

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุม

การควบคุมกิจการในประเทศต่างๆ

ในทศวรรษที่ผ่านมาเกิดความกังวลเกี่ยวกับกระแสโลกาภิวัตน์ที่เคลื่อนไหวอย่างรวดเร็วโดยผ่านนโยบายการแข่งขันของแต่ละประเทศ องค์กรความร่วมมือทางเศรษฐกิจ และ การพัฒนา (The Organization for Economic Cooperation and Development : OECD) เป็นหนึ่งในความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีความเห็นว่่านโยบายการแข่งขันเป็นนโยบายที่ช่วยให้เศรษฐกิจยุคโลกาภิวัตน์มีความเป็นธรรม และแข่งขันกันได้มากขึ้น เป็นวิถีทางของความเข้าใจว่าสิ่งใดที่รัฐบาลสามารถทำ หรือ ไม่ทำเพื่อให้บรรลุเป้าหมายทางเศรษฐกิจอย่างกว้างๆ ได้แก่ การจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ การผลิต และการกระจายสินค้า และบริการอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค¹

หลายทศวรรษมาแล้วที่ประเทศต่างๆ พยายามตระหนักถึงคุณค่าของการแข่งขันว่าเป็นเครื่องมือในการกระตุ้นการคิดค้น และพัฒนาการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจ ความเป็นอยู่ของประชาชนในประเทศต่างๆ ทั่วโลก ในขณะที่เดียวกันแม้จะทราบถึงผลประโยชน์จากการแข่งขัน แต่สภาพทางการเมือง และความต้องการของรัฐบาลในแต่ละประเทศกลับกำหนดนโยบายอุตสาหกรรมที่ไม่เอื้อต่อการแข่งขัน รวมถึงการแทรกแซงของรัฐบาลเพื่อบังคับ หรือกำหนดให้การแข่งขันของตลาดภายในประเทศของตนเป็นไปตามแบบที่ตนต้องการซึ่งอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศมากกว่าผลดี ผลจากการศึกษาขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1998 พบว่าแม้ว่าการแข่งขันอาจเกิดผลเสีย แต่รัฐบาลควรปล่อยให้การแข่งขันเป็นไปตามความต้องการของตลาดมากกว่าการเข้าไปแทรกแซงเพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาด ดังนั้นจึงเริ่มมีการเปิดเสรีทางการค้า และการพัฒนาเทคโนโลยีเป็นกำลังสำคัญ

¹ จันทรา ศิริอุทัยกร, “นโยบายการแข่งขัน : การดำเนินการของเอเปค,” วารสารเศรษฐกิจการพาณิชย์ 29 ฉบับที่ 267 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2541): 7.

ที่ช่วยผลักดันให้เศรษฐกิจเป็นไปในทิศทางเดียวกันทั่วโลกซึ่งจะส่งผลให้เกิดความมั่งคั่ง หรือความเติบโตในตลาดของประเทศส่วนใหญ่

นโยบายการแข่งขันทางการค้าสามารถช่วยให้การเปิดเสรีทางการค้าง่ายขึ้น และกำหนดกฎเกณฑ์ หลักการต่างๆ ที่อยู่บนพื้นฐานหลักการของส่วนรวม เพื่อเป็นสื่อ นำและตอบสนองต่อพฤติกรรมทางตลาดที่มีประสิทธิภาพ แต่ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลงมีหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นในยุโรปตะวันตก ญี่ปุ่น อเมริกาใต้ ที่ได้พัฒนารูปแบบของกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Anti-trust Law) ซึ่งปัจจุบันนี้มีประเทศมากกว่า 80 ประเทศที่มีกฎหมายป้องกันการผูกขาดบังคับใช้ และยังมีอีกหลายประเทศที่กำลังพยายามบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมขึ้นมา รวมถึงการป้องกันการปฏิบัติทางการค้าในทางที่มีขอบ จุดประสงค์เบื้องต้นของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดคือต้องการสนับสนุนการค้าเสรี (Free Competition) และการทำให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดของผู้แข่งขันทั้งหมด โดยให้มีความสอดคล้องกันของกฎหมาย ดังจะเห็นได้ว่าสหภาพยุโรปได้ใช้นโยบายการแข่งขันทางการค้าเป็นเครื่องมือที่ส่งเสริมให้ธุรกิจของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปมีลักษณะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงมีพยายามส่งเสริมการควบคุมราคาของสินค้าในตลาด การปรับปรุงข้อกำหนดต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และควบคุมทิศทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิก เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพ

วัตถุประสงค์สำคัญที่สุดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ เพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจในระบบตลาดเสรี (Market Economy) อันเป็นระบบเศรษฐกิจที่มีการแข่งขันโดยเสรี ผู้ค้ากำหนดราคาขายด้วยตนเอง และขายให้ผู้ใดก็ตามที่พร้อมจะจ่ายตามราคาที่กำหนดนั้น และผู้ซื้อก็สามารถเลือกซื้อกับผู้ขายตามความต้องการ และความสามารถในการซื้อซึ่งหมายถึงรวมถึงกลไกราคาอันเป็นปัจจัยหลักของระบบเศรษฐกิจเสรี ความมีประสิทธิภาพ และการเพิ่มขึ้นของผลผลิตโดยรวม และให้มีการแทรกแซงจากรัฐบาลน้อยที่สุด ความเท่าเทียมกัน ตลอดจนถึงความยุติธรรม การปกป้องผลตอบแทนของผู้บริโภค และการรวมตัวกันของตลาดเพื่อให้ได้มาซึ่งผลตอบแทนทางเศรษฐกิจที่มีประสิทธิภาพสูงสุด ทั้งหมดที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นเป็นนโยบายของการแข่งขันในตลาด แต่ไม่ใช่เป็นมาตรการเพื่อปกป้องผู้แข่งขันรายใดรายหนึ่งในตลาด²

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

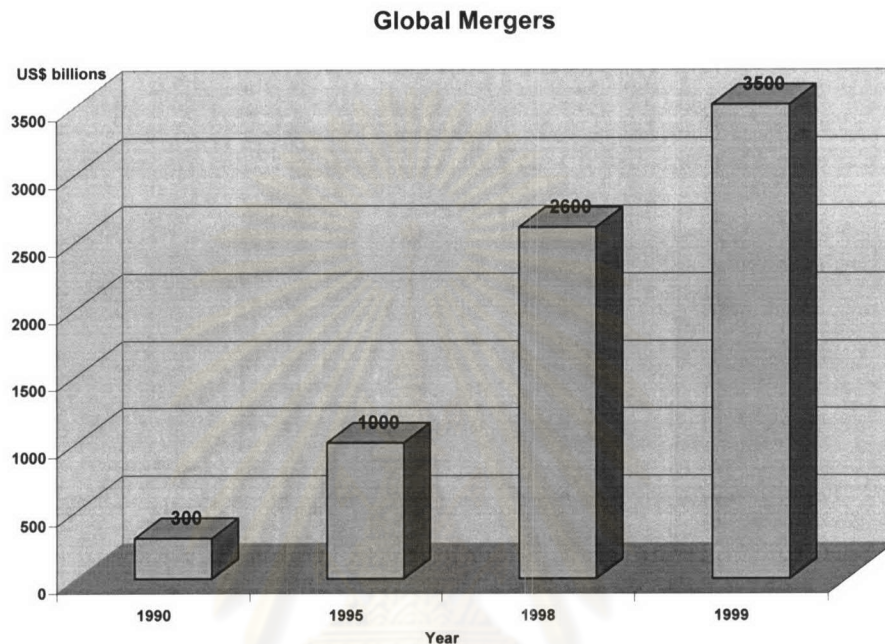
อย่างไรก็ตาม การแผ่อิทธิพลของนโยบายการแข่งขันทางการค้าไม่ได้ทำให้ทุกประเทศทั่วโลกมีกฎเกณฑ์ที่เหมือนกัน นโยบายของแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันไปตามระบบของกฎหมายที่แต่ละประเทศบังคับใช้ภายในเขตแดนของประเทศตนเอง แต่ในขณะที่ขอบเขตของตลาดที่ทำการค้าขายกันนั้นไม่มีพรมแดนกัน จึงเกิดมีคำถามว่าในความเป็นจริงนั้นตลาดที่ค้าขายกันมีพรมแดนกว้างกว่าเขตแดนของประเทศต่างๆ แล้วกฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะบังคับใช้ได้เพียงพอกับปัญหาที่เกิดขึ้นภายในตลาดนั้นหรือเปล่า ด้วยคำถามดังกล่าวจึงทำให้แต่ละประเทศทั่วโลกจัดการประชุมความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่การแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ โดยมีการตกลงร่วมกันในรูปแบบของสนธิสัญญาระหว่างกัน เห็นได้ชัดเจนจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีสนธิสัญญากับประเทศอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นสหภาพยุโรป บราซิล แคนาดา เยอรมัน และญี่ปุ่น เพื่อประสานประโยชน์และความร่วมมือในการบังคับให้มีการป้องกันการผูกขาด

บรรดาสนธิสัญญาที่เป็นความร่วมมือระหว่างหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าจะเกิดผลประโยชน์ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรกเพื่อเป็นการบังคับใช้ และก่อให้เกิดความร่วมมือกันของแต่ละประเทศเพื่อให้บรรลุตามความมุ่งหมาย และอีกประการเพื่อหลีกเลี่ยงการจัดการหรือดำเนินการใดๆ ที่อาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งระหว่างประเทศขึ้นได้ การร่วมมือตกลงกันในการทำข้อตกลงระหว่างกันย่อมเป็นผลดีมากกว่าผลเสีย เพราะตัวอย่างของกรณีที่เกิดขึ้นเร็วๆ นี้ซึ่งชี้ให้เห็นถึงประเด็นความขัดแย้งครั้งใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับการควบกิจการที่เป็นข้อโต้แย้งกัน ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา กับสหภาพยุโรป เรื่องการควบกิจการของยักษ์ใหญ่ทางการบิน Boeing และ McDonnell-Douglas แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของแนวทาง และหลักเกณฑ์ในการพิจารณา รวมถึงการตีความที่ต่างกันของแต่ละชาติ ในคำว่า “อำนาจเหนือตลาด (Market Dominance)” เกี่ยวกับการควบกิจการภายในของแต่ละชาติ และอีกคดีหนึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศญี่ปุ่น คดีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับธุรกิจฟิล์มยี่ห้อ โกดัก และฟูจิ ที่ยังคงมีการเผชิญหน้ากัน การขัดแย้งดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความอ่อนแอ และความไม่มีประสิทธิภาพขององค์การการค้าโลก (WTO) ในการรับมือและจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้น และปรับเปลี่ยนทัศนคติความคิดที่แตก

³ วราภา วรพิชโยทัย, “นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก: ศึกษากรณี คดีฟูจิ – โกดัก,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2543), หน้า 157-172.

ต่างกันเกี่ยวกับผลกระทบของการควบคุมการควบกิจการ นอกจากนี้ยังมีอีกหลายภาคอุตสาหกรรมที่เกิดปัญหาล้ำกัน เช่น ในธุรกิจสื่อสาร โทรคมนาคม และบริการทางการเงิน

ตารางที่ 2 การควบกิจการที่เกิดขึ้นทั่วโลก



ที่มา : Global mergers in www.wto.com

การกำหนดนโยบายที่เป็นการป้องกันการผูกขาดนั้น ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ (Economic Efficiency) ในตลาดนั้นๆ ซึ่งประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจประกอบด้วย ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (Allocative Efficiency) และประสิทธิภาพในการผลิต (Productive Efficiency) ประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจถือเป็นเป้าหมายสำคัญของกฎหมายแข่งขันทางการค้า⁴ เพื่อให้การแข่งขันเป็นไปอย่างเสรี และเศรษฐกิจได้รับการพัฒนาอย่างมีประสิทธิภาพ

แนวทางที่ประเทศต่างๆ ใช้ในการแก้ไขปัญหาการผูกขาด หรือการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการในตลาดสินค้าและบริการนั้น มีอยู่ 3 แนวทาง คือ⁵

⁴ สรวิศ ลิ้มปริงยี, กฎหมายแข่งขันทางการค้า, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม), หน้า 33.

⁵ สุธีร์ ศุภนิคย์, “การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด,” วารสารนิติศาสตร์ 21 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2534):508.

แนวทางที่หนึ่ง คือ พยายามป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาด หรือสร้างอำนาจตลาดขึ้นได้โดยสกัดกั้นการเจริญเติบโต หรือควบคุมอย่างเข้มงวดต่อผู้ประกอบการที่มีแนวโน้มว่าจะกลายเป็นผู้ผูกขาดในตลาด

แนวทางที่สอง คือ การจำกัดผู้มีอำนาจผูกขาดโดยการลดอำนาจ และขนาดของผู้ประกอบการลงเพื่อให้สูญเสียความสามารถที่จะใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีชอบ และไม่อาจทำการผูกขาดได้ต่อไป

แนวทางที่สาม คือ การยอมรับถึงการที่ผู้ประกอบการอาจมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดได้ แต่จะควบคุมการใช้อำนาจที่มีอยู่นั้น ไม่ให้ใช้อำนาจนั้นโดยมิชอบ และก่อให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวม

ภายหลังจากที่แต่ละประเทศเลือกที่จะใช้แนวทางใดในการบังคับใช้กับสภาพของตลาด และผู้ประกอบการที่เกิดขึ้นในประเทศของตนแล้ว ย่อมส่งผลต่อระบบกฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศนั้นๆ ซึ่งมีอยู่ 2 ระบบ⁶ คือ

1. ระบบกฎหมายที่ควบคุมทางโครงสร้าง (Structural Control)

การแข่งขันอย่างเสรีจะนำมาซึ่งการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภค ระบบนี้จึงมีนโยบายเกี่ยวกับการแข่งขันที่มีการควบคุมอย่างเข้มงวด พยายามป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาด หรือสร้างอำนาจตลาดขึ้นได้ โดยสกัดกั้นการเจริญเติบโต หรือควบคุมอย่างเข้มงวดต่อผู้ประกอบการที่มีแนวโน้มว่าจะกลายเป็นผู้ผูกขาดในตลาดของประเทศ เพราะถือว่าการผูกขาดทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา และไม่ยินยอมให้ผู้ประกอบการในตลาดสินค้าหรือบริการแสวงหาอำนาจผูกขาดได้ โดยผู้มีอำนาจผูกขาดจะถูกลดบทบาท โดยการลดอำนาจ และขนาดของผู้ประกอบการลงเพื่อให้สูญเสียความสามารถที่จะใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีชอบ และไม่อาจทำการผูกขาดได้ต่อไป ดังนั้นเมื่อพบว่ามี การผูกขาดเกิดขึ้นต้องมีการทำลาย เพื่อลดอำนาจผูกขาดลง และไม่ให้มีผลร้ายต่อตลาด เพราะไม่ต้องการให้โครงสร้างตลาดสินค้า และบริการมีลักษณะกระจุกตัว (concentration) ต้องการให้มีการเปิดกว้างต่อผู้ประกอบการรายใหม่ (New Entry) สามารถเข้าแข่งขันได้โดยสะดวก หรือเรียกระบบนี้ว่าเป็น

⁶ สุธีร์ สุภนิคย์, “การควบคุมการควบกิจการ,” วารสารนิติศาสตร์ 24 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2537): 693.

การห้าม (Prohibition Approach) ประกอบด้วยข้อกำหนดในการห้ามการรวมตัวของบริษัทในลักษณะใดบ้าง มีรายละเอียดของพฤติกรรมที่ประกอบธุรกิจการค้าโดยไม่ชอบ การปฏิบัติทางการค้าแบบใดถือว่าการปฏิบัติที่ไม่ชอบธรรม การกระทำที่เป็นการได้มาซึ่งอำนาจการผูกขาดทางการค้า การปฏิบัติใดๆ เพื่อการควบกิจการของบริษัทซึ่งต้องห้ามกับโครงสร้างตลาดที่กำหนดไว้ถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ตัวอย่างของประเทศที่ใช้มาตรการควบคุมการควบกิจการด้วยระบบ คือ สหรัฐอเมริกา สำหรับสหรัฐอเมริกานั้นมีตลาดสินค้า และบริการที่ใหญ่โตภายในประเทศเพราะประกอบไปด้วยมลรัฐจำนวนหลายรัฐ และความพร้อมทางทรัพยากร การส่งเสริมการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจจะตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคเป็นอย่างดี และเป็นการสร้างประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ ลดปัญหาที่อาจเกิดขึ้นระหว่างธุรกิจที่มีขนาดต่างกัน

ข้อดีของระบบการห้ามนี้⁷ (Prohibition System) เป็นการห้ามที่ค่อนข้างเคร่งครัดต่อการควบกิจการของบริษัทที่อยู่ในโครงสร้างตลาดที่อาจเกิดการเปลี่ยนแปลง โครงสร้างตลาดนั้นๆ ได้อันเกิดจากการลดการแข่งขันหรือการผูกขาด เป็นการจำกัดผลเสียที่เกิดจากการรวมตัวตามโครงสร้างที่กำหนดไว้ แต่หากใช้ระบบนี้อย่างเคร่งครัดจนไม่คำนึงถึงประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นตามมา ก็อาจทำให้เกิดผลเสียได้เช่นกัน ในทางปฏิบัติ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือศาลจึงพยายามลดความเคร่งครัดของกฎหมายนี้ให้มีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้ อย่างไรก็ตามการใช้ระบบนี้เป็นนโยบายป้องกันการผูกขาดย่อมสร้างความชัดเจนมาก เพราะมีโครงสร้างการบังคับใช้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ สามารถควบคุมการควบกิจการของบริษัทที่อาจก่อให้เกิดผลเสียในทางเศรษฐกิจได้ทันที แต่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าวก็ต้องมีการปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพ และคุณภาพ โดยต้องมีการพิจารณาปรับใช้อย่างยืดหยุ่นเป็นรายๆ ไป

2. ระบบกฎหมายที่ควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control)

ระบบนี้ยอมรับการมีอำนาจผูกขาด หรือการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการในตลาดได้ แต่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการเหล่านั้น โดยต้องไม่ใช่อำนาจที่มีอยู่โดยมิ

⁷ กวี เปรมรัตน์ชัย, “การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2541), หน้า 39.

ชอบ หน่วยงานจะพิจารณาโดยคำนึงถึงผลในเศรษฐกิจหรือสังคมที่เป็นส่วนรวมเป็นหลัก และต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาในตลาด ผู้ประกอบการที่มีอยู่แล้วในตลาด และผู้บริโภค วิธีการนี้จะไม่ใช่ชี้ชัดว่าการควบกิจการในรูปแบบใดหรือวิธีใดที่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ แต่จะให้พฤติกรรมที่แสดงออกมาของการควบกิจการดังกล่าวซึ่งปรากฏออกมาไม่ว่าจะเป็นผลดีหรือผลเสียเป็นเครื่องพิจารณา ไม่มีการกำหนดรายละเอียด รูปแบบหรือโครงสร้างของการควบกิจการที่มีลักษณะต้องห้ามว่ามีลักษณะอย่างไร แต่จะใช้ข้อกำหนดอย่างกว้างๆ เกี่ยวกับขนาดของธุรกิจ หรือพฤติกรรมบางอย่างเป็นหลักเกณฑ์ให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าไปตรวจสอบพฤติกรรมของการประกอบธุรกิจที่มีต่อเศรษฐกิจส่วนรวม หากมองเห็นประโยชน์จากการควบกิจการมากกว่าผลเสียต่อตลาดก็จะอนุญาตให้มีการควบกิจการต่อไปได้ หากเห็นว่าเป็นผลเสียก็จะจำกัดนโยบายของบริษัทที่รวมตัวต่อคู่แข่งในทางใดทางหนึ่งหรือห้ามการรวมตัวเลย ถือว่าเป็นวิธีการควบคุมมากกว่าวิธีการห้ามตัวอย่างของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ คือ สาธารณรัฐเยอรมัน, สหราชอาณาจักร และสหภาพยุโรปที่ใช้แนวทางนี้เนื่องจากข้อจำกัดทางตลาดสินค้าและบริการขนาดเล็ก การผลิตสินค้าและบริการโดยผู้ประกอบการรายเดียว หรือไม่กี่รายอาจสามารถตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคได้ และยังก่อให้เกิดประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ เพราะได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาด (economic of scale)

ข้อดีของการใช้ระบบการควบคุมนี้เป็นการตระหนักถึงผลดีจากการควบกิจการของบริษัทในภาพรวมทั้งหมดของตลาด โดยยอมให้ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งมีอำนาจตลาดเหนือคู่แข่งได้ในขอบเขตที่เหมาะสม และเมื่อไรที่เห็นว่าอาจจะเกิดความเสียหายหรือเป็นโทษก็ต้องมีการห้ามการกระทำดังกล่าว การพิจารณาการควบกิจการจึงขึ้นอยู่กับพฤติกรรมทางตลาด และเหตุผลส่วนรวมของตลาดในทางเศรษฐกิจ หัวใจสำคัญของระบบนี้คือการทำงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อตรวจสอบ และวิเคราะห์รูปแบบ ผลที่เกิดขึ้น และปัญหาที่อาจตามมาภายหลังจากการควบรวมกิจการนั้นเป็นอย่างดี และรอบคอบ หน่วยงานต้องมีความเข้มแข็ง และเป็นอิสระในการทำงานปราศจากการแทรกแซงจากรัฐบาลหรือผู้มีอิทธิพลที่เกี่ยวข้องในการพิจารณา

นอกจากนี้การผูกขาดในตลาดมักเกิดขึ้น โดยการปล่อยให้ตลาดมีผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งหากใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางการแข่งขันที่เป็นธรรม ย่อมสร้างผลดีต่อการแข่งขันในตลาดนั้นๆ แต่หากใช้อำนาจในทางที่มิชอบก็ย่อมส่งผลเสียก่อให้เกิดการควบคุม และผูก

ขาดตลาดได้ต่อไป ดังนั้นในทางเศรษฐศาสตร์ได้มีการกำหนดบทนิยามเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาด*ไว้ 2 ประการ คือ

1. การถือเอาการมีส่วนแบ่งตลาดเป็นเกณฑ์ (Formal Criterial) กล่าวคือจะมีการระบุถึงเกณฑ์ของการมีส่วนแบ่งตลาดที่แน่นอนไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นวิธีการที่สะดวก ไม่ยุ่งยาก ดังนั้นหากผู้ประกอบการรายใดในตลาดสินค้า หรือบริการมีส่วนแบ่งตลาดถึงเกณฑ์ย่อมกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดทันที ประเทศที่ใช้วิธีดังกล่าว เช่น อังกฤษ สวีเดน และออสเตรเลีย

การถือเอาส่วนแบ่งตลาดเป็นเกณฑ์นั้น เนื่องมาจากส่วนแบ่งตลาดมีความสำคัญกับบริษัทแต่ละบริษัท เนื่องจากมีความเชื่อมโยงกันระหว่างส่วนแบ่งตลาดกับผลกำไรของบริษัท ส่วนแบ่งตลาดจะมีอำนาจในการควบคุมตลาด เพราะการที่บริษัทมีส่วนแบ่งตลาดสูงกว่าคู่แข่งนั้น จะทำให้บริษัทที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงสามารถทำกำไรได้มากกว่าคู่แข่ง มีอำนาจในการควบคุมตลาด ขนาดของส่วนแบ่งตลาดที่สูงย่อมทำให้บริษัทดังกล่าวมีอำนาจในการต่อรองสูงภายในตลาด และสามารถกำหนดราคาของสินค้าในตลาดได้สูงตามไปด้วย และการมีส่วนแบ่งตลาดมากนั้นต้องเกิดมาจากการจัดการที่มีคุณภาพไม่ว่าจะเป็นบรรดาผู้บริหาร การนำเทคโนโลยีมาใช้ การใช้ศักยภาพของพนักงานให้เกิดประโยชน์สูงสุด และการพัฒนาตลาดใหม่

2. การถือเอาการประเมินจากสภาพความเป็นจริงของตลาดสินค้าและบริการ นั้นๆ (Substantive Criteria) กล่าวคือ กฎหมายจะวางข้อพิจารณาอย่างกว้างเพื่อใช้เป็นข้อประเมินถึงตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเป็นวิธีการที่มีข้อยุ่งยากซับซ้อน เพราะต้องอาศัยการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์อย่างชัดเจน รอบคอบ และไม่ได้ถือเอาเกณฑ์ของการมีส่วนแบ่งตลาดมาพิจารณาแต่อย่างเดียว การใช้วิธีการประเมินลักษณะนี้อาจสร้างความยุ่งยากในการบังคับใช้กฎหมายแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยต้องอาศัยองค์กรที่สามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างเข้มแข็ง และชัดเจน

* ผู้มีอำนาจเหนือตลาด คือ ผู้ประกอบการที่มีบทบาทในการคิดค้นสินค้าใหม่ๆ หรือนำวิทยาการใหม่ๆ พร้อมทั้งรวบรวมปัจจัยการผลิตเพื่อนำมาใช้ในการผลิตสินค้าและบริการ ผู้ประกอบการเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะผลิตอะไร เป็นปริมาณเท่าใด ในตลาดสินค้าหรือบริการตลาดใดตลาดหนึ่งมีอำนาจตลาด เพียงพอต่อการกำหนดปริมาณของสินค้าหรือผลผลิต และราคาของสินค้าหรือค่าบริการได้โดยอิสระปราศจากแรงกดดันของตลาด ทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นสามารถควบคุมปริมาณของสินค้าในตลาด และสามารถกำหนดราคาสินค้า หรือค่าบริการโดยไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่งกัน ลูกค้า และผู้จำหน่ายในตลาด

เช่น การมีส่วนแบ่งตลาด ฐานะทางการเงิน รายได้อันเกิดจากการดำเนินธุรกิจ สภาพของตลาดมีการแข่งขันมากน้อยเพียงใด และมีอุปสรรคต่อการที่ผู้ประกอบการอื่นจะเข้ามาในตลาดมากหรือน้อย

ความหมายของตลาดทางเศรษฐศาสตร์ คือ กลุ่มคนซึ่งมีความต้องการซื้อขายสินค้าและบริการ รวมทั้งปัจจัยการผลิตที่จะตอบสนอง และมีเงินที่จะใช้สอย ตลอดจนมีความเต็มใจที่จะใช้จ่ายจัดหาสิ่งต่างๆ เข้ามา ดังนั้น ตลาดจึงมีเงื่อนไข 3 ประการ คือ เงื่อนไขที่ 1 ความต้องการของตลาดที่มีอยู่สำหรับผลิตภัณฑ์ หรือบริการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นย่อมจะต้องอยู่ที่ความต้องการของบุคคล เงื่อนไขที่ 2 อำนาจซื้อของบุคคลต่างๆ ในตลาด เงื่อนไขที่ 3 คือพฤติกรรมกรรมการซื้อ ตลาดประกอบขึ้นด้วยบุคคล และบริษัทจำนวนมากที่จะต้องอยู่ในสภาพที่พร้อมที่จะมีความสามารถ และเต็มใจที่จะซื้อ ในปัจจุบันตลาดถือได้ว่าไม่มีขอบเขตจำกัด เพราะผู้ซื้อผู้ขายสามารถติดต่อซื้อขายผ่านทางโทรศัพท์ โทรสาร อินเทอร์เน็ต เพราะการติดต่อซื้อขายระหว่างผู้ซื้อผู้ขายเกิดขึ้นได้เสมอ แม้จะไม่พบกัน

การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อใช้เป็นเครื่องมือควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีความหมายที่กว้าง และการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยใช้ระบบการแข่งขันจัดการย่อมเป็นไปได้ เพราะสภาพของตลาดที่มีผู้ประกอบการเหนือตลาดย่อมไม่มีการแข่งขันอย่างแท้จริง ดังนั้นการใช้มาตรการควบคุมการปฏิบัติอันมิชอบของพฤติกรรมต่างๆ ของผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่อาจกระทำในตลาดย่อมเป็นสิ่งจำเป็น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้แข่งขัน ลูกค้า ผู้บริโภคในตลาดนั้นไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากการแสวงหาประโยชน์เพิ่มขึ้นจากเดิม มิใช่ว่าเป็นการคุ้มครองผู้แข่งขันเพียงรายใดรายหนึ่งเท่านั้น นอกจากนี้ยังทำให้ตลาดสินค้าและบริการดังกล่าวเปิดกว้างอยู่ตลอดเวลาเพื่อให้ผู้ประกอบการรายใหม่ๆ สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยไม่มีอุปสรรคขัดขวางแต่อย่างใดซึ่งจะเป็นการลดอำนาจของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโดยปริยาย

พฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ถือว่าเป็นความผิด⁸ นั้นมีการกำหนดถึงการกระทำที่เป็นความผิดนั้น เป็น 2 กรณี คือ

1. การวางข้อกำหนดอย่างกว้าง เช่น ในประเทศอังกฤษกำหนดห้ามไม่ให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการใดๆ อันเป็นการขัดต่อประโยชน์ส่วนรวม (against public interest) หรือในประเทศเยอรมัน สเปน หรือกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปกำหนดเหมือนกันคือห้ามมิให้ผู้ประกอบการใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse of market dominating) โดยเฉพาะในประเทศสเปน กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป จะมีการยกตัวอย่างของพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ เป็นต้น

2. การวางข้อกำหนดเป็นการเฉพาะ เป็นการกำหนดจำแนกถึงพฤติกรรมที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดต้องไม่ปฏิบัติไว้โดยชัดแจ้ง ปรากฏว่าหลายประเทศได้ใช้วิธีการนี้ เช่น ออสเตรเลีย แคนาดา กำหนดไว้ชัดเจน อาทิ ห้ามมิให้ขจัด หรือทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งของตนในตลาด หรือห้ามมิให้กีดกันผู้ประกอบการอื่นที่จะเข้ามาประกอบกิจการแข่งขันกับตน เป็นต้น

บทลงโทษที่แต่ละประเทศใช้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืน กฎหมายป้องกันการผูกขาดเพื่อลงโทษผู้มีอำนาจเหนือตลาด มีอยู่ 2 แนวทาง⁹ คือ

แนวทางที่ 1 หากบทบัญญัติที่มีการกำหนดจำแนกข้อห้ามไว้โดยชัดแจ้งแล้ว มักจะนำมาตรการการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับ โดยเฉพาะโทษปรับ

แนวทางที่ 2 หากให้องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายใช้อำนาจทางฝ่ายบริหารพิจารณาว่าการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดรายใด เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ องค์กรดังกล่าวก็มีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายหยุดกระทำการอันมิชอบนั้น หรือกระทำการใดๆ เพื่อยุติการกระทำที่เป็นการขัดต่อประโยชน์ส่วนรวม

⁸ สุธีร์ สุภนิติกย์, “การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด,” วารสารนิติศาสตร์: 511.

⁹ เรื่องเดียวกัน, 512.

1. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการควบกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นผู้นำความคิดเสรีนิยม (LIBERALISM) มีความเชื่ออย่างยั้งว่า การปล่อยให้การค้าดำเนินไปอย่างเสรีโดยให้ตลาดเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของผู้ผลิต และผู้บริโภคด้วยตัวของมันเอง และยังเป็นประเทศที่มีประสบการณ์เก่าแก่ และยาวนานมากที่สุดในโลกเกี่ยวกับกฎหมาย และนโยบายการแข่งขันทางการค้าที่เคร่งครัด ถือว่าการกระทำใดที่มีผลเป็นการทำให้การแข่งขันหายไปเป็นการกระทำที่ไม่ควรให้เกิดขึ้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับแรกในประเทศสหรัฐอเมริกามีมาเกือบ 100 ปี เนื่องจากภายหลังสงครามกลางเมืองในสหรัฐอเมริกาเป็นระยะที่การค้าเสรี (Laissez Faire) เสื่อมตัวลง และเป็นการเริ่มต้นของการเข้าแทรกแซงในกิจการต่างๆ ทางเศรษฐกิจของรัฐบาล พยายามควบคุมธุรกิจอุตสาหกรรม หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 กิจการขนาดใหญ่เพียงไม่กี่รายเข้ามามีบทบาทสำคัญในเศรษฐกิจ มีการรวมตัวตั้งสมาคมการค้าให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และลดการแข่งขันโดยใช้ทั้งวิธีการควบรวมกิจการ ยังเน้นหนักในการใช้อำนาจเศรษฐกิจของคนจำนวนไม่กี่คนในธุรกิจใหญ่ๆ เมื่อการควบกิจการก้าวเข้าสู่ศตวรรษที่ 19 จนถึงศตวรรษที่ 20 เป็นระยะที่มีการตั้ง “ทรัสต์” (TRUST) เพื่อผูกขาดการค้าอย่างแพร่หลายในสหรัฐอเมริกา บริษัทต่างๆ สมคบกันจำกัดอุปทานการผลิต และขึ้นราคาสินค้า โดยใช้วิธีนำผู้ถือหุ้นสามัญที่มีสิทธิออกเสียงรายใหญ่ของบริษัทต่างๆ มาทำสัญญาเรียกว่า “ สัญญาทรัสต์ ” เพื่อประโยชน์ในการกระทำการร่วมกัน และแบ่งปันผลกำไร บริษัทเล็กๆ ต้องยุบรวมตัวกันเป็นบริษัทใหญ่อย่างมาก หากการลดราคาสินค้าไม่เป็นไปตามที่ตกลงกันก็มีการถล่มถ้าง ลงโทษกันระหว่างผู้ประกอบการกันเอง

ในขณะนั้นก็มีกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) บังคับห้ามไม่ให้มีการกระทำการดังกล่าวอันเป็นก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ลดน้อยลงอย่างมาก ซึ่งอาจจำกัดการแข่งขัน แต่การเกิดขึ้นของกฎหมาย Common Law ต้องอาศัยระยะเวลาอันนานจึงทำให้มีการปรับปรุงรูปแบบการค้าใหม่ๆ ที่เป็นการจำกัดการค้าเพื่อเลี่ยงกฎหมาย กฎหมาย Common Law จึงไม่สามารถบังคับกับวิธีการจำกัดการค้ารูปแบบใหม่ๆ ในยุคนั้นได้อย่างทันทั่วถึง ดังนั้นเพื่อเป็นการตอบสนองต่อความเคลื่อนไหวต่างๆ และควบคุมการควบกิจการ ปลายศตวรรษที่ 19 สหรัฐอเมริกาเริ่มมีการส่งเสริมการแข่งขัน และออกกฎหมายเพื่อป้องกันการผูกขาดทางการค้า โดยในปี 1890 ได้บัญญัติกฎหมาย The Sherman Antitrust Act ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการรวมกลุ่มที่ผิดกฎหมายซึ่งถือเป็นการกีดกันทางการค้า และการผูกขาด และในปี

1914 รัฐสภาของสหรัฐฯ ได้ผ่านกฎหมาย The Clayton Act ซึ่งห้ามการรวมกิจการที่มีแนวโน้มว่าจะสร้าง หรือก่อให้เกิดการผูกขาด และในปี 1917 รัฐสภาได้อนุมัติพระราชบัญญัติคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (The Federal Trade Commission Act : FTC) ซึ่งให้อำนาจแก่คณะกรรมการ (commissions) ที่จะห้ามการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม รวมถึงคำตัดสินต่างๆ ที่เกี่ยวข้องโดยศาลสูงสุด (Supreme Court Judgments) ซึ่งเป็นเครื่องมือที่มีส่วนช่วยในการขัดขวาง หรือต่อต้านกิจกรรมการแข่งขันต่างๆ ที่อาจก่อให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมาก หรือการมีพฤติกรรมใดๆ ที่มีขอบของบริษัทยักษ์ใหญ่ทั้งหลายในสหรัฐอเมริกา¹⁰

1.1 นโยบาย และแนวทางในการควบคุมการควบกิจการ

หลักสำคัญของนโยบายป้องกันการผูกขาดที่ใช้มายาวนานในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ถือเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายลักษณะควบคุมทางโครงสร้างเศรษฐกิจหรือห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมาก ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมีประสิทธิภาพในตลาดลดลงไป¹¹ (STRUCTURAL CONTROL : PROHIBITION APPROACH)¹² โดยใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเข้มงวด เคร่งครัด กฎหมายปกป้องกระบวนการแข่งขันด้วยการห้าม และลงโทษการกระทำใดๆ ที่คุกคาม การแข่งขันซึ่งถือเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคจากการแสวงหาผลประโยชน์โดยผู้มีอำนาจเหนือตลาดทั้งหลาย ซึ่งถือเป็นการปกป้องระบบการแข่งขันโดยคำนึงถึงผลตอบแทนของผู้บริโภคเป็นหลักแต่ไม่ปกป้องผู้แข่งขันตามที่กำหนดไว้ในมาตราที่ 2 ของ The Sherman Act 1890 เพราะเป็นผู้มีอำนาจตลาดเหนือกว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาด* หรือผู้มีอำนาจเหนือตลาดอาจใช้สถานะ และโอกาสดังกล่าวในการแสวงหาผลประโยชน์ รวมถึงถ่ายทอดความมั่งคั่ง และทรัพย์สินที่ควรเป็นของผู้บริโภคไปเป็นของตนเองด้วยการควบคุมปริมาณสินค้าในตลาดและขึ้นราคาสินค้า จำนวนเงินหรือราคาสินค้าส่วนเกินกว่าราคาที่

¹⁰ Hiroshi Kasahara, "News and Views from Japan" The Japanese Mission to the European Union April 1998 in www.eu.emb-japan.go.jp/interest/revmono.htm.

¹¹ Antitrust policy in www.usdoj.gov/atr/public/speeches.html.

¹² สุธีร์ ศุภนิคย์, "การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด," วารสารนิติศาสตร์: 509.

* อำนาจตลาด คือ ความสามารถในการกำหนดราคาสินค้า และบริการของผู้ประกอบการหรือกลุ่มของผู้ประกอบการ โดยราคาที่ตั้งมักสูงกว่าราคาที่ควรจะเป็นทำให้สามารถได้กำไรเกินปกติ

ควรจะเป็นในตลาดที่มีการแข่งขันปกติคือ ปริมาณของความมั่งคั่งของผู้บริโภคที่ถูกถ่ายเทไปสู่ผู้มีอำนาจเหนือตลาด นอกจากนี้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีไว้เพื่อป้องกันการเข้ามาแทรกแซงกิจการของธุรกิจรายใหญ่ทั้งหลายเพื่อคุ้มครองธุรกิจขนาดกลาง และขนาดเล็กจากการเข้ามาครอบงำกิจการของธุรกิจขนาดใหญ่ไม่ให้อำนาจมากเกินไปจนเกินความพอดีในตลาด¹³

ในแต่ละประเทศย่อมมีการพิจารณาที่แตกต่างกันระหว่างมาตรการควบคุมที่ถือว่าเกิดการเปลี่ยนแปลง (Threshold) ซึ่งพิจารณาได้ว่าการควบกิจการเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการแข่งขันที่มีอยู่ลดน้อยลงอย่างมาก ภายหลังจากการควบกิจการลดน้อยลงในตลาดที่เกี่ยวข้องว่าระดับการเปลี่ยนแปลงใดที่หน่วยงานจะยินยอม หรือขีดขวงการควบกิจการดังกล่าว สำหรับสหรัฐอเมริกา นั้น เมื่อเทียบการควบกิจการระหว่างปี 1995 กับปี 1996 นั้นปรากฏว่าในปี 1996 มีอัตราสูงมากขึ้น โดยมีมูลค่าประมาณ 1.1 ล้านล้านเหรียญ และรวมถึงการควบกิจการมูลค่าประมาณ 659 พันล้านเหรียญในธุรกิจขนาดใหญ่หลายประเภทในธุรกิจสื่อสาร (Telecommunication) ธุรกิจคมนาคมการขนส่ง (Transportation) อุตสาหกรรมที่ใช้เทคโนโลยีระดับสูง (Hi-Tech)¹⁴³⁰ โดยเฉพาะการควบกิจการตามแนวนอนในประเทศที่เพิ่มมากขึ้นตั้งแต่ปี 1993 เป็นต้นมา ซึ่งจุดมุ่งหมายหลักของการควบกิจการก็เพื่อสร้างพลัง* โดยกิจการที่ควบกันนั้นเป็นกิจการที่จำเป็นต้องใช้เงินลงทุนสูงเพื่อลงทุนในเทคโนโลยีใหม่ๆ หรือโอกาสที่กิจการนั้นจะเข้าสู่ตลาดใหม่ๆ เช่น ตลาดโทรคมนาคม โทรศัพท์ และธุรกิจคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

นโยบายการแข่งขันของสหรัฐอเมริกานั้น ส่วนใหญ่เป็นการห้ามการรวมกลุ่ม และการห้ามการผูกขาดในตลาดที่ทำให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมาก หรือเกิดการผูกขาด โดยมุ่งเน้นการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาด แบ่งเป็น 3 ประเภท¹⁵ คือ

¹³ สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายแข่งขันทางการค้า, หน้า 33.

¹⁴ Cornerstone Research for the record Summer 1997 M&A : Assessing Market Impact in www.cornerstone.com/research/assessing_market_impact.html.

* ทฤษฎีพลังชนิก คือ มวลเหตุจูงใจในการควบกิจการในกิจการที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน เพื่อให้เกิดการประหยัดเรื่องของกิจการภายหลังที่ควบกิจการแล้ว มีการใช้ทรัพยากรร่วมกัน แลกเปลี่ยนเทคโนโลยีความรู้ต่างๆ แก่กัน มีผลผลิตเพิ่มเพราะต้นทุนการผลิตต่ำลง

¹⁵ จันทรา ศิริอุทัยกร, นโยบายการแข่งขัน : การดำเนินการของเอเปค, หน้า 11.

1. การห้ามพฤติกรรมการรวมกลุ่ม
2. การห้ามพฤติกรรมการผูกขาด
3. การห้ามการรวมตัวกันระหว่างผู้แข่งขัน หรือการรวมกลุ่มกันระหว่างผู้ผลิตกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริการกับผู้บริการ¹⁶

นโยบายการควบคุมการควบกิจการต้องวิเคราะห์เกี่ยวกับโครงสร้างของตลาดเพื่อให้เกิดการควบคุมที่มีความชัดเจนขึ้น เช่น หากตลาดมีส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการเดิมในระดับที่สูง และเป็นอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาด (high barrier to entry) ของผู้ประกอบการรายใหม่ (New Entry) เหตุนี้ก็เป็นสาเหตุหนึ่งที่ได้ว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขัน นโยบายการควบคุมการควบกิจการซึ่งเป็นนโยบายในการป้องกันการผูกขาดจึงออกแบบมาในลักษณะเพื่อรักษาธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจอย่างเคร่งครัด การกระทำใดที่เป็นการขัดขวาง จำกัด บิดเบือนการแข่งขันถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรให้เกิดขึ้นเลย ป้องกัน และควบคุมการควบกิจการที่ทำให้เกิดการเพิ่มระดับของการกระจุกตัว (Concentration) * ของตลาด

¹⁶ ชนิษฐ์ มีโกศล, “พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,” *ซีพีจอร์นัล* (กรกฎาคม-สิงหาคม 2542) : 35.

* การกระจุกตัว (concentration) คือ การควบคุมธุรกิจในตลาดโดยบริษัทหนึ่งหรือกลุ่มบริษัทหนึ่ง โดยการกำหนดจำนวน และขนาดของการกระจายสินค้า และบริการจากผู้ผลิตไปยังผู้บริโภค ซึ่งในการพิจารณาการกระจุกตัวนั้นจะพิจารณาตามระดับการควบคุมของธุรกิจในตลาด ถ้าธุรกิจใดมีระดับการกระจุกตัวสูง ธุรกิจนั้นก็จะมีสภาพผูกขาดมาก แต่ถ้าธุรกิจใดมีระดับการกระจุกตัวต่ำนั้นแสดงว่าธุรกิจนั้นมีการผูกขาดน้อย ดังนั้นจะเห็นว่าระดับของการกระจุกตัวที่ต่างกันจะแสดงถึงสภาพของตลาดที่ต่างกัน การพิจารณาระดับการกระจุกตัวของอุตสาหกรรม มีดังนี้

- อุตสาหกรรมที่มีค่าของการกระจุกตัวสูงนั้นมีลักษณะของสินค้าที่ผลิตจะแตกต่างกันจากสินค้าชนิดอื่น และไม่สามารถหาสินค้าอื่นมาแทนได้ง่าย การเข้ามาในอุตสาหกรรมของผู้แข่งขันรายใหม่เป็นไปได้ยาก ทำให้อุตสาหกรรมจึงมีอำนาจมากในการผูกขาดซึ่งเป็นผลให้ผู้ประกอบการสามารถขึ้นราคาสินค้าได้ และได้กำไรเกินกว่าปกติด้วย

- อุตสาหกรรมที่มีค่าการกระจุกตัวต่ำ เป็นอุตสาหกรรมที่มีการแข่งขันกันมาก ผู้ประกอบการจึงไม่มีอำนาจกำหนดราคา และราคาสินค้าในอุตสาหกรรมนี้จะใกล้เคียงกันกับราคาในตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์

ปลายปี ค.ศ. 1950 ถึงต้นปี ค.ศ. 1960 ศาลสูงสุดได้พัฒนามาตรฐานทางกฎหมาย สำหรับการควบคุมการควบกิจการที่ทำให้โครงสร้างตลาดเปลี่ยนแปลงไป โดยศาลสนับสนุนนโยบายต่อต้านการผูกขาดที่จะใช้ขีดขวางไม่ให้เกิดการควบกิจการใดๆ ที่จะส่งผลให้เกิดการเพิ่มขึ้นของการกระจุกตัวในตลาดของผู้แข่งขันในตลาด หรือเป็นการเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด สำหรับมาตรการควบคุมการควบกิจการที่ศาลจะใช้พิจารณาว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นก่อให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมาก โดยพิจารณาจากปัจจัยหลายประการ เช่น ส่วนแบ่งของตลาดที่กำลังจะควบกิจการ ระดับของการกระจุกตัวของอุตสาหกรรม แนวโน้มของการกระจุกตัว และผลกระทบของการควบกิจการเกี่ยวกับการกระจุกตัวของตลาด

ในคดี *Brown Shoe* ถือเป็นการควบกิจการในแนวนอน และแนวตั้ง ศาลพิจารณาว่าการแข่งขันในตลาดที่มีอยู่ลดน้อยลงหรือไม่ เพราะการควบกิจการทั้งสองประเภทดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ได้ แม้ว่าตลาดจะไม่ถือว่ามีกระจุกตัว (unconcentrated market) ศาลพิจารณาว่าการควบกิจการดังกล่าวทำให้เกิดอุปสรรคเป็นการกีดกันผู้แข่งขันรายใหม่ได้ หากผู้แข่งขันที่มีโอกาส และความสามารถต้องการจะเข้าสู่ตลาดก็ย่อมถูกจำกัด เพราะตลาดมีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูง¹⁷

1.2 บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการควบคุมการควบกิจการ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ในการบริหารประเทศ แต่สำหรับการป้องกัน และการควบคุมการควบกิจการที่ก่อให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมากในตลาด กฎหมาย Common Law ไม่อาจบังคับใช้กับการควบคุมการควบกิจการของบริษัท และการแข่งขันที่ใช้วิธีการคลุมเครือได้ทันกับเหตุการณ์ อาจทำให้ธุรกิจเล็กๆ ถูกบีบให้ต้องหยุดกิจการ และบริษัทที่เหลืออยู่ในอุตสาหกรรมจึงพยายามหาหนทางลดปัญหาความยุ่งยากของการแข่งขันจากการควบกิจการกัน อีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นไปอย่างเคร่งครัดเป็นผลมาจากขบวนการผู้สนับสนุนรัฐบาลในช่วงศตวรรษที่ 19 ที่โกรธแค้นพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันอย่างโจ่งแจ้งของธุรกิจต่างๆ ที่รวมตัวกันอย่างมากมาย จึงต้องการให้มี

¹⁷ Robert J.Lamer and James W.Meehan, Jr. *Economics & Antitrust Policy* pp.185-187.

การแข่งขันที่เสรีขึ้น¹⁸ สหรัฐอเมริกาจึงได้บัญญัติกฎหมายควบคุมการกระทำดังกล่าวให้ชัดเจนขึ้น ซึ่งถือเป็นแม่แบบสำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาด ได้แก่

1.2.1 The Sherman Act 1890

ในปี ค.ศ. 1890 รัฐสภาได้ออกพระราชบัญญัติฉบับนี้มีเพื่อป้องกันการผูกขาดที่สำคัญฉบับแรกของสหรัฐอเมริกา และมีขอบเขตการใช้กว้างขวางมาก โดยมีการบัญญัติข้อห้ามไว้อย่างกว้างขวาง เกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางโครงสร้าง และการกระทำที่ก่อให้เกิดการผูกขาด หรือได้มาซึ่งการผูกขาด เพื่อป้องกันการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมากในตลาด และต้องการให้มีการแข่งขันอย่างเสรีในระบบโครงสร้างเศรษฐกิจ โดยห้ามผู้ผลิตร่วมมือกันขึ้นราคาสินค้า โดยใช้วิธีการกำหนดราคาสินค้าร่วมกัน หรือจำกัดปริมาณการผลิต หรือด้วยวิธีอื่นใดก็ตามที่จะมีผลเป็นการผูกขาดทางการค้า หรือสมรู้ร่วมคิดกันในการจำกัดการค้า พระราชบัญญัติฉบับนี้รวมไปถึงการห้ามการผูกขาดกิจการ หรือผลประโยชน์เพียงผู้เดียว หรือความพยายามจะผูกขาดกิจการนั้น เช่น การรวมธุรกิจ (Business Trust) หรือการรวมตัวกันผูกขาด (Monopolistic Combinations) หรือการควบบริษัท (Mergers) เพราะถือว่าประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการแข่งขันเสรีจะถูกระงับหรือกระทบกระเทือน หากปล่อยให้มีการกระทำดังกล่าว¹⁹

ศาลได้ใช้หลักข้อห้าม (Prohibition Approach) เพื่อบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ โดยกำหนดพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อโดยตรง และทันที (per se approach) ซึ่งถือว่าการตกลงร่วมกันทางโครงสร้างเพื่อจำกัดการแข่งขัน หรือการกระทำที่เป็นการผูกขาดเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยไม่จำเป็นต้องแสดงหลักฐานว่าการปฏิบัตินั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาด และกำหนดพฤติกรรมอย่างใดบ้างจะถือเป็นความผิดที่ทำให้การแข่งขันในตลาดลดน้อยลงอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดได้ปรับความเข้มงวดของหลักความผิดเด็ดขาด (per se approach) โดยศาลสูงสุดได้วางหลักแห่งเหตุ และผล (rule of reason) * ขึ้นมาเพื่อใช้กับ

¹⁸ ขจร เลิศสกุลพาณิชย์, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมการค้าเพื่อขจัดคู่แข่งในไทย,” หน้า 35.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน

* หลักเหตุและผล (the rule of reason) มีวิวัฒนาการมาจากคำพิพากษา ไม่มีมาตรฐานที่แน่นอน และเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ บางครั้งศาลอาจตีความกว้าง หรือแคบได้ จึงเป็นหลักที่มอบอำนาจการไหลลื่นไว้ที่ศาล

กฎหมายป้องกันการผูกขาด ทำให้ศาลพิจารณาว่า* การควบกิจการ หรือการรวมตัว หรือการทำสัญญา สมคบกัน หรือการได้มาซึ่งสถานะที่มีอำนาจเหนือผู้อื่นในตลาดโดยวิธีใดวิธีหนึ่งเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าอันเป็นความผิดก็ ต่อเมื่อเป็นการจำกัดอย่างไม่มีเหตุผล และไม่สมควรเท่านั้น ไม่ใช่ว่าการกระทำทุกอย่างจะเป็นความผิดไปเสียหมด อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักเหตุ และผลนี้ (rule of reason) ศาลสันนิษฐานไว้ก่อนว่า พฤติกรรมของจำเลยเป็นความผิดแต่จำเลยสามารถหักล้างได้ โดยเป็นภาระของจำเลยในการพิสูจน์ว่าตนมีความชอบธรรม ถือได้ว่าสหรัฐอเมริกาให้จำเลยเป็นผู้รับผิดชอบในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนจากข้อสันนิษฐานความผิดตามกฎหมายนี้ ต่างกันกับหลักเหตุผลของกลุ่มสหภาพยุโรป ซึ่งสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการตกลงร่วมกันทางธุรกิจเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และหากรัฐบาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ถูกต้อง รัฐบาลจะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย²⁰

ดังนั้นการประกาศใช้ The Sherman Act นั้นจึงเป็นการมองว่าเป็นการยกสถานะของกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Restraints of Trade) ที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นหลักกฎหมาย Common Law ประการหนึ่งที่ศาลมลรัฐ (State courts) ต่าง ๆ บังคับใช้ก่อนปี ค.ศ. 1890 เป็นเวลานาน มาเปลี่ยนเป็นกฎหมายของสหพันธรัฐ (Federal Law) ทำให้หลักกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ในขอบเขตที่กว้างขวางขึ้นและครอบคลุมการกระทำของบริษัทที่ประกอบธุรกิจ ในหลาย ๆ มลรัฐ เจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองกระบวนการแข่งขัน (COMPETITIVE PROCESS) และสวัสดิการผู้บริโภคเป็นสำคัญ (CONSUMER WELFARE) ศาลจะเป็นผู้สะสมภูมิความรู้เกี่ยวกับปัญหากฎหมายการแข่งขันทางการค้า และพัฒนากฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพการณ์เพื่อให้สอดคล้องกับเหตุการณ์ และสถานะเศรษฐกิจของประเทศในแต่ละ

แต่การใช้ดุลพินิจต้องคำนึงถึงเวลา และสถานที่ที่ข้อตกลง หรือสัญญานั้นใช้บังคับ อ้างอิงจาก วราภา วรพิชโยทัย, “นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก : ศึกษากรณี คดี ฟุจิ-โกคัง,” หน้า 31.

* ท่านผู้พิพากษา White ซึ่งประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเป็นผู้วางหลักนี้ไว้ในคำตัดสินของบริษัท Standard Oil Co. v. United States 221 U.S. 1, 1891 ซึ่งบริษัทดังกล่าวมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 90 ในอุตสาหกรรมน้ำมัน ทำให้ต้องแยกตัวออกเป็นบริษัทเล็ก อ้างอิงจาก ชนิทร์ มี โภคิ, “พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,” หน้า 35.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

บุคคลแต่ละสมัย และเป็นกฎเกณฑ์ที่มีประสิทธิภาพ สำหรับโทษที่ใช้บังคับกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้เป็นโทษทางอาญา

The Sherman Act จึงวางกฎเกณฑ์อย่างกว้าง ๆ ดังนี้

มาตรา 1 ใจความว่า บรรดาสัญญา หรือการรวมตัวกัน หรือการสมคบกัน ไม่ว่าในรูปแบบใดเพื่อจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจ การค้า ถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย และผู้ฝ่าฝืนจะต้องรับโทษทางอาญา*

มาตรา 2 ใจความว่า บุคคลใดกระทำการผูกขาด (monopolize) หรือพยายามจะผูกขาด (attempt to monopolize) หรือรวมตัวกัน หรือสมคบกันกับผู้อื่นเพื่อผูกขาดทางธุรกิจ หรือการค้าอย่างหนึ่งอย่างใดถือว่าเป็นความผิด และต้องรับโทษทางอาญา**

บทบัญญัติที่ยกมาทั้ง 2 มาตรา นี้ เป็นการบัญญัติกว้างๆ โดยมาตรา 1 นั้นกำหนดองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ที่การกระทำใดๆ ที่เป็นการรวมกัน โดยมีข้อตกลงอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งจะก่อให้เกิดเป็นการจำกัดการค้า หรือการแข่งขันที่ถือเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย และมาตรา 2 กำหนดว่าการกระทำใดอันเป็นการผูกขาด หรือพยายามจะผูกขาดถือเป็นความผิด ใน

* มาตรา 1 ของ The Sherman Act บัญญัติว่า “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contracts or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

** มาตรา 2 ของ The Sherman Act บัญญัติว่า “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.”

ปี 1948 หลังจากการพัฒนามาตรการควบคุมการควบกิจการแล้ว ศาลได้ตัดสินคดีการควบกิจการในแนวนอน (Horizontal Merger) ซึ่งเป็นการรวบรวมกิจการในขั้นตอนการผลิตเดียวกันระหว่าง United States v. Columbia Steel Co.²¹ และการควบกิจการของบริษัท United State Steel corp.²²

1.2.2 The Clayton Act 1914

การบัญญัติ The Clayton Act นั้นมีเหตุผลว่ากฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดที่มีประสิทธิภาพนั้น ต้องประกอบด้วยรายละเอียดของการประกอบธุรกิจการค้าที่ไม่ชอบตามกฎหมายเป็นการกำหนดรูปแบบพฤติกรรมที่รัฐประสงค์จะควบคุม โดยผู้ประกอบการต้องสามารถทราบได้ว่าการกระทำใดเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย การให้อำนาจศาลใช้ดุลยพินิจแต่เพียงฝ่ายเดียวจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะผู้ประกอบการไม่อาจทราบได้ว่าศาลจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นๆ ถือเป็นการละเมิดกฎหมายหรือไม่ ก่อให้เกิดความคลุมเครือต่อการพิจารณาของผู้ประกอบกิจการในการประกอบธุรกิจ

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดว่าการกระทำชนิดใดบ้างที่ถือว่าผิดกฎหมาย เช่นการควบกิจการ (Mergers) หรือการได้มาซึ่งกิจการ (Acquisitions) หรือการร่วมลงทุน (Joint Venture) ของผู้ประกอบการที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดเพื่อใช้ประเมิณผลกระทบต่อการแข่งขันในปัจจุบันจากการเปลี่ยนแปลงต่างๆ ในโครงสร้างตลาดโดยกฎหมายห้ามบริษัทที่แข่งขันกันอยู่ในตลาดรวมตัวกันตามลักษณะที่กำหนดข้างต้นซึ่งอาจก่อให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงไปอย่างมาก และครอบคลุมการห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการกระทำการใดๆ เช่น การจำกัดโอกาสของลูกค้าในการเลือกซื้อสินค้า หรือบริการจากผู้ประกอบการรายอื่นในรูปสัญญา (Tying Contracts)²³ และออกแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการควบกิจการในแนวนอน (Horizontal Mergers Guidelines) หรือการควบกิจการในแนวตั้ง (Vertical Mergers) หรือการควบกิจการในลักษณะที่หลากหลาย (Conglomerate Mergers) ด้วย และโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้เป็นโทษทางแพ่ง ทั้งนี้ ข้อกำหนดในมาตรา 7 ของ The Clayton Act ประกอบกับ มาตรา 5 ของ The Federal Trade Commission Act นั้นกำหนดให้หน้าที่ความรับผิดชอบในการ

²¹ United States v. Columbia Steel Co., 344 U.S. 495 (1948).

²² United States v. U.S. Steel Corp., 251 U.S. 417 (1920).

²³ ชนินทร์ มีโกที, “พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,” *ซีพีพรเศรษฐกิจ*: 35.

ตรวจสอบพิจารณา และบังคับใช้เป็นของคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (The Federal Trade Commission : FTC)

ตามมาตรา 7 ของ The Clayton Act กำหนดว่า “ห้ามมิให้บริษัทรวมตัวกัน ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อมด้วยบางส่วนหรือทั้งหมดของหุ้น กับอีกบริษัทหนึ่งซึ่งทำการค้าด้วยกัน อันอาจทำให้การรวมตัวนั้นเป็นผลทำให้ลดการแข่งขันระหว่างกัน หรือจำกัดการค้าในที่ใด ที่หนึ่งหรือส่วนรวม หรือมีแนวโน้มที่จะทำการผูกขาดในทางการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง”*

การบัญญัติถ้อยคำว่า “ May be substantially to lessen competition ” ไว้ใน The Clayton Act นั้น หมายถึง การควบกิจการที่สามารถส่งผลให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมาก โดยตัวของมันเองในเวลานั้น หรืออาจเป็นผลที่เกิดขึ้นได้ในอนาคต เพราะการรวมตัวอย่างเล็ก ๆ อาจเพิ่มการกระจุกตัวหรือการผูกขาดในอนาคตได้ มาตรา 7 นี้ถือว่าการควบกิจการที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย แม้ว่าผลของการผูกขาดหรือการจำกัดทางการค้าจะยังไม่เกิดขึ้นอย่างเป็นทางการก็ตาม แต่เป็นไปได้ว่าอาจจะเกิดขึ้นได้ก็ต้องห้ามตามกฎหมายนี้

มาตรา 7 ที่กำหนดไว้มีหลักสำคัญๆ เกี่ยวกับการพิจารณาว่ามีการกระทำใดๆ หรือการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการ หรือการรวมตัวกันของผู้ประกอบการที่จะทำให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมากในตลาด หรืออาจส่งผลให้การแข่งขันในตลาดกลายเป็นตลาดผูกขาด (Monopoly) ในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง แม้ว่าการกระทำนั้นๆ ยังไม่แล้วเสร็จก็ตาม

ทางคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) รายงานว่าการเริ่มต้นของการกระจุกตัวของกิจการในแนวนอนเป็นไปอย่างน่ากังวลเพราะมันเป็นเรื่องง่ายในการวางแผนร่วมกันของผู้ขายในตลาดเพื่อร่วมกันกระทำการใดๆ ซึ่งส่งผลเสียต่อโครงสร้างตลาด และ

* มาตรา 7 ของ The Clayton Act บัญญัติไว้ว่า “That no corporation engaged in commerce shall acquire directly or indirectly, the whole or any part of the stock or the other share capital and no corporation subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another corporation engaged also in commerce, where in any line of 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.”

ยากที่จะค้นพบ หรือรู้ได้ถึงแผนการที่ตกลงร่วมกันซึ่งไม่มีการระบุเรื่องดังกล่าวไว้ใน The Sherman Act แต่มีการกำหนดไว้ใน The Clayton Act คำตัดสินครั้งแรกและถือเป็นบรรทัดฐานสำหรับการควบกิจการในแนวนอนของตลาดที่มีการกระจุกตัวต่ำ ได้แก่ คดี Brown Shoe²⁴ แม้ว่าการควบกิจการดังกล่าวจะเกิดขึ้นในตลาดที่มีการแข่งขันไม่สูงมาก แต่อาจทำให้เกิดการคุกคามต่อการแข่งขันระหว่างผู้ผลิต ทำให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมาก ความกังวลนี้เกิดมาจากการควบกิจการในอุตสาหกรรมรองเท้า และร้านค้าปลีกทั้งสองแห่ง คือ บริษัท Brown Shoe เป็นผู้ค้าปลีกใหญ่อันดับ 4 และมีจำนวนร้าน 1,230 ร้าน ควบกิจการกับบริษัท G.M. Kinney ซึ่งเป็นผู้ค้าปลีกใหญ่ที่สุดในบรรดาผู้ค้าปลีกทั้งหลาย เมื่อมีการควบกิจการแล้วจะควบคุมร้านทั้งหมด 1,600 ร้านทั่วประเทศ และภายหลังจากการควบกิจการจะกลายเป็นร้านค้าปลีกอันดับ 2 มีส่วนแบ่งของตลาดจำนวนร้อยละ 7.2 ของร้านค้ารองเท้าทั้งหมด และ ร้อยละ 2.3 ของร้านค้ารองเท้าแบบระบายสินค้า (Outlet)

ศาลสูงสุดตัดสินว่าการควบกิจการของบริษัท Brown Shoe กับบริษัท G.M. Kinney นั้นถือเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 7 ของพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากการรวมตัวของร้านค้าปลีกของทั้งสองบริษัทถือเป็นการควบกิจการในแนวนอน (Horizontal Mergers) และการควบกิจการของร้านค้าปลีกของบริษัท G.M. Kinney กับโรงงานผลิตรองเท้าของบริษัท Brown Shoe เป็นการควบกิจการตามแนวตั้ง (Vertical Mergers) ด้วย ภายหลังจากการตรวจสอบส่วนแบ่งทางตลาด (market share) ของบริษัททั้งสอง ศาลพิจารณาว่าควรจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่แท้จริง และความเป็นไปได้ที่จะทำให้การแข่งขันในตลาดที่มีการควบกิจการนั้นลดน้อยลงอย่างมากหรือไม่ และต้องมีการนิยาม หรือวิเคราะห์ส่วนแบ่งทางตลาด หรือระดับการกระจุกตัวของตลาดเพื่อสามารถประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้ภายหลังจากที่มีการควบกิจการ และพิจารณาถึงสภาพของผู้แข่งขันที่มีอยู่ในอุตสาหกรรมนั้นๆ แล้วจึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเรื่องการกระจุกตัวในตลาด แนวโน้มของการเป็นผู้นำเหนือตลาดโดยผู้ประกอบการเพียงไม่กี่คน หรืออุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดของผู้แข่งขันรายใหม่ (Barrier to Entry)²⁵

²⁴ FTC v. Brown Shoe Co., 384 U.S. 316 (1966).

²⁵ สมชาติ ภคภาสน์วิวัฒน์, กลยุทธ์การแข่งขันของธุรกิจ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มติชน, 2539), หน้า 38.

ภายหลังจากพิจารณา ศาลได้นิยามความหมายของตลาดที่เกี่ยวข้องทางภูมิศาสตร์ (the Relevant Geographic Market) ให้หมายถึงเมืองทั่วประเทศที่มีประชากรมากกว่า 10,000 คน และมีร้านขายปลีกอยู่ในเมืองนั้นๆ ด้วย เนื่องจากการควบกิจการกันของโรงงานผลิตรองเท้า และร้านค้าปลีกขายรองเท้าของบริษัท Brown shoe กับบริษัท G.M. Kinney เป็นตลาดที่ใหญ่ และศาลได้ตรวจสอบขอบเขตของตลาดสินค้า (the Product Market) ว่ามีความสามารถในการแลกเปลี่ยนทดแทนกันได้อย่างสมเหตุสมผล หรือความยืดหยุ่นไขว้อุปสงค์ (The cross - elasticity of demand) * ต่อราคาสินค้าอื่นที่เกี่ยวข้อง หากในตลาดมีความต้องการเกี่ยวกับสินค้าที่ใช้ทดแทนได้ (substitute goods) ** นั่นคือ หากสินค้าของบริษัทสามารถทดแทนได้ด้วยสินค้าอื่นมากเพียงใด และสินค้าที่ทดแทนได้นั้นมีราคาถูก ก็จะทำให้ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทมีขนาดที่ลดลงไปได้ ในทางตรงกันข้าม หากสินค้าของบริษัทที่เสนอขายในตลาดนั้นมีลักษณะเด่น หรือลักษณะจำเพาะ และสามารถใช้ประโยชน์ได้มากเป็นพิเศษต่างจากสินค้าอื่นๆ ในตลาด หรือดีกว่าสินค้าเดิมที่มีอยู่ในตลาด กรณีนี้ส่วนแบ่งตลาดก็จะเพิ่มมากขึ้น และไม่มีทางที่สินค้าทดแทนชนิดอื่นจะมาแย่งส่วนแบ่งตลาดไปได้ทำให้ขอบเขตของตลาดกว้างขึ้นอันเนื่องมาจากลักษณะสินค้า แต่หากเป็นสินค้าที่สามารถทดแทนได้ และมีราคาถูก สินค้าอื่นจะสามารถแทรกตัวเข้ามาในตลาดได้ง่าย และทำให้ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทเดิมถูกแบ่งให้มีขนาดลดน้อยลงจึงถือได้ว่าขอบเขตสินค้าของบริษัทก็จะแคบด้วย นอกจากการพิจารณาข้างต้นแล้วยังมีปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และกระทบต่อขอบเขตสินค้าในตลาดยังมีได้อีกหลายประการ เช่น ความต้องการของสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งอาจจะเปลี่ยนแปลงได้เสมอ หากมีจำนวนหรือคุณภาพของสินค้าที่ให้เลือกได้แตกต่างกัน

* ความยืดหยุ่น ไขว้อุปสงค์ (The cross - elasticity of demand) หมายถึงการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นโดยเปรียบเทียบปริมาณการเสนอซื้อสินค้าและบริการกับการเปลี่ยนแปลงของระดับราคาสินค้าและบริการอื่นที่ใช้ทดแทนหรือใช้ประกอบสินค้าหรือบริการชนิดนั้นแทนกันได้ อ้างอิงจากนายจร เลิศสกุลพาณิชย์, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมการค้าราคาเพื่อจกคู่แข่งขันในประเทศไทย,” หน้า 12.

** สินค้าที่ใช้ทดแทนได้ (substitute goods) หมายถึงสินค้าหรือการบริการที่สามารถทดแทนกันได้ตลอดจนของเทียมที่อาจส่งผลกระทบต่อขายสินค้าที่เป็นของจริง เพราะจะเป็นตัวกำหนดสำหรับการขยายตัว หรือการหดตัวของธุรกิจ และถ้าหากในทุกครั้งที่สินค้าเหล่านี้มีปัญหาต้องขาดหายไปจากตลาดเมื่อใด ก็จะมีผลต่อส่วนแบ่งตลาดของบริษัทเสมอ

ตลาดแห่งนี้พบว่ามีส่วนแบ่งตลาดขายรองเท้ารวมกันค่อนข้างใหญ่ คือมากกว่าร้อยละ 20 สำหรับรองเท้าผู้หญิงในจำนวน 32 เมือง และสำหรับรองเท้าเด็กในจำนวน 21 เมือง แม้ว่าส่วนใหญ่ของเมืองที่บริษัท Brown Shoe และบริษัท G.M. Kinney มีส่วนแบ่งตลาดรองเท้าค่อนข้างสูงจะเป็นเมืองที่มีตลาดขนาดเล็กก็ตาม ศาลให้ความเห็นว่า หากยังมีผู้มีอำนาจตลาดเหนือผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดที่เกิดจากการควบกิจการแล้ว อาจถือได้ว่าตลาดดังกล่าวยังไม่หลุดพ้นอันตรายจากแนวโน้มที่ตลาดดังกล่าวจะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย และทำให้การแข่งขันในตลาดลดน้อยลงอย่างมาก

ดังนั้น กรณีของบริษัท Brown Shoe ถือว่าเป็นวิวัฒนาการในการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการควบกิจการที่อาจทำให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมาก หรือเป็นการผูกขาด โดยอาศัยการพิจารณาจากโครงสร้างตลาด พฤติกรรมการกระจุกตัว แนวโน้มการรวมตัวในอดีตที่ผ่านมา และอุปสรรคของผู้แข่งขันรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดที่นำมาใช้ในการพิจารณาด้วย นอกจากนี้ เห็นได้ว่าในมาตรา 7 นั้น คำว่า “ ในบริเวณท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง ” นั้นจะต้องดูบริเวณที่เกิดการแข่งขันในตลาดระหว่างบริษัทที่รวมตัวกัน ซึ่งเห็นได้ชัดว่าการควบกิจการกรณีนี้ทำให้จำนวนผู้แข่งขันในตลาดลดน้อยลงไปอย่างแน่นอน เพราะเป็นการรวมตัวกันของผู้ประกอบการในขั้นตอนการผลิตเดียวกันโดยตรง และยังเป็น การรวมตัวกันของผู้ผลิตกับผู้จำหน่ายด้วย การพิจารณาการควบกิจการควบกิจการสามารถวางหลักเกณฑ์พิจารณา ดังนี้²⁶

- เป็นเหตุสำคัญในการลดลงอย่างมากของการแข่งขัน (Elimination of Substantial Competition)
- การกระจุกตัว (Concentration) เพราะการเพิ่มการกระจุกตัวส่งผลต่อการแข่งขันในตลาดทันที
- ส่วนแบ่งตลาด (Market Share) ที่มากขึ้นแสดงถึงอิทธิพลของผู้ประกอบการในตลาดนั้น

²⁶ สมพงษ์ สงวนศักดิ์, “การป้องกันการค้ำอันไม่เป็นธรรมจากการรวมตัวกันของบริษัท,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 39.

- การสร้างอุปสรรคหรือกีดกันต่อผู้เข้าสู่อุตสาหกรรมรายใหม่ ซึ่งหัวใจของการแข่งขันคือให้โอกาสบุคคลอื่นสามารถเข้ามาแข่งขันได้ในตลาด
- ความน่าจะเป็นในอนาคต (Possibility of future Mergers) ภายหลังจากควบกิจการ
- ความได้เปรียบจากขนาดใหญ่ของธุรกิจ (Advantages of Bigness) ของการแข่งขัน
- การลดจำนวนของผู้ประกอบการอิสระในตลาด และเหตุการณ์เกี่ยวกับการรวมตัวของบริษัทที่ผ่านมาในอดีต

ต่อมาอีก 1 ปีเกิดคดี United States V. Philadelphia Nat'l Bank²⁷ ขึ้น ศาลได้นำมาตรา 7 มาบังคับใช้กับการควบกิจการของธนาคารทั้ง 2 บริษัท ศาลตัดสินห้ามการควบกิจการดังกล่าว เพราะจะเป็นการสร้างธนาคารที่ใหญ่ที่สุดในรัฐ Philadelphia ซึ่งเกือบเป็น 1 ใน 3 หรือประมาณร้อยละ 33 ของตลาดอุตสาหกรรมที่มีการกระจุกตัวอย่างสูงซึ่งจะทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก ศาลสรุปว่าขอบเขตที่มีอยู่ในการควบกิจการถูกสันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ภายหลังจากพิจารณาทั้งทางเศรษฐศาสตร์ และทางกฎหมายแล้ว ศาลให้เหตุผลว่าการควบกิจการเป็นการเพิ่มส่วนแบ่งตลาดมากเกินไปสมควรและมีผลให้การกระจุกตัวที่สูง ซึ่งย่อมส่งผลให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก มีหลักการพิจารณา 3 ส่วน คือ

- 1) การควบกิจการก่อให้เกิดการสร้างกิจการที่มีส่วนแบ่งร้อยละ 30 ของตลาดที่เกี่ยวข้อง
- 2) การกระจุกตัวระหว่างบริษัทผู้นำตลาดเพิ่มขึ้นร้อยละ 33 ซึ่งส่วนแบ่งตลาดที่รวมกันของทั้งสองธนาคารอยู่ที่ประมาณร้อยละ 44 - 59
- 3) พยานหลักฐาน เช่น การเข้าสู่ตลาดไม่ได้โต้แย้งตัวเลขที่เป็นนัยสำคัญของตลาด และการควบกิจการของทั้ง 2 กิจการเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง และไม่มีเหตุผลอันสมควร

²⁷ United States v. Philadelphia National Bank. 374 U.S. 321. 337-40 (1963).

ทั้ง 2 คดีที่กล่าวถึงข้างต้น ศาลพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการควบกิจการในแนวนอน ศาลได้ขยายหลักการวินิจฉัยของคดี Brown Shoe, Von's grocery กับ Philadelphia Nat'l Bank ไปยังคดีอื่นๆ ต่อไป เช่น United States V. Aluminum Co. of America และ United States V. Continental Can Co., 378 U.S. 411 (1964) ที่พิจารณาจากการเพิ่มขึ้นของส่วนแบ่งตลาดในตลาด และการเพิ่มขึ้นของการกระจุกตัวเป็นหลัก ทั้งนี้จากการพิจารณาของศาลในคดี Von's grocery²⁸ ผู้เขียนเห็นว่าศาลต้องการคุ้มครอง และสนับสนุนผู้ประกอบการรายเล็กที่เป็นเจ้าของกิจการเองในตลาด และป้องกันไม่ให้มีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การกระจุกตัวในบรรดาร้านขายของชำจำนวนมากที่มีการควบกิจการกัน คำตัดสินของศาลสามารถลดจำนวนการควบกิจการที่ศาลต้องพิจารณาลงไป ศาลกำหนดจุดมุ่งหมายของ The Clayton Act เพื่อป้องกันผลกระทบที่เกิดขึ้นของการควบกิจการที่จะส่งผลให้บริษัทที่ควบกิจการมีอำนาจในการกำจัดคู่แข่งรายเล็ก ๆ จึงทำให้ต้องมีการควบคุม หรือห้ามการควบกิจการนั้น เพราะการควบกิจการดังกล่าวเป็นการลดจำนวนบริษัทในตลาดซึ่งถือว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 7 ทำให้การแข่งขันในตลาดลดน้อยลงอย่างมาก²⁹

1.2.3 The Federal Trade Commission Act 1914

พระราชบัญญัติจัดตั้งคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ถือว่าเป็นการจัดตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นมา เพื่อบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาคือ The Sherman Act และ The Clayton Act โดยมีอำนาจหน้าที่ในการติดตามการเคลื่อนไหว และสอดส่องพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดที่จะกระทำการใดๆ อันอาจก่อให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมากในตลาด และมีอำนาจสั่งให้กิจการนั้นยุติการกระทำที่ขัดกับกฎหมาย และกฎเกณฑ์ที่คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) กำหนดไว้³⁰ สำหรับการบังคับใช้มาตรา 7 ของ The Clayton Act นั้นต้องใช้ควบคู่กันกับมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง

²⁸ E.Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, UNDERSTANDING ANTITRUST AND ITS ECONOMIC IMPLICATIONS, 2 (MATTHEW BENDER), p 282.

²⁹ Herbert Hovenkamp. FEDERAL ANTITRUST POLICY The Law of Competition and Its Practice, (West Publishing Co., 1994), p. 465.

³⁰ ชนินทร์ มีโกศล, “พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,” ชีพจรเศรษฐกิจ : 35.

บาลกลาง* ซึ่งกำหนดว่าการใช้วิธีการใดๆ ที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน แข่งขันในทางหรือมีผลต่อการพาณิชย์กรรม ถือว่าเป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย³¹

คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) เป็นหน่วยงานอิสระ ประกอบด้วยกรรมการ 5 คนแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี และผ่านความเห็นชอบของวุฒิสภา ดำรงตำแหน่งคราวละ 7 ปี รับผิดชอบเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้นเฉพาะในกรณีคดีแพ่งเท่านั้น มีอำนาจหน้าที่กว้างขวางกว่ากองป้องกันการผูกขาด³² ได้แก่

1. ตรวจสอบพฤติกรรมที่สงสัยว่าเป็นการจำกัดทางธุรกิจการค้าหรือการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่ยุติธรรม
2. เรียก หรือสั่งให้ผู้ประกอบการมาเป็นพยานให้ข้อเท็จจริง หรือส่งเอกสาร หรือแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรม หรือความสัมพันธ์ของผู้เป็นหุ้นส่วน
3. สืบสวน สอบสวนการปฏิบัติทางธุรกิจที่มีลักษณะเดียวกัน รวมทั้งสอบข้อเท็จจริงที่มีผู้ร้อง
4. วางระเบียบปฏิบัติทางการค้า รวมทั้งเผยแพร่ข้อมูลต่างๆ ให้สาธารณชนรับทราบ
5. พิจารณาฟ้องร้อง และออกคำสั่งระงับ หรือยุติการกระทำความคิด โดย คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ใช้มาตรการเยียวยาอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ คำสั่งให้หยุดระงับการกระทำ, การ

* มาตรา 5 ของ The Federal Trade Commission Act 1914 บัญญัติว่า “That unfair methods of competition in commerce are hereby declared unlawful. The commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, and common carriers subject to the Acts to regulate commerce, from using unfair methods of competition in commerce...”

³¹ สมพงษ์ สงวนศักดิ์, “การป้องกันการค้าอันไม่เป็นธรรมจากการรวมตัวกันของบริษัท,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 42.

³² ขจร เลิศสกุลพานิช, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมการค้าราคาเพื่อขจัดคู่แข่งในไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 51.

ทั้งนี้ คำตัดสินของคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ถือเป็นที่สุด เว้นแต่บุคคลนั้นๆ จะอุทธรณ์ต่อองค์คณะกรรมการ (commission) และอาจฎีกาคำตัดสินของคณะกรรมการผ่านศาลอุทธรณ์โดยตรงเพื่อผ่านไปยังศาลสูงสุด (Supreme Court)³³

นอกจากการฟ้องร้องแล้ว คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) และเอกชนที่คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ต้องการจะฟ้องร้องนั้น เอกชนดังกล่าวมีทางเลือกหลายทาง เช่น ผู้คดีในศาล หรือทำ consent decree แทน และคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ยังใช้มาตรการเชิงแนะนำ อาทิ การออกความเห็นเชิงแนะนำ (an advisory opinion) หรือการออกข้อแนะนำทางอุตสาหกรรม (Industry Guides) และการออกกฎเกณฑ์ควบคุมทางการค้า (Trade Regulation Rules) ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (delegated legislation) นอกจากนี้คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) มีอำนาจหน้าที่ครอบคลุมกิจการอื่นๆ ทั้งหมดที่อยู่นอกเหนือจากที่กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ เช่น คณะกรรมการยังมีอำนาจครอบคลุมดูแลการโฆษณาที่เข้าข่ายการหลอกลวง หรือชักจูงผู้บริโภคให้เข้าใจผิด³⁴ และมีการบังคับใช้เกี่ยวกับการกระทำที่หลอกลวงระหว่างประเทศซึ่งได้กลายเป็นความสำคัญ รวมทั้งประกาศว่าการกระทำที่เป็นการหลอกลวง หรือไม่เป็นธรรม

ทั้งนี้หลักเกณฑ์ในการพิจารณา และตรวจสอบการควบกิจการในแนวนอน (Horizontal Mergers) ของคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC)³⁵ คือ

1. การพิจารณาสถานะการแข่งขันในตลาดของอุตสาหกรรมนั้นๆ
2. การควบกิจการเป็นเหตุสำคัญให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก (Substantially lessen competition)
3. ส่วนแบ่งของตลาดภายหลังการควบกิจการของบริษัทที่ควบกิจการ และบริษัทที่ถูกควบกิจการ
4. พฤติกรรมการตอบโต้ของกลุ่มคู่แข่งต่อการควบกิจการดังกล่าว

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52.

³⁴ ดร.ชรินทร์ มีโกศล, “พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,” *ซีพีเอสธุรกิจ*: 34.

³⁵ สมพงษ์ สงวนศักดิ์, “การป้องกันการค้ำอันไม่เป็นธรรมจากการรวมตัวของบริษัท,” หน้า 42.

5. การควบกิจการเป็นการสนับสนุนให้ตำแหน่งของบริษัทที่ควบกิจการสูงขึ้น

นอกจากนี้ยังมีอีกหน่วยงานที่มีอำนาจเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดคือ กองป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division) สังกัดกรมยุติธรรม (Justice Department) มีหน้าที่บังคับใช้พระราชบัญญัติทั้งสอง คือ The Sherman Act และ The Clayton Act เช่นกัน และยังเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการฟ้องร้องคดีอาญาแต่ผู้เดียวโดยต้องดำเนินคดีภายใน 5 ปีนับแต่มีการกระทำความผิด และดำเนินคดีแพ่งในความผิดเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าวต่อศาลเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค หากภาคเอกชนสงสัยก็สามารถขอความเห็นจากกระทรวงยุติธรรมเพื่อให้พิจารณาประเด็นดังกล่าว หรือกองป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division) อาจออกเป็น A Formal Business Review Letter โดยระบุข้อความว่าทางกระทรวงไม่มีเจตนาที่จะฟ้องคดีตามที่เสนอให้พิจารณา แต่ความคุ้มครองนี้จะหมดไปหากพบในภายหลังว่าข้อมูลที่เปิดเผยไม่ครบถ้วน โดยบริษัทที่ขอคำปรึกษาต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดโดยสมบูรณ์ และแผนของพฤติกรรมนั้นๆ ต้องเป็นแผนการที่จะดำเนินการในอนาคตไม่ใช่ว่าเป็นการกระทำที่ได้ทำไปแล้ว อย่างไรก็ตาม กองป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division) สงวนสิทธิ์ที่จะดำเนินคดีทางแพ่งกับบริษัทได้ นอกจากนี้การดำเนินคดีของกองป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division) มีวิธีการต่างๆ ดังนี้³⁶

1. ฟ้องร้องต่อศาลเป็นคดีแพ่ง หรือคดีอาญา และจำเลยต่อสู้คดี
2. ฟ้องร้องต่อศาลเป็นคดีแพ่ง หรือคดีอาญา และจำเลยสามารถยื่นคำร้อง nolo contendere กล่าวคือ จำเลยยอมที่จะรับโทษในความผิดที่กล่าวหาแต่จำเลยไม่ยอมรับว่าตนเองทำผิด
3. อนุญาตให้เอกชนมาเจรจาตกลงเพื่อทำ consent decree วิธีนี้ให้ผลลัพธ์ในลักษณะที่คล้ายกันกับการยื่นคำร้องแบบ nolo contendere คือ จำเลยไม่ยอมรับว่าตนเองทำผิดตามที่ถูกกล่าวหา

³⁶ ขจร เลิศสกุลพานิช, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมการค้าราคาเพื่อขจัดคู่แข่งชั้นในไทย,” หน้า 50.

กองป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division) มีวิธีที่จะได้รับข้อมูลเพื่อสืบหาข้อมูลที่ต้องใช้พิจารณาได้หลายทาง เช่น การร้องทุกข์จากบริษัท หรือการให้ข้อมูลโดยสมัครใจ โดยจดหมายตอบโต้ หรือส่งเจ้าหน้าที่ออกไปสืบสวนสอบสวนเพื่อขอตรวจสอบเพิ่มข้อมูลต่างๆ ที่เห็นว่าเกี่ยวข้องกับความคิดที่บริษัทถูกกล่าวหา หรือใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งในคดีเกี่ยวกับการผูกขาด (The Antitrust civil Process Act) เพื่อให้บุคคลที่เกี่ยวข้องจัดส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวน หรือการสืบสวนของคณะลูกขุนใหญ่ (an Investigation by a Grand Jury) ใช้การสืบหาข้อมูลนี้ในกรณีที่เห็นสมควรดำเนินคดีอาญา ในกรณีเป็นการควบกิจการในแนวนอน ข้อมูลที่กองป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division) ต้องการจะมุ่งไปที่ขนาดของบริษัท สภาพตลาด และปริมาณการขายตัวของคู่แข่งกันในตลาด แหล่งค้าขาย ลักษณะสภาพของผลผลิตที่เข้ามาแข่งขันกับสินค้าของบริษัทนั้น และแหล่งที่อยู่ของลูกค้าที่จะซื้อสินค้านั้น³⁷

1.2.4 Horizontal Merger Guidelines of DOJ & FTC 1992

สภาพตลาดที่มีการแข่งขันของผู้ประกอบการที่ร่วมมือกันผ่านทาง การควบกิจการทำให้เกิดการเพิ่มขึ้นของการกระจุกตัว (Concentrations) และมีการตรวจสอบระดับของการเปลี่ยนแปลงไปของกระจุกตัวในตลาดภายหลังจากการควบกิจการซึ่ง เป็นเงื่อนไขหนึ่งในการพิจารณาควบคุมการควบกิจการ ซึ่งเป็นการควบกิจการของผู้ผลิตหรือผู้ขายที่อยู่ในขั้นตอนการผลิตเดียวกัน และผลจากการควบกิจการกันจะกระทบกระเทือนต่อการแข่งขันโดยตรงในผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน หรือคล้ายคลึงกันในตลาดเดียวกัน³⁸

ความร่วมมือกันของคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) และกรมยุติธรรมเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการควบกิจการในปี 1992 ถือว่าเป็นการทบทวนแนวทางปฏิบัติที่กำหนดโดยกรมยุติธรรมที่บังคับใช้เมื่อปี 1984 และการประกาศใช้แนวทางปฏิบัติดังกล่าวถือว่าเป็นครั้งแรกที่ทั้งสองหน่วยงานจากภาครัฐได้ร่วมมือกันกำหนด และบังคับใช้แนวทางปฏิบัติดังกล่าว³⁹ จุดมุ่งหมายสำคัญของแนวทางปฏิบัติการควบกิจการนี้ เพื่อบังคับใช้แนวทางปฏิบัติ

³⁷ สมพงษ์ สงวนศักดิ์, “การป้องกันการค้ำอันไม่เป็นธรรมจากการรวมตัวของบริษัท”, หน้า 83.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

³⁹ Horizontal merger Guidelines in www.ftc.horizontal.mergers.html.

การควบกิจการในลักษณะที่เป็นการป้องกันการควบกิจการที่อาจทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก และยังคงหลีกเลี่ยงหรือยับยั้งการควบกิจการที่มีขนาดใหญ่มากเกินไปที่อาจทำให้การควบกิจการดังกล่าวจนกลายเป็นการผูกขาดได้ แนวทางปฏิบัตินี้จะมุ่งพิจารณาระดับการกระจุกตัวของตลาด และจำนวนสัดส่วนของหุ้นในตลาดที่ถูกถือไว้โดยบริษัทที่ถูกควบกิจการ และบริษัทที่เข้าควบกิจการ ส่วนกรณีการควบกิจการแนวตั้งนั้น กรมยุติธรรมจะให้ความสำคัญกับผลกระทบของการควบกิจการเกี่ยวกับการกีดกัน หรือก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด และการควบกิจการแบบหลากหลายนั้น แนวทางปฏิบัติจะเน้นไปที่การกำจัดคู่แข่งที่อาจจะเข้ามาแข่งขันในตลาดนั้น⁴⁰

กองป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division) และคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ใช้แนวทางปฏิบัตินี้เป็นบรรทัดฐานสำหรับการพิจารณาควบคุมว่าการควบกิจการควรได้รับอนุญาต หรือคัดค้านหรือไม่ แนวทางปฏิบัตินี้ส่วนหนึ่งก็มาจากคำตัดสินของศาลสูงสุด ผลจากการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพของแนวทางปฏิบัตินี้ทำให้การควบกิจการในแนวนอนลดลงเป็นจำนวนมาก ระหว่างปี 1963 ถึงปี 1972 และระหว่างปี 1973 ถึงปี 1977 การควบกิจการในแนวนอนเกิดขึ้นเพียงร้อยละ 12 และร้อยละ 15 ของการควบกิจการทั้งหมดตามลำดับ แตกต่างกับกับช่วงปี 1948 ถึงปี 1953 มีการควบกิจการในแนวนอนถึงร้อยละ 35⁴¹

แนวทางปฏิบัติการควบกิจการมีเงื่อนไขในการพิจารณาดังนี้

1. คำนิยามของตลาด วิธีการคำนวณ และการกระจุกตัว (Market

Definition Measurement and Concentration)

ตลาด หมายถึง การเข้าร่วมกลุ่มของผู้ซื้อ และผู้ขายเพื่อติดต่อสื่อสาร และแลกเปลี่ยนสินค้า หรือบริการชนิดหนึ่ง หรือกลุ่มของหน่วยการผลิตที่เสนอขายสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนได้ในระดับหนึ่งแก่ผู้ซื้อกลุ่มเดียวกัน และตลาดต้องประกอบด้วยกลุ่มบุคคลสองฝ่าย คือผู้ซื้อและผู้ขายและสินค้าที่นำมาซื้อขายกันในตลาด

⁴⁰ www.ftc.go.th

⁴¹ Development of mergers in www.ftc.go.th/merger.html

หลักในทางเศรษฐศาสตร์ที่ใช้กำหนดว่าตลาดควรมีขอบเขตกว้างหรือแคบแค่ไหน ใช้หลักเกณฑ์ต่อไปนี้เป็นแนวทางพิจารณา*

1. การกำหนดตลาด (Relevant Market) โดยใช้สินค้าเป็นเกณฑ์

(Product Criterion) พิจารณาจากความคล้ายคลึงกัน หรือความใกล้เคียงของสินค้าในสายตาของผู้ซื้อ โดยสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนกันได้จะถือว่าอยู่ในตลาดเดียวกัน พิจารณาสินค้าอยู่ 3 ด้านคือ ความคล้ายคลึงกันทางด้านราคา และปฏิกิริยาตอบโต้ของกลุ่มแข่งขันรายอื่นในตลาด, ความคล้ายคลึงกันทางด้านคุณภาพ และความคล้ายคลึงกันทางด้านประโยชน์ใช้สอย

นอกจากนี้ยังมีการพิจารณาเรื่องความสามารถในการใช้ทดแทนกันของสินค้า หรือความยืดหยุ่นไขว้อุปสงค์ ซึ่งพิจารณาความสัมพันธ์ของปริมาณสินค้าชนิดหนึ่งต่อระดับราคาต่างๆ กันของสินค้า หรืออีกนัยหนึ่ง ถ้าสินค้าชนิดนี้ขึ้นราคา ผู้บริโภคจะหันไปซื้อสินค้าชนิดอื่นแทนมากขึ้นหรือไม่ ถ้าซื้อสินค้าชนิดอื่นแทนก็เท่ากับว่าสินค้าชนิดหลังสามารถใช้แทนสินค้าชนิดที่ขึ้นราคาได้ สินค้าทั้งคู่จะถูกพิจารณาอยู่ในตลาดเดียวกัน

2. การกำหนดตลาด (Relevant Market) โดยใช้เทคโนโลยีในกระบวนการผลิตเป็นเกณฑ์ (Technology Criterion)

พิจารณาความคล้ายคลึงหรือใกล้เคียงกันของกระบวนการผลิต เช่น การใช้วัตถุดิบที่คล้ายกัน วิธีการผลิตหรือช่องจำหน่ายที่คล้ายกัน เรียกว่า เป็นการพิจารณาจากความยืดหยุ่นไขว้ทางด้านอุปทาน (Cross - Elasticity of Supply)** ซึ่งมีประเด็นที่

* ในทางตำรากฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้ายังมีอีกหลักเกณฑ์นอกจากหลัก 3 หลักเกณฑ์ข้างต้นคือ การกำหนดตลาดโดยคำนึงถึงเวลา (Temporal Market) เป็นการพิจารณาเวลา เพราะตลาดอาจเปลี่ยนแปลงไปตามเวลาได้ หากความต้องการในผลิตภัณฑ์ใดเปลี่ยนแปลงได้ง่ายตามเวลา หรืออาจหมายความว่าผลิตภัณฑ์นั้นไม่มีตลาดของตนเอง แต่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของตลาดที่กว้างกว่า อ้างอิงจากนายจร เลิศสกุลพาณิชย์, มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมการค้าราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง, หน้า 14.

** ความยืดหยุ่นไขว้ทางด้านอุปทาน (Cross - Elasticity of Supply) เป็นการพิจารณาการตอบสนองของบริษัทที่ไม่ได้อยู่ในตลาดสินค้าชนิดนี้ต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าในตลาดดังกล่าว เช่น ตลาดรองเท้าสตรีมีราคาสูงขึ้น บริษัทที่ผลิตรองเท้าบูธซึ่งอยู่ภายนอกตลาดรองเท้าสตรีอาจหันมาผลิตรองเท้าสตรีด้วยซึ่งจะมีผลต่อปริมาณเสนอขายของรองเท้าสตรีในตลาดได้ เพราะเทคโนโลยีการผลิตรองเท้าใกล้เคียงกัน อ้างอิงจากนายจร เลิศสกุลพาณิชย์, มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมการค้าราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง, หน้า 13.

ต้องพิจารณาคือ เทคโนโลยี ความคล้ายคลึงกันระหว่างหน่วยผลิตภายนอก และภายในตลาด หรือ ความรวดเร็วของการเข้ามาทำการผลิตของหน่วยผลิตภายนอกตลาดในการเปลี่ยนมาผลิตสินค้าของ ตลาดที่กำลังพิจารณาว่าเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง

3. การกำหนดตลาด (Relevant Market) โดยใช้พื้นที่ทางภูมิศาสตร์เป็นเกณฑ์ (Geographic Criterion) ต้องคำนึงถึงขนาดของพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่ผู้ขาย และผู้ซื้อปฏิบัติสัมพันธ์ตอบสนองความต้องการกันและกันตามความเป็นจริงหรือไม่ ถ้ากำหนดขนาดของตลาดขึ้นมา แต่ปรากฏว่าผู้ขายและผู้ซื้อไม่สามารถติดต่อกันได้เนื่องมาจากอุปสรรคของระยะทาง นั้นแสดงว่าเรากำหนดขอบเขตตลาดกว้างเกินไป การกำหนดขอบเขตของตลาดโดยใช้พื้นที่ทางภูมิศาสตร์เป็นตัวกำหนดนั้นอาจเป็นระดับท้องถิ่น ภูมิภาค หรือระดับประเทศ ซึ่งมีตัวแปรคือ พื้นที่ที่ผู้ซื้อเลือกจะทำการซื้อขายสินค้าจริง และพื้นที่ที่ผู้ขายเลือกจะส่งสินค้าไปขายจริง ดังนั้นตลาดภูมิศาสตร์จึงขึ้นอยู่กับประเภท และชนิดของสินค้าที่ขาย และความสามารถของบริษัทในการผลิตสินค้านั้นขาย และเป็นปัจจัยการพิจารณาเรื่องการควบกิจการของบริษัทที่สำคัญเพราะเป็นการกำหนดขอบเขตของตลาดที่การควบกิจการอาจส่งผลกระทบต่อในตลาด และการควบกิจการมีผลต่อผู้แข่งขันในตลาด อันเนื่องมาจากประสิทธิภาพของบริษัทที่ควบกิจการกับบริษัทที่ถูกควบกิจการ เพราะสามารถแสดงให้เห็นผลของการควบกิจการต่อการแข่งขันในตลาด

ตลาดผลิตภัณฑ์ (the Product Market) ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาให้ข้อสังเกตในการพิจารณาดตลาดผลิตภัณฑ์ว่าขอบเขตของตลาดผลิตภัณฑ์ คือ ตลาดที่เล็กที่สุดที่บริษัทที่สมมติขึ้นสามารถผลิตสินค้าทั้งหมด และเพิ่มราคาสินค้าในระดับที่ทำให้ได้กำไร โดยไม่เสียลูกค้าหรืออาจกำหนดได้โดยพิจารณาจากความสามารถทดแทนของสินค้า หรือเรียกว่าการใช้ความยืดหยุ่นไขว้อุปสงค์ต่อราคาสินค้าอื่นที่เกี่ยวข้อง ระหว่างสินค้านั้นกับความสามารถในการทดแทนโดยสินค้าอื่น อย่างไรก็ตาม หากเกิดการเปลี่ยนแปลงราคา เมื่อสินค้าหรือบริการอย่างหนึ่งเปลี่ยนไปในตลาดจะทำให้ราคาสินค้า หรือบริการอื่นที่แทนกันได้เปลี่ยนแปลงราคาตามไปด้วย ทำให้สามารถกำหนดตลาดเฉพาะของสินค้าได้อย่างดี

คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) จะพิจารณาดตลาดสินค้าว่าเป็นสินค้าที่จะทำให้บริษัทสามารถทำกำไรได้สูงสุด และเป็นผู้ขายเพียงรายเดียวของสินค้าเหล่านั้น

ในปัจจุบัน และอนาคตหรือไม่ หากแต่ละบริษัทที่กำลังควบกิจการกันนั้นมีการเพิ่มราคาสินค้าที่เปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยที่น่าสังเกต (small but significant and nontransitory increase in price : SSNIP) ซึ่งราคาที่สมมติขึ้นดังกล่าวคือจำนวนร้อยละ 5 แต่เงื่อนไขของการขายสินค้าอื่นๆ ทั้งหมดยังคงเหมือนเดิม เมื่อเพิ่มราคาขึ้นแล้วจะทำให้การขายสินค้าของบริษัทลดลงอย่างมากย่อมไม่เกิดประโยชน์กับบริษัท ดังนั้นคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) จะพิจารณาเพิ่มกลุ่มสินค้า ซึ่งเป็นสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนที่ดีที่สุดรองลงมา เพื่อเป็นตลาดสินค้าเดียวกันกับสินค้าของบริษัทที่ควบกิจการ ทั้งนี้คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) จะพิจารณาหลักฐานอื่นด้วย เช่น หลักฐานที่ผู้ซื้อมีการเปลี่ยนสินค้าที่สัมพันธ์กันกับราคา หรือหลักฐานที่ผู้ขายตัดสินใจตามมุมมองผู้ซื้อในการทดแทนสินค้าที่สัมพันธ์กันกับราคา หรืออิทธิพลของการแข่งขันในธุรกิจ และช่วงเวลา และต้นทุนการเปลี่ยนสินค้า ในการวิเคราะห์นี้คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) จะใช้ระดับราคาที่สูงกว่าของสินค้าของบริษัทที่กำลังควบกิจการกัน และเป็นไปได้ที่ลูกค้าจะใช้สินค้าของอีกบริษัททดแทนสำหรับสินค้าดังกล่าว

นอกจากนี้ การกำหนดตลาดทางภูมิศาสตร์เป็นตลาดที่ได้รับผลกระทบจากการควบกิจการ คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) จะเริ่มต้นจากทำเลที่ตั้งของแต่ละบริษัทที่มีควบกิจการ (หรือแต่ละโรงงานของบริษัทที่มีหลายๆ โรงงาน) หากมีการเพิ่มราคาขึ้นโดยเงื่อนไขของการขายในทำเลที่ตั้งอื่นๆ ทั้งหมดยังคงเหมือนเดิม แม้จะมีการเพิ่มราคาแต่ปริมาณการขายสินค้าที่มีการเพิ่มราคาลดลง ดังนั้นคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) จะเพิ่มทำเลที่ตั้งของการผลิตหรือขายสินค้าที่เป็น การทดแทนที่ดีที่สุดรองลงมาสำหรับการผลิตสินค้าในทำเลที่ตั้งของบริษัทที่ควบกิจการ และจะพิจารณาตามเขตพื้นที่ตามการค้าจริงของอุตสาหกรรมและนัยทางเศรษฐศาสตร์ คือ บางกรณีอาจหมายถึงทั่วประเทศ แต่ในขณะที่อีกสถานการณ์หมายถึงตลาดที่มีขนาดเล็กลงเฉพาะท้องถิ่นหนึ่งใดในประเทศเท่านั้น ไม่เฉพาะแต่ที่เป็นพื้นที่คู่กรณีเกี่ยวข้องกัน หรือแข่งขันกันเท่านั้น แต่อาจหมายถึงผลกระทบทั้งหมดของการแข่งขันก็ได้ ต้องกำหนดตามลักษณะของแต่ละกรณีๆ ไป เป็นการแบ่งส่วนตลาดด้วยตัวแปรด้านภูมิศาสตร์ โดยแบ่งตลาดตามหน่วยภูมิศาสตร์

การกำหนดผู้ผลิตหรือผู้ขายที่มีส่วนร่วมในตลาดนั้น คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) เริ่มต้นจากบรรดาบริษัททั้งหมดที่ผลิตหรือขายสินค้าในปัจจุบันในตลาด

ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงบริษัทที่กำลังควบกิจการกันตามแนวดิ่งในขอบเขตตลาด ผู้เข้าร่วมในตลาดรวมถึงบริษัทที่ผลิต หรือขายสินค้าดังกล่าว และเป็นไปได้ที่จะเสนอสินค้าของคนในการแข่งขันกับสินค้านั้นๆ

ในกรณีที่แรงจูงใจในการควบกิจการเกิดขึ้นเนื่องจากการพยายามสร้างอำนาจต่อรองด้านการค้า (market power) ซึ่งมูลเหตุจูงใจนี้จะทำให้ประสิทธิภาพการแข่งขันของตลาดโดยรวมลดลง เพราะผู้ควบกิจการสามารถผูกขาด หรือรวมกลุ่มกันกำหนดราคาสินค้าที่สูงเพื่อกำไรในกลุ่มของตน ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระค่าสินค้าที่แพงขึ้น เนื่องจากการควบกิจการมีผลให้อำนาจทางตลาดของบริษัทที่ควบกิจการเพิ่มสูงขึ้น เพราะผู้ผลิตในตลาดลดน้อยลง และอาจคำนวณได้โดยผลรวมส่วนแบ่งการตลาดของผู้ผลิตทั้งหมดในตลาดสินค้านั้นๆ หรือที่เรียกว่า ดัชนีเฮร์ฟินดัล (Hirschman - Herfindahl Index : HHI Index) ซึ่งเป็นดัชนีที่ใช้ในการคำนวณระดับการรวมตัวของธุรกิจทั้งก่อน และหลังการควบกิจการ หากค่าดัชนีสูงแสดงว่าในธุรกิจนั้นมีการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตน้อย ทำให้ราคาสินค้าสูงกว่าปกติในระดับที่ควรจะเป็นส่งผลอัตราผลตอบแทนของบริษัทหลังการควบกิจการรวมทั้งของคู่แข่งในธุรกิจเดียวกันสูงขึ้น

ในการประเมินค่าการควบกิจการในแนวนอน คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) จะพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดทั้งก่อน และภายหลังการควบกิจการ และการเพิ่มขึ้นของการกระจุกตัวอันเป็นผลมาจากการควบกิจการ การกระจุกตัวของตลาดเป็นตัวบ่งชี้ที่มีประสิทธิภาพเกี่ยวกับผลกระทบของการแข่งขันที่อาจจะเกิดขึ้นของการควบกิจการ การคำนวณส่วนแบ่งตลาดนั้น คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) จะคำนวณส่วนแบ่งตลาดกับบริษัทหรือ โรงงานทั้งหมดที่ระบุว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมในตลาดตามที่ขาย หรือความสามารถทั้งหมดในการผลิตในปัจจุบัน โดยคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) จะใช้ the Herfindahl - Hirschman Index (HHI) * ของการกระจุกตัวของตลาด ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าก่อนจะหาค่า HHI ได้นั้นอาจเกิดความยุ่งยากเพราะต้องหาส่วนแบ่งตลาดของบริษัททั้งหมดที่ถือว่าอยู่ในตลาดเดียวกันแต่ในขณะที่การคำนวณค่าการกระจุกตัวเดิม คือ อัตราการกระจุกตัวเพิ่มของ 4 บริษัท

* HHI คือการคำนวณค่าด้วยผลรวมของค่ากำลังสองของส่วนแบ่งตลาดแต่ละรายของผู้มีส่วนร่วมทั้ง

หรือ CR 4 (the four-firm concentration)* ก็มีข้อเสียที่อาจไม่สามารถแสดงอำนาจที่มีทั้งหมดในตลาดของแต่ละบริษัทได้อย่างชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่าการศึกษาที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเลือกใช้การคำนวณหาอัตราการแข่งขันโดยดัชนีเฮอร์ฟินดัล HHI สะท้อนให้เห็นถึงการกระจายของส่วนแบ่งตลาดของแต่ละบริษัทที่อยู่ในตลาดได้อย่างชัดเจนกว่า คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) แบ่งมาตรฐานทั่วไปสำหรับการควบคุมกิจการตามแนวนอนให้เป็นไปตามการกระจุกตัวของตลาดอย่างต่อเนื่องกันตามการคำนวณ โดย HHI เป็น 3 ระดับ ซึ่งสามารถแบ่งได้อย่างกว้างๆ เป็น

1. ตลาดที่ไม่มีการกระจุกตัว ภายหลังการควบกิจการระดับ HHI นั้นต่ำกว่าระดับ 1000 คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) พิจารณาตลาดที่อยู่ในระดับนี้ว่าเป็นตลาดที่ไม่มีการกระจุกตัว การควบกิจการที่เกิดขึ้นในตลาดที่ไม่มีการกระจุกตัวนี้ เป็นไปไม่ได้ที่จะมีผลกระทบที่เกี่ยวกับการแข่งขันที่เป็นผลร้าย ซึ่งเรียกลักษณะตลาดแบบนี้ว่าเป็น “ Safe Harbors ”

2. ตลาดที่มีการกระจุกตัวระดับปานกลาง ภายหลังการควบกิจการระดับ HHI อยู่ในระดับ 1000 – 1800 คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) พิจารณาตลาดที่อยู่ในระดับนี้ว่าเป็นตลาดที่มีการกระจุกตัวระดับปานกลาง การควบกิจการที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นในระดับ HHI ที่น้อยกว่า 100 ในตลาดที่มีการกระจุกตัวระดับปานกลางภายหลังการควบกิจการเป็นไปไม่ได้ที่จะมีผลที่ตามมาเกี่ยวกับการแข่งขันที่เป็นผลร้าย แต่หากการควบกิจการก่อให้เกิดการผลิดที่เพิ่มขึ้นในระดับ HHI มากกว่า 100 ในตลาดที่มีการกระจุกตัวระดับปานกลาง เป็นไปได้ที่ภายหลังการควบกิจการดังกล่าวทำให้เกิดธุรกิจที่น่าสังเกต ขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นๆ ที่กำหนดไว้ในการศึกษาของแนวทางปฏิบัติการควบกิจการด้วย

3. ตลาดที่มีการกระจุกตัวในระดับสูง ภายหลังการควบกิจการแล้วระดับ HHI มีระดับสูงกว่า 1800 คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) พิจารณาว่าตลาดที่อยู่ในระดับนี้เป็นตลาดที่มีการกระจุกตัวระดับสูง แม้ว่าในตลาดที่มีการกระจุกตัวระดับสูง การควบกิจการที่ก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นของ HHI ที่น้อยกว่า 50 หน่วยนั้น ภายหลังการควบกิจการเป็นไปไม่ได้ที่จะมีผลที่ตามมาที่เกี่ยวกับการแข่งขันที่เป็นผลร้าย หากการควบกิจการกำลังก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นใน

* CR 4 (the four-firm concentration) เป็นอัตราการแข่งขันส่วนแบ่งตลาดของบริษัท เพื่อประเมินการกระจุกตัวในตลาดนั้นๆ ก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงใช้การคำนวณ HHI ในปี 1992

ระดับ HHI ที่มากกว่า 50 หน่วยในตลาดที่มีการกระจุกตัวระดับสูงมีความเป็นไปได้ที่ภายหลังการควบกิจการดังกล่าวแล้วจะทำให้เกิดธุรกิจ และการแข่งขันที่น่าสังเกต ขึ้นอยู่กับปัจจัยที่กำหนดไว้ในแนวทางการควบกิจการนี้

2. ผลกระทบของการแข่งขันที่เป็นผลร้ายอันเกิดขึ้นจากการควบกิจการ (The Potential Adverse Competitive Effects of Mergers)

การควบกิจการที่มีกระจุกตัวมากขึ้นมีผลให้บริษัทหนึ่ง หรือกลุ่มของบริษัทสามารถใช้อำนาจตลาดได้มากขึ้น และการควบกิจการอาจลดปริมาณการแข่งขันให้น้อยลงด้วยการทำให้บริษัทที่ขายสินค้าในตลาดที่ได้ควบกิจการได้มากขึ้น ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการกระทำใดๆ ของกลุ่มบริษัทที่ได้ผลประโยชน์จากการร่วมมือที่ช่วยเหลือกันของบริษัทอื่นๆ พฤติกรรมนี้รวมถึงการร่วมมือกันทางธุรกิจระหว่างคู่แข่งอย่างชัดเจน หรือโดยปริยาย เช่น การร่วมกันกำหนดราคาซื้อขายทั่วไป หรือการกำหนดราคาที่แตกต่างกัน ส่วนแบ่งตลาดที่แน่นอน หรือการจำกัดเกี่ยวกับสถานที่ขายสินค้าหรือลูกค้า หรือการแข่งขันดังกล่าวมีการกีดกันการเข้ามาในตลาด

3. การวิเคราะห์การเข้ามา (Entry Analysis)

คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ใช้วิธีการ 3 ขั้นตอนเพื่อประเมินว่าการเข้ามาในตลาดนี้จะทำให้การแข่งขันที่มีอยู่เดิมในตลาดลดลง หรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อคู่แข่งที่มีอยู่เดิมในตลาด

ขั้นตอนที่ 1 พิจารณาว่าการเข้ามาสามารถทำให้เกิดผลกระทบต่อตลาดที่น่าสังเกต โดยใช้ระยะเวลาที่เกิดผลกระทบกับการแข่งขันไม่นาน ถ้าผลกระทบของตลาดที่น่าสังเกตจะเกิดขึ้นได้ต้องอาศัยระยะเวลานานเกินไปกว่าที่ควรจะเป็น การเข้ามาจะไม่ขัดขวางหรือลบล้างผลกระทบที่เกี่ยวกับการแข่งขันของบริษัท

ขั้นตอนที่ 2 พิจารณาว่าการเข้ามาจะทำให้เกิดกำไรอย่างมาก

ขั้นตอนที่ 3 พิจารณาว่าการเข้ามาที่เกิดขึ้นได้นั้น เหมาะสมกับเวลาเพียง

พอเพื่อตอบแทนราคาตลาดในระดับก่อนการควบกิจการ

จากขั้นตอนทั้ง 3 หากมีการพิจารณาของคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) พยานหลักฐานที่ใช้ประกอบการพิจารณา คือความเป็นมาในอดีตที่สำคัญของการเข้ามาในตลาด

ว่าที่ผ่านมามีการเข้า การออกอยู่ตลอด หรือว่าไม่มีการเข้ามาในตลาดนี้บ่อยมากนัก หากพบว่าประสบ การณ์ในอดีตไม่มีการเข้ามาในตลาดมากย่อมเป็นพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่ามีอุปสรรคของการเข้า มาสูง (High Entry Barriers) จากการวิเคราะห์ประเด็นนี้จะพบว่ามีทั้งบริษัทที่ Uncommitted และ committed ในตลาด

นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงลักษณะการเข้ามาในตลาด ความเหมาะสมกับ เวลา ความเป็นไปได้ของการเข้ามาว่าจะสร้างผลเสีย หรือผลเสียให้การแข่งขันในตลาดหรือไม่ รวมถึง ความเพียงพอในการเข้ามาด้วย มีปัจจัยที่สามารถทำให้ผู้เข้ามาไม่สามารถแข่งขันได้ เช่น โอกาสที่ผู้เข้า มาจะแบ่งส่วนที่มีอยู่ในตลาด, การกีดกันผู้เข้ามาแข่งขันในตลาดรายใหม่จากผู้มีอำนาจในตลาด และการ ตอบโต้จากการเข้ามาของผู้แข่งขันรายใหม่จากผู้มีอำนาจในตลาด หากมีการเพิ่มขึ้นของราคาสินค้าที่อยู่ ในระดับการแข่งขันแล้ว แต่ยังไม่มีการเข้ามาของผู้แข่งขันรายใหม่ ย่อมสันนิษฐานได้ว่ามีอุปสรรคใน การเข้ามา ทั้งนี้อุปสรรคดังกล่าวเกิดได้จากหลายสาเหตุ เช่น การประหยัดต่อขนาดของผู้ผลิตเดิมใน ตลาดย่อมทำให้เกิดกำไรมากกว่าที่จะเข้ามาลงทุน และขายได้กำไร หรือความเสี่ยง และขนาดของการลง ทุนที่อาจทำให้เกิดต้นทุนจม (Sunk Cost) หรือการโฆษณา การส่งเสริมการขาย ความซื่อสัตย์ของลูกค้า ต่อสินค้าของผู้ผลิตเดิมในตลาด หรือการใช้กลยุทธ์สร้างความแตกต่าง (Product Differentiation) หรือ การจำกัดการเข้ามาโดยคำสั่งของรัฐบาล

4. ความมีประสิทธิภาพ (Efficiencies)

ความมีประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการควบกิจการสามารถเพิ่มคุณค่า และ ความสามารถของบริษัทที่ควบกิจการกัน อาจกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันขึ้นทำให้ราคาต่ำลง คุณภาพ ของสินค้าได้รับการปรับปรุง การบริการหรือสินค้าใหม่ได้รับการเพิ่มคุณค่า เช่น การควบกิจการที่ ก่อให้เกิดประสิทธิภาพอาจเพิ่มคุณค่าของการแข่งขัน โดยการอนุญาตให้คู่แข่งที่ไร้ความสามารถ สองรายกลายมาเป็นบริษัทหนึ่งแห่งที่มีประสิทธิภาพ อาทิ ต้นทุนต่ำลง หรืออาจมีกำไรในรูปแบบ ของสินทรัพย์ใหม่ที่ปรับปรุง การควบกิจการที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพสามารถยกระดับความ สามารถของบริษัทเพื่อให้เกิดการแข่งขัน ความมีประสิทธิภาพเป็นเรื่องยากที่บริษัทซึ่งควบ กิจการกันจะกำหนดให้เป็นรูปธรรม ดังนั้นบริษัทที่กำลังควบกิจการต้องแสดงให้เห็นถึงความมีประ สสิทธิภาพดังกล่าวให้ได้เพื่อให้สามารถพิสูจน์ข้อกล่าวหาได้ เป็นหน้าที่ของบริษัทที่ต้องการจะควบ ที่ต้องนำพยานหลักฐานที่ชัดเจน และทำให้มั่นใจ เชื่อได้ว่าการควบกิจการดังกล่าวจะทำให้เกิด

ความมีประสิทธิภาพอย่างสมเหตุสมผล (clear and convincing evidence that a merger will achieve.....efficiencies)⁴² ความมีประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้ อาทิ การบรรลุการประหยัดต่อขนาด การอำนวยความสะดวกที่มีมากขึ้นจากการร่วมกันผลิต ความชำนาญของโรงงาน ต้นทุนการขนส่งต่ำลง และความมีประสิทธิภาพที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเฉพาะด้าน การบริการ การดำเนินการด้านการจัดจำหน่ายของบริษัทที่ควบกัน จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นตัวอย่างของความมีประสิทธิภาพ หน่วยงานต้องพิจารณาความมีประสิทธิภาพที่อ้างถึงซึ่งเกิดมาจากการลดลงของการขายทั่วไป

ตัวอย่างเช่น กรณี Staples กับ Office Depot* ในปี 1997 มีการร้องขอควบกิจการระหว่างบริษัทที่อยู่ใน 3 อันดับต้นแรกของร้านผลิตของใช้สำนักงานที่มีซูเปอร์สโตร์ขายของให้เป็นสาขาจำนวนมากในสหรัฐอเมริกาประมาณ 1,000 กว่าแห่ง ได้แก่ Staples กับ Office Depot โดยมีคู่แข่งที่เหลือคือ Office Max คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) พิจารณาการควบกิจการดังกล่าว โดยพิจารณาว่าตลาดสินค้าคือการขายสินค้าสำนักงานผ่านร้านซูเปอร์สโตร์ทั่วไป การควบกิจการดังกล่าวจะทำให้ผู้แข่งขันในตลาดจาก 3 ไปสู่ 2 ราย และไม่มีโอกาสที่จะเกิดการแข่งขันที่เกิดขึ้นได้ของตลาดนี้ย่อมก่อให้เกิดการผูกขาด โดยบริษัททั้งสองอ้างว่าจะทำให้เกิดประสิทธิภาพ ดังนั้นประเด็นสำคัญเกี่ยวข้องกับความมีประสิทธิภาพ (Efficiencies) ของบริษัททั้งสอง และคำตัดสินของศาลนั้นยังอ้างถึงการทบทวนความมีประสิทธิภาพของแนวทางปฏิบัติดังกล่าว ซึ่งบริษัททั้งสองต่างยื่นคำร้องให้มีการวิเคราะห์ความมีประสิทธิภาพ (Efficiencies Analysis) ที่คาดหมายว่าเมื่อบริษัทรวมกันนั้นจะบรรลุผลในการออมทรัพย์ในช่วงเวลากว่า 5 ปีเป็นจำนวนเงิน 4.9 – 6.5 พันล้านเหรียญสหรัฐ รวมทั้งความมีประสิทธิภาพ (Efficiencies) ที่เปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่อง ทาง Staples อ้างว่า “2 ใน 3 ของการออมจากการรวมบริษัทนั้น ผู้รับประโยชน์ก็คือผู้บริโภค” ตามหลักฐานของคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) กล่าวว่า ศาลพบว่าการประเมินในการประหยัดต้นทุนของ Staples นั้นไม่มีความน่าเชื่อถือและควรต้องมีหลักฐานพิสูจน์ได้ถึงประสิทธิภาพดังกล่าว ไม่ใช่เป็นการกำหนดขึ้นเองได้ ซึ่งการพิจารณาที่ผ่านมาศาลเชื่อว่าความมีประสิทธิภาพ (Efficiencies) อาจมีผลมาจากความสำเร็จของการควบกิจการนั้น และผู้บริโภคจะได้

⁴² Herbert Hovenkamp. FEDERAL ANTITRUST POLICY THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE, p.455.

* FTC v. Staples 970 F. Supp 1066 (1997)

รับประโยชน์ สำหรับ Staples กับ Office Depot ต่างมีประสบการณ์ในเรื่องการรักษาต้นทุน (cost savings) ซึ่งพบว่ามีเพียงร้อยละ 15 - 17 ของการรักษาต้นทุนเท่านั้นที่มีความได้เปรียบ เมื่อพิจารณาตามหลักฐานข้างต้น ศาลไม่สามารถรู้ได้ว่าฝ่ายจำเลยโต้แย้งเรื่องการสนับสนุนว่าการควบกิจการจะทำให้การแข่งขันลดน้อยลงโดยการแสดงให้เห็นว่าการแข่งขันที่ลดน้อยลงเกิดมาจากความมีประสิทธิภาพ (Efficiencies) อันเป็นผลจากการควบกิจการ

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ความมีประสิทธิภาพนั้น เราสามารถมองได้ 2 แห่ง คือ แห่งของจำนวนผู้แข่งขัน กล่าวคือ การควบกิจการจะทำให้คู่แข่งลดน้อยลง และอาจส่งผลให้การแข่งขันที่มีอยู่ลดน้อยลง หรือก่อให้เกิดการผูกขาดได้ ส่วนอีกแห่งหนึ่ง คือ การพิจารณาจากจำนวนผู้แข่งขันที่มีอยู่ในตลาดกับความสามารถในการแข่งขันของแต่ละบริษัท เพราะหากบริษัทที่ควบกันนั้นไม่มีความสามารถในการผลิต หรือหากไม่ดำเนินการควบกันอาจทำให้บริษัทนั้นต้องออกจากตลาดได้ แต่หากมีการควบกิจการกันจะทำให้บริษัทดังกล่าวยังคงสามารถแข่งขันอยู่ในตลาดได้ต่อไป ดังนั้นเมื่อพิจารณาควรพิจารณาทั้ง 2 แห่ง เพราะหากการควบกิจการจะทำให้คู่แข่งลดน้อยลง แต่เกิดประสิทธิภาพกับตลาด และผู้ประกอบการไม่ต้องออกไปจากตลาด และยังสามารถแข่งขันกันในตลาดได้ โดยใช้ประโยชน์จากความสามารถในการผลิตเพื่อให้ธุรกิจของตนอยู่รอดได้ และจะทำให้บริษัทอื่นๆ ที่ยังแข่งขันอยู่ในตลาดต้องปรับปรุงข้อด้อย และพัฒนาสินค้าให้มากที่สุด เพื่อเป็นอีกทางเลือกให้ลูกค้าก็ควรต้องยินยอมให้มีการควบกิจการ เช่น กรณีการควบกิจการของบริษัทผลิตเครื่องบิน Boing/Mcdonnell-Douglas ซึ่งทำให้บริษัทที่เหลือในตลาดต้องเร่งพัฒนาข้อด้อยในการผลิตเครื่องบินทหารให้เท่าเทียมกับคู่แข่งที่เชี่ยวชาญมากกว่า ดังนั้น หากมีการควบกิจการของ Office Depot กับ Staples ย่อมทำให้ต้นทุนการผลิต และการขนส่งลดน้อยลง ราคาสินค้าลดลง ซึ่งเป็นผลประโยชน์กับผู้บริโภค

5. ความล้มเหลว และสินทรัพย์ที่ยังคงอยู่ (Failure and Exiting Assets)

หากการควบกิจการทำให้บริษัทที่ควบกิจการต้องออกไปจากตลาดจึงเป็นไปไม่ได้ที่การควบกิจการจะทำให้การแข่งขันในตลาดลดน้อยลง หรือก่อให้เกิดการผูกขาดได้ หน่วยงานต้องประเมินว่าการควบกิจการดังกล่าว ทำให้บริษัทหนึ่งบริษัทใดที่ควบกิจการกันมีโอกาสที่จะล้มเหลว หรือภายหลังการควบกิจการแล้ว บริษัทนั้นต้องออกจากตลาดหรือไม่ เงื่อนไขของการประเมินการกระจุกตัวของตลาด ผลกระทบเกี่ยวกับการแข่งขันอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นได้

หรือการเข้ามาในตลาด ความมีประสิทธิภาพ และความล้มเหลว ทั้งหมดที่กล่าวมานี้เป็นมาตรการควบคุมการควบกิจการเพื่อหาผลกระทบของการควบกิจการ

จากเงื่อนไขที่ใช้เป็นมาตรการควบคุมดังกล่าวข้างต้นหากการควบกิจการใดแม้จะมีอัตราการกระจุกตัว HHI เกินกว่า 1800 และต้องห้ามมิให้มีการควบกิจการ แต่คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) อาจอนุญาตให้มีการควบกิจการได้ หากพิจารณาเงื่อนไขอื่นๆ ประกอบแล้วพบว่าไม่เข้าข่ายว่าจะการควบกิจการดังกล่าวจะทำให้การแข่งขันในตลาดลดน้อยลงอย่างมาก หรือทำให้เกิดการผูกขาดในตลาดนั้น เงื่อนไขดังกล่าว ได้แก่

1. ความสามารถในการแข่งขันที่จะเกิดขึ้นได้ภายหลังการควบกิจการ
2. การกีดกันผู้เข้าแข่งขัน หรืออุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด
3. ในตลาดดังกล่าว มีสินค้าชนิดใดทดแทนสินค้าของบริษัทที่ควบกิจการได้หรือไม่ ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าชนิดอื่นทดแทนสินค้านั้นได้หรือไม่ หรือว่าสินค้าของบริษัทที่ควบกิจการเป็นสินค้าที่ผูกขาด ผลิตได้บริษัทเดียวเท่านั้น
4. ความมีประสิทธิภาพ ภายหลังการควบกิจการแล้วเกิดความมีประสิทธิภาพกับตลาดโดยรวม หรือความมีประสิทธิภาพดังกล่าวเกิดกับบริษัทที่ควบกิจการกันเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติของคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) และศาลยุติธรรมทำให้เห็นว่ามาตรการควบคุมการควบกิจการเป็นเรื่องละเอียด แต่ทั้งหมดก็เพื่อผลประโยชน์ของผู้ที่มีส่วนร่วมในตลาดเพราะสภาพของตลาดขนาดใหญ่ประกอบด้วยมลรัฐจำนวนมาก การออกแนวทางปฏิบัติมาควบคุมควรต้องให้ความชัดเจน และหน่วยงานที่บังคับใช้มาตรการดังกล่าวก็ต้องมีอิสระ และเชี่ยวชาญทางเศรษฐกิจ

1.3 การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการควบกิจการ

หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีทั้งหมด 3 หน่วยงาน คือ

1. กองป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division of the Department of Justice)
2. คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC)

3. ศาลยุติธรรม

การพิจารณาถึงมาตรการควบคุมการควบกิจการที่ใช้เพื่อวิเคราะห์การควบกิจการดังกล่าว นอกเหนือจากการพิจารณาตามกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน จากคำตัดสินของศาล แนวทางปฏิบัติการควบกิจการที่กำหนดไว้แล้ว ยังต้องพิจารณาปัจจัยที่ไม่ได้เป็นส่วนแบ่งตลาดด้วย (non-market share factors)⁴³ ซึ่งประกอบด้วย

1. อุปสรรคของการเข้ามาในตลาดที่มีอยู่ หรือเพิ่มมากขึ้น
2. ลักษณะวิธีการซื้อที่ผ่านมาของผู้ซื้อ ผู้ผลิต หรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องที่เหลือในตลาด
3. วิธีการขาย ต้นทุนการขนส่ง
4. ระดับของการใช้กลยุทธ์สร้างความแตกต่าง

เพื่อให้การพิจารณาของศาล หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาจากปัจจัยอื่นที่ไม่ใช่ส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียวในคำตัดสิน เพราะการควบกิจการมีผลให้สภาพโครงสร้างตลาดเปลี่ยนแปลงไป จึงย่อมส่งผลกระทบต่อปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับผลกระทบดังกล่าว นอกจากนี้ กรมยุติธรรมได้ออกแนวทางสำหรับการพิจารณาการควบกิจการแนวดิ่งในประเด็นที่ต้องพิจารณาหลักอยู่ 3 ประการคือ⁴⁴

1. ความเป็นไปได้ของอุปสรรคในการเข้ามาในตลาดที่เพิ่มขึ้น
2. ความเป็นไปได้ในการใช้ประโยชน์จากการสมรู้ร่วมคิดกันทางการค้า
3. ความเป็นไปได้สำหรับการปฏิเสธเงื่อนไขที่กำหนดไว้

การพิจารณาการควบกิจการแนวดิ่งนี้ต้องพิจารณาจากสถิติส่วนแบ่งตลาดไปยังรายละเอียดของการตรวจสอบของประเด็นทางเศรษฐกิจอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องต่อไป

⁴³ E.Thomas Sullivan and Jeffery L.Harrison. UNDERSTANDING ANTITRUST AND ITS ECONOMIC IMPLICATIONS, p. 286.

⁴⁴ KEITH N. HYLTON. ANTITRUST LAW ECONOMIC THEORY AND COMMON LAW EVOLUTION (Cambridge University Press), p. 336.

สำหรับการควบกิจการที่หลากหลายนั้น มีตัวอย่างการบังคับที่ชัดเจนในคดีของ Procter & Gamble Corporation ที่ต้องการขยายประเภทสินค้าไปสู่ผ้าเช็ดหน้าขาว Clorox bleach ต้องมีการพิจารณาอย่างรอบคอบว่าการควบกิจการดังกล่าวก่อให้เกิดผลประโยชน์กับผู้บริโภคหรือไม่ เพราะหาก Procter ซึ่งมีอำนาจควบคุมสินค้า Clorox bleach ดังกล่าวย่อมสามารถมีอิทธิพลต่อการขายสินค้าชนิดนี้ ซึ่งอาจมีผลเสียต่อผู้บริโภคจากการควบกิจการ หรือหากภายหลังการควบกิจการปรากฏว่า Procter เข้ามาแข่งขันในตลาดสินค้าชนิดนี้เหมือนกันโดยมีการร่วมกันกำหนดราคา ก็เป็นผลเสียต่อผู้บริโภคเหมือนกัน คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) มีคำสั่งห้ามการควบกิจการดังกล่าว เพราะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 7 ของ The Clayton Act ทำให้การแข่งขันในตลาดผ้าเช็ดหน้าขาวจะลดน้อยลงอย่างมาก อันเป็นผลมาจากการควบกิจการในตลาดที่มีการกระจุกตัว เพราะมีบริษัท 6 อันดับที่มีส่วนแบ่งของการขายภายในประเทศจำนวนร้อยละ 80 ส่วนที่เหลืออีกร้อยละ 20 นั้นเป็นของผู้ผลิตสินค้าจำนวน 200 คน และทำให้สูญเสียผู้แข่งขันที่อาจเกิดขึ้นได้ (Potential Competitor) ซึ่งสร้างผลเสียกับผู้บริโภคมากเพราะไม่ได้มีการกระตุ้นให้มีการเข้ามาแข่งขันเพิ่มมากขึ้นแต่อย่างใด อีกทั้งมีความเป็นไปได้อย่างมากที่ Procter จะเข้ามาในตลาดนี้แม้จะไม่มีหลักฐานพิสูจน์การเข้ามาก็ตาม เพราะ Procter ขายสินค้าที่ใช้ประกอบกันได้ (Complementary Products) และมีสินค้าที่หลากหลายอย่างมาก และเมื่อได้มาซึ่ง Clorox bleach จึงไม่ใช่เรื่องยากในการเข้ามาแข่งขัน อีกทั้งอาจมีการช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการขายสินค้า (Reciprocity) ได้ สำหรับมุมมองของศาลสูงสุดตัดสินตามมาตรา 7 ของ The Clayton Act เห็นว่า Procter ได้แบ่งแยกกระจายธุรกิจโดยการควบกิจการที่หลากหลายผ่านมายังสินค้า Clorox bleach ซึ่ง Procter ไม่ได้มีการทำสินค้าชนิดนี้อยู่ในตลาด Clorox bleach เป็นผู้ผลิตอันดับใหญ่ที่สุดในตลาดเกือบจะร้อยละ 49 ของตลาด ศาลเห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ศาลพิจารณาเห็นว่า การแข่งขันในตลาดผ้าเช็ดหน้าขาวจะลดน้อยลงอย่างมากอันเป็นผลมาจากการควบกิจการดังกล่าว เพราะมันเพิ่มอุปสรรคของการเข้ามาในตลาด เนื่องจาก Procter มีงบประมาณจำนวนมากที่ใช้ในการสนับสนุนสินค้าดังกล่าวซึ่งทำให้ลูกค้ารู้จัก และยอมรับสินค้านี้ดังกล่าว ไม่เลือกใช้สินค้าทดแทนสินค้าดังกล่าว ทำให้อาจมีความล้มเหลวของการเข้ามาแข่งขันเพื่อให้ได้กำไร คู่แข่งอาจต้องลดราคาจนขาดทุนได้ และไม่ได้ส่งผลกระทบกระตุ้นให้มีการแข่งขันจากคู่แข่ง และยังเป็นการจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นได้ของ Procter ⁴⁵

⁴⁵ Ibid, p.344.

การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น ผ่านทางหน่วยงานที่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาตั้งขึ้นมาเพื่อดูแล ควบคุมให้การกระทำใดๆ ของผู้ประกอบการเพื่อไม่ทำให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมาก และไม่ส่งผลร้ายต่อผู้บริโภค ทั้งนี้จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องทำให้ผู้ประกอบการที่มีลักษณะพฤติกรรมตามที่กำหนดต้องปฏิบัติตามนี้

ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะควบกิจการต้องแจ้งให้คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ทราบก่อนจะมีการควบกิจการ โดยคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) พิจารณาโดยใช้ตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ภายหลังจากการพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ต้องพิจารณาด้วยการควบกิจการดังกล่าวก่อให้เกิดการผูกขาด หรือทำให้การค้าขายลดน้อยลงหรือไม่ หรือว่าการที่บริษัทควบกิจการนั้นจะกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือเป็นผู้ผูกขาดตลาดหรือไม่ ตามที่มาตรา 7 ของ The Clayton Act กำหนดไว้ ซึ่งสัมพันธ์กันกับมาตรา 1 และมาตรา 2 ของ The Sherman Act ที่ห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการกระทำ การที่ก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงลบต่อการแข่งขันอย่างเสรีในตลาด

นอกจากนี้ การควบกิจการระหว่างอเมริกาออนไลน์⁴⁶ (America Online : AOL) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรายใหญ่ที่สุดในโลกกับไทม์วอร์เนอร์ยักษ์ใหญ่ในวงการข้อมูลข่าวสาร และธุรกิจบันเทิง โดยอเมริกาออนไลน์เป็นผู้นำในการรวมกิจการครั้งนี้ และไทม์วอร์เนอร์เป็นผู้ถูกควบกิจการ การจัดตั้งบริษัทขึ้นมาใหม่ใช้ชื่อว่า “เอโอแอลไทม์ วอร์เนอร์” ซึ่ง AOL ถือหุ้น 55 เปอร์เซ็นต์ และไทม์วอร์เนอร์ถือหุ้น 45 เปอร์เซ็นต์ เมื่อเข้าซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์จะใช้ชื่อว่า AOL ภายใต้อัตราดอกเบี้ยของการควบกิจการครั้งนี้ AOL ต้องทุ่มเงินจำนวนมหาศาลถึง 183 พันล้านดอลลาร์ เพื่อเข้าซื้อกิจการของไทม์วอร์เนอร์ซึ่งเป็นกิจการที่ใช้เงินเป็นจำนวนมากที่สุดในประวัติศาสตร์ แม้ว่า AOL จะเป็นบริษัทที่มีขนาดเล็ก โดยมีรายได้ต่อปีเพียงแค่ 1 ใน 5 และมีพนักงานแค่ 15 เปอร์เซ็นต์ของไทม์วอร์เนอร์เท่านั้น นอกจากนี้ AOL ยังก่อตั้งมาน้อยกว่าไทม์วอร์เนอร์ถึง 15 ปี แต่มูลค่าทางการตลาดของ AOL กลับสูงกว่าไทม์วอร์เนอร์เกือบ 2 เท่าตัว

⁴⁶ Big cases AOL in www.cnn.com

โดยการควบกิจการดังกล่าว ผู้บริหารของทั้งสองบริษัทที่ตกลงควบกิจการได้ตกลงกันเรื่องการบริหารบริษัทใหม่ที่ตั้งขึ้น และประสานผลประโยชน์อย่างลงตัว การควบกิจการนี้ AOL ต้องจ่ายส่วนที่เป็นพรีเมียมให้แก่ผู้ถือหุ้นของไทม์วอร์เนอร์ถึง 71 เปอร์เซ็นต์ และผู้ถือหุ้นของ AOL จะได้รับหุ้นของบริษัทใหม่ในอัตรา 1 หุ้นของ AOL เดิมได้ 1 หุ้นบริษัทใหม่ ขณะที่ผู้ถือหุ้นของไทม์วอร์เนอร์จะได้รับประโยชน์มากกว่า โดย 1 หุ้นของไทม์วอร์เนอร์เดิมจะได้รับ 1.5 หุ้นของบริษัทใหม่ ซึ่งกรณีการควบกิจการนั้น บริษัทผู้เข้าร่วมกิจการจะได้อัตราผลตอบแทนเกินปกติประมาณ 2 ถึง 3 เปอร์เซ็นต์ ในขณะที่บริษัทผู้ถูกรวมกิจการจะได้อัตราผลตอบแทนเกินกว่าปกติถึง 20 เปอร์เซ็นต์⁴⁷

ศาลสนับสนุนนโยบายต่อต้านการผูกขาดซึ่งจะเป็นสิ่งที่ขัดขวางไม่ให้เกิดการควบกิจการใดๆ ที่จะทำให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมาก ยกตัวอย่าง คดี Brown Shoe ศาลพบว่าการควบกิจการในแนวนอน (Horizontal Merger) ดังกล่าวระหว่างสองบริษัท โดย Brown Shoe มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 5 และบริษัท Kinney Shoe มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 1.6 ซึ่งเมื่อควบกิจการแล้วบริษัททั้งสองบริษัทนั้นมีหุ้นในตลาดเพียงร้อยละ 5 ในตลาดที่ไม่มีมีการกระจุกตัวถือว่าเป็นเรื่องผิดกฎหมาย เช่นเดียวกันกับคดี Von's Grocery ที่ศาลถือว่าผิดกฎหมาย แม้ว่าการควบกิจการในแนวนอน (Horizontal Merger) ของสองบริษัทจะมีหุ้นรวมกันแล้วน้อยกว่าร้อยละ 8 ก็ตาม

2. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการควบกิจการในประเทศเยอรมัน

ความเป็นมาของนโยบาย และกฎหมายการป้องกันการผูกขาดในประเทศเยอรมันนั้น เริ่มในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และช่วงต้นศตวรรษที่ 20 อุตสาหกรรมของประเทศได้มีการขยายตัวอย่างมากอันก่อให้เกิดการกระจุกตัวทางอุตสาหกรรมมีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจแบบการร่วมมือกันทางการค้า (Cartels) ขึ้นอย่างมากในกิจการสำคัญๆ เช่น เหล็ก และถ่านหิน มีการจัดตั้งองค์กรในรูปของบริษัทช้อนบริษัท⁴⁸ และเหตุผลที่มีการรวมกลุ่มการค้ามากนั้นเกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1897 ศาลฎีกาเยอรมันได้ตัดสินว่ารูปแบบทางการค้าที่เป็นการรวมกลุ่มกันในทางเศรษฐกิจสำหรับ

⁴⁷ อัญญา ชันธวิทย์, การควบกิจการและการครอบงำกิจการ, หน้า 43.

⁴⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “กฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 18 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2531) : 64.

กฎหมาย เช่นเดียวกันกับคดี Von's Grocery ที่ศาลถือว่าผิดกฎหมาย แม้ว่าการควบกิจการในแนวนอน (Horizontal Merger) ของสองบริษัทจะมีหุ้นรวมกันแล้วน้อยกว่าร้อยละ 8 ก็ตาม

2. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการควบกิจการในประเทศเยอรมัน

ความเป็นมาของนโยบาย และกฎหมายการป้องกันการผูกขาดในประเทศเยอรมันนั้น เริ่มในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และช่วงต้นศตวรรษที่ 20 อุตสาหกรรมของประเทศได้มีการขยายตัวอย่างมากอันก่อให้เกิดการกระจุกตัวทางอุตสาหกรรมมีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจแบบการร่วมมือกันทางการค้า (Cartels) ขึ้นอย่างมากในกิจการสำคัญๆ เช่น เหล็ก และถ่านหิน มีการจัดตั้งองค์กรในรูปของบริษัทซ้อนบริษัท⁴⁸ และเหตุผลที่มีการรวมกลุ่มการค้ามากนั้นเกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1897 ศาลฎีกาเยอรมันได้ตัดสินว่ารูปแบบทางการค้าที่เป็นการรวมกลุ่มกันในทางเศรษฐกิจสำหรับกิจการเชื้อไม้สามารถทำได้ถือเป็นเสรีภาพทางการค้า⁴⁹ ถือว่าแตกต่างจากพัฒนาการของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติ The Sherman Act ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1890 เพื่อควบคุมการร่วมมือกันทางเศรษฐกิจ (Cartels) หลังจากนั้นเมื่อประเทศเยอรมันแพ้สงครามโลกครั้งที่ 1 ทำให้เกิดปัญหาเศรษฐกิจตามมา ประชาชนเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายควบคุมการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจซึ่งในทางปฏิบัติก็ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงมาก ต่อมาปี 1949 กฎหมายเริ่มมีความเข้มงวด และสามารถบังคับได้อย่างจริงจังซึ่งในภายหลังก็มีการแก้ไข ปรับปรุงกฎหมายขึ้นโดยมีรูปแบบมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา เพื่อให้รองรับกับสภาพทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป และเหมาะสมกับเงื่อนไขของเศรษฐกิจยุคใหม่ การป้องกันการผูกขาดนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับกลยุทธ์ของประเทศเพื่อทำให้เกิดความทันสมัยเหมาะสมที่จะเป็นแหล่งสำหรับการค้า และการลงทุนในอุตสาหกรรม และปรับปรุงรวมทั้งปรับเปลี่ยนเงื่อนไขทั่วไปสำหรับการลงทุน และการสร้างงานใหม่ในประเทศ และตั้งแต่มีการประกาศใช้ระบบเงินตราร่วมกันของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้น ทำให้การควบกิจการภายในกลุ่มประเทศดังกล่าวมีมากขึ้น⁵⁰

⁴⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “กฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 18 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2531) : 64.

⁴⁹ ผาสุก เจริญเกียรติ, “ความรับผิดชอบทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2539), หน้า 46.

⁵⁰ Current events in EU in www.europa.org.

2.1 นโยบาย และแนวทางในการควบคุมการควบกิจการ

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1909 ประเทศเยอรมันได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางเศรษฐกิจโดยตรงซึ่งมีชื่อว่า กฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Gesetz gegen den unlauteren wettbewerb : UWG) บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมให้การแข่งขันทางเศรษฐกิจเป็นรายๆ ดำเนินไปโดยมีหลักเกณฑ์ตามที่มาตรา 1 ของกฎหมายนี้กำหนดไว้⁵¹ “ ผู้ใดก็ตามที่ดำเนินการในทางธุรกิจเพื่อการแข่งขัน โดยขัดต่อจารีตประเพณีอันดี ท่านว่าผู้นั้นอาจถูกร้องให้ยุติการดำเนินการนั้น และให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ ” เมื่อมีการคืนอำนาจการปกครองแก่ชาวเยอรมันในปี 1949 รัฐบาลที่เข้ามาบริหารได้พยายามผลักดันให้มีการออกกฎหมายอีกฉบับนี้ คือ กฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจ⁵² (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen : GWB : the Act against Restraints of Competition : ARC) เพื่อเป็นหลักประกันว่า ในระบบเศรษฐกิจเยอรมันจะมีการแข่งขันกันเกิดขึ้นได้

ประเทศเยอรมันเป็นประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบการควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) เป็นแนวทางสำหรับการป้องกันการผูกขาด ซึ่งในพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดทางการแข่งขัน (the Act against Restraints of Competition : ARC) กำหนดว่าการควบกิจการต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักผลกระทบ (Effect Doctrine)⁵³ หมายถึง พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นในประเทศหนึ่ง แต่มีผลกระทบในอีกประเทศหนึ่งนั้น แม้ว่ากรกระทำผิดกฎหมายของประเทศตนจะเกิดนอกอาณาเขตประเทศนั้นๆ ก็ตาม แต่หากมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศตนอย่างมาก และจงใจ กฎหมายของประเทศนั้นก็สามารถบังคับใช้นอกอาณาเขตนั้นๆ มีองค์ประกอบคือ

- มีผลกระทบภายในประเทศนั้น
- ผู้กระทำความผิดนั้นมีเจตนาที่จะให้มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศนั้น

⁵¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “กฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์: 63.

⁵² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in www.bundesrecht.juris.de/htmltree.html.

⁵³ ศักดา ธนิตกุล, สรุปรายงานการให้คำปรึกษาด้านเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม และนิติศาสตร์เพื่อการปฏิบัติงานตามพ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (ศูนย์ยุโรปศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรกฎาคม-กันยายน 2546).

พระราชบัญญัติป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจ (ARC) เกี่ยวกับการแข่งขันของประเทศเยอรมัน ได้มีการควบคุมกรณีที่มีการรวมกิจการเข้าด้วยกัน แต่มีความเห็นขัดแย้งกันกับทางสภาผู้แทนราษฎรที่เห็นว่า หากมีการควบคุมการควบกิจการอาจทำให้เศรษฐกิจของประเทศไม่สามารถเจริญเติบโตได้อย่างที่ควรจะเป็น จึงมีการกำหนดไว้ในกฎหมายว่าเฉพาะการควบกิจการบางประเภทเท่านั้นที่ต้องแจ้งให้ทางการทราบ จนเมื่อปี 1973 จึงมีการบัญญัติการควบคุมการควบกิจการเข้าด้วยกันไว้ในกฎหมายฉบับนั้นอันเป็นผลมาจากการเรียกร้องของมหาชน⁵⁴ ซึ่งในขณะที่ใช้กฎหมายฉบับนี้อยู่ นั้น ถือได้ว่ากฎหมายต่อต้านการผูกขาดของเยอรมันเป็นกฎหมายที่เข้มงวดที่สุดในโลก เพราะหากมีการรวมกิจการใดที่เข้าเกณฑ์ตามข้อสันนิษฐานที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ห้ามการรวมกิจการดังกล่าว เว้นแต่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจะสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าการรวมกิจการนั้นๆ ทำให้มีการแข่งขันในตลาดดียิ่งขึ้นกว่าเดิม และเป็นผลประโยชน์ต่อสังคม

2.2 บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการควบคุมการควบกิจการ

การควบคุมการควบกิจการของประเทศเยอรมันนั้นมีการปรับปรุง และบัญญัติกฎหมายขึ้นมาได้แก่ พระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (the Act against Restraints of Competition : ARC) ขึ้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม 1958 เป็นพระราชบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อตรวจสอบการกระจัดตัวของการแข่งขันในตลาดของประเทศเยอรมัน หลังจากนั้นมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าวอีก 6 ครั้ง การปรับปรุงแก้ไขครั้งที่ 6 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 1999 ได้นำกฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของประเทศให้อยู่ในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป โดยมีสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (the Federal Cartel Office : FCO) เป็นผู้รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายแต่เพียงผู้เดียว

การป้องกันการผูกขาดตามกฎหมายใช้มาตรฐานการกระจัดตัวเป็นเครื่องวัด และมีการตรวจสอบกระจัดตัวกำหนดอยู่ในพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) ซึ่งมีสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) เป็นผู้คอยตรวจสอบดูแลเรื่องดังกล่าว กิจ

⁵⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “กฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ : 75.

การที่ต้องการควบกิจการในประเทศนั้นต้องมีการบอกกล่าวแก่สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ภายในเวลา ก่อนหรือหลังการควบกิจการ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) ไม่สามารถบังคับใช้ได้กับกรณีที่คณะกรรมการสหภาพยุโรป (EC Commission) มีหน้าที่รับผิดชอบอยู่แล้วตามกฎหมายการควบกิจการของสหภาพยุโรป (the EC Merger Regulations) เพราะมีการตกลงกันระหว่างประเทศสมาชิกว่าประชาคมสามารถออกกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจมาใช้บังคับกับประเทศสมาชิกได้ และทำหน้าที่ประสานงานกับประเทศสมาชิกเพื่อบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น กฎหมายประชาคมมีผลโดยตรงต่อพลเมืองของรัฐสมาชิก โดยที่รัฐสมาชิกไม่ต้องประกาศใช้เป็นกฎหมายอีกทีหนึ่งและกฎหมายประชาคมยังมีค่าสูงกว่ากฎหมายภายในของแต่ละรัฐรวมทั้งสูงกว่ารัฐธรรมนูญด้วย⁵⁵

สำหรับมาตรการควบคุมการควบกิจการของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (EU Merger Regulation) มีสาระสำคัญอยู่ภายใต้กฎหมายการควบกิจการของสหภาพยุโรป (the EC Merger Regulations) หากการควบกิจการใดเป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรการดังกล่าวกำหนดไว้ เจ้าหน้าที่การแข่งขันของแต่ละประเทศสมาชิกจะไม่มีอำนาจในการตรวจสอบการควบกิจการนั้นๆ ตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม 1998 เป็นต้นมามาตรการควบคุมการควบกิจการ*ที่อยู่ภายใต้การพิจารณาของ EC Commission คือ⁵⁶

- 1) บริษัทที่ควบกิจการมียอดขายทั้งหมดทั่วโลกรวมกันมูลค่ามากกว่า 2.5 พันล้านเหรียญยูโร และ
- 2) บริษัทที่ต้องการควบกิจการนั้น อย่างน้อย 2 บริษัท ต้องมียอดขายภายในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ของบริษัทตัวเองมากกว่า 100 ล้านเหรียญยูโร และ

⁵⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 99 – 100.

* The EC Merger Regulations กำหนดว่า “the combined worldwide turnover of all the parties concerned is more than 2.5 billion Euro; and the EC turnover of each of at least two of the parties concerned is more than 100 million Euro; and in each of at least three Member States, the combined turnover of all the parties concerned is more than 100 million Euro; and in each of at least three of the same Member States the turnover of each of at least two of the parties concerned is more than 25 million Euro.”

⁵⁶ Introductions on EC MERGER CONTROL REGULATION. in www.lovells.com.

3) บริษัทที่ควบกิจการมียอดขายทั้งหมดภายในรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจำนวน 3 รัฐรวมกันมูลค่ามากกว่า 100 ล้านเหรียญยูโร

4) ภายในรัฐสมาชิกที่กำหนดในข้อ 3) นั้น บริษัทที่ต้องการควบกิจการนั้น อย่างน้อย 2 บริษัท ต้องมียอดขายภายในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ของบริษัทตัวเองมากกว่า 25 ล้านเหรียญยูโร

อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขดังกล่าวมีข้อยกเว้นว่าการควบกิจการที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการพิจารณาของ EC Commission แต่ให้เป็นอำนาจการพิจารณาของหน่วยงานภายในของแต่ละประเทศที่เป็นกลุ่มสมาชิก หากแต่ละบริษัทที่จะควบกิจการมียอดขายในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปประเทศเดียวกันมากกว่าจำนวน 2 ใน 3 ของยอดขายที่เกิดขึ้น เรียกว่า หลัก 2 ใน 3 (two thirds rule)*

ระยะเวลาในการแจ้งให้ EC Commission ทราบต้องแจ้งภายใน 1 อาทิตย์ก่อนที่คู่สัญญาตกลงจะควบกัน โดยต้องแจ้งตามแบบที่กำหนดโดย EC Commission ภายหลังจากมีการแจ้งแล้ว การควบกิจการนั้นๆ ต้องระงับไว้จนกระทั่ง EC Commission มีคำสั่งตัดสินออกมา หรือระยะเวลาที่ใช้พิจารณาสิ้นสุดลง โดยมีเวลาพิจารณา 4 อาทิตย์ หรืออาจขยายเป็น 6 อาทิตย์ได้ การคำตัดสินของ EC Commission ต้องมีการเริ่มกระบวนการพิจารณาต่อไป (phase II proceedings) ต้องมีการเพิ่มระยะเวลาในกระบวนการดังกล่าวอีก 4 เดือนเพื่อการตัดสินที่เด็ดขาดต่อไป (final decision)

ในปี ค.ศ. 1989 นั้นเริ่มมีการบังคับใช้การควบคุมการควบกิจการในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปโดย EC Commission นั้น ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2001 สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ได้ร้องขอการพิจารณาคดีด้วยตนเองจำนวน 13 คำขอ สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) อ้างว่าการควบกิจการในตลาดน้ำมัน และปิโตรเคมีคัลในเยอรมันระหว่าง SHELL/DEA กับ BP/VEBA OIL นั้นพบว่ามีผลกระทบเกิดขึ้นในเยอรมันเท่านั้น จึงสมควรให้สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) เป็นผู้

* The EC Merger Regulations กำหนดว่า “where more than two thirds of the EC turnover of each party concerned arises in the same Member State”

พิจารณาการควบกิจการดังกล่าวเอง เพราะเป็นคดีที่เกิดขึ้น และมีผลกระทบในตลาดของประเทศ จึงควรให้เจ้าหน้าที่ที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะในตลาดนั้นๆ พิจารณา คณะกรรมการกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปยอมรับการเรียกร่องสิทธินี้ และเหตุการณ์เดียวกันกับกรณี Hanile และ Fels ที่เกี่ยวข้องกับการได้มาของผู้ผลิตวัตถุดิบในการก่อสร้างกำแพง คือ Fels – Werke GmbH เนื่องจากการประเมินกรณีนี้ต้องการการมีส่วนร่วมของตลาดท้องถิ่น คณะกรรมการจึงส่งกรณีดังกล่าวกลับมาให้สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ตัดสินต่อไป

สำหรับพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) ปกป้องการแข่งขันต่างๆ ในเยอรมันที่จะเป็นการจำกัดทางการค้าไม่ว่าการกระทำนั้นจะเกิดภายใน หรือภายนอกประเทศเยอรมัน โดยหลักการพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) บังคับใช้กับเศรษฐกิจทั้งหมดในเยอรมันแต่มีข้อยกเว้นในภาคเศรษฐกิจบางประเภท เช่น เกษตรกรรม การธนาคาร และการประกันภัย การขนส่ง วิทยาศาสตร์ที่มีการบังคับใช้โดยกฎหมายพิเศษ

ทั้งนี้ จุดมุ่งหมายของการควบคุมการควบกิจการตามพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) เพื่อรักษาโครงสร้างตลาดที่มีการแข่งขัน และสร้างความมั่นใจว่าขอบเขตของการกระทำใด ๆ ของบริษัทต้องอยู่ภายใต้การควบคุมอย่างเพียงพอของการแข่งขัน และจะไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อกิจกรรมต่างๆ ของบริษัทอื่น ๆ ในตลาดเดียวกัน และผู้บริโภค ดังนั้น การควบคุมการควบกิจการต้องมีการตรวจสอบการกระทำของบริษัทที่อาจมีมากเกินไป และต้องต่อสู้กับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้จากการปรับปรุง หรือเปลี่ยนแปลงโครงสร้างตลาดอันเป็นผลจากการกระทำ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์กันเกี่ยวกับการเพิ่มขึ้นของการกระทำในตลาดกับการลดลงของการแข่งขันที่หนาแน่น ในมาตรา 37 (1) ของพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) กำหนดว่าการกระทำดังต่อไปนี้ถือว่าการควบกิจการที่มีการกระทำ* ได้แก่

* การควบกิจการที่มีการกระทำตามที่พระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) กำหนดไว้

“1. Acquisition of all or of a substantial part of the assets of another undertaking;

2. Acquisition of direct or indirect control by one or several undertakings of the whole or parts of one or more other undertakings. Control shall be constituted by rights, contracts or any other means which, either separately or in combination and having regard to the considerations of fact or law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, in particular through ownership or the rights to

1. การได้มาซึ่งสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญ* ของกิจการอื่นๆ
2. การได้มาซึ่งการควบคุมดูแลทั้งทางตรง และทางอ้อมของกิจการอื่นๆ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน การควบคุมคือสิทธิ สัญญา หรือวิธีการใดๆ ก็ตามซึ่งอาจเป็นบางส่วนหรือทั้งหมดทั้งทางข้อเท็จจริง หรือทางกฎหมาย การให้คำปรึกษา ความเป็นไปได้ของการใช้อำนาจที่มีซึ่งตัดสินใจได้ในกิจการนั้นๆ โดยเป็นเจ้าของหรือใช้สิทธิเพื่อใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทั้งหมด หรือบางส่วนในกิจการ หรือใช้สิทธิหรือสัญญาซึ่งอำนาจที่ตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว การออกเสียง หรือตัดสินใจเกี่ยวกับองค์กรของกิจการ
3. การได้มาซึ่งหุ้นในอีกกิจการ เป็นจำนวนหุ้นมีอยู่หรือเกินกว่าร้อยละ 50 หรือร้อยละ 25 ของทุนหรือสิทธิในการออกเสียงของกิจการนั้นๆ หุ้นที่ถือโดยกิจ

use all or part of assets of the undertaking, rights or contracts which confer decisive influence on the composition, voting or decisions of the organs of the undertaking;

3. Acquisition of shares in another undertaking if the shares, either separately or together with other shares already held by the undertaking, reach 50 percent or 25 percent of the capital or the voting rights of the other undertaking. The shares held by the undertaking shall include also the shares held by another for the account of this undertaking and, if the owner of the undertaking is a sole proprietor, also any other shares held by him. If several undertakings within the parameters mentioned above, this shall be deemed to also constitute a concentration among the acquiring undertakings with respect to those markets on which the other undertaking operates;

4. Any other combination of undertakings enabling one or several undertakings to directly or indirectly exercise a competitively significant influence on another undertaking.”

* สินทรัพย์บางส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกิจการนั้น ยังมีการถกเถียงกันว่า อะไรคือส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial) ในทางกฎหมายจะพิจารณาจากสัดส่วนของสินทรัพย์ที่ขายไปของสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ขายมีอยู่ เพราะหากเป็นสินทรัพย์เพียงเล็กน้อย แต่มีผลต่อการประกอบกิจการซึ่งเป็นส่วนสำคัญ ก็ถือว่าเป็นสินทรัพย์ส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เช่น ถ้าบริษัทได้มาซึ่งกิจการสถานีน้ำมัน 1 สถานีจากกิจการก็ถือว่าสถานีน้ำมันเป็นสินทรัพย์ที่เป็นสาระสำคัญ อ้างอิงจาก Dietrich Hoffmann and Stefan Schaub. *THE GERMAN COMPETITION LAW (Legislation and Commentary)*, (Kluwer Law & Taxation Publishers), p. 1014.

การนี้รวมถึงหุ้นที่ถือโดยคนอื่นของกิจการนี้ด้วย และถ้าเจ้าของกิจการเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียว (Sole proprietor) หรือหุ้นอื่นๆ ที่ถือโดยตัวเองในเวลาเดียวกัน หรือต่อเนื่องกัน ถ้ากิจการหลายแห่งได้มาซึ่งหุ้นในกิจการอื่นๆ จะถือได้ว่าเกิดการกระจุกตัวขึ้นท่ามกลางกิจการที่ได้มาเกี่ยวเนื่องกับตลาดเหล่านั้น ซึ่งกิจการอื่นๆ ดำเนินการด้วย

4. การรวมตัวของกิจการอื่นที่ทำให้กิจการนั้นๆ สามารถใช้อำนาจทางการแข่งขันไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมได้เหนือกว่าคู่แข่งอื่นๆ

ในมาตรา 37 (2) ของพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) กำหนดเป็นข้อยกเว้น (exemption) การกระจุกตัวตามมาตรา 37 (1) ของพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) ว่าจะไม่ถือว่าการกระจุกตัวในการแข่งขัน หากการควบกิจการที่เกิดขึ้นนั้นทำให้เกิดการปรับปรุงสภาพการแข่งขัน และไม่ก่อให้เกิดความได้เปรียบของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าว

ถ้าสถาบันสินเชื่อ สถาบันการเงิน หรือสถาบันประกันภัยได้มาซึ่งหุ้นของกิจการอื่นๆ เพื่อจะขายต่อ (Resale) กิจการเหล่านั้น การกระจุกตัวไม่ถือว่าการเกิดขึ้นตราบเท่าที่พวกเขาไม่ได้ใช้สิทธิออกเสียงของหุ้น และถ้าการขายต่อเกิดขึ้นภายใน 1 ปี (ข้อกำหนดทางการเงิน) อาจมีการขยายเวลา 1 ปีออกไป โดยสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) เห็นว่ากิจการดังกล่าวแสดงให้เห็นอย่างสมเหตุสมผลว่าไม่สามารถขายต่อได้ภายในเวลาดังกล่าว

ทั้งนี้การควบคุมบริษัทใดๆ ในกิจการอื่นนั้น อาจเป็นการควบคุมโดยหลายบริษัทก็ได้ ซึ่งเป็นลักษณะหนึ่งที่ใช้พิจารณาว่าการกระทำของบริษัทเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือไม่ โดยมีความเป็นไปได้ที่จะใช้อำนาจในทางที่มิชอบ (exercising decisive influence) เกี่ยวกับกิจการดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าได้มีการใช้อำนาจในทางที่มิชอบนี้จริงหรือไม่ ความเป็นไปได้ว่าจะมีการใช้อำนาจดังกล่าวอย่างเดียวกันก็เพียงพอแล้ว โดยความเป็นไปได้ในการใช้อำนาจที่มีอยู่นั้น จะมีการตรวจสอบว่าอยู่บนพื้นฐานการพิจารณาทางกฎหมาย และพิจารณาสถานการณ์จริงที่เกิดขึ้นในแต่ละเหตุการณ์เป็นกรณีๆ เช่น การเปลี่ยนแปลงจากการควบคุมร่วมกันไปสู่การควบคุมแต่เพียงฝ่ายเดียวก่อให้เกิดการกระจุกตัวได้ ดังตัวอย่าง A และ B ถือหุ้นร้อยละ 60, 40 ตามลำดับในกิจการ

ร่วมค้า การตัดสินใจที่สำคัญทั้งหมดต้องมีเสียงส่วนใหญ่ 2 ใน 3 การได้มาซึ่งหุ้นของ B โดย A นั้นถือว่าการกระจุกตัวภายใต้การควบคุมการควบกิจการตามมาตรา 37 (1) ในลักษณะเดียวกันปรับใช้กับการเปลี่ยนแปลงจาก 3 กิจการไปสู่ 2 กิจการด้วย

นอกจากนี้ในการได้มาซึ่งหุ้นนั้น แม้ว่ากิจการได้หุ้นมาน้อยกว่าร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน หรือสิทธิในการออกเสียงของบริษัทนั้นๆ ต้องมีการบอกกล่าวแก่สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) เช่นกัน เพราะหากว่าการได้มาดังกล่าวอาจส่งผลให้บริษัทหนึ่งบริษัทใดหรือหลายบริษัทสามารถใช้อำนาจการแข่งขันที่มีนั้นเหนือกว่ากิจการอื่นๆ ในตลาดได้

พระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) นี้กำหนดการควบคุมการควบกิจการที่มีการกระจุกตัวไว้ โดยการควบกิจการที่มีการกระจุกตัวต้องอยู่ภายใต้การควบคุม และต้องแจ้งให้สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ทราบก่อนที่จะมีการควบกิจการ ดังนี้

การควบกิจการซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมตามมาตรา 39 ของพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) และต้องแจ้งแก่สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) คือ การควบกิจการมียอดขายทั่วโลกทั้งหมดรวมกันมากกว่า 500 ล้านยูโร (ประมาณ 23,980 ล้านบาท) และผู้ประกอบการอย่างน้อย 1 ราย มียอดขายภายในประเทศมากกว่า 25 ล้านยูโร (ประมาณ 1,199 ล้านบาท) ในปีที่ผ่านมาภายในประเทศเยอรมัน *

การควบกิจการซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตามมาตรา 130 (2) ของพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) และไม่ต้องแจ้งแก่สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) เนื่องจากการกระจุกตัวของการควบกิจการดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดภายในประเทศ มี 2 กรณี คือ

* พระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) กำหนดว่า “the combined worldwide turnover of all the parties involved in the merger is more than 500 million Euro and at least one of the parties involved in the merger has sales of more than 26 million Euro in Germany.”

- The de minimis clause* บริษัทที่ควบกับกิจการที่มียอดขายทั่วโลกน้อยกว่า 10 ล้านยูโร (ประมาณ 480 ล้านบาท) เงื่อนไขนี้ไม่รวมถึงธุรกิจการพิมพ์ และการจัดจำหน่ายหนังสือพิมพ์ หรือวารสาร หรือ

- The minor market clause** การควบกิจการในตลาดซึ่งผู้ประกอบการดำเนินการค้าสินค้า การเกิน 5 ปี และยอดขายน้อยกว่า 15 ล้านยูโร (ประมาณ 719 ล้านบาท) ทั้งนี้การคำนวณเงินได้ของบริษัทจะคำนวณบนในวันที่กำหนดโดยบริษัท และรายงานประจำปีของบริษัท

การควบกิจการระหว่างประเทศที่มีผลกระทบภายในประเทศเยอรมันมีมูลค่าของยอดขายรายทั่วโลกเกินกว่า 500 ล้าน และอย่างน้อยการควบกิจการนั้นเกี่ยวข้องกับกิจการภายในประเทศเยอรมันซึ่งมีมูลค่าของยอดขายเป็นจำนวน 25 ล้าน หากการควบกิจการเข้าเงื่อนไขดังกล่าวแล้วก็ต้องแจ้งให้สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ทราบเพื่อตรวจสอบผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการควบกิจการ

การพิจารณาปัจจัยที่กำหนดตำแหน่งของตลาด (Paramount Market Position) ในมาตรา 19 (2) ข้อ 2. ของพระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) เพื่อใช้ควบคุมการควบกิจการของประเทศเยอรมันแล้วพบว่า การพิจารณาควรพิจารณาจากการตรวจสอบหลักเกณฑ์โครงสร้างตลาดผ่านทางส่วนแบ่งตลาดที่มีการแข่งขัน และยังอยู่ในตลาดเท่านั้น และองค์ประกอบทั้งหมดของแต่ละบริษัท ไม่ว่าจะเป็นอำนาจทางการเงิน การเข้ามาผลิตหรือขายในตลาด การกีดกันการเข้ามาในตลาดทั้งทางกฎหมาย และเกิดขึ้นจากผู้ประกอบการอื่นๆ ในตลาด เนื่องจากว่าในบางกรณีแม้บริษัทนั้นจะมีการกระจุกตัวที่ก่อให้เกิดส่วนแบ่งตลาดที่มาก แต่ก็ไม่ควรถูกห้ามเพราะ

* พระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) กำหนดว่า “the seller’s group (under certain conditions only the acquirer) has a worldwide turnover of less than 10 million Euro in the last business year, merges with another undertaking. This de minimis rule does not, however, apply in the newspaper, magazine publishing and distribution sectors.”

** พระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) กำหนดว่า “An undertaking which has aggregate sales of less than 15 million Euro and has been offered for at least five years in the markets (The minor market).”

ปัจจัยอื่น ๆ เช่น ความมีประสิทธิภาพในการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากความร่วมมือจากต่างประเทศ และความต้องการสินค้าอย่างมากของผู้บริโภคต่อบริษัทที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในตลาด

สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) เห็นว่าการพิจารณาโดยใช้อำนาจที่มีเหนือตลาดเป็นประโยชน์มากกว่า เพราะการควบคุมการควบกิจการโดยพิจารณาให้มีการลดลงของการแข่งขันที่รุนแรงโดยการแข่งขันดังกล่าวไม่มีอำนาจเหนือตลาดแต่อย่างใด ไม่ใช่ประเด็นที่ควรกังวล เพราะกระบวนการการแข่งขันที่เปลี่ยนแปลงไม่มีความเท่าเทียมกัน และความผันผวนเปลี่ยนแปลงของความรุนแรงในการแข่งขันเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา มีเหตุผลที่ทำให้เกิดความกังวลได้ ถ้าบริษัทหนึ่งได้เปรียบ หรือมีอิทธิพลเหนือบริษัทอื่น ๆ โดยการควบกิจการถึงระดับซึ่งอำนาจการแข่งขันที่มีอยู่อย่างเดียว ไม่สามารถคาดหวังได้อีกต่อไปแล้วที่จะทำให้อำนาจตลาดที่ถึงระดับดังกล่าวนี้จะสลาย เสื่อมไปเอง เรียกว่า การทดสอบโดยใช้หลักเกณฑ์พิจารณาถึงการมีอำนาจเหนือตลาด จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวเราจะไม่พบอำนาจเหนือตลาดในตลาดที่มีการแข่งขันจำนวนมาก ทำให้การแข่งขันนี้ไม่มีความรุนแรงจากการใช้อำนาจเหนือตลาดของบริษัทใด บริษัทหนึ่งเพียงลำพัง จากสถานการณ์ดังกล่าวจึงไม่มีเหตุผลใดๆ ที่รัฐจะดำเนินการลดความรุนแรงของการแข่งขัน

2.3 การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการควบกิจการ

หน่วยงานที่รับผิดชอบในการบังคับใช้บทบัญญัติกฎหมาย ได้แก่สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (the Federal Cartel Office : Bundeskartellamt : FCO) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระจากรัฐบาล สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) จะรับผิดชอบในการบังคับใช้พระราชบัญญัติต่อต้านการจำกัดการแข่งขัน (ARC) กับการกระทำใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ส่งผลกระทบในเยอรมัน มีหน้าที่หลักเพื่อ ควบคุม หรือห้ามการร่วมกลุ่มทางการค้า การใช้อำนาจเกี่ยวกับการควบคุมการควบกิจการ และการปฏิบัติใด ๆ ในทางที่มีชอบ อย่างไรก็ตาม สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) จะรับผิดชอบกรณีที่ผลกระทบของการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวส่งผลกระทบมากกว่า 1 รัฐ เพราะหากผลกระทบของการจำกัดการแข่งขันยังจำกัดอยู่ในพื้นที่ใดๆ ของรัฐนั้นเพียงรัฐเดียว เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการแข่งขันในรัฐดังกล่าวจะเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการที่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันภายในรัฐของตนเอง ในการบังคับใช้มาตรการที่ EC Commission กำหนดนั้น สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสห

พันธ์ (FCO) เป็นหน่วยงานที่ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ที่มีความสามารถเหมาะสมกับความรับผิดชอบทั้งหมดที่ EC Commission มอบแก่ประเทศสมาชิก

ช่วงเวลาก่อนหน้านี้ที่จะมีการแก้ไขข้อกำหนดของพระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขัน (ARC) นั้น การควบกิจการที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้บริษัทที่ควบกิจการต้องแจ้งให้สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ทราบ ซึ่งเป็นการควบคุมภายหลังที่ให้มีการควบกิจการไปก่อนได้ แต่หากภายหลังปรากฏว่าการควบกิจการนั้นต้องห้าม ศาลจะตัดสินให้แยกกิจการที่ควบกันออกเป็นเหมือนเดิม ซึ่งทำให้เกิดความยุ่งยาก อีกทั้งสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ยังไม่มีอำนาจเต็มที่ ต่อมาจึงมีการแก้ไขให้กิจการที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดต้องแจ้งให้สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ทราบก่อนที่จะดำเนินการควบกัน และสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) มีอำนาจมากขึ้นในการสืบสวน เรียกดูข้อมูลจากบริษัทต่าง ๆ และตรวจสอบเอกสารของบริษัท และยังสามารถค้นหาและยึดหลักฐานภายใต้คำสั่งศาลได้

เมื่อพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากไม่มีคำสั่งห้ามควบกิจการจากสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) นั้น คู่กรณีสามารถควบกิจการได้ทันที คำตัดสินห้ามควบกิจการของสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) บุคคลที่ได้รับคำสั่งดังกล่าวสามารถร้องเรียนได้ที่ the Higher Regional Court in Dusseldorf และอุทธรณ์เฉพาะปัญหาข้อกฎหมายในคำตัดสินของศาล the Higher Regional Court in Dusseldorf ต่อศาลสูงสุด the German Federal Supreme Court ได้

สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ประกอบไปด้วยหน่วยงานย่อยจำนวน 11 หน่วยงานแต่ละหน่วยงานก็จะมีหน้าที่รับผิดชอบในแต่ละประเภทอุตสาหกรรมธุรกิจแตกต่างกันไป ซึ่งภายในแต่ละธุรกิจอุตสาหกรรมเหล่านั้นหน่วยงานจะรับผิดชอบบังคับให้กระบวนการทางกฎหมายในเรื่องเหล่านี้ การควบคุมการควบกิจการ (Merger Control) การบังคับเกี่ยวกับการร่วมมือกันทางธุรกิจ (Cartel Enforcement) และการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ (Abuse of Dominant Position) การดำเนินการต่างๆ เริ่มจากเจ้าหน้าที่จะดำเนินการพิจารณาการควบกิจการเป็นกรณีๆ ไป โดยใช้เจ้าหน้าที่จำนวน 3 คน ใช้วิธีการพิจารณากิ่งตุลาการ

สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) จะห้ามการควบกิจการที่เป็นไปได้ว่าจะก่อให้เกิด หรือสร้างอำนาจเหนือตลาด หรือการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด* เว้นแต่ว่าการควบกิจการจะพัฒนาการแข่งขัน เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม หากมีคำสั่งห้ามจากสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) แล้วอาจมีการขออนุญาตควบกิจการเป็นกรณีพิเศษจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจ และเทคโนโลยี (the Federal Ministry of Economics and Technology) ซึ่งจะมิบทบาทเป็นเจ้าหน้าที่การแข่งขันในการพิจารณาว่าการควบกิจการหรือการร่วมมือกันทางการค้าเกิดขึ้นโดยจำเป็น และอยู่บนพื้นฐานอันเป็นผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) หรือเป็นผลประโยชน์กับเศรษฐกิจโดยรวมมากกว่าผลประโยชน์ของบริษัทนั้นๆ หรือไม่ หากรัฐมนตรีฯ พิจารณาแล้วเห็นว่าเกิดผลประโยชน์ที่มีค่ากับเศรษฐกิจโดยรวมจริง รัฐมนตรีฯ สามารถอนุญาตให้มีการควบกิจการนั้นเป็นกรณีพิเศษ เรียกว่า ministerial authorization การพิจารณาว่ามีประโยชน์กับเศรษฐกิจโดยรวมเช่น การคุ้มครองงาน หรือคุ้มครองวัตถุดิบ พลังงาน เพื่อใช้ในการผลิตที่เป็นผลกับเศรษฐกิจโดยรวม ทั้งนี้ เมื่อ 20 ปีที่ผ่านมาการอนุญาตกรณีพิเศษ (ministerial authorization) มีจำนวน 18 คำขอและมีการอนุญาตตามข้อบังคับเป็นจำนวน 6 คำขอ และการควบกิจการนั้นอาจต้องมีการชดเชยส่วนที่เสียประโยชน์ให้กับเศรษฐกิจทั้งหมดในตลาดที่มีการจำกัดการแข่งขัน

ข้อมูลที่ต้องส่งให้แก่สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ในแต่ละเรื่องที่มีการแข่งขันนั้นประกอบด้วยชื่อบริษัท ที่ตั้ง และประเภทของกิจการ รูปแบบของการควบกิจการ จำนวนหุ้นที่ได้มา สัดส่วนของทั้งหมด ส่วนแบ่งตลาด ยอดขาย จำนวนลูกจ้างของบริษัทนั้น ซึ่งข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่จะช่วยในการตัดสินใจว่าการควบกิจการดังกล่าวควรห้ามหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาแต่ละครั้งต้องกระทำโดยปราศจากความลำเอียง ต้องแจ้งก่อนจะมีการควบกิจการเพื่อให้มีการควบคุมการควบกิจการ และยังมีกรณีที่ต้องแจ้งภายหลังจากการควบกิจการเสร็จเรียบร้อยแล้ว ซึ่งในกฎหมายมีกำหนดว่ากรณีที่ต้องแจ้งภายหลังเพราะภายหลังการควบกิจการอาจมีผลกระทบต่อ

* ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (Dominating Market) หมายถึง ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายเดียวไม่ต่ำกว่า 1 ใน 3 หรือผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการไม่เกิน 3 รายไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 หรือผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการไม่เกิน 5 รายไม่ต่ำกว่า 2 ใน 3 อ้างอิงจาก กิตติบดี ไชยกุล, “อุปสรรคบางประการของการควบคุมผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด,” สหภาพนักกฎหมาย : 62.

ตลาดได้ ในขณะที่การตรวจสอบยังดำเนินอยู่จะไม่ยินยอมให้มีการควบกิจการเกิดขึ้น ทั้งนี้การแจ้งการควบกิจการในภายหลังที่ควบกิจการเสร็จเรียบร้อยแล้วก็จำเป็นอย่างยิ่ง เพราะสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) จะได้ตรวจสอบว่าการควบกิจการเสร็จสิ้นหรือยัง และเป็นไปตามที่ได้แจ้งไว้หรือไม่ ถ้าการควบกิจการที่สำเร็จนั้นต่างไปจากรูปแบบที่แจ้งไว้ก่อน การควบกิจการดังกล่าวก็จะถูกห้าม แม้ว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้จะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม

การตรวจสอบว่าการควบกิจการต้องไม่ส่งผลให้บริษัทนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด หรือทำให้มีอำนาจเหนือตลาดเพิ่มมากขึ้น (create or strengthen a dominant position) สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) จะพิจารณาส่วนประกอบที่เกี่ยวข้องในการพิจารณา ดังนี้⁵⁷

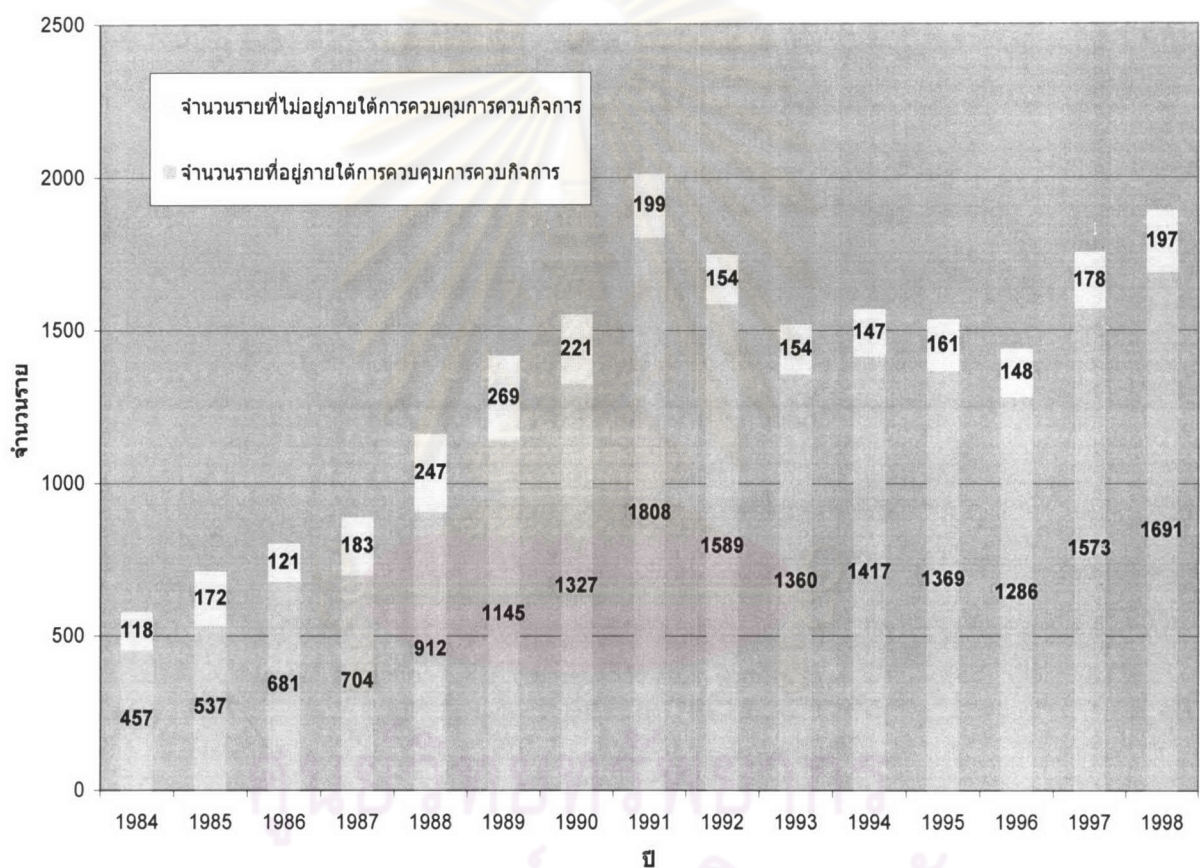
1. ผลกระทบเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง (Effect on Competition in relevant markets)
2. ประเด็นเรื่องผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest Issues) เนื่องจากรัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจ และเทคโนโลยีสามารถพิจารณาอนุญาตการควบกิจการใดๆ ที่สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) มีคำสั่งห้ามการควบกิจการนั้นๆ เป็นกรณีพิเศษได้ (ministerial authorization)
3. การควบกิจการทำให้เกิดความมีประสิทธิภาพขึ้น (Efficiency Gains)
4. การพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นบริษัทที่กำลังจะล้ม (Failing Firms) การควบกิจการอาจได้รับอนุญาตหากบริษัทที่ต้องการควบกันบริษัทใดบริษัทหนึ่งอาจหรือกำลังจะล้มละลาย หรือออกจากตลาด
5. ผลประโยชน์ของผู้บริโภค (Benefits to Consumers) เนื่องจากการส่งเสริมให้มีการแข่งขันที่เสรีเป็นหลักการที่ต้องพิจารณาเป็นอันดับแรกซึ่งการแข่งขันที่เสรีย่อมก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดต่อผู้บริโภค
6. ปัจจัยเกี่ยวข้องอื่นๆ ที่มีลักษณะเฉพาะบางอย่าง (Other Specific Issues) ซึ่งสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ต้องการทราบ และ

⁵⁷ ICN Subgroup Analytical Framework for Merger Review Contribution by the Bundeskartellamt, Germany from www.bundeskartellamt.com

หากบริษัทนั้นๆ สามารถพิสูจน์ได้ว่าการควบกิจการดังกล่าวจะส่งเสริมสภาพของการแข่งขันในตลาด และการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวส่งผลต่อผลประโยชน์สังคมส่วนรวมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากการแข่งขันที่ลดลง

ตารางที่ 3 แสดงพัฒนาการของการแจ้งการควบกิจการในเยอรมัน ช่วงปี 1984-1998

พัฒนาการของการแจ้งการควบกิจการในประเทศเยอรมัน ช่วงปี 1984 - 1998



ที่มา : Which mergers are examined by the Bundeskartellamt? in

www.Bundeskartellamt.com

ระยะเวลาของกระบวนการพิจารณาการควบคุมการควบกิจการ กรณีที่อยู่ภายใต้การควบคุมการควบกิจการของพระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขัน (ARC) นั้น สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) มีเวลา 4 เดือนหลังจากได้รับการบอกกล่าวที่สมบูรณ์เพื่อ

ตรวจสอบการกระทำ นั่นคือ การควบกิจการในระยะเวลาดังกล่าวต้องระงับไว้ก่อน อย่างไรก็ตาม สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ต้องแจ้งบริษัทที่บอกกล่าวภายใน 1 เดือนนับจากได้รับการบอกกล่าว เรียกว่า จดหมาย 1 เดือน (one month letter) เรียกว่า กระบวนการตรวจสอบหลัก กระบวนการตรวจสอบหลักจะเริ่มต้นขึ้นเมื่อหน่วยงานได้รับการบอกกล่าวที่สมบูรณ์จากผู้ประกอบการ การตัดสินใจออกมาในกระบวนการตรวจสอบหลักจะต้องมีการโฆษณาให้สาธารณชนรับทราบด้วย ปัจจุบันนี้มีการเผยแพร่คำตัดสินทางเว็บไซต์ของสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO)

สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ยังมีอำนาจกำหนดค่าปรับ (administrative fines) สูงถึง 1 ล้านเหรียญเยอรมัน สำหรับการละเมิดข้อห้ามในพระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขัน (ARC) และอาจจะกำหนดค่าปรับสูงอีก 3 เท่า สำหรับการดำเนินการอื่น ๆ เกิดขึ้น อันเป็นผลจากการละเมิดพระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขัน (ARC) ตัวอย่างคดีที่มีการพิจารณาห้ามการควบกิจการต่างๆ โดยสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO)⁵⁸ เช่น

1. การควบกิจการของ Liberty Media และ Deutsche Telekom AG ที่เป็นเครือข่ายเคเบิล (cable network) ซึ่งบริษัท Deutsche Telekom AG เป็นบริษัทในเครือของ KDG ซึ่งเป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดที่มีการให้บริการเครือข่ายเคเบิล หากมีการควบกิจการดังกล่าวอาจทำให้บริษัท KDG มีอำนาจเหนือตลาดที่เข้มแข็งมากขึ้นจากการควบกับบริษัท Liberty Media เพราะบริษัท Liberty Media มีบริการลูกค้าอยู่ในตลาดดังกล่าวในประเทศเยอรมันประมาณร้อยละ 60 ซึ่งการควบกิจการดังกล่าวย่อมส่งผลให้อำนาจเหนือตลาดของทั้งสองบริษัทเพิ่มมากขึ้นด้วย

2. การได้มาซึ่งหุ้นส่วนใหญ่ของทั้งสองบริษัทคือ Galsenberg และ Bergemann โดยบริษัท E.ON ซึ่งจะทำให้บริษัท E.ON มีอำนาจเหนือตลาดเพิ่มมากขึ้นในตลาดแก๊ส และไฟฟ้า หลังจากมีคำสั่งห้ามของสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) แล้ว บริษัท E.On

⁵⁸ “Summary of significant cases” in www.bundeskartellamt.com

ได้รับรองขอให้รัฐมนตรีมีคำสั่งอนุญาตเป็นกรณีพิเศษ (ministerial authorization) ซึ่งขณะนี้เรื่องดังกล่าวยังคงค้างอยู่ในการพิจารณา

3. การได้มาซึ่งหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท Andreae Noris Zahn AG, Frankfurt/Main ซึ่งมียอดขายในประเทศประมาณ 4.9 พันล้านเหรียญเยอรมัน เป็นผู้ขายส่งยาอันดับ 3 ของตลาด โดยบริษัท Sanacorp e.G. Pharmazeutische GroBhandlung, Pleneegg ซึ่งมียอดขายในประเทศประมาณ 3.89 พันล้านเหรียญเยอรมัน และเป็นผู้ขายส่งยาอันดับ 4 ของตลาด สำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) พิจารณาว่าการควบกิจการดังกล่าวจะส่งผลให้บริษัทต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบกิจการได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นภาคการขายส่งเภสัชกรรมในฝั่งตะวันตกของประเทศ และ Mecklenburg-Western Pomerania ซึ่งในปัจจุบันนี้ ภาคการขายส่งเภสัชกรรมมีลักษณะโครงสร้างตลาดที่เล็กมากมีเพียง 4 บริษัทที่ดำเนินกิจการอยู่ทั้งในระดับประเทศ และระหว่างประเทศ ดังนั้น การควบกิจการระหว่างบริษัทอันดับ 3 และอันดับ 4 ของตลาดทำให้บริษัทดังกล่าวกลายเป็นผู้นำในตลาดประเภทนี้ซึ่งย่อมส่งผลให้มีการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นอย่างมากในระดับประเทศ

3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบกิจการในประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศหนึ่งที่มีการบัญญัตินโยบายการแข่งขันเพื่อการควบคุมการดำเนินธุรกิจในประเทศ ได้บัญญัติกฎหมายการป้องกันการผูกขาด (the Antimonopoly Act : AMA) ตั้งแต่วันที่ 20 มิถุนายน 1947 มาเป็นเวลากว่า 50 ปีแล้ว ทั้งนี้ช่วงระยะเวลาก่อน และระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 เศรษฐกิจของญี่ปุ่นถูกครอบงำด้วยธุรกิจครอบครัวขนาดใหญ่ หรือการร่วมมือกันทางอุตสาหกรรม (Zaibatsu) ดังนั้นภายหลังจากสงครามสิ้นสุดลง สหรัฐอเมริกามีอำนาจในการยึดครอง และควบคุมดูแลประเทศญี่ปุ่นในฐานะประเทศที่แพ้สงครามจึงเริ่มดำเนินการต่างๆ เพื่อสนับสนุนให้มีการกระจายอำนาจบริหารออกจากส่วนกลาง และลดการผูกขาดกิจการของอุตสาหกรรมในญี่ปุ่นซึ่งเป็นการป้องกันการสนับสนุนกองกำลังทหารโดยกลุ่มธุรกิจต่างๆ ในประเทศ

3.1 นโยบาย และแนวทางในการควบคุมการควบกิจการ

หากมองย้อนกลับไปในอดีตหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ท่ามกลางประเทศอุตสาหกรรมทั้งหลาย รัฐบาลญี่ปุ่นได้เริ่มกำหนดนโยบายการแข่งขันซึ่งมีการพัฒนาให้เหมาะสมกับสภาพการแข่งขันที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา โดยญี่ปุ่นได้ร่วมมือกันกับองค์กรความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (the Organization for Economic Cooperation and Development : OECD) และเริ่มมีการกำหนดมาตรการที่ช่วยส่งเสริมการเปิดเสรีทางการค้าและการเงิน ช่วงปี 1970 – 1980 นโยบายการแข่งขันของญี่ปุ่นเริ่มมีความน่าสนใจ แต่นโยบายดังกล่าวไม่ค่อยมีส่วนร่วมกับการพัฒนาในภูมิภาคเดียวกันเท่าใดนัก ซึ่งแตกต่างจากนโยบายการแข่งขันช่วงปี 1950 – 1973 สาเหตุอาจเป็นเพราะว่าในระยะเริ่มแรก ญี่ปุ่นมีลักษณะไม่ต่างจากประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ ในภูมิภาคเดียวกัน เนื่องจากการลงทุนและการพัฒนาเศรษฐกิจในระดับต่ำ การลงทุนในช่วงเวลาดังกล่าวยังไม่ค่อยมีความแน่นอน อย่างไรก็ตามปัจจุบันนี้ญี่ปุ่นได้พัฒนาเศรษฐกิจระดับชาติให้ก้าวทันทัดเทียมกับประเทศตะวันตกอื่นๆ การแข่งขันที่เปลี่ยนแปลงไปตามกระแสเศรษฐกิจของโลกทำให้ผู้ประกอบการหน้าใหม่ เช่น Sony หรือ Toyota Motor และ Honda Motor ที่มีศักยภาพเพียงพอที่จะสามารถพัฒนา และกระตุ้นการประดิษฐ์คิดค้นได้อย่างรวดเร็วในหลายๆ สาขาที่เกี่ยวข้อง

นโยบายการแข่งขันก่อนปี 1990 นั้นเป็นนโยบายการแข่งขันที่เป็นรองและต้องพึ่งพากฎข้อบังคับอื่นๆ ของประเทศ การดำเนินงานของนโยบายอุตสาหกรรม โดยวิธีการควบคุม และให้แนวทางในการลงทุน และเปิดโอกาสให้มีการร่วมมือกันทางธุรกิจ (Cartels) ปฏิเสธหลักการของนโยบายการแข่งขัน ต่อมารัฐบาลต้องการจะพัฒนาประเทศตามแนวทางประเทศอุตสาหกรรมอื่นๆ ที่เป็นชาติตะวันตก รัฐบาลจึงเปลี่ยนแปลงนโยบายใหม่โดยการขายกิจการให้เอกชนเข้ามาดำเนินการ และรัฐบาลลดบทบาทมาเป็นผู้ให้การช่วยเหลือให้คำแนะนำ ตลอดจนออกกฎหมายมาคุ้มครองการดำเนินกิจการในรูปการร่วมมือกันทางธุรกิจอีก จึงทำให้ช่วงนั้นกิจการของญี่ปุ่นมีแต่การร่วมมือกันของกลุ่มธุรกิจเพียงไม่กี่กลุ่มที่มีบทบาทสำคัญ หลังญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 จึงทำให้ฝ่ายพันธมิตร โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาต้องการลดความแข็งแกร่งทางการทหารด้วยการทำลายอำนาจของกลุ่มเศรษฐกิจต่างๆ และเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจเป็นแบบเสรีนิยม

เมื่อเศรษฐกิจของญี่ปุ่นเป็นแบบเสรีนิยม ผู้ประกอบการมีการแข่งขันเสรีกว่าในอดีต และตั้งแต่ปี 1990 เป็นต้นมา พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) ของประเทศญี่ปุ่น

ซึ่งร่างขึ้นโดยใช้แนวทางการควบคุมโครงสร้าง (Structural Control) เหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกา มีความแข็งแกร่งอย่างมาก การบังคับใช้มีการปรับปรุงให้ดีขึ้น หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อดูแล บังคับให้กิจการในประเทศเป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) คือ คณะกรรมการกลางทางการค้า (the Japanese Fair Trade Commission : JFTC) เหมือนกันกับที่สหรัฐอเมริกา มีหน่วยงานคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ในช่วงเวลา 10 ปีที่ผ่านมาหน่วยงานดังกล่าวมีอำนาจพิจารณาแบบกึ่งตุลาการ และกึ่งนิติบัญญัติ มีหลักประกันตามกฎหมายให้อิสระในการพิจารณา และสร้างความชัดเจนในตัวเองครั้งมากขึ้น

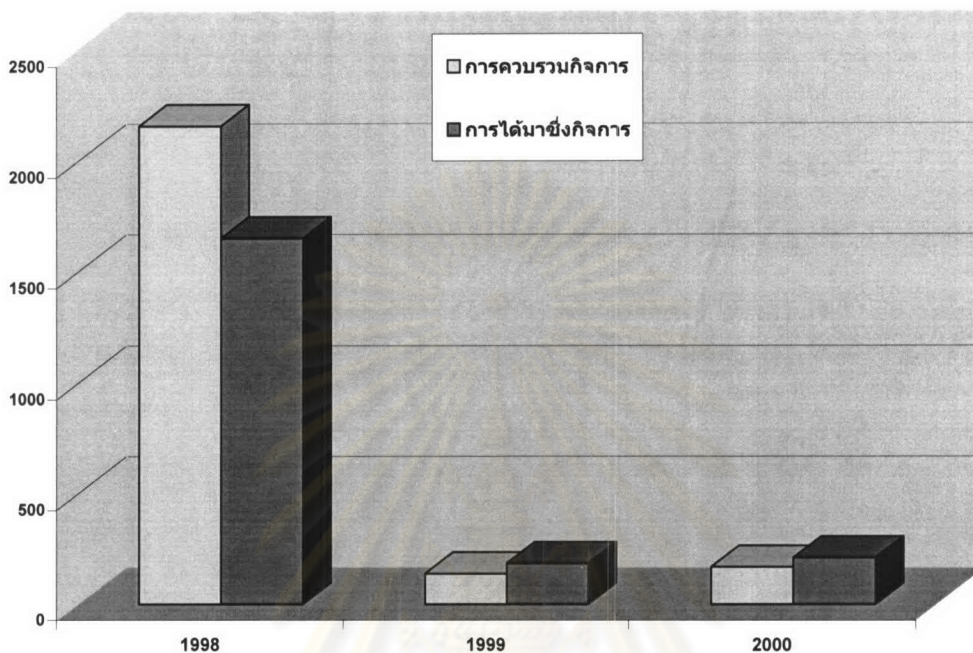
เพื่อขัดขวางกิจกรรมใดๆ ซึ่งถือว่าทำให้มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรม การพิจารณาว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากรุนแรง ศาล Tokyo High Court ได้กำหนดถึงกรณีที่มีการแข่งขันโดยตัวของมันเองลดน้อยลง และเป็นผลให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใด หรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดอยู่ในฐานะที่สามารถควบคุมตลาดโดยอิสระ มีการควบคุมราคา คุณภาพหรือปริมาณของสินค้าอื่นๆ การจำกัดการแข่งขันอย่างมากรุนแรงไม่จำกัดเฉพาะการสร้างอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น แต่รวมถึงการใช้อำนาจเหนือตลาดดังกล่าวด้วย⁹ ดังนั้นคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) มีการบังคับโทษปรับให้รุนแรงขึ้น คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จึงได้ประกาศนโยบายทั้งหลายอย่างเป็นทางการเพื่อมาบังคับใช้ตามแนวทางปฏิบัติเพื่อทำให้ นโยบายการแข่งขันทางการค้าเกิดเป็นรูปธรรม และมีประสิทธิภาพในธุรกิจที่แตกต่างกัน

ปัจจุบันนั้นการควบกิจการ และการได้มาซึ่งกิจการใดๆ ต้องแจ้งให้คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ทราบก่อนที่จะมีการควบกิจการ จากหลักเกณฑ์ที่กำหนดนั้น คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ได้รับแจ้งเอกชนตามตารางข้างท้ายนี้

⁹ สุธีร์ สุกนิษฐ์, “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้า และธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น,”วารสารนิติศาสตร์ 14 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2527): 204.

ตารางที่ 4 แสดงการแจ้งการควบกิจการ และการได้มาซึ่งกิจการในญี่ปุ่น

จำนวนการแจ้งของการควบกิจการและการได้มาซึ่งกิจการ (ราย)



ที่มา : numbers of cases' notification on Mergers and Acquisitions in www.jftc.notifications.html.

เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1990 คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ประกาศว่าจะมีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาต่อคดีที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดซ้ำ และคดีต่างๆ ที่ละเมิดหรือฝ่าฝืนข้อกำหนดพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) อย่างร้ายแรง เช่น การตกลงร่วมกันกำหนดราคา การร่วมกันในการประมุขราคา ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อดำรงชีวิตของประชาชน นอกจากนี้คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) และสำนักงานอัยการสูงสุดของญี่ปุ่น (Tokyo High Prosecutors Office) จัดการประชุมสำหรับการร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องขึ้นอย่างต่อเนื่องเพื่อทำให้เกิดความสะดวกต่อการใช้ระบบการกล่าวหาในคดีอาญา (the criminal accusation) ต่อการละเมิดพระราชบัญญัติดังกล่าว และคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ได้สร้างความชัดเจนกับโทษปรับในคดีอาญาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ นอกจากนี้คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ยังตั้งทีมเฉพาะกิจ (Task Force) ขึ้นมาเมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 1996 เพื่อรวบรวมข้อมูลสำหรับการจำกัดการนำเข้าซึ่งอาจฝ่าฝืนพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) และอาจทำให้เกิดความแตกต่างด้านราคาระหว่างตลาดภายใน และภายนอกประเทศ

นอกจากนี้การปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (unfair business practice) ยังเป็นอีกเรื่องทีคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ให้ความสนใจเพราะพฤติกรรมที่เข้าข่ายการปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (unfair business practice) มีอยู่มากมาย อาทิ การร่วมกันลดราคาขายสินค้าเพื่อจำกัดคู่แข่งในตลาด ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือเป็นการฝ่าฝืนละเมิดต่อพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA)

3.2 บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการควบคุมการควบกิจการ

พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) ฉบับนี้เกิดขึ้นเมื่อ the General Headquarters of the Allied Powers (GHQ) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่สร้างนโยบายความเป็นประชาธิปไตยในทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจเข้าสู่ญี่ปุ่น เรียกร้องให้รัฐบาลญี่ปุ่นบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้นในเดือนพฤศจิกายน 1945 เพื่อวางแผนกำหนดกฎเกณฑ์ คำสั่งที่เป็นมาตรฐานเกี่ยวกับเศรษฐกิจของญี่ปุ่นในลักษณะที่เป็นข้อกำหนดที่ถาวร ไม่ใช่เป็นคำสั่งชั่วคราว เหมือนกับการแก้ปัญหาเศรษฐกิจแบบ Zaibatsu ซึ่งเป็นการกำหนดขึ้นมาชั่วคราว และการล้มเลิกกฎหมายควบคุมทางเศรษฐกิจ และสมาคม ภายหลังจากการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้แล้วมีปัญหาเกี่ยวกับข้อกำหนดที่ซับซ้อน และมีวัตถุประสงค์ที่ละเอียดทำให้ต้องมีการจัดประชุม อภิปราย เพื่อประชุมหารือสำหรับการหาทางแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่เข้าใจเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) เพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ในจุดประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับนี้⁶⁰

ตั้งแต่ปี 1953 - 1990 รัฐบาลได้ทบทวน และแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) หลายต่อหลายครั้งโดยมีการผ่อนปรนข้อห้ามที่เข้มงวดในกฎหมายเดิม โดยเฉพาะมาตรา 8 มีการแก้ไขให้เข้ากับหลักเศรษฐกิจ ข้อกำหนดของการควบรวมกิจการ และการได้มาซึ่งกิจการผ่อนผันเพื่อให้กิจกรรมทางธุรกิจมีความคล่องตัว จึงมีการบัญญัติห้ามเฉพาะกิจกรรมที่มีแนวโน้มจำกัดการแข่งขันอย่างสูง และเพื่อสร้างความเข้มแข็งให้กฎเกณฑ์ และการบังคับใช้ให้เกิดผลดีกว่าที่ผ่านมา

⁶⁰ “Competition Policy and Government Intervention”, WASHINGTON UNIVERSITY GLOBAL STUDIES REVIEW in www.law.wnsl.edu/publications/wugslr.pdf

หัวใจหลักของนโยบายการแข่งขันของญี่ปุ่น คือ พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) ซึ่งอิงตามแม่แบบของกฎหมายการป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา คือ เพื่อสนับสนุนการแข่งขันที่เสรี และเป็นธรรม เพื่อกระตุ้นการริเริ่มที่สร้างสรรค์ของบรรดาผู้ประกอบการ เพื่อสนับสนุนส่งเสริมกิจกรรมทางธุรกิจของบริษัทต่างๆ เพื่อให้ระดับการจ้างงาน และรายได้ที่แท้จริงของประชาชนสูงขึ้น และสนับสนุนการพัฒนาของเศรษฐกิจระดับประเทศให้เกิดประโยชน์ และให้ความเชื่อมั่นกับผลประโยชน์ของผู้บริโภค

พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) กำหนดเงื่อนไขที่หลากหลายเพื่อการไม่ให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันอันเกิดจากการควบกิจการ หรือการได้มาซึ่งกิจการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันโครงสร้างตลาดที่อาจมีการเปลี่ยนแปลง และไม่ให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ในประเทศญี่ปุ่น การทดสอบว่าการควบกิจการนั้นจะส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือการรวมธุรกิจที่ใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรม ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่อไปนี้⁶¹

- ส่วนแบ่งตลาดที่รวมกันแล้วของกลุ่มสัญญา โดยส่วนแบ่งตลาดที่น้อยกว่าร้อยละ 10 จะไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมาก
- ลำดับของกลุ่มสัญญานั้นในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- สภาพของตลาด
- จำนวนของกลุ่มแข่งขัน

รัฐบาลญี่ปุ่นได้พัฒนาระบบให้บุคคลที่ได้รับผลจากการปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (unfair business practice) สามารถฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายที่ตนเองได้รับจากการกระทำดังกล่าว โดยการร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งห้ามใดๆ ต่อกิจการที่กระทำละเมิดพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) ในพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) กำหนดข้อกำหนดที่ไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

⁶¹ “Other factors for consideration on Mergers and Acquisitions” in www.global.practicallaw.com

มาตรา 1* การห้ามการผูกขาดทางการค้าของภาคเอกชน การจำกัดเสรีภาพทางการค้าอย่างเด็ดขาด การปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม และการปกป้องการกระจุกตัวที่อาจมีมากเกินไปในตลาด และอาจกลายเป็นอำนาจทางเศรษฐกิจ การยับยั้งไม่ให้มีการประกอบธุรกิจที่มีลักษณะคล้ายๆ กัน ไม่ว่าจะเป็นทางการค้า เทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ต่างๆ อย่างเด็ดขาด รวมถึงการจำกัดกิจกรรมทางธุรกิจที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมโดยผ่านวิธีการต่างๆ เช่นการรวมกิจการ หรือข้อตกลงอื่นใดก็ตามข้อกำหนดในมาตรานี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อสนับสนุนให้การแข่งขันเป็นไปอย่างเสรี ก่อให้เกิดความหลากหลายกับธุรกิจในตลาด และกระตุ้นการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการ รวมทั้งทำให้ประชาชนมีการจ้างงานมากขึ้น โดยยึดหลักผลประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นหลัก รวมถึงการเพิ่มอัตราการจ้างงานให้แก่ประชาชนทำให้มีรายได้อีกมากขึ้น

สวัสดิการของผู้บริโภค (Consumer Welfare) ถือว่าเป็นประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งที่ควรจะต้องถือเป็นสิ่งสำคัญอันดับแรกก็ว่าได้ เพราะ มาตรา 1 มีการกำหนดเกี่ยวกับผลประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นหลัก และต้องมีการพัฒนาเศรษฐกิจระดับชาติ แม้ว่าตามกฎหมายฉบับนี้จะไม่ได้อำหนดให้สวัสดิการของผู้บริโภคเป็นวัตถุประสงค์หลักก็ตาม แต่ผลที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติก็มีผลโดยตรงในการเพิ่มสวัสดิการของผู้บริโภคในเศรษฐกิจระดับชาติซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากในประเทศญี่ปุ่น และมีการวางหลักควบคุมไว้ใน มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติป้องกันการค้าผูกขาด (AMA) กำหนดเงื่อนไขควบคุมเพื่อป้องกันมิให้มีการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจมากเกินไปเพื่อให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างแท้จริง ไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

* มาตรา 1 ของพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดบัญญัติว่า “This Act, by prohibiting private monopolization, unreasonable restraint of trade and unfair trade practices, by preventing excessive concentration of economic power and by eliminating unreasonable restraint of production, sale, price, technology and the like, and all other unjust restraint of business activities through combinations, agreements and otherwise, aims to promote free and fair competition, to stimulate the creative initiative of entrepreneurs, to encourage business activities of enterprises, to heighten the level of employment and people’s real income, and thereby to promote the democratic and wholesome development of the national economy as well as to assure the interests of consumers in general.”

แต่แรกนั้น พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) บังคับใช้อย่างเข้มงวด ข้อ กำหนดของการป้องกันการผูกขาดที่ทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง เป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ใน มาตรา 8 ใช้หลักการควบคุมโครงสร้าง (Structural Control) เพื่อห้ามอำนาจธุรกิจที่ไม่ก่อให้เกิดความสมดุล อุตสาหกรรมที่ผู้ ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าจุดที่กำหนดไว้ (Threshold) อาจถูกพิจารณาว่าเป็นอำนาจทาง ธุรกิจที่ไม่เท่าเทียมกันทันที

และใน มาตรา 9 ได้กำหนดวิธีป้องกันเกี่ยวกับการกระจุกตัวของอำนาจในการควบคุมธุรกิจในตลาดที่อาจมีมากเกินไป เพราะมาตรานี้กำหนดห้ามการจัดตั้งบริษัทขนาดใหญ่ที่ถือหุ้น ส่วนใหญ่ของบริษัทในเครือ หรือบริษัทอื่นใดที่จะทำให้บริษัทที่ถือหุ้นกลายมาเป็นเพียงผู้ควบคุม การบริหารธุรกิจส่วนใหญ่ (Holding Company) เพื่อไม่ให้มีการกระจุกตัวของอำนาจตลาดของกิจการใดกิจการหนึ่ง หรือให้อำนาจการควบคุมตลาดอยู่ในมือบุคคลเพียงไม่กี่กลุ่ม ซึ่งมีการกำหนด ความหมายของบริษัทขนาดใหญ่ไว้ หมายถึง บริษัทที่มีทุนจดทะเบียนตั้งแต่ 10 พันล้านเยนขึ้นไป หรือมีมูลค่าสุทธิของกิจการตั้งแต่ 30 พันล้านเยนขึ้นไป โดยห้ามถือหุ้นในบริษัทอื่นที่มีทุนจดทะเบียน หรือมูลค่าสุทธิของกิจการของบริษัทที่มากกว่า

นอกจากนี้ ใน มาตรา 10 (1)⁶² ยังมีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการห้ามถือหุ้นของ สถาบันการเงิน (ธนาคาร บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทประกันภัย) เกินกว่าร้อยละ 5 ของหุ้นสามัญของ บริษัทใดๆ เพราะอาจทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

การบังคับใช้พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA)⁶³ วางหลักเกณฑ์ระเบียบ ปฏิบัติทางกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะ การกระทำของธุรกิจทั้งหลายที่ป้องกันการกระทำใดๆ ในตลาด ที่ส่งผลกระทบต่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธี

⁶² H. Iyori and A. Uesugi. The Antimonopoly Laws and Policies of Japan. Federal Legal Publications, Inc., new York p. 172.

⁶³ AKINORI YAMADA “Recent Development of Competition Law and Policy in Japan” in www.jftc.com

การที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน มี 3 กรณีหลักๆ ได้แก่⁶⁴ เพื่อป้องกันการกระทำใดๆ ในตลาดที่ส่งผลกระทบต่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ดังนี้

1. ห้ามการจำกัดทางการค้าโดยไม่สมควร (unreasonable restraints of trade) เช่น ห้ามการดำเนินการของกิจการที่มีอยู่เดิมในตลาดที่เป็นการสร้างข้อจำกัดหรือกีดกันการเข้ามาแข่งขันในตลาดของผู้ผลิตรายใหม่อย่างไม่สมควร หรือกิจกรรมใดๆ ที่ตกลงร่วมกันซึ่งจะนำไปสู่การจำกัดการเข้ามาในตลาด หรือการปฏิบัติร่วมกันของผู้ประกอบการเพื่อกำหนดราคา จำกัดจำนวนการผลิตที่เป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และจำกัดการแข่งขันอย่างมากในการค้าแขนงใดๆ โดยเฉพาะ (Cartel) การชักจูงลูกค้าโดยวิธีการที่หลอกลวง การขายพ่วง (Tying Agreement)
2. ห้ามพฤติกรรมที่เป็นการผูกขาดกิจการโดยวิธีการต่างๆ โดยเอกชน (Private Monopolization) ซึ่งมีการกำหนดไว้ใน มาตรา 3* ของพระราชบัญญัติต่อต้านการผูกขาด (AMA) ว่า ห้ามมิให้ผู้ประกอบการผู้ใด ก่อให้เกิดการผูกขาดเอกชน** หรือการจำกัดการค้าโดยไม่สมควร เช่นการควบรวมกิจการ (Mergers), การถือหุ้นไขว้ (Cross – shareholding) ระหว่างบริษัท, การใช้คณะกรรมการร่วมนโยบายประกอบด้วยคณะกรรมการบริหารเป็นชุดเดียวกัน (Interlocking directorship) พฤติกรรมซึ่งอาจเป็นการจำกัดการแข่งขันเสรี เช่น การปฏิเสธการเข้าร่วมทำธุรกิจ การแบ่งแยกเรื่องกำหนดราคา การขาย

⁶⁴ วราภา วรพิชโยทัย, “นโยบายการแข่งขันภายในกรอบองค์การการค้าโลก : ศึกษากรณี คดี ฟุจิ-โกดัก,” หน้า 71.

* มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดบัญญัติว่า “No entrepreneur shall effect private monopolization or unreasonable restraint of trade.”

** การผูกขาดเอกชนกำหนดไว้ในมาตรา 2 (5) ประกอบด้วยการกระทำที่เป็นการขจัด หรือควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่นๆ และเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในการค้าแขนงใดแขนงหนึ่งโดยเฉพาะ

สินค้าในราคาที่ต่ำกว่าปกติ การจำกัดราคาขายปลีกที่กำหนดโดยผู้ผลิต และตกลงกันห้ามผู้ขายปลีกรายอื่นๆ ขายสินค้าต่ำกว่าราคาดังกล่าว

3. ห้ามการปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (unfair business practice) มีการกำหนดไว้ใน มาตรา 19* ว่าห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการประกอบธุรกิจมีลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม เช่น การกำหนดราคาอย่างไม่เหมาะสม การเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการรายอื่นอย่างไม่ยุติธรรม การชักจูงหรือบีบบังคับลูกค้าของคู่แข่งให้มาค้าขายกับตนอย่างไม่เป็นธรรม พฤติกรรมทางธุรกิจที่ร่วมกันกำหนดเงื่อนไข หรือลดการแข่งขันโดยการทำให้คู่แข่งออกจากตลาดอย่างไม่เป็นธรรม การดำเนินธุรกิจร่วมกันกับผู้อื่นโดยใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าบังคับอย่างไม่เป็นธรรมโดยการรับนโยบายที่เป็นผลประโยชน์กับเพียงไม่กี่บริษัท เป็นพฤติกรรมของบริษัทใหญ่ๆ ที่สามารถกำหนดความต้องการสินค้าได้โดยใช้สภาวะการต่อรองที่มีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการจำกัดราคาขายปลีกที่กำหนดโดยผู้ผลิต และตกลงกันห้ามผู้ขายปลีกรายอื่นๆ การขายสินค้าในราคาต่ำกว่าราคาปกติทั่วไป

พฤติกรรมดังกล่าวข้างต้นเป็นการลดปริมาณการแข่งขันในตลาดของประเทศญี่ปุ่น และถือว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการป้องกันการผูกขาด (AMA) ต้องมีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน โดยข้อกำหนดเหล่านี้บังคับใช้ทั้งกับบริษัทของญี่ปุ่น และบริษัทต่างชาติ กฎหมายนี้ถือได้ว่าเป็นการควบคุมการควบกิจการในลักษณะเป็นมาตรการป้องกัน (preventive measure) ไม่ให้มีการผูกขาดโดยเอกชน

พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) มีการกำหนดมาตรการควบคุมการควบกิจการไว้ดังนี้

* มาตรา 19 ของพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดบัญญัติว่า “No entrepreneur shall employ unfair trade practices.”

มาตรา 15 (1) ห้ามบริษัทใดบริษัทหนึ่งที่จะเข้าควบกิจการกับบริษัทอื่น หากการควบกิจการนั้นจะทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันให้เกิดการควบกิจการ เช่น การรวมกิจการของบริษัทที่ตั้งใจให้บริษัทคู่แข่งต้องยอมแพ้ และยอมตามเงื่อนไขของบริษัท การรวมกิจการแยกเป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก บริษัทใดบริษัทหนึ่งได้มาซึ่งสินทรัพย์ และความรับผิดชอบทั้งหมดของอีกบริษัทหนึ่ง ซึ่งการควบกิจการแบบนี้มีผลประโยชน์ทางภาษีของสินทรัพย์ที่ได้มา ในปี 1990 มีการแจ้งควบกิจการแบบนี้ทั้งสิ้น 1,750⁶⁵

ประเภทที่สอง บริษัททั้งสองแห่งมารวมกันทั้งสินทรัพย์ และหนี้สินแล้วตั้งเป็นบริษัทใหม่ขึ้นมา โดยบริษัททั้งสองเดิมนั้นหมดความเป็นบริษัทไป

คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ทบทวนมาตรฐานภายในสำหรับการพิจารณาการควบกิจการ และการโอนธุรกิจ และในวันที่ 15 กรกฎาคม 1980⁶⁶ ได้ประกาศแนวทางการควบกิจการที่มีการครอบคลุมถึงการโอนธุรกิจด้วย ซึ่งจะพิจารณาเป็นกรณีพิเศษที่ต้องตรวจสอบอย่างใกล้ชิด เพราะการควบกิจการ และการโอนธุรกิจส่วนใหญ่ของญี่ปุ่น โดยกิจการอยู่ภายใต้การหลักเกณฑ์ที่ต้องแจ้งให้ทราบ คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จึงต้องเลือกพิจารณาการควบกิจการของกิจการบางอย่างเป็นกรณีพิเศษ ดังนั้น มาตรา 15 ยังปรับใช้โดยอนุโลม (mutatis mutandis) กับการโอนสินทรัพย์ทั้ง 5 ชนิด ดังนี้*

⁶⁵ H. Iyori and A. Uesugi. *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*. Federal Legal Publications, Inc., new York p.165.

⁶⁶ *Ibid*, p. 169.

* มาตรา 15 ของพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดบังคับใช้โดยอนุโลมกับกรณี ดังนี้

- “1. Acquiring the whole or a substantial part of the business in Japan of another company;
2. Acquiring the whole or a substantial part of the fixed assets in Japan of another company;
3. Taking on the lease of the whole or a substantial part of the business in Japan of another company;

1. การได้มาซึ่งกิจการทั้งหมด หรือบางส่วนที่เป็นส่วนสำคัญของธุรกิจอื่น ๆ ในประเทศญี่ปุ่น เป็นการโอนสิทธิ์ที่สำคัญที่สุดในญี่ปุ่น
2. การได้มาซึ่งกิจการทั้งหมด หรือบางส่วนที่เป็นส่วนสำคัญของสินทรัพย์หมุนเวียนที่เปลี่ยนเป็นเงินสดได้ เช่น โรงงาน, อาคาร ของบริษัทอื่น
3. การให้เช่าไม่ว่าจะเป็นทั้งหมด หรือบางส่วนที่สำคัญของธุรกิจของบริษัทอื่น ๆ
4. การทำสัญญาบริหารจัดการไม่ว่าจะเป็นทั้งหมด หรือบางส่วนที่สำคัญของธุรกิจของบริษัทอื่น ๆ
5. การเข้าทำสัญญาเพื่อหากำไรร่วม และบัญชีขาดทุนสำหรับธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น *

พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) ใน มาตรา 15 (2) นั้น กำหนดให้บริษัทต้องทำคำร้องขอรวมกิจการให้คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) พิจารณาก่อน โดยมีการกำหนดเงื่อนไขที่ไว้ ดังนี้

- บริษัทที่ต้องการจะควบกิจการกันต้องบอกกล่าวแก่คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ก่อนที่จะควบกิจการกัน หากว่าบริษัทที่ต้องการควบกิจการมีสินทรัพย์โดยรวมทั้งหมดมากกว่า 10,000 ล้านบาท และอีกกิจการหนึ่งที่ต้องการควบนั้นมีสินทรัพย์ทั้งหมดรวมมีมูลค่ามากกว่า 1,000 ล้านบาท
- ในกรณีที่เป็นการควบกิจการของบริษัทต่างชาติต้องแจ้งล่วงหน้า ถ้าหากว่าบริษัทที่ต้องการควบกิจการมียอดขายภายในประเทศมากกว่า 10,000 ล้านบาท และอีกบริษัทหนึ่ง

-
4. Undertaking a management agreement of the whole or a substantial part of the business in Japan of another company;
 5. Entering into a contract that provides for a joint profit and loss account for business in Japan of another company.”

* ทั้งนี้ การโอนสิทธิ์ประเภท 3. – 5. เป็นการโอนสิทธิ์ที่พบไม่บ่อยนัก

เป็นบริษัทต่างชาติที่มีบริษัทในเครือ หรือบริษัทที่เป็นสำนักงานในญี่ปุ่นที่จะควมมียอดขายภายในประเทศมากกว่า 1,000 ล้านบาท

ข้อกำหนดในพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) ฉบับนี้ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการจำกัดการควบกิจการไว้อย่างหลากหลาย เพื่อปกป้องให้โครงสร้างของตลาดมีการแข่งขันทางการค้าอย่างแท้จริง การควบกิจการถูกห้ามกระทำ หากการกระทำดังกล่าวสามารถก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ในพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) ได้กำหนดของกระบวนการตรวจสอบการดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบกิจการจะถูกระงับไว้ โดยในช่วงระยะเวลา 30 วัน นับแต่การแจ้ง และคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ต้องใช้มาตรการดังกล่าวภายในระยะเวลาซึ่งถือได้ว่าเป็นระยะเวลาที่สำคัญ หากเกิดกรณีที่คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ต้องการขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ประกอบการที่ถูกตรวจสอบ กรณีนี้ถือว่าระยะเวลา 30 วันดังกล่าวข้างต้นจะถูกขยาย นับจากวันที่ข้อมูลที่ถูกร้องขอได้ส่งมอบให้เจ้าหน้าที่เรียบร้อยแล้วเป็นระยะเวลาเพิ่มขึ้นอีก 90 วัน และถ้าคณะกรรมการกลางทางการค้าพิจารณา และตัดสินใจข้อเสนอการควบกิจการดังกล่าวเป็นการละเมิดข้อห้าม การควบกิจการดังกล่าวต้องเป็นอันเลิกไป

การได้มาซึ่งกิจการของบริษัทต่างๆ ยกเว้นสถาบันการเงินนั้น ต้องมีการยื่นรายงานให้แก่คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ทราบตลอดเวลาของการถือหุ้นที่ออกโดยบริษัทดังกล่าว หากหุ้นมีการถือครองจนถึงจำนวนร้อยละ 10 หรือ 25 หรือ 50 แล้วแต่กรณีฯ ไป ซึ่งจำนวนดังกล่าวถือเป็นเงื่อนไขที่ต้องแจ้งให้คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ทราบ และต้องแจ้งให้ทราบภายใน 30 วันของระยะเวลาที่มีการเริ่มถือหุ้น

ข้อกำหนดนี้ใช้บังคับกับการควบกิจการของบริษัทที่ไม่ได้เกิดขึ้นในญี่ปุ่น แม้ว่า การควบกิจการจะเกิดขึ้นนอกประเทศ แต่อาจจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจในประเทศได้ และเพื่อปกป้องการแข่งขันในตลาดของญี่ปุ่นจึงทำให้แผนการปรับปรุงแก้ไขของพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) สามารถปรับใช้กับการกระทำของตลาดตามที่กล่าวข้างต้นได้

3.3 การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการควบกิจการ

การบังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้มีจุดประสงค์เพื่อให้การแข่งขันทางการค้าต้องเป็นการแข่งขันที่ยุติธรรม เสรี และมีประสิทธิภาพ (Fair Free and Efficiency) โดยต้องไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์หลักของของพระราชบัญญัติฉบับนี้ และต้องช่วยกระตุ้นให้มีการริเริ่มในการประกอบธุรกิจ เพื่อให้รายได้ที่แท้จริงของประชาชน และระดับการจ้างงานสูงยิ่งขึ้น ถือเป็น การอธิบายความสำคัญของนโยบายการแข่งขันทางการค้าภายใต้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว และการปฏิบัติได้ตามวัตถุประสงค์หลักก็จะส่งผลให้วัตถุประสงค์ที่รองลงมาได้รับการปฏิบัติตามไปด้วย

พระราชบัญญัตินี้ต้องพิจารณาตามผลกระทบทางเศรษฐกิจจึงมีการระบุเงื่อนไขข้อกำหนดต่างๆ ที่จะเป็นการส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเสรี และสามารถปฏิบัติให้เป็นไปอย่างสอดคล้องกับนโยบายการแข่งขันทางการค้า โดยจะไม่มีข้อกำหนดข้อใดข้อหนึ่งที่จะกำหนดให้เข้าไปในทางที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของการแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้ หลักสำคัญของแนวความคิดเรื่องการควบกิจการ คือ ความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) การควบกิจการอาจเกิดความมีประสิทธิภาพ เกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภคไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มขึ้นของรายได้ที่แท้จริงของประชาชน การจ้างงานที่เพิ่มมากขึ้น เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นหลักประสิทธิภาพที่ได้รับการคาดหวังว่าหากปฏิบัติได้ตามที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนด ผลที่ได้คือความมีประสิทธิภาพแก่ตลาด และผู้บริโภคในสังคม แต่ในขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกับโครงสร้างตลาด และสถานการณ์การแข่งขันอาจเกิดการจำกัดการแข่งขันได้ เพราะการควบกิจการอาจส่งเสริมให้มีการเพิ่มขึ้นของอำนาจตลาดของบริษัทที่มีการควบกิจการกัน ถ้าการแข่งขันในตลาดที่มีอยู่กลายเป็นว่ามีการจำกัดการแข่งขันอันเป็นผลมาจากการควบกิจการ ผลประโยชน์จากการปรับปรุงประสิทธิภาพย่อมไม่ผ่านไปถึงมือผู้บริโภคทำให้ต้องมีการพิจารณาแบ่งแยกให้ชัดเจนระหว่างการปรับปรุงความมีประสิทธิภาพในบริษัทที่มีการควบกิจการกับการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งเป็นนโยบายการแข่งขัน โดยต้องมีการวิเคราะห์การควบกิจการว่าก่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพในกิจการนั้นๆ จริงหรือไม่ ต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่าความมีประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นในกิจการดังกล่าวจะผ่านไปยังผู้บริโภคไม่ใช่ผลประโยชน์ตกอยู่ในมือของกลุ่มสัญญาที่ควบกิจการกันเท่านั้น

สำหรับการแข่งขันทางการค้าที่ใช้การควบกิจการเป็นกลยุทธ์ทางธุรกิจอีกทางหนึ่งในการขยายธุรกิจ แม้ว่าจะเป็นช่วงเศรษฐกิจซบเซาก็ตาม การเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจอาจทำให้บริษัทไม่สามารถตั้งธุรกิจขึ้นมาใหม่ได้ แต่การควบกิจการก็เป็นอีกวิธีที่ธุรกิจสามารถขยายตัวได้ โดยเฉพาะในญี่ปุ่นจำนวนบริษัทที่ทำการควบกิจการเพิ่มมากขึ้น จากการควบกิจการในปี 1990 มีการควบกิจการจำนวนทั้งสิ้น 754 เรื่อง และเมื่อเกิดวิกฤตเศรษฐกิจฟองสบู่ในปี 1991-1993 จำนวนการควบกิจการลดลงไปร้อยละ 53 ต่อมาเมื่อเศรษฐกิจฟื้นตัวขึ้นในปี 1998 จำนวนการควบกิจการเพิ่มขึ้นเป็น 834 เรื่องซึ่งมีจำนวนมากกว่าเมื่อปี 1990⁶⁷ ทั้งนี้ การตัดสินใจเข้าควบกิจการของบริษัทอาจเกิดขึ้นจากความเชื่อว่าการควบกิจการจะเพิ่มประสิทธิภาพกับบริษัทมากกว่าที่มีอยู่ก่อนการควบกิจการ ประสิทธิภาพที่ได้มาผ่านทาง การประหยัดต่อขนาด (economy of scale) ความร่วมมือกันในการใช้ประโยชน์จากการผลิต (Integration of Production Facilities) ความสามารถเฉพาะของโรงงาน (Specialization of Plants) การลดลงของต้นทุนการขนส่ง (Reduction of Transportation Costs) และความสะดวกในการค้นคว้าและพัฒนา (Research and Development) อาทิ บริษัทที่ควบกิจการเคยเป็นบริษัทที่อยู่ในลำดับท้ายของตลาด ภายหลังจากการควบกิจการทำให้มีการเพิ่มประสิทธิภาพของบริษัทขึ้น และทำให้สามารถแข่งขันกับบริษัทที่เป็นผู้นำในตลาดได้ดีกว่าเดิม การแข่งขันในตลาดจะมีความรุนแรง และส่งผลให้การจัดสรรทรัพยากรของบริษัทมีประสิทธิภาพมากขึ้น ในทางตรงข้าม ถ้าบริษัทที่ควบกิจการเป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดอยู่แล้ว ภายหลังจากการควบกิจการทำให้อำนาจตลาดเพิ่มขึ้นเพราะมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น ย่อมส่งผลให้การแข่งขันในตลาดถูกจำกัด และการจัดสรรทรัพยากรลดน้อยลง ความมีประสิทธิภาพเป็นเพียงส่วนประกอบส่วนหนึ่งในการพิจารณาว่าการควบกิจการเป็นการสนับสนุนหรือจำกัดการแข่งขัน

การพิจารณาของคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) นั้นไม่ได้พิจารณาเพียงส่วนแบ่งตลาดเป็นตัวตัดสินอย่างเดียว แต่จะใช้วิธีการคำนวณปริมาณของการค้าขาย ใช้กำไร และขาดทุนในงบดุลปีล่าสุดด้วย รวมถึงการพิจารณาส่วนประกอบพิเศษอื่นๆ ที่พบในกรณีนั้น เช่น ประเภทของสินค้า และบริการของบริษัทที่กำลังควบกิจการกัน ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ที่สินค้าและบริการนั้นค้าขายอยู่ในตลาด ลำดับสถานะของผู้ประกอบการว่าเป็นผู้ผลิต, ผู้ขายส่ง หรือผู้ขายปลีก และมีปัจจัยทางตลาดอื่นๆ ที่ควรประเมินเพิ่มเติมซึ่งมีแนวทางการพิจารณาใกล้เคียงกับของสหรัฐ

⁶⁷ Mergers and Acquisitions in www.jftc.go.th

อเมริกา ได้แก่ U.S. Justice Department's 1992 Merger และในวันที่ 24 กรกฎาคม 1981 มีการออกแนวทางการควบคุมการควบกิจการในส่วนของอุตสาหกรรมค้าขายปลีก* (retail sector) ที่ต้องพิจารณาอย่างใกล้ชิดเป็นพิเศษ และทำให้เกิดความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับการควบกิจการอย่างมากมาย

การพิจารณาจำนวนสินทรัพย์ หรือส่วนแบ่งตลาดตามข้อกำหนดในการตรวจสอบการควบกิจการของคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จะพิจารณาบริษัทในเครือที่อยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัทที่ควบกิจการ หรืออาจเป็นบริษัทที่ควบคุมบริษัทที่ควบกิจการ โดยหลักการแล้ว การถือหุ้นร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทถือเป็นเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่ากิจการถูกควบคุม ดังนั้น บริษัทใดก็ตามที่ถือหุ้นบริษัทอื่นๆ มากกว่าร้อยละ 25 ต้องถูกพิจารณาประกอบด้วย คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จะนำข้อมูลที่ได้รับแจ้งมาพิจารณาคำนิยามตลาด และจะตรวจสอบว่าควรขยายตลาดดังกล่าวหรือไม่

ดังนั้นเพื่อให้เกิดประโยชน์ ทำให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม ไม่เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน รัฐบาลได้ก่อตั้งหน่วยงานคณะกรรมการกลางทางการค้า (the Japanese Fair Trade Commission : JFTC) เป็นหน่วยงานที่จะบังคับใช้พระราชบัญญัติต่อต้านการผูกขาด (AMA) ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้ และมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายฉบับนี้ได้ให้อำนาจไว้

โดยทั่วไปแล้วการควบกิจการที่อยู่ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ซึ่งมีลักษณะเหมือนกันกับคณะกรรมการกลางทางการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ของสหรัฐอเมริกา คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ประกอบด้วยประธานกรรมการ 1 คน และกรรมการอีก 4 คน แต่ละคนจะดำรงตำแหน่งเป็นเวลา 5 ปี และสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปอีกได้ กรรมการได้รับการแต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรี และผ่านการเห็นชอบจากรัฐสภา (DIET) ขณะที่ได้รับการแต่งตั้งต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 35 ปี และจะเกษียณอายุราชการเมื่ออายุ 65 ปี การดำเนินงานของคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จะรายงานโดยตรงต่อรัฐสภา อำนาจของคณะ

* การค้าขายปลีกของประเทศญี่ปุ่นแบ่งเป็น 3 ชนิด คือ ห้างสรรพสินค้า ซูเปอร์มาร์เก็ต และร้านค้าปลีก

กรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ในการดำเนินคดีกับผู้ละเมิดพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (AMA) นั้นสามารถเลือกที่จะดำเนินคดีกับผู้ละเมิดได้ 4 ทาง คือ การปรึกษาหารือเพื่อป้องกัน การเจรจาที่ไม่เป็นทางการ วิธีการทางการปกครอง และการไต่สวนทางอาญา ซึ่งคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จะพิจารณาในหลักการที่กำหนดไว้สำหรับการพิจารณาอนุญาต หรือคัดค้านบริษัทที่ควบกัน โดยใช้เวลาพิจารณาประมาณ 40 วัน ภายหลังจากพิจารณาแล้วหากการควบกิจการดังกล่าวไม่มีองค์ประกอบตรงกับข้อห้าม การควบกิจการดังกล่าวก็จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ให้ดำเนินการต่อไป

แนวทางมาตรการการควบคุมการพิจารณาอนุญาตให้มีการควบกิจการต่างๆ วางหลักไว้ดังนี้ การควบกิจการตามแนวนอน **Horizontal Mergers** จะทำให้จำนวนผู้แข่งขันลดลง และมีผลกระทบต่อตรงต่อการแข่งขัน คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จะตรวจสอบการควบกิจการดังกล่าวโดยพิจารณาสาระสำคัญตามที่กำหนด⁶⁸ ดังนี้

1. ส่วนแบ่งตลาดภายหลังจากการควบกิจการ ความแตกต่างระหว่างส่วนแบ่งตลาดของบริษัท ผู้แข่งขันรายอื่นๆ และขอบเขตของการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญที่เกิดขึ้น โดยการควบกิจการ
2. สถานการณ์ของการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งคู่สัญญาที่การควบกิจการดำเนินการอยู่ เช่น จำนวนผู้แข่งขัน การเปลี่ยนแปลงส่วนแบ่งตลาด และการเพิ่มมากขึ้นของอุปสรรคการเข้ามาในตลาด

สถานการณ์การแข่งขันที่มีผลกับตลาด ไม่ว่าจะเป็นการมีอยู่ของสินค้าที่ทดแทนกันได้ ระดับของความสามารถในการทดแทน สภาพของตลาดที่ใกล้เคียง และสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องซึ่งจะส่งผลต่อการแข่งขันในตลาด ความสามารถทางธุรกิจทั้งหมดของบริษัทภายหลังจากการควบกิจการ เช่น ระดับความสามารถทางธุรกิจทั้งหมดของบริษัท ภายหลังจากการควบกิจการที่แสดงสาระสำคัญอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นความสามารถในการได้มาซึ่งวัตถุดิบ ระดับเทคโนโลยี ระดับความสามารถในการทำตลาด และสาระสำคัญอื่นๆ ที่จะส่งผลต่อการแข่งขันในตลาด ลักษณะ และสภาพ

⁶⁸ Masanao Nakagawa. ANTIMONOPOLY LEGISLATION OF JAPAN, Kosei Torihiki Kyokai, Tokyo, Japan 1984. pp.79-83.

แวดล้อมในตลาด เช่น ความเป็นไปได้ของการเติบโตของตลาด และสภาพแวดล้อมของตลาด เช่น สถานการณ์ปัจจุบันของสินค้าชนิดนั้นที่มีผลในตลาดภายใน และตลาดต่างประเทศ

การควบกิจการตามแนวตั้ง Vertical Mergers⁶⁹

คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จะตรวจสอบโดยพิจารณาเงื่อนไข ประกอบกับการพิจารณาตามหลักเกณฑ์การควบกิจการตามแนวนอน ดังนี้

1. ระดับของการบังคับ อำนาจของการควบกิจการที่เกี่ยวกับกิจกรรมทางธุรกิจของ คู่สัญญาแต่ละฝ่าย แสดงถึงการควบกิจการว่าจะทำให้ผู้แข่งขันที่เป็นลูกค้า ผู้ผลิตลดลงหรือไม่ และ
2. ระดับของการเพิ่มขึ้นของการกีดกันผู้เข้ามาแข่งขันในตลาด

การควบกิจการที่หลากหลาย Conglomerate Mergers⁷⁰

คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จะตรวจสอบโดยพิจารณาเงื่อนไข ประกอบกับการพิจารณาตามหลักเกณฑ์การควบกิจการตามแนวนอน ดังนี้

1. ระดับของการแข่งขันที่เป็นไปได้ระหว่างคู่สัญญาในการควบกิจการสำหรับสินค้าที่ขยายออกมาจากการควบกิจการ ระดับของความสามารถในการทดแทน หรือความสัมพันธ์ระหว่างกันของสินค้าหรือบริการที่ผลิตโดยคู่สัญญา รวมถึงการขยายพื้นที่ทางภูมิศาสตร์จากการควบกิจการ ความใกล้ชิดกันของตลาด ตำแหน่งของคู่สัญญาในตลาดที่เกี่ยวข้อง อำนาจที่คู่สัญญาจากการควบกิจการใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่าย ความเป็นไปได้ที่คู่สัญญาจะเข้ามาในตลาดที่อีกฝ่ายทำการค้าอยู่
2. ระดับของผลประโยชน์ทางการแข่งขันที่เกิดขึ้นภายหลังการควบกิจการ ผลกระทบของการควบกิจการของกิจการที่เป็นคู่แข่งของคู่สัญญา เช่น เกิดข้อได้เปรียบในการแข่งขันของบริษัทภายหลังการควบกิจการ ทำให้บริษัทสามารถเพิ่มความสามารถในธุรกิจ หรือการได้ประโยชน์จากเทคโนโลยี วัตถุดิบ การทำตลาด
3. ระดับของการเพิ่มขึ้นการกีดกันการเข้ามาของผู้แข่งขัน จำนวนต่ำสุดของทุนที่จำเป็นเพื่อเข้ามาในตลาดที่เกี่ยวข้องที่จะเพิ่มขึ้นอย่างเด่นชัดภายหลังจากการควบกิจการ

⁶⁹ Ibid, p. 81.

⁷⁰ Ibid, p. 85.

พระราชบัญญัติต่อต้านการผูกขาด (AMA) ได้กำหนดเกณฑ์การรวมธุรกิจว่าจะทำได้ หากการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือการรวมธุรกิจที่ใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรม ต่อมาคณะกรรมการกลางทางการแข่งขัน (JFTC) ได้กำหนดแนวทางเกี่ยวกับการควบกิจการ โดยกำหนดเกณฑ์การรวมธุรกิจที่ต้องขออนุญาตและถูกตรวจสอบอย่างละเอียด เข้มงวด ดังนี้⁷¹

1. ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทใดบริษัทหนึ่งที่จะรวมกิจการ หรือส่วนแบ่งตลาดรวมของบรรดาบริษัทที่จะรวมกิจการทั้งหมด
 - 1.1 มีร้อยละ 25 หรือมากกว่า
 - 1.2 เป็นบริษัทที่มีขนาดใหญ่ที่สุด และมีส่วนแบ่งตลาดเป็นจำนวนร้อยละ 15 หรือมากกว่าในตลาด
 - 1.3 เป็นบริษัทที่ใหญ่ที่สุด และความแตกต่างระหว่างส่วนแบ่งตลาดของบริษัทที่มีส่วนแบ่งตลาดเป็นอันดับสองหรืออันดับสามอย่างมากในตลาด
2. ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทใดบริษัทหนึ่งที่จะรวมกิจการ หรือในกรณีการควบรวมกิจการในแนวนอน ส่วนแบ่งตลาดของบรรดาบริษัทที่จะควบรวมกิจการทั้งหมดอยู่ในอันดับสูงสุด 3 อันดับแรก และสัดส่วนการกระจุกตัวของทั้ง 3 บริษัทมากกว่าร้อยละ 50
3. จำนวนคู่แข่งในตลาดมีน้อยราย
4. สินทรัพย์รวมของบริษัทที่จะซื้อกิจการมีมูลค่ามากกว่า 10,000 ล้านบาท (ประมาณ 3,600 ล้านบาท) และบริษัทที่จะถูกซื้อสินทรัพย์รวมมูลค่ามากกว่า 1,000 ล้านบาท (ประมาณ 360 ล้านบาท)

หน้าที่ของคณะกรรมการกลางการค้า (JFTC) นอกจากการออกกฎเกณฑ์ หรือระเบียบ ประกาศต่างๆ ที่กฎหมายให้อำนาจไว้เพื่อใช้ในการดำเนินการป้องกันการกระทำผิดกฎหมายแล้ว ยังมีอำนาจอื่นๆ เช่น อำนาจในการสืบสวนสอบสวน การพิจารณาไต่สวน และการตัดสินคดี หากเป็นคดีเร่งด่วน คณะกรรมการกลางการค้า (JFTC) มีอำนาจร้องขอต่อศาลให้มีการออกคำสั่งห้ามมิ

⁷¹ ศักดา ธนิกกุล, สรุปรายงานการให้คำปรึกษาด้านเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม และนิติศาสตร์เพื่อการปฏิบัติงานตามพ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (ศูนย์ยุโรปศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรกฎาคม-กันยายน 2546).

ให้ผู้ประกอบการที่มีความสงสัยว่าอาจกำลังทำผิดกฎหมาย หยุดการกระทำดังกล่าวเป็นการชั่วคราว หรืออาจขอให้ยกเลิกการเปลี่ยนแปลงสิ่งใดๆ ที่กระทำไปแล้วได้⁷²

วิธีการที่ใช้ในการดำเนินการป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย การพิจารณาไต่สวน และการตัดสิน มีรายละเอียดดังนี้⁷³

1. มาตรการออกคำสั่งให้หยุดการกระทำ

เมื่อคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) เกิดความสงสัย หรือได้รับแจ้งจากบุคคลภายนอกว่าพฤติกรรมใดฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือไม่ มาตรการให้คำแนะนำ หรือการปรึกษาหารือ หรือการเจรจาอย่างไม่เป็นทางการจะถูกนำมาใช้ให้หยุดการกระทำดังกล่าว ไม่ว่าผู้กระทำผิดจะยอมรับคำแนะนำหรือไม่ เมื่อมีคำแนะนำจากคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ต่อบุคคลใดก็ตาม ต้องมีการประกาศเป็นลายลักษณ์อักษร เมื่อบุคคลนั้นๆ ยอมรับคำแนะนำ (recommendation) คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) อย่างเป็นทางการจะตัดสินความผิดโดยปฏิบัติตามคำแนะนำ โดยไม่ต้องเรียกมาให้คำให้การ ซึ่งเป็นวิธีการตัดสินคดีง่าย ๆ ในกรณีที่ไม่มีการโต้แย้ง และมักใช้กับคดีส่วนใหญ่ แต่เมื่อผู้กระทำผิดไม่ยอมรับคำแนะนำ คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จะพิจารณาโดยเรียกผู้กระทำผิดมาให้การ

2. ขั้นตอนการพิจารณาไต่สวน

เมื่อคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) เรียกผู้กระทำผิดมาให้การเพื่อรับฟังข้อโต้แย้งในเบื้องต้นก่อนที่จะดำเนินการตัดสิน โดยการพิจารณาไต่สวนจะกระทำอย่างเปิดเผยต่อสาธารณชนเพื่อให้การตัดสินนั้นเป็นธรรม ขั้นตอนการพิจารณาลักษณะคล้ายกับการพิจารณาในศาล (formal hearing) มีคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ตัดสินโดยมีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าการกระทำผิดกฎหมายหรือไม่ เมื่อพิจารณาไต่สวนเรียบร้อยแล้วการตัดสินจะพิจารณาไปตามความผิดที่กระทำ เมื่อคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) มีคำสั่งให้หยุดการกระทำ และผู้กระทำยอมรับผิด คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) จะมีการออกเป็นคำสั่งให้ทราบ และลงประกาศในหนังสือพิมพ์ แต่หากผู้

⁷² วราภา วรพิชโยทัย, “นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก: ศึกษากรณี คดี พูจิจ – โกลด์,” หน้า 82.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

กระทำไม่ยอมรับคำตัดสินของคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ทางคณะกรรมการกลางทางการค้าสามารถนำเรื่องขึ้นไปให้ศาลสูงเมืองโตเกียว (Tokyo High Court) เพื่อให้ศาลพิจารณาคำสั่งโดยด่วนต่อไป

แนวโน้มของการควบกิจการระหว่างบริษัทในประเทศญี่ปุ่นมีการขยายตัวอย่างมากในอุตสาหกรรมหลายๆ ประเภทไม่ว่าจะเป็นอุตสาหกรรมกระดาษ (Paper / Pulp) ระหว่างบริษัท Rengo Co., Ltd ผู้ผลิตกระดาษแข็งรายใหญ่ที่สุดในประเทศญี่ปุ่นควบกิจการกับบริษัท Settsu Corp., ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตกระดาษอันดับ 2 ของประเทศ และยังมีอุตสาหกรรมน้ำมันระหว่างบริษัท Nippon Oil Co., Ltd. ซึ่งเป็นบริษัทผู้จัดจำหน่ายสินค้าปิโตรเคมีที่ใหญ่เป็นอันดับ 2 ควบกิจการกับบริษัท Mitsubishi Oil Co., Ltd. บริษัทที่กลั่น และจัดจำหน่ายน้ำมันเป็นอันดับ 6 ของประเทศ ซึ่งภายหลังจากควบกิจการแล้วเสร็จเมื่อเดือนเมษายน 1999 ก็เปลี่ยนชื่อบริษัทเป็น บริษัท Nisseki – Mitsubishi นอกจากนี้ในอุตสาหกรรมเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) ก็เป็นอีกธุรกิจที่มีการควบกิจการอย่างคึกคัก

นอกจากนี้ตัวอย่างที่ได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ที่น่าสนใจ ดังนี้⁷⁴

1. กรณี Yawata – Fuji

Yawata เป็นบริษัทอันดับที่หนึ่งในตลาดเหล็ก และ Fuji เป็นบริษัทที่ใหญ่เป็นอันดับที่ 2 ในปี 1946 บริษัททั้งสองมีการแยกกิจการออกตามที่กำหนดไว้ใน the Elimination of Excessive Concentration of Economic Power Act ต่อมาในเดือนเมษายน 1968 ทั้งสองบริษัทได้ประกาศแผนที่จะควบกัน และได้เกิดปฏิกิริยาตอบโต้ที่แตกต่างกันในภาคอุตสาหกรรมต่างๆ ในญี่ปุ่น ภายหลังจากการควบกัน ในตลาดเหล็กผู้ซึ่งเป็นเหล็กที่ได้จากการถลุงนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดจะมีทั้งหมดร้อยละ 44.5 ในขณะที่ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทที่เป็นอันดับสองคือร้อยละ 16.9 และในตลาดเหล็กที่ไม่มีการปรุงแต่งจะมีส่วนแบ่งตลาดเป็นจำนวนร้อยละ 35.4 ในขณะที่ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทที่เป็นอันดับสองคือร้อยละ 12.4 และในตลาดเส้นที่ถูกรีดด้วยความร้อนจะมีส่วนแบ่ง

⁷⁴ H. Iyori and A. Uesugi. *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*, p.165.

ตลาดเป็นจำนวนร้อยละ 34.2 ในขณะที่ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทที่เป็นอันดับสองคือร้อยละ 11.5 และในตลาดเหล็กที่เป็นรางจะมีส่วนแบ่งตลาดเป็นจำนวนร้อยละ 93.3 ในขณะที่ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทที่เป็นอันดับสองคือร้อยละ 2.7 ในขณะที่ตลาดเหล็กขนาดใหญ่จะมีส่วนแบ่งตลาดคือร้อยละ 55.1 และส่วนแบ่งตลาดที่เป็นอันดับที่สองคือ ร้อยละ 10.5

กระทรวงเศรษฐกิจ (MITI) เห็นชอบกับแผนดังกล่าวเพื่อให้มีการเตรียมพร้อมรับการแข่งขันจากต่างประเทศซึ่งจะเกิดขึ้นจากการเปิดมาตรการเสรีทางการค้า การควบกิจการนี้มีความหมายสื่อได้ถึงการพัฒนา สภากิจการ Zaibutsu ก่อนที่จะมีการแก้ปัญหาดังกล่าว กลุ่มของนักเศรษฐกิจมีการคัดค้านกันอย่างรุนแรงกับแผนดังกล่าว และต้องการให้มีการประเมินการควบกิจการอย่างเป็นทางการโดยคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) มีความเห็นว่าการควบกิจการดังกล่าวถือว่าผิดกฎหมาย โดยบริษัทได้เสนอวิธีการเยียวยาความเสียหายของปัญหาที่คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) พิจารณา แต่คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ก็ไม่พอใจข้อเสนอ และแนะนำไม่ให้มีการควบกิจการ บริษัทไม่ยอมรับการควบกิจการดังกล่าว และส่งให้มีการกระบวนการได้ สอน (hearing Proceeding) และภายหลังจากการมีนั่งพิจารณา วิธีการเป็นการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคโนโลยี คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) อนุญาตให้มีการควบกิจการ (Consent decision) และการได้มาซึ่งการควบกิจการเกิดขึ้นในเดือนเมษายน ค.ศ. 1970

2. คดี Snow Brand Diary กับบริษัท Clover Diary Co.⁷⁵

ผู้ผลิตสองรายได้ทำความตกลงร่วมกันกับสถาบันการเงินแห่งหนึ่ง และกลุ่มสหกรณ์ผู้ผลิตนมบนเกาะฮอกไกโดว่า สถาบันการเงินแห่งนั้นจะไม่ยอมให้ชานาผู้หนึ่งผู้ใดกู้เงิน หากว่าชานาผู้หนึ่ง ไม่ยอมตกลงว่าจะไม่ส่งนมให้คู่แข่งของสองผู้ผลิตดังกล่าว กรณีเช่นนี้ถือว่าการทำให้คู่แข่งของผู้ผลิตนมทั้งสองเสียหายอย่างหนัก ศาลได้ตัดสินว่าการกระทำของผู้ผลิตนมทั้งสองเป็นการผูกขาดเอกชนในลักษณะที่เป็นการจัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น

⁷⁵ สุธีร์ สุกนิษฐ์, “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้า และธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น,” *วารสารนิติศาสตร์*:195.

3. คดี Chuo-Seni Co.⁷⁶

ในปี 1959 คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) พิจารณาแผนการควบกิจการของผู้ผลิตเส้นใย คือ Chuo-Seni Co. และ Teikoku Seino Co. ซึ่งการควบกิจการทำให้เกิดส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 56.8 ในตลาดเส้นใย และคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) อนุญาตการควบกิจการ เพราะเส้นใยเทียมถูกพิจารณาเป็นสินค้าทดแทนซึ่งทำให้หุ้นของบริษัทที่ควบกันลดลงประมาณร้อยละ 10

4. คดี Toho-Subaru⁷⁷

ในปี 1950 เป็นกรณีที่บังคับใช้ตามมาตรา 16 บริษัท Toho ผลิตภาพเคลื่อนไหว จัดจำหน่ายสินค้า และจัดแสดงสินค้า ได้เข้าทำสัญญากับ Subaru Kogyo Co. ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดการกับการแสดงภาพเคลื่อนไหว Subaru แจกให้ทราบว่าโรงหนังจำนวน 2 แห่งนั้น สัญญากำหนดให้ดำเนินการร่วมกัน และแบ่งกำไรกันด้วย ซึ่งโรงหนังตั้งอยู่ในศูนย์กลางเมือง Tokyo ซึ่งมีโรงหนังจำนวน 10 โรงในเมืองนี้ และโดยสัญญาทำให้ Toho ควบคุมโรงหนังจำนวน 8 แห่ง และคิดเป็นความสามารถในการชมภาพยนตร์เป็นจำนวนร้อยละ 90 คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) พบว่าสัญญานี้ฝ่าฝืนมาตรา 16 (1) และสั่งให้ Toho หยุดการเช่าโรงหนังจาก Subaru ทั้งหมดทั้งทางตรงและทางอ้อมในการจัดการของโรงหนัง และรวมถึงอนาคตด้วย ได้มีการอุทธรณ์ต่อ the Tokyo High Court ซึ่งยื่นตามคำตัดสินของคณะกรรมการ ในญี่ปุ่นมีการทบทวนมาตรฐานภายในสำหรับการพิจารณาการควบกิจการ และการโอนธุรกิจ ในวันที่ 15 กรกฎาคม 1980 คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ประกาศแนวทางการควบกิจการที่มีการครอบคลุมถึงการโอนธุรกิจด้วย ซึ่งจะพิจารณกรณีพิเศษที่ต้องตรวจสอบอย่างใกล้ชิด เพราะการควบกิจการ และการโอนธุรกิจส่วนใหญ่ของญี่ปุ่น โดยกิจการที่อยู่ภายใต้การหลักเกณฑ์ดังกล่าวต้องแจ้ง ทำให้คณะกรรมการกลางทางการค้า (JFTC) ต้องเลือกพิจารณาเป็นกรณีพิเศษ

สรุป ระบบเศรษฐกิจที่มีประสิทธิภาพนั้นต้องมีประสิทธิภาพทั้งการจัดสรรทรัพยากร และประสิทธิภาพการผลิตคือการทำอะไรให้ต้นทุนการผลิตต่ำที่สุด รวมทั้งความยุติ

⁷⁶ Ibid, p. 175.

⁷⁷ Ibid.

ธรรมในสังคมคือการแบ่งเค้กให้เท่ากัน ประสิทธิภาพขึ้นอยู่กับราคาสินค้า และบริการที่ผู้ผลิตในตลาดเศรษฐกิจเป็นคนเสนอ ถ้าผู้ประกอบการในตลาดต่างแข่งขันในเรื่องราคา คุณภาพ และบริการ ก็จะทำให้ราคาถูกลง คุณภาพ และบริการดีขึ้น ถ้าผู้ประกอบการแข่งขันกันทั้งเรื่องราคา คุณภาพ และบริการ เพื่อให้เกิดการแข่งขันกัน รัฐบาลต้องดูแลโครงสร้างตลาด หากสินค้าและบริการมีมากจะทำให้มีจำนวนตลาดมากขึ้น และตลาดดังกล่าวก็ควรต้องให้มีผู้แข่งขันมากที่สุด ผู้แข่งขันสามารถเข้าสู่ตลาดได้ง่าย ดังนั้นรัฐควรมีนโยบายเพื่อดูแลโครงสร้างตลาด ราคา คุณภาพ และบริการ ได้แก่ นโยบายภาษีหรือนโยบายการค้าระหว่างประเทศ เช่น หากสภาพตลาดของไทยมีผู้แข่งขันน้อยราย เราควรใช้นโยบายการค้าให้มีอิทธิพลต่อตลาด คือ เปิดให้สินค้ามีการนำเข้าเพิ่มมากขึ้น มีการเปิดตลาด และนโยบายการแข่งขัน

ภายหลังจากการศึกษาวิเคราะห์เนื้อหาในบทนี้แล้วทำให้ทราบถึง แนวคิด และนโยบายของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบกิจการในประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และประเทศเยอรมันว่าต่างก็มีแนวคิดว่าการควบกิจการเป็นวิธีการหนึ่งที่ภาครัฐกิจเอกชนนำมาใช้ขยายการเพิ่มประสิทธิภาพของบริษัท หรือเป็นการประหยัดต่อขนาดในการผลิต หรืออาจเป็นการร่วมมือกันกับคู่แข่งเพื่อลดความสูญเสียจากการแข่งขัน การเพิ่มช่องทางในการกระจายสินค้า ฯลฯ ซึ่งเป็นวิถีทางที่จะทำให้บริษัทบรรลุผลสำเร็จมากกว่าการเติบโตจากภายใน (Internal Growth) ทั้งนี้ นโยบายที่ภาครัฐของแต่ละประเทศกำหนดเกี่ยวกับการควบกิจการก็เป็น การควบคุมมิให้เกิดการควบกิจการในตลาดมาก จนทำให้ผู้ประกอบการในตลาดนั้น กลายเป็นเพียงผู้ประกอบการไม่กี่รายที่มีอำนาจเหนือตลาด และกลายเป็นผู้ผูกขาดในตลาดของประเทศตนได้ ซึ่งความกังวลเรื่องการผูกขาดในตลาดของผู้ประกอบการเพียงไม่กี่ราย ถือว่าเป็นสาเหตุสำคัญ สาเหตุหนึ่งที่รัฐบาลแต่ละประเทศต้องออกบทบัญญัติ กฎหมาย หรือแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการควบกิจการดังกล่าวมาบังคับใช้ มิฉะนั้นจากสภาพตลาดที่มีการแข่งขันอาจกลายเป็นตลาดผูกขาดก็ได้ สาเหตุอีกประการที่สำคัญที่แต่ละประเทศต้องออกกฎหมายมาควบคุมก็คือ การเปิดเสรีทางการค้าของแต่ละประเทศ ที่องค์การความร่วมมือระหว่างประเทศต่างๆ สนับสนุน และร่วมมือกันให้ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศเปิดเสรีทางการค้าต่อกัน อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบการภายในประเทศของตน

จากการศึกษาของผู้เขียนเห็นว่ามาตรการควบคุมการควบกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นกำหนดไว้ในมาตรา 1 ของ The Sherman Act และมาตรา 7 ของ The Clayton Act และบังคับใช้ร่วมกับกับมาตรา 5 ของ The Federal Trade Commission Act ซึ่งการควบคุมการควบกิจการเพื่อไม่ให้การควบกิจการดังกล่าวทำให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมาก และไม่เกิดการผูกขาด แม้ว่าจะยังไม่เกิดในปัจจุบันนี้ก็ตาม กฎหมายสามารถควบคุมโดยการห้ามได้ และมาตรการควบคุมของประเทศสหรัฐใช้แนวทางพิจารณาโดยการคำนวณหาค่าการกระจุกตัวในตลาด HHI ซึ่งเป็นตัวชี้วัดในการควบคุมการควบกิจการ และการพิจารณาต่างๆ ไปเกี่ยวกับปัจจัยในตลาดอื่นๆ

สำหรับความแตกต่างของการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดของประเทศเยอรมันแตกต่างกับประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะสหรัฐอเมริกาใช้แนวคิดแบบการทำให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมาก Substantial Lessening of Competition : SLC แต่ประเทศเยอรมันใช้แนวคิดแบบการมีอำนาจเหนือตลาด Dominance Test แม้ว่าเมื่อพิจารณาอำนาจเหนือตลาดจะใช้ข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน แต่มีการเข้าถึง และมองปัญหาจากคนละด้านกัน การทดสอบโดยใช้เกณฑ์การมีอำนาจเหนือตลาดจะมุ่งพิจารณาการใช้อำนาจดังกล่าว ในขณะที่การทดสอบแบบการทำให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมาก (SLC) จะตรวจสอบความรุนแรงของการแข่งขัน ซึ่งขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่จะในการเลือกใช้ ความแตกต่างของแนวคิดนี้อยู่ที่ การทดสอบโดยอำนาจที่มีเหนือตลาดกำหนดขอบเขตจำกัดที่สูงกว่า (upper limit) ขึ้นกับขอบเขตของการกระทำของแต่ละรายที่เกี่ยวกับการควบกิจการที่อาจถึง และมีความเป็นอิสระจากการเกิดขึ้นของความรุนแรงของการแข่งขันที่มีมาก่อนหน้านี้ ในขณะที่แนวคิดทั่วไปของการทดสอบการทำให้การแข่งขันลดน้อยลงอย่างมาก (SLC) มุ่งที่ระดับการเปลี่ยนแปลง (rate of change) เกี่ยวเนื่องกับความรุนแรงของการแข่งขัน ตามที่มีการนิยามและจุดที่เปลี่ยนแปลงที่มีการสนับสนุนที่แตกต่างกัน และเกิดผลที่แตกต่างกันด้วย เช่น ถ้าการทดสอบ SLC กำหนดความรุนแรงของการแข่งขันอาจลดลงโดยอัตราที่แน่นอนที่มีการกำหนด ระดับที่เปลี่ยนแปลงของอำนาจตลาดไว้ ซึ่งภายหลังจากการลดลงของความรุนแรงของการแข่งขัน ไปสู่ระดับที่แน่นอนจะต้องมีการดำเนินการต่อไปโดยเจ้าหน้าที่ แม้ว่าตลาดจะเคลื่อนจากรัฐที่มีความรุนแรงของการแข่งขันไปสู่รัฐที่การแข่งขันอยู่ในระดับปานกลาง ซึ่งไม่ใช่ระดับที่เป็นอันตรายก็ตาม⁷⁸

⁷⁸ Difference between Dominance Test and SLC Test in www.bundeskartellamt.com

ผลของการบังคับใช้มาตรการควบคุมการควบกิจการ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการควบกิจการในแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น ต่างก็ใช้กฎหมายที่มีระบบควบคุมโครงสร้าง (Structural Control) เหมือนกัน และประเทศเยอรมัน ใช้ระบบควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) อย่างไรก็ตาม แม้จะใช้ระบบการควบคุมการควบกิจการเหมือนกัน ผลที่ได้รับจากการบังคับใช้กฎหมายย่อมแตกต่างกัน ขึ้นกับตามสภาพของตลาดในแต่ละประเทศ และผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องที่อยู่ในตลาดนั้นๆ ทั้งนี้ต้องอาศัยองค์การที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายนั้นว่าจะมีอำนาจหน้าที่บังคับใช้กฎหมายได้กว้างขวางมากแค่ไหน และมีการทำงานที่เป็นอิสระ ปราศจากการแทรกแซงทางการเมือง ซึ่งไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ของสหรัฐอเมริกา หรือสำนักงานการร่วมมือกันทางการค้าของสหพันธ์ (FCO) ของเยอรมันหรือคณะกรรมการกลางทางการค้า (JFCT) ของญี่ปุ่น ต่างก็มีความเป็นอิสระ และมีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางในการบังคับใช้ข้อกำหนดตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าว

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการควบกิจการพยายามกำหนดให้ครอบคลุมกับปัญหาที่เกิดขึ้น หรือพฤติกรรมใดๆ ที่เข้าข่ายว่าเป็นการควบกิจการ ประเทศสหรัฐอเมริกามีประสบการณ์ที่ยาวนานมากในกฎหมายป้องกันการผูกขาดจึงมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการแข่งขันมากมาย และคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลาง (FTC) ย่อมมีประสบการณ์ที่เป็นประโยชน์อย่างมากต่อการพัฒนาการควบคุมการควบกิจการในประเทศของตน หรือประเทศเยอรมันก็เคยเป็นประเทศที่มีการร่วมมือกันทางการค้า (Cartel) มานานในอดีต ในปัจจุบันเมื่อเวลาเปลี่ยนไปก็มีพัฒนาการทางกฎหมายออกมาควบคุมการร่วมมือกันทางการค้าอันก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน และพยายามไม่ให้มีผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจและผู้บริโภค สำหรับประเทศญี่ปุ่นแม้จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติต่อต้านการผูกขาดมาเป็นเวลา 50 กว่าปี แต่ก็พยายามนำประสบการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นๆ มาพัฒนา ปรับปรุง และแก้ไขระบบกฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศของตนให้เกิดประโยชน์ และมีประสิทธิภาพมากที่สุด

มาตรการควบคุมการควบกิจการของแต่ละประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่นนั้น หน่วยงานต้องวิเคราะห์ว่ามีการกระทำใดๆ ที่ก่อให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมาก หรือทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก หรือเป็นการทำให้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่ หรือก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาดที่เพิ่มมากขึ้น

ขึ้น ทั้งนี้การพิจารณาถึงมาตรการที่ใช้เพื่อวิเคราะห์การควบกิจการดังกล่าวต้องพิจารณาปัจจัยที่ไม่ได้เป็นส่วนแบ่งตลาดด้วย (non-market share factors)

ประการแรก หน่วยงานต้องประเมินว่าการควบกิจการจะทำให้เกิดการกระจุกตัวของตลาดเพิ่มขึ้นหรือไม่ อันจะเป็นผลให้เกิดการแข่งขันที่ลดน้อยลงอย่างมาก หรือทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นอย่างมาก โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดในกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นๆ

ประการที่สอง หน่วยงานต้องประเมินว่าในมุมมองของการแข่งขันที่เกิดขึ้นผ่านทาง การควบกิจการเข้าหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นที่หน่วยงานจะยินยอมให้มีการควบกิจการหรือไม่ และปัจจัยอื่นๆ การเข้ามาในตลาดซึ่งกำหนดลักษณะตลาดนั้นว่าการควบกิจการนี้ทำให้เกิดการจำกัด หรือการผูกขาดทางการค้าหรือไม่

ประการที่สาม หน่วยงานต้องประเมินความมีประสิทธิภาพใดๆ ที่ได้รับว่าหากให้มีการกระจุกตัวจะสามารถสร้างประโยชน์ใดๆ แก่ตลาดนั้นหรือไม่ ภายหลังการควบกิจการต้องมีการตรวจสอบ และติดตามผลของการควบกิจการว่าจะส่งผลต่อตลาดมากน้อยแค่ไหนเพื่อนำมาปรับปรุงหลักเกณฑ์แนวทางการควบคุมการควบกิจการที่บังคับใช้อยู่เพื่อหาข้อบกพร่อง และแก้ไขการควบคุมเกิดประโยชน์แก่ทุกๆ ฝ่ายที่เกี่ยวข้องมากที่สุด

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย