

### บทที่ 3

มาตรการควบคุมการรวมธุรกิจตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ

#### 1. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของกิจการขนาดใหญ่ มิให้มีการใช้อำนาจทางการตลาดตามอำเภอใจ จนก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ โดยกฎหมายมุ่งที่จะควบคุมโครงสร้างของตลาดสินค้าและบริการให้มีการแข่งขันอย่างเสรี ไม่ให้มีลักษณะกระจุกตัว พยายามลด ขัดขวางหรือทำลายแนวทางที่ผู้ประกอบการจะใช้เพื่อแสวงหาอำนาจผูกขาดในตลาด เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการรายใหม่จะสามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้โดยเสรี และผู้บริโภคมีโอกาสเลือกบริโภคสินค้าและบริการที่มีคุณภาพและมีราคาที่เป็นธรรม

โดยกฎหมายที่ถือว่าเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาก็คือ The Sherman Act ซึ่งบัญญัติขึ้นในปี 1890 โดยเป็นการกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด แต่หลังจากได้มีการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ไปได้ระยะหนึ่งแล้ว ปรากฏว่าเอกชนมิได้ใช้ประโยชน์จากกฎหมายฉบับนี้มากนัก ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามร่างกฎหมายขึ้นมาเพื่อกำหนดลักษณะการดำเนินธุรกิจที่ต้องห้ามให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นแรงจูงใจให้มีการนำกฎหมายไปใช้บังคับมากขึ้น ดังนั้นในปี 1914 จึงมีการบัญญัติกฎหมาย The Clayton Act ขึ้น ซึ่งมีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องการเลือกปฏิบัติด้านราคา (Price discrimination), การบังคับให้ติดต่อธุรกิจเฉพาะกับตน (Tying and exclusive dealing arrangements), การรวมอำนาจบริหารจัดการ (Interlocking directorates) และการรวมกิจการ (Mergers) โดยระบุว่า การกระทำเหล่านี้จะถือว่าเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก (substantially lessened competition) และพร้อมกันนั้นได้มีการบัญญัติกฎหมายอีกฉบับคือ The Federal Trade Commission Act ซึ่ง

## 1.1 มาตรการควบคุมการรวมธุรกิจ

### 1. The Sherman Act 1890

ได้บัญญัติถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการรวมกิจการไว้ในมาตราที่ 1<sup>3</sup> โดยมีหลักว่า บรรดาสัญญาหรือการรวมตัวกันหรือการสมคบกันไม่ว่าในรูปแบบใดเพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ หรือระหว่างประเทศอื่นถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่ามาตรานี้จะกำหนดถึงการกระทำที่เป็นความผิดและครอบคลุมการกระทำอย่างกว้างขวางไม่ลงรายละเอียดเฉพาะเจาะจง ดังนั้นการพิจารณาว่าการกระทำใดจะเข้าข่ายความผิดดังกล่าวบ้างจึงต้องอาศัยกฎหมายอีกฉบับหนึ่งด้วยคือ The Clayton Act 1914 ซึ่งจะระบุถึงการกระทำที่ถือเป็นความผิดเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจงมากกว่า

ตัวอย่างเช่น ในคดี Columbia Steel Co., v. United State<sup>4</sup> บริษัท Columbia พยายามจะรวมกับบริษัท United States Steel ซึ่งมีการผลิตสินค้าเหล็กกล้า 2 ชั้นตอน มีความเกี่ยวพันกับการผลิตทั้ง 2 ระบบ แต่บริษัทที่รวมตัวด้วย มีความสัมพันธ์เฉพาะการผลิตในขั้นต้นหรือระยะที่ 2 ซึ่งจัดเป็นการรวมตัวแบบ Horizontal และ Vertical Mergers ในชั้นแรกศาลได้กำหนดขอบเขตของตลาดทางภูมิศาสตร์ (Relevant Geographic Market) จำเลยต่อสู้ว่าต้องเป็นการกระทำต่อตลาดทั้งประเทศจึงจะถือว่ามีความผิด แต่ศาลยืนยันว่า Sherman Act สามารถใช้กับเฉพาะ

---

<sup>1</sup> สถาบันนโยบายสังคม และเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาทางด้านกฎหมาย), 2 เล่ม (2542), เล่ม 1, น. (2-1) – (2-3).

<sup>2</sup> The Federal Trade Commission (FTC) เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตาม The Federal Trade Commission Act of 1914 เพื่อเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการสืบสวน สอบสวน พิเคราะห์ตรวจสอบพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

<sup>3</sup> Section 1 of the Sherman Act of 1890.

<sup>4</sup> Columbia Steel Co., v. United State 334 U.S. 495 (1948).

## 2. The Clayton Act of 1914

ได้กำหนดถึงการรวมกิจการไว้ใน มาตรา 7<sup>5</sup> โดยบัญญัติ ห้ามมิให้บุคคลใดกระทำการ ในทางธุรกิจไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อให้ได้มาซึ่งบางส่วนหรือทั้งหมดของหุ้นหรือ ทรัพย์สินของกิจการอื่นไม่ว่าในธุรกิจประเภทใดหรือในส่วนของใดของประเทศก็ตาม ซึ่งการได้มานั้น อาจจะเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก หรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นการสร้างผูกขาดในระดับ การค้าใดการค้าหนึ่ง โดยบทบัญญัติตามมาตรานี้มิใช่ความผิดเด็ดขาดในตัวเอง หากแต่เป็นเรื่อง ที่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าการรวมกิจการนั้นมีผลทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมากหรือ ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือไม่ ถ้าการรวมกิจการใดก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะ ดังกล่าวแล้วก็จะถูกห้ามมิให้รวมกิจการ

ตัวอย่างเช่น ในคดี United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co. 353 U.S. 586 (1957)<sup>6</sup> โดยศาลถือว่าการที่ du Pont เข้าซื้อหุ้นของ General Motors จำนวน 23% ในระหว่าง ค.ศ.1919-1923 มีผลทำให้การแข่งขันภายในตลาดลดลง เพราะการเข้าซื้อหุ้นดังกล่าว มีความ เป็นไปได้ที่จะขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคต่อผู้ขายรถยนต์รายอื่นๆที่เป็นคู่แข่งของ General Motors จากการซื้อขายกับ du Pont และอาจขัดขวาง du Pont จากการขายของตกแต่งและสีสำหรับ

---

<sup>5</sup> Section 7 of the Clayton Act of 1914 เดิมจะกำหนดเฉพาะการได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ ไม่มีรูปร่าง (intangible) ซึ่งได้แก่ หุ้น หรือหุ้นทุนเท่านั้น ต่อมาจึงถูกแก้ไขโดย The Celler-Kefauver Act of 1950 โดยการเพิ่มเติมการได้มาซึ่งทรัพย์สินที่จับต้องได้ (hard assets) เช่น โรงงาน หรือ เครื่องจักรเข้าไปด้วย ทำให้เป็นการอุดช่องว่างของบทบัญญัติเดิมให้สามารถใช้ได้กับ การรวมกิจการในทุกรูปแบบมากยิ่งขึ้น

<sup>6</sup> Daniel J. Giffon and Leo J. Raskind, Cases and Materials on Federal Antitrust Law (Minnesota : West Publishing, Co., 1983), pp.450-453.

### 3. Premerger Notification

มาตรา 7A<sup>7</sup> ของ Clayton Act กำหนดเรื่อง Premerger notification and waiting period ไว้ว่า บุคคลใดประสงค์จะได้มาทั้งโดยตรง หรือโดยทางอ้อมซึ่งหุ้น (voting securities) หรือสินทรัพย์ใดๆ หรือได้มาโดยการเสนอซื้อ (tender offer) ของกิจการใดๆ ทั้งผู้โอนและผู้รับโอน จะต้องแจ้งข้อมูลโดยละเอียดต่อ Federal Trade Commission (FTC) และ The Antitrust Division of the Department of Justice<sup>8</sup> (รวมกันเรียกว่า The Agency) เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาในการได้มาซึ่งหุ้นหรือสินทรัพย์ดังกล่าวว่าจะขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

(1) บริษัทผู้เข้าซื้อหรือบริษัทที่ถูกเข้าซื้อนั้นประกอบกิจการทางพาณิชย์ หรือกิจการที่ส่งผลในทางพาณิชย์ และ

(2) การรวมกิจการนั้นเป็นผลให้ผู้เข้าซื้อได้มาซึ่งจำนวนหุ้นหรือสินทรัพย์ของบริษัทผู้ถูกซื้อเป็นจำนวน

(2.1) กรณีได้มาซึ่งจำนวนหุ้นหรือสินทรัพย์ของบริษัทผู้ถูกซื้อเกินกว่า \$226,800,000<sup>9</sup> หรือ

---

<sup>7</sup> มาตรา 7A ของ The Clayton Act of 1914 ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Hart-Scott-Radino Antitrust Improvements of 1976 ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง คือ The Antitrust Division และ The Federal Trade Commission ในการพิจารณาตรวจสอบการรวมกิจการที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันได้ก่อนที่การรวมกิจการนั้นจะดำเนินการเสร็จสิ้นลง

<sup>8</sup> The Antitrust Division of the Department of Justice เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการดำเนินคดีทางอาญาและทางแพ่งตาม The Sherman Act of 1890 และตามมาตรา 15 ของ The Clayton of 1914

<sup>9</sup> Thresholds ทั้งหมดตามมาตรานี้มี การแก้ไขตาม มาตรา 7A(a)(2) โดย Federal Trade Commission ในทุกปีงบประมาณ (fiscal year) เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับร้อยละ

(2.2) กรณีได้มาซึ่งจำนวนหุ้นหรือสินทรัพย์ของบริษัทผู้ถูกซื้อเกินกว่า \$56,700,000 แต่ไม่เกิน \$226,800,000 และ

(2.2.1) บริษัทเป้าหมายที่เป็นผู้ผลิต ซึ่งมียอดขายสุทธิหรือสินทรัพย์ทั้งหมด ตั้งแต่ \$11,300,000 ขึ้นไป ในขณะที่บริษัทผู้เข้าซื้อมีสินทรัพย์หรือยอดขายสุทธิทั้งหมด ตั้งแต่ \$113,400,000 ขึ้นไป หรือ

(2.2.2) บริษัทเป้าหมายที่มีได้เป็นผู้ผลิต ซึ่งมีสินทรัพย์ทั้งหมด ตั้งแต่ \$11,300,000 ขึ้นไป ในขณะที่บริษัทผู้เข้าซื้อมีสินทรัพย์ทั้งหมดหรือยอดขายสุทธิ ตั้งแต่ \$113,400,000 ขึ้นไป หรือ

(2.2.3) บริษัทเป้าหมาย ซึ่งมียอดขายสุทธิหรือสินทรัพย์ทั้งหมด ตั้งแต่ \$113,400,000 ขึ้นไป ในขณะที่บริษัทผู้เข้าซื้อมีสินทรัพย์ทั้งหมดหรือยอดขายสุทธิตั้งแต่ \$11,300,000 ขึ้นไป

หากการเข้าซื้อหุ้นหรือสินทรัพย์ใดเข้าข่ายตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ข้างต้น คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรวมกิจการนั้น มีหน้าที่ต้องรายงานการรวมกิจการดังกล่าวของตนไปยัง The Agency เพื่อขออนุญาตในการรวมกิจการ ซึ่งคู่สัญญาจะต้องรอก่อนว่าจะสิ้นระยะเวลาในการพิจารณาอนุมัติซึ่งจะขึ้นอยู่กับประเภทของสิ่งตอบแทนที่ใช้ในการรวมกิจการ คือ 15 วันสำหรับการเสนอซื้อด้วยเงินสด และ 30 วันสำหรับการได้มาซึ่งหุ้นและทรัพย์สินจึงจะสามารถดำเนินการรวมกิจการต่อไปได้

#### 4. Merger Guidelines

The Agency ได้ร่วมกันออกแนวปฏิบัติ (guidelines)<sup>10</sup> เพื่อวางแนวทางในการพิจารณาการรวมกิจการ ซึ่งแนวปฏิบัตินี้ นอกจากจะเป็นแนวทางและหลักปฏิบัติให้แก่หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ควบคุมการรวมกิจการแล้ว ยังเป็นแนวทางให้แก่ผู้ประกอบการรวมธุรกิจให้ถูกต้องไม่ขัดต่อกฎหมายอีกด้วย โดยการออกแนวปฏิบัตินี้จะแยกพิจารณาการรวมกิจการออกเป็นสองลักษณะ คือ Horizontal Mergers และ Non-Horizontal Mergers ซึ่งการที่

---

<sup>10</sup> แนวปฏิบัติ (guideline) แม้จะมีได้มีสถานะเป็นกฎหมายแต่ก็เป็นการกำหนดเกณฑ์มาตรฐาน (standards) ในการบังคับใช้และการตีความกฎหมาย ซึ่งมีสภาพบังคับเทียบเท่ากับกฎหมาย

## (1) แนวปฏิบัติในการรวมกิจการแบบแนวนอน (Horizontal Merger Guidelines)

ได้แก่ 1992 Horizontal Merger Guidelines ซึ่งจะนำมาปรับใช้กับการพิจารณาการรวมกิจการแบบแนวนอนโดยเฉพาะ โดยจะไม่อนุญาตให้มีการรวมกิจการอันเป็นการสร้างหรือส่งเสริมอำนาจเหนือตลาดหรือเอื้อต่อการใช้อำนาจตลาดนั้น โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ 5 ประการ ดังต่อไปนี้

1. การรวมกิจการนั้นเป็นการเพิ่มการกระจุกตัว และทำให้ตลาดเกิดการกระจุกตัวหรือไม่ โดยจะมีการกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งตลาดผลิตภัณฑ์และตลาดภูมิศาสตร์<sup>11</sup> เพื่อใช้ในการวัดการกระจุกตัวของตลาดโดยใช้ดัชนี HHI (Herfindahl-Hirschman Index)<sup>12</sup> ในการคำนวณระดับการรวมตัว (level of concentration) ของธุรกิจทั้งก่อนและหลังการรวมกิจการ โดยจะแบ่งระดับของการกระจุกตัวเป็น 3 ระดับ<sup>13</sup> ดังนี้คือ

- (1) ค่า HHI ต่ำกว่า 1000 (unconcentrated) ถือว่าไม่มีการกระจุกตัว The Agency จะอนุญาตให้รวมกิจการได้
- (2) ค่า HHI ระหว่าง 1000 ถึง 1800 (moderately concentrated) ถือว่ามีการกระจุกตัวปานกลาง โดยจะพิจารณาการกระจุกตัวที่เพิ่มขึ้นภายหลังที่มีการรวมกิจการกันแล้วอีกชั้นหนึ่ง หากการกระจุกตัวเพิ่มขึ้นน้อยกว่า 100 จุด จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ และ ถ้าการกระจุกตัวเพิ่มมากกว่า 100 จุด จะไม่อนุญาตให้รวมกิจการ

<sup>11</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 1.1 Product Market Definition และ Section 1.2 Geographic Market Definition.

<sup>12</sup> เป็นวิธีการหนึ่งในการวัดการกระจุกตัวของตลาด โดยคำนวณได้จากผลรวมยกกำลังสองของส่วนแบ่งทางการตลาดของแต่ละหน่วยธุรกิจในตลาด คือ  $(S_1 + S_2)^2 = (S_1)^2 + 2S_1S_2 + (S_2)^2$  หรือ  $HHI = \sum S_i^2$

<sup>13</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 1.5.1.

(3) ค่า HHI เกินกว่า 1800 ขึ้นไป (highly concentrated) ถือว่ามีการกระจุกตัวสูง โดยจะพิจารณาการกระจุกตัวที่เพิ่มขึ้นภายหลังการรวมกิจการอีกชั้นหนึ่ง ถ้าการกระจุกตัวภายหลังการรวมกิจการเพิ่มขึ้นไม่เกิน 50 จุด แต่ถ้าการกระจุกตัวหลังรวมกิจการเพิ่มมากขึ้นกว่า 50 จุด จะไม่อนุญาตให้มีการรวมกิจการได้

2. การรวมกิจการที่มีการวัดการกระจุกตัว และเงื่อนไขในด้านอื่นๆที่เกี่ยวข้องนั้น ส่งผลเสียหรือเป็นผลร้ายต่อการแข่งขันหรือไม่ โดยจะพิจารณาว่าการรวมกิจการส่งผลทำให้การแข่งขันลดลงหรือไม่<sup>14</sup> ซึ่งอาจเกิดจากความร่วมมือระหว่างกันในการแสวงหาผลกำไรร่วมกันของกลุ่มบริษัทที่เป็นคู่แข่งกัน ซึ่งความร่วมมือระหว่างกันนี้อาจเป็นไปได้โดยปริยายหรือโดยชัดแจ้ง และอาจถูกกฎหมายหรือผิดกฎหมายก็ได้<sup>15</sup> หรืออาจเกิดจากบริษัทที่เข้าซื้อกิจการเพียงฝ่ายเดียวโดยการทำให้ราคาหุ้นสูงขึ้นและปิดบังผลของการซื้อกิจการ<sup>16</sup>

3. การรวมกิจการทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือไม่ โดย The Agency จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ ระยะเวลาที่ใช้ในการเข้าสู่ตลาด (timeliness of entry)<sup>17</sup> ความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาด (likelihood to entry)<sup>18</sup> และความพอเพียงในการเข้าสู่ตลาด (sufficiency of entry)<sup>19</sup>

4. ประสิทธิภาพที่ได้มาจากการรวมกิจการนั้น สามารถได้มาโดยวิธีการอื่นหรือไม่<sup>20</sup> โดยจะพิจารณาเฉพาะประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมกิจการเท่านั้นซึ่งประสิทธิภาพดังกล่าวจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยหากไม่มีการรวมกิจการ หรือด้วยวิธีการอื่นที่มีผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันในลักษณะเดียวกัน

<sup>14</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 2.

<sup>15</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 2.1.

<sup>16</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 2.2.

<sup>17</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 3.2.

<sup>18</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 3.3.

<sup>19</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 3.4.

<sup>20</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 4 (revised by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission April 8, 1997).

5. หากปราศจากการรวมกิจการแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการรวมกิจการก็จะไม่สามารถดำเนินธุรกิจของตนต่อไปได้ และต้องล้มเลิกกิจการออกจากตลาดไป (failing firm)<sup>21</sup> ซึ่งส่วนแบ่งตลาดในขณะนี้ของบริษัทที่ล้มเหลวอาจไม่มีนัยต่อการแข่งขันในอนาคต จึงไม่น่าจะเป็นการสร้างหรือส่งเสริมอำนาจตลาดหรือเอื้อต่อการใช้อำนาจตลาดได้ ซึ่งบริษัทที่กล่าวอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อขออนุญาตรวมกิจการนั้นต้องพิสูจน์เงื่อนไขต่างๆ ดังต่อไปนี้<sup>22</sup>

- (1) บริษัทนั้นไม่สามารถชำระหนี้สินของตนในอนาคตอันใกล้ได้
- (2) บริษัทนั้นไม่สามารถปรับโครงสร้างหนี้ได้สำเร็จตามบทที่ 11 แห่งกฎหมายล้มละลาย<sup>23</sup>
- (3) บริษัทนั้นไม่ประสบความสำเร็จในการใช้ความพยายามโดยสุจริต ในการหาวิธีการอื่นในการขายสินทรัพย์ของตนให้แก่บริษัทอื่นที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมกิจการที่ขออนุญาต และ

(4) ถ้าปราศจากการรวมกิจการแล้ว บริษัทนั้นต้องเลิกกิจการไป

ตัวอย่างคดีการรวมกิจการแบบแนวนอน คดี United States v. Philadelphia National Bank 374 U.S. 321 (1963)<sup>24</sup> เป็นการรวมกิจการของธนาคาร 2 แห่งเข้าด้วยกัน ศาลตัดสินว่าการรวมกิจการระหว่าง Philadelphia National Bank และ Girard Trust Corn Exchange Bank ซึ่งเป็นธนาคารใหญ่เป็นอันดับที่ 2 และอันดับ 3 ในฟิลาเดเฟีย และมีส่วนแบ่งตลาดในธุรกิจธนาคารพาณิชย์ในฟิลาเดเฟียถึง 22% และ 15% ตามลำดับ เข้าด้วยกันนั้นเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก กล่าวคือ ศาลได้ตัดสินโดยพิจารณาจากการที่การรวมกิจการนั้นทำให้มีส่วนแบ่งตลาดถึง 33% และสภาพตลาดเมื่อมีการคำนวณทางเศรษฐศาสตร์มีดัชนีการกระจุกตัวสูงถึง 80% ซึ่งถือว่าตลาดมีการกระจุกตัวที่สูงมาก

- (2) แนวปฏิบัติในการรวมกิจการที่มีใช่แนวนอน (Non-Horizontal Merger Guidelines) ได้แก่ 1984 Merger Guidelines Section 4 โดยแบ่งแนวปฏิบัติออกเป็น 2 ประเภท คือ การรวมกิจการแบบแนวตั้ง (Vertical Mergers) และ การรวมกิจการแบบหลากหลาย (Conglomerate Mergers)

<sup>21</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 5.

<sup>22</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Section 5.1.

<sup>23</sup> 11 U.S.C. Sections 1101-1174 (1988).

<sup>24</sup> Daniel J. Gifforn and Leo J. Raskind, *supra* note 5, pp.462-465.

## (2.1) แนวปฏิบัติในการรวมกิจการแบบแนวดิ่ง

การรวมกิจการแบบนี้อาจส่งผลกระทบต่อและเป็นปัญหาต่อการแข่งขันได้ 2 กรณี คือ เป็นการสร้างอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด และ เป็นการเอื้อประโยชน์หรือส่งเสริมต่อการร่วมมือกันของผู้ประกอบการ

(2.1.1) การรวมกิจการแบบแนวดิ่งที่ทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ ซึ่งจะทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในระดับแนวนอน โดย The Agency จะพิจารณาจากเงื่อนไข ดังต่อไปนี้<sup>25</sup> คือ

(1) ระดับของการรวมกิจการแบบแนวดิ่งระหว่างสองตลาดจะต้องมีมากจนทำให้ผู้ประกอบการที่เข้ามาในตลาดที่ 1 (primary market) จำเป็นต้องเข้าสู่ตลาดอื่น (secondary market) ในเวลาเดียวกันด้วย

(2) การเข้ามาสู่ตลาดที่ 2 จะต้องทำให้การเข้าสู่ตลาดที่ 1 มีความยากมากขึ้นและมีความเป็นไปได้น้อยลงอย่างมีนัยสำคัญที่จะเกิดขึ้น

(3) โครงสร้างและลักษณะเฉพาะของตลาดที่ 1 จะต้องนำมาซึ่งพฤติกรรมในการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งทำให้ความยากในการเข้าสู่ตลาดเพิ่มมากขึ้นและอาจจะส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมการแข่งขันในตลาดได้

(2.1.2) การรวมกิจการแบบแนวดิ่งที่เอื้อต่อการร่วมมือกันของผู้ประกอบการ มีอยู่ 2 กรณี คือ

(1) การร่วมมือกันในระดับผู้ค้าปลีก<sup>26</sup>

ในกรณีนี้ The Agency จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ ถ้าตลาดของผู้ผลิตไม่มีการกระจุกตัวมากพอที่จะทำให้เกิดการร่วมมือกันได้ กล่าวคือ ถ้าค่าดัชนีการกระจุกตัวทั้งหมดในตลาดของผู้ผลิตไม่เกินกว่า 1800 จุด และภายหลังการรวมกิจการแล้วสินค้าของผู้ผลิตสามารถขายได้เป็นจำนวนมากผ่านทางศูนย์ค้าปลีกที่มีการรวมตัวกัน

(2) การกำจัดผู้ซื้อที่มีได้รวมตัวกัน<sup>27</sup>

<sup>25</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.21.

<sup>26</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.221.

<sup>27</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.222.

The Agency จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ ถ้าค่าดัชนีการกระจุกตัวทั้งหมดในตลาดของผู้ผลิตไม่เกินกว่า 1800 จุด และบริษัทที่เข้าซื้อดังกล่าวมีมูลค่าการซื้อหรือลักษณะเฉพาะอื่นๆที่เกี่ยวข้องแตกต่างไปจากบริษัทอื่นๆในตลาดอย่างมาก

นอกจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในการที่ The Agency จะตัดสินใจอนุญาตให้มีการรวมกิจการแบบแนวดิ่งได้หรือไม่ นั้น ยังจะพิจารณาถึงประสิทธิภาพที่อาจจะเกิดขึ้นจากการรวมกิจการด้วย<sup>28</sup> โดยจะพิจารณาว่าการรวมกิจการนั้นสามารถเพิ่มประสิทธิภาพต่อเศรษฐกิจอันจะทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการเพิ่มขึ้น และทำให้ราคาสินค้าถูกลงเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคได้หรือไม่<sup>29</sup>

ตัวอย่างคดีการรวมกิจการแบบแนวดิ่ง คดี Ford Motor co. v. United States 405 U.S. 562 (1972)<sup>30</sup> เป็นกรณีที่บริษัท Ford ได้รวมกิจการกับบริษัทผลิตหัวเทียน ศาลได้ตัดสินว่าการรวมกิจการนั้นเป็นการผิดกฎหมายทั้งนี้เพราะการรวมกิจการดังกล่าวเป็นการเพิ่มอำนาจตลาดให้แก่บริษัท Ford ทำให้เป็นการยากต่อการจะเข้ามาแข่งขันของผู้ประกอบการรายอื่นและต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเข้าสู่ตลาดมากยิ่งขึ้น เพราะคู่แข่งจะต้องเข้าสู่ตลาดทั้งสองระดับพร้อมกันจึงจะสามารถแข่งขันกับบริษัท Ford ได้

#### (2.2) แนวปฏิบัติในการรวมกิจการแบบหลากหลาย

The Agency จะพิจารณาทั้งการแข่งขันที่อาจจะเกิดขึ้น (potential competition) และการแข่งขันที่มีอยู่จริง (actual competition) ในตลาดภายใต้หลักการเดียวกันกับการวิเคราะห์ทางโครงสร้างของการรวมกิจการแบบแนวนอน โดย The Agency จะใช้ปัจจัยดังต่อไปนี้ในการพิจารณา<sup>31</sup> คือ

(1) การกระจุกตัวในตลาด<sup>32</sup> The Agency จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ถ้าการกระจุกตัว (HHI) ทั้งหมดในตลาดของบริษัทที่ถูกรวมกิจการไม่เกินไปกว่า 1800 จุด

<sup>28</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.24.

<sup>29</sup> 1984 Merger Guidelines Section 3.5.

<sup>30</sup> Daniel J. Giffon and Leo J. Raskind, *supra* note 5, pp.497-502.

<sup>31</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.13.

<sup>32</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.131.

(2) เงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาด<sup>33</sup> The Agency จะอนุญาตให้รวมกิจการได้เมื่อผู้ประกอบการรายใหม่ประสบความสำเร็จในการเข้าสู่ตลาดที่บริษัทที่รวมกิจการนั้นดำเนินธุรกิจอยู่โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยข้อได้เปรียบพิเศษในการเข้าสู่ตลาด

(3) ข้อได้เปรียบในการเข้าสู่ตลาดของบริษัทที่รวมกิจการ<sup>34</sup> ถ้าบริษัทหลายบริษัทมีข้อได้เปรียบในการเข้าสู่ตลาดของบริษัทที่ถูกรวมกิจการเหมือนกัน การจะต้องเสียบริษัทใดบริษัทหนึ่งไปจากการถูกรวมกิจการก็ไม่ทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันแต่อย่างใด ดังนั้น The Agency จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ ถ้าข้อได้เปรียบในการเข้าสู่ตลาดซึ่งสันนิษฐานว่าบริษัทที่รวมกิจการมีอยู่นั้น บริษัทอื่นตั้งแต่สามบริษัทขึ้นไปก็สามารถได้มาซึ่งข้อได้เปรียบนั้นเช่นเดียวกัน

(4) ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทที่ถูกรวมกิจการ<sup>35</sup> The Agency จะอนุญาตให้รวมกิจการได้ ถ้าบริษัทที่ถูกรวมกิจการนั้นมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกิน 5% แต่จะไม่อนุญาตให้มีการรวมกิจการ หากบริษัทที่ถูกรวมกิจการนั้นมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 20% ขึ้นไป และมีเงื่อนไขอื่นๆ ประกอบด้วย

(5) ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้น<sup>36</sup> The Agency จะพิจารณาว่าการรวมกิจการนั้นสามารถเพิ่มประสิทธิภาพต่อเศรษฐกิจอันทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการเพิ่มขึ้น และทำให้ราคาสินค้าถูกลงเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคได้หรือไม่

นอกจากนี้ การพิจารณาการรวมกิจการแบบหลากหลายนั้นศาลจะตัดสินว่าการรวมกิจการนั้นเป็นการขัดต่อกฎหมาย ถ้าการรวมกิจการนั้นเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและเป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่น การบีบบังคับให้มีการแลกเปลี่ยนตอบแทน (reciprocity) , บังคับให้ทำสัญญาขายพ่วง (tying agreement) หรือ การตัดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (predatory pricing) เป็นต้น

ตัวอย่างคดีการรวมกิจการแบบหลากหลาย ตัวอย่าง ในคดี FTC v. Consolidated Foods Corp. 380 U.S. 592 (1965)<sup>37</sup> ศาลได้ตัดสินว่าการรวมกิจการระหว่าง Consolidated Food Corp. ซึ่งเป็นบริษัทผลิตอาหารกับ Gentry Inc. ซึ่งเป็นบริษัทผลิตหอมกระเทียมอัดแห้ง

<sup>33</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.132.

<sup>34</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.133.

<sup>35</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.134.

<sup>36</sup> 1984 Merger Guidelines Section 4.135.

<sup>37</sup> Daniel J. Gifforn and Leo J. Raskind, *supra* note 5, pp.485-488.

## 5. Interlocking Directorates and Officers

ในมาตรา 8<sup>38</sup> ของ The Clayton Act ได้บัญญัติห้ามถึงการที่บริษัทที่ประกอบธุรกิจที่มีสภาพเป็นคู่แข่งกันต่างมีคณะกรรมการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกันในเวลาเดียวกัน เพื่อเป็นการควบคุมอำนาจในการบริหารจัดการงานของหลายบริษัทให้เป็นหนึ่งเดียวกัน โดยการกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นความผิดก็ต่อเมื่อผลจากการกระทำนั้นเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก หรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นการสร้างผูกขาดในระดับการค้าใดการค้าหนึ่ง จุดประสงค์ของมาตรานี้ก็เพื่อเป็นการป้องกันการจำกัดการแข่งขันซึ่งเกิดจากการที่บริษัทที่เป็นคู่แข่งในธุรกิจเดียวกันอยู่ภายใต้การบริหารควบคุมของบุคคลกลุ่มเดียวกัน โดยมาตรา 8 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

(1) บุคคลจะเป็นกรรมการ (director) หรือ พนักงาน (officer) ในธุรกิจ 2 แห่ง ในช่วงเวลาเดียวกันไม่ได้ (ยกเว้น กิจการธนาคาร สมาคมธนาคาร และบริษัททรัสต์) หากกิจการหรือธุรกิจนั้น

(1.1) บางส่วนหรือทั้งหมดประกอบกิจการทางพาณิชย์ และ

(1.2) มีการทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อขจัดการแข่งขัน โดยพิจารณาจากประเภทของธุรกิจที่ดำเนินการและที่ตั้งของธุรกิจ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด และ

(1.3) เงินทุน เงินที่เหลือ และกำไรที่ยังไม่ได้แบ่งของแต่ละธุรกิจมีจำนวนรวมกันเกินกว่า \$22,761,000<sup>39</sup>

(2) การเป็นกรรมการหรือพนักงานในธุรกิจสองแห่งตามข้อ (1) อาจกระทำได้ ถ้า

(2.1) ยอดขายที่แข่งขันกัน (competitive sales) ของธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งน้อยกว่า \$2,761,000<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Section 8 of the Clayton Act 1914.

<sup>39</sup> แก้ไขตามมาตรา 8(a)(5) โดย Federal Trade Commission ในปี ค.ศ. 2006 เพื่อให้เหมาะสมกับผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (gross national product) ที่เปลี่ยนแปลงไปในทุกปีงบประมาณ (fiscal year) (15 U.S.C. § 19(a)(5))

(2.2) ยอดขายที่แข่งขันกันของธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งน้อยกว่าร้อยละ 2 ของยอดขายทั้งหมด (total sales) ของธุรกิจนั้น หรือ

(2.3) ยอดขายที่แข่งขันกันของแต่ละธุรกิจน้อยกว่าร้อยละ 4 ของยอดขายทั้งหมดของธุรกิจนั้น

## 6. Joint Venture

กิจการร่วมค้ำนั้นถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการรวมกิจการ และอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขันหรือก่อให้เกิดการผูกขาดได้เช่นเดียวกับการรวมกิจการโดยวิธีการอื่นๆ ดังนั้นกิจการร่วมค้ำจึงถูกกำหนดให้อยู่ในบังคับของ Horizontal Merger Guidelines เช่นเดียวกันกับการรวมกิจการแบบแนวนอนโดยวิธีการอื่นๆ ถ้ากิจการร่วมค้ำนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้<sup>41</sup>

- (1) ผู้ที่เข้าร่วมในกิจการร่วมค้ำนั้นเป็นคู่แข่งกันในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- (2) การเกิดขึ้นของการรวมตัวกันมีความสัมพันธ์กับประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นของการรวมตัวกันของกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- (3) การรวมตัวกันนั้นเป็นการจำกัดการแข่งขันทั้งหมดระหว่างผู้ที่เข้าร่วมในตลาดที่เกี่ยวข้อง และ
- (4) การรวมตัวกันนั้นไม่ได้สิ้นสุดไปภายในระยะเวลาที่จำกัดตามสมควรตามข้อสัญญาที่เฉพาะเจาะจงและชัดเจนของการรวมตัวกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว The Agency จะใช้เกณฑ์ระยะเวลา 10 ปี เป็นระยะเวลาที่ยาวนานเพียงพอที่จะพิจารณาว่ากิจการร่วมค้ำนั้นถือเป็นการรวมกิจการ (merger)

## 1.2 บทกำหนดโทษ

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า มาตรการควบคุมการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบไปด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ซึ่งแต่ละฉบับก็มีองค์ประกอบของรัฐที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายแตกต่างกันไป และในกรณีที่มีการกระทำ ความผิดเกิดขึ้นก็มีการกำหนดโทษที่แตกต่างกันด้วย กฎหมายบางฉบับอาจมีโทษทางอาญา บาง

<sup>40</sup> เฟิงอ้าง.

<sup>41</sup> 2000 Competitor Collaboration Guidelines Section 1.3

### 1. The Sherman Act of 1890

การกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ จะถือว่าเป็นความผิดอาญา โดยมี The Department of Justice เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ การรวมกิจการที่เป็น การละเมิดกฎหมายฉบับนี้ จะมีความผิดตามมาตรา 1 ซึ่งมีโทษกำหนดไว้ คือ<sup>42</sup>

(1) ในกรณีนิติบุคคล ปรับไม่เกิน \$100,000,000

(2) ในกรณีบุคคลธรรมดา ปรับไม่เกิน \$1,000,000 หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

ในกรณีนี้ ศาลอาจกำหนดเพิ่มโทษค่าปรับสำหรับนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาตามฐาน ความผิดนี้ได้เป็นสองเท่า (twice) ของผลตอบแทน (gain) ที่จำเลยได้รับ หรือ ของความเสียหาย (loss) ที่ผู้เสียหายได้รับก็ได้<sup>43</sup>

นอกจากนี้กฎหมายยังเปิดโอกาสให้เอกชนผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือได้รับผลกระทบ ในทางธุรกิจหรือทรัพย์สินจากการละเมิดกฎหมายดังกล่าว มีสิทธิฟ้องร้องผู้กระทำความผิดต่อ ศาลได้ และสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้สูงสุดถึง 3 เท่า (treble damages) จากความเสียหาย ที่ตนได้รับด้วย<sup>44</sup>

### 2. The Clayton Act of 1914

การกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ จะถือว่ามีผิดในทางแพ่ง ซึ่งองค์กรที่มี อำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ คือ The Federal Trade Commission โดยการรวม กิจการที่มีผลทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมากหรือก่อให้เกิดการผูกขาดขึ้น จะถือว่าเป็นความผิด ตามมาตรา 7 ของกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งได้ให้อำนาจแก่ The Federal Trade Commission สามารถ

---

<sup>42</sup> มีการแก้ไขเพิ่มโทษทางอาญาขั้นสูงสุดให้สูงขึ้นตาม The Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act of 2004.

<sup>43</sup> The Criminal Fines Improvement Act of 1984, 18 USC 3517(d) as amended in 1987.

<sup>44</sup> Section 7 of the Sherman Act of 1890.

### 3. Hart-Scott Rodino Antitrust Improvement Act of 1976

ถ้าการรวมกิจการใดที่เข้าหลักเกณฑ์ที่ต้องแจ้งการรวมกิจการให้แก่ The Agency ทราบเพื่อขออนุญาตในการรวมกิจการ แต่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดนั้น ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษปรับเป็นเงินได้ไม่เกิน \$11,000 ต่อวัน นับตั้งแต่วันที่การละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น<sup>47</sup>

#### 1.3 ขอบเขตการควบคุมการรวมธุรกิจ

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการนำเอากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาใช้บังคับในลักษณะที่เป็นการใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Extraterritorial Jurisdiction) ภายใต้หลักผลกระทบ (Effects Doctrine) โดยในกรณีของการรวมธุรกิจนั้น ถ้าการรวมธุรกิจใดอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า หรือก่อให้เกิดการผูกขาดในตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วไม่ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะเกิดขึ้นโดยบริษัทที่มีสัญชาติอเมริกันหรือเกิดขึ้นในอาณาเขตของประเทศอเมริกาหรือไม่ก็ตาม การรวมธุรกิจดังกล่าวก็จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและเขตอำนาจศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาในทุกกรณี ดังที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับต่างๆ ดังต่อไปนี้

#### 1. The Sherman Act of 1980

ได้กำหนดถึงการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับบริษัทต่างชาติไว้ในมาตรา 6a<sup>48</sup> โดยมีหลักว่ามาตรา 1-7 จะนำมาบังคับใช้กับการกระทำในทางการค้าหรือทางพาณิชย์กับต่างชาติ ในกรณี

<sup>45</sup> The Clayton Act of 1914 Section 4A.

<sup>46</sup> The Clayton Act of 1914 Section 4.

<sup>47</sup> The Clayton Act 1914 Section 7A(g) Civil penalty; compliance; power of court.

(1) การกระทำนั้นคาดหมายได้ว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรง ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ และสมเหตุสมผลต่อ การค้าหรือการพาณิชย์ภายในประเทศ หรือการนำเข้าเพื่อการค้าหรือการพาณิชย์กับต่างประเทศ หรือ การส่งออกเพื่อการค้าหรือการพาณิชย์กับต่างชาติ โดยบุคคลที่ประกอบธุรกิจเช่นว่านั้นในสหรัฐอเมริกา และ

(2) ผลกระทบดังกล่าวนั้นเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติในมาตรา 1 ถึง 7 ของกฎหมายฉบับนี้

## 2. The Clayton Act of 1914

ได้กำหนดถึงการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับบริษัทต่างชาติไว้ในมาตรา 12<sup>49</sup> ว่า การฟ้องร้อง การดำเนินคดี หรือการดำเนินกระบวนการการใดๆต่อกิจการภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่เพียงแต่จะกระทำได้ที่เขตอำนาจศาลที่กิจการนั้นตั้งอยู่เท่านั้น แต่ยังอาจกระทำได้ที่เขตอำนาจศาลที่พบกิจการนั้นหรือที่กิจการนั้นดำเนินธุรกิจอยู่ก็ได้ และการดำเนินกระบวนการทั้งหมดภายใต้กรณีดังกล่าวอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลที่กิจการนั้นตั้งอยู่ หรือ ที่ใดที่พบกิจการนั้นก็ได้

## 3. The Foreign Trade Antitrust Improvement Act 1982

เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อรับรองหลักผลกระทบโดยสมเหตุสมผลไว้ในกฎหมายอย่างเป็นทางการ เพื่อเป็นการใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับการค้าระหว่างประเทศหรือกิจการระหว่างประเทศอย่างชัดเจน โดยกฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับกับการกระทำของบริษัทต่างชาติที่นอกเหนือไปจากการนำเข้าที่ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรง ในส่วนสำคัญ และคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา

## 4. The Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations 1995

เป็นแนวปฏิบัติที่ออกมาเพื่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าต่อกิจการที่มีความเกี่ยวข้องในทางระหว่างประเทศ โดยจะเน้นถึงอำนาจทั่วไปในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่อพฤติกรรมและลักษณะในการใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดนสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ภายใต้หลักมิตรไมตรีระหว่างประเทศ ความร่วมมือเพื่อการบังคับการตามกฎหมายการ

---

<sup>48</sup> Section 6a of The Sherman Act of 1890 Conduct involving trade or commerce with foreign nations.

<sup>49</sup> Section 12 of The Clayton Act of 1914 District in which to sue corporation

## 2. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

เนื่องจากช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศในทวีปยุโรปทั้งหมดต้องประสบกับความตกต่ำและความสูญเสียเป็นอย่างมาก และทำให้เกิดผลกระทบกระเทือนอย่างหนักต่อสภาพเศรษฐกิจของทวีป ประเทศต่างๆในยุโรปจึงเล็งเห็นว่าอนาคตของยุโรปจะดำรงอยู่ต่อไปได้ก็ต่อเมื่อมีการร่วมมือกันอย่างสามัคคีและมีการบูรณาการอันจะนำไปสู่การรวมยุโรปเข้าด้วยกันอย่างเป็นเอกภาพ และด้วยผลแห่งสนธิสัญญา Masstricht ในปี ค.ศ. 1992 สหภาพยุโรป (European Union)<sup>51</sup> จึงได้ก่อกำเนิดขึ้นอย่างเป็นทางการ ซึ่งประกอบไปด้วย ประชาคมยุโรป (European Community) ความร่วมมือในด้านกิจการภายในและการศาล (Cooperation in the Field of Justice and Home Affairs) และ นโยบายการต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกัน (Common Foreign and Security Policy)<sup>52</sup>

ส่วนที่สำคัญที่สุดของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับนโยบายการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ กลุ่มประชาคมยุโรป<sup>53</sup> ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักที่จะกำจัดภาษีศุลกากรและการกีดกันทางการค้า

<sup>50</sup> Guidelines for International Operations Section 1 Introduction.

<sup>51</sup> ปัจจุบันสหภาพยุโรปมีสมาชิกทั้งหมด 27 รัฐ ได้แก่ เบลเยียม ฝรั่งเศส เยอรมนี อิตาลี ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ เดนมาร์ก ไอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร กรีซ โปรตุเกส สเปน ออสเตรีย ฟินแลนด์ สวีเดน ไชปรัส สาธารณรัฐเช็ก เอสโตเนีย ฮังการี ลัตเวีย ลิทัวเนีย มอลตา โปแลนด์ สโลวาเกีย สโลวีเนีย บัลแกเรีย และโรมาเนีย

<sup>52</sup> สถาบันนโยบายสังคม และเศรษฐกิจ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.(3-8).

<sup>53</sup> ก่อตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญากรุงโรม (The Treaty of Rome 1958, EC Treaty) ซึ่งได้กำหนดถึงบทบัญญัติในการป้องกันการแข่งขันทางการค้าภายในตลาดร่วม (Common Market) ของประชาคมเอาไว้ในมาตรา 81 ถึงมาตรา 90 (มาตราเดิม คือ มาตรา 85-94) ซึ่งถือว่ามีสภาพบังคับและผูกพันสมาชิกทุกรัฐในประชาคมยุโรป และบังคับใช้โดย Court of First Instance และ European Court of Justice อ้างจาก Joseph Wilson, Globalization and the Limits of National Merger Control Laws, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p. 131

หลักการที่สำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ได้แก่

- (1) มาตรา 81 (มาตรา 85 เดิม)<sup>54</sup> บัญญัติห้ามการทำข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ คำสั่งของสมาคมผู้ประกอบการ หรือ แนวปฏิบัติที่สอดคล้องกันของผู้ประกอบการ ที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า
- (2) มาตรา 82 (มาตรา 86 เดิม) บัญญัติห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ
- (3) Regulation No.17 of the Council of 6 February 1962, First Regulation Implementing Article 85 and 86 of the Treaty เป็น Regulation ที่ออกมาเพื่อขยายความมาตรา 85 และมาตรา 86 (มาตรา 81 และ มาตรา 82 ใหม่) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นขั้นตอน วิธีการ อำนาจและบทบาทของคณะกรรมการในการดูแลกิจกรรมที่อยู่ภายใต้สองมาตราดังกล่าว
- (4) Council Regulation No. 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations Between Undertakings (Merger Regulation)<sup>55</sup> เป็น Regulation ที่ออกมาเพื่อควบคุมการรวมกิจการ และข้อตกลงใดๆ ซึ่งถือว่าการก่อให้เกิดการกระจุกตัว อันจะนำไปสู่การมีอำนาจเหนือตลาด หรือ สร้างความแข็งแกร่งให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ซึ่งทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันลดลง หรือ มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันภายในประชาคมยุโรป

---

<sup>54</sup> เนื่องจากสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง และในครั้งล่าสุดได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยสนธิสัญญากรุงอัมสเตอร์ดัม (The Treaty of Amsterdam) เมื่อปี ค.ศ 1997 ซึ่งได้มีการปรับเลขมาตราใหม่ทั้งหมด โดยมีได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาแต่อย่างใด ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะระบุถึงเลขมาตราที่มีการแก้ไขใหม่เท่านั้น

<sup>55</sup> ถูกแก้ไขครั้งล่าสุดโดย Council Regulation (EC) No.139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings (The EC Merger Regulation (ECMR)).

## 2.1 มาตรการควบคุมการรวมธุรกิจ

เดิมก่อนที่ The Commission<sup>56</sup> จะได้มีการออก Merger Regulation (Council Regulation No. 4064/89) ในปี ค.ศ. 1989 เพื่อนำมาบังคับใช้กับการพิจารณาการรวมกิจการ โดยเฉพาะแล้ว The European Court of justice<sup>57</sup> ก็ได้นำมาตรา 81 และ มาตรา 82 แห่งสนธิสัญญากรุงโรมมาปรับใช้ในการตัดสินคดีกรณีการรวมกิจการ ซึ่งทั้งสองมาตราดังกล่าวก็มิได้มีการบัญญัติถึงกรณีการรวมกิจการไว้อย่างชัดเจน ทำให้การตัดสินคดีในเรื่องดังกล่าวของศาลยังไม่ค่อยมีประสิทธิภาพและเหมาะสมมากนัก

### 1. มาตรา 81

เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบการสมคบหรือร่วมมือกันกระทำการใดๆ อันเป็นการบิดเบือนหรือจำกัดการแข่งขัน การกระทำที่เป็นการต้องห้ามตามมาตรานี้ ได้แก่ การทำข้อตกลง (agreements) การตัดสินใจ (decisions) หรือ การร่วมมือกัน (concert practices) ระหว่างบรรดาผู้ประกอบการ (undertakings) ที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางการค้าระหว่างประเทศภาคี หรือ มีผลเป็นการจำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขันทางการค้าในตลาดร่วม (common market)<sup>58</sup> ข้อตกลงหรือการกระทำใดที่ฝ่าฝืนต่อมาตรานี้จะมีผลตกเป็นโมฆะ<sup>59</sup> เว้นแต่ข้อตกลงหรือการกระทำนั้นจะ

---

<sup>56</sup> The Commission หรือ คณะกรรมาธิการจะประกอบไปด้วยกรรมาธิการที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐสมาชิกจำนวน 27 คน ดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี ซึ่งมีบทบาทในด้านนโยบายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างมาก โดยมีหน้าที่เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและมีอำนาจออกคำสั่ง คำตัดสินและลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 85 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม อ้างจาก Joseph Wilson, *Globalization and the Limits of National Merger Control Laws*, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p. 135-136.

<sup>57</sup> The European Court of Justice (ศาลยุติธรรมยุโรป) เป็นศาลยุติธรรมที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญากรุงโรม อันประกอบไปด้วยคณะผู้พิพากษาจำนวน 15 ท่าน ทำหน้าที่เป็นองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีด้วยตนเอง ระหว่างประเทศภาคีกับองค์กรใดองค์กรหนึ่งของประชาคมฯ หรือระหว่างองค์กรของประชาคมฯ กับเอกชนหรือองค์กรวิสาหกิจต่างๆ

<sup>58</sup> Article 81(1) of the EC Treaty.

<sup>59</sup> Article 81(2) of the EC Treaty.

ในปี ค.ศ. 1966 The European Commission ได้ทำการศึกษาถึงข้อดีและจุดบกพร่องของการนำมาตรา 81 และ 82 มาใช้เพื่อควบคุมการรวมกิจการของบริษัท โดยได้จัดทำออกมาเป็น Memorandum of the Concentration of Enterprises in the Common Market<sup>61</sup> โดยได้สรุปว่า มาตรา 81 นั้นไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ในการเข้าซื้อหุ้นทั้งหมด หรือบางส่วนเพื่อมีอำนาจควบคุมการบริหารธุรกิจ (รวมถึงการรวมกิจการ การจัดตั้งบริษัท holding และการซื้อสินทรัพย์)<sup>62</sup> และได้สรุปข้อบกพร่องของมาตรา 81 ในการใช้ควบคุมการรวมกิจการไว้ดังนี้<sup>63</sup>

(1) ข้อยกเว้นตามมาตรา 81(3) ถือเป็นจุดอ่อนที่สำคัญที่สุดในการควบคุมการรวมกิจการ เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อยกเว้นตามมาตราดังกล่าวนั้น ขึ้นอยู่กับการชั่งน้ำหนักระหว่างข้อดีและข้อเสียของข้อตกลงนั้นที่มีต่อการแข่งขันทางการค้า ซึ่งการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้พิจารณากับการรวมกิจการนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากในทางปฏิบัติ เนื่องจากผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการรวมกิจการนั้นเป็นสิ่งที่แทบจะไม่มีน้ำหนัก เมื่อมาเปรียบเทียบกับผลเสียอันเกิดขึ้นจากกิจกรรมดังกล่าว ทั้งนี้เพราะการรวมกิจการโดยเฉพาะการรวมกิจการของบริษัทขนาดใหญ่จะมีผลทำให้การแข่งขันทางการค้าลดลงหรือหมดสิ้นไปโดยสิ้นเชิง<sup>64</sup>

(2) ผลทางกฎหมายของการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรา 81 จะมีผลตกเป็นโมฆะทันที และจะฟ้องร้องบังคับในศาลของประเทศภาคีไม่ได้ ซึ่งจากผลทางกฎหมายดังกล่าวนี้จึงเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับการรวมกิจการบริษัท ทั้งนี้เนื่องจากถ้าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้รายงานต่อ The Commission ถึงกิจกรรมการรวมกิจการเพื่อจะขอยกเว้นตามมาตรา 81(3)

<sup>60</sup> Article 81(3) of the EC Treaty.

<sup>61</sup> Memorandum of the Concentration of Enterprises in the Common Market, EEC Competition Series Study No.3 (published in 1966).

<sup>62</sup> *Ibid*, paragraph 58.

<sup>63</sup> Lennart Ritter and W.David Braun, European Competition Law: A Practitioner's Guide, 3<sup>rd</sup> ed., (The Netherlands: Kluwer Law International, 2005), p. 495.

<sup>64</sup> *supra note* 61, paragraphs 8-9.

(3) เนื่องจากขบขายในการบังคับใช้มาตรา 81 นั้น จะสามารถบังคับได้เฉพาะกับการทำข้อตกลง หรือการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการเท่านั้น ไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับกิจการที่ขาดลักษณะดังกล่าวได้ เช่น การซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งในการรวมกิจการ<sup>65</sup> เพราะว่า cartel และ concentration มีความแตกต่างกัน cartel นั้นเป็นการทำข้อตกลง หรือการกระทำร่วมกันในตลาดระหว่างบริษัทที่มีความเป็นอิสระแยกจากกัน แต่ concentration of firms เป็นการที่บริษัทหลายบริษัทมารวมตัวกันภายใต้การบริหารงานทางธุรกิจเป็นหนึ่งเดียวกันซึ่งมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่ถาวร<sup>67</sup>

## 2. มาตรา 82

เป็นบทบัญญัติที่ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด มิให้ใช้อำนาจเหนือตลาดของตนไปในทางที่มีชอบ อันเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด หรือมีผลกระทบต่อพฤติกรรมหรือการตัดสินใจ หรือทำให้ได้เปรียบผู้ประกอบการรายอื่นด้วยวิธีการอันไม่เป็นธรรม<sup>68</sup> อันก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการค้าของประชาคมหรือระหว่างรัฐสมาชิก โดยผู้ที่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติตามมาตรานี้จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นด้วย

โดยใน 1966 Memorandum นั้น The Commission ได้ให้ความเห็นไว้ว่า มาตรา 82 นั้นมีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้ควบคุมการรวมกิจการมากกว่ามาตรา 81 ซึ่งการดำเนินการรวมกิจการอาจจะเป็นการละเมิดต่อมาตรานี้ได้ ถ้าปรากฏว่าบริษัทซึ่งเป็นผู้ที่มีสถานะทางเศรษฐกิจเหนือผู้อื่น หรือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ขยายอำนาจตลาดของตนด้วยการเข้าครอบครองหรือรวมเอาบริษัทอื่นเข้ากับบริษัทของตน อันมีผลทำให้เกิดการผูกขาดขึ้นในตลาดซึ่งก่อให้เกิดความ

<sup>65</sup> *Supra note 61, paragraph 11.*

<sup>66</sup> *Supra note 61, paragraph 3.*

<sup>67</sup> *Supra note 61, paragraph 1.*

<sup>68</sup> Article 82 of the EC Treaty.

(1) ภายใต้มาตรา 82 The Commission จะเข้าดำเนินการตรวจสอบการรวมกิจการได้เมื่อกิจกรรมการรวมกิจการนั้นได้เริ่มดำเนินการแล้ว แต่ไม่มีอำนาจที่จะใช้มาตรการป้องกันใดๆ ก่อนที่การรวมกิจการจะเกิดขึ้น ซึ่งข้อบกพร่องดังกล่าวนี้อาจทำให้การป้องกันการผูกขาดทางการค้าเป็นไปได้โดยไม่มีประสิทธิภาพและไม่ทันต่อเหตุการณ์

(2) มาตรา 82 นี้ไม่มีบทที่กำหนดให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการรวมกิจการต้องรายงานถึงกิจกรรมการรวมกิจการให้ The Commission ทราบก่อน เพื่อทำการพิจารณาว่าจะอนุญาตให้มีการรวมกิจการดังกล่าวได้หรือไม่ การที่กฎหมายบังคับให้มีการรายงานการรวมกิจการต่อ The Commission นั้นจะเป็นประโยชน์ทั้งต่อ The Commission เองที่จะทำการตรวจสอบการรวมกิจการได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทันต่อเหตุการณ์ และทั้งต่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องที่จะไม่ต้องเสียหายจากการถูกลงโทษหรือถูกเพิกถอนการรวมกิจการที่เป็นการขัดต่อกฎหมายในภายหลัง

(3) เนื่องจากตามมาตรา 82 นี้ไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นในการขออนุญาตให้การรวมกิจการที่เป็นการขัดต่อกฎหมาย แต่มีความจำเป็นทางธุรกิจหรือก่อให้เกิดประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมสามารถรวมกิจการกันได้ จึงมีผลทำให้การรวมกิจการในทุกประเภทและทุกกรณีซึ่งเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรานี้ก็กลายเป็นการกระทำที่มีชอบและฝ่าฝืนต่อกฎหมายทั้งสิ้น โดย The Commission มิอาจใช้ดุลยพินิจพิจารณายกเว้นให้แก่การรวมกิจการที่ก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าผลเสียได้ จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายเข้มงวดจนเกินไป ไม่ยืดหยุ่นไปตามสภาพตลาดที่อาจเปลี่ยนแปลงไปและอาจเป็นการขัดขวางการแข่งขันหรือความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจได้

### 3. Merger Regulation (Regulation 139/2004)

ในวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1989 The EEC Council of Ministers ได้ผ่านข้อบังคับว่าด้วยการควบคุมการรวมกิจการระหว่างองค์กรหรือหน่วยทางธุรกิจ ได้แก่ EC Merger Regulation 4064/89<sup>70</sup> โดยได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์และมาตรการที่จะใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมการรวม

<sup>69</sup> Joseph Wilson, Globalization and the Limits of National Merger Control Laws, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p. 146.

<sup>70</sup> Council Regulation No. 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations Between Undertakings, 1989 O.J. (L395).

#### 1. ขอบเขตในการควบคุม

ข้อบังคับที่ 139/2004 นี้จะใช้บังคับกับการรวมกิจการที่ถือว่าทำให้เกิดการกระจุกตัว (concentration) ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และนอกจากนี้ยังจะต้องเป็นการรวมกิจการที่มีขนาดของประชาคม (community dimension)<sup>74</sup> อีกด้วย

---

<sup>71</sup> Council Regulation (EC) No.139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings (The EC Merger Regulation (ECMR)).

<sup>72</sup> Lennart Ritter and W.David Braun, *supra note* 63, p. 501.

<sup>73</sup> จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการควบบริษัทของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 4 (มิถุนายน 2535): 100-101.

<sup>74</sup> ขนาดของประชาคม (Community Dimension) ได้แก่ กิจการที่มีผลกระทบต่อสหภาพ สำหรับกรณีประชาคมยุโรป คือ กิจการที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพเคลื่อนไหวอย่างเสรีของสินค้า บริการ แรงงาน และเงินทุน รวมถึงนโยบายร่วมต่างๆของสหภาพ เช่น นโยบายการแข่งขันทางการค้า อ่างจาก สถาบันนโยบายสังคม และเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาด้านกฎหมาย), 2 เล่ม (2542), เล่ม 1, น. (3-7).

## (1) Concentration

ข้อบังคับนี้จะใช้บังคับเฉพาะกับการรวมกิจการที่ทำให้เกิดการกระจุกตัว (concentration) ซึ่งได้ระบุไว้ในมาตรา 3(1)<sup>75</sup> ของข้อบังคับฉบับนี้เท่านั้น โดยการกระจุกตัวอาจเกิดขึ้นได้จากผลของการเปลี่ยนอำนาจการควบคุมในกรณี ดังต่อไปนี้

(1.1) การรวมกันของกิจการระหว่างผู้ประกอบการหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปซึ่งแต่เดิมมีความเป็นอิสระแยกจากกัน

(1.2) การที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจในการควบคุมกิจการอยู่แล้วอย่างน้อยหนึ่งกิจการ หรือผู้ประกอบการหรือกลุ่มผู้ประกอบการดำเนินการครอบงำกิจการ โดยการซื้อหุ้นหรือสินทรัพย์ โดยทางสัญญาหรือโดยวิธีการอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการควบคุมทั้งหมดหรือบางส่วนของกิจการอื่นรายใดรายหนึ่งหรือหลายราย ซึ่งแม้จะมีการซื้อหุ้นไม่ถึงกึ่งหนึ่งก็อาจได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมผู้ประกอบการรายนั้นๆ ได้ ทั้งนี้โดยต้องคำนึงถึงโครงสร้างการถือหุ้นของผู้ประกอบการรายนั้นๆ ด้วย

นอกจากนี้ยังได้ระบุถึงกรณีของกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ไว้ในมาตรา 3(4) ด้วย กล่าวคือ กิจการร่วมค้าซึ่งเป็นการรวมตัวกันของหน่วยธุรกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลทางเศรษฐกิจที่มีอิสระในการดำเนินกิจการได้ด้วยตัวเองในระยะยาว ก็อาจก่อให้เกิดการกระจุกตัวได้ เช่นเดียวกันกับการรวมกิจการในรูปแบบอื่นภายใต้นิยามตามมาตรา 3(1)(b) การที่จะพิจารณาว่ากิจการร่วมค้าได้มีการดำเนินกิจการแบบเต็มรูปแบบ (full-function) หรือไม่นั้นให้พิจารณาว่ากิจการร่วมค้าดังกล่าวมีแหล่งเงินทุน พนักงานและสินทรัพย์ที่มีความจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจได้อย่างอิสระในระยะยาวเป็นของตนเองหรือไม่และจะต้องสามารถแสดงถึงการดำเนินกิจการในฐานะที่เป็นนิติบุคคลทางเศรษฐกิจที่มีความเป็นอิสระในตลาดได้อีกด้วย<sup>76</sup>

## (2) Community Dimension

ข้อบังคับฉบับนี้ได้มีการแบ่งแยกอำนาจในการควบคุมการรวมกิจการระหว่าง The Commission และองค์กรภายในของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลการรวมกิจการไว้อย่างชัดเจน โดยดูจากขนาดของบริษัทที่รวมกิจการเป็นเกณฑ์ซึ่งพิจารณาจากรายได้รวมทั่วโลก

<sup>75</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 3 Definition of concentration.

<sup>76</sup> John Cook and Christopher Kerse, *EC Merger Control*, 4<sup>th</sup> ed. (Great Britain: Sweet & Maxwell, 2005), pp. 7-8.

ม ดังนี้<sup>78</sup>

1. ผลรวมของรายได้ที่เกิดขึ้นทั้งหมดทั่วโลก (worldwide turnover) ของทุกกิจการที่รวมกันมีมากกว่า 5,000 ล้านยูโร และ

2. ผลรวมของรายได้ทั้งหมดที่เกิดขึ้นภายในประชาคมของแต่ละกิจการ หรืออย่างน้อยสองกิจการที่รวมกันมีมากกว่า 250 ล้านยูโร

ถ้าการรวมกิจการใดเข้าเงื่อนไขทั้งสองประการข้างต้นแล้ว แสดงว่าการรวมกิจการนั้นมีขนาดของประชาคมจึงต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของข้อบังคับฉบับนี้ และตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของ The Commission ด้วย เว้นแต่ ถ้ากิจการที่รวมเข้ากันกิจการใดกิจการหนึ่งมีรายได้จำนวน 2 ใน 3 ของรายได้รวมทั้งหมดที่เกิดขึ้นภายในประชาคมเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจในประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่งเพียงประเทศเดียว (The two-third rule) ก็ให้ถือว่าการรวมกิจการนั้นไม่มีขนาดของประชาคม และตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและการกำกับดูแลขององค์กรภายในของประเทศสมาชิกดังกล่าวนั้น

การที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้เช่นนี้ เนื่องจากว่าข้อบังคับฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ The Commission มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมเฉพาะการรวมกิจการระหว่างประเทศ (cross border mergers) ซึ่งมีขอบข่ายในการดำเนินการในหลายประเทศ และอาจมีผลกระทบต่อโครงสร้างและการแข่งขันภายในตลาดร่วมของประชาคมเท่านั้น การรวมกิจการภายในประเทศ (national mergers) ที่ส่งผลกระทบต่อประเทศภาคีประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ จึงควรอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรภายในของประเทศนั้นจึงจะมีความเหมาะสมกว่า<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Worldwide turnover หมายถึง รายได้ทั้งหมดของบริษัทซึ่งได้มาจากการขายสินค้าและบริการ โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นรายได้ที่เกิดขึ้น ณ ที่ใด โดยเป็นรายได้โดยรวมก่อนที่จะมีการหักภาษี โดย Worldwide turnover ที่จะนำมาพิจารณาก็คือ รายได้ทั้งหมดของบริษัทที่เกิดขึ้นทั่วโลกในปีสุดท้ายก่อนที่จะมีการดำเนินการรวมธุรกิจ อ้างจาก จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการควบบริษัทของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 4 (มิถุนายน 2535): 101.

<sup>78</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 1(2) – (3).

<sup>79</sup> จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73, น.101-102.

### (3) Substantive Criteria

The Commission จะนำเอาการรวมกิจการที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของข้อบังคับฉบับนี้มาพิจารณาอีกชั้นหนึ่งว่าการรวมกิจการดังกล่าวจะสอดคล้อง (compatible) กับตลาดร่วมของประชาคมหรือไม่ โดยจะพิจารณาจากเงื่อนไขต่างๆที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2<sup>80</sup> ดังต่อไปนี้

1. ความจำเป็นในการรักษาและการพัฒนาการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพภายในตลาดร่วม โดยเฉพาะในเรื่องของโครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้อง และการแข่งขันที่มีอยู่หรือที่อาจจะเกิดขึ้นจากผู้ประกอบการไม่ว่าจะอยู่ภายในหรือภายนอกประชาคมก็ตาม

2. สถานะในตลาด และอำนาจทางเศรษฐกิจและทางการเงินของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง ทางเลือกที่มีอยู่ของผู้จำหน่ายและผู้บริโภค ความสามารถในการเข้าถึงวัตถุดิบและตลาด กฎหมายหรือเงื่อนไขที่เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด แนวโน้มของอุปสงค์และอุปทานของสินค้าและบริการที่เกี่ยวข้อง ผลประโยชน์ของผู้บริโภคชั้นกลางและชั้นสุดท้าย การพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีและการดำเนินงานทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค และไม่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขัน

การกระทำใดที่ไม่เป็นการสร้างหรือส่งเสริมอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ในอันที่ไม่เป็นการขัดขวางการแข่งขันในตลาดร่วม หรือส่วนสำคัญในตลาดร่วม จะถือว่าการกระทำตัวนั้นสอดคล้องกับตลาดร่วม ซึ่ง The Commission จะอนุญาตให้มีการรวมกิจการนั้นได้ ในขณะเดียวกัน การกระทำใดที่เป็นการสร้างหรือส่งเสริมอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ อันเป็นการขัดขวางการแข่งขันในตลาดร่วมหรือส่วนสำคัญในตลาดร่วมเป็นอย่างมาก จะถือว่าการกระทำตัวนั้นไม่สอดคล้องกับตลาดร่วม และ The Commission จะห้ามการรวมกิจการนั้น

ตัวอย่างเช่น คดี Nordic Satellite Case<sup>81</sup> เป็นการรวมกิจการของ Nordic Satellite Distribution หรือ NSD ซึ่งเป็นการรวมกิจการกันระหว่าง NT, TD และ Kinnevik โดยเป็นกิจการที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการแพร่ภาพรายการโทรทัศน์ในแถบประเทศ เดนมาร์ก สวีเดน นอร์เวย์ และ ฟินแลนด์ (ประเทศในแถบยุโรปภาคเหนือ (Nordic) สำหรับการรวมกิจการในครั้งนี้ถือว่ามีขนาดของประชาคม เนื่องจากรายได้รวมทั่วโลกของทุกกิจการมีมากกว่า 5,260 ล้านดอลลาร์ และแต่ละกิจการมีรายได้ทั้งหมดในประชาคมมากกว่า 250 ล้านดอลลาร์ และ NSD ได้ถือหุ้นในกิจการทั้งสามด้วยอัตราส่วนที่เท่ากันคือ 33.3% จากการรวมกิจการเป็น NSD ทำให้ NSD มีสถานะเป็นผู้มี

<sup>80</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 2 Appraisal of concentrations.

<sup>81</sup> Commission Decision July 19, 1995, 1996 O.J. (L53)20.

ตัวอย่างเช่น คดี Sanofi/Synthelabo<sup>82</sup> บริษัท Sanofi และ Synthelabo เป็นบริษัทผลิตยาในประเทศฝรั่งเศส ได้ขออนุญาตรวมกิจการต่อ The Commission ซึ่ง The Commission ให้อนุญาตให้มีการรวมกิจการดังกล่าวได้ ซึ่งก่อนการรวมกิจการบริษัททั้งสองมีการติดต่อทำธุรกิจระหว่างกันในแนวดิ่งโดยผ่านบริษัทสาขาของตนเอง ต่อมาเมื่อผู้ร้องเรียนว่าการรวมกิจการดังกล่าวทำให้บริษัทผูกขาดการผลิตและจำหน่ายในตลาดยาออกฤทธิ์สารเสพติด Pholcodine, Codeine และ Morphine ซึ่งเป็นปัจจัยการผลิตที่ใช้ในการผลิตยาแก้ไอ The Commission ได้ตรวจสอบข้อเท็จจริง แล้วพบว่า เป็นจริงตามข้อร้องเรียน เนื่องจากเมื่อบริษัททั้งสองขออนุญาตรวมกิจการนั้นมิได้ยื่นข้อมูลและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อการแข่งขันในตลาดปัจจัยการผลิตยาดังกล่าว รวมไปถึงในตลาดยาแก้ไอซึ่งเป็นตลาดผลิตภัณฑ์ที่ได้รับผลกระทบจากการรวมกิจการในครั้งนี้ The Commission จึงได้ตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิด EC Merger Regulation 4064/89 และได้ยกเลิกคำสั่งที่อนุญาตให้รวมกิจการ และสั่งปรับบริษัททั้งสองเป็นจำนวนเงินบริษัทละ 50,000 ยูโร

## 2. กระบวนการในการควบคุม

การรวมกิจการใดที่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อบังคับการรวมกิจการที่ 139/2004 ก็จะต้องถูกดำเนินการตรวจสอบตามกระบวนการที่ข้อบังคับฉบับนี้กำหนดไว้ ดังต่อไปนี้

### (1) Prior Notification of Concentrations

การรวมกิจการใดที่มีการกระจุกตัวและมีขนาดของประชาคมตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับตามที่กล่าวมาแล้ว ย่อมถือว่ามีลักษณะที่อาจจะกระทบต่อโครงสร้างและการแข่งขันภายในตลาดรวมได้ซึ่งคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการรวมกิจการนั้นมีหน้าที่<sup>83</sup> หรือสมัครใจ<sup>84</sup> ที่

<sup>82</sup> Commission Decision of 28 July 1999, (Case No. IV/M.1543).

<sup>83</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 4(1) first paragraph.

<sup>84</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 4(1) second paragraph.

## (2) Examination

หลังจากที่ The Commission ได้รับแจ้งการรวมกิจการแล้ว จะต้องทำการตรวจสอบการรวมกิจการที่ได้รับแจ้งโดยเร็ว (Initial Examination) และจะต้องมีคำตัดสิน (Initial Decisions) อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ ภายใน 25 วันทำการ นับแต่ได้รับทราบการแจ้ง<sup>86</sup>

1. ถ้า The Commission สรุปว่าการกระทำที่ได้รับความแจ้งไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อบังคับการรวมกิจการ The Commission ก็จะต้องตัดสินว่าการกระทำนั้นไม่อยู่ในขอบเขตของข้อบังคับนี้<sup>87</sup>

2. ถ้า The Commission พบว่าการกระทำที่ได้รับความแจ้งอยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อบังคับการรวมกิจการ แต่ไม่ทำให้เกิดข้อสงสัยอย่างร้ายแรงว่าสอดคล้องต่อการดำเนินการของตลาดร่วมหรือไม่ The Commission จะตัดสินใจที่จะไม่คัดค้าน และประกาศว่าการกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับตลาดร่วม<sup>88</sup>

3. ถ้า The Commission พบว่าการกระทำที่ได้รับความแจ้งอยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อบังคับการรวมกิจการ และทำให้เกิดข้อสงสัยอย่างร้ายแรงว่าสอดคล้องต่อการดำเนินการของตลาดร่วมหรือไม่ The Commission จะตัดสินใจที่จะเริ่มกระบวนการตรวจสอบอย่างเป็นทางการ (In-depth Examination)<sup>89</sup> ต่อไป

---

<sup>85</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 7(1).

<sup>86</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 10(1).

<sup>87</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 6(1)(a).

<sup>88</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 6(1)(b).

<sup>89</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 6(1)(c).

4. ถ้า The Commission พบว่าการปรับปรุงของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง ไม่ทำให้การกระทำที่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงว่าสอดคล้องต่อการดำเนินการของตลาดร่วม หรือไม่อีกต่อไป The Commission จะตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับตลาดร่วม โดยอาจกำหนดเงื่อนไขหรือหน้าที่อื่นควบคู่ไปกับคำตัดสินด้วย เพื่อให้แน่ใจได้ว่าผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องนั้นจะปฏิบัติตามข้อผูกมัดที่ได้ให้ไว้กับ The Commission เพื่อแลกกับการตัดสินให้การกระทำนั้นสอดคล้องกับตลาดร่วม<sup>90</sup>

เมื่อ The Commission ได้ดำเนินการตรวจสอบอย่างเป็นทางการเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ก็จะออกคำตัดสิน (Final Decisions) อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ ภายใน 90 วันทำการ นับแต่เริ่มกระบวนการตรวจสอบ<sup>91</sup>

1. ถ้า The Commission พบว่าการกระทำที่ได้รับความเสียหายไม่เป็นการสร้างหรือส่งเสริมอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ในอันที่ไม่เป็นการขัดขวางการแข่งขันในตลาดร่วม หรือส่วนสำคัญในตลาดร่วม The Commission ก็จะตัดสินว่าจะว่าการกระทำนั้นสอดคล้องกับการดำเนินการของตลาดร่วม<sup>92</sup>

2. ถ้า The Commission พบว่าการปรับปรุงของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องทำให้การกระทำที่ได้รับความเสียหายไม่เป็นการสร้างหรือส่งเสริมอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการในอันที่ไม่เป็นการขัดขวางการแข่งขันในตลาดร่วม หรือส่วนสำคัญในตลาดร่วมอีกต่อไป The Commission ก็จะตัดสินว่าจะว่าการกระทำนั้นสอดคล้องกับการดำเนินการของตลาดร่วมโดยอาจกำหนดเงื่อนไขหรือหน้าที่อื่นควบคู่ไปกับคำตัดสินด้วย เพื่อให้แน่ใจได้ว่าผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องนั้นจะปฏิบัติตามข้อผูกมัดที่ได้ให้ไว้กับ The Commission เพื่อแลกกับการตัดสินให้การกระทำนั้นสอดคล้องกับตลาดร่วม<sup>93</sup>

3. ถ้า The Commission พบว่าการกระทำที่ได้รับความเสียหายเป็นการสร้างหรือส่งเสริมอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ อันเป็นการขัดขวางการแข่งขันในตลาดร่วมหรือส่วนสำคัญ

<sup>90</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 6(2).

<sup>91</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 10(3).

<sup>92</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 8(1).

<sup>93</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 8(2).

## 2.2 บทกำหนดโทษ

การไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินของ The Commission ที่เกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนข้อบังคับการรวมกิจการจะถูกกำหนดโทษในลักษณะที่เป็นค่าปรับ ซึ่งสัมพันธ์กับรายได้ของกิจการและระยะเวลาที่ใช้ในการชำระค่าปรับดังกล่าว ซึ่งค่าปรับจะมีอัตราสูงสุดไม่เกิน 10% ของรายได้รวมของกิจการที่ถูกสั่งปรับนั้น โดยบุคคลหรือกิจการที่เกี่ยวข้องอาจถูกสั่งปรับภายใต้ข้อบังคับฉบับนี้ ถ้าเจตนา หรือประมาทเลินเล่อกระทำการ<sup>95</sup> ดังต่อไปนี้

1) ไม่แจ้ง หรือรายงานการรวมกิจการที่มีการกระจุกตัว ก่อนที่การรวมกิจการนั้นจะเสร็จสิ้นลงตามมาตรา 4 เว้นแต่ ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามข้อยกเว้นในมาตรา 7<sup>96</sup>

2) ดำเนินการตามข้อตกลงอันเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับว่าด้วยการระงับผลของการรวมกิจการเป็นชั่วคราวตามมาตรา 7<sup>97</sup>

3) ดำเนินการตามข้อตกลงแม้ว่า The Commission จะมีคำตัดสินไม่ให้ดำเนินการได้ เนื่องจากการรวมกิจการนั้นไม่สอดคล้องกับตลาดร่วมตามมาตรา 8(3) หรือ ไม่ปฏิบัติตามมาตรการที่ The Commission กำหนดไว้ในการเยียวยาตามมาตรา 8(4) หรือ มาตรการชั่วคราวตามมาตรา 8(5)<sup>98</sup>

4) ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือหน้าที่ที่ The Commission กำหนดให้ปรับปรุงการกระจุกตัวเพื่อให้สอดคล้องกับตลาดร่วมในการอนุญาตให้ดำเนินการตามข้อตกลงได้ ตามมาตรา 6(1)(b) มาตรา 7(3) หรือมาตรา 8(2)<sup>99</sup>

<sup>94</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 8(3).

<sup>95</sup> John Cook and Christopher Kerse, *supra note* 76, p.204.

<sup>96</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 14(2)(a).

<sup>97</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 14(2)(b).

<sup>98</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 14(2)(c).

<sup>99</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 14(2)(d).

นอกจากนี้ The Commission ยังมีอำนาจในการกำหนดค่าปรับเป็นรายวันต่อกิจการที่เพิกเฉยไม่ดำเนินการตามคำสั่งของ The Commission ในอัตราสูงสุดไม่เกิน 5% ของรายรับรวมต่อวันของกิจการดังกล่าว โดยคำนวณจากวันที่ The Commission ได้มีคำสั่งนั้น เพื่อบังคับให้ผู้ประกอบการส่งมอบข้อมูลที่ครบถ้วน และถูกต้องตามที่ The Commission ร้องขอ ยอมรับการตรวจสอบตามคำสั่งของ The Commission ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือหน้าที่ที่กำหนดไว้ในการอนุญาตผ่อนผันการระงับใช้ข้อตกลงที่อยู่ในระหว่างการตรวจสอบ หรือ เพื่อให้ดำเนินการตามข้อตกลงได้ หรือ ปฏิบัติตามมาตรการในการเยียวยาหรือมาตรการชั่วคราวที่ออกโดย The Commission<sup>100</sup>

### 2.3 ขอบเขตการควบคุมการรวมธุรกิจ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปก็เหมือนกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอเมริกาที่ได้มีการขยายขอบเขตการบังคับใช้ออกไปนอกดินแดนของตนเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์ในตลาดของกลุ่มประเทศของตนเองเอาไว้<sup>101</sup> โดย The Commission และศาลยุติธรรมยุโรปได้ยอมรับในหลักการดังต่อไปนี้ ในการกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลต่อกิจการที่มีการดำเนินการที่สำคัญอยู่นอกประชาคมยุโรป คือ<sup>102</sup>

1) ความเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน (Single Economic Entity) กล่าวคือ แม้ว่ากิจการที่กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะเป็นตัวแทน สาขาหรือบริษัทลูกของสำนักงานใหญ่ หรือบริษัทแม่ที่ดำเนินกิจการหรือมีสำนักงานตั้งอยู่นอกประชาคมยุโรปและมีสภาพนิติบุคคลทางกฎหมายแยกออกจากกันก็ตาม แต่ถ้าบริษัทดังกล่าวไม่มีอำนาจในการตัดสินใจในการดำเนินการทางธุรกิจอย่างเป็นอิสระด้วยตนเอง แต่ต้องรับการตัดสินใจ หรือนโยบายจากทางสำนักงานใหญ่มาปฏิบัติอย่างเคร่งครัด ก็ถือว่าบริษัททั้งสองบริษัทนั้นมีความ

<sup>100</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Article 15(1)(a)-(d).

<sup>101</sup> Joseph Wilson, *supra* note 69, p. 168.

<sup>102</sup> Joseph Wilson, *supra* note 69, pp. 168-170.

2) สถานที่ที่ผลของการกระทำเกิดขึ้น (the place of implementation) ในกรณีนี้ไม่ว่าการกระทำ การหรือการทำสัญญา หรือข้อตกลงอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะเกิดขึ้น ณ ประเทศใดก็ตาม และไม่ว่ากิจการที่ได้กระทำนั้นจะตั้งอยู่ในประชาคมยุโรปหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้าผลสำเร็จของการกระทำหรือของข้อตกลงนั้นเกิดขึ้นภายในประชาคมยุโรปแล้ว การกระทำดังกล่าวก็จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรปด้วย

3) หลักผลกระทบ (Effects Doctrine) แม้ไว้ใน Merger Regulation จะไม่ได้บัญญัติถึงการปรับใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดนไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ใน Recital ข้อที่ 10<sup>104</sup> ก็ได้กำหนดหลักการที่ได้สร้างความชัดเจนไว้ว่า ไม่ว่ากิจการที่เกี่ยวข้องกับการรวมกิจการจะตั้งอยู่ที่ใด หรือจะมีสาขาหรือสำนักงานใหญ่ที่มีการดำเนินกิจการที่สำคัญในประชาคมยุโรปหรือไม่ก็ตาม ถ้าการรวมกิจการที่ก่อให้เกิดการกระจุกตัวนั้นมีขนาดของประชาคมการรวมกิจการนั้นก็ต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของข้อบังคับฉบับนี้ และตกอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของ The Commission ด้วย<sup>105</sup> โดยเป็นการปรับใช้กฎหมายกับบริษัทซึ่งอยู่นอกประชาคมยุโรปโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องของรายได้ของกิจการนั้นที่เกิดขึ้นอย่างมีนัยสำคัญภายในประชาคมยุโรป

ดังนั้น ภายใต้หลักนี้ The Commission และ ศาลยุติธรรมยุโรปสามารถกล่าวอ้างเขตอำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย และการพิจารณาคดีเหนือการรวมกิจการที่ได้กระทำหรือเกิดขึ้นภายนอกประชาคมยุโรป แต่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างเพียงพอต่อการแข่งขันทางการค้าภายในตลาดร่วมของประชาคมได้ นั่นคือ ต้องสามารถคาดหมายได้ว่าการรวมกิจการนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างสำคัญและในทันทีต่อประชาคมยุโรป<sup>106</sup> โดยไม่คำนึงถึงว่ากิจการที่รวมเข้ากันนั้นจะเป็นกิจการที่มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่งในรัฐสมาชิก หรือ ได้ดำเนินการรวมกิจการภายใน

---

<sup>103</sup> วิทยากรณ์ ปุณวัฒน์วิทย์, การใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของประชาคมยุโรปต่อกิจการที่ตั้งอยู่นอกประชาคมยุโรป และแนวทางการแก้ปัญหาการซ้อนกันของเขตอำนาจ, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542:102-104.

<sup>104</sup> EC Merger Regulation 139/2004 Recital 10.

<sup>105</sup> Joseph Wilson, *supra* note 69, pp. 169-170.

<sup>106</sup> Lennart Ritter and W.David Braun, *supra* note 63, pp. 71-72.

### 3. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น

หลังจากที่ญี่ปุ่นพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 และถูกควบคุมโดยกองกำลังพันธมิตร ซึ่งก็ได้พิจารณาเห็นว่าหากประเทศญี่ปุ่นยังคงมีโครงสร้างเศรษฐกิจเช่นที่เป็นอยู่ต่อไป ประเทศญี่ปุ่นจะกลับมามีความเข้มแข็งทางการทหารได้อีก โดยได้รับการสนับสนุนจากกลุ่ม Zaibatsu<sup>107</sup> เหมือนที่เป็นมาก่อนสงคราม ดังนั้นสิ่งแรกที่ฝ่ายสัมพันธมิตรได้ดำเนินการ คือการทำให้เศรษฐกิจของญี่ปุ่นมีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น โดยการสลายกลุ่ม Zaibatsu และสลายการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจในประเทศญี่ปุ่น โดยการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยเอกชน และการรักษาการค้าที่เป็นธรรม (Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade เรียกโดยย่อว่า The Anti-Monopoly Act หรือ AMA) ในปี 1947 และได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่น (The Japan Fair Trade Commission หรือ JFTC) ขึ้นมาในปีเดียวกันเพื่อให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลและบังคับใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว<sup>108</sup> อย่างไรก็ตามในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้รัฐจะไม่คำนึงถึงนโยบายในการแข่งขัน (competition policy) ที่มุ่งที่จะส่งเสริมให้มีการแข่งขันกันอย่างเสรีและเป็นธรรมในตลาดแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นแต่จะคำนึงถึงนโยบายในทางการค้า (trade policy) ควบคู่กันไปด้วย เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความเหมาะสม และมีประสิทธิภาพมากที่สุด และเป็นไปเพื่อการสนับสนุน และคุ้มครองให้การค้า และอุตสาหกรรมภายในประเทศญี่ปุ่นมีความเข้มแข็งสามารถแข่งขันในตลาดโลกได้ จึงเป็นการปรับใช้กฎหมายโดยการประสานนโยบาย

<sup>107</sup> กลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่เพียงไม่กี่กลุ่มที่ควบคุม และมีอิทธิพลในอุตสาหกรรมแทบทุกประเภทในประเทศญี่ปุ่น รวมไปถึงการมีอำนาจครอบงำเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 เช่น กลุ่ม Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo และ Yasuda ฯลฯ

<sup>108</sup> สถาบันนโยบายสังคม และเศรษฐกิจ, อ้างแล้ว เซึ่งวรรที่ 1, น. (1-3)-(1-5).

กฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2005 ซึ่งในการแก้ไขในครั้งนี้ได้มีการเพิ่มเติมมาตรการผ่อนผัน (leniency program) ไว้ในกฎหมายด้วยซึ่งถือว่าเป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นที่ได้มีการนำเอามาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ โดยผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เช่น การตกลงกันกำหนดราคาสินค้า (cartel) อันเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายฉบับนี้ อาจได้รับสิทธิให้พ้นจากการจ่ายค่าปรับ (surcharge) ถ้าผู้ประกอบการนั้นสมัครใจเปิดเผยถึงการกระทำผิดนั้นตั้งแต่เริ่มแรกให้แก่ JFTC ได้รับทราบก่อนที่ JFTC จะได้เริ่มการสอบสวนถึงการกระทำผิดดังกล่าวด้วยตนเอง นอกจากนี้ยังได้มีการปรับเพิ่มค่าปรับให้สูงขึ้นสำหรับผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมในการรวมตัวกันหรือร่วมมือกันในรูปแบบต่างๆ ที่เป็นการต้องห้าม ตามกฎหมายอีกด้วย<sup>110</sup> ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดถึงมาตรการในการควบคุมการรวมธุรกิจไว้ในหมวดที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 9-18 ซึ่งเหตุผลที่กฎหมายจะต้องมีการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในรูปแบบต่างๆเอาไว้ เนื่องจากว่ามาตรการควบคุมการรวมธุรกิจนั้นเป็นมาตรการหนึ่งในการป้องกัน (preventive measures) ไม่ให้มีการผูกขาดโดยเอกชน (private monopolization) ขึ้นได้ เพราะการผูกขาดโดยเอกชนมักจะเกิดขึ้นจากบริษัทที่มีขนาดใหญ่ที่มีอำนาจตลาดและมีอำนาจทางเศรษฐกิจสูง ซึ่งการที่จะได้มาซึ่งอำนาจดังกล่าววิธีการหนึ่งก็คือ การรวมธุรกิจระหว่างกิจการ

---

<sup>109</sup> เป็นกระทรวงที่จัดตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2001 ซึ่งแต่เดิมคือ Ministry of International Trade and Industry มีหน้าที่รับผิดชอบและกำกับดูแลกฎระเบียบในด้านการผลิต หรือจัดจำหน่ายสินค้า และบริการ สนับสนุน และส่งเสริมการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศญี่ปุ่น รวมไปถึงควบคุมดูแลการค้าขายระหว่างประเทศของประเทศญี่ปุ่น อ้างจาก Wikipedia, "Government-business relations in Japan," <[http://en.wikipedia.org/wiki/Government-business\\_relations\\_in\\_Japan](http://en.wikipedia.org/wiki/Government-business_relations_in_Japan)>.

<sup>110</sup> Kenji Kamiuchi, "Amendment to the Anti-Monopoly Act of Japan," *Asia Pacific Legal Developments Bulletin* 20 (August 2005): 5.

### 3.1 มาตรการควบคุมการรวมธุรกิจ

1. การห้ามก่อตั้งบริษัทอันอาจทำให้เกิดการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจที่มากเกินไปจนสมควร (Prohibition of establishment of a company which may cause excessive concentrations of economic power)

- 1) ห้ามจัดตั้งบริษัทที่อาจทำให้เกิดการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจที่มากเกินไปจนสมควร โดยวิธีการถือหุ้น (รวมถึง หุ้นของหุ้นส่วน) ของบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่น<sup>112</sup>
- 2) ห้ามบริษัท (รวมถึงบริษัทซึ่งอยู่ในต่างประเทศ) ได้มาซึ่งหุ้นหรือถือหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นจนอาจทำให้เกิดการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจที่มากเกินไปจนสมควรในประเทศญี่ปุ่น

113

โดยกฎหมายจะห้ามทั้งในกรณีที่เป็นการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาใหม่โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสะสมอำนาจทางเศรษฐกิจโดยวิธีการถือครองหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่น และในกรณีที่บริษัทสะสมอำนาจทางเศรษฐกิจโดยการถือครองหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นในภายหลังที่ได้จัดตั้งบริษัทแล้ว<sup>114</sup>

ตามมาตรา<sup>111</sup>นี้ถือเป็นการห้ามไม่ให้มีการจัดตั้ง Holding Company ที่อาจจะเป็นการสะสมอำนาจในการควบคุมธุรกิจที่มากเกินไปจนสมควร เหตุผลที่มีการกำหนดข้อห้ามเช่นนี้เพราะว่าในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองได้เกิดกลุ่ม Zaibatsu ขึ้นในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีอำนาจเหนือเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่น และควบคุมภาคธุรกิจที่สำคัญๆของประเทศญี่ปุ่นเอาไว้ โดยกลุ่มธุรกิจดังกล่าวนั้นเติบโตขึ้นมาได้จากระบบการจัดตั้ง Holding Company

<sup>111</sup> Mitsuo Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, (New York: Oxford University Press, 1993), p.124.

<sup>112</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 9(1).

<sup>113</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 9(2).

<sup>114</sup> Guidelines Concerning Companies which Constitute an Excessive Concentration of Economic Power 2002 Section 1(2).

## 2. การห้ามบริษัทถือหุ้น (Prohibition of particular stockholding by a company)

ห้ามบริษัทได้มาซึ่งหุ้นหรือถือหุ้นของบริษัทอื่นซึ่งอาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ หรือได้มาซึ่งหุ้นหรือถือหุ้นของบริษัทอื่นโดยการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม<sup>116</sup> โดยถ้าบริษัทใดได้มาซึ่งหุ้นหรือมีการถือหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ บริษัทนั้นจะต้องแจ้งหรือรายงานการถือหุ้นดังกล่าวให้ JFTC ทราบภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้มาซึ่งหุ้นเกินไปกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ ดังนี้คือ<sup>117</sup>

1) บริษัทนั้นมีสินทรัพย์มากกว่าสองพันล้านเยน และมีสินทรัพย์รวมทั้งหมด (รวมถึงสินทรัพย์ของบริษัทลูกและบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นที่ถือสิทธิในการออกเสียงมากกว่าร้อยละ 50 ของสิทธิในการออกเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น) มากกว่าหนึ่งหมื่นล้านเยน

2) ได้มาซึ่งหุ้นหรือถือหุ้นมากกว่า 10% 25% หรือ 50% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด

3) ของบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นที่มีสินทรัพย์ทั้งหมดมากกว่าหนึ่งพันล้านเยน หรือของบริษัทอื่นซึ่งอยู่ในต่างประเทศที่มีรายได้สุทธิจากกิจการในประเทศญี่ปุ่นมากกว่าหนึ่งพันล้านเยน

ตัวอย่างเช่น ในคดี Yamaha Gakki (FTC Decision, 30 Jan. 1957)<sup>118</sup> ในคดีนี้บริษัท Yamaha ซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าประเภทเครื่องดนตรีชั้นนำของประเทศญี่ปุ่นได้ซื้อหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของบริษัท Kawai ซึ่งเป็นบริษัทผลิตเครื่องดนตรีที่เป็นคู่แข่งถึง 24.5% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง (voting stockings) ทั้งหมดของบริษัท Kawai โดยก่อนการรวมกิจการบริษัท Yamaha ครอบครองส่วนแบ่งตลาดในสินค้าเครื่องดนตรีประเภทต่างๆแบ่งเป็น เปียโน 54% ออร์แกน 64% ฮาร์โมนิกา 16% ของผลิตภัณฑ์ทั้งหมดในประเทศญี่ปุ่น และส่วนแบ่งตลาดของบริษัท Kawai ก่อนการรวม

<sup>115</sup> Mitsuo Matsushita, *supra note* 111, pp.124-125.

<sup>116</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 10(1).

<sup>117</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 10(2)-(3).

<sup>118</sup> Mitsuo Matsushita, *supra note* 111, p.127.

3. การจำกัดจำนวนการถือสิทธิในการออกเสียงของธนาคารพาณิชย์หรือบริษัท ประกันภัย (Restriction on rate of holding voting rights by a bank or an insurance company)

ห้ามธุรกิจธนาคารพาณิชย์หรือการประกันภัยได้มาหรือถือซึ่งสิทธิในการออกเสียงของ บริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นเกินกว่าร้อยละ 5 (สำหรับธุรกิจธนาคารพาณิชย์) หรือ ร้อยละ 10 (สำหรับธุรกิจประกันภัย) ของสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นทั้งหมด<sup>119</sup>

การที่กฎหมายจำกัดมิให้ธุรกิจธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงิน หรือบริษัทประกันภัย ถือสิทธิในการออกเสียงในบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นเป็นจำนวนมาก เพื่อเป็นการจำกัดอิทธิพล ของบริษัทเหล่านี้ที่มีเหนือการดำเนินงานทางธุรกิจของบริษัทอื่นที่มีใช่สถาบันการเงิน เพราะว่า ในช่วงที่เศรษฐกิจของญี่ปุ่นมีการเติบโตอย่างรวดเร็วขึ้น บริษัทที่มีใช่สถาบันการเงินจำเป็นจะต้อง พึ่งพาธนาคารหรือสถาบันการเงินเป็นอย่างมากในการกู้ยืมเงินมาดำเนินธุรกิจ ทำให้ธนาคารและ สถาบันการเงินมีอิทธิพลอย่างมากเหนือบริษัทเหล่านี้ที่เป็นลูกหนี้ของตน ดังนั้นถ้าไม่มีการจำกัด การถือสิทธิในการออกเสียงของบริษัทประเภทสถาบันการเงินแล้ว ก็มีความกังวลกันว่าบริษัท เหล่านี้จะสามารถเพิ่มอำนาจหรืออิทธิพลของตนที่มีเหนือบริษัทอื่นที่มีใช่สถาบันการเงินได้อย่าง มาก และอาจทำให้เกิดการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจมากเกินไป<sup>120</sup>

<sup>119</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 11(1).

<sup>120</sup> H.Iyori and A.Uesugi, The Antimonopoly and Policies of Japan, (New York: Federal Legal Publication.Inc., 1994), pp.178-179.

4. การห้ามพนักงานควบตำแหน่งในหลายบริษัท (Prohibition of particular interlocking directorates)

1) ห้ามพนักงานหรือลูกจ้างของบริษัทใดดำรงตำแหน่งพนักงานหรือลูกจ้างในบริษัทอื่นในเวลาเดียวกันทั้งสองแห่ง ซึ่งผลของการควบตำแหน่งนั้นอาจทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งอย่างมาก<sup>121</sup>

2) ห้ามบริษัทใดโดยการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมบังคับบริษัทอื่นที่เป็นคู่แข่งชั้นของตนภายในประเทศญี่ปุ่น ให้ยอมรับพนักงานหรือลูกจ้างของตนเข้าไปเป็นพนักงานหรือลูกจ้างของบริษัทนั้นในเวลาเดียวกัน<sup>122</sup>

ตัวอย่างเช่น ในคดี Hiroshima Railway Co. case (FTC Decision July 17, 1973)<sup>123</sup> เป็นบริษัทให้บริการเดินรถไฟ ได้ส่งพนักงานและลูกจ้างของตนเองเข้าไปเป็นพนักงานและลูกจ้างในบริษัท Hiroshima Bus Co., ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งในธุรกิจการให้บริการขนส่งมวลชนในเมือง Hiroshima พร้อมกัน ซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา 13(1) JFTC จึงมีคำสั่งให้พนักงานเหล่านี้ลาออกจากตำแหน่งในบริษัทใดบริษัทหนึ่ง

5. การห้ามบุคคลธรรมดาถือหุ้น (Prohibition of particular stockholding by a person other than a company)

ห้ามบุคคลธรรมดาที่มีใช่บริษัทได้มาซึ่งหุ้นหรือถือหุ้นของบริษัทอื่นซึ่งอาจทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ หรือได้มาซึ่งหุ้นหรือถือหุ้นของบริษัทในประเทศญี่ปุ่นโดยการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม<sup>124</sup> โดยบุคคลธรรมดาในกรณีนี้รวมถึง ความร่วมมือ สมาคม องค์การสาธารณะ สมาคมสาธารณะ หรือบุคคลตามกฎหมายอื่นใดที่มีใช่บริษัทด้วย

6. การห้ามรวมกิจการ (Prohibition of particular mergers)

ห้ามบริษัทรวมกิจการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบดังต่อไปนี้<sup>125</sup>

(1) การรวมกิจการที่อาจจะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจ

<sup>121</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 13(1).

<sup>122</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 13(2).

<sup>123</sup> H.Iyori and A.Uesugi, *supra note* 120, p.176.

<sup>124</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 14.

<sup>125</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 15(1).

ประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ

(2) การรวมกิจการที่กระทำโดยการใช่วิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม การรวมกิจการที่จะถือว่าเป็นการรวมกิจการตามความหมายของมาตรา 15(1) ได้แก่<sup>126</sup>

- 1) การที่บริษัทหนึ่งเข้าไปซื้อหุ้นของบริษัทอื่น และรับมาซึ่งสินทรัพย์และความรับผิดชอบทั้งหมด ของบริษัทนั้น และทำให้บริษัทที่ถูกซื้อนั้นสูญเสียความเป็นบริษัทไป
- 2) การที่บริษัทสองบริษัทรวมตัวกันแล้วตั้งเป็นบริษัทใหม่ขึ้นมา โดยที่บริษัทที่ตั้งขึ้นมาใหม่นั้นรับไปทั้งสินทรัพย์และความรับผิดชอบของบริษัทเดิมทั้งหมด และบริษัทเดิมทั้งสองสูญเสียความเป็นบริษัทไป

โดยถ้าบริษัทใดที่เข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ มีความประสงค์ต้องการที่จะดำเนินการรวมกิจการ บริษัทนั้นจะต้องแจ้งหรือรายงานการรวมกิจการดังกล่าวให้ JFTC ทราบด้วย ดังนี้คือ<sup>127</sup>

1) บริษัทในประเทศญี่ปุ่นที่มีสินทรัพย์รวมทั้งหมด (รวมถึงสินทรัพย์ของบริษัทลูกและบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นที่ถือสิทธิในการออกเสียงในบริษัทนั้นมากกว่าร้อยละ 50 ของสิทธิในการออกเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น) มากกว่าหนึ่งหมื่นล้านเยน หรือ บริษัทซึ่งอยู่ในต่างประเทศที่มีรายได้สุทธิจากกิจการในประเทศญี่ปุ่นมากกว่าหนึ่งหมื่นล้านเยน

2) รวมกิจการกับบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นที่มีสินทรัพย์รวมทั้งหมด (รวมถึงสินทรัพย์ของบริษัทลูกและบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่นที่ถือสิทธิในการออกเสียงในบริษัทนั้นมากกว่าร้อยละ 50 ของสิทธิในการออกเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น) มากกว่าหนึ่งพันล้านเยน หรือ บริษัทซึ่งอยู่ในต่างประเทศที่มีรายได้สุทธิจากกิจการในประเทศญี่ปุ่นมากกว่าหนึ่งพันล้านเยน

โดยการรวมกิจการที่ได้แจ้งแก่ JFTC นั้นจะยังคงไม่มีผลจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลารอคอย (waiting period) 30 วันนับจากวันที่ JFTC รับทราบการแจ้งการรวมกิจการดังกล่าวแล้ว ในระหว่างระยะเวลารอคอยนี้ JFTC จะทำการตรวจสอบว่าการรวมกิจการนั้นเป็นการละเมิดต่อมาตรา 15(1) หรือไม่ ถ้า JFTC พิจารณาแล้วปรากฏว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าการรวมกิจการนั้นเป็นการละเมิดต่อมาตรา 15(1) JFTC อาจออกคำแนะนำ (recommendation) ให้บริษัทที่มีความประสงค์จะรวมกิจการนั้นยกเลิกแผนในการรวมกิจการ หรือเริ่มกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นทางการ (formal hearing procedure)<sup>128</sup> ต่อไป

<sup>126</sup> H.Iyori and A.Uesugi, *supra note* 120, p.165.

<sup>127</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 15(2)-(4).

<sup>128</sup> Mitsuo Matsushita, *supra note* 111, p.129.

ตัวอย่างเช่น ในคดี Yawata-Fuji Merger (FTC Decision Oct. 30, 1969)<sup>129</sup> เป็นข้อเสนอการรวมกิจการระหว่างบริษัท Yawata Steel กับบริษัท Fuji Steel โดยก่อนสงครามโลกครั้งที่สองทั้งสองบริษัทเคยเป็นบริษัทเดียวกันชื่อว่า Japan Steel Corporation ต่อมากองกำลังพันธมิตรมีคำสั่งให้กระจายการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจของบริษัทดังกล่าวจึงได้มีการแยกบริษัทออกเป็นสองบริษัท ในปี 1969 บริษัททั้งสองมีแผนที่จะรวมกิจการเข้าด้วยกัน และได้ยื่นคำร้องไปยัง JFTC เพื่อขออนุมัติการรวมกิจการ JFTC พิจารณาแล้วมีคำสั่งไม่อนุมัติให้รวมกิจการ โดยมีเหตุผลว่าถ้าหาก JFTC อนุญาตให้มีการรวมกิจการกันแล้วส่วนแบ่งตลาดของบริษัทหลังรวมกิจการจะสูงถึง 100% ในการผลิตรางรถไฟ 98.3% ในการผลิตแผ่นเหล็ก 61.2% ในการผลิตแผ่นดีบุก และ 56.3% ในการผลิตแท่งเหล็ก ซึ่งจะมีผลทำให้การแข่งขันในตลาดสินค้าแต่ละประเภทต้องลดลงอย่างมาก อันเป็นการขัดต่อมาตรา 15(1) ในระหว่างที่ JFTC ได้เริ่มกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นทางการนั้นบริษัททั้งสองได้เสนอว่าภายหลังการรวมกิจการแล้วตนเองจะใช้วิธีการที่จำเป็นทุกประการในการรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาดประเภทต่างๆเหล่านั้น นอกจากนี้ตนเองยังจะขายสินทรัพย์บางส่วนและให้ความช่วยเหลือในด้านเทคโนโลยีกับบริษัทคู่แข่งอีกด้วย ซึ่งจะทำให้บริษัทเหล่านั้นมีความสามารถในการแข่งขันในตลาดผลิตภัณฑ์เหล็กเพิ่มมากขึ้น JFTC เห็นว่าข้อเสนอนี้มีความเหมาะสมและเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจจึงมีคำสั่งคืนอนุมัติให้บริษัททั้งสองรวมกิจการกันได้ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว

#### 7. การห้ามแบ่งแยกบริษัท (Prohibition of particular divisions)

ห้ามบริษัทร่วมกันจัดตั้งบริษัทสาขาหรือได้มาซึ่งบริษัทสาขาที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบดังต่อไปนี้<sup>130</sup>

- (1) ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง โดยเฉพาะ
- (2) การร่วมกันจัดตั้งหรือได้มาซึ่งบริษัทสาขานั้นกระทำโดยใช้วิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

โดยบริษัทใดในประเทศญี่ปุ่นหรือบริษัทซึ่งอยู่ในต่างประเทศใดที่มีความประสงค์จะร่วมกันจัดตั้งบริษัทสาขาหรือได้มาซึ่งบริษัทสาขาที่มีสินทรัพย์ทั้งหมดหรือรายได้สุทธิของกิจการเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ จะต้องแจ้งหรือรายงานแผนการจัดตั้งหรือการได้มาซึ่ง

<sup>129</sup> Mitsuo Matsushita, *supra* note 111, pp.129-131.

<sup>130</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 15-2(1).

#### 8. การห้ามการได้มาซึ่งธุรกิจ (Prohibition of particular acquisitions of business)

ห้ามบริษัทกระทำการใดๆดังต่อไปนี้ที่อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ หรือ กระทำการดังกล่าวโดยใช้วิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่<sup>132</sup>

- (1) ได้มาซึ่งทั้งหมดหรือในส่วนของที่สำคัญของธุรกิจของบริษัทอื่น
- (2) ได้มาซึ่งทั้งหมดหรือในส่วนของที่สำคัญของสินทรัพย์ถาวร (fixed assets) ที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจของบริษัทอื่น เช่น โรงงาน อาคารสำนักงาน เป็นต้น
- (3) เข้าทั้งหมดหรือในส่วนของที่สำคัญของธุรกิจของบริษัทอื่น
- (4) เข้าบริหารจัดการทั้งหมดหรือในส่วนของที่สำคัญของธุรกิจของบริษัทอื่น
- (5) เข้าทำสัญญาเพื่อร่วมแบ่งปันผลกำไรและขาดทุนในธุรกิจกับบริษัทอื่น

โดยถ้าบริษัทใดที่มีสินทรัพย์รวมทั้งหมดมากกว่าหนึ่งหมื่นล้านเยน และ

1) ได้มาซึ่งธุรกิจทั้งหมดของบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีสินทรัพย์รวมทั้งหมดมากกว่าหนึ่งพันล้านเยน หรือของบริษัทซึ่งอยู่ในต่างประเทศอื่นที่มีรายได้สุทธิจากกิจการในประเทศญี่ปุ่นมากกว่าหนึ่งพันล้านเยน หรือ

2) ได้มาซึ่งส่วนที่สำคัญของธุรกิจ หรือส่วนที่สำคัญของสินทรัพย์ถาวรที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจของบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีรายได้สุทธิมากกว่าหนึ่งพันล้านเยน หรือของบริษัทอื่นซึ่งอยู่ในต่างประเทศที่มีรายได้สุทธิจากกิจการในประเทศญี่ปุ่นมากกว่าหนึ่งพันล้านเยน

บริษัทนั้นจะต้องแจ้งหรือรายงานแผนการในการได้มาซึ่งธุรกิจหรือสินทรัพย์ถาวรของบริษัทอื่นดังกล่าววนั้นต่อ JFTC เป็นการล่วงหน้าด้วย<sup>133</sup>

ตัวอย่างเช่น ในคดี Toho-Subaru Case (FTC Decision Sep. 30, 1950)<sup>134</sup> บริษัท Toho ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตและจัดจำหน่ายภาพยนตร์ ได้ทำสัญญากับบริษัท Subaru Kogyo ซึ่ง

<sup>131</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 15-2(6).

<sup>132</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 16(1).

<sup>133</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 16(2) and (4).

<sup>134</sup> H.Iyori and A.Uesugi, *supra note* 120, p.170.

นอกจากนี้ The Antimonopoly Act ยังกำหนดว่าไม่มีการกระทำไม่ว่าในรูปแบบหรือวิธีการใดที่จะนำมาใช้เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงหรือยกเว้นข้อห้ามหรือข้อจำกัดเกี่ยวกับการถือหุ้น การควบตำแหน่งในหลายบริษัท การรวมกิจการ การแบ่งแยกบริษัท และการได้มาซึ่งธุรกิจตามมาตรา 9-16 ของกฎหมายฉบับนี้ได้<sup>135</sup>

โดยการกระทำใดที่เป็นการละเมิดข้อห้ามหรือข้อจำกัดตามมาตรา 9(1) หรือ (2) มาตรา 10(1) มาตรา 11(1) มาตรา 13 มาตรา 14 มาตรา 15(1) มาตรา 15-2(1) หรือ มาตรา 16(1) JFTC มีอำนาจสั่งให้บุคคลที่กระทำการละเมิดบทบัญญัติดังกล่าวกำจัดหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของตน โอนบางส่วนของธุรกิจ ลาออกจากตำแหน่งพนักงานของบริษัท หรือกระทำการด้วยวิธีการอื่นใดที่มีความจำเป็นเพื่อเป็นการขจัดการกระทำที่เป็นการละเมิดนั้นให้หมดไปได้<sup>136</sup>

ในกรณีที่บริษัทกระทำการรวมกิจการที่เข้าเงื่อนไขที่ต้องแจ้งหรือรายงานการรวมกิจการให้ JFTC ทราบ แต่ไม่ได้ดำเนินการแจ้งหรือรายงานการรวมกิจการดังกล่าวต่อ JFTC อันเป็นการละเมิดต่อมาตรา 15(2) หรือ (3) หรือ ดำเนินการรวมกิจการก่อนที่จะสิ้นสุดระยะเวลาอคอย 30 วันอันเป็นการละเมิดต่อมาตรา 15(4) หรือ ร่วมกันจัดตั้งหรือได้มาซึ่งบริษัทสาขาที่เข้าเงื่อนไขที่ต้องแจ้งหรือรายงานแผนการจัดตั้งหรือการได้มาดังกล่าวให้ JFTC ทราบล่วงหน้า แต่ไม่ได้ดำเนินการแจ้งแผนดังกล่าวต่อ JFTC อันเป็นการละเมิดต่อมาตรา 15-2(2) และ (3) หรือ (5) หรือ ดำเนินการร่วมกันจัดตั้งหรือได้มาซึ่งบริษัทสาขาก่อนสิ้นสุดระยะเวลาอคอย 30 วัน อันเป็นการ

<sup>135</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 17.

<sup>136</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 17-2(1)-(2).

นอกจากมาตรการในการควบคุมการรวมธุรกิจตามมาตราดังกล่าวข้างต้นแล้ว JFTC ยังได้มีการออก Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 เพื่อช่วยในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดที่อาจจะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะตามมาตรการที่ The Antimonopoly Act ได้กำหนดไว้ให้มีความชัดเจน และแน่นอนมากยิ่งขึ้น ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. ประเภทของการรวมธุรกิจที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันที่ควรจะต้องได้รับการพิจารณา ได้แก่

- 1) การถือหุ้นโดยบริษัท หรือบุคคลธรรมดาที่มีใช้บริษัท (Stocking Holding by A Company or by a Person Other than a Company)<sup>138</sup>
- 2) การที่พนักงานควบคุมตำแหน่งในหลายบริษัท (Interlocking Directorates)<sup>139</sup>
- 3) การรวมกิจการ (Mergers)<sup>140</sup>
- 4) การแบ่งแยกกิจการ (Demerger)<sup>141</sup>
- 5) การได้มาซึ่งธุรกิจ (Acquisitions of Business, etc.)<sup>142</sup>

---

<sup>137</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 18(1)-(2).

<sup>138</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 1 Section1(1) and 1(2).

<sup>139</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 1 Section2.

<sup>140</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 1 Section3.

<sup>141</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 1 Section4.

<sup>142</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 1 Section5.

2. หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ (a particular field of trade)

“ธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ” อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “ตลาด” (market) ขอบเขตของตลาดของสินค้าหรือบริการประเภทใดประเภทหนึ่งอาจกำหนดได้โดย

1) ขอบเขตของผลิตภัณฑ์ (Product Range)<sup>143</sup> อาจกำหนดได้โดยสินค้าหรือบริการที่มีประโยชน์ใช้สอยและประสิทธิภาพที่เท่าเทียมกัน (similar functions and efficacy) ในสายตาของผู้บริโภค โดยพิจารณาว่าเมื่อสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งมีราคาเพิ่มสูงขึ้นหรือมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการซื้อขาย ผู้บริโภคได้หันไปซื้อสินค้าหรือบริการอีกชนิดหนึ่งมาทดแทนอันมีผลทำให้สินค้าหรือบริการชนิดแรกมียอดขายลดลง ดังนั้นแสดงว่าสินค้าหรือบริการทั้งสองชนิดดังกล่าวมีประโยชน์ใช้สอยและประสิทธิภาพที่เท่าเทียมกัน จึงอยู่ในขอบเขตผลิตภัณฑ์เดียวกัน

2) ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ (Geographic Range)<sup>144</sup> อาจกำหนดได้โดยเมื่อสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งมีราคาเพิ่มสูงขึ้นหรือมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการซื้อขายภายในเขตใดเขตหนึ่ง (region) ผู้บริโภคจะสามารถซื้อสินค้าหรือบริการชนิดนั้นจากผู้ผลิตรายอื่นในอีกเขตหนึ่งมาทดแทนสินค้าหรือบริการชนิดแรกได้ ดังนั้นเขตทั้งสองดังกล่าวจึงอยู่ในขอบเขตทางภูมิศาสตร์เดียวกัน

3. หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจจะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก (The Effect May be Substantially to Restrain Competition)

การพิจารณาว่าผลกระทบของการรวมธุรกิจอาจจะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากหรือไม่นั้น JFTC จะใช้เงื่อนไขหรือปัจจัยในการตัดสินที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับลักษณะของการรวมธุรกิจ ดังต่อไปนี้

1. การรวมธุรกิจแบบแนวนอน (Horizontal business combination) การรวมธุรกิจลักษณะนี้จะลดจำนวนผู้แข่งขันในตลาดของธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งลง ซึ่งจะก่อให้เกิด

---

<sup>143</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 2 Section2.

<sup>144</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 2 Section3.

1) การจำกัดการแข่งขันอย่างมากโดยการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral Conduct) จะพิจารณาจากปัจจัยหรือเงื่อนไขต่างๆดังต่อไปนี้<sup>146</sup>

(1) ตำแหน่งของกลุ่มธุรกิจ และสถานะของคู่แข่ง (The position of the company group and the state of competitions)

(2) การนำเข้า (Import) เมื่อมีแรงกดดันเพียงพอจากการนำเข้านี้จึงมีความเป็นไปได้ว่าผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่อาจจะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะจะมีไม่มากนัก

(3) การเข้าสู่ตลาด (Entry) เมื่อการเข้าสู่ตลาดสามารถทำได้โดยง่าย และมีความเป็นไปได้ที่บางบริษัทจะพยายามเข้าสู่ตลาดโดยการขายสินค้าในราคาที่ต่ำ กลุ่มบริษัทก็จะระงับการขึ้นราคาสินค้าของตนเพราะเกรงว่ายอดขายของตนอาจตกไปเป็นของบริษัทที่เข้ามาใหม่ได้ ในกรณีนี้ก็จะเป็นการป้องกันมิให้กลุ่มบริษัทสามารถควบคุมราคาสินค้าได้อย่างแน่นอน

(4) แรงกดดันจากการแข่งขันจากตลาดที่เกี่ยวข้อง (Competitive Pressure from Related Market) ถ้าในตลาดที่เกี่ยวข้องมีการแข่งขันอย่างเข้มข้นก็จะเป็นปัจจัยในการกระตุ้นสภาพการแข่งขันในตลาดที่กำลังพิจารณาอยู่ไปด้วย

(5) ความสามารถทั้งหมดของธุรกิจ (Overall Business Capability) เช่น ความสามารถในการได้มาซึ่งวัตถุดิบ ความสามารถในด้านเทคโนโลยี ความสามารถในการตลาด ความน่าเชื่อถือในด้านการเงิน ความนิยมในตราสินค้า และความสามารถในการโฆษณา ซึ่งถ้าความสามารถเหล่านี้เพิ่มขึ้นหลังจากการรวมธุรกิจซึ่งมีผลทำให้ศักยภาพในการแข่งขันของกลุ่มบริษัทเพิ่มขึ้นอย่างมาก คู่แข่งของบริษัทดังกล่าวก็ยากที่จะแข่งขันได้

(6) ประสิทธิภาพ (Efficiency) ในการพิจารณาถึงผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่อาจจะเกิดขึ้นต่อการแข่งขันนั้น จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบในแง่บวกที่อาจจะเกิดขึ้นต่อ

---

<sup>145</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 4 Section1.

<sup>146</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 4 Section2.

(7) สถานะทางการเงินของกลุ่มธุรกิจ ในการประเมินความสามารถของกลุ่มธุรกิจนั้นจะต้องนำเอาสถานะทางการเงิน เช่น ผลประกอบการที่ไม่ดีของบางส่วนของกลุ่มธุรกิจ หรือของภาคธุรกิจในการรวมธุรกิจมาพิจารณาด้วย

2) การจำกัดการแข่งขันอย่างมากโดยการกระทำร่วมกัน (Coordinated Conduct) จะพิจารณาจากปัจจัยหรือเงื่อนไขต่างๆ ดังต่อไปนี้<sup>147</sup>

(1) ตำแหน่งของกลุ่มธุรกิจ และสถานะของคู่แข่ง (The position of the company group and the state of competitions)

(2) สถานการณ์ที่แท้จริงในทางการค้า (Actual Situation of Trade, etc.)

(3) แรงกดดันจากการแข่งขันจากการนำเข้า การเข้าสู่ตลาด หรือตลาดที่เกี่ยวข้อง เงื่อนไขที่ใช้ในการพิจารณาว่ามีแรงกดดันจากการนำเข้า จากการเข้าสู่ตลาดของคู่แข่งรายใหม่ หรือจากตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่นั้นให้ใช้เงื่อนไขเดียวกับกรณีการจำกัดการแข่งขันอย่างมากจากการกระทำฝ่ายเดียว

(4) ประสิทธิภาพ และสถานะทางการเงินของกลุ่มธุรกิจ เงื่อนไขในการพิจารณาประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ และสถานะทางการเงินของกลุ่มบริษัทนั้นให้ใช้เงื่อนไขเดียวกันกับกรณีการจำกัดการแข่งขันอย่างมากจากการกระทำฝ่ายเดียว

2. การรวมธุรกิจแบบแนวดิ่ง (Vertical business combinations) และการรวมธุรกิจแบบหลากหลาย (Conglomerate business combinations) การรวมธุรกิจแบบแนวดิ่ง และแบบหลากหลายนั้นไม่ได้ทำให้จำนวนคู่แข่งในตลาดลดลง การรวมธุรกิจทั้งสองรูปแบบนี้จึงมีผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจแบบแนวนอน ดังนั้นโดยทั่วไปแล้วผลกระทบจากการรวมธุรกิจทั้งสองรูปแบบนี้จึงไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากแต่อย่างใด เว้นแต่เฉพาะในบางกรณีที่การจำกัดการแข่งขันอย่างมากอาจเกิดขึ้นได้จากการร่วมกันปิดกั้นไม่ให้

---

<sup>147</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 4 Section3.

1) การจำกัดการแข่งขันอย่างมากจากการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral Conduct) จะพิจารณาปัจจัยหรือเงื่อนไขต่างๆดังต่อไปนี้<sup>148</sup>

(1) ตำแหน่งของกลุ่มธุรกิจ และสถานะของคู่แข่ง (The position of the company group and the state of competitions) ถ้าหลังจากการรวมธุรกิจส่วนแบ่งตลาดของกลุ่มธุรกิจมีไม่มากนัก และความแตกต่างระหว่างส่วนแบ่งตลาดของกลุ่มธุรกิจกับบริษัทคู่แข่งรายอื่น ๆ มีน้อย รวมไปถึงลำดับของกลุ่มธุรกิจในตลาดอยู่ในระดับต่ำ ความเป็นไปได้ที่จะเกิดปัญหาจากการปิดกั้นตลาดและการกีดกันคู่แข่งก็มีน้อย

(2) การนำเข้า การเข้าสู่ตลาด ความสามารถทั้งหมดของธุรกิจ หรือประสิทธิภาพ (Import, Entry, Overall Business Capabilities, Efficiency etc.) เงื่อนไขที่ใช้ในการพิจารณาปัจจัยต่างๆเหล่านี้ให้ใช้เงื่อนไขเดียวกันกับกรณีการรวมธุรกิจแบบแนวนอน

(3) สถานะทางการเงินของกลุ่มธุรกิจ (Financial Conditions of the Group Company) เงื่อนไขที่ใช้ในการพิจารณาสถานะทางการเงินของกลุ่มธุรกิจให้ใช้เงื่อนไขเดียวกันกับกรณีการรวมธุรกิจแบบแนวนอน

(4) ปัจจัยอื่นๆ (Other Factor) ที่จะต้องนำมาพิจารณาด้วย คือ ต้องพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นจะเป็นการทำลายความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าบางส่วนของกลุ่มธุรกิจนั้นเป็นคู่แข่งรายสำคัญของผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาสู่ตลาด

2) การจำกัดการแข่งขันอย่างมากโดยการกระทำร่วมกัน (Coordinated Conduct) โดยในการพิจารณาว่าผลกระทบของการรวมธุรกิจแบบแนวดิ่ง และแบบหลากหลาย นั้นอาจจะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะโดยการกระทำร่วมกันหรือไม่<sup>149</sup> JFTC จะพิจารณาจากปัจจัยหรือเงื่อนไขในเรื่องของตำแหน่งของกลุ่มธุรกิจและสถานะของคู่แข่ง สถานการณ์ที่แท้จริงในทางการค้า แรงกดดันจากการแข่งขัน

<sup>148</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 5 Section 2(1).

<sup>149</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 2004 Part 5 Section 2(2).

### 3.2 บทกำหนดโทษ

ผู้ใดกระทำความผิดในหมวดที่เกี่ยวกับการรวมธุรกิจดังต่อไปนี้จะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 2 ล้านบาท<sup>150</sup>

1) ผู้ใดกระทำการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 10 (1) โดยการได้มาซึ่งหุ้นหรือถือหุ้นของบริษัทอื่นซึ่งอาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ หรือได้มาซึ่งหุ้นหรือถือหุ้นของบริษัทอื่นโดยการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

2) ผู้ใดกระทำการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 11 (1) โดยเป็นบริษัทที่ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์หรือการประกันภัยได้มาหรือถือซึ่งสิทธิในการออกเสียงเกินกว่าร้อยละ 5 หรือ ร้อยละ 10 ของสิทธิในการออกเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศญี่ปุ่น หรือ ละเมิดบทบัญญัติมาตรา 11 (2) โดยการได้มาหรือถือซึ่งสิทธิดังกล่าวเกินระยะเวลา 1 ปี โดยมีได้รับอนุญาตจาก JFTC

3) ผู้ใดกระทำการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 13(1) โดยมีตำแหน่งเป็นพนักงานบริษัทมากกว่าหนึ่งบริษัทในเวลาเดียวกัน

4) ผู้ใดกระทำการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 14 โดยเป็นบุคคลธรรมดาที่มีบริษัทได้มาหรือถือหุ้นของบริษัทอื่นซึ่งอาจทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ หรือได้มาหรือถือหุ้นของบริษัทในประเทศญี่ปุ่นโดยการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

5) ผู้ใดกระทำการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 17 โดยกระทำการใดๆ เพื่อเป็นการยกเว้นหรือหลีกเลี่ยงการบังคับใช้ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการรวมธุรกิจตามมาตรา 9-16

---

<sup>150</sup> The Antimonopoly Act 1947 (revised 2005) Section 91.

### 3.3 ขอบเขตการควบคุมการรวมธุรกิจ

The Antimonopoly Act ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามาตรการในการควบคุมการรวมธุรกิจในหลายกรณีนั้นจะนำไปบังคับใช้กับกรณีของกิจการหรือบริษัทต่างชาติ (foreign company) ที่ตั้งอยู่นอกประเทศญี่ปุ่นด้วยโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องของรายได้ของกิจการนั้นที่เกิดขึ้นอย่างมีนัยสำคัญภายในประเทศญี่ปุ่น โดยไม่คำนึงว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกประเทศญี่ปุ่นก็ตาม แต่ถ้าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบในประเทศญี่ปุ่นแล้วการกระทำดังกล่าวก็จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น และการกำกับดูแลของ JFTC ด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองการแข่งขัน และอุตสาหกรรมในประเทศญี่ปุ่น และเพื่อให้กิจการของประเทศญี่ปุ่นสามารถแข่งขันในตลาดโลกได้ ดังที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติ ดังต่อไปนี้

1. การห้ามได้มาหรือถือหุ้นจนอาจทำให้เกิดการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจที่มากเกินไป สมควร ตามมาตรา 9(2)
2. การห้ามบริษัทถือหุ้น ตามมาตรา 10(3)
3. การห้ามรวมกิจการ ตามมาตรา 15(3)
4. การห้ามแบ่งแยกบริษัท ตามมาตรา 15-2(5)
5. การห้ามการได้มาซึ่งธุรกิจ ตามมาตรา 16(4)

นอกจากนี้มาตรการควบคุมในเรื่องของการถือหุ้น การรวมกิจการ หรือการได้มาซึ่งธุรกิจที่มีขั้นตอนที่กำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีความประสงค์จะดำเนินการดังกล่าวที่เข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องแจ้งหรือรายงานแผนการในการดำเนินการให้แก่ JFTC ทราบก่อนเป็นการล่วงหน้า นั้น ก็ได้กำหนดให้กิจการหรือบริษัทซึ่งอยู่ในต่างประเทศที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวมีหน้าที่ต้องแจ้งหรือรายงานการดำเนินการดังกล่าวเช่นเดียวกันกับกิจการหรือบริษัทญี่ปุ่นด้วย ซึ่ง JFTC ก็ได้มีการออก guideline กำหนดขั้นตอนดังกล่าวไว้โดยเฉพาะอีกด้วย ได้แก่ Notification System Concerning M&As by Companies outside Japan 1999