

บทที่ 4

วิเคราะห์หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26

ประเทศไทยนั้นถือได้ว่าเป็นประเทศแรกในอาเซียนที่ได้ประกาศบังคับใช้กฎหมาย
แข่งขันทางการค้า ตั้งแต่ พ.ศ. 2542 คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งได้มี
บทบัญญัติที่ครอบคลุม มีทั้งมาตรการป้องกันพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันที่เป็น^{มาตรฐานสากลและนอกราชอาณาจักร} ประเทศไทยแล้ว ประเทศไทยมีกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาใช้บังคับในเวลาที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งในปัจจุบัน
การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ของประเทศไทยในโคนีเชีย ได้บังคับใช้อย่างจริงจังและเป็น^{รูปธรรม} ที่ชัดเจนมากกว่า การบังคับใช้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของ
ประเทศไทยไปแล้ว และในปัจจุบัน ประเทศไทยในกลุ่มสมาชิกอาเซียน ทั้ง ประเทศไทยเวียดนาม ประเทศไทย
สิงคโปร์ และประเทศไทยมาเลเซีย ก็ได้ประกาศบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยสมบูรณ์แล้ว ซึ่งรัฐบาล
ในแต่ละประเทศนั้นได้ให้ความสำคัญของการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าที่เสรีและเป็นธรรมใน
การส่งเสริมขีดความสามารถเพื่อการแข่งขันในเชิงเศรษฐศาสตร์ให้เป็นไปตามกรอบนโยบายและ
กฎหมายแข่งขันทางการค้าของอาเซียน (Competition Policy and Law in ASEAN)

4.1 ปัญหาของคู่กรณัปบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า

ตามกรอบนโยบายและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของอาเซียน (Competition Policy and Law in ASEAN) โดยทั่วไปแล้ว บทบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งที่เป็นสาระและ
ขั้นตอนการบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายเม่นท ซึ่งเรียกว่า “กฎหมายการแข่งขันทางการค้า” และ^{มาตรฐานคุณภาพ} รายละเอียดของการนำกฎหมายไปบังคับใช้จะบัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับรองและกำหนดเป็น^{มาตรฐานคุณภาพ} มาตรฐานคุณภาพและมาตรฐานคุณภาพแม่นท เช่น แนวปฏิบัติและมาตรการอื่นๆ ที่ไม่บังคับให้ต้องปฏิบัติตาม^{มาตรฐานคุณภาพ} ให้จัดตั้งหน่วยงาน “องค์กรกำกับการแข่งขัน” ขึ้น ซึ่งรับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมาย โดยมีหน้าที่หลัก คือ การตรวจสอบและวินิจฉัยคดีต่างๆ^{มาตรฐานคุณภาพ} และกำหนดคุณภาพโดยกรอบกฎหมาย ซึ่งระบบกฎหมายบางระบบบัน្តการวินิจฉัยคดี^{มาตรฐานคุณภาพ} อาจเป็นหน้าที่ของศาลหรือองค์กรอื่น นอกจากนี้ องค์กรกำกับการแข่งขันอาจมีหน้าที่ให้คำแนะนำ

แก้รัฐบาลและฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการแข่งขัน รวมทั้งดำเนินการลงโทษให้ก้าวกระโดดและภาคสั่งคุมปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งการดำเนินการเหล่านี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งจากการอบรมนโยบายและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของอาเซียน (Competition Policy and Law in ASEAN) นั้นไม่ได้วางเกณฑ์ไว้ว่า องค์กรบังคับใช้จะต้องเป็นองค์กรอิสระหรือไม่ ดังนั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กำหนดให้มีองค์กรบังคับใช้ไว้ก็อ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ที่จัดตั้งขึ้นในการค้าภายใน อยู่ภายใต้สังกัดกระทรวงพาณิชย์ ก็ไม่ขัดต่อการอบรมนโยบายที่วางไว้ แต่การไม่เป็นองค์กรอิสระนั้นจะมีปัญหาต่อการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานนั้นเอง ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้านั้นอยู่ภายใต้หน่วยงานที่ไม่มีสภาพเป็นองค์กรอิสระ ซึ่งองค์กรอิสระนั้นหมายถึง องค์กรของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับการกิจของรัฐ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยเป็นองค์กรของรัฐที่มีสถานะพิเศษ ซึ่งได้รับหลักประกันให้สามารถปฏิบัติการกิจหน้าที่ได้โดยอิสระ พ้นจากการแทรกแซงขององค์กรของรัฐอื่น หรือสถาบันการเมืองอื่น รวมทั้งอยู่เหนือกระแสและการกดดันใดๆ ที่เกิดขึ้นภายในสังคมในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง สำหรับกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามักจะมีปัญหาในการบังคับใช้หากยังอยู่ภายใต้การควบคุมของภาคการเมือง เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายที่จะควบคุมพฤติกรรมการผูกขาดของธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีอำนาจในตลาดสูง ซึ่งมักจะเป็นธุรกิจที่มีเส้นสายทางการเมืองหรือไม่บางธุรกิจนั้นก็อาจจะมีนักการเมืองเข้าเป็นหุ้นส่วนอยู่ด้วย สำนักแข่งขันทางการค้า ส่วนใหญ่จึงมีสถานภาพที่เป็นองค์กรอิสระจากฝ่ายบริหาร ได้รับการแต่งตั้งจากนายกรัฐมนตรี ประธานาธิบดี โดยผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา และรายงานผลปฏิบัติงานต่อประธานาธิบดีหรือรัฐสภาโดยตรง เช่น

สหรัฐอเมริกา Federal Trade Commission คณะกรรมการธุรกิจการค้า หรือ FTC เป็นองค์กรอิสระซึ่งขึ้นตั้งโดยอาศัยอำนาจตาม FTC Act แต่ตั้งโดยประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา (The Senate)

ประเทศไทย The Trade commission หรือ JTFC เป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจก้าวทุกการแต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรีโดยผ่านรัฐสภา

สาธารณรัฐเกาหลี คณะกรรมการการค้าโดยธรรม (The Fair Trade Commission of Korea) หรือ KFTC ถูกแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคณะกรรมการวางแผนเศรษฐกิจเป็นผู้เสนอไปยังประธานาธิบดี

ประเทศไทย โคนีเชียสำนักงานคณะกรรมการกำกับดูแลการแข่งขันทางธุรกิจ (The Commission for the supervision of Business Competition) หรือเรียกว่า "KPPU" ซึ่งเป็นสำนักงาน

บริหารรัฐ ที่เป็นอิสระจากผู้บุกรุกทางการตุลาการและนิตินัยัญต์ สามารถได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี

แต่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กำหนดให้มีองค์กรบังคับใช้ไว้ คือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ที่จัดตั้งขึ้นในกรรมการค้าภายใน อยู่ภายใต้สังกัดกระทรวงพาณิชย์ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 การดำเนินการต่างๆ จะต้องอยู่ในสายบังคับบัญชาของระบบราชการที่ไม่มีความเป็นอิสระและมีความล่าช้าในการดำเนินงาน¹ อีกทั้งยังถูกแทรกแซงจากอำนาจทางการเมืองได้ง่าย ซึ่งในสาธารณรัฐเกาหลี เมื่อเริ่มก่อตั้งในปี พ.ศ. 2523 Korea Fair Trade Commission (KFTC) ก็เป็นส่วนหนึ่งของ Economic Planning Board มา ก่อน แต่ต่อมาในปี พ.ศ. 2537 ก็ได้แปลงสภาพมาเป็นองค์กรอิสระโดยที่ผู้อำนวยการของ Korea Fair Trade Commission (KFTC) เทียบเท่ากับรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง และได้รับการปรับตำแหน่งให้สูงขึ้นเทียบเท่ากับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเมื่อปี พ.ศ. 2539 ซึ่งจะเห็นได้ว่าสาธารณรัฐเกาหลีนั้นมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเพื่อให้ องค์กรดังกล่าวบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมีความเป็นอิสระไม่ถูกครอบจำกอำนาจทางการเมือง ทั้งนี้ถ้าหากจะมีการแก้ไข พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แล้วจะต้องมองไปถึงความเป็น อิสระและต้องไม่ถูกแทรกแซงขององค์กรบังคับใช้ด้วย องค์กรบริหารนโยบายแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพนั้นจะต้องมีลักษณะดังนี้

1) มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การแทรกแซงทางการเมือง ในการสืบสวนสอบสวน หรือมีการ กำหนดบทลงโทษหากเห็นว่าเหมาะสม

2) มีหลักการ กฎหมาย ขั้นตอนในบริหารงานที่ชัดเจน โปร่งใส และเปิดเผยต่อสาธารณะ รวมมีการตีพิมพ์และเผยแพร่หลักการ และผลของการใช้คุณพินิจในการตัดสินแต่ละคดีอีกด้วย

3) มีระบบคานอำนาจและตรวจสอบ โดยหมายประเทคโนโลยีมีการแยกอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนและสอบสวนออกจากอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีและสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลยุติธรรมเพื่อตีความกฎหมาย

4) มีอำนาจทางกฎหมายที่จะแทรกแซงหน่วยงานที่กำกับดูแลเฉพาะรายอุตสาหกรรม เช่น กรมการขนส่งทางบก สำนักงานคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ หรือสำนักงานคณะกรรมการ คลาด หลักทรัพย์เมื่อเห็นว่าการกำกับดูของหน่วยงานนี้ไม่โปร่งใสหรือเมื่อพบว่ามี การจำกัดการแข่งขันในตลาด ที่ว่าด้วย

¹ จริน ดำรงหัสด. (2553). “องค์กรกำกับดูและการแข่งขันทางการค้า: ทำไม่ต้องเป็นองค์กรอิสระ”. ฉลักระจับ กระ偲ແປ່ງຂັນທາງການກ້າວ, หน้า 2.

5) ร่วมกำหนดแนวโน้มทางเศรษฐกิจของชาติที่มีผลกระทบต่อระบบและโครงสร้างการแข่งขัน ในตลาด

จากคุณลักษณะทั้ง 5 ประการที่กล่าวมานี้ สำนักแข่งขันทางการค้าของไทยนั้นมีเพียงคุณลักษณะตามข้อ 3 เท่านั้น ยังขาดจากความเป็นอิสระทางการเมือง ขาดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการบังคับใช้ของกฎหมายที่โปร่งใส และยังไม่มีบทบาทในการกำหนดนโยบายของประเทศแต่อย่างใด² ในบรรดาคุณลักษณะทั้ง 5 ที่กล่าวมา ความเป็นอิสระขององค์กรนับว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญและจำเป็นที่สุดต่อสำนักแข่งขันทางการค้าของไทย เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีความเป็นธรรมในการบังคับใช้โดยแท้จริง ด้วยเหตุที่ว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เป็นองค์กรที่มีหน้าที่พิจารณาข้อบังคับในประเด็นที่เกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่จำกัด การแข่งขันหรือไม่เป็นธรรม ซึ่งมีผลต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ผลประโยชน์ของผู้บริโภค และภาคธุรกิจ และยังรวมไปถึงภาพลักษณ์การค้าการลงทุนทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมซึ่งบังคับใช้กฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ที่มีความคล้ายกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็เป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระรายงานการปฏิบัติงานขึ้นตรงกับรัฐสภา เพราะฉะนั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็ควรที่จะยกระดับไปเป็นองค์กรอิสระด้วยเช่นกัน

เนื่องจากภาพลักษณ์ขององค์กรกำกับการแข่งขันจะต้องมีความเป็นกลาง และมีประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน ความเป็นอิสระขององค์กรนั้น ซึ่งจะมีผลทำให้องค์กรนั้นเกิดความคล่องตัวในการบริหารงาน เมื่อเป็นองค์กรอิสระแล้วย่อมมีการบริหารงานในองค์กรได้คล่องตัวกว่าการบริหารองค์กรภายใต้ส่วนราชการที่มีความซับซ้อนและบุ่งมากในการปฏิบัติงานที่จะต้องเป็นไปตามระเบียบและข้อกำหนดของหน่วยงานที่สังกัด ทำให้ขาดความคล่องตัวและขาดบุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญมาปฏิบัติงานในองค์กรได้ และยังทำให้มีการแทรกแซงทางการเมืองกระทำได้ยากยิ่งขึ้นและทำให้องค์กรนั้นมีความน่าเชื่อถือและมีความโปร่งใสในการทำงานมากยิ่งขึ้น เนื่องจากองค์กรจะต้องวินิจฉัยประเด็นการค้าที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ที่มีจำนวนมากของผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าโดยตรง ดังนั้น ความน่าเชื่อถือและความโปร่งใสจึงเป็นสิ่งสำคัญ ความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระต่อการปฏิบัติงาน ปราศจากการแทรกแซงได้นั้นย่อมทำให้องค์กรได้รับความเชื่อถือในการปฏิบัติงานมากขึ้น

² เดือนเด่น นิคมบริรักษ์. (2555). การปฏิรูปเพื่อลดภาระผูกขาดและส่งเสริมการแข่งขันในเศรษฐกิจไทย. กรุงเทพฯ: เป็นไทย. หน้า 28-29.

4.2 ปัญหาการกำหนดรูปแบบการควบรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้า

จากการศึกษาผู้เขียนได้виเคราะห์ถึง สภาพปัญหาของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในส่วนของการควบรวมธุรกิจ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่สามารถบังคับใช้บทบัญญัติในเรื่องนี้ได้ เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีประกาศสำนักงานส่วนแบ่งตลาด ขอดเจนขาย จำนวนทุนจำนวนหุ้น หรือจำนวนสินทรัพย์ ที่มีผลให้บังคับต่อการรวมธุรกิจ แต่ถึงแม้ว่าจะได้มีประกาศของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในเรื่องดังกล่าวออกมาและเป็นผลให้มีการบังคับใช้มาตรา 26 ตาม การบังคับใช้ตามมาตรา 26 นั้น ก็ยังไม่แน่ชัดว่าจะใช้บังคับได้กับการควบรวมธุรกิจในทุกรูปแบบ การตีความในมาตรา 26 นี้ถึงจะสามารถตีความได้ว่าให้บังคับกับการรวมธุรกิจในทุกรูปแบบก็ตาม แต่ก็ได้มีการกล่าวถึงรูปแบบการควบรวมธุรกิจไว้เพียงบางรูปแบบเท่านั้นซึ่งสามารถวิเคราะห์ ประเภทรูปแบบการควบรวมธุรกิจที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 26 ได้ดังนี้

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26 นั้นมีวัตถุประสงค์ที่ควบคุมการควบรวมธุรกิจ เพื่อไม่ให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ได้กำหนดห้ามการควบรวมไว้ทุกประเภท และได้กล่าวถึงรูปแบบการควบรวมธุรกิจไว้ใน มาตรา 26 (1)-(3) ซึ่งสามารถแบ่งเป็นรูปแบบการควบรวมที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 26 แบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

1) “การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริการรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่ หรือธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลง หรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น” (มาตรา 26 (1)) ซึ่งหมายถึงรูปแบบการรวมธุรกิจประเภท การรวมกิจการ (Merger) โดยเป็น การรวมกันของสองบริษัทหรือมากกว่านั้นเป็นการที่ธุรกิจหนึ่งซึ่งหรือรับโอน สินทรัพย์ทั้งหมดของอีกด้วยกัน ทำให้ธุรกิจที่เข้ารวมกิจการคงอยู่แต่บริษัทที่โอนทรัพย์นั้นสิ้นสภาพไป หรืออาจจะขังคงสถานะความเป็นบริษัทตามกฎหมายแต่ไม่ได้ดำเนินธุรกิจแล้วและหากผลของการรวมธุรกิจนั้นทำให้เกิดธุรกิจใหม่ขึ้นมาอีก ก็ถือว่าเป็นรูปแบบการควบกิจการเข้ากัน (Consolidation หรือ Amalgamation) การรวมกิจการเป็นวิธีการซึ่งบริษัทอาจเพิ่มขนาดหรือขยาย เข้าไปในตลาดที่มีอยู่แล้วหรือตลาดใหม่ อาจมีแรงจูงใจต่างๆ ในการรวมกิจการ และผู้ประกอบกิจการนั้นอาจจะใช้เป็นเส้นทางนำไปสู่อำนาจเหนือตลาดได้ นอกจากนี้แล้ว มาตรา 26 (1) ยังได้ครอบคลุมไปถึงลักษณะการควบรวมการควบรวมกิจการ 3 ลักษณะ ทั้งการควบรวมกิจการตามแนวอนันหรือระนาบ (Horizontal Mergers) การควบกิจการแบบแนวตั้ง (Vertical Merger) และการควบรวมกิจการแบบหลากหลาย (Conglomerate Merger) อีกด้วย สำหรับในกรณีที่เป็นเพียงแค่การตกลงกัน

อย่างไรอย่างหนึ่งซึ่งมีผลต่อการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในตลาดสินค้านั้นๆ โดยไม่ได้รวมบริษัทเข้าด้วยกันจะไม่ถือว่าเป็นการรวมธุรกิจ แต่เป็นเพียงการตกลงกันซึ่งจะไม่อญ่ากายนับกับมาตรานี้ แต่จะถูกมองเป็นเรื่องของการตกลงกัน Price Fixing Agreement ตามมาตรา 27 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวเพื่อคุ้มครองตลาดอีกส่วนหนึ่ง

2) “การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมด หรือบางส่วนของธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการ” (มาตรา 26 (2)) หมายถึง การควบรวมแบบ การซื้อกิจการ (Acquisition) ซึ่ง การที่บริษัทนั่นเข้าซื้อกิจการของอีกบริษัทนั่น โดยบริษัทที่เข้าซื้อจะเข้าไปเป็นเจ้าของบริษัทที่ถูกซื้อ โดยการซื้อสินทรัพย์ไม่ว่าเป็นการซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน ก็ได้ การที่บริษัทนั่นเข้าไปซื้อสินทรัพย์ของอีกบริษัทนั่นเพียงอย่างเดียว โดยบริษัทที่ขายสินทรัพย์ยังคงดำเนินธุรกิจต่อไปได้ การซื้อกิจการลักษณะนี้เรียกว่า “Asset Acquisition” หากเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดก็ถือว่าอย่างกายนับกับมาตรานี้

3) “การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมด หรือบางส่วนของธุรกิจอื่น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการ” (มาตรา 26 (3)) ซึ่งหมายถึง การที่บริษัทนั่นเข้าไปซื้อหุ้นทั้งสินทรัพย์และหนี้สินของอีกบริษัทนั่น ด้วยการซื้อหุ้น โดยบริษัทที่ขายหุ้นยังคงดำเนินธุรกิจต่อไปได้ แต่ผู้ถือหุ้นเดิมจะสูญเสียอำนาจในการบริหารให้กับบริษัทที่เข้าไปซื้อหุ้น การซื้อกิจการลักษณะนี้เรียกว่า “Share Acquisition” หรือ “Takeover” การควบรวมแบบการครอบงำกิจการสำหรับการครอบงำกิจการนั้นมีทั้ง บริษัทที่ถูกซื้อกิจการไม่เต็มใจ แต่ถูกอีกบริษัทหนึ่งกว้านซื้อหุ้นจนกระทั่งผู้ถือหุ้นเดิมสูญเสียอำนาจในการออกเสียงและควบคุมกิจการไป เรียกว่า “Hostile Takeover” หรือ การซื้อกิจการแบบไม่เป็นมิตร หรือ บริษัทที่ถูกซื้อกิจการสมัครใจขายหุ้นให้กับพันธมิตร เพื่อให้กิจการสามารถดำเนินการต่อไปได้ เรียกว่า “Friendly Takeover” หรือ การซื้อกิจการแบบเป็นมิตร โดยในส่วนนี้ได้กล่าวถึงกรณีที่ซื้อกิจการโดยการซื้อหุ้นโดยตามกฎหมายผู้ที่ถือหุ้นในสัดส่วน 25% ก็มีอำนาจในการบริหารได้แล้ว

จะเห็นได้ว่า การครอบงำกิจการนั้นมีความหมายที่แคนกว่า การควบรวมกิจการแบบ Acquisition เนื่องจากความหมายของ การควบรวมกิจการแบบ Acquisition จะพิจารณาทั้งในแง่ของหุ้นและสินทรัพย์ ในขณะที่การครอบงำกิจการพิจารณาเฉพาะหุ้นเพียงอย่างเดียว หรืออาจกล่าวได้ว่า การครอบงำกิจการเป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของการควบรวมกิจการแบบ Acquisition ด้วยวิธีการเข้าถือหุ้นแบบ Share acquisition เท่านั้น

จากการศึกษาพบว่า มาตรา 26 ได้หมายถึงการควบรวมธุรกิจทุกประเภทตาม หากได้ตีความจากคำว่า “การรวมธุรกิจตามวาระหนึ่งให้หมายความรวมถึง” นั้นเป็นถ้อยคำที่แสดงว่า รูปแบบของการรวมธุรกิจ ทุกรูปแบบ ยกอยู่ในบังคับของมาตรานี้แล้ว แต่เพียง ได้ยกตัวอย่างโดย

ให้นิยามสำหรับรูปแบบการควบรวมธุรกิจตามมาตรา 26 ไว้เพียง 3 รูปแบบ กล่าวคือ การรวมกิจการ (Merger) การซื้อกิจการ (Acquisition) การครอบงำกิจการ(Take Over) เท่านั้นและยังขาดการให้นิยามในการรวมธุรกิจในรูปแบบอื่นๆ อย่างเช่น Holding Company กิจการร่วมค้า (Joint Venture) และ Interlocking Directorates ซึ่งในต่างประเทศที่มีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ในเรื่องการควบรวมธุรกิjinนี้ ได้มีการกำหนดรูปแบบการควบรวมที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้าไว้ได้ชัดเจนกว่าของประเทศไทยซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

การจัดตั้ง Holding Company ซึ่งเป็น บริษัท ที่มีการประกอบธุรกิจโดยมีรายได้จากการถือหุ้นในบริษัทอื่นเป็นหลัก และไม่มีการประกอบธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญเป็นของตนเอง ซึ่งอาจเป็นการลงทุนในบริษัทในประเทศไทยหรือบริษัทในต่างประเทศ โดยบริษัทโอลดิงจะถือหุ้น หรือหักทรัพย์ทั้งหมดหรือมากกว่าร้อยละ 50 ของบริษัทอื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการควบคุมยิ่งกว่าเพื่อการลงทุน บริษัทที่จัดตั้งขึ้นเพื่อควบคุมดูแลบริษัทอื่น โดยเฉพาะจัดว่าเป็นบริษัทผู้ถือหุ้นอย่างแท้จริง (Pure Holding Company) ส่วนบริษัทที่ทำธุรกิจของตนเองพร้อมกับดูแลบริษัทอื่นด้วยเรียกว่า บริษัทผู้ถือหุ้นแบบผสม (Mixed Holding Company or Holding-operating Company) บริษัทโอลดิงซึ่งเป็นบริษัทที่ใช้เงินทุนเพียงอย่างเดียวเพื่อให้ได้ประโยชน์จากบริษัทที่กำลังดำเนินธุรกิจอยู่ถึงแม้ว่าวัตถุประสงค์หลักของบริษัทที่ตั้งขึ้นมาเพื่อควบคุมการเงินของบริษัทที่ดำเนินธุรกิจอยู่แล้ว มิใช่เพื่อดำเนินการ แต่โดยทั่วไปจะมีผู้แทนของบริษัท Holding เข้าไปเป็นคณะกรรมการบริหาร บริษัทที่ดำเนินธุรกิจอยู่ โดย บริษัทโอลดิง จะเป็นผู้ควบคุมนโยบายการบริหารในบริษัทที่ได้ถือหุ้นไว้ซึ่งเปรียบเสมือนว่า บริษัท โอลดิงนั้นเป็นบริษัทแม่ จึงถือได้ว่าการจัดตั้ง Holding Company นั้น เป็นการควบรวมอิกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งในประเทศไทยนั้นมีการรวมธุรกิจประเภทนี้ให้เห็นกันอยู่บ้างแล้ว เช่น การควบรวมธุรกิจโรงพยาบาล ของ บริษัท เม杰อร์ซีนีเพล็กซ์กรุ๊ป จำกัด (มหาชน) กับบริษัท อิจิวีเอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด (มหาชน) การควบรวมธุรกิจในรูปแบบของ Holding Company โดยวิธีการด้วยการถอนบริษัทอิจิวีเอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด (มหาชน) ออกจากตลาดหักทรัพย์ และมีผลให้อิจิวีเอกลายเป็นบริษัทย่อยของเมเจอร์ฯ 100% และเมเจอร์ซีนีเพล็กซ์กรุ๊ป จำกัด (มหาชน) ได้ประกอบธุรกิจเป็น Holding Company³ ในกฎหมายแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศ ได้มีการมีการควบคุมดังนี้

ในกรณีสหราชอาณาจักรนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ควบคุม กรณีการห้ามจัดตั้ง Holding Company ไว้เป็นการเฉพาะแต่ได้ถือว่า Holding Company เป็นการควบรวมธุรกิจอิกรูปแบบหนึ่ง ที่อาจส่งผล

³ บริษัทที่ทำธุรกิจของตนเองพร้อมกับดูแลบริษัทอื่นด้วยเรียกว่า บริษัทผู้ถือหุ้นแบบผสม (Mixed Holding Company or Holding-operating Company).

ให้เกิดการลดการแข่งขันลงอย่างมากหรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นการสร้างการผูกขาดในตลาดได้ จึงต้องต้องอยู่ภายใต้บังคับของ Section 7A⁴ ของ Clayton Act 1914

กฎหมายแห่งชั้นทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นนั้น ได้มีการกำหนดควบคุม Holding Company ไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจาก ก่อนสหกรณ์ที่สอง เศรษฐกิจของญี่ปุ่นตอกย้ำในการครอบจ้ำทางเศรษฐกิจของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ (Giant business conglomerates) เพียงไม่กี่บริษัท กลุ่มธุรกิจยกษัยใหญ่เหล่านี้ได้แก่ กลุ่ม Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo, Yasuda ฯลฯ ซึ่งเรียกในภาษาญี่ปุ่นว่า Zai-batsu ต่างก็ใช้บริษัทโอลดิ้งตือหุ้นของบริษัทในเครือห้องสืบ กองกำลังสัมพันธมิตร จึงได้เขียนห้ามไว้เพื่อป้องกันไม่ให้ Zai-batsu⁵ พื้นที่น้ำได้อีก เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการสะสมอำนาจทางเศรษฐกิจที่มากเกินไป ซึ่งบัญญัติไว้ใน The Anti-monopoly Law Section 9⁶ นั้น มีทั้งบทบัญญัติเรื่องการห้ามการตั้ง Holding Company ห้ามการแปรสภาพบริษัทที่ดำเนินธุรกิจปกติเป็น

⁴ ศึกษาเพิ่มเติมได้ในภาคผนวก ข. หน้า 192.

⁵ กลุ่ม ไซบัส เป็นกลุ่มที่มีความสัมพันธ์กันในทางเศรษฐกิจและทางเครือญาติโดยสัมพันธ์กับพ่อค้า นายธนาคาร และนักการเมืองไปพร้อมๆกัน ในยุคสมัยเมจิก่อนสหกรณ์ ที่ 2 พบว่ามีกลุ่ม ไซบัส ใหญ่ๆอยู่ประมาณสี่ ห้าค่าย กลุ่มโดยเฉพาะกลุ่ม Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo, Yasuda ภายหลังสหกรณ์ที่ 2 สถาบูญอเมริกา มองว่ากลุ่มเหล่านี้เป็นกลุ่มผูกขาด (MONOPOLY) จึงได้แบ่งกลุ่มเหล่านี้ออกเป็นกลุ่มย่อยๆ เพื่อให้แตกสาขา. โปรดดู รุจยา อากากร, น.ร.ว. (2559). การแบ่งสรรอำนาจทางการเมืองระหว่างกลุ่มนชนและกลุ่มผลประโยชน์: ศึกษากรณีญี่ปุ่น. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.human.cmu.ac.th/courseonline/huge/050104/data/104-12.pdf>. [2559, 5 กรกฎาคม].

⁶ The Anti-monopoly Law. Sec.9 [Prohibition of holding company]

(1) No holding company shall be established.

(2) Any company (including a foreign company; hereinafter the same) shall not operate as a holding company in Japan.

(3) The term "holding company" as used in the preceding two subsections shall mean a company whose principal business is to control the business activities of a company or companies in Japan by means of holding of stock (including shares of partnership; hereinafter the same).

⁶ The Anti-monopoly Law. Sec.9 [Prohibition of holding company]

(1) No holding company shall be established.

(2) Any company (including a foreign company; hereinafter the same) shall not operate as a holding company in Japan.

(3) The term "holding company" as used in the preceding two subsections shall mean a company whose principal business is to control the business activities of a company or companies in Japan by means of holding of stock (including shares of partnership; hereinafter the same).

Holding Company และได้ให้คำจำกัดความของ Holding Company ไว้ว่าเป็นบริษัทที่มีธุรกิจหลักในการควบคุมการดำเนินธุรกิจ ของบริษัทอื่นโดยการถือหุ้น การห้ามตั้ง Holding Company ซึ่งอาจก่อให้เกิดการกระ浊กตัวของอำนาจ เนื้อหาดที่มากเกินไปและ ห้ามมิให้มี Holding Company ที่อาจก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาดหรือการ กระ浊กตัวของตลาด ไม่เพียงแต่ใช้กับ Holding Company เท่านั้น แต่ยังใช้กับบริษัทที่ประกอบธุรกิจปกติด้วย โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยญี่ปุ่น นั้นยังมองไว้ว่า จะมีการเลี่ยงกฎหมายด้วยการให้บริษัทที่ดำเนินธุรกิจปกติเข้าถือหุ้นของบริษัทอื่น เนื่องจากมีการยกเลิกกฎหมาย เรื่องการถือหุ้นของบริษัทใหญ่ จึงให้นำมาตรานี้ไปใช้กับบริษัทที่ประกอบธุรกิจปกติด้วย

สำหรับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ถึงแม้ได้มีบทบัญญัติที่ควบคุม Holding Company ไว้เป็นการเฉพาะแต่กฎหมายไม่ได้ห้ามให้ก่อตั้ง Holding Company โดยจะพิจารณาจากข้อดีและข้อเสียของ Holding Company นั้นๆ ประกอบ ซึ่งระบบ Holding Company จะเป็นความผิดก์ต่อเมื่อหากเป็นการแฝ่ขยายอำนาจเหนือตลาด โดยการจ่ายเงินให้แก่ผู้ถือหุ้นรายย่อย และสร้างช่องว่างระหว่าง Holding Company กับผู้ถือหุ้นรายย่อยอื่นด้วยสิทธิในการควบคุมบริษัท ที่แตกต่างกัน ซึ่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้วางหลักเกณฑ์ข้อจำกัดของ Holding Company ใน The Monopoly Regulation and Fair trade Act 1980 มาตรา 8-2 ในสาธารณรัฐเกาหลีนั้นถึงแม้ว่าจะอนุญาตให้มีการ จัดตั้ง Holding Company ได้แต่ก็ได้วางมาตรการควบคุมไว้โดยระเอียด เพื่อที่จะใช้ข้อบังคับนั้นควบคุมเพื่อให้ Holding Company ที่จัดตั้งขึ้นมาตั้น มีประโยชน์และเป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศมากกว่าที่จะให้โทษ

ในกรณีกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย โคนิเชียไม่ได้วางหลักเกณฑ์ข้อบังคับในการควบคุม Holding Company ไว้โดยเป็นการเฉพาะแต่เมื่อ Holding Company นั้นเป็นการควบรวมรูปแบบหนึ่งและยังเป็นการเข้าควบคุมบริษัทอื่น โดยการเข้าไปถือหุ้นด้วย กีบ่อมที่จะต้องตกลอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Law No. 5 of 1999 มาตรา 27⁷ ในเรื่องสิทธิการครอบครองหุ้น (Share Ownership) ซึ่งได้ห้ามผู้ประกอบการมิให้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของหลายบริษัทที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ

⁷ Law No. 5 of 1999. Article 27: Entrepreneurs are prohibited from holding majority shares at several firms engaged in the same business sector in the same relevant market, or establish several firms engaged in the same business

activities in the same relevant market, if the said ownership causes:

- a. one entrepreneur or a group of entrepreneurs to control 50% (fifty percent) or more of the market share on one type of goods or service; or
- b. two or three entrepreneurs or groups of entrepreneurs to control 75% (seventy five percent) or more of the market share on one type of certain goods or services

ประเภทเดียวกับในตลาดเดียวกัน หรือเปิดบริษัทสาขาบริษัทที่ให้บริการธุรกิจที่คล้ายกันในตลาดเดียวกัน หากทำให้ ผู้ประกอบการรายหนึ่ง หรือกลุ่มผู้ประกอบการกลุ่มนั้นสามารถควบคุมร้อยละ 50 หรือมากกว่า ของส่วนครองตลาดของสินค้าหรือบริการชนิดใดชนิดหนึ่ง หรือผู้ประกอบการสองหรือสามราย หรือกลุ่มผู้ประกอบการจำนวนหนึ่งสามารถควบคุมร้อยละ 75 หรือมากกว่า ของส่วนครองตลาดของสินค้าหรือบริการชนิดใดชนิดหนึ่งของการควบรวมธุรกิจในรูปแบบของ Holding Company ก็ย่อม构成อยู่ภายใต้บังคับของ มาตรา 27 ด้วยเห็นกัน ซึ่งกฎหมายแห่งนั้นห้ามการค้าของประเทศอินโดนีเซียนั้นถึงแม้มีข้อห้ามในการควบรวมไว้แต่กฎหมายนั้นได้ให้ความสำคัญต่อผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นมากกว่าสำหรับในมาตรา 27 ก็จะกำหนดห้ามไว้เฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นในตลาดสินค้าเดียวกันเท่านั้น

การควบรวมธุรกิจด้วยวิธีจัดตั้งกิจการร่วมค้า (Joint Venture) คือ การร่วมธุรกิจของธุรกิจหรือนักคิด ด้วยแต่ 2 คนขึ้นไป ทำสัญญาที่จะร่วมทุนในการผลิตสินค้าหรือบริการร่วมกัน ไม่ว่าจะเป็นเงินทุน ทรัพย์สิน ที่ดิน อาคาร การผลิต เทคโนโลยี บุคลากร หรืออื่นๆ ภายใต้ข้อตกลงหรือสัญญาร่วมค้า โดยมีการกำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายในการดำเนินงานไว้อย่างชัดเจน เช่น การผลิตหรือจำหน่ายสินค้า หรือดำเนินโครงการอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกัน โดยมีการกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้น สิทธิ์ความเป็นเจ้าของ หน้าที่ความรับผิดชอบต่างๆ รวมถึงการแบ่งผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินงาน ทั้งนี้หากเกิดความเสียหายที่ต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยในการร่วมค้านั้นจะต้องมีผู้ร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคล เช่น บริษัทกับบริษัท หรือบริษัทกับบุคคลธรรมชาติที่ทำให้เกิดการร่วมค้านั้น นักจะเกิดจากความต้องการเงินลงทุนหรือทรัพยากรในการลงทุนเพิ่มขึ้น เพื่อสร้างความแข็งแกร่งและสร้างความเติบโตให้กับธุรกิจ โดยอาจเป็นธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้น ธุรกิจที่กำลังประสบปัญหาให้สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ หรือเป็นธุรกิจที่แสวงหาเทคโนโลยีวิทยาการใหม่ๆ ที่ทันสมัย ทั้งนี้เพื่อยกระดับหรือเพิ่มศักยภาพในการดำเนินงานหรือมีความต้องการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างเต็มที่ โดยการ ไปร่วมทุน ซึ่งดำเนินธุรกิจโดยใช้ นโยบายเดียวกันซึ่งเหมือนเป็นกิจการเดียวกัน ดังนั้น กิจการร่วมค้า (Joint Venture) จึงถือได้ว่าเป็นการควบรวมธุรกิจอีกรูปแบบหนึ่ง เช่นกัน สำหรับในกฎหมายแห่งนั้นห้ามการค้าของไทยในมาตรา 26 ไม่ได้มีการกำหนดครุปแบบการควบรวมธุรกิจประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะซึ่งมีความแตกต่างกับกฎหมายของต่างประเทศอย่างมาก ซึ่งใน ต่างประเทศได้มีมาตรการควบคุมกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งสหราชอาณาจักร อเมริกา ประเทศไทย สาธารณรัฐเกาหลี และรวมถึงสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามก็มีการกำหนดและให้บัญญัติ Joint Venture ไว้ในกฎหมายเช่นกัน

จากการศึกษาตามกฎหมายแห่งนั้นห้ามการค้าของสหราชอาณาจักร อเมริกา ได้ให้ความสำคัญต่อการควบคุม กิจการร่วมค้า (Joint Venture) เป็นอย่างมาก ซึ่งถือว่าเป็นการควบรวมธุรกิจอีกรูปแบบหนึ่งซึ่ง

อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการผูกขาดหรือลดการแย่งชิงในตลาดได้เช่นเดียวกัน สรุปโดยメリคจึงได้วางมาตรการควบคุมกิจการร่วมค้าไว้ใน Horizontal Merger Guidelines 1992 ถ้าหากกิจการร่วมค้านั้นมีลักษณะดังนี้

- (1) ผู้ที่เข้าร่วมในกิจการร่วมค้านั้นเป็นคู่แข่งกันในทางธุรกิจในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- (2) การเกิดขึ้นของการรวมตัวกันมีความสัมพันธ์กับประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นของการรวมตัวกันของกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- (3) การรวมตัวกันนี้เป็นการจำกัดการแย่งชิงทั้งหมดระหว่างผู้ที่เข้าร่วมในตลาดที่เกี่ยวข้อง และ

(4) การรวมตัวกันนี้ไม่ได้สืบสุดไปภายในระยะเวลาที่จำกัดตามสมควรตามข้อสัญญาที่เฉพาะเจาะจงและชัดเจนของการรวมตัวนี้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะใช้ระยะเวลา 10 ปีเป็นเกณฑ์ ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ยาวนานและเพียงพอที่จะพิจารณาได้ว่ากิจการร่วมค้านี้เป็นการรวมกิจการ (Merger) ซึ่งเกณฑ์ระยะเวลาดังกล่าววนนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของอุตสาหกรรมนั้นๆ หากการกำหนดเกณฑ์ของกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักรให้ความสำคัญต่อกิจการร่วมค้า ที่มีผลต่อการแย่งชิงในตลาดเป็นหลัก

ในกรณีกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยปัจจุบันนี้ได้กำหนดถึงมาตรการควบคุมการจัดตั้งกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ไว้โดยเฉพาะเช่นกัน ซึ่งถึงแม้ว่า ในกฎหมายจะไม่ได้จำกัดความเฉพาะว่าเป็นกิจการร่วมค้าแต่ในลักษณะของความหมายแล้วทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นลักษณะของกิจการร่วมค้า ซึ่งปรากฏอยู่ใน The Anti-monopoly Law Section 15-2 ซึ่งได้กำหนดห้ามบริษัทร่วมกันจัดตั้งบริษัทสาขาหรือได้มาซึ่งบริษัทสาขาที่อาจจะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ หรือรวมกันจัดตั้งหรือได้มาซึ่งบริษัทสาขาโดยใช้วิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ในกรณีกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยปัจจุบันนี้ได้กำหนดให้ การจัดตั้งกิจการร่วมค้า (Joint Venture) นั้นถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “การกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ” (Economic concentration) ตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย No. 27-2004-QH11 มาตรา 16⁸ เช่นเดียวกับการควบรวม

⁸ Law on competition. No. 27-2004-QH11. Article 16 Economic concentration

Economic concentration means conduct of enterprises comprising:

1. Merger of enterprises;
2. Consolidation of enterprises;
3. Acquisition of an enterprise;
4. Joint venture between enterprises;

กิจการ (Merger) การรวมกิจการ (Consolidation) การซื้อกิจการ(Acquisition) และการรวมตัวทางเศรษฐกิจ รูปแบบอื่นตามที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย และได้กำหนดข้อห้ามของการรวมตัวทางเศรษฐกิจ (Economic concentration) ไว้ใน No. 27-2004-QH11 มาตรา 18⁹ คือ โดยหลักแล้วกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามนี้ ห้ามนิ่งให้มีการ กระจุกตัวทางเศรษฐกิจเกิดขึ้น หากบริษัทที่เข้าร่วมในการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจนั้นมีส่วนแบ่งการตลาดในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องรวมกันมากกว่า 50% จากการศึกษาในส่วนของรูปแบบการรวมธุรกิจโดยใช้รูปแบบกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ของทางประเทศข้างต้นแล้วทำให้สามารถตีความได้ว่าในแต่ละประเทศนั้นค่อนข้างที่จะให้ความสำคัญต่อการควบรวมแบบ Joint Venture จึงต้องมีการทำหนดหลักเกณฑ์พร้อมทั้งให้นิยามความหมายของรูปแบบการควบรวมแบบ Joint Venture ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง

การควบรวมธุรกิจโดยการมีกรรมการเป็นกลุ่มเดียวกันในหลายกิจการหรือการรวมอำนาจบริหาร จัดการ (Interlocking Directorates) ซึ่งเป็นกรณีที่ คณะกรรมการบริหาร ไขว้เกิดขึ้น เมื่อบุคคลเดียวกันอยู่ในคณะกรรมการบริหารของสองบริษัทหรือหลายบริษัท ซึ่งการไขว้คณะกรรมการบริหารอาจทำเพื่อประสานการทำงานควบคุมนโยบายของบริษัทหรือลดการช่วงชิงระหว่างบริษัทและอาจส่งผลให้เกิดการลดการแข่งขันระหว่างกันได้สำหรับกฎหมายแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐอเมริกานี้ ได้บัญญัติห้ามถึงการที่บริษัทที่ประกอบธุรกิจที่มีสภาพเป็นคู่แข่งกันต่างมีคณะกรรมการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกันในเวลาเดียวกันเพื่อเป็นการควบคุมอำนาจในการบริหารจัดการงานของหลายบริษัทให้เป็นหนึ่งเดียว โดยการกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นความผิดก็ต่อเมื่อผลจากการกระทำการดำเนินการลดการแข่งขันลงอย่างมากหรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นการสร้างการผูกขาดในการค้าได้ก้าหนึ่ง ไว้ใน Section 8¹⁰ ของ Clayton Act 1914

5. Other forms of economic concentration as stipulated by law

⁹ Law on competition. No. 27-2004-QH11. Article 18 Prohibited cases of economic concentration Any economic concentration shall be prohibited if the enterprises participating in the economic concentration have a combined market share in the relevant market of more than fifty (50) per cent, except in the cases stipulated in article 19 of this Law or where the enterprise after the economic concentration still falls within the category of medium and small sized enterprises as stipulated by law.

¹⁰ 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—

ในกรณีกฎหมายแห่งขั้นทางการค้าของประเทศไทยนี้ ได้กำหนดห้ามกระทำการแต่งตั้งคณะกรรมการผู้บริหารไปบริหารในกิจการอื่น (Interlocking Directorates) โดยห้ามนี้ให้นอกด้วยกัน เข้าเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการและบริหารงานของบริษัทสองบริษัทขึ้นไป ซึ่งได้กำหนดไว้ใน Section 13¹¹

(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 percentum of that corporation's total sales; or

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

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

¹¹ Antimonopoly act concerning prohibition of private monopoly and maintenance of fair trade. Sec.13 [Prohibition of particular interlocking directorates, filing requirement]

(1) Neither an officer nor an employee (meaning in this section a person other than officers in the regular employment of a company) of a company shall hold at the same time a position as an officer in another company or companies in Japan wherever the effect of such an interlocking directorate may be substantially to restrain competition in any particular field of trade.

(2) No company shall coerce another company or companies in Japan in competition with it in Japan, through unfair trade practices, to admit one of its officers concurrently to the position of an officer or an employee of the latter company or companies, or to admit its employee, concurrently to the position of an officer of such company or companies

ในการผลิประเทคโนโลยีเชีย ได้มีบันบัญชีติ ห้ามบุคคลที่มีตำแหน่งกรรมการของบริษัทหนึ่ง ไปเป็นกรรมการอีกบริษัทหนึ่ง (Interlocking Directorates) ซึ่งหมายไว้เฉพาะ บริษัทที่อยู่ในตลาดเดียวกันหรือ เป็นบริษัทที่มีความคล้ายคลึงในด้านขอบเขต หรือ ชนิดของธุรกิจ หรือ สามารถร่วมควบคุมส่วนการของตลาดของสินค้านั้นหรือ บริการ ชนิดใดชนิดหนึ่ง ซึ่งนำไปสู่พฤติกรรมที่ส่อถึงการผูกขาดทางการตลาด หรือ การแข่งขันทางธุรกิจที่ไม่ยุติธรรม ซึ่งบัญชีติไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 26¹² Law No. 5 of 1999

ทั้งนี้นอกจากกระบวนการ ในรูปแบบ Holding Company กิจการร่วมค้า (Joint Venture) และ Interlocking Directorates แล้ว ในประเทศไทยมีบันบัญชีที่ได้มาตรฐานควบคุมการแยกบางส่วนของบริษัทไปจัดตั้งใหม่หรือไปร่วมกับบริษัทอื่น (Demerger) และกฎหมายแห่งขั้นทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นยังมีการควบคุมไปถึงการตั้งบริษัทใหม่ด้วยหากบริษัทนั้นได้เปลี่ยนการดำเนินการไปเป็น Holding Company จากรศภภาพิจารณาได้ว่า กฎหมายของประเทศไทยนั้นยังต้องอาศัยการตีความเพราเมียความหมายที่ค่อนข้างจะกว้างใช้บังคับการควบรวมทุกรูปแบบไม่ระบุเจาะจงว่าจะบังคับกับรูปแบบการควบรวมธุรกิจแบบใดบ้างที่อยู่ภายใต้กฎหมายข้อบังคับ ซึ่งจะมีความแตกต่างกับกฎหมายของต่างประเทศอยู่มากจึงเป็นส่วนที่จะต้องดำเนินแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้ให้เทียบเท่ากับต่างประเทศและบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(3) Every officer or employee of a company who holds concurrently the position of an officer in another company or companies in Japan in competition with it in Japan, shall, in case the total assets of either one company exceed two billion yen, file, in accordance with the Rules of the Fair Trade Commission, a report thereof with the Commission within thirty days as from the date of assuming the position of such an officer.

¹² Law No. 5 of 1999. Article26: A person who serves as the director or commissioner of a company is prohibited from concurrently being the director or commissioner at other enterprises, if the said enterprises:

- a. are in the same relevant market; or
- b. are closely related to the field and/or type of business; or
- c. can jointly control the market share of certain goods and/or services, which could cause monopolistic practices and/or unfair business competition.

4.3 ปัญหาการข่อนุญาตรา漠ธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

มาตรา 26

กระบวนการและขั้นตอนการบังคับใช้ทางกฎหมายภายใต้กรอบนโยบายและกฎหมาย แข่งขันทางการค้าของอาเซียน (Competition Policy and Law in ASEAN) นั้น ซึ่งส่วนใหญ่ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะบัญญัติข้อบังคับ ขั้นตอนโดยเฉพาะเพื่อการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งองค์กรกำกับการแข่งขันจะเริ่มการพิจารณาตรวจสอบการควบรวมธุรกิจที่ต้องข่อนุญาตนั้น การพิจารณาตรวจสอบจะเริ่มเมื่อมีการยื่นคำร้องของผู้ที่เกี่ยวข้องในการทำธุรกรรมนั้นๆ

การไถ่ถอนจะครอบคลุมถึงองค์ประกอบของการกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้ นอกจากนี้ กฎหมายอาจมีข้อบังคับเกี่ยวกับระยะเวลา หรือกำหนดระยะเวลาในการตรวจสอบ รวมทั้งข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิของผู้มีส่วนได้เสีย เช่น การรักษาข้อมูลที่เป็นความลับทางธุรกิจ สิทธิในการได้รับการพิจารณาดีอย่างเป็นธรรม สิทธิอุทธรณ์ เป็นต้น การควบรวมธุรกิจที่มีกฎหมายห้ามกระทำจะต้องได้รับการพิจารณาอนุญาตจากองค์กรกับการแข่งขันหรือองค์กรที่มีอำนาจบริหารกฎหมายโดยกำหนดให้มีระบบการแจ้งการควบรวมธุรกิจ ซึ่งอาจเป็นระบบการแจ้ง โดยกฎหมายบังคับ หรือการแจ้งโดยสมัครใจ ซึ่งกฎหมายจะกำหนดเกณฑ์การแจ้งคำนวณขั้นต่ำสินขององค์กรกำกับการแข่งขันหรือหน่วยงานที่มีอำนาจบริหารกฎหมายจะถูกทบทวนได้โดยองค์กร ฝ่ายตุลาการหรือองค์กรทางปกครองตามกรอบนโยบายของอาเซียนนั้นจะเห็นว่ามีการกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการ ไว้ และวิธีการแจ้งรวมนั้นจะวางหลักเกณฑ์ไว้แจ้งตามบังคับของกฎหมายหรือจะแจ้งโดยสมัครใจเหมือนประเทศอื่นโดยนิเสียก็ได้ ซึ่งในประเทศไทยดังกล่าวในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็ยังถือว่าอยู่ภายใต้กรอบนโยบายและกฎหมาย แข่งขันทางการค้าของอาเซียน (Competition Policy and Law in ASEAN) แต่อาจเป็นปัญหาในการบังคับใช้เท่านั้น แต่สำหรับในเรื่องการทบทวนหรืออุทธรณ์ต่อคำนิยันฉบับของคณะกรรมการนั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในส่วนของการควบรวมธุรกิจนั้น ยังไม่สามารถ อุทธรณ์ต่อหน่วยงานตุลาการได้ ซึ่งสามารถถวิเคราะห์ตามสภาพปัญหาได้ดังนี้

4.3.1 ปัญหาการแจ้งการควบรวมธุรกิจ

จากการศึกษาพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการ มีความประสงค์ที่จะดำเนินการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน โดยผู้ประกอบการนั้นจะต้องดำเนินการ ข่อนุญาตรา漠ธุรกิจต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ให้เป็นไปตาม วิธี หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขตามที่กฎหมายได้กำหนด ซึ่งมีขั้นตอนดังนี้ การตรวจสอบและการหลักฐาน เมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับคำขอและเอกสารหลักฐานประกอบคำขอ

อนุญาตจากผู้ประกอบการแล้ว เจ้าหน้าที่จะทำการตรวจสอบคำขอและเอกสารประกอบดังกล่าวให้ครบถ้วน ตามที่คณะกรรมการแบ่งขั้นทางการค้าประการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ พร้อมแจ้งผลการตรวจสอบภายใน 15 วัน เมื่อเอกสารนั้นครบถ้วนถูกต้องแล้วให้ถือว่าวันที่ได้ยื่นเอกสารครบถ้วน เป็นวันที่ได้รับคำขออนุญาต และเมื่อได้รับคำขออย่างถูกต้องแล้วนั้นทางคณะกรรมการแบ่งขั้นทางการค้าจะดำเนินการพิจารณาคำขออนุญาตร่วมธุรกิจให้แล้วเสร็จ ภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ หากไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด สามารถขยายเวลาออกไปได้ไม่เกิน 15 วัน โดย จะมีกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 37 โดยคณะกรรมการแบ่งขั้นทางการค้าจะพิจารณาดังนี้

1) พิจารณาถึงเหตุผลความจำเป็นตามควรในทางธุรกิจและเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ พิจารณาว่า การร่วมธุรกิจนั้นมีความจำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจหรือไม่

2) พิจารณาถึงผลกระทบต่อเศรษฐกิจ พิจารณาว่า การร่วมธุรกิจนั้นจะต้องไม่ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง เช่น หลังการร่วมธุรกิจภายเป็นผู้ครอบครองแหล่งวัตถุคุณภาพที่เป็นปัจจัยสำคัญในการผลิตแต่เพียงผู้เดียว

3) พิจารณาถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค โดยส่วนรวม พิจารณาจากผลกระทบที่อาจจะเกิดกับผู้บริโภค โดยส่วนรวม ซึ่งเกิดจากการลดการแบ่งขั้นจากการร่วมธุรกิจ

เมื่อคณะกรรมการแบ่งขั้นทางการค้าได้พิจารณาคำขออนุญาตร่วมธุรกิจแล้วให้คณะกรรมการมีคำสั่งเป็นหนังสือให้แก่ผู้ประกอบการที่ประสงค์ร่วมธุรกิจจะร่วมธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 37 คณะกรรมการนั้นจะต้องระบุเหตุผลข้อเท็จจริงรวมทั้งข้อกฎหมาย และเลขานุการจะต้องแจ้งให้ผู้ขออนุญาตรับทราบภายใน 7 วัน นับแต่วันที่คณะกรรมการมีคำสั่ง

โดยการรับเรื่องคำขออนุญาตที่จะต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาเป็นเวลาถึง 90 วันและหากยังไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จในเวลาได้ก็สามารถที่จะขยายระยะเวลาออกไปอีก 15 วัน ซึ่งหากการร่วมธุรกิจนั้นมีความจำเป็นต่อความมุ่รอดทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการที่ขออนุญาต ควรร่วมธุรกิจหรือทำให้เสียประโยชน์ในการแบ่งขั้นทางการค้าในตลาดสินค้านั้นๆ หากเหตุผลของการร่วมธุรกิจมีความจำเป็นต่อการอยู่รอดของธุรกิจนั้น หากจะต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาถึง 90 วันหรือหากคณะกรรมการขอขยายไปอีก 15 วันก็เท่ากับว่าจะต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาถึง 105 วัน โดยจำนวนระยะเวลาในการพิจารณาดังกล่าวถือว่านานเกินไปและอาจทำให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ขออนุญาตร่วมธุรกิจด้วย ซึ่งในประเทศไทยในปัจจุบันได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งการควบรวมนั้นสามารถกระทำได้ 2 วิธี กล่าวคือ จะสมัครใช้เข้าแจ้งการควบรวมนั้นต่อคณะกรรมการ KPPU ก่อนก็ได้ โดยใช้เวลาดำเนินการรวมทั้งสิ้น 120 วัน

หรือจะแจ้งการควบรวมเงินกิจให้เข่นกัน สำหรับการแจ้งการควบรวมธุรกิจในภายหลังนั้น จะต้องแจ้งในภายหลังจากการควบรวมธุรกิจแล้วภายใน 30 วัน ซึ่งผู้ประกอบการที่ทำการควบรวมนั้น จะไม่ได้รับผลกระทบต่อการขออนุญาตที่ล่าช้าและอาจไม่ทันการต่อการดำเนินธุรกิจ แต่ ผู้ประกอบการที่ทำการควบรวมธุรกิจนั้นจะต้องรับผิดชอบด้านปฎิบัติตามคำวินิจฉัยของ สำนักงานคณะกรรมการกำกับคุ้มครองผู้บริโภค (The Commission for the supervision of Business Competition) หากพบในภายหลังว่าการควบรวมธุรกิจนั้นขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งการ วางแผนหลักเกณฑ์ในการแจ้งการควบรวมในภายหลังของประเทศไทย โดยนี้เชยันนั้น อาจเป็นการช่วย สร้างความคล่องตัวทางเศรษฐกิจ ได้ ก่อนการควบรวมนั้นผู้ประกอบการจำเป็นจะต้องศึกษา หลักเกณฑ์การควบรวมธุรกิจที่ประ拯救ในการควบรวมนั้นว่ามีผลขัดต่อข้อห้ามของกฎหมาย หรือไม่ โดยไม่ได้มองเพียงประโยชน์ของการของตนแต่ยังเดียวแต่ยังต้องมีความรับผิดชอบ ต่อกฎหมายนั้นด้วย ซึ่งประเทศไทยจะบังคับใช้กฎหมายในลักษณะนี้ได้นั้น ทางภาครัฐและหน่วยงาน ที่บังคับใช้กฎหมายจะต้องมีการให้ความรู้และออกประกาศหลักเกณฑ์ที่ผู้ประกอบการนั้นสามารถ เข้าถึงและเข้าใจง่ายและที่สำคัญกฎหมายนั้นจะต้อง มีความชัดเจน

และในส่วนการแจ้งการควบรวมธุรกิจหรือการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจของสาธารณรัฐ สังคมนิยมเวียดนามนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ได้กำหนด ไว้ต้องแจ้งต่อหน่วยงาน Vietnam Competition Authority (VCA) ก่อนจะมีการกระจุกตัวทาง เศรษฐกิจตามที่กฎหมายกำหนด โดยจะใช้ระยะเวลาในการดำเนินการพิจารณา 45 วัน และขยายได้ อีกครั้งละไม่เกิน 30 วัน เมื่อได้รู้จากระยะเวลาในการพิจารณาแล้วถึงแม้ว่าการใช้ระยะเวลาในการ พิจารณาตามเกณฑ์ปกตินั้นจะใช้เวลาในการพิจารณาอย่างกว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยก็ ตามแต่หากมีอุบัติเหตุที่สามารถขยายจำนวนครั้งละไม่เกิน 30 วันนั้นก็ไม่ได้ใช้เวลา น้อยกว่าพระราชนูญด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เท่าไนก็ แต่กฎหมายแข่งขันทางการค้า ของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามนั้น มีข้อยกเว้นที่น่าสนใจ คือ

1) บริษัทหนึ่งหรือมากกว่านั้นที่มีส่วนร่วมในการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจมีความเสี่ยง ที่จะเป็นบุคคลล้มละลาย

2) การกระจุกตัวทางเศรษฐกิจที่มีผลกระทบต่อการขยายตัวของการส่งออกหรือการ ช่วยเหลือในการพัฒนาเศรษฐกิจสังคม และ/หรือความก้าวหน้าทางด้านเทคนิคและเทคโนโลยี

สำหรับการควบรวมภายใต้เงื่อนไขข้อยกเว้นนี้จะเป็นในลักษณะที่มีการควบรวมแล้ว ถึงแม้ว่าเมื่อควบรวมกันแล้วจะมีส่วนแบ่งตลาดในสินค้าที่เกี่ยวข้องเกิน 50% ก็ตาม

ถ้าเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วให้ดำเนินการขอรับการยกเว้นต่อ MoIT โดยใช้เวลาในการ พิจารณาคำขอ 60 วันนับจากวันที่ได้รับคำขอจาก VCA โดยสามารถขยายระยะเวลาได้ไม่เกิน 2 ครั้ง

และขยายได้ครั้งละไม่เกิน 30 วัน ในกรณีขอรับการยกเว้นนี้แทนการแจ้งการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจนั้นซึ่งจะเห็นได้ว่าในการพิจารณาถึงข้อยกเว้นนี้ใช้ระยะเวลาในการพิจารณาที่มากกว่าการแจ้งการควบรวมตามปกติ ซึ่งมองได้ว่าการยื่นขอตามข้อยกเว้นนี้เป็นการควบรวมที่เป็นการฝ่าฝืนต่อเกณฑ์ของกฎหมายโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องส่วนแบ่งตลาดที่เกิน 50% หรือแม้แต่เมื่อควบรวมไปแล้วจะมีผลต่อการจำกัดการแข่งขันกีตาม กฎหมายแข่งขันทางการค้าสารบัตรสูงสุดนิยม เวียดนามจะวางหลักข้อยกเว้นไว้ค่อนข้างชัดเจนและมีการแยกการพิจารณาของอนุญาตที่แตกต่างกัน ออกไปกับการขออนุญาตควบรวมในกรณีปกติ ซึ่งในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ยังไม่มีการกำหนดรูปแบบข้อยกเว้นในลักษณะนี้ไว้

ในกรณีของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ต้องแจ้งการควบรวมไว้ดังนี้

1) ฝ่ายที่ต้องการควบรวมหรือซื้อหุ้นหรือซื้อลิขทรัพย์ต้องแจ้งและยื่นรายการคำขอ

ต่อ FTC และ DOJ

2) เมื่อแจ้งต่อ FTC และ DOJ ชำระค่าธรรมเนียมในการยื่นรายการแล้วผู้ที่จะทำการควบรวมนั้นจะต้องการพิจารณาเป็นระยะเวลา 30 วัน ก่อนที่จะดำเนินการควบรวมกิจการต่อไปได้ เรียกว่า Waiting Period โดยระยะเวลา 30 วันเป็นระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการรวมธุรกิจทั่วไป ซึ่งใช้สิ่งตอบแทนเป็นอย่างอื่นนอกจากตัวเงินทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ในกรณีที่ใช้สิ่งตอบแทน เป็นเงินเพียงอย่างเดียวจะใช้เวลาเพียง 15 วันเท่านั้น โดยองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายจะวิเคราะห์ว่า การขอรวมธุรกิจนั้นมีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่

3) หากองค์กรตั้งกล่าวว่าต้องการข้อมูลหรือพยานหลักฐานเพิ่มเพื่อประกอบการพิจารณา ก็สามารถขอข้อมูลเพิ่มจากผู้ยื่นคำขอได้ซึ่งในกรณีนี้สามารถขยายระยะเวลาออกไปได้อีก 30 วัน นับตั้งแต่ฝ่ายที่ประสงค์ควบรวมส่งข้อมูลหรือเอกสารให้เป็นที่เรียบร้อยแล้ว แต่ในกรณีที่เป็นการควบรวมโดยใช้เงินเพียงอย่างเดียวจะสามารถขยายเวลาออกไปได้ไม่เกิน 10 วัน ซึ่งทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายมีระยะเวลาเพียงพอที่จะวิเคราะห์ข้อมูลและมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามสมควร

สำหรับสหรัฐอเมริกานั้นใช้วันในการพิจารณาที่ค่อนข้างจะน้อยและกระชับมากและในการที่จะขยายระยะเวลา ก็ต้องมีเหตุจากการต้องขอข้อมูลหรือเอกสารเพิ่มเติมจึงขยายระยะเวลาได้ และเป็นระยะเวลาไม่นานเกินเช่นกันและการรวมในกรณีที่ใช้เงินสดเป็นค่าตอบแทนเพียงอย่างเดียวแล้วจะใช้ระยะเวลาพิจารณาที่ค่อนข้างรวดเร็วมากคือใช้เวลาเพียง 15 วัน และขยายได้ไม่เกิน 10 วัน ถ้าในกรณีใช้ระยะเวลารวมกันเพียง 25 วันเท่านั้นก็รู้ผลคำขออนุญาตควบรวมแล้ว

สำหรับในประเทศไทยปัจุบันได้กำหนดวิธีการแจ้งการควบรวมธุรกิจซึ่งแบ่งตามรูปแบบ ของการควบรวมไว้ดังนี้

1) การขออนุญาตก่อนการดำเนินการ 30 วัน ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ว่า ผู้ร่วมธุรกิจรายหนึ่ง (ผู้ซื้อ) มีทรัพย์สินมากกว่า 10,000 ล้านเยนและผู้ร่วมกิจการรายหนึ่ง (ผู้ขาย) มีทรัพย์สินมากกว่า 1,000 ล้านเยนจะทำการรวมธุรกิจประเภท Merger, Acquisition of All Business หรือ Demerger เป้าฯ ท้องแจ้งก่อนการควบรวม และในกรณีที่เป็นการเข้าซื้อกิจการบางส่วนรวมธุรกิจรายหนึ่ง (ผู้ซื้อ) มีทรัพย์สินมากกว่า 10,000 ล้านเยนและผู้ร่วมกิจการรายหนึ่ง (ผู้ขาย) มีทรัพย์สินมากกว่า 1,000 ล้านเยนต้องแจ้งขออนุญาตก่อนการดำเนินการด้วยเช่นกัน

2) การแจ้งภายนอกหลังเสร็จสิ้นการดำเนินการควบรวมแล้วภายใน 30 วันกำหนดหลักเกณฑ์ว่า ผู้ร่วมธุรกิจรายหนึ่ง (ผู้ซื้อ) มีทรัพย์สินมากกว่า 10,000 ล้านเยนและผู้ร่วมกิจการรายหนึ่ง (ผู้ขาย) มีทรัพย์สินมากกว่า 2,000 ล้านเยน ทำการซื้อหุ้นสามัญ (Stockholding) ของผู้ขายเมื่อร่วมกันแล้วมีสิทธิออกเสียงเกิน 10% 25% และ 50% ต้องยื่นแจ้งต่อ JFTC ของการได้มามีสิทธิในการออกเสียง ดังกล่าวในแต่ละช่วงที่ถึงเกณฑ์เพื่อเป็นช่องทางในการกำกับดูแลของ JFTC ซึ่งหากเห็นว่าการซื้อหุ้นนั้นเป็นการก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน ที่สามารถสั่งให้ผู้ร่วมธุรกิจขายหุ้นออกໄປได้ซึ่งในกรณีของ Stockholding รวมไปถึง Holding Company และ joint Venture ด้วย

ซึ่งการแจ้งการควบรวมของประเทศไทยปัจจุบันนี้จะมีทั้งต้องแจ้งก่อนการควบรวมและแจ้งหลังการควบรวม โดยแบ่งไปตามวิธีและรูปแบบของการควบรวม หากจะแบ่งแบบประเทศไทยปัจจุบันนี้ประเทศไทยอาจเป็นที่จะต้องมีการกำหนดครุปแบบการควบรวมที่ชัดเจนเสียก่อน

จากการศึกษาประเทศไทยนั้นถือได้ว่าเป็นประเทศที่ใช้ระยะเวลาในการพิจารณาเรื่องการอนุญาตควบรวมธุรกิจที่ใช้ระยะเวลานานกว่าหลายประเทศคือใช้เวลาเบื้องต้นถึง 90 วันโดยยังไม่ได้รวมถึงการขยายเวลาในแต่ละครั้งที่สามารถจะขยายได้อีก ซึ่งถือว่าเป็นระยะเวลาที่นานเกินไประยะเวลาดังกล่าวอาจเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันตามปกติตามเสียงเรียกได้ แทนที่จะเป็นการสนับสนุนให้มีการแข่งขันในตลาดให้เป็นไปอย่างชอบธรรม

4.3.2 ปัญหาการอุทธรณ์ค้าสั่ง

สำหรับการที่ผู้ประกอบธุรกิจเมื่อได้รับคำสั่งของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจนั้นสามารถยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการอุทธรณ์ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำสั่งของคณะกรรมการ และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์จะต้องพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับคำอุทธรณ์ ซึ่งในกรณี กฏหมายแข่งขันทางการค้านั้นมีความแตกต่างจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศอย่างชัดเจน เนื่องจากการอุทธรณ์นั้นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์ถือเป็นที่สุด ซึ่งในประเทศไทยปัจจุบันนี้ หากผู้ที่มีผลกระทบจากคำตัดสินของ JFTC หากยังไม่พอใจต่อคำตัดสินดังกล่าว ที่สามารถอุทธรณ์คำตัดสินนั้นไปยังศาลสูงเมือง Tokyo (The Tokyo High Court) ได้ อีกทั้งยังสามารถฎีก้าไปยัง

ศาลฎีกาเป็นขั้นตอนต่อไปได้อีกเช่นกัน ในสาราณรัฐแกหาดีใต้ คณะกรรมการการค้าโดยธรรมเมื่อคณะกรรมการการค้าโดยธรรมได้มีคำตัดสินออกมาแล้ว หากผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดไม่พอดีในคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าโดยธรรมของสาราณรัฐแกหาดีใต้ ผู้ถูกกล่าวหาสามารถอุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการการค้าโดยธรรมของสาราณรัฐแกหาดีใต้ ไปยังศาลสูงเมืองโซล (The Soul High Court) และในประเทศไทยในนิเวศ ศาลแขวง (Pengadilan Negeri) และศาลมีหน้าที่ในการทบทวนและรับอุทธรณ์คำตัดสินของ KPPU ด้วยเช่นกัน ดังนั้นหากประเทศไทยต้องการพัฒนาศักยภาพทางกฎหมายให้เทียบเท่ากันนานาประเทศหรือแม้แต่ในประเทศไทยในกลุ่มสมาชิกอาเซียนด้วยกันแล้วจึงมีความจำเป็นอย่างมากที่จะต้องพัฒนากฎหมายและการบังคับใช้ให้เป็นที่ยอมรับและสามารถตรวจสอบได้ จะให้ข้อพิพาทนั้นระงับโดยเจ้าหน้าที่ภายในองค์กร ให้องค์กรหนึ่งไม่ได้ ควรจะให้การอุทธรณ์นั้นไปยังลงที่ศาลในการพิจารณาเนื่องจากกระบวนการพิจารณาของศาลนั้นมีการตรวจสอบได้และมีความน่าเชื่อถือ การอุทธรณ์นั้นจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งหากยังไม่มีการแก้ไขในข้อนี้อาจจะกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยเป็นได้ เนื่องจากการลงทุนในประเทศไทยนั้นไม่ใช่มีเพียงแต่นักลงทุนไทยเพียงอย่างเดียว แต่หากยังมีนักลงทุนจากต่างประเทศอีกจำนวนมากที่เข้ามายังคงลงทุนของประเทศไทย และการเข้าสู่ประชาคมอาเซียนด้วยแล้วนั้นย่อมเป็นการเพิ่มโอกาสในการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเพิ่มมากยิ่งขึ้น กฎหมายฉบับนี้ จึงมีความจำเป็นที่ประเทศไทยนั้นจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายแข่งขันทางการค้าในส่วนนี้เพื่อให้การบังคับใช้นั้นเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพและมีความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

4.4 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำกับดูแลการควบคุมกิจกรรมตาม ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดและลักษณะมาตรการกำกับดูแลการควบคุมกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2558

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์มาตรฐานการควบคุมการรวมกิจการ โทรคมนาคม ตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดและลักษณะมาตรการกำกับดูแลการควบคุมกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2558 โดยจะพิจารณาในแง่ของหลักเกณฑ์และ การกำหนดรูปแบบการควบรวมกิจการที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องจากในระหว่างที่ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้น ยังไม่มีประกาศของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ในส่วนที่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุญาตควบรวมธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 บังคับใช้ และจากการศึกษาในบทที่ 3 ผู้เขียนเห็นว่า ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดและลักษณะมาตรการกำกับดูแลการควบคุมกิจการ

กระจายเสียงและการโทรทัศน์ พ.ศ. 2558 นั้น มีทั้งหลักเกณฑ์ และได้แก้ไขเพิ่มเติม ของ “การควบรวมกิจการ” “การครอบงำกิจการ” และ “การถือหุ้นไขว้” ไว้ได้อย่างเหมาะสมและเข้าใจง่าย ซึ่งหากการให้นิยามดังกล่าววนนี้ได้ครอบคลุมไปถึงรูปแบบของการควบรวมกิจการแล้ว ย่อมเป็นผลดีหากได้ดำเนินรับใช้กับประกาศของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้มาตรการบังคับใช้ตามมาตรา 26 ได้ครอบคลุมถึงการควบรวมธุรกิจในทุกรูปแบบ ได้อย่างสมบูรณ์

โดยในการศึกษานบที่ 4 นี้ผู้เขียนจะทำการศึกษา มาตรการที่เป็นสาระสำคัญในการควบคุมการควบรวมกิจการ โพรค์มนาคมวิเคราะห์มาตราการควบคุมการควบรวมกิจการตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโพรค์มนาคมแห่งชาติ (กสทช.) สามารถวิเคราะห์ถึงรูปแบบการควบรวมกิจการที่อยู่ภายใต้การควบคุมตามนิยาม ที่ กสทช. ประกาศไว้ได้ดังนี้

1) การควบรวมกิจการ

ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโพรค์มนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ได้กำหนดนิยามไว้ว่า “การที่นิติบุคคลหนึ่งรวมกับนิติบุคคลรายอื่นอันส่งผลให้สถานการเป็นนิติบุคคลของรายหนึ่งคงอยู่และอีกรายหนึ่งสิ้นสุดลง หรือเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่ หรือการที่ นิติบุคคลหนึ่งทำการซื้อหรือขายสินทรัพย์หรือหุ้นของนิติบุคคลรายอื่นเพื่อควบคุมนโยบายหรือการบริหาร จัดการตามเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศนี้ ทั้งนี้ การควบรวมกิจการของผู้รับใบอนุญาตตามประกาศนี้ รวมถึงการควบรวมกิจการ โดยผู้มีอำนาจควบคุม บริษัทใหญ่ บริษัทอื่น หรือบริษัทร่วมของผู้รับใบอนุญาต” ซึ่งจากการวิเคราะห์จากความหมายของ “การควบรวมกิจการ” ตามนิยามที่ประกาศ กสทช. ได้กำหนดไว้นั้นสามารถนำมาจำแนกเป็นรูปแบบของการควบรวมธุรกิจ ได้ดังนี้

(1) การรวมกิจการ (Mergers) การที่นิติบุคคลหนึ่งรวมกับนิติบุคคลรายอื่นอันส่งผลให้สถานการเป็นนิติบุคคลของรายหนึ่งคงอยู่และอีกรายหนึ่งสิ้นสุดลง เป็นการควบรวมธุรกิจในรูปแบบ (Mergers) กล่าวคือ การควบรวมในรูปแบบ Mergers นั้น มีผลให้บริษัทที่โอนทรัพย์สินนั้น สิ้นสภาพไป หรืออาจจะคงสถานะความเป็นบริษัทตามกฎหมายอยู่แต่ไม่ได้ดำเนินธุรกิจใดๆแล้ว

(2) การควบกิจการเข้ากัน (Consolidation หรือ Amalgamation) การที่นิติบุคคลหนึ่งรวมกับนิติบุคคลรายอื่นอันส่งผลให้ เกิดเป็นนิติบุคคลใหม่ กล่าวคือ การควบกิจการเข้ากัน (Consolidation หรือ Amalgamation) เป็น การรวมเข้าด้วยกันของกิจการสองกิจการหรือมากกว่านั้น โดยมีการเลิกกิจการเดิมลงและจัดตั้งกิจการใหม่ขึ้นมาแทน ซึ่งก็คือ การรวมกันหรือการทำให้เหลือกิจการเดียว โดยเกิดกิจการใหม่ขึ้นมาแทนสองกิจการเดิม เป็นการรวมกิจการของบริษัทด้วยแต่ 2 บริษัทขึ้นไปให้เป็นกิจการเดียวกัน เป็นการรวมทั้งทรัพย์สิน สิทธิ ความรับผิด และหนี้สิน

ทั้งหมดของทุกบริษัทเข้าด้วยกัน และภายหลังการรวมกิจการแล้ว บริษัทดิบิวตี้จะถือหุ้นในบริษัทใหม่ ซึ่งใช้ชื่อใหม่ มีการออกหุ้นใหม่ การควบรวมนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นของทุกบริษัท เมื่อความเข้ากันแล้ว ผู้ถือหุ้นของบริษัทดิบิวตี้จะได้รับหุ้นสามัญของบริษัทใหม่ แทนหุ้นสามัญของบริษัทดิบิวตี้ตามแผนการควบบริษัท

(3) “การที่นิคบุคคลหนึ่งทำการซื้อหรือขายสินทรัพย์หรือหุ้นของนิคบุคคลรายอื่น เพื่อควบคุมนโยบายหรือการบริหาร” คือ การรวมธุรกิจในรูปแบบ การซื้อกิจการ (Acquisition) ซึ่งเป็นการที่กิจการหนึ่งนำเงินหรือพันธบัตร (Debenture, Bond) หรือหุ้นเพื่อนำมาซื้อหุ้นหรือทรัพย์สินของอีกกิจการหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมกิจการนั้น โดยจุดเด่นของการซื้อกิจการ (Acquisition) อยู่ที่การเปลี่ยนแปลงอำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัทที่ถูกซื้อกิจการ แต่ความเป็นนิคบุคคลของบริษัทที่ถูกซื้อกิจการ ไม่ได้สูญหายไป โดยการซื้อกิจการ (Acquisition) มีรูปแบบที่สำคัญ 2 รูปแบบ คือ

(3.1) การที่บริษัทนึงเข้าไปซื้อทรัพย์สินของอีกบริษัทนึงเพียงอย่างเดียวโดยบริษัทที่ขายทรัพย์สินบังคับดำเนินการต่อไปได้ การซื้อกิจการลักษณะนี้เรียกว่า “Asset Acquisition”

(3.2) การที่บริษัทเข้าไปซื้อทรัพย์สินและหนี้สินของอีกบริษัทด้วยการซื้อหุ้น จนเป็นผลให้ผู้ถือหุ้นเดิมสูญเสียอำนาจในการบริหาร การซื้อกิจการลักษณะนี้เรียกว่า “Share Acquisition”

ดังนั้นสรุปได้ว่าในส่วนของนิยาม “การควบรวมกิจการ” ตามประกาศของ กสทช. ได้ครอบคลุมถึงการควบรวมกิจการ ไว้ถึง 3 รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ การควบรวมแบบ Mergers, Consolidation หรือ Amalgamation, และ Acquisition ซึ่งการควบรวมทั้ง 3 รูปแบบนี้ตามพระราชบัญญัติ การแห่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 26 มีเนื้อหาที่ครอบคลุมทั้งหมดแล้วตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้ก่อนหน้านี้แล้ว

2) การครอบจำกิจการ

ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม แห่งชาติ (กสทช.) ได้กำหนดนิยามไว้ว่า “การมีอำนาจควบคุมหรือมีอิทธิพลต่อกิจการของผู้รับ ใบอนุญาตในการกำหนดนโยบายสำคัญหรือการบริหารงานของผู้รับใบอนุญาตในการประกอบ กิจการกระจายเสียง หรือกิจการโทรทัศน์ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” การครอบจำกิจการ (Take Over) ซึ่งเป็นการเข้าซื้อกิจการโดยการที่บุคคลหรือกลุ่มนักลงทุนเพื่อหวังควบคุมบริษัท การครอบจำกิจการตามปกติเกิดจากการซื้อหุ้นตามราคาที่สูงกว่าราคาในบourse และอาจให้เงินช่วยเหลือต่างๆ ซึ่งรวมถึงการจ่ายเงินสด และ/หรือ การให้หุ้นของบริษัทเป้าหมาย คำว่าการควบรวมกิจการ การเข้าซื้อกิจการ และการครอบจำกิจการ มักจะใช้แทนกันและมีความแตกต่างระหว่าง

คำเหล่านี้น้อยมาก การครอบงำกิจการอาจเป็นการครอบงำทั้งหมดหรือบางส่วนและไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานรวมของบริษัทที่ต้องการรวมกับบริษัทเป้าหมาย การครอบงำกิจการถือเป็นการเข้าไป瓜分 โอกาสและสำคัญของการซื้อหุ้นเพื่อเข้าครอบงำกิจการของผู้อื่นซึ่งดำเนินการอยู่แล้ว อาจใช้วิธีการติดต่อซื้อกับผู้ถือหุ้นรายต่างๆ เพื่อให้มีจำนวนเพียงพอที่จะควบคุมเสียงในบริษัทที่ประสงค์จะเข้าไปควบคุมกิจการนั้น หรืออาจเข้าซื้อหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ด้วยการໄ่เก็บหุ้นให้ได้จำนวนมากพอที่จะเข้าไปบริหารหรืออาจใช้วิธีการประกาศเชิญชวนตามหน้าหนังสือพิมพ์หรืออาจมีจดหมายไปถึงตัวผู้ถือหุ้นเป็นรายตัว เพื่อขอซื้อหุ้นจนมีจำนวนมากพอที่จะสามารถเข้าไปควบคุมการบริหารงาน ในบริษัทที่ถูกซื้อหุ้นนั้นได้ โดย การครอบงำกิจการแบบเป็นมิตร (Friendly Take Over) หรือ การครอบงำกิจการแบบเป็นประปักษ์หรือผู้ขายไม่ยินยอม (Hostile Take Over) สำหรับในส่วนของการครอบงำกิจการ (Take Over) นั้น พระราชบัญญัติการแบ่งบ้านทางการค้า พ.ศ. 2542 อยู่ภายใต้การควบคุมตามมาตรา 26 (3) แล้วในส่วนของการครอบงำกิจการนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องปรับหรือแก้ไขในส่วนนี้

3) การถือหุ้นไขว้

ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ได้กำหนดนิยามไว้ว่า “การถือหุ้นซึ่งกันและกันตั้งแต่สองรายขึ้นไประหว่างผู้รับใบอนุญาต ผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ บริษัทบ่อย บริษัทร่วม หรือบริษัทใหญ่ของผู้รับใบอนุญาต หรือของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น โดยการถือหุ้นไขว้ที่ก่อให้เกิดอำนาจควบคุมกิจการเหนือผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยอ้อมผ่านการถือหุ้นนิติบุคคลอื่นเป็นทอดๆ จนถึงนิติบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นในผู้รับใบอนุญาต” ซึ่งการถือหุ้นไขว้ ตามความหมายของประกาศฉบับนี้ ผู้เขียนสามารถแยกวิเคราะห์ออกเป็นรูปแบบการควบรวมกิจการเป็น 2 รูปแบบ ได้ดังนี้

(1) การถือหุ้นไขว้ (Cross Holding) โดยการที่บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไปถือหุ้นซึ่งกันและกัน วิธีการถือหุ้นไขว้มักจะถูกนำมาใช้เพื่อการเก้าอุ่นทางธุรกิจ หรือเพื่อการสร้างโครงสร้างของกลุ่มบริษัท โดยเฉพาะ โครงสร้างในลักษณะของบริษัทโอลดิงที่มีบริษัทนี้ทำหน้าที่ควบคุมนโยบายการบริหาร การเงิน การจัดการ ตลอดจนดูแลการถือหุ้นของบริษัทในเครือให้มีบุคคลนักกฎหมายมาครอบงำกิจการ ได้ นอกจากนี้ การถือหุ้นไขว้ก็อาจเป็นโอกาสและช่องทางให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายจัดการบริษัทนำมาใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ได้ เช่น นำวิธีการถือหุ้นไขว้มาใช้เพื่อสร้างภาพสถานะทางการเงินของบริษัทให้ดูดีโดยบิดเบือนจากความเป็นจริง หรือนำมาใช้เพื่อรักษาอำนาจในการควบคุมบริษัทของฝ่ายจัดการเอง โดยให้บริษัทในเครือซึ่งตนเป็นผู้ควบคุมอยู่เข้าແย่งการครอบงำกิจการจากการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น หรือนำมาใช้