบริษัทเล็กไป โดยรวมกิจการเข้าไปอยู่ในอีกบริษัทหนึ่งซึ่งมีอยู่เดิมเป็นเสมือนบริษัทหนึ่งกลืนอีกบริษัทหนึ่ง ในภาษาอังกฤษเรียกว่า Merger เช่น บริษัท ก. จะรวมเข้าไปอยู่ในบริษัท ข. มีผลทำให้บริษัท ก. เลิกไป คงเหลืออยู่แต่บริษัท ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁹ไม่ได้กล่าวถึงการรวมบริษัทในกรณีนี้ไว้ การรวมกันโดยวิธีนี้ต้องอาศัยความยินยอมของผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัททั้งหลายที่จะรวมกันและคงผูกพันกันเองตามหลักของสัญญาไม่อาจผูกพันเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกผู้มิได้เป็นคู่สัญญาดูด้วย ทั้งนี้จะมีผลต่อเมื่อมีการจดทะเบียนบริษัทหนึ่งและจดทะเบียนแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิของอีกบริษัทหนึ่งที่ยังคงอยู่ให้รวมกิจการของบริษัทที่เลิกไปเข้าไว้การที่บริษัทหนึ่งโอนขายทรัพย์สินทั้งหมด หรือทรัพย์สินส่วนใหญ่ให้แก่อีกบริษัทหนึ่ง แม้จะไม่ใช่การควบบริษัท หรือรวมบริษัท หรือครอบงำกิจการดังที่กล่าวมา แต่ก็อาจมีผลเป็นการรวมกิจการของบริษัทได้เช่นกัน⁹

3.1.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

3.1.2.1. ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ประเทศไทยนับตั้งแต่สมัยสุโขทัยมีกฎหมายยอมรับในหลักเสรีภาพแห่งการค้า แต่ไม่ปรากฏหลักฐานว่ามีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือผูกขาด แม้จนถึงในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ก็มิได้มีการกล่าวถึงหลักกฎหมายที่ห้ามการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือผูกขาดไว้ ทั้งนี้เป็นเพราะระบบเศรษฐกิจของไทยในสมัยนั้นเป็นรูปแบบ

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1242 จำนวนทุนเรือนหุ้นของบริษัทใหม่นั้น ต้องเท่ากับ ยอดรวมจำนวนทุนเรือนหุ้นของบริษัทเดิมอันมาควบเข้ากัน.

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1243 บริษัทใหม่นี้ย่อมได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบราคา มีอยู่แก่บริษัทเดิมอันได้มาควบเข้ากันนั้นทั้งสิ้น.

⁹ สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. (2552). *หุ้นส่วนและบริษัท*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 328-331.

ของระบบเศรษฐกิจแบบเกษตรกรรมเพื่อยังชีพมิใช่รูปแบบการผลิตเพื่อการค้า ระบบทุนนิยมและรูปแบบการผลิตเพื่อการค้าเพิ่งเข้ามาสู่ประเทศไทยใน พ.ศ. 2398 (ค.ศ. 1855) ซึ่งเป็นปีที่ทำสนธิสัญญาเบาริ่งกับประเทศอังกฤษ หรือ สมัยรัชการที่ 4 เป็นช่วงที่ประเทศทางยุโรปนั้นเรื่องอำนาจประเทศไทยจึงจำเป็นต้องปรับปรุงและรับกฎหมายสมัยใหม่เข้ามาใช้ในยุคนี้ด้วย¹⁰

จนกระทั่งช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศไทยประสบปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำ อันเกิดจากการกักตุนสินค้าเพื่อเก็งกำไร สินค้าอุปโภค บริโภคขาดแคลน ผู้ผลิตและผู้ขายจำนวนมากฉวยโอกาสกักตุนสินค้าและเพิ่มราคาสินค้าอุปโภคบริโภคที่จำเป็นให้มีราคาสูงขึ้นกว่าราคาปกติอย่างไม่เป็นธรรม เกิดการรวมตัวกันตั้งสมาคมการค้าปกป้องผลประโยชน์ของพวกเขาเพื่อสร้างอำนาจเหนือตลาด มีการตกลงกันกำหนดราคาสินค้า ส่งผลให้ประชาชนชาวไทยเดือดร้อนเป็นอย่างมาก รัฐบาลจึงได้ตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและสาธารณสุขชนทั่วไปเป็นครั้งแรกคือ พระราชบัญญัติป้องกันการเก็งกำไรเกินควร พ.ศ. 2480 เพื่อควบคุมราคาสินค้าที่จำหน่ายให้แก่ประชาชนและป้องกันการรวมตัวราคาสินค้าในภาคเอกชน ในสถานการณ์ฉุกเฉิน เกิดสงครามหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้ผู้จำหน่ายสินค้าฉวยโอกาสขึ้นราคาสินค้าในเวลาดังกล่าว อันเป็นเหตุให้ขัดต่อความสุขปกติของประชาชน แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงสถานการณ์ปกติทำให้ต้องมีการแก้ไข 2 ครั้ง คือ ในปี 2483 และปี พ.ศ. 2487 และต่อมาถูกยกเลิกไปในปี พ.ศ. 2490 ซึ่งรัฐบาลได้ตราพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ขึ้นเพื่อใช้แทนและได้เปลี่ยนวิธีป้องกันการค้ากำไรเกินควรใหม่ คือ ไม่จำกัดสถานการณ์ กำหนดให้การค้ากำไรเกินควรเป็นสิ่งผิดกฎหมายไม่ว่าการเมืองเศรษฐกิจจะในสถานการณ์ใดก็ตาม เมื่อปรากฏว่ามีการค้ากำไรเกินควรขึ้น ให้คณะกรรมการพิจารณาว่าราคาสินค้าควรจะเป็นเท่าไร แล้วจึงกำหนดราคาสูงสุดของสินค้านั้นรวมถึงการปันส่วนหรือห้ามซื้อห้ามขายได้ ตามอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้ เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจึงได้มีการแก้ไขกฎหมายขึ้นในปี พ.ศ. 2517 โดยได้จัดทำพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2517 ซึ่งมีมาตรการควบคุมการผลิตหรือจำหน่ายและมาตรการการสั่งห้ามมิให้ค้ากำไรเกินควร แต่ไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากไม่ได้คุ้มครองผู้บริโภคในแง่ที่เกิดจากการผูกขาดโดยตรงในกรณีที่มีผู้ผลิตรายเดียวในตลาดใช้อำนาจบิดเบือนกลไกการตลาดได้¹¹

ต่อมา พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2517 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อควบคุม

¹⁰ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2558). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 136.

¹¹ ศักดา ธนิตกุล. (2553). *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 21.

การกำหนดราคาสินค้าให้เป็นธรรมป้องกันการผูกขาด เป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control) โดยการพิจารณาการใช้อำนาจผูกขาดอย่างเคร่งครัดไม่ยอมให้มีการใช้อำนาจผูกขาดกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไม่ว่ากรณีใดๆ ทั้งสิ้น แต่สภาพโครงสร้างทางเศรษฐกิจส่วนใหญ่ของประเทศไทยในช่วงนั้น ทุกๆ อุตสาหกรรมเป็นโครงสร้างกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด ในบางอุตสาหกรรมตลาดมีขนาดเล็กผู้ประกอบการแต่ละรายต้องการการผลิตที่มีการประหยัดต่อขนาด อีกทั้งประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนา การพัฒนาหน่วยธุรกิจจำนวนมากต้องการเติบโตเพื่อแข่งขันในตลาดโลก ดังนั้นถ้าใช้บังคับกฎหมายกันอย่างจริงจังแล้วคงจะมีหน่วยธุรกิจจำนวนมากที่เข้าข่ายผูกขาดตามกฎหมาย ดังนั้นในทางปฏิบัติพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดในส่วนของ การผูกขาดจึงไม่สามารถใช้บังคับใช้เป็นประโยชน์กับโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศไทยได้เลย จึงทำให้พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดฉบับนี้ไม่มีสภาพบังคับ คงเป็นเพียงแต่กฎหมายควบคุมราคาสินค้าเท่านั้น¹²

ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2542 จึงได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรให้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ และป้องกันการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ และได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อเป็นการดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภคมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทางด้านราคาสินค้าและบริการ ให้ได้รับความเป็นธรรมในด้านราคาสินค้าและบริการมากยิ่งขึ้น เพื่อป้องกันมิให้ราคาสินค้าและบริการต่างๆ สูงขึ้นอย่างรวดเร็วเกินควร อีกทั้งเพื่อให้มีสินค้าและบริการที่เพียงพอต่อการบริโภคของผู้บริโภคภายในประเทศและในกรณีของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้านั้น ได้เปลี่ยนหลักการจากแนวทางการควบคุมโครงสร้างมาเป็นแนวทางการควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) แทนเพื่อควบคุมไม่ให้ผู้มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาด ใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางที่มิชอบอันก่อให้เกิดความเสียหายในตลาดสินค้าและบริการ ป้องกันไม่ให้มีการบิดเบือนสภาพของตลาด เพื่อรักษาให้ตลาดสินค้าและบริการพร้อมที่จะให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาแข่งขันได้สะดวก และเป็นการสนับสนุน ส่งเสริมเศรษฐกิจไทยด้วย

¹² ชัชวาล โดเหมื่อน. (2549). เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. วิทยานิพนธ์เศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 29.

3.1.2.2 มาตรการ ควบคุมการรวมธุรกิจ

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26¹³ ได้ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน โดยได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการควบคุมการรวมธุรกิจไว้ ดังนี้

1) การควบคุมการรวมธุรกิจ

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26 “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า” การห้ามผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจซึ่งอาจทำให้เกิดการผูกขาด หรือ ความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามมาตรา 26 นั้นกฎหมายก็ยังมิได้กำหนดนิยามหรือความหมายของการผูกขาด หรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันไว้แต่อย่างใด แต่จะมีเพียงการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ ในการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยกำหนดส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์ ของกิจการที่จะควบรวมธุรกิจ ถ้าการรวมธุรกิจใดมีส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์ เกินไปกว่าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ก็จะตกอยู่ภายในบังคับของมาตรา 26 หากประสงค์ที่จะทำการควบรวมธุรกิจนั้นจะต้องแจ้งขออนุญาตควบรวมต่อคณะกรรมการแข่งขัน

¹³ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 26 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

โดยการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามวรรคหนึ่ง ให้ระบุว่า ให้บังคับแก่การรวมธุรกิจที่มีผลให้มีส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุนจำนวนหุ้น หรือจำนวนสินทรัพย์ไม่น้อยกว่าจำนวนเท่าใด

การรวมธุรกิจ ตามวรรคหนึ่งให้หมายความถึง

1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริการรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่ และธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมด หรือบางส่วนของธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ

3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ

การขออนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจยื่นคำขอต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า มาตรา 35.

ทางการค้าเป็นผู้พิจารณาเสียก่อน เพื่อให้เวลา ในการวิเคราะห์ก่อนว่าการรวมธุรกิจตามความประสงค์ของผู้ประกอบการนั้นจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าอื่นๆ ไปในทางใด

การควบกิจการหรือการรวมธุรกิจนั้นไม่ได้ถูกห้ามมิให้กระทำโดยสิ้นเชิง หรือหากจะกระทำต้องขออนุญาตแต่อย่างใด แต่การควบรวมธุรกิจที่ถูกควบคุมนั้นจะต้องเป็นการควบรวมที่มีผลให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขัน ก็จะต้องห้ามมิให้มีการรวมธุรกิจนั้น หากฝ่าฝืนจึงถือว่าเป็นความผิดและจะต้องรับโทษทางอาญา ตามมาตรา 51¹⁴ แต่ทั้งนี้ในปัจจุบันคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ก็ยังมีได้มีประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่อง ส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์ที่จะนำมาพิจารณาในเรื่อง การรวมธุรกิจแต่อย่างใดในประเทศไทยจึงยังไม่ได้บังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ในส่วนของการรวมธุรกิจ จึงมีการรวมธุรกิจกันโดยอิสระในปัจจุบันนี้

2) รูปแบบการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้บังคับ

ทั้งนี้จากบทบัญญัติของมาตรา 26 ในถ้อยคำที่ว่า “การรวมธุรกิจตามวรรคหนึ่ง ให้หมายรวมถึง” นั้นเป็นถ้อยคำที่แสดงว่า รูปแบบของการรวมธุรกิจทุกรูปแบบที่อยู่ในบังคับของมาตรา 26 นี้ โดยที่ไม่กำหนดถึงรูปแบบการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่นไว้ นอกจากที่ปรากฏใน มาตรา 26 (1), (2) และ (3)

(1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริกรวมกับผู้บริกร อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลง หรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

ในกรณีนี้เป็นการบัญญัติถึงการรวมธุรกิจโดยวิธีการรวมกิจการ (Mergers) ซึ่งกำหนดครอบคลุมถึงการรวมกิจการในแบบที่กลืนเข้าไปที่ทำให้เหลือเพียงกิจการเดียว และการรวมกิจการแบบรวมเข้ากันที่ทำให้เกิดเป็นบริษัทขึ้นมาใหม่ และยังคงครอบคลุมไปถึงการรวมกิจการแบบแนวนอน การรวมกิจการแบบแนวตั้ง และการรวมกิจการแบบหลากหลายอีกด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่า มาตราการนี้สามารถบังคับใช้ได้กับการรวมกิจการในทุกวิธีการ และทุกลักษณะ

(2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบาย การบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ

ในกรณี การซื้อสินทรัพย์นี้ถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการครอบงำกิจการ (Acquisition) โดยเป็นการซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของกิจการอื่นเพื่อให้มีอำนาจในการเข้าควบคุมการบริหารจัดการในบริษัทอื่น โดยสินทรัพย์ที่ซื้อไปนั้นต้องเป็นสินทรัพย์ที่มี

¹⁴ สุธีร์ ศุภนิคย์. (2555). *หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 79.

ความสำคัญ และมีความจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของกิจการนั้น ซึ่งหากขาดสินทรัพย์ในส่วนนี้ไปแล้ว ก็จะทำให้ดำเนินกิจการต่อไปไม่ได้ จึงถือว่าเป็นการซื้อสินทรัพย์เพื่อเข้าครอบงำกิจการ

(3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการ

การซื้อหุ้นนี้ถือว่าเป็นการครอบงำกิจการ (Acquisition) ซึ่งการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการอื่นในจำนวนเท่าไรจึงจะถือว่ามีจำนวนมากเพียงพอจนมีอำนาจในการควบคุมการบริหารงานในกิจการนั้นได้ ซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี หากกิจการนั้นได้มีการกระจายหุ้นออกไปสู่ผู้ถือหุ้นรายย่อยเป็นจำนวนมากการมีหุ้นอยู่ไม่ถึงครึ่งของหุ้นทั้งหมดก็อาจเพียงพอสำหรับอำนาจในการควบคุมการบริหารงานได้แล้ว แต่ถ้ากิจการนั้นมีการถือหุ้นเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่เพียงไม่กี่ราย การที่จะมีอำนาจในการบริหารงานได้นั้น ก็อาจจำเป็นที่จะต้องถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง

รองศาสตราจารย์สุธีร์ สุภนิตย์ มีความเห็นว่า รูปแบบการหรือรวมธุรกิจนั้น ไม่น่าจะมีเท่าที่กฎหมายกำหนดเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำกฎหมายที่ว่า “การรวมธุรกิจตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึง” แสดงว่า การควบรวมกิจการหรือการรวมธุรกิจในกรณีอื่นอาจมีได้ เช่น การควบกิจการแบบหลากหลายก็อาจถูกควบคุมตามมาตรา 26 ก็ได้ หรือกิจการร่วมค้า (Joint venture) ที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ก็อาจจะถูกควบคุมโดยมาตรา 26 เช่นกัน¹⁵

ศักดา ธนิตกุล มีความเห็นว่า ถ้อยคำตามมาตรา 26 ที่ว่า “การรวมธุรกิจตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึง” นั้นเป็นถ้อยคำที่แสดงว่ารูปแบบของการรวมธุรกิจ ทุกรูปแบบ ตกอยู่ในบังคับของมาตรานี้แล้ว และในส่วนของถ้อยคำที่ว่า “เพื่อควบคุมนโยบายในการบริหารธุรกิจ การอำนวยการหรือการจัดการ” ที่ปรากฏในมาตรา 26 (2) และ (3) นั้นแสดงว่าการเข้าซื้อทรัพย์สินหรือการเข้าซื้อหุ้นที่ไม่มีเจตนาควบคุมนโยบายของผู้ประกอบธุรกิจอื่นหรือซื้อในปริมาณที่ไม่มากถึงขั้นที่เข้าไปควบคุมนโยบายของผู้ประกอบธุรกิจอื่นได้ ย่อมไม่ควรตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 26¹⁶

3) ข้อยกเว้นการห้ามควบรวมธุรกิจพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 26 ได้กำหนดข้อยกเว้นในการห้ามรวมธุรกิจไว้โดยมีความว่า “เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า” ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวแล้ว อาจทำให้เข้าใจได้ว่า แม้การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิด การผูกขาด หรือ ไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขัน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ก็มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอนุญาตให้เกิดการรวมธุรกิจนั้นได้ ซึ่งการวางหลักข้อยกเว้นไว้โดยกว้างเช่นนี้

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

¹⁶ ศักดา ธนิตกุล. อ้างแล้ว. หน้า 126.

โดยไม่ได้กำหนด หลักเกณฑ์ หรือรูปแบบในการยกเว้น ให้ชัดเจนเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าพิจารณาอนุญาตได้ตามข้อยกเว้นให้ควรรวมธุรกิจได้ ย่อมจะเกิดปัญหาการบังคับใช้มาตรา 26 ในอนาคตได้

4) การขออนุญาตรวมธุรกิจผู้ประกอบการที่ประสงค์จะดำเนินการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันอาจขออนุญาตรวมธุรกิจ “ต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขที่คณะกรรมการฯ กำหนดไว้”¹⁷ โดยในการพิจารณาคำขอดังกล่าวคณะกรรมการฯ จะพิจารณาถึงความจำเป็นตามสมควรในทางธุรกิจ เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม ถ้าคณะกรรมการพิจารณาแล้วพบว่าการรวมธุรกิจใดมีเหตุผลตามสมควรตามหลักเกณฑ์ข้างต้น คณะกรรมการฯ ก็จะอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจดังกล่าวได้¹⁸ ซึ่งคณะกรรมการฯ จะต้องทำการสอบสวนและพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำขอ¹⁹ แสดงให้เห็นว่า หลักการที่สำคัญในการพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับว่ามีเหตุผลความจำเป็นเพียงใดและที่สำคัญก็คือจะมีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจหรือไม่ ในการนี้ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ย่อมต้องมีความละเอียดรอบคอบ ทั้งนี้เพราะเหตุที่ว่า โดยหลักแล้ว การควรรวมกิจการหรือรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการผูกขาดจะกระทำไม่ได้ ดังนั้นหากจะอนุญาตให้ควรรวมได้นั้นจะต้องได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างแท้จริง ถ้าหากการควรรวมกิจการหรือการรวมธุรกิจนั้นไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจแต่ได้ทำไปเพื่อสร้างอำนาจตลาดผูกขาด ตลาดสินค้าหรือบริการนั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็ย่อมที่จะไม่อนุญาตให้ควรรวมแต่อย่างใด²⁰

ในการอนุญาตให้รวมธุรกิจตามคำขอของผู้ประกอบการนั้น คณะกรรมการฯ อาจกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใดๆ ให้ผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตนั้นปฏิบัติด้วยก็ได้ และเมื่อเห็นว่าภาวะเศรษฐกิจ ข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่คณะกรรมการฯ อาศัยเป็นหลักในการพิจารณาอนุญาตเปลี่ยนแปลงไปคณะกรรมการฯ จะแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกระยะเวลาหรือเงื่อนไขดังกล่าวในเวลาใดก็ได้ ซึ่งถ้าผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจได้นั้นฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขอบเขตระยะเวลา หรือเงื่อนไขใดๆ ที่คณะกรรมการฯ กำหนดไว้ในอนุญาตดังกล่าว คณะกรรมการฯ

¹⁷ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 35.

¹⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 37.

¹⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 36.

²⁰ สุธีร์ ศุภนิคย์. อ้างแล้ว. หน้า 80.

ก็มีอำนาจที่จะเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้ร่วมธุรกิจดังกล่าวได้ หากผู้ประกอบการซึ่งได้รับคำสั่งของคณะกรรมการและไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิอุทธรณ์ได้ ตามมาตรา 46

3.1.2.3 องค์การและขั้นตอนบังคับใช้กฎหมายบังคับใช้กฎหมาย

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีผลบังคับใช้ต่อธุรกิจหลายแขนง ไม่ว่าจะเป็นกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ รวมถึงกิจการอื่นที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวอาจเป็นผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย หรือผู้ซื้อหรือผู้ให้บริการ แต่กฎหมายนี้ไม่ให้ใช้บังคับกับการกระทำของ (1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือ ราชการส่วนท้องถิ่น (2) รัฐวิสาหกิจ (3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร (4) ธุรกิจที่ยกเว้นโดยกฎกระทรวง²¹

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้มีองค์กรบังคับใช้กฎหมายไว้ในมาตรา 6 ดังนี้²² “ให้มีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบริหารธุรกิจหรือการบริหารราชการแผ่นดิน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 8 คนแต่ไม่เกิน 12 คนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยต้องแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชน ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นกรรมการ และให้เลขาธิการเป็นกรรมการและเลขานุการ การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกอบไปด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ และให้มีปลัดกระทรวงการคลังและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบริหารธุรกิจหรือการบริหารราชการแผ่นดินมีจำนวน ไม่น้อยกว่าแปดคนแต่ไม่เกินสิบสองคนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยต้องแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชน ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นกรรมการ และให้เลขาธิการเป็นกรรมการและเลขานุการแต่ทั้งนี้ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งนั้น ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 7 ดังนี้ “ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการต้องไม่เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมือง กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมือง” เพื่อให้ได้

²¹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 4.

²² พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 6.

ผู้ทรงคุณวุฒิที่ปลอดจากการแทรกแซงทางการเมืองให้ได้มากที่สุด และให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้²³

- (1) เสนอแนะต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้
- (2) ประกาศกำหนดส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของธุรกิจใดที่ถือว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในเกณฑ์ดังกล่าวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด
- (3) พิจารณาเรื่องร้องเรียนตามมาตรา 18 (5)
- (4) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บหรือนำสินค้าไปเป็นตัวอย่างเพื่อตรวจสอบหรือตรวจวิเคราะห์ตามมาตรา 19 (3)
- (5) ออกประกาศกำหนดส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือจำนวนสินทรัพย์ตามมาตรา 26 วรรคสอง
- (6) สั่งการตามมาตรา 30 และมาตรา 31 ให้ผู้ประกอบการธุรกิจระงับ หยุด หรือ แก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำ
- (7) ออกประกาศกำหนดแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตกระทำการรวมธุรกิจ หรือร่วมกันลดหรือจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 35
- (8) พิจารณาคำขออนุญาตกระทำการรวมธุรกิจ หรือร่วมกันลดหรือจำกัดการแข่งขันที่ยื่นตามมาตรา 35
- (9) เชิญบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย คำแนะนำหรือความเห็น
- (10) สอดส่องและเร่งรัดคณะกรรมการสอบสวนในการสอบสวนการกระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้
- (11) กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการดำเนินงานของพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้
- (12) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ
- (13) พิจารณาคำวินิจฉัยตามผู้เสียหายร้องทุกข์ตามมาตรา 55

โดยให้คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระอยู่ในตำแหน่ง คราวละสองปีเมื่อครบกำหนดตามวาระดังกล่าว หากยังมีได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ ให้คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นตำแหน่งตามวาระนั้นอยู่ในตำแหน่งเพื่อดำเนินงานต่อไปจนกว่าคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่แต่งตั้งขึ้นมาใหม่เข้าไปรับหน้าที่ คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้ แต่จะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้²⁴

²³ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 8.

²⁴ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 19.

ให้จัดตั้งสำนักกรรมการแข่งขันทางการค้าขึ้นในกรมการค้าภายในกระทรวงพาณิชย์ โดยมีอธิบดีกรมการค้าภายในเป็นเลขาธิการเป็นผู้บังคับบัญชาและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของสำนักงานและมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้²⁵

- (1) ดำเนินงานธุรการของคณะกรรมการ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และคณะอนุกรรมการซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้ง
- (2) กำหนดระเบียบเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานของสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า
- (3) ติดตามความเคลื่อนไหวและสอดส่องพฤติการณ์ของผู้ประกอบธุรกิจแล้วรายงานต่อคณะกรรมการ
- (4) ศึกษา วิเคราะห์ วิจัยเกี่ยวกับสินค้า การบริการ และพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจ รวมทั้งเสนอแนะแนวทางและให้ความเห็นในการป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาด การรวมธุรกิจ การลดและการจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจต่อคณะกรรมการ
- (5) รับเรื่องร้องเรียนที่บุคคลใดอ้างว่าได้มีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้และพิจารณากลับกรองเพื่อนำเสนอคณะกรรมการพิจารณา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา
- (6) ประสานกับส่วนราชการหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้
- (7) ปฏิบัติการตามประกาศ ระเบียบ และมติของคณะกรรมการ และปฏิบัติการตามที่คณะกรรมการ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือคณะอนุกรรมการซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งมอบหมาย

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้จัดตั้งองค์กรผู้มีอำนาจบังคับใช้จากรูปแบบการจัดตั้งองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมาย คือคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า โดยขึ้นตรงต่อกระทรวงพาณิชย์ ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง นั้นจะต้องรับคำสั่งและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาจากฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล จากรูปแบบการจัดตั้งองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า แสดงให้เห็นว่า ไม่ได้เป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางจากอำนาจทางการเมืองมิได้เป็นองค์กรอิสระ²⁶ ซึ่งอาจเป็นประเด็นข้อถกเถียงขึ้นได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายนั้นจะบังคับใช้ได้ว่าเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพหรือไม่ หากกลุ่มธุรกิจต่างๆ สามารถเข้าไปครอบงำอำนาจทางการเมืองได้

²⁵ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 18.

²⁶ ยุทธภูมิ พัฒนารักษ์. (2555). ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 96.

คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์²⁷ โดยกฎหมายได้กำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจหน้าที่ ดังนี้²⁸

- 1) กำหนดเกณฑ์และวิธีการอุทธรณ์
- 2) พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา 31 หรือมาตรา 37
- 3) มีหนังสือเรียกบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหรือพยานหลักฐานเพื่อประกอบพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์
- 4) มีคำสั่งทุเลาการปฏิบัติการตามคำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา 31 หรือมาตรา 37 นอกจากนี้ ให้หลักเกณฑ์และวิธีอุทธรณ์เป็นไปตามที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ แล้วแจ้งคำวินิจฉัยเป็นหนังสือไปยังผู้ยื่นอุทธรณ์ โดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์การวินิจฉัยเป็นประการใดให้คณะกรรมการและผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติตามนั้น

ซึ่งในปัจจุบันคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยังมีได้มีกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการอุทธรณ์ และยังไม่เคยมีเรื่องร้องเรียนที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าตัดสินและถูกอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และในปัจจุบันคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็ยังไม่เคยใช้อำนาจตามมาตรา 31 สั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำ ระงับหยุด ดั้งนั้น คำสั่งตามมาตรา 31 ก็ยังมีได้เคยถูกอุทธรณ์เช่นกัน และทั้งนี้ในการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว นั้น ก็ยังอยู่ภายใต้อำนาจของหน่วยงานเพียงหน่วยงานเดียวเท่านั้น ในกรณีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นผู้เขียนเห็นว่าควร ใช้อำนาจทางศาลในการพิจารณาอุทธรณ์จะเป็นธรรม มีการคานอำนาจและสามารถตรวจสอบได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้นำประเด็นการอุทธรณ์นี้ไปวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศในบทต่อไป

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีการแบ่งการบังคับใช้กฎหมายออกเป็นสองทางกล่าวคือ การบังคับใช้กฎหมายโดยภาครัฐ (Public enforcement) และการบังคับใช้กฎหมายโดยภาคเอกชน (Private enforcement)

1) การบังคับใช้กฎหมายโดยภาครัฐ (Public enforcement) ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้กำหนดไว้ว่า รัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542²⁹ เว้นแต่ในส่วนที่เป็นกิจการทางการเงิน

²⁷ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 42.

²⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 43.

²⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 5.

ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการร่วมกัน และมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่กับออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัติและออกประกาศตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ และในการบังคับใช้กฎหมายให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการซึ่งมีความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องการป้องกันการผูกขาดทางการค้า และปลอดจากการแทรกแซงทางการเมืองให้มากที่สุดคณะกรรมการชุดนี้มีชื่อว่า “คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า” ซึ่งจะมีอำนาจในการสืบสวนและสอบสวนการกระทำที่เป็น การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ด้วยตัวเองตามมาตรา 14 โดยไม่ต้องพึ่งองค์กรอื่น³⁰ เช่น ตำรวจ ซึ่งเมื่อพบว่าได้มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแห่งกฎหมายแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้น ระงับ หยุด หรือ แก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวได้ตามมาตรา 31 แต่การออกคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ผู้ประกอบการนั้นได้มีโอกาสชี้แจงและแสดงหลักฐานประกอบคำชี้แจงเสียก่อนตามมาตรา 32 เพื่อให้การดำเนินการออกคำสั่งเป็นไปอย่างโปร่งใสมีขั้นตอนในการดำเนินงานและหากผู้ประกอบการรายใดไม่พอใจต่อคำสั่งดังกล่าว ก็สามารถอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการอุทธรณ์เพื่อชี้แจงอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายในส่วนนี้เป็นการดำเนินการทาง กระบวนการปกครอง (Administrative Process)³¹

2) การบังคับใช้กฎหมายโดยภาคเอกชน (Private Enforcement) เป็นการให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ในเบื้องต้น เอกชนสามารถบังคับใช้กฎหมายโดยการร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายว่าได้มีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อให้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ต่อไปหรือให้ผู้เสียหายที่ได้รับผลมาจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนได้โดยตรงตามมาตรา 40 มาตรการนี้ถือได้ว่าเป็นมาตรการใหม่ที่ ได้รับรองสิทธิการฟ้องร้องคดีเรียกค่าเสียหายไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าโดยตรง โดยไม่พึ่งกฎหมายอื่นแต่อย่างใดการเปิดโอกาสเช่นนี้ทำให้เอกชนเข้ามาเป็นส่วนร่วมในการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ³² การควมรวมกิจการของประเทศไทยตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นการกระทำที่มีลักษณะการควมรวมธุรกิจ (Merger and Acquisition) และการตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน (Collusive Practice)

³⁰ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 14.

³¹ สุธีร์ ศุภนิคย์. อ้างแล้ว. หน้า 16.

³² สุธีร์ ศุภนิคย์. อ้างแล้ว. หน้า 18.

3.1.2.4 กรณีศึกษา

เนื่องจากในปัจจุบันคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่ได้ประกาศเกณฑ์การรวมธุรกิจว่าการรวมธุรกิจในลักษณะใดอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ดังนั้นผู้ประกอบการจึงมีเสรีภาพที่จะรวมธุรกิจในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันก็ได้จนกว่าจะมีเกณฑ์ดังกล่าวออกมาใช้บังคับ

1) การควบรวมระหว่างเมเจอร์กับอีจีวี

การรวมธุรกิจระหว่าง บริษัท เมเจอร์ซีเนิเพล็กซ์ จำกัด (มหาชน) กับ บริษัท อีจีวี (มหาชน) เกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2548 ด้วยวิธีการแลกหุ้นโดยมีสาระสำคัญ ดังนี้³³

อุตสาหกรรมภาพยนตร์นั้นได้แบ่งเป็น 3 ตลาด คือ ตลาดผู้ผลิต (Producer market) ตลาดผู้จำหน่าย (Distributor market) และตลาดโรงภาพยนตร์ (Exhibitor market)

ตลาดผู้ผลิต (Producer market) คือ กลุ่มผู้สร้างภาพยนตร์เพื่อส่งเข้าฉายในโรงภาพยนตร์ต่างๆ เช่น 20th Century Fox, Warner Brothers, Columbia Tristar Beuna Vista หรือในประเทศเช่น RS Films, Grammy และสหมงคลฟิล์ม ที่เป็นผู้ภาพยนตร์ของไทย เป็นต้น

ตลาดผู้จำหน่าย (Distributor market) คือ กลุ่มผู้จัดจำหน่ายได้เป็น 2 กลุ่ม คือ ผู้ประกอบการที่เป็นตัวแทนหรือสาขาของบริษัทผู้จัดจำหน่ายภาพยนตร์ในต่างประเทศที่นำเข้าฟิล์มภาพยนตร์จากบริษัทแม่ในต่างประเทศมาให้กลุ่มผู้ประกอบการโรงภาพยนตร์เช่าเพื่อฉาย เมื่อเสร็จสิ้นการฉายแล้วต้องนำฟิล์มส่งคืนแก่บริษัทแม่ ผู้ประกอบการเหล่านี้ได้แก่ กลุ่ม Fox & Warner กลุ่ม CTBV และกลุ่ม UIP อีกกลุ่มหนึ่ง คือ ผู้ประกอบการที่เป็นตัวแทนจำหน่ายอิสระเป็นผู้จัดหาภาพยนตร์ทั้งในและต่างประเทศในลักษณะการซื้อลิขสิทธิ์ภาพยนตร์จากบริษัทผู้ผลิตหรือผู้สร้างภาพยนตร์จากตัวแทน ซึ่งมักจะเป็นผู้ประกอบการที่มีความเกี่ยวข้องกันกับกลุ่มผู้ประกอบการโรงภาพยนตร์ในลักษณะของการถือหุ้นไขว้กัน

ตลาดโรงภาพยนตร์ (Exhibitor market) ซึ่งเป็นตลาดสำคัญของกรณีศึกษานี้ถือเป็นขั้นตอนสุดท้ายของอุตสาหกรรมภาพยนตร์ (Downstream) กล่าวคือ เป็นแหล่งเก็บรายได้จากผู้บริโภคซึ่งรูปแบบของโรงภาพยนตร์สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

(1) โรงภาพยนตร์เดี่ยว (Stand alone) ที่เป็นโรงภาพยนตร์ในยุคแรกมีขนาดใหญ่สามารถจุผู้ชมได้ประมาณ 250-1,000 ที่นั่ง เป็นอาคารโรงภาพยนตร์เฉพาะที่แยกจากออกจากสถานที่อื่น โดยปัจจุบันไม่ได้รับความนิยมและปิดตัวลงไปเป็นจำนวนมาก

(2) มินิเธียเตอร์ (Mini-theater) เป็นการรวมโรงภาพยนตร์ขนาดเล็กจำนวน 4-6 โรง ไว้ในห้างสรรพสินค้าแห่งเดียวกัน ซึ่งได้รับความนิยมตั้งแต่ปี 2533 เป็นต้นมา ตามการ

³³ สักดา ธนิตกุล. อ้างแล้ว. หน้า 395-397.

เติบโตของห้างสรรพสินค้า แต่เมื่อมีการขยายตัวของโรงภาพยนตร์แบบมัลติเพล็กซ์ในปี 2537 ความนิยมโรงภาพยนตร์แบบมินิเธียเตอร์ก็ลดน้อยลงตามลำดับ

(3) โรงภาพยนตร์แบบมัลติเพล็กซ์ (Multiplex) เป็นโรงภาพยนตร์ได้รับความนิยมมากที่สุดในปัจจุบัน เนื่องจากมีเทคโนโลยีที่ทันสมัย บรรยากาศดี และรวมตัวกันอยู่จำนวน 10-14 โรงในที่เดียวกัน มีภาพยนตร์ให้เลือกหลายเรื่องและหลายรอบ โรงภาพยนตร์อิจิวิได้เป็นผู้ริเริ่มดำเนินธุรกิจโรงภาพยนตร์แบบมัลติเพล็กซ์นี้เป็นรายแรก ซึ่งมีผู้ประกอบการโรงภาพยนตร์ประเภทนี้ อยู่ 3 รายหลัก ได้แก่

(3.1) โรงภาพยนตร์เมเจอร์ซีเนเพล็กซ์ โดยบริษัทเมเจอร์ซีเนเพล็กซ์กรุ๊ป จำกัด (มหาชน)

(3.2) โรงภาพยนตร์อิจิวิ โดยบริษัทอิจิวิเอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด (มหาชน)

(3.3) โรงภาพยนตร์เอสเอฟซีเนม่า โดยบริษัทเอสเอฟซีเนม่าซีดี จำกัด

ต่อมา บริษัทเมเจอร์ซีเนเพล็กซ์กรุ๊ป จำกัด (มหาชน) (“เมเจอร์ฯ”) ได้ประกาศแผนการรวมธุรกิจกับบริษัทอิจิวิเอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด (มหาชน) (“อิจิวิฯ”) เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2547 โดยการแลกหุ้น (Share Swap) คือ ภายหลังจากที่ได้รับมติเห็นชอบจากคณะกรรมการให้รวมธุรกิจของทั้งสองบริษัทแล้ว ทั้งเมเจอร์ฯ และอิจิวิฯ ออกหุ้นเพิ่มทุนในแต่ละบริษัท โดยกำหนดมูลค่าหุ้นของทั้งสองบริษัทเพื่อกำหนดจำนวนหุ้น ราคา และอัตราส่วนการแลกหุ้น (Ratio) ดังนี้

- จำนวนหุ้น ได้แก่ หุ้นสามัญจำนวน 260,000,000 หุ้น และใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นสามัญจำนวน 65,000,000 หน่วย

- ราคาและสัดส่วน คือ 1 หุ้นสามัญเพิ่มทุนของเมเจอร์ฯ ต่อ 2.27426 หุ้นสามัญเพิ่มทุนของอิจิวิฯ และ 1 หุ้นสามัญเพิ่มทุนของเมเจอร์ฯ ต่อ 11.44905 หน่วยของใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นสามัญของอิจิวิฯ

หลังจากนั้น ทั้งเมเจอร์ฯ และอิจิวิฯ ได้ขอมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่ออนุมัติการแลกหุ้นดังกล่าว เมื่อได้มติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว จึงแจ้งตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเพื่อรับทราบการรวมธุรกิจ โดยเมเจอร์ฯ ได้ทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์ทั้งหมดของอิจิวิฯ พร้อมทั้งแจ้งการเปลี่ยนแปลงการถือหุ้นต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ และแจ้งเพิกถอนหลักทรัพย์ (Delisted) ของอิจิวิฯ ออกจากการซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ทำให้คงเหลือหุ้นของเมเจอร์ฯ เพียงบริษัทเดียวที่ซื้อขายอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งกระบวนการทั้งหมดนี้ใช้เวลาประมาณ

3-4 เดือน³⁴ โดยไม่ได้จัดตั้ง Holding Company ขึ้นใหม่แต่บริษัทเมเจอร์ซีนิเพล็กซ์ กรุ๊ป จำกัด (มหาชน) เปลี่ยนการประกอบธุรกิจเป็น Holding Company³⁵ ด้วยการถอนบริษัทอีจิวีเอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด (มหาชน) ออกจากตลาดหลักทรัพย์และมีผลให้อีจิวีกลายเป็นบริษัทย่อยของเมเจอร์ฯ 100%³⁶

โครงสร้างตลาดก่อนและหลังการรวมธุรกิจ ก่อนการรวมธุรกิจ ลักษณะโครงสร้างตลาดโรงภาพยนตร์ (Exhibitor market) เป็นตลาดผู้ขายน้อยราย (Oligopoly) โดยมีผู้ประกอบการโรงภาพยนตร์รายใหญ่ในตลาดอยู่ 3 ราย ได้แก่ เมเจอร์ฯ อีจิวีฯ และเอสเอฟ แต่ภายหลังรวมธุรกิจลักษณะโครงสร้างตลาดเปลี่ยนแปลงเป็นตลาดผูกขาด (Monopoly) ที่เมเจอร์ฯ และอีจิวีฯ เป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาด และมีผู้ประกอบการรายย่อยอื่นในจำนวนน้อยและมีส่วนแบ่งตลาดที่น้อยมาก³⁷

ผลจากการควบรวมในครั้งนี้ทำให้กลุ่มเมเจอร์ซีนิเพล็กซ์ มีจำนวนโรงภาพยนตร์ในเครือ รวมถึง 30 สาขา 258 โรง และรวมจำนวนที่นั่งได้สูงสุด 59,500 ที่นั่ง จำนวนมากเป็นอันดับที่หนึ่ง ซึ่งมากกว่าอันดับที่ 2 ที่มีเพียง 9 สาขา รวม 75 โรงจำนวนที่นั่งสูงสุด 20,000 ที่นั่งถึง 21 สาขา 183 โรง และ 39,500 ที่นั่ง ซึ่งเป็นผลให้กลุ่มเมเจอร์ซีนิเพล็กซ์ ครอบครองปัจจัยที่สามารถเพิ่มอำนาจการต่อรองกับผู้ประกอบการจัดจำหน่ายภาพยนตร์ได้มากขึ้น³⁸

ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ภายหลังจากการควบรวมกิจการของบริษัททั้งสอง ได้มีผลกระทบต่อตลาด ดังนี้

³⁴ ชลาลัย บุญเปี่ยม. (2549). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 204.

³⁵ บริษัทที่ทำธุรกิจของตนเองพร้อมกับดูแลบริษัทอื่นด้วยเรียกว่า บริษัทผู้ถือหุ้นแบบผสม (Mixed Holding Company or Holding-operating Company).

³⁶ ฝ่ายกำกับบริษัทจดทะเบียน ฝ่ายนโยบายกำกับตลาด ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. (2552). *คู่มือเบื้องต้น การปรับโครงสร้างของบริษัทจดทะเบียน*. กรุงเทพฯ: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. หน้า 14-15.

³⁷ ปัจจุบันบริษัทฯ ครอบส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 70 % ของอุตสาหกรรมโรงภาพยนตร์ในประเทศไทยเป็นผลมาจากการควบรวมกิจการกับ บมจ. อีจิวีเอ็นเตอร์เทนเมนท์ ในปี 2547 ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาด ณ ขณะนั้นอยู่ที่ประมาณ 23% ณ สิ้นปี 2557 บริษัทฯ มีแบรนด์ในเครือทั้งสิ้น 7 แบรนด์ดังนี้ ,เมเจอร์ซีนิเพล็กซ์ ,พาราไดซ์ซีนิเพล็กซ์, อีจิวีซีนิม่า, เมกาซีนิเพล็กซ์ ,พาราไดซ์ซีนิเพล็กซ์,หาดใหญ่ซีนิเพล็กซ์ , เอสพลานาดซีนิเพล็กซ์. โปรดดู บริษัท เมเจอร์ ซีนิเพล็กซ์กรุ๊ป จำกัด (มหาชน). (2559). *ธุรกิจโรงภาพยนตร์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://major-th.listed company.com/cinema_biz.html. [2559, 7 เมษายน].

³⁸ อุษา ไวยเจริญ. (2550). *การควบรวมกิจการในธุรกิจโรงภาพยนตร์*. คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 40.

(1) ราคาตัวชมภาพยนตร์ ก่อนการรวมธุรกิจราคาตัวชมภาพยนตร์ของบริษัท เมเจอร์และบริษัทอีจีวีจะมีราคาอยู่ที่ 100-120 บาทต่อที่นั่ง แต่ภายหลังการรวมธุรกิจแล้วราคาตัวเพิ่มขึ้นเป็น 120-140 บาท และนอกจากนี้ยังมีการเพิ่มราคาตัวขึ้นอีกเป็นเฉพาะรายการ เช่นกรณี ภาพยนตร์เรื่องใดมีความยาวมากกว่าปกติ ราคาตัวจะเพิ่มขึ้นประมาณ 20 บาทต่อที่นั่ง หรือกรณีที่ เป็นที่นั่งพิเศษ (ที่นั่ง VIP) หรือโรงภาพยนตร์ในห้างสรรพสินค้าหรือราคาตัวจะสูงขึ้นกว่าปกติ

(2) ความสามารถในการทำกำไรและคู่แข่งในตลาด เมื่อเมเจอร์ฯ และอีจีวีฯ รวมธุรกิจกันเท่ากับเป็นการเพิ่มสาขาของ โรงภาพยนตร์ในเครือให้มากขึ้นไปอีก เมื่อมีโรง ภาพยนตร์มากขึ้นจำนวนและประเภทของภาพยนตร์ที่เข้าฉายก็มีมากขึ้นและหลากหลายขึ้น ส่งผล ให้เจาะกลุ่มลูกค้าเป้าหมายได้หลายกลุ่มยิ่งขึ้นและฉายภาพยนตร์แต่ละเรื่องได้นานมากขึ้นและ เนื่องจากการมีสาขาอยู่ในแหล่งชุมชนหลายแห่งทำให้จำนวนลูกค้าที่เข้าไปใช้บริการก็มีมากขึ้น เป็นลำดับ

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากงบการเงินของเมเจอร์ฯ และอีจีวีฯ ก่อนและหลัง การรวมธุรกิจพบว่า ภายหลังการรวมธุรกิจในปี พ.ศ. 2548 รายได้จากธุรกิจหลักเพิ่มขึ้นจากปี พ.ศ. 2547 เกือบเท่าตัวในขณะที่ค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนจากธุรกิจหลักดังกล่าวในปี 2548 สูงกว่าปี 2547 เพียงเล็กน้อย³⁹

ในด้านของเอสเอฟ ซึ่งเป็นคู่แข่งอันดับสามในตลาด เนื่องจากในงบการเงิน ของเอสเอฟไม่ปรากฏงบการเงินรวมของกลุ่มบริษัทที่จะนำมาเปรียบเทียบบนพื้นฐานเดียวกันได้ อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาจากงบการเงินของบริษัทเอสเอฟซีนิมาซีที จำกัด พบว่ารายได้จากการ ดำเนินธุรกิจลดลงเล็กน้อยแต่ก็มีกำไรเพิ่มขึ้นเล็กน้อยเช่นกัน

(3) ความสามารถในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่น เนื่องจากธุรกิจ โรงภาพยนตร์เป็นธุรกิจที่ต้องใช้เงินลงทุนสูง มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานและโฆษณาจำนวนมาก อีกทั้งมีระยะเวลาคืนทุนยาวนาน เมื่อพิจารณาในด้านการกระจุกตัวของตลาดธุรกิจ โรงภาพยนตร์ที่มีผู้ประกอบการอยู่เพียงไม่กี่รายแล้ว ผู้ประกอบการรายอื่นอาจไม่ต้องการเข้าสู่ตลาดมาแข่งขันด้วย เนื่องจากไม่มีเงินทุนจำนวนมากเพียงพอที่จะใช้ลงทุนและดำเนินงาน อีกทั้งต้องใช้การสร้างแบรนด์ ให้ติดตลาดด้วย อันจะส่งผลกระทบต่อเป็นการลดการแข่งขันในตลาดซึ่งทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือก น้อยลงด้วย

วิเคราะห์และข้อสรุปเกี่ยวกับการรวมธุรกิจของ บริษัทเมเจอร์ฯ กับบริษัทอีจีวีฯ เกณฑ์เกี่ยวกับการควบรวมธุรกิจที่สำคัญ คือ เกณฑ์การควบรวมธุรกิจในแนวนอน (Guidelines for horizontal mergers) ของกรมการต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกา ซึ่งหน่วยงาน

³⁹ ชลาลัย บุญเปี่ยม. อ้างแล้ว. หน้า 209.

บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่นๆ ได้นำไปศึกษา และประยุกต์ใช้ให้เข้ากับบริษัทของประเทศตนเอง โดยเกณฑ์สำคัญที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการรวมธุรกิจหรือไม่ คือ เกณฑ์การวัดการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ ที่เรียกว่า ดัชนี HHI (the Herfindahl-Hirshman Index)⁴⁰ ภายหลังจากการรวมธุรกิจซึ่งสรุปได้ ดังนี้

- อนุญาตให้รวมธุรกิจได้ (No challenge) ดัชนี HHI ต่ำกว่า 1,000
- อาจจะไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจ (Possible challenge) ดัชนี HHI ระหว่าง 1,000-1,800
- ไม่อนุญาตก่อนข้างแน่นอน (Certain challenge) ดัชนี HHI สูงกว่า 1,800

และอัตราการเปลี่ยนแปลงของดัชนีอยู่ระหว่าง 50-100 จุด

ซึ่งในกรณีของการรวมธุรกิจระหว่างบริษัทเมเจอร์ๆ กับบริษัทอีจี้ๆ นั้น ดัชนี HHI สูงถึง 6,561 และอัตราการเปลี่ยนแปลงดัชนี HHI สูงขึ้นมากกว่าเดิมถึง 2,911 จุด $[(6,561 - (2,809 + 841)]$ ⁴¹ ซึ่งหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จะไม่อนุญาตให้มีการรวมธุรกิจ เพราะทำให้เกิดการกระจุกตัวของอุตสาหกรรมมากเกินไป ซึ่งจะนำไปสู่การขึ้นราคาสินค้าหรือบริการได้

2) การรวมธุรกิจโรงพยาบาลเอกชนของบริษัท กรุงเทพดุสิตเวชการจำกัด(มหาชน) (BGH) หรือกลุ่มโรงพยาบาลกรุงเทพ

สำหรับโครงสร้างตลาดของโรงพยาบาลเอกชนนั้นจากข้อมูลของกระทรวงสาธารณสุข ปี 2554 ประเทศไทยมีโรงพยาบาลเอกชนรวม 322 แห่ง ในจำนวนนี้เป็นกลุ่มโรงพยาบาลขนาดใหญ่ 4 กลุ่ม รวม 55 แห่ง มีส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 28 ได้แก่ กลุ่มโรงพยาบาลกรุงเทพ มี 27 แห่ง กลุ่มโรงพยาบาลธนบุรีมี 18 แห่ง กลุ่มโรงพยาบาลเกษมราษฎร์มี 6 แห่ง และกลุ่มโรงพยาบาลบางปะกอก มี 4 แห่งในปี 2552 ซึ่งบริษัท บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการ (BGH) หรือกลุ่มโรงพยาบาลกรุงเทพได้เข้าซื้อหุ้น บมจ. ประสิทธิ์พัฒนา (PYT- กลุ่มโรงพยาบาลพญาไท) คิดเป็นร้อยละ 19.47 ต่อมาในปี 2553 ก็ได้เข้าซื้อหุ้นของ บมจ. โรงพยาบาลกรุงธน (KDH) ร้อยละ 20.01 ปี 2554 บมจ. กรุงเทพดุสิตเวชการ ได้ควบรวมและรับโอนกิจการทั้งหมดของ บมจ.เฮลท์ เน็ตเวิร์ค ซึ่งเป็น Holding Company ที่ถือหุ้นใน บมจ. ประสิทธิ์พัฒนา และบริษัทที่ประกอบกิจการกลุ่มโรงพยาบาล

⁴⁰ ดัชนีเฮอร์ฟินดาห์ล-เฮิร์ชแมน Herfindahl – Hirschman (HHI) คือ การหาค่าการกระจุกตัวโดยรวม หาได้จาก การรวมค่ากำลังสองของสัดส่วนของส่วนแบ่งทางตลาดของผู้ผลิตทุกรายในตลาด โดยใช้สูตรในการคำนวณหาค่า ดัชนี.

⁴¹ ศักดา ธนิตกุล. อ่างแก้ว. หน้า 399.

เปาโล⁴² ทำให้ บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการมีโรงพยาบาลเพิ่มขึ้นอีก 8 แห่ง และในปี 2555 ก็ได้เข้าซื้อหุ้น บมจ. โรงพยาบาลบำรุงราษฎร์ เพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 23.88 โดยในปีเดียวกันนั้นเอง บมจ. โรงพยาบาล กรุงเทพอุดร (ซึ่งเป็นบริษัทย่อยของ บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการ ได้เข้าซื้อกิจการโรงพยาบาลอุดร ปัญญาเวชมาดำเนินการเองและเปลี่ยนชื่อเป็นโรงพยาบาลกรุงเทพอุดร ทำให้ในปัจจุบัน กลุ่ม โรงพยาบาลกรุงเทพมีเครือข่ายในประเทศไทย รวม 27 แห่ง โดยใช้ชื่อโรงพยาบาลกรุงเทพ 15 แห่ง โรงพยาบาลพญาไท 4 แห่ง) โรงพยาบาลสมิติเวช 3 แห่งและโรงพยาบาลบีเอ็นเอช 1 แห่ง คิดเป็นส่วนแบ่งตลาดรวมประมาณร้อยละ 15 ของโรงพยาบาลเอกชนทั้งหมด⁴³ ระหว่างเส้นทางการเติบโตกว่า 40 ปีของกลุ่ม บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการ ในช่วงทศวรรษหลังจะเห็นว่ามี การซื้อกิจการอย่างต่อเนื่อง หลายครั้ง โดยการเข้าซื้อกิจการ กลุ่ม รพ.สมิติเวช เมื่อปี 2547 และการควบรวมกับ รพ.พญาไท และเปาโล เมื่อ เมษายน ปี 2554 ต้องใช้เม็ดเงินสูงกว่า 1.2 หมื่นล้านบาท โดยหลังการควบรวมกิจการครั้งนั้น ทำให้มูลค่าหลักทรัพย์ตามราคาตลาด (Market Cap.) ของ บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการทะลุไปถึง 1.2-1.4 แสนล้านบาท ขณะที่ราคาหุ้น บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการก็โตถึงเกือบ 2 เท่า ซึ่งไม่เพียงเฉพาะ บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการยังมี รพ.ขนาดกลางอีกหลายแห่งที่ผลักดันการเติบโตด้วยยุทธศาสตร์ที่คล้าย บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการเช่น กลุ่ม รพ.รามคำแหง (RAM) ซึ่งจับคู่กับกลุ่ม รพ.วิภาวดี (VIBHA) ในลักษณะ “ร่วมทุน” ทางตรง และถือหุ้นแบบ “ไขว้” ของโรงพยาบาลในเครือ เป็นต้น⁴⁴

หลังใช้เวลาหลายปี ในการเข้าซื้อหุ้น โรงพยาบาลเอกชน จนกลายเป็น “เบอร์ 2” ในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก เป็นรองแค่กลุ่มไอเอชเอช (IHH) กลุ่มทุนมาเลย์-สิงคโปร์ ที่มีจำนวนเตียงกว่า 10,000 เตียง มากกว่าบมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการเท่าตัว การรวมกลุ่มยังสร้างอำนาจในการกำหนดตลาดอีกด้วย จึงเป็นเรื่องที่น่ากังวลว่า เมื่อ บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการสามารถรวบรวมเครือข่าย รพ. (ทั้ง รพ.ที่มีส่วนบริหารและ รพ.ที่แค่ถือหุ้น) ไว้ในมือได้เป็นจำนวนมาก ย่อมมีอำนาจในการกำหนดหรือ “ชี้นำ” อัตราค่าบริการของตลาดด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ บริษัทมหาชนจำกัด กรุงเทพดุสิตเวชการ (BGH) หรือกลุ่มโรงพยาบาลกรุงเทพยังมีการถือหุ้นในโรงพยาบาลเอกชนที่มีมาตรฐานและศักยภาพอีกหลายแห่ง เช่น โรงพยาบาลรามคำแหง 38% โรงพยาบาลกรุงธน 20% โรงพยาบาลเอกอุดร 28% ถึงแม้ในปัจจุบันการถือหุ้นดังกล่าวของบมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการจะยัง

⁴² เป็นการควบรวมแนวนอน (Horizontal Mergers) เพื่อเป็นการขยายฐานลูกค้าตั้งแต่ระดับกลาง – บน.

⁴³ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. (2557). *มองโลกแข่งขัน ฉบับที่ 13*. กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. หน้า 2-3.

⁴⁴ ผู้จัดการ360. (2558). *ทางเลือก + ทางรอด Medical Hub*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.gotomanager.com/content>. [2558, 19 สิงหาคม].

ไม่ได้มีส่วนร่วมในการบริหารในเวลานี้ แต่อาจมองได้ว่า จากสัดส่วนในการถือหุ้นนั้น BGH ก็สามารที่จะเข้าซื้อหุ้นเพิ่มอีกจำนวนไม่เท่าไรนัก ก็จะสามารถเข้าบริหารงานในโรงพยาบาลนั้นได้แล้ว ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจริงในอนาคต ย่อมทำให้การแข่งขันระหว่างธุรกิจ โรงพยาบาลลดน้อยลง ภายหลังจากการควบรวม บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการจะมีอำนาจตลาดสูงขึ้นและเมื่อมีอำนาจสูงจนถึงขั้นครอบครองตลาดนี้ได้ อาจใช้ความได้เปรียบกำหนดอัตราค่าบริการทางการแพทย์ ค่าเวชภัณฑ์ และค่าบริการในด้านอื่นเพิ่มขึ้นได้โดยง่าย ซึ่งผู้ใช้บริการอาจจะต้องรับภาระเพิ่มขึ้น แต่ถ้าหากมองทางด้านของการบริหารจัดการของโรงพยาบาลในอนาคตเพื่อรับการแข่งขันเมื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน (AEC) โรงพยาบาลเล็กๆ ไม่มีเครือข่ายจะอยู่ยาก เพราะมีต้นทุนบริหารสูง การควบรวมกิจการ จะส่ง ผลดีเพิ่มความแข็งแกร่งให้กับโรงพยาบาลขนาดเล็กและกลางมากขึ้น ทำให้การบริหารจัดการ ด้านต้นทุนต่ำลง เพิ่มอำนาจในการต่อรองกับกลุ่ม ซัพพลายเออร์ (Supplier) เช่น ยา เครื่องมือแพทย์ ทำให้ได้ราคา ที่ต่ำลงจากการสั่งซื้อจำนวนมาก นอกจากนั้น การควบรวมกิจการอาจให้ก่อเกิดการเรียนรู้เทคโนโลยีใหม่ๆ ในการรักษาด้วย ซึ่งหากพิจารณาหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ควบรวมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 การเข้าควบรวมธุรกิจของ บมจ.กรุงเทพดุสิตเวชการนั้นสอดคล้องอยู่กับบังคับของมาตรา 26 อยู่ที่ว่าจะมองไปที่ผลกระทบต่อการแข่งขันของตลาด หรือจะดูที่ประโยชน์ในการแข่งขันในภูมิภาคอาเซียน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า นั้นจำเป็นที่จะต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวังหากได้มีประกาศบังคับใช้แล้ว

3.1.3 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 (“พระราชบัญญัติ โทรคมนาคม”) มีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้เพื่อให้อำนาจคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ในการอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจ เป็นผู้ประกอบกิจการ โทรคมนาคม และกำกับดูแลการประกอบกิจการ โทรคมนาคมซึ่งเป็นองค์กร ของรัฐที่เป็นอิสระรายงานการปฏิบัติงานขึ้นตรงกับรัฐสภา⁴⁵ ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และ กิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2553 อันเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นให้เป็นไปตามมาตรา 47 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติว่า “คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุ โทรทัศน์ และ โทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ ให้มีองค์กรของรัฐ

⁴⁵ สำนักงาน กสทช. (2557). *โครงสร้างการแบ่งส่วนงานภายในสำนักงาน กสทช.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www2.nbtc.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=386&Itemid=72. [2558, 4 กันยายน].

ที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

กสทช. มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน โดยมีสำนักงาน กสทช. เป็นหน่วยงานธุรการ ซึ่งได้รับโอนบรรดากิจการ ทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หนี้ พนักงานและลูกจ้างและเงินงบประมาณมาจากสำนักงาน กทช. ตั้งแต่วันที่ 20 ธันวาคม 2553 เป็นต้นมา และในระหว่างที่การแต่งตั้ง กสทช. ยังไม่แล้วเสร็จ กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กทช. ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ กสทช. ไปพลางก่อนตามบทเฉพาะกาล อย่างไรก็ตาม เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2554 ที่ผ่านมามีประเทศไทยก็ได้มี คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. จำนวน 11 ท่าน อันประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจากสาขาต่างๆ ที่ผ่านการสรรหาและคัดเลือกอย่างเข้มข้น ก่อนที่วุฒิสภามีมติเลือกภายในกรอบเวลาที่กฎหมายกำหนด จนได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เข้ามาดำรงตำแหน่ง กสทช. เพื่อมีอำนาจในการกำกับดูแลกิจการสื่อสารของประเทศอย่างเต็มรูปแบบได้ในที่สุด⁴⁶ จึงกล่าวได้ว่า ในวันนี้คลื่นความถี่และการประกอบกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยได้เข้าสู่การกำกับดูแลโดย กสทช. อันนำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนโดยก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) มีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐ ซึ่งไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ เป็นนิติบุคคล บริหารงานภายใต้ระเบียบหรือประกาศของ สำนักงาน กสทช. โดยกิจการของสำนักงาน กสทช. ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง แรงงานกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคมและกฎหมายว่าด้วยเงิน ทดแทน ซึ่งรายได้ของสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) มาจากรายได้หรือผลประโยชน์อันได้มาจากการดำเนินงานตามอำนาจหน้าที่ของ กสทช. และสำนักงาน กสทช. รวมทั้งเงินอุดหนุนทั่วไปจากรัฐบาล รายได้ที่เหลือจากค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน ค่าภาระ และเงินที่จัดสรรให้กองทุนต่างๆ จะนำส่งเป็น รายได้ของรัฐ และสำนักงาน กสทช. มีระบบการบัญชีตามหลักสากล มีการตรวจสอบภายในเกี่ยวกับ การเงิน การบัญชี และการพัสดุเป็นประจำ และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้สอบบัญชีของสำนักงาน กสทช.

⁴⁶ สำนักงาน กสทช. (2557). *โครงสร้างการแบ่งส่วนงานภายในสำนักงาน กสทช.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www2.nbtc.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=386&Itemid=72. [2558, 4 กันยายน].

3.1.3.1 นิยามของการควบรวมกิจการ

คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และโทรคมนาคมแห่งชาติ ได้มีประกาศเรื่อง กำหนดลักษณะและมาตรการกำกับดูแลและการควบรวมกิจการ การถือหุ้นไขว้ และการครอบงำกิจการการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2558 ได้ให้นิยามของการควบรวมกิจการ การถือหุ้นไขว้ และการครอบงำกิจการ และตลาดที่เกี่ยวข้องไว้ ดังนี้

“การควบรวมกิจการ” หมายความว่า การที่นิติบุคคลหนึ่งร่วมกับนิติบุคคลรายอื่น อันส่งผลให้สถานการณ์เป็นนิติบุคคลของรายหนึ่งคงอยู่และอีกรายหนึ่งสิ้นสุดลง หรือเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่ หรือการที่ นิติบุคคลหนึ่งทำการซื้อหรือขายสินทรัพย์หรือหุ้นของนิติบุคคลรายอื่น เพื่อควบคุมนโยบายหรือการบริหาร จัดการตามเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศนี้ ทั้งนี้ การควบรวมกิจการของผู้รับใบอนุญาตตามประกาศนี้ รวมถึงการควบรวมกิจการ โดยผู้มีอำนาจควบคุม บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย หรือบริษัทร่วมของผู้รับใบอนุญาต

“การครอบงำกิจการ” หมายความว่า การมีอำนาจควบคุมหรือมีอิทธิพลต่อกิจการของผู้รับ ใบอนุญาตในการกำหนดนโยบายสำคัญหรือการบริหารงานของผู้รับใบอนุญาตในการประกอบกิจการ กระจายเสียงหรือกิจการ โทรทัศน์ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม

“การถือหุ้นไขว้” หมายความว่า การถือหุ้นซึ่งกันและกันตั้งแต่สองรายขึ้นไประหว่างผู้รับใบอนุญาต ผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม หรือบริษัทใหญ่ของผู้รับใบอนุญาต หรือของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น โดยการถือหุ้นไขว้นี้ก่อให้เกิดอำนาจควบคุมกิจการเหนือผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อมผ่านการถือหุ้นนิติบุคคลอื่นเป็นทอดๆ จนถึงนิติบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้น ในผู้รับใบอนุญาต

“ตลาดที่เกี่ยวข้อง” หมายความว่า ตลาดที่เกี่ยวข้องตามความในประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยนิยามของตลาด และขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในกิจการกระจายเสียงและกิจการ โทรทัศน์ และหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนด ผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญ หรือตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร⁴⁷

3.1.3.2 มาตรการกำกับดูแลการควบรวมกิจการ และ การถือหุ้นไขว้

1) ในกรณีที่ เป็นลักษณะของการควบรวม ผู้รับ ใบอนุญาตที่ประสงค์จะดำเนินการควบรวมกิจการกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ต้องยื่นคำขออนุญาตควบรวมกิจการต่อสำนักงานล่วงหน้าไม่น้อยกว่าหกสิบวันก่อนดำเนินการในกรณี ดังต่อไปนี้

⁴⁷ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนด และลักษณะมาตรการกำกับดูแลการควบรวมกิจการกระจายเสียงและกิจการ โทรทัศน์ (2558). ข้อ 1.

(1) การควรวรรวมกิจการในลักษณะที่ผู้รับใบอนุญาตรวมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น อันส่งผลให้สถานการณ์เป็นนิติบุคคลของผู้รับใบอนุญาตรายหนึ่งคงอยู่และผู้รับใบอนุญาตอีกรายหนึ่ง สิ้นสุดลง หรือก่อให้เกิดนิติบุคคลใหม่ขึ้นตามกฎหมาย หรือ

(2) การทำสัญญาซื้อขายสินทรัพย์ ในกรณีที่มีการควรวรรวมกิจการ โดยผู้รับใบอนุญาต เข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนเกินกว่าร้อยละ 25 ของสินทรัพย์ทั้งหมดของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น หรือ

(3) การทำสัญญาซื้อขายหุ้น ในกรณีที่มีการควรวรรวมกิจการ โดยผู้รับใบอนุญาต เข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของจำนวนหุ้นทั้งหมดของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเพื่อเข้าควบคุม นโยบาย การบริหารกิจการหรือการบริหารธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(3.1) การเข้าซื้อโดยตรง ซึ่งเป็นการเข้าถือครองหุ้นของผู้รับใบอนุญาต รายอื่น อย่างน้อยร้อยละ 25 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดซึ่งให้นับรวมจำนวนหุ้นที่ถือ โดยผู้ที่เกี่ยวข้อง

(3.2) การเข้าไปถือครองหุ้น โดยทางอ้อมผ่านนิติบุคคลอื่นที่ถูกถือหุ้นกัน เป็นทอดๆ โดยการถือหุ้นในแต่ละทอดเกินกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดของนิติบุคคล ที่ถูกถือหุ้นในทอดนั้นๆ การถือหุ้นดังกล่าวให้นับรวมจำนวนหุ้นที่ถือ โดยผู้ที่เกี่ยวข้อง

(3.3) การเข้าควบคุมกิจการ โดยผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของ ผู้รับใบอนุญาตเข้าถือครองหุ้นไม่ถึงร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมด แต่ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจ ควบคุมของผู้รับใบอนุญาตมีอำนาจควบคุมโดยตรงหรือผ่านการถือหุ้นนิติบุคคลอื่นเป็นทอด

เว้นแต่ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตสามารถแสดงได้ว่าภายหลังการควรวรรวมกิจการ สินทรัพย์ของผู้รับใบอนุญาตจะไม่เกิน 800 ล้านบาท หรือจะได้รับสินทรัพย์จากผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ที่มีมูลค่า ไม่เกิน 50 ล้านบาท หรือรายได้ต่อปีของผู้รับใบอนุญาตจะไม่เกิน 120 ล้านบาท โดยผู้รับ ใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องจัดทำรายงานแจ้งต่อสำนักงาน พร้อมเหตุผลประกอบก่อนการดำเนินการ ตามที่กล่าวมาข้างต้น โดยการขออนุญาตควรวรรวมกิจการของผู้รับใบอนุญาตตามประกาศนี้รวมถึง กรณีการควรวรรวมกิจการ โดยผู้มีอำนาจควบคุมบริษัทใหญ่ บริษัทย่อย หรือบริษัทร่วมของผู้รับ ใบอนุญาตนั้นด้วย⁴⁸

⁴⁸ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนด และลักษณะมาตรการกำกับดูแลการควบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (2558). ข้อ 2.

2) ในกรณีที่เป็นลักษณะของการถือหุ้นไขว้ ผู้รับใบอนุญาตที่ประสงค์จะเข้าไปถือหุ้นในอีกนิติบุคคลหนึ่งในลักษณะของการถือหุ้นไขว้ ต้องยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงานล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 60 วันก่อนดำเนินการ⁴⁹

3.1.3.3 หลักเกณฑ์ในการแจ้งการควบรวม

1) ผู้รับใบอนุญาตที่ยื่นคำขอตกลงว่าต้องทำรายงานผลการวิเคราะห์การควบรวมกิจการ หรือการถือหุ้นไขว้ ภายใต้แนวทางการวิเคราะห์อย่างน้อย ดังต่อไปนี้

(1) การวิเคราะห์โครงสร้างผู้ถือหุ้นและสิทธิออกเสียงของผู้รับใบอนุญาตทั้งก่อนและหลังการควบรวมกิจการหรือการถือหุ้นไขว้แล้วแต่กรณี

(2) การวิเคราะห์ตลาดที่เกี่ยวข้อง

(3) การวิเคราะห์ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งกันในตลาดที่เกี่ยวข้อง

(4) การวิเคราะห์ผลกระทบในแนวนอนและแนวตั้งที่เกิดขึ้นจากการควบรวมกิจการ หรือผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการถือหุ้นไขว้แล้วแต่กรณี

(5) การวิเคราะห์อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดที่เกี่ยวข้องหลังจากการควบรวมกิจการหรือการถือหุ้นไขว้

(6) การประเมินประสิทธิภาพของตลาดที่เกี่ยวข้องภายหลังจากการควบรวมกิจการหรือการถือหุ้นไขว้⁵⁰

หลังจากสำนักงานได้รับคำขออนุญาตควบรวมกิจการ หรือถือหุ้นไขว้ พร้อมเอกสารหลักฐานประกอบคำขออนุญาตและรายงานผลการวิเคราะห์ตามที่กล่าวมาข้างต้น ครบถ้วนเป็นที่พอใจแล้ว ให้สำนักงานพิจารณาคำขอและจัดทำความเห็นประกอบคำขออนุญาตเสนอต่อคณะกรรมการ เพื่อพิจารณาภายในสามสิบวัน ทั้งนี้ สำนักงานอาจขอคำปรึกษาหรือความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญหรือ คณะอนุกรรมการซึ่งได้รับการแต่งตั้งตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ ว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาและกำหนดมาตรการเฉพาะเพื่อแก้ไข ผลที่เกิดจากพฤติกรรมอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการกระจายเสียง และกิจการ โทรทัศน์

⁴⁹ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนด และลักษณะมาตรการกำกับดูแลการควบกิจการกระจายเสียงและกิจการ โทรทัศน์ (2558). ข้อ 3.

⁵⁰ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนด และลักษณะมาตรการกำกับดูแลการควบกิจการกระจายเสียงและกิจการ โทรทัศน์ (2558). ข้อ 5.

ในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้สำนักงานจัดทำคำขอขยาย ระยะเวลาในการดำเนินการต่อคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ทั้งนี้ การขอขยาย ระยะเวลาให้กระทำได้ไม่เกินสองครั้ง ครั้งละไม่เกินสิบห้าวัน

หากคณะกรรมการพิจารณาเห็นว่าการรวบรวมกิจการของผู้รับใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำหรือมีพฤติกรรมอันเป็นการผูกขาดหรือลดหรือจำกัดการแข่งขัน หรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ในการแข่งขันในการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ คณะกรรมการอาจมีคำสั่งไม่อนุญาต ให้ดำเนินการ หรืออนุญาตให้ดำเนินการ โดยกำหนดมาตรการเฉพาะตามความเหมาะสมแล้วแต่กรณี⁵¹

2) ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอนุญาตให้รวบรวมกิจการ ผู้รับใบอนุญาตต้องจัดทำ รายงานเสนอต่อสำนักงานทุกหกเดือน เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสองปี โดยรายงานประกอบด้วย

(1) การวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงในระดับการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง ส่วนแบ่งตลาดของผู้รับใบอนุญาตแต่ละราย และการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่

(2) การวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงของผลประกอบการทางการเงิน โครงสร้างการถือหุ้น รายชื่อผู้ถือหุ้น และรายชื่อกรรมการผู้มีสิทธิออกเสียง

(3) ข้อมูลอื่นๆ ตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร⁵²

จากการศึกษาตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) ทำให้เห็นได้ว่าอาจจะนำเนื้อหาบางส่วนไปปรับใช้เพื่อเป็นประโยชน์กับประกาศของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้มีประสิทธิภาพ โดยผู้เขียนจะได้นำส่วนของการให้นิยาม “การรวบรวมกิจการ” “การครอบงำกิจการ” “การถือหุ้นไขว้” นำมาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

3.1.4 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ซึ่งได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน แต่การจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดก็ยังไม่แพร่หลายเท่าที่ควร เนื่องจากมีบทบัญญัติบางมาตราไม่เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจการค้าและอุตสาหกรรมในรูปบริษัทมหาชนจำกัด จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เพื่อส่งเสริมการจัดตั้งหรือการดำเนินการของบริษัทมหาชนจำกัด

⁵¹ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดและลักษณะมาตรการกำกับดูแลการควบกิจการกระจายเสียงและกิจการ โทรทัศน์ (2558). ข้อ 6.

⁵² ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดและลักษณะมาตรการกำกับดูแลการควบกิจการกระจายเสียงและกิจการ โทรทัศน์ (2558). ข้อ 7.

ให้เป็นไปโดยคล่องตัว และกรณีการเสนอขายหุ้นและหุ้นกู้ต่อประชาชนไปรวมไว้ในกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายหลักทรัพย์โดยเฉพาะและมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวมธุรกิจ ดังนี้

3.1.4.1 การโอนและการควบบริษัท⁵³

การควบบริษัทซึ่งได้บัญญัติวิธีการและขั้นตอนการควบบริษัท ตลอดจนผลที่เกิดจากการควบบริษัทเข้ากัน โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการควบบริษัทใน ป.พ.พ. กล่าวคือ บริษัทที่เข้าควบรวมกันนั้นต้องสิ้นสภาพความเป็นนิติบุคคลไป และต้องมีนิติบุคคลใหม่เกิดขึ้น โดยบริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบรวมจะต้องรับทั้ง สินทรัพย์ หนี้สิน สิทธิและหน้าที่ ตลอดจนความรับผิดชอบต่างๆ ของบริษัทที่ควบเข้ากัน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) การส่งมอบกิจการหรือการ โอนกิจการ

ให้คณะกรรมการบริษัทเดิมส่งมอบกิจการ ทรัพย์สิน บัญชี เอกสารและหลักฐานต่างๆ ของบริษัทให้แก่คณะกรรมการบริษัทที่ควบกันแล้วภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เสร็จสิ้นการประชุมตามมาตรา 148 (มาตรา 150)⁵⁴

การส่งมอบกิจการหรือการ โอนกิจการเมื่อเสร็จสิ้นการประชุมร่วมกันของผู้ถือหุ้นบริษัทที่จะควบกันตามมาตรา 148 แล้วภายใน 7 วันนับแต่วันที่เสร็จสิ้นการประชุมดังกล่าว กฎหมายบังคับให้คณะกรรมการของบริษัทเดิมที่มาควบกันนั้นต้องส่งมอบกิจการ ทรัพย์สิน บัญชี เอกสารและหลักฐานต่างๆ ของบริษัทเดิมให้แก่คณะกรรมการบริษัทที่ควบกันซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นร่วมตามมาตรา 148 (7)

คณะกรรมการบริษัทใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 150 มีความผิดตามมาตรา 196 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท

2) การขอจดทะเบียนการควบบริษัท

พระราชบัญญัติมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 151 ให้คณะกรรมการบริษัทที่ควบกันแล้วต้องขอจดทะเบียนการควบบริษัทพร้อมกับยื่นหนังสือบริคณห์สนธิ และข้อบังคับที่

⁵³ สหส สิงหวิริยะ. (2535). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 235-236.

⁵⁴ พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 150 คณะกรรมการบริษัทเดิมต้องส่งมอบกิจการ ทรัพย์สิน บัญชี เอกสาร และหลักฐานต่างๆ ของบริษัท ให้แก่คณะกรรมการบริษัทที่ควบกันแล้วภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เสร็จสิ้นการประชุมตามมาตรา 148.

ที่ประชุมตามมาตรา 148⁵⁵ ได้อนุมัติแล้วก่อนนายทะเบียนภายใน 45 วันนับแต่วันที่เสร็จสิ้นการประชุมตามมาตรา 148 และให้นำหลักเกณฑ์มาตรา 39 ดังต่อไปนี้ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

เมื่อได้รับชำระเงินค่าหุ้นครบตามจำนวนที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 แล้ว ให้คณะกรรมการดำเนินการจดทะเบียนบริษัทภายในสามเดือนนับแต่วันประชุมจัดตั้งบริษัทเสร็จ โดยแสดงรายการดังต่อไปนี้

(1) ทุนชำระแล้ว ซึ่งต้องระบุว่าเป็นเงินทั้งสิ้นเท่าใด

(2) จำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดโดยแยกออกเป็น

(2.1) หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ (ถ้ามี) ที่ชำระค่าหุ้นเป็นตัวเงิน

(2.2) หุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิ (ถ้ามี) ที่ชำระค่าหุ้นด้วยทรัพย์สินอื่น

นอกจากตัวเงิน และแสดงเกณฑ์ในการตีราคาทรัพย์สินนั้นด้วย

(2.3) หุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิ (ถ้ามี) ที่ชำระค่าหุ้นด้วยวิธีการตาม

มาตรา 35 (5) และแสดงรายการโดยสังเขปไว้ด้วย

(3) ชื่อ วันเดือนปีเกิด สัญชาติ และที่อยู่ของกรรมการ

(4) ชื่อและจำนวนกรรมการซึ่งมีอำนาจลงลายมือชื่อแทนบริษัท และชื่อจำกัด

อำนาจ (ถ้ามี) ตามที่ระบุไว้ในข้อบังคับ

⁵⁵ พระราชบัญญัติมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 148 บัญญัติว่า เมื่อได้ดำเนินการตามมาตรา 147 แล้ว ให้ประธานกรรมการของบริษัทที่จะควบกันเรียกประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้นๆ ให้มาประชุม ร่วมกันเพื่อพิจารณาในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) จัดสรรหุ้นของบริษัทที่ควบกันให้แก่ผู้ถือหุ้น

(2) ชื่อของบริษัทที่ควบกัน โดยจะใช้ชื่อใหม่หรือจะใช้ชื่อเดิมของบริษัทใด บริษัทหนึ่งที่จะควบกันก็ได้

(3) วัตถุประสงค์ของบริษัทที่ควบกัน

(4) ทุนของบริษัทที่ควบกัน โดยจะต้องมีทุนไม่น้อยกว่าทุนชำระแล้วของ บริษัทที่จะควบกันทั้งหมดรวมกัน และถ้าบริษัทที่จะควบกันได้นำหุ้นออกจำหน่ายครบ ตามจำนวนที่จดทะเบียนไว้แล้วจะเพิ่มทุนในคราวเดียวกันนี้ก็ได้

(5) หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทที่ควบกัน

(6) ข้อบังคับของบริษัทที่ควบกัน

(7) เลือกตั้งกรรมการบริษัทที่ควบกัน

(8) เลือกตั้งผู้สอบบัญชีบริษัทที่ควบกัน

(9) เรื่องอื่นๆ ที่จำเป็นในการควบบริษัท (ถ้ามี)

ทั้งนี้ ต้องดำเนินการประชุมให้เสร็จสิ้นภายในหกเดือนนับแต่วันที่บริษัทใด บริษัทหนึ่งได้ลงมติให้ควบกันเป็นรายหลังสุด เว้นแต่ที่ประชุมตามมาตรา 147 ลงมติ ให้ขยายเวลาออกไป แต่เมื่อรวมเวลาทั้งหมดแล้วต้องไม่เกินหนึ่งปี.

(5) ที่ตั้งสำนักงานใหญ่และสำนักงานสาขา (ถ้ามี)

ในการขอลงทะเบียนตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการจัดส่งข้อบังคับบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น โดยระบุชื่อ สัญชาติ ที่อยู่ จำนวนหุ้นที่ถือ และเลขที่ใบหุ้นกับรายงานการประชุมการจัดตั้งบริษัทไปพร้อมกันด้วย

การจดทะเบียนการควบบริษัทนั้น จะต้องกระทำภายใน 14 วันนับแต่วันที่เสร็จสิ้นการประชุมผู้ถือหุ้นร่วมกันตามมาตรา 148 โดยกฎหมายบังคับให้คณะกรรมการของบริษัทที่ควบกันแล้วต้องจดทะเบียนการควบบริษัทต่อนายทะเบียน และในการจดทะเบียนนี้ต้องยื่นหนังสือปริกณห์สนธิที่ทำขึ้นตามมาตรา 148 วรรคหนึ่ง (5) และข้อบังคับบริษัทที่ควบกันตาม (6) ซึ่งที่ประชุมผู้ถือหุ้นตามมาตรา 148 ได้อนุมัติแล้ว ไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียนไปด้วย และให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนบริษัทตามมาตรา 39 มาใช้บังคับโดยอนุโลมคณะกรรมการบริษัทใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 151 ย่อมมีความผิดตามมาตรา 195 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

3.1.4.2 วิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการควบบริษัทและแจ้งมติการควบบริษัทให้เจ้าหน้าที่ทราบ

กำหนดให้บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป หรือบริษัทกับบริษัทเอกชนจะควบกันเป็นบริษัท โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นของแต่ละบริษัทที่จะควบกันลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน และในกรณีที่เป็นการควบกับบริษัทเอกชน จะต้องมิตพิเศษตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 146)⁵⁶

ในกรณีที่มีมติให้ควบบริษัทตามวรรคหนึ่งแล้ว แต่มีผู้ถือหุ้นคัดค้านการควบบริษัท บริษัทต้องจัดให้มีผู้ซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นดังกล่าวในราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ครั้งสุดท้ายก่อนวันที่มีมติให้ควบบริษัท และในกรณี ไม่มีราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ให้ใช้ราคาตามที่ผู้ประเมินราคาอิสระที่ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้กำหนด ถ้าผู้ถือหุ้นนั้นไม่ยอมขายภายในสิบสี่วันนับแต่วันได้รับคำเสนอขอซื้อให้บริษัทดำเนินการควบบริษัทต่อไปได้ และให้ถือว่าผู้ถือหุ้น

⁵⁶ พระราชบัญญัติมหานจนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 146 บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป หรือบริษัทกับบริษัทเอกชน จะควบกันเป็นบริษัทก็ได้ โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นของแต่ละบริษัทที่จะควบกันลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน และในกรณีที่เป็นการควบกับบริษัทเอกชน ต้องมิตพิเศษตามที่กำหนดไว้ในประมวล-กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีที่มีมติให้ควบบริษัทตามวรรคหนึ่งแล้ว แต่มีผู้ถือหุ้นคัดค้านการควบบริษัท บริษัทต้องจัดให้มีผู้ซื้อหุ้นของ ผู้ถือหุ้นดังกล่าวในราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ครั้งสุดท้ายก่อนวันที่มีมติให้ควบบริษัท และในกรณี ไม่มีราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ให้ใช้ราคาตามที่ผู้ประเมินราคาอิสระที่ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้กำหนด ถ้าผู้ถือหุ้นนั้นไม่ยอมขายภายในสิบสี่วันนับแต่วันได้รับคำเสนอขอซื้อให้บริษัทดำเนินการควบบริษัทต่อไปได้ และให้ถือว่าผู้ถือหุ้นดังกล่าวนั้นเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ควบกันแล้ว.

ดังกล่าวนี้เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ควบกันแล้ว นอกจากนี้ มาตรา 147 กำหนดให้บริษัทต้องมีหนังสือแจ้งมติการที่จะควบกันกับบริษัทอื่นไปยังเจ้าหน้าที่ของบริษัทและให้นำมาตรา 141 มาใช้บังคับโดยอนุโลมสำหรับกรณีที่บริษัทมหาชนกับบริษัทมหาชนควบบริษัทเข้าด้วยกัน หรือบริษัทมหาชนควบกับบริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 หมวด 12 ว่าด้วยการควบบริษัทตั้งแต่มาตรา 146 ถึงมาตรา 153 ด้วยตามบทบัญญัติ การควบบริษัทตามมาตรา 146 หมายความว่า บริษัทมหาชนจำกัด ตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป จะควบกันเป็นบริษัทจำกัดมหาชนจำกัดเป็นบริษัทเดียวก็ได้ หรือบริษัทมหาชนจำกัดกับบริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะควบกันเป็นบริษัทมหาชนจำกัดบริษัทเดียวก็ได้ แต่ต้องปฏิบัติเกี่ยวกับวิธีการควบกัน⁵⁷ ดังนี้

1) กรณีที่บริษัทมหาชนจำกัดควบกับบริษัทมหาชนจำกัดอื่นนั้น จะต้องได้รับมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของแต่ละบริษัทมหาชนจำกัดที่จะควบกันลงมติให้ควบกันด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนของแต่ละบริษัทมหาชนจำกัด

2) กรณีที่เป็นการควบบริษัทมหาชนจำกัดกับบริษัทเอกชนจำกัด บริษัทมหาชนจำกัดจะต้องได้รับมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าจำนวน 3 ใน 4 ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมตาม (1) แล้ว ส่วนบริษัทเอกชนจำกัดที่เข้ามาควบคุมด้วยนั้นต้องมีมติพิเศษตามที่บัญญัติกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1238⁵⁸ ด้วย

ตามบทบัญญัติมาตรา 146 วรรคสองนั้น เป็นกรณีที่มีผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้ลงคะแนนเสียงให้ควบบริษัทซึ่งคงมีจำนวนอย่างมากไม่เกิน 1 ใน 4 ของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมในคราวนั้น ได้คัดค้านการควบบริษัทที่ผู้ถือหุ้นจำนวนไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ได้ลงมติให้ควบแล้ว เป็นหน้าที่ของบริษัทมหาชนจำกัดที่ดำเนินการให้ควบบริษัทนั้น ต้องจัดให้มีผู้ซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นที่คัดค้านการควบบริษัทในราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ครั้งสุดท้ายก่อนวันที่มติให้ควบบริษัท และในกรณีที่ไม่มีราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ก็ให้ใช้ราคาตามผู้ประเมินราคาอิสระที่ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้กำหนดราคาหุ้น หากผู้ถือหุ้นที่คัดค้านเหล่านั้นไม่ยอมขายภายใน 14 วันนับแต่วันที่ได้รับคำเสนอขอซื้อ ก็ให้บริษัทมหาชนจำกัดนั้นดำเนินการควบบริษัทต่อไปได้ และให้ถือว่าผู้ถือหุ้นที่คัดค้านแล้วไม่ยอมขายหุ้นดังกล่าวเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดที่ควบกันแล้วการขอแจ้งมติการควบบริษัทให้เจ้าหน้าที่ทราบ ตามบทบัญญัติมาตรา 147 ซึ่งได้กำหนดให้บริษัทมหาชนจำกัดต้องมีหนังสือแจ้งมติการที่จะควบกันกับบริษัทอื่นตามมาตรา 146 ไปให้เจ้าหน้าที่ของบริษัท และให้

⁵⁷ สหส ลิขิตวิริยะ. อ้างแล้ว. หน้า 230-231.

⁵⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1238 อันบริษัทจำกัดนั้นจะเข้ากันมิได้วันแต่จะเป็นไปโดยมติพิเศษ

นำมาตรา 141 ว่าด้วยการแจ้งมติการลดทุนของบริษัทไปให้เจ้าหน้าที่ทราบ มาอนุโลมใช้สำหรับกรณีแจ้งมติการควบบริษัทให้เจ้าหน้าที่ทราบตามมาตรา 147 ด้วย

3) การหมดสภาพนิติบุคคลของบริษัทเดิมและการสวมสิทธิและหน้าที่ของบริษัทใหม่ เมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียนการควบบริษัทแล้ว ให้บริษัทเดิมหมดสภาพจากการเป็นนิติบุคคล และให้นายทะเบียนหมายเหตุไว้ในทะเบียน (มาตรา 152)

ในกรณีบริษัทที่ควบกันและจดทะเบียนแล้วย่อมได้ไปทั้งทรัพย์สิน หนี้ สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของบริษัทเหล่านั้นทั้งหมด (มาตรา 153)

ทั้งนี้ บริษัทเดิมที่ได้เป็นนิติบุคคลตั้งแต่วันที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนตามมาตรา 41 ย่อมหมดสภาพจากการเป็นนิติบุคคลตั้งแต่วันที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนการควบบริษัทแล้วและให้เป็นที่ของนายทะเบียนหมายเหตุไว้ในทะเบียน ทั้งนี้เพื่อแสดงให้ทราบเมื่อตรวจสอบทะเบียนของบริษัทนั้นว่าสิ้นสภาพจากการเป็นนิติบุคคลแล้ว จะทำนิติกรรมกับบุคคลใดไม่ได้อีกต่อไป และบริษัทที่ควบกันเมื่อได้จดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัดใหม่แล้ว ย่อมได้ทรัพย์สิน หนี้ สิทธิ หน้าที่ความรับผิดชอบของบริษัทเดิมที่เข้ามาควบเหล่านั้นทั้งหมด

3.1.5 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยจัดตั้งขึ้นตามธนาคารแห่งประเทศไทยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2517 เพื่อเป็นศูนย์กลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ประเภทต่างๆ ซึ่งเป็นการส่งเสริมการจัดหาเงินทุนและการลงทุนในระยะยาวเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ รวมถึงการกำกับดูแลให้การซื้อขายหลักทรัพย์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ หลักทรัพย์มีสภาพคล่อง มีราคาเหมาะสม โดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเริ่มดำเนินการซื้อขายหลักทรัพย์เป็นครั้งแรกในวันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2517

3.1.5.1 การกำกับ ดูแล ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ในอดีตตลาดทุนมีบทบาทในระบบการเงินของประเทศโดยเป็นแหล่งระดมเงินทุนที่มีต้นทุนต่ำแก่ภาคธุรกิจ การพัฒนาตลาดทุนได้มุ่งเน้นพัฒนาตลาดรอง ซึ่งเป็นตลาดซื้อขายหลักทรัพย์เป็นหลัก ขาดการพัฒนาตลาดแรกซึ่งเป็นตลาดสำหรับหลักทรัพย์ออกใหม่เสนอต่อประชาชน ทำให้ตราสารทางการเงินซึ่งเป็นเครื่องมือระดมทุนในตลาดแรกไม่ได้มีการพัฒนาเท่าที่ควร ประกอบกับการกำกับดูแลตลาดทุนในขณะนั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฉบับและอยู่ภายใต้หลายหน่วยงาน อันได้แก่ กระทรวงการคลัง กระทรวงพาณิชย์ ตลาดหลักทรัพย์ และ

ธนาคารแห่งประเทศไทย ทำให้การดำเนินงานมีความซ้ำซ้อน ขาดเอกภาพ รวมทั้งการพัฒนาไม่ต่อเนื่อง ในขณะที่บทบาทของตลาดทุนได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว⁵⁹

เพื่อเป็นการส่งเสริมตลาดทุนให้เติบโตและมีการพัฒนาไปในทิศทางที่เอื้อประโยชน์ต่อการระดมทุนและการลงทุนทั้งตลาดแรก และตลาดรอง รวมถึงระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม โดยให้รัฐธรรมนูญในตลาดทุนมีกฎหมายแม่บทรองรับ เอื้ออำนวยต่อการออกตราสารทางการเงินใหม่ๆ และมีบทบัญญัติที่ป้องกันการเอาเปรียบที่ชัดเจน จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 พฤษภาคม 2535 และได้มีการจัดตั้งสำนักงาน ก.ล.ต. ขึ้นเป็นองค์กรอิสระทำหน้าที่กำกับดูแลและพัฒนาตลาดทุนโดยมีคณะกรรมการ ก.ล.ต. เป็นผู้กำหนดนโยบายการดำเนินงานของสำนักงาน ก.ล.ต. ซึ่งมีการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

1) ปรับปรุงระบบและโครงสร้างการกำกับดูแลการพัฒนาตลาดทุนของประเทศ โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการ ก.ล.ต. ขึ้นเพื่อเป็นองค์กรเฉพาะในการกำกับดูแลและจัดตั้งสำนักงาน ก.ล.ต. และพัฒนาตลาดทุนของประเทศ

2) ส่งเสริมการระดมเงินทุนโดยตรง โดยการออกและเสนอขายหลักทรัพย์ประเภทต่างๆ ได้แก่ ตราสารทุน ตราสารหนี้ ตราสารกึ่งหนี้ กึ่งทุน หรือตราสารอื่นใด

3) ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนและป้องกันการกระทำอันไม่เป็นธรรม

4) สนับสนุนการพัฒนาธุรกิจหลักทรัพย์และตลาดทุน โดยผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ

3.1.5.2 หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินงานและการควบกิจการบริษัท

1) กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสำนักงาน ก.ล.ต. มีดังนี้⁶⁰

(1) พระราชบัญญัติตลาดหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

(2) พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546

(3) พระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ พ.ศ. 2530

(4) พระราชทานกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

พ.ศ. 2540

2) การกำกับดูแลการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการ⁶¹

⁵⁹ ศูนย์ส่งเสริมการพัฒนาความรู้ตลาดทุน สถาบันกองทุนเพื่อพัฒนาตลาดทุน. (2552). *สาระสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับหลักทรัพย์และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า*. กรุงเทพฯ: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. หน้า 3.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48-49.

⁶¹ ศูนย์ส่งเสริมการพัฒนาความรู้ตลาดทุน สถาบันกองทุนเพื่อพัฒนาตลาดทุน. อ้างแล้ว. หน้า 101-103.

กฎหมายได้กำหนดให้บุคคลใดๆ ที่ได้หุ้นของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือบริษัทมหาชนจำกัด มาจนถึงหรือก้าวข้ามจุดสำคัญๆ จะต้องทำคำเสนอซื้อหุ้น หรือที่เรียกว่า Tender Offer เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นเดิมที่หากไม่เห็นด้วยกับการเปลี่ยนแปลงอำนาจในการควบคุมกิจการให้มีโอกาสที่จะขายหุ้นได้อย่างเท่าเทียม โดยประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้อง คือ Trigger Point⁶²

การที่บุคคลใดจะซื้อหุ้นของบริษัทจนเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่และมีอำนาจควบคุมกิจการเป็นสิ่งที่อาจเกิดขึ้นได้ พระราชบัญญัติ หลักทรัพย์ฯ จึงมีข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยในเรื่องนี้ไว้ 2 ประการ คือ

(1) การให้เปิดเผยข้อมูล

เพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้ทราบว่าบุคคลใดอยู่ระหว่างดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัท จนกลายเป็นผู้ถือหุ้นในสัดส่วนที่มีสาระสำคัญ หรือมีบุคคลใดอยู่ระหว่างการดำเนินการลดสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทอย่างเป็นทางการเป็นสาระสำคัญ โดยกำหนดให้ผู้ที่ได้มาหรือจำหน่ายหุ้นจนทำให้สัดส่วนของหุ้นที่ถืออยู่แต่ละจุดที่ทุก 5% ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด ต้องรายงานการได้มาและจำหน่ายหลักทรัพย์เพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชน

(2) การทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์

พระราชบัญญัติตลาดหลักทรัพย์ฯ ได้กำหนดว่า หากบุคคลใดได้หุ้นมาจนทำให้สัดส่วนการถือหุ้น ถึงจุดที่สามารถเปลี่ยนแปลงอำนาจการควบคุมกิจการ (Trigger point) บุคคลดังกล่าว ต้องทำคำเสนอซื้อหุ้นทั้งหมด (100%) ของกิจการนั้น เพื่อเป็นทางออกที่เป็นธรรม (Fair exit) ให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ไม่ประสงค์จะถือหุ้นของกิจการต่อไป โดยราคาที่จะเสนอซื้อจะต้องสะท้อนมูลค่าที่แท้จริงของราคาหุ้น และผู้ถือหุ้นต้องได้รับข้อมูลและคำแนะนำอย่างเพียงพอในการตัดสินใจด้วย

3) หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการที่สำคัญ มีดังนี้⁶³

⁶² พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535. มาตรา 247 บุคคลใดเสนอซื้อหรือกระทำการอื่นใด อันเป็นผลให้ตน ได้มาหรือเป็นผู้ถือหลักทรัพย์ถึงร้อยละสิบห้าขึ้นไปของจำนวนหลักทรัพย์ที่จำหน่ายได้แล้ว ทั้งหมดของกิจการ ให้ถือว่าเป็นการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการเว้นแต่เป็นการได้มาโดยทางมรดก การเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการตามวรรคหนึ่งให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ในการนี้ คณะกรรมการ ก.ล.ต. จะกำหนดให้บุคคลดังกล่าวจัดทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์ก็ได้

ในกรณีที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนดให้จัดทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์ตามวรรคสอง คำเสนอดังกล่าว ต้องยื่นต่อสำนักงาน และให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเวลาที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด.

⁶³ ศูนย์ส่งเสริมการพัฒนาความรู้ตลาดทุน สถาบันกองทุนเพื่อพัฒนาตลาดทุน. อ้างแล้ว. หน้า 104.

- (1) การรายงานการได้มาหรือจำหน่ายหลักทรัพย์ของกิจการ
- (2) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการทำข้อเสนอซื้อ

เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองผู้ถือหุ้นเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงอำนาจในการควบคุมกิจการ โดยให้ผู้ที่ได้อำนาจดังกล่าวจะต้องทำข้อเสนอซื้อเพื่อเป็นทางออกที่เป็นธรรม (Fair exit) ให้กับผู้ถือหุ้น โดยผู้ถือหุ้นทุกรายจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในขณะที่เดียวกัน ก็ต้องการให้การครอบงำกิจการเป็นไปตามกลไกตลาด (Market force) ให้ผู้บริหารดำเนินกิจการเพื่อประสิทธิภาพสูงสุดเพราะการเปลี่ยนแปลงผู้มีอำนาจควบคุมใหม่อาจทำให้มีการเปลี่ยนแปลงผู้บริหารได้ โดยหลักเกณฑ์จะกำหนดให้

(1) เมื่อบุคคลใดได้หุ้นมาจนถึงสัดส่วนที่มีอำนาจในการควบคุมกิจการ จะต้องทำข้อเสนอซื้อให้ผู้ถือหุ้นอื่นมีการขายอย่างเท่าเทียมกัน

- (2) ในการทำคำสั่งซื้อ

การจัดตั้งและการออกใบอนุญาต (Formation and Issuance of license)

การประกอบธุรกิจหลักทรัพย์จะกระทำได้อต่อเมื่อได้จัดตั้งในรูปบริษัทจำกัด หรือบริษัท มหาชน จำกัด หรือเมื่อเป็นสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น ทั้งนี้ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต. (มาตรา 90 วรรคหนึ่ง)

การจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน จำกัดเพื่อประกอบธุรกิจตามวรรคหนึ่ง จะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต. (มาตรา 90 วรรคสอง)

การควบบริษัทหลักทรัพย์เข้าด้วยกันให้ถือว่าเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัท มหาชน จำกัด แล้วแต่กรณี (มาตรา 90 วรรคสาม)⁶⁴

⁶⁴ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535. มาตรา 90 การประกอบธุรกิจหลักทรัพย์จะกระทำได้อต่อเมื่อได้จัดตั้งในรูปบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดหรือเมื่อเป็นสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น ทั้งนี้ โดยได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

การจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเพื่อประกอบธุรกิจตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

การควบบริษัทหลักทรัพย์เข้ากันให้ถือว่าเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด แล้วแต่กรณี

การขอรับใบอนุญาต การขอความเห็นชอบ การออกใบอนุญาต และการให้ความเห็นชอบตามมาตรา นี้ให้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการ ตลอดจนเงื่อนไขค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง.

3.1.6 ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.

ในระหว่างที่ผู้เขียนได้ทำงานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ กระทรวงพาณิชย์ได้มีการเสนอแก้ไขกฎหมายแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 และ คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2559 ตามที่กระทรวงพาณิชย์ เสนอ และให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา โดยให้ความเห็นของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักงาน ก.พ. สำนักงาน ก.พ.ร. และสำนักงานอัยการสูงสุดไปประกอบการพิจารณาด้วย แล้วส่งให้คณะกรรมการประสานงานสภานิติบัญญัติแห่งชาติแห่งชาติพิจารณา ก่อนเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติต่อไป

สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติตามที่กระทรวงพาณิชย์เสนอ มีดังนี้

1) ปรับปรุงนิยาม “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ให้ครอบคลุมถึงบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน และเพิ่มนิยาม “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน”

2) ปรับปรุงบทนิยาม “ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นผู้มีอำนาจในการออกประกาศหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

3) เพิ่มเติมบทนิยาม “ปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาด”

4) กำหนดให้รัฐวิสาหกิจทุกประเภทต้องอยู่ภายใต้การบังคับตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการดำเนินการตามกฎหมาย หรือนโยบายของรัฐที่มีความจำเป็นในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

5) กำหนดให้มีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่มีความเป็นอิสระที่ผ่านกระบวนการคัดสรรและให้นายกรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จำนวน 7 คน ทั้งนี้ กรรมการจะต้องมีอายุ 45-70 ปี วาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี ติดต่อกันไม่เกิน 2 วาระ

6) กำหนดให้มีคณะกรรมการคัดสรร จำนวน 7 คน ทำหน้าที่สรรหาคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า โดยสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการ

7) กำหนดให้จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มีความเป็นอิสระทั้งด้านบุคลากร งบประมาณ และการดำเนินงาน โดยได้รับงบประมาณสนับสนุนจากรัฐบาลในปีแรก หลังจากนั้นให้จัดสรรเงินจากค่าธรรมเนียมจดทะเบียนการค้าในอัตราร้อยละ 10 มาเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของสำนักงานเป็นประจำทุกปี รวมทั้งสามารถจัดเก็บรายได้เป็นค่าใช้จ่ายดำเนินงานของสำนักงานได้

8) กำหนดให้ทบพวนเกณฑ์ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอย่างน้อย 1 ครั้ง ภายในระยะเวลา 5 ปี

9) กำหนดให้ผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ แม้ส่วนหนึ่งส่วนใดได้กระทำ นอกราชอาณาจักร และผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ต้องรับโทษในราชอาณาจักร

10) กำหนดให้ฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และเพิ่มขึ้นตอนกรณีอัยการสูงสุดเห็นว่าสำนวนยังไม่ สมบูรณ์พอที่จะดำเนินคดีได้ ให้ตั้งคณะทำงานขึ้นมาชุดหนึ่ง เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานให้ สมบูรณ์แล้วส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาตั้งคดี

11) กำหนดให้ผู้ประกอบการที่กระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการ แข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ แจ้งต่อคณะกรรมการก่อนดำเนินการรวมธุรกิจ และส่งงบการเงินเพื่อ ติดตามผลของการรวมธุรกิจอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลา 3 ปี

12) กำหนดให้ผู้ประกอบการที่ได้รับคำสั่งคณะกรรมการฯ สามารถอุทธรณ์คำสั่ง ดังกล่าวต่อคณะกรรมการฯ ได้

13) กำหนดให้คณะกรรมการฯ กำหนดหลักเกณฑ์การลดหย่อนโทษปรับแก่ผู้ประกอบการ ธุรกิจที่มีใช้ตัวการสำคัญในพฤติกรรมการตกลงร่วมกัน จำกัด หรือลดการแข่งขันทางการค้าที่ ส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรง เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาของศาล

14) เพิ่มโทษปรับทางอาญาในทุกพฤติกรรมความผิดจากเดิม 6 ล้านบาทเป็นร้อยละ 20 ของรายได้ในปีที่กระทำความผิด ทั้งนี้ ใด้ยกเลิกโทษจำคุกสำหรับกรณีการรวมธุรกิจ การตกลง ร่วมกันที่กำหนดให้ผู้ประกอบการสามารถขออนุญาตต่อคณะกรรมการฯ ได้

15) เพิ่มโทษปรับทางปกครอง กรณีที่ผู้ประกอบการฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการฯ โดยหลักเกณฑ์การคำนวณค่าปรับให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด

16) เพิ่มบทลงโทษกรณีการร้องเรียน ร้องทุกข์ หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่พนักงาน เจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการ⁶⁵

ผู้เขียนได้นำสาระสำคัญร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ของ กระทรวงพาณิชย์มาวิเคราะห์เฉพาะเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยโดยตรงเฉพาะเรื่องของ มาตรการควบคุมการรวมธุรกิจ ความเป็นองค์กรอิสระของหน่วยงานบังคับใช้ ที่ได้มีการเสนอ แก่ไข แต่ในปัจจุบันผู้เขียนยังไม่สามารถเข้าถึงร่างฉบับดังกล่าวได้โดยตรงเนื่องจากยังไม่มี

⁶⁵ สำนักข่าวอิสรา. (2559). ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.isranews.org/thaireform/thaireform-data/item/44536-ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า-พ.ศ. html>. [2559, 20 เมษายน].

เผยแพร่ต่อบุคคลทั่วไป แต่จากการศึกษาได้ทราบว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีการนำเนื้อหาของ ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค และฉบับคณะกรรมการปฏิรูปการเกษตร อุตสาหกรรมพาณิชย์ การท่องเที่ยวและบริการ มาปรับใช้ในร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ฉบับดังกล่าวของกระทรวงพาณิชย์ ผู้เขียนจึงได้นำร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ของคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค และฉบับคณะกรรมการปฏิรูปการเกษตร อุตสาหกรรมพาณิชย์ การท่องเที่ยวและบริการมาเปรียบเทียบเพื่อวิเคราะห์ในบทนี้ด้วยซึ่งสามารถแยกวิเคราะห์ได้ ดังนี้

3.1.6.1 การควบคุมการรวมธุรกิจ

ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ตามที่กระทรวงพาณิชย์ เสนอ กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ แจ้งต่อคณะกรรมการก่อนดำเนินการรวมธุรกิจ และส่งงบการเงินเพื่อติดตามผลของการรวมธุรกิจอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลา 3 ปีร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ฉบับคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค และร่าง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ฉบับคณะกรรมการปฏิรูปการเกษตร อุตสาหกรรมพาณิชย์ การท่องเที่ยวและบริการ ได้แก้ไขในเนื้อหาของกฎหมายในส่วนของการห้ามควบรวมกิจการไว้แตกต่างจากมาตรา 26 เดิมในเพียงบางส่วน จากเดิมตามมาตรา 26 วรรคแรก” ห้ามการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ฉบับคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภค แก้ไขไว้ในมาตรา 53⁶⁶ วรรคแรก ว่า “ห้ามการควบรวมธุรกิจในลักษณะที่เป็นการกีดกัน ลดหรือจำกัด การแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ”

⁶⁶ มาตรา 53 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการควบรวมธุรกิจในลักษณะที่เป็นการกีดกันการแข่งขัน ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างมีนัยสำคัญในตลาด เว้นแต่จะได้ส่งรายงานประเมินสภาพการแข่งขันทางการค้าและได้รับอนุญาตให้ควบรวมธุรกิจได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

การรวมธุรกิจ ตามวรรคหนึ่งให้หมายความถึง

1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริกรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่ และธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมด หรือบางส่วนของธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนาจการ หรือการจัดการ

3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนาจการ หรือการจัดการ

ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ฉบับคณะกรรมการปฏิรูปการเกษตร อุตสาหกรรมพาณิชย์ การท่องเที่ยวและบริการแก้ไขไว้ในมาตรา 59⁶⁷ วรรคแรกว่า “ห้ามการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ”

การแก้ไขมาตรการของการควบคุมการควบรวมธุรกิจของร่าง พระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. ทั้งสามฉบับนั้น ยังมองข้ามถึงการบังคับใช้กับการควบรวมธุรกิจ โดยจะต้องให้คำนิยามในแต่ละรูปแบบการควบรวมธุรกิจ ซึ่งตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26 วรรคสอง เดิมก็ได้ยกตัวอย่างและให้นิยามของรูปแบบการควบรวมธุรกิจไว้ เพียงบางรูปแบบเท่านั้น และจากการศึกษาจากร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ฉบับคณะกรรมการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภคมาตรา 53 และร่าง พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. ฉบับคณะกรรมการปฏิรูปการเกษตร อุตสาหกรรมพาณิชย์ การท่องเที่ยวและ บริการ มาตรา 59 ก็ยังใช้ความเดิมตามมาตรา 26 วรรคสอง ทั้งสิ้น โดยยังไม่มีแก้ไขเพิ่มเติมใน ประเด็นนี้เลย

ทั้งนี้ยังมีร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. (ฉบับคณะกรรมการ ปฏิรูปกฎหมาย) ซึ่งได้เพิ่มเติมคำนิยามความหมายของคำว่า “ผู้ประธุรกิจในเครือ”⁶⁸ เพื่อให้จำแนก

การขออนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจยื่นคำขอต่อคณะกรรมการการแข่งขันตามมาตรา 61.

⁶⁷ มาตรา 59 ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจกระทำการรวมอำนาจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

การประกาศกำหนดของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้ระบุว่าให้บังคับแก่การรวมธุรกิจที่มีผลให้ ส่วนแบ่งตลาด รายได้รวม จำนวนทุน จำนวนหุ้น จำนวนสินทรัพย์ หรือปัจจัยอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศ กำหนด อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างไม่น้อยกว่าจำนวนเท่าใด ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการพิจารณาพบทวนอย่าง น้อยหนึ่งครั้งภายในระยะเวลาห้าปีนับแต่วันออกประกาศ

การรวมธุรกิจ ตามวรรคหนึ่งให้หมายความถึง

1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริกรรวมกับ ผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่ และธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมด หรือบางส่วนของธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การ อำนาจการ หรือการจัดการ

3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจการอำนาจการ หรือการจัดการ

การขออนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจยื่นคำขอต่อคณะกรรมการตามมาตรา 70.

⁶⁸ ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. (ฉบับคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย) “ผู้ประกอบการธุรกิจ ในเครือ” หมายความว่าผู้ประกอบการรายหนึ่งซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบการธุรกิจอีกรายหนึ่งหรือหลายรายใน ลักษณะดังต่อไปนี้

ประเภทของผู้กระทำความผิดได้ จากที่ได้ศึกษาแล้วผู้เขียนเห็นว่า การที่กำหนดนิยามของธุรกิจในเรื่องมานั้นถือว่าเป็นข้อดีเป็นการกำหนดถึงความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจที่มีบริษัทย่อยอยู่หลายบริษัท ซึ่งอาจจะแก้ปัญหาในการใช้คำนวณ ส่วนแบ่งตลาด รายได้รวม จำนวนทุน จำนวนหุ้น จำนวนสินทรัพย์ ตามเกณฑ์ที่คณะกรรมการต้องประกาศเท่านั้น ยังไม่ได้รวมไปถึงการให้นิยามตามความหมายว่าเป็นรูปแบบที่จะต้องขออนุญาตรวมธุรกิจหรือไม่หรือไม่หากจะแก้ไขเรื่องนิยามของรูปแบบการรวมธุรกิจแล้วซึ่งผู้เขียนยังเห็นว่าควรให้นิยามที่เป็นการเฉพาะของรูปแบบการรวมธุรกิจนั้น จะตามความหมายของ “ผู้ประกอบธุรกิจในเรื่อง” ไว้ในกฎหมายที่เป็นมาตรการควบคุมการรวมธุรกิจเป็นการเฉพาะเช่นให้นิยามความหมายไว้ในมาตรา 26 ของพระราชบัญญัติ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ฉบับปัจจุบันนั้นอาจเป็นการแก้ปัญหาได้ตรงประเด็นกว่าการแก้ไขเพียงแต่มาตรา 26 วรรคแรกนั้น ก็ย่อมจะเกิดปัญหาต่อการบังคับใช้ หากยังไม่มีการกำหนดรูปแบบไว้เป็นการเฉพาะ

3.1.6.2 องค์การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ของกระทรวงพาณิชย์ “ได้กำหนดแก้ไขให้มีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่มีความเป็นอิสระที่ผ่านกระบวนการคัดสรรและให้นายกรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี” สำหรับการแก้ไขในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นการยกระดับกฎหมายแข่งขันทางการค้าขึ้นมาอีกชั้น เนื่องกระบวนการบังคับใช้นั้นจะมีความเป็นอิสระและทำให้ปราศจากการแทรกแซงของอำนาจทางการเมืองได้ เนื่องจากเดิมนั้นสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นเพียงหน่วยงานหนึ่งของกระทรวงพาณิชย์เท่านั้น

ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ฉบับกระทรวงพาณิชย์นั้นถึงแม้ว่าจะมีการยกระดับให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นองค์กรอิสระก็ตาม แต่หากยังไม่มีการแก้ไขในส่วนของการกำหนดรูปแบบการควบคุมรวมธุรกิจไว้ในกฎหมายให้เกิดความชัดเจนแล้ว การควบคุมการรวมธุรกิจโดยใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นย่อมเป็นไปได้ยากอยู่ดี

(1) ผู้ประกอบธุรกิจหนึ่งมีอำนาจควบคุมเกี่ยวกับการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ ซึ่งมีอำนาจจัดการทั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ของผู้ประกอบธุรกิจอีกหนึ่งราย

(2) ผู้ประกอบธุรกิจหนึ่งถือหุ้นในผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจแรกและหรือผู้ประกอบธุรกิจในเครืออีกรายหรือหลายราย หรือผู้ประกอบธุรกิจแรกและหรือผู้ประกอบธุรกิจ ในเครือในลำดับชั้นแรกและหรือในลำดับชั้นต่อๆ ไปรายเดียวหรือหลายราย ถือหุ้นผู้ประกอบธุรกิจใดมีจำนวนรวมกันเกินกว่าร้อยละห้าสิบ ให้ถือว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ในเครือผู้ประกอบธุรกิจรายแรกด้วย.

3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในส่วนของการควมรวมธุรกิจของต่างประเทศและ ประเทศในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน

3.2.1 กฎหมายป้องกันการผูกขาด สหรัฐอเมริกา (The Clayton Act 1914)

3.2.1.1 ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของกฎหมาย

สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ (Large business enterprises) มิให้มีการใช้อำนาจทางการตลาด (Market power) ตามอำเภอใจจนก่อให้เกิดการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ (Abusive practices) จุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายนี้คือให้ตลาดมีการแข่งขันโดยเสรี มีการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคโดยรวม ผู้บริโภคมีโอกาส “เลือก” สินค้าและบริการที่มีคุณภาพและราคาเป็นธรรม โดยกฎหมายต้องควบคุมโครงสร้าง (Structural control) ของตลาดสินค้าและบริการไม่ให้มีลักษณะการจุกตัว (Concentration) พยายามลด ขัดขวางหรือทำลายแนวทางที่ผู้ประกอบการจะใช้เพื่อแสวงหาอำนาจผูกขาด (Antitrust) เพื่อเป็นหลักประกอบว่าผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดนี้ได้โดยสะดวก

กฎหมายที่ถือว่าเป็นกฎหมายแม่บท คือ Sherman Act ซึ่งบัญญัติในปี 1890 โดยกำหนดข้อห้ามเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด ดังนี้⁶⁹

Section 1 บรรดาสัญญาหรือการรวมตัวกัน หรือการสมคบกันไม่ว่าในรูปใดเพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ ถือว่าเป็นการอันมิชอบของกฎหมาย บรรดานุคคลที่ทำสัญญา รวมตัวกันหรือสมคบกันในลักษณะอันมิชอบด้วยกฎหมายข้างต้น ถือว่ามีความผิดโดยอาจต้องโทษปรับไม่เกินสิบล้านเหรียญสหรัฐกรณีนิติบุคคล และไม่เกินสามแสนห้าหมื่นเหรียญสหรัฐกรณีนิติบุคคลธรรมดา หรือจำคุกไม่เกินสามปีหรือทั้งจำทั้งปรับแล้วแต่ศาลเป็นควร⁷⁰

⁶⁹ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. (2542). *โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้า ของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาทางด้านเศรษฐศาสตร์) เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. หน้า 1.

⁷⁰ Sherman Act 1890. Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty.

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade of commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal shall be deemed guilty of 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 บุคคลใดกระทำหรือพยายามกระทำการผูกขาด หรือรวมตัวกัน หรือสมคบกัน กับบุคคลอื่นใดเพื่อผูกขาดทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ ถือว่ามีความผิด โดยอาจต้องโทษ ปรับไม่เกินสิบล้านเหรียญสหรัฐกรณีนิติบุคคล และไม่เกินสามแสนห้าหมื่นเหรียญสหรัฐกรณี บุคคลธรรมดา หรือจำคุกไม่เกินสามปีหรือทั้งจำทั้งปรับแล้วแต่ศาลเห็นควร⁷¹

Senator Sherman ได้กล่าวว่า กฎหมายฉบับนี้มีได้บัญญัติหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ แต่เป็นการนำเอาหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีมาช้านาน และเป็นที่ยอมรับกัน ทั่วไปมาบังคับใช้ ดังนั้นจะกล่าวว่าการที่มีการบัญญัติ Sherman Act ไม่มีกฎหมายบังคับในเรื่อง การแข่งขันทางการค้าก็ไม่ถูกต้องนัก เพราะกฎหมายคอมมอนลอว์ในช่วงเวลานั้นก็ห้ามมิให้มีการ สมคบกันเพื่อจำกัดการค้า (Restraint of Trade) แต่ด้วยเหตุที่มีการคิดค้นรูปแบบใหม่ๆ ของการ จำกัดการค้าขึ้นมาเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย กฎหมายคอมมอนลอว์จึงไม่สามารถใช้บังคับ ครอบคลุมถึงการจำกัดการค้าใหม่ๆ ในยุคนั้นได้ จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะ ต่อมาจึงมีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องในภายหลังอีกสองฉบับ คือ Clayton Act และ Federal Trade Commission Act

ขณะที่มีการร่าง Sherman Act เป็นที่คาดหมายกันว่ากฎหมายฉบับนี้จะควบคุมการใช้ อำนาจผูกขาดของธุรกิจ หรือการดำเนินการใดๆ ของธุรกิจที่ก่อให้เกิดอุปสรรคหรือเป็นการ เบี่ยงเบน (Distortion) ต่อการแข่งขันในตลาดเสรี (Free competition) แต่ปรากฏว่า เอกชนมิได้ใช้ ประโยชน์จากกฎหมายฉบับนี้มากนัก และการใช้ในปริมาณน้อยนี้ก็ปรากฏว่า มีน้อยครั้งเช่นกัน ที่ฝ่ายโจทก์ซึ่งเสียเปรียบหรือเสียหายจากการประกอบของธุรกิจในลักษณะข้างต้นจะประสบชัยชนะ แม้ในคดีที่รัฐเป็นโจทก์เองก็เช่นกัน มีเพียงบางคดี (ซึ่งน้อยมาก) ที่รัฐจะประสบผลสำเร็จ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความพยายามร่างกฎหมายขึ้นมาเพื่อเป็นแรงจูงใจให้มีการนำกฎหมายไปใช้บังคับมากขึ้น ดังนั้น ในปี 1914 จึงมีการบัญญัติกฎหมาย Clayton Act ซึ่งมีบทบัญญัติเฉพาะ (Specific provisions) ในเรื่อง Price discrimination (การเลือกปฏิบัติด้านราคา) Tying and exclusive dealing arrangements (การรวมอำนาจบริหารจัดการ) โดยระบุว่า การกระทำเหล่านี้จะถือว่าเป็นความผิดต่อเมื่อเป็นการ

⁷¹ Sherman Act 1890. 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.

ลดการแข่งขันลงอย่างมาก (Substantially lessened competition) และพร้อมกันนั้นได้มีการบัญญัติกฎหมายอีกฉบับ คือ The Federal Trade Commission Act หรือ FTC Act ซึ่งกำหนดกระบวนการพิจารณาดำเนินคดี (Administrative tribunal) และจัดตั้งองค์กรคือ Federal Trade Commission (FTC) ขึ้นมาทำหน้าที่ทำนองเดียวกับ Commerce Commission

ประเด็นที่สำคัญ คือ Clayton Act มิได้บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา ซึ่งต่างจากบทบัญญัติใน Sherman Act เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายนี้ควรดำเนินการโดย FTC มากกว่าการบังคับโดยกระบวนการทางอาญา (Criminal justice system)

ต่อมาในภายหลังมีการออกกฎหมายอีกหลายฉบับเพื่ออุดช่องว่าง (Loopholes) ของกฎหมายทั้งสามฉบับและเพื่อเป็นประโยชน์แก่สหรัฐฯ เองด้วย อาทิเช่น Webb-Pomerenc Act of 1918 ซึ่งบัญญัติยกเว้นให้มีการรวมกลุ่มของธุรกิจเพื่อการส่งออกได้ (Export cartel) เช่นเดียวกับ Merchant Marine Act of 1920 กรณีประกนภัยทางทะเล และ Robinson-Patman Act of 1936 กำหนดความชัดเจนเรื่องการเลือกปฏิบัติด้านราคา Celler-Kefauver of 1950 ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการควบกิจการ เป็นต้น⁷²

3.2.1.2 มาตรการควบคุมการควบรวมธุรกิจ

การควบรวมกิจการ ก็เป็นกรณีหนึ่งที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งการควบหรือรวมกิจการดังกล่าวอาจนำไปสู่การมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่นำไปสู่อำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจ ดังนั้นการรวมกิจการที่ก่อให้เกิดผลเสียทางเศรษฐกิจจึงเป็นการกระทำที่กฎหมายห้าม กล่าวคือธุรกิจมักจะควบหรือรวมกันเพื่อขยายธุรกิจ ลดต้นทุนหรือเพิ่มอำนาจทางการตลาด โดยอาจเป็นการเข้าซื้อหุ้นหรือทรัพย์สินของธุรกิจ การควบหรือรวมกิจการนี้หากก่อให้เกิดการผูกขาดทางการค้าของสหรัฐอเมริกา

1) การควบหรือรวมธุรกิจ (Merger and Acquisition หรือ M&A) ของสหรัฐอเมริกา จะเป็นการคุกคามหรือไม่ต้องพิจารณาจากลักษณะ (Type) ขนาด (Size) และความแข็งแกร่ง (Strength) ของธุรกิจที่เกี่ยวข้อง โดยอาจแบ่งการควบหรือรวมกิจการได้ ดังนี้⁷³

(1) Horizontal Mergers Footnote ที่ 2 ของ Horizontal Merger Guidelines of the National Association of Attorneys General March 30, 1993 ได้ให้ความหมายไว้ว่า คือ การรวมกิจการระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นหรือน่าจะเป็นคู่แข่งกันในสินค้าชนิดเดียวกัน และอยู่ในตลาดเดียวกัน

⁷² สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อ้างแล้ว. หน้า 3.

⁷³ สุนันทา อินทาวรี. (2547). *เกณฑ์การควบรวมกิจการภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 42.

(2) Non-Horizontal Merger ตาม 1984 Non-Horizontal Merger Guidelines ให้คำจำกัดความว่า หมายถึง การรวมกิจการระหว่างผู้ประกอบการที่ไม่ได้อยู่ในตลาดเดียวกัน การรวมกิจการประเภทนี้ไม่ค่อยสร้างปัญหาให้กับการแข่งขันและเป็นกรณีที่ไม่สร้างความเสียหายมากนัก

(3) The Clayton Act of 1914

ในมาตรา 7 ของ The Clayton Act กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ใดได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ของบริษัทอื่น ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ไม่ว่าจะโดยตรงหรือทางอ้อม อันจะส่งผลให้การแข่งขันลดน้อยลงหรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการผูกขาด

การพิจารณามิให้รวมกิจการตามมาตรา 7 สังเกตได้ว่าต้องมีการแสดงถึงผลกระทบต่อการแข่งขันด้วย เพราะจากหลักการของมาตรา 7 นั้น มิใช่ความผิดเด็ดขาดในตัวแต่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่า การรวมกิจการนั้นทำให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมากหรือก่อให้เกิดการผูกขาดหรือไม่ ดังนั้นหากการรวมกิจการใดไม่มีผลให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมากหรือก่อให้เกิดการผูกขาด การรวมกิจการนั้นก็สามารถกระทำได้ตามมาตรา 7 ได้กำหนดถึงผลของการรวมกิจการต่อการแข่งขันไว้ค่อนข้างกว้างว่า ทำให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมากหรือก่อให้เกิดการผูกขาด เพื่อพิจารณาความเป็นไปได้ถึงผลกระทบดังกล่าวอาจไม่เกิดขึ้นในทันทีในขณะที่มีการรวมกิจการ ดังนั้น หากมีความเป็นไปได้ว่าการควบรวมกิจการนั้นอาจส่งผลทำให้การแข่งขันลดลง การรวมกิจการนั้นก็จะถูกห้ามมิให้กระทำ⁷⁴ และสำหรับการการแจ้งขออนุญาตการ

⁷⁴ The Clayton Act 1914. Section 7 (Section 18 of Chapter 15U.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...”

ควรวรมกิจการนั้นจะมีกำหนดไว้ในเรื่อง Premerger notification and waiting period ซึ่งมีกำหนดไว้ในมาตรา 7A ของ Clayton Act

มาตรา 7A⁷⁵ ของ Clayton Act กำหนดเรื่อง Premerger notification and waiting period ไว้ว่าบุคคลใดประสงค์ได้มาทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งหุ้นหรือทรัพย์สินใดๆ หรือได้มาโดยการเสนอซื้อของกิจการใดๆ ทั้งผู้โอนและผู้รับโอนจะต้องแจ้งข้อมูลโดยละเอียดต่อคณะกรรมการและผู้ช่วยอัยการสูงสุดที่ทำหน้าที่บริหารแผนการป้องกันการผูกขาด เพื่อให้ประกอบในการพิจารณาว่าการได้มาดังกล่าวขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือไม่ ถ้า

(1) บุคคลที่เข้ามาถือสิทธิในหุ้น สิทธิพันธบัตร หรือบุคคลซึ่งหุ้นหรือสิทธิพันธบัตรจะถูกถือสิทธิได้ดำเนินการในทางพาณิชย์ หรือมีผลต่อการพาณิชย์

(2)

ก. ธุรกิจที่ยังดำเนินอยู่โดยมียอดขายสุทธิปีละ หรือทรัพย์สินทั้งหมดมีมูลค่าตั้งแต่ 10 ล้านดอลลาร์ ซึ่งจะถูกถือสิทธิในหุ้นหรือสิทธิพันธบัตรโดยบุคคลใดๆ ที่มีมูลค่าสิทธิพันธบัตรทั้งหมด หรือยอดขายสุทธิปีละ 100 ล้านดอลลาร์ขึ้นไป

ข. ธุรกิจซึ่งไม่ได้ดำเนินการแล้ว โดยมีสิทธิพันธบัตรทั้งหมดมูลค่า 10 ล้านดอลลาร์ขึ้นไป ซึ่งจะถูกถือสิทธิในสิทธิพันธบัตรโดยบุคคลใดที่มีมูลค่าสิทธิพันธบัตรทั้งหมด หรือยอดขายสุทธิปีละ 100 ล้านดอลลาร์ขึ้นไป

ค. ธุรกิจซึ่งมียอดขายสุทธิปีละ หรือสิทธิพันธบัตรทั้งหมดมีมูลค่า 100 ล้านดอลลาร์ขึ้นไป ซึ่งจะถูกถือสิทธิในหุ้นหรือสิทธิพันธบัตรโดยบุคคลใดซึ่งมีทรัพย์สินทั้งหมด หรือยอดขายสุทธิปีละ 10 ล้านดอลลาร์ขึ้นไป

(3) การได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือหุ้นใน (2) ข้างต้น ส่งผลให้บุคคลผู้ถือสิทธิ

ก. มีส่วนร่วมในการลงคะแนนเสียงหรือสิทธิพันธบัตรร้อยละ 15 ขึ้นไปในกิจการที่ได้มานั้น

ข. มีมูลค่าโดยรวมของหุ้นและสิทธิพันธบัตรที่ได้มา เกินกว่า 15 ล้านดอลลาร์ แต่การแจ้งข้อมูลดังกล่าวอาจได้รับการยกเว้นถ้าเป็นกรณีตามมาตรา 7A (c) เช่น การได้มาซึ่งธนบัตร การจ้างงาน ใบฝากเงิน ซึ่งผู้ถือสิทธิไม่มีสิทธิในการลงคะแนนเสียง เป็นต้น

โดย FTC และแผนการป้องกันการผูกขาดทางการค้าจะใช้เวลาในการพิจารณา 30 วัน สำหรับการได้มาซึ่งหุ้นและทรัพย์สิน และ 15 วันสำหรับการเสนอซื้อด้วยเงินสด หลังจากนั้นผู้ที่แจ้งข้อมูลทั้ง 2 ฝ่าย จึงจะดำเนินการต่อไปได้

⁷⁵ ศึกษาเพิ่มเติมได้ในภาคผนวก ข. หน้า 192.

2) การมีกรรมการเป็นกลุ่มเดียวกันในหลายกิจการหรือการรวมอำนาจบริหาร จัดการ (Interlocking Directorates) มาตรา 8 ของ Clayton Act ได้บัญญัติห้ามเรื่อง Interlocking Directorates โดยกำหนดห้ามบุคคลเดียวกันดำรงตำแหน่งผู้บริหารหรือเจ้าหน้าที่ใน 2 บริษัทในเวลาเดียวกัน โดยที่แต่ละบริษัทมีเงินทุน ส่วนเกินทุน หรือกำไรที่ยังไม่ได้จัดสรร รวมกันมากกว่า 10,000,000 เหรียญสหรัฐเท่านั้นหากน้อยกว่านี้จะไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัตินี้เพราะถือว่าไม่น่าจะกระทบต่อตลาดโดยรวม⁷⁶

3) Joint Venture (กิจการร่วมค้า) กิจการร่วมค่านั้นถือได้ว่าเป็นการรวมกิจการในรูปแบบหนึ่ง และอาจเป็นผลให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันหรือก่อให้เกิดการผูกขาดได้เช่นกัน สำหรับ สหรัฐอเมริกานั้นได้กำหนดให้กิจการร่วมค่านั้นอยู่ภายในบังคับของ Horizontal Merger

⁷⁶ The Clayton Act 1914.. 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)

(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 51,000,000, as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection; V

(B) the competitive sales of either corporation are less than 2 per centum of that corporation's total sales; or

(C) the competitive sales of each corporation are less than 4 per centum 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...”.

Guidelines เช่นเดียวกับการรวมกิจการแบบแนวนอนโดยวิธีอื่นๆ หากกิจการร่วมค้ำนั้นมึลักษณะดังต่อไปนี้⁷⁷

- (1) ผู้ที่เข้าร่วมในกิจการร่วมค้ำนั้นเป็นคู่แข่งกันเ็นทางธุรกิจในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- (2) การเกิดขึ้นของการรวมตัวกันมีความสัมพันธ์กับประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นของการรวมตัวกันของกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- (3) การรวมตัวกันนั้นเป็นการจำกัดการแข่งขันทั้งหมดระหว่างผู้ที่เข้าร่วมในตลาดที่เกี่ยวข้อง และ
- (4) การรวมตัวกันนั้นไม่ได้สิ้นสุดลงไปในาภยระยะเวลาที่จำกัดตามสมควรตามข้อสัญญาที่เฉพาะเจาะจงและชัดเจนของการรวมตัวนั้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว จะใช้เกณฑ์ระยะเวลา 10 ปี เป็นระยะเวลาที่ยาวนานเพียงพอเพื่อพิจารณาว่ากิจการร่วมค้ำนั้นถือเป็นการรวมกิจการ (Merger)

อย่างไรก็ตาม ในปี 1984 แผนกป้องกันการผูกขาดได้ปรับปรุงแก้ไข Guidelines ที่เกี่ยวข้องในการรวมหรือควบกิจการ เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้เป็นแนวทางโดยหลักเกณฑ์ในการรวมนี้ ระบุว่า การรวมกิจการกันนั้นเป็นสิ่งที่กระทำได้ เว้นแต่จะเป็นการกระทำที่เพิ่มหรือส่งเสริมอำนาจทางการตลาดของกิจการจนกระทั่งทำให้กิจการนั้นมีสัดส่วนในตลาดในลักษณะที่เป็นการผูกขาด หรือทำให้ในตลาดมีผู้ขายน้อย ซึ่งส่งผลให้มีการคงราคาไว้เหนือระดับการแข่งขัน โดยหลักเกณฑ์ได้ให้ความหมายของอำนาจทางการตลาดไว้ว่า หมายถึงความสามารถของผู้ขายในการคงไว้ซึ่งราคาเหนือระดับการแข่งขันในช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือตามความสามารถของผู้ซื้อในการลดราคาให้ต่ำกว่าระดับการแข่งขัน ในการประเมินว่าธุรกิจหรือกิจการที่รวมกันมีอำนาจทางการตลาดหรือไม่ ให้พิจารณาจากความยืดหยุ่นของอุปทาน แต่จะไม่ถือว่าการรวมกิจการกันนั้นมีอำนาจทางการตลาดหากปรากฏ ดังนี้

- (1) ผู้บริ โภคเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่นแทน
- (2) ผู้บริ โภคเปลี่ยนไปบริ โภคสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตโดยผู้ผลิตรายอื่น
- (3) ผู้ผลิตสินค้าอื่นได้ใช้ประโยชน์จากการขึ้นราคาสินค้าตามหลักความยืดหยุ่นของอุปทานโดยอาจจะเป็นการเปลี่ยน ไปผลิตสินค้าอื่นหรือเปลี่ยนมาผลิตสินค้าที่ขึ้นราคานั้น

ต่อมาในปี 1992 กระทรวงยุติธรรมและ FCT ได้ร่วมกันเป็นครั้งแรกในการออก 1992 Merger Guidelines เกี่ยวกับการรวมกิจการในแนวนอน และศาลในภายหลังได้วางหลักไว้ว่า หากเป็นการรวมกิจการในลักษณะ Non-horizontal mergers จะพิจารณาตาม 1992 Guidelines ส่วน

⁷⁷ สารัฐ ไครปียะวงษ์. (2550). *มาตรการควบคุมการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 56.

1984 Guidelines จะใช้กับเรื่อง Vertical และ conglomerate mergers ส่วนการพิจารณาความหมายเรื่องตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ประสิทธิภาพของตลาด จะเป็นไปตามที่ 1992 และ 1984 Guidelines ได้กำหนดไว้

ในการพิจารณาว่าการรวมหรือการควบกิจการจะเป็นการคุกคามต่อการลดการแข่งขันหรือไม่นั้นตามมาตรา 4 ของแนวทางพิจารณาของคณะกรรมการการค้า ให้หลัก HHI: Herfindahl Hirschman Index ในการคำนวณระดับการรวมตัวของธุรกิจ ทั้งก่อนและหลังการรวมหรือการควบกิจการ

กล่าวคือ ค่า HHI จากการคำนวณเปอร์เซ็นต์ส่วนแบ่งการตลาดของแต่ละบริษัท (ในตลาดนั้น) ยกกำลังสองรวมกัน

ในการพิจารณาถึงการคุกคามต่อการลดการแข่งขัน กระทรวงยุติธรรมได้วางหลักไว้ให้สำนักงานอัยการสูงสุดใช้ในการพิจารณา กล่าวคือ จะแบ่งระดับค่า HHI ที่เพิ่มขึ้นเป็น 3 ระดับดังนี้

- (1) ค่า HHI ต่ำกว่า 1000 ถือว่าไม่มีผลเป็นการคุกคามต่อการลดการแข่งขัน
- (2) ค่า HHI ระหว่าง 1000-1800 ถือว่ามีผลพอสมควร
- (3) ค่า HHI เกินกว่า 1800 ขึ้นไป ถือว่ามีผลอย่างมาก

การควบรวมธุรกิจของสหรัฐอเมริกานั้นจะพิจารณาเกณฑ์ส่วนแบ่งที่ 75% นอกจากนี้ ก็ยังมีการพิสูจน์ถึงประสิทธิภาพ

การแจ้งการควบรวมตามมาตรา 7A ได้บัญญัติให้ผู้ที่ต้องการได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ใดๆ ของกิจการทั้งผู้โอนและผู้รับโอนจะต้องแจ้งข้อมูลโดยละเอียดต่อคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) FTC โดยมีขั้นตอนแจ้งข้อมูลก่อนการรวมธุรกิจ ดังนี้

(1) ฝ่ายที่ต้องการควบรวมหรือซื้อหุ้นหรือซื้อสินทรัพย์ต้องแจ้งและยื่นรายการคำขอต่อ FTC และ DOJ

(2) เมื่อแจ้งต่อ FTC และ DOJ ชำระค่าธรรมเนียมในการยื่นรายการแล้วผู้ที่จะทำการควบรวมนั้นจะต้องรอการพิจารณาเป็นระยะเวลา 30 วัน ก่อนที่จะดำเนินการควบรวมกิจการต่อไปได้ เรียกว่า Waiting Period โดยใช้ระยะเวลา 30 วัน และก็สามารถขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ยื่นคำขอได้ซึ่งในกรณีนี้สามารถขยายระยะเวลาออกไปได้อีก 30 วันนับตั้งแต่ฝ่ายที่ประสงค์ควบรวมส่งข้อมูลหรือเอกสารให้เป็นที่เรียบร้อยแล้วแต่ในกรณีที่เป็นการควบรวมโดยใช้เงินเพียงอย่างเดียวจะ

สามารถขยายออกไปได้ไม่เกิน 10 วัน ซึ่งทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีระยะเวลาเพียงพอที่จะวิเคราะห์ข้อมูลและมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามสมควร⁷⁸

3.2.1.3 องค์กรและการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

การบริหารและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า มีหน่วยงานสำคัญของรัฐทำหน้าที่แบ่งเป็น 2 หน่วยงาน คือ คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางหรือคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) FTC และ แผนกป้องกันการผูกขาดของกระทรวงยุติธรรม (Department of justice) DOJ อีกทั้ง กฎหมายป้องกันการผูกขาดยังได้กำหนดเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอีกประเภทหนึ่งซึ่งถือว่ามีส่วนในการบังคับใช้กฎหมายบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพนั่นคือ การกำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้สามเท่าพร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในคดีและค่าทนายความด้วย

1) Federal Trade Commission: คณะกรรมการการค้า หรือ FTC เป็นองค์กรอิสระซึ่งจัดตั้งโดยอาศัยอำนาจตาม FTC Act ประกอบด้วยกรรมการ 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยความเห็นชอบของวุฒิสภา (The Senate) มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี FTC ทำหน้าที่ควบคุมดูแลหน่วยงานใหญ่ 2 สำนักงาน (Bureau) คือ Bureau of Competition และ Bureau of Consumer Protection โดยแต่ละสำนักงานจะมีหน้าที่ทั้งที่เป็นนักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ทำหน้าที่ในการสืบสวนและสอบสวน (Investigation) และดำเนินคดี (Prosecution) เกี่ยวกับการทับซ้อนกัน (Overlap) กับแผนกป้องกันการผูกขาดภายใต้กระทรวงยุติธรรม (Antitrust Division of the Department of Justice) เพราะทั้งสององค์กรร่วมกันรับผิดชอบในการบังคับใช้ทั้ง Sherman Act และ Clayton Act เว้นแต่ในทางอาญาที่จะอยู่ในอำนาจของแผนกป้องกันการผูกขาด แต่จะพิจารณาว่าการกระทำใด เป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นไปตาม FTC Act

2) Antitrust Division of the Department of Justice : แผนกป้องกันการผูกขาดภายใต้กระทรวงยุติธรรมถือเป็นหน่วยงานหนึ่งภายใต้กระทรวงยุติธรรม ทำหน้าที่เสมือนสำนักงานกฎหมาย (as a law firm) รับผิดชอบในการบังคับใช้ทั้ง Sherman Act และ Clayton Act ทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยส่วนใหญ่แผนกป้องกันการผูกขาดจะดำเนินคดีทางอาญาก็ต่อเมื่อเป็นความผิดที่ร้ายแรง (Hardcore antitrust offenses) อาทิเช่น การกำหนดราคา (Price fixing) การเข้าประมูลโดยมิชอบ (Bid rigging) ซึ่งส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรง (Anticompetitive effect is excessive) แผนกป้องกันการผูกขาดมีอำนาจในการออกหมายเรียก (Subpoena power) ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาเพื่อให้บุคคลมาให้การ (Oral information) หรือเพื่อขอเอกสารหลักฐาน (Documentary information) จากธุรกิจที่

⁷⁸ ชลาลัย บุญเปี่ยม. อ่างแล้ว. หน้า 76-77.

กล่าวหาและผู้ที่เกี่ยวข้อง อาทิ ผู้จำหน่าย (Suppliers) ธุรกิจที่แข่งขัน (Competitors) ลูกค้า (Customers) และพนักงาน (Employees)⁷⁹

3) การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาในหลายระดับ (Several level) การบังคับใช้โดยฝ่ายรัฐ (Public enforcement) ในระดับประเทศสหรัฐอเมริกาในแผนกป้องกันการผูกขาด และคณะกรรมการการค้าหรือประเทศสหรัฐ (Federal level) อยู่ในอำนาจของแผนกป้องกันการผูกขาดและคณะกรรมการการค้าหรือ FTC ส่วนในระดับรัฐ (State level) อัยการรัฐ (State attorney) จะมีอำนาจภายใต้ Sherman Act ในการฟ้องร้องแทนผู้บริโภคที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐตนเพื่อเรียกค่าเสียหาย (damages) หรือเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยธรรม (Equitable relief) โดยผู้บริโภคในฐานะเอกชนจะมีสิทธิฟ้องตามกฎหมายนี้ เมื่อธุรกิจ (Business) หรือทรัพย์สิน (property) ของเขาได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยการฟ้องร้องนั้น โจทก์สามารถเรียกร้องความเสียหายได้สามเท่า (Treble damages) หรือขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น (Injunctive relief) พร้อมกับเรียกให้จำเลยรับผิดชอบในค่าทนายและค่าใช้จ่ายพอสมควร (Reasonable attorney's fees and costs)⁸⁰

(1) การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน (Private Enforcement)

เมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด มาตรา 4 ของ Clayton Act ได้ให้สิทธิแก่เอกชนในการเรียกร้องค่าเสียหายได้ 3 เท่า รวมถึงค่าทนายความและใช้สิทธิในการฟ้องเพื่อขอให้ศาลสั่งจำเลยดำเนินการเพื่อเยียวยาความเสียหายตามมาตรา 6 โดยตามมาตรา 4B ระบุว่าต้องดำเนินการฟ้องร้องภายใน 4 ปี นับแต่โจทก์ได้รับความเสียหาย⁸¹

ศาลได้กำหนดหลักการในการพิจารณาตัดสินซึ่งฟ้องโดยเอกชนไว้ ดังนี้

(1.1) ความเสียหายต่อธุรกิจและทรัพย์สิน (Injury to business or property)

คำว่า “ธุรกิจ” นั้นได้รับการตีความจากศาลว่าหมายถึงความรวมถึงผลประโยชน์ในทางการพาณิชย์ (Commercial interest) ด้วยเช่นเดียวกับคำว่า “ทรัพย์สิน” นั้นก็ให้ความหมายรวมถึงสิทธิประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของทรัพย์สิน (Property interest) ด้วยและในคดีนำมาใช้ส่วนตัว (Personal use) เกินกว่าราคาที่เหมาะสมจะเป็นถือว่าเขาได้รับความเสียหายในทรัพย์สินตามมาตรา 4 นอกนั้น มาตรา 6 ของ Clayton Act ก็ระบุว่าเพียงแต่โจทก์แสดงให้เห็นได้ว่ามี การคุกคามที่ก่อให้เกิดความสูญเสียหรือเสียหาย (Threatened loss or damage) ต่อธุรกิจหรือทรัพย์สิน

⁷⁹ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อ้างแล้ว. หน้า 22.

⁸⁰ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อ้างแล้ว. หน้า 23

⁸¹ ZenithRadio Corp, V. HazeltineResearch Inc.401 U.S.321,338 (1971).

ของตน ซึ่งเป็นผลมาจากการที่จำเลยฝ่าฝืนต่อกฎหมายการผูกขาดก็เป็นเหตุผลเพียงพอแล้วในการ
ดำเนินคดี⁸²

(1.2) ความเสียหายจากการกระทำผิด (Antitrust injury)

ในคดี Brunswick Corp. V. Pucblo Blow-O-Mat, Inc. 429 U.S.477 (1997) ได้ตีความมาตรา 4 ว่าในการที่เอกชนดำเนินการฟ้องร้องตาม Clayton Act เพื่อเรียกค่าเสียหาย โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าธุรกิจหรือทรัพย์สินของตนได้รับความเสียหาย (Actual injury) และการเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของจำเลยซึ่งฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยในคดีนี้ โจทก์มีหลายคนซึ่งต่างเป็นเจ้าของบริษัทที่ผลิตลานวิ่งของโบว์ลิง (Bowling alleys) กล่าวหาว่า Brunswick ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตอุปกรณ์ต่างๆ เกี่ยวกับโบว์ลิงได้ซื้อลานวิ่งโบว์ลิงจากบริษัทหนึ่งซึ่งแต่เดิมเป็นคู่แข่งของโจทก์ แต่ปัจจุบันได้เลิกกิจการแล้วเพราะล้มละลาย และอ้างว่าบริษัทนั้นเลิกกิจการก็ต้องออกจากตลาดไปทำให้โจทก์จะได้รับผลกำไรมากขึ้น หากจำเลยไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับ ศาลตัดสินว่าความเสียหายกล่าวอ้างอิงนั้นมิได้เกิดจากการกระทำของจำเลยที่เป็นการลดการแข่งขัน แต่เป็นผลมาจากการแข่งขันนั่นเอง การที่จะอ้างความเสียหายต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงการฝ่าฝืนกฎหมายหรือต่อต้านการแข่งขัน

ภาระในการพิสูจน์ความเสียหาย (Injury requirements) นี้ สร้างอุปสรรคแก่โจทก์พอสมควรดังเช่นในคดี Atlantic Richfield Co. V. USA petroleum Co. (Arco), 495 U.S. 328, 110 S. Ct. 1884, 109 L. & Ed.2d 333 (1990) ซึ่งศาลตัดสินว่า Resale Price Maintenance หรือ RPM เป็นการกระทำผิด (Illegal per se) แต่การที่จำเลยกำหนดราคาขั้นสูงไว้ (Maximum price) ที่ระดับซึ่งขจัดคู่แข่ง (Non-predatory level) ก็ถือได้ว่าไม่พบความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด

(1.3) สิทธิในการฟ้องคดี (Standing)

ในคดี BlueShield of Virginia V. McCready ศาลตัดสินว่ามาตรา 4 ของ Clayton Act ให้สิทธิแก่โจทก์คือ McCready ผู้ถือกรรมกรรมประกันสุขภาพในการฟ้องบริษัทประกันเกี่ยวกับการสมคบกับแพทย์ (Physicians) ปฏิเสธที่จะติดต่อ (Refusal to deal) กับจิตแพทย์ (Psychologist) ผู้ซึ่งโจทก์ใช้อยู่และโจทก์ต้องการให้ผู้ประกัน คือ Blue Shield จ่ายค่ารักษาให้กับจิตแพทย์นั้นแทนโจทก์⁸³ เพราะในการพิจารณาสิทธิในการฟ้องต้องคำนึงถึงความเชื่อมโยงทางกายภาพและทางเศรษฐศาสตร์ (Physical and economic nexus) ระหว่างการกระทำที่กล่าวหาว่าฝ่าฝืนกฎหมายและความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อนี้ ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องบังเอิญและห่างกัน

⁸² Reiter V. Sonotone Corp., 422 U.S.330 (1979).

⁸³ BlueShield of Virginia V. McCready, 457 U.S. 465, 102 S.Ct.2540, 73 L.Ed.2d 149 (1982).

เกินไป (Too fortuitous and remote) ที่โจทก์จะนำมากล่าวอ้างในการฟ้องร้อง ศาลถือว่าโจทก์ได้รับความเสียหายแล้วการที่จำเลยทำลายสภาพการแข่งขันด้วยการ “เลือก” ที่จะจ่ายเงินให้กับบุคคลที่จำเลยต้องการเท่านั้น

(1.4) การเป็นผู้ซื้อโดยตรง (Direct Purchasers)

ในคดี Illinois, Bricks Co. V Illinois, 431 U.S. Illinois, 431 U.S. Illinois, 431 U.S. 720, 97 S.Ct.2061, 52 L.Ed. 2d70 (1977) ศาลตัดสินว่า ผู้ที่จะเรียกค่าเสียหายจากการขายสินค้าเกินราคาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Illegal overcharges) จะต้องเป็นผู้ซื้อสินค้านั้นโดยตรงจากหนึ่งในผู้ที่สมคบกันกระทำความผิด (One of the conspirator) โดยปกติผู้ซื้อโดยอ้อม (Indirect purchasers) ไม่มีสิทธิตามมาตรา 4 ของ Clayton Act ในการจะฟ้องร้องโดยอ้างว่าผู้ซื้อโดยตรงได้ “ถ่ายโอน” (Pass on) การซื้อสินค้าเกินราคามายังตนแล้วการที่ศาลตัดสินเช่นนี้ก็ด้วยเหตุที่ว่าหากยอมให้สิทธิแก่ผู้ซื้อโดยอ้อมแล้วจะสร้างความยุ่งยากในกระบวนการบริหารจัดการ เนื่องจากศาลต้องย้อนสอบทวนสอบไปถึงราคาและจุดของความเสียหายให้แก่ผู้กล่าวอ้างแต่ละคน ความไม่แน่นอนในราคาที่ถูกขายเกินให้ผู้ซื้อแต่ละคนอาจลดความสนใจในการฟ้องร้องและความซับซ้อนของการทวนสอบและการแบ่งสรรอาจนำไปสู่การชดใช้ความเสียหายอย่างซ้ำซ้อน และในที่สุดอาจเป็นอุปสรรคจนเกินไปกับการดำเนินธุรกิจทั่วไป

(2) การบังคับใช้กฎหมายจากภาครัฐ (Public Enforcement) การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยภาครัฐ มีหน่วยงานสำคัญมี 2 หน่วยงาน คือ แผนกป้องกันการผูกขาด และคณะกรรมการการค้าหรือ FTC โดยแต่ละหน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

(2.1) แผนกป้องกันการผูกขาด

แผนกป้องกันการผูกขาด มีผู้บริหารสูงสุดคือ ผู้ช่วยอัยการสูงสุด (Assistant Attorney General) ซึ่งจะถูกเสนอชื่อ (Nominated) โดยประธานาธิบดี และได้รับการรับรอง (Confirmed) โดยวุฒิสภา แผนกป้องกันกันผูกขาดมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยทางแพ่งแผนกดังกล่าวมีอำนาจในการสั่งให้ธุรกิจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใดๆ ได้ (equitable relief e.g., an injunction forbidding specific conduct) และในกรณีที่เป็นโจทก์แทนสหรัฐอเมริกา ก็สามารถเรียกค่าเสียหายได้ถึงสามเท่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น (treble damages) โดยกำหนดอายุความ 4 ปี ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4B ของ Clayton Act จะไม่นำมาใช้บังคับการดำเนินคดี โดยแผนกป้องกันการผูกขาด หรือคณะกรรมการการค้า

แผนกป้องกันการผูกขาดเท่านั้น ที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยต้องดำเนินการภายใน 5 ปี นับแต่เกิดการกระทำความผิด แต่ถ้าการกระทำความผิดนั้นได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่อง (Illegal conspiracy is continuing in nature) ระยะเวลา

เริ่มต้นให้นับจาก “การกระทำครั้งสุดท้าย” (Last act) และเพื่อเป็นการสนับสนุนและจูงใจให้มีการเปิดเผยเกี่ยวกับการกระทำความผิดให้มากขึ้น แผนกป้องกันการผูกขาดได้ออก Corporate Leniency Policy, August 10, 1993 เพื่อนิรโทษกรรมให้กับธุรกิจ (Corporation) ที่ให้ข้อมูลหรือรายงาน (Report) เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด และให้ความร่วมมือในการสอบสวนคดีอาญา หมายความว่า ธุรกิจที่รายงานหรือให้ข้อมูลจะไม่ได้รับโทษทางอาญาเกี่ยวกับความผิดที่ให้ข้อมูลนั้น โดยต้องมาให้ข้อมูลหรือรายงานก่อนเริ่มการสอบสวน และต้องอยู่ในเงื่อนไขตามที่ระบุในข้อ A ของ Policy ซึ่งมี 6 ประการ ดังนี้

- เมื่อธุรกิจมาให้ข้อมูลหรือรายงานดังกล่าว แผนกป้องกันการผูกขาดยังไม่เคยได้รับข้อมูลนั้นจากแหล่งใดๆ มาก่อน

- เมื่อธุรกิจนั้นค้นพบว่ามี การกระทำความผิดข้างต้น ก็ได้หยุดการมีส่วนร่วมกับการกระทำผิดนั้นอย่างสิ้นเชิงในทันที (Took prompt and effective action to terminate its parts in the activity)

- ธุรกิจได้ให้ข้อมูลหรือรายงานอย่างเปิดเผยตรงไปตรงมา (Candor) และสมบูรณ์ (Completeness) ขณะเดียวกันก็ให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ และต่อเนื่องกันแผนกป้องกันการผูกขาดในตลอดกระบวนการสอบสวน

- คำสารภาพในการกระทำความผิด ถือว่าเป็นการกระทำของบริษัทซึ่งแตกต่างหากจากคำสารภาพของผู้บริหารหรือพนักงานแต่ละคน

- ธุรกิจควรชดใช้ความเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหาย หากเป็นไปได้

- ธุรกิจมิได้ขู่บังคับ (Coerce) บุคคลใดให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิด และเป็นที่ยึดแย้งว่าธุรกิจไม่ได้เป็นผู้นำ (Leader) หรือผู้ริเริ่ม (Originator) ในการกระทำความผิด

ในกรณีที่ธุรกิจมาให้ข้อมูลหรือรายงานหลังจากที่เริ่มมีการสอบสวนแล้ว ระบุว่า แผนกป้องกันการผูกขาด อาจพิจารณาว่าควรให้นิรโทษกรรมแก่ธุรกิจก็ได้ ถ้าการให้ข้อมูลดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใด โดยต้องคำนึงถึงกระบวนการกระทำความผิด บทบาทของธุรกิจนั้นในการกระทำผิดและช่วงระยะเวลาที่ธุรกิจมาให้ข้อมูลประกอบกัน ในท้ายที่สุดอัยการสูงสุดจะเป็นผู้ให้คำตัดสิน (Final decision)ว่าจะนิรโทษกรรมให้กับธุรกิจหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการให้ข้อมูลเมื่อใดโดยพิจารณาจากหลักฐานและข้อมูลตามที่ Office of Operations ได้เสนอมา

การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายนี้ ถือได้ว่าเป็นการแก้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในระดับหนึ่ง เพราะปัญหาที่แต่ละประเทศประสบ คือการได้มาซึ่งข้อมูลหรือหลักฐานที่จะพิสูจน์ถึงการกระทำความผิด เพื่อนำมาใช้ประกอบในการดำเนินคดีการนิรโทษกรรม

ตามหลักเกณฑ์ข้างต้นเป็นทางออกที่ดีที่สุด เจื่อนใจที่วางไว้ก็มีความเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ธุรกิจควรจะชดเชยความเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหายในระดับหนึ่ง และการที่เข้ามาให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์เขาก็ได้รับการยกเว้นโทษทางอาญา ซึ่งเป็นการจูงใจที่ดี

(2.2) คณะกรรมการการค้า

คณะกรรมการการค้า (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “FTC”) ทำหน้าที่ร่วมกับกระทรวงยุติธรรมในการบังคับใช้ Clayton Act ประกอบด้วยกรรมการ 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดี และรับรองโดยวุฒิสภาพ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี กรรมการมาจากพรรคการเมืองเดียวกัน (Same political party) มีได้ไม่เกิน 3 คน สำนักงานการแข่งขัน (Bureau of Competition) จะเป็นผู้เตรียมงานและจัดหาข้อมูล (develop) เกี่ยวกับคดีป้องกันการผูกขาด (Antitrust cases) โดยความช่วยเหลือของสำนักงานเศรษฐศาสตร์ (Bureau of Economics) FTC จะทำหน้าที่หลักในการพิจารณาชี้ขาดคดี (Administrative adjudication)

เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการสอบสวนและการดำเนินคดีที่ซ้ำซ้อนกัน (Duplicative investigations and prosecutions) ระหว่าง FTC และกระทรวงยุติธรรม ทั้งสองฝ่ายจะร่วมมือกันในการแจ้งข้อมูลให้อีกฝ่ายทราบก่อนเริ่มสอบสวนและร่วมกันพิจารณาว่าหน่วยงานใดควรจะเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีนั้นๆ

ทั้ง FTC และกระทรวงยุติธรรมมักจะใช้วิธีการกำหนดนโยบาย (Policymaking tools) มากกว่าดำเนินคดี กล่าวคือ จะร่วมกันจัดทำ Guidelines เป็นแนวทางให้ธุรกิจได้ดำเนินการให้ถูกต้องเพื่อจะได้ไม่กระทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด และขณะเดียวกันทั้งสองหน่วยงานก็จะให้คำแนะนำแก่หน่วยงานต่างๆ ของรัฐ เช่น คณะกรรมการร่างกฎหมาย กฎระเบียบ ให้ทราบถึงผลของกฎเกณฑ์ และบทบัญญัติต่างๆ ที่มีต่อการแข่งขัน (Competition effects)⁸⁴

3.2.1.4 คดีศึกษา

1) คดี Procter & Gamble⁸⁵

บริษัท Procter & Gamble (จำเลย) ได้ซื้อบริษัท Clorox ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตน้ำยาฟอกขาวที่ส่วนแบ่งตลาดสูงสุด คือ 48.8% และมียอดขายประมาณ 40 ล้านเหรียญสหรัฐ บริษัทคู่แข่งที่มีส่วนแบ่งตลาดอันดับสองมีส่วนแบ่งตลาด 16% และบริษัทที่ส่วนแบ่งตลาดสูงสุด 4 บริษัทแรกมียอดขายส่วนแบ่งตลาดรวมกัน (CR4) เท่ากับ 65% และ CR6 เท่ากับ 80% และส่วนแบ่งตลาดที่เหลืออีก 20% เป็นส่วนแบ่งตลาดของบริษัทคู่แข่งขนาดเล็กประมาณ 200 บริษัท บริษัท

⁸⁴ สุนันทา อินทวาริ. อ้างแล้ว. หน้า 40-42.

⁸⁵ FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967).

Clorox มีสินทรัพย์มูลค่าประมาณ 12 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และมี 8 บริษัทที่เป็นคู่แข่งเท่านั้นที่มีสินทรัพย์มูลค่าเกิน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ น้ำยาซักผ้าขาวทุกยี่ห้อที่มีคุณสมบัติทางเคมีเหมือนกัน บริษัทจำหน่ายมียอดขายมากกว่า 500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และมีส่วนแบ่งตลาดผงซักฟอก 55% ซึ่งผงซักฟอกจะขายโดยใช้การ โฆษณาแก่ผู้ซื้อเป็นกลุ่มเดียวกันกับกลุ่มน้ำยาฟอกขาวและจำหน่ายผ่านร้านจำหน่ายเดียวกัน จำเลยมีงบสำหรับ โฆษณาสินค้าประมาณ 80 ล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปี จำเลยเคยวางแผนที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดน้ำยาฟอกขาว แต่ได้เปลี่ยนแผนธุรกิจโดยการซื้อบริษัท Clorox แทนและจำเลยเห็นว่าจะสามารถขยายส่วนแบ่งตลาดของบริษัท Clorox ได้ (ซึ่งก็เป็นความจริงโดย 4 ปี ภายหลังจากการรวมธุรกิจ จำเลยขยายส่วนแบ่งตลาดของน้ำยาฟอกขาวยี่ห้อ Clorox ขึ้นถึง 52%)

FTC ไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจโดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของ The Clayton Act มาตรา 7 ที่มุ่งให้ความสำคัญของการรวมธุรกิจใดก็ตาม ต้องไม่ส่งผลให้เกิดการลดการแข่งขันในตลาดอย่างมากและมีแนวโน้มจะทำให้เกิดการผูกขาด FTC เห็นว่าน่าจะส่งผลให้การแข่งขันลดลงด้วยเหตุผล ดังนี้

โครงสร้างตลาดน้ำยาฟอกขาวมีการกระจุกตัวสูงอยู่แล้วโดยมีผู้ประกอบการรายใหญ่เพียง 4 รายและ Clorox ก็มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 48.8 อยู่แล้วหากอนุญาตให้รวมย่อมทำให้มีอำนาจครอบครองตลาดมากขึ้นไปอีก ปัจจัยทางด้านขนาดและฐานะการเงินเมื่อรวมธุรกิจแล้วจะเพิ่มความได้เปรียบคู่แข่งในตลาดน้ำยาฟอกขาวไปอีก การรวมธุรกิจนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะทำให้การแข่งขันในตลาดน้ำยาฟอกขาวหมดไป FTC จึงพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจเป็นผลทำให้การแข่งขันนั้นลดลงอย่างมากและมีแนวโน้มให้เกิดการผูกขาดในตลาดน้ำยาฟอกขาว โดยตัดสินให้ทั้งสองบริษัทแยกออกโดยให้คืนสู่สถานะเดิม

คำพิพากษาของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา การรวมธุรกิจดังกล่าวที่ทำให้การแข่งขันในตลาดน้ำยาฟอกขาวหมดสิ้นไปเนื่องจากไม่มีบริษัทอื่นใดซึ่งมีศักยภาพที่จะเข้าตลาดและแข่งขันกับบริษัท Clorox อีกต่อไป ตลาดน้ำยาซักผ้าขาวเป็นตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย (Oligopolistic) การรวมธุรกิจซึ่งทำให้ตลาดนี้มีผู้ขายน้อยรายลงไปอีก การรวมธุรกิจของจำเลยทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ยิ่งไม่กล้าเข้ามาแข่งขันในตลาดนี้ เพราะจำเลยเป็นบริษัทที่ใหญ่มาก บริษัททั้งหลายในตลาดไม่มีบริษัทใดกล้าลดราคาสินค้าลงมาเพื่อแข่งกับจำเลย

ศาลฎีกามีคำสั่งให้จำเลยขายสินทรัพย์ที่ซื้อมาจากบริษัท Clorox คืนซึ่งทางปฏิบัติเป็นเรื่องยุ่งยากมากและต้องใช้เจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายจำนวนมากในการนำคำพิพากษาของศาลไปปฏิบัติ ทำให้ต่อมาได้นำเข้าไปสู่การออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรวมธุรกิจในแนวนอนในปี ค.ศ. 1968 และกำหนดให้การรวมธุรกิจขนาดใหญ่ต้องขออนุญาตล่วงหน้าตามกฎหมาย The Hart-