

คอลัมน์ : ช้างสนามแข่งขัน (ทางการค้า)

การกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง (2)

การรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า : องค์ประกอบ ภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบ



บทความโดย

- นายชลากร ภูเจริญ นักวิเคราะห์ธุรกิจ
สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า



ขอขอบคุณภาพจาก : หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ



สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า
OFFICE OF TRADE COMPETITION COMMISSION

ฉบับที่ 8
ตุลาคม 2564

การกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง (2)

การรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า : องค์ประกอบ การหน้าที่ และความรับผิดชอบ



บทความโดย

- นายชลากร กุญเจริญ นักวิเคราะห์ธุรกิจ
สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (สขค.) มักได้รับการสอบถามเป็นประจำว่า “เมื่อต้องการรวมธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติอย่างไร เพื่อไม่ให้ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ?” เนื่องจากในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจมีข้อกำหนดทั้งในระดับพระราชบัญญัติและในระดับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (กขค.) อยู่จำนวนหนึ่งและมีสาระสำคัญในหลากหลายหัวข้อ

โดยในบทความตอนที่ 2 นี้มีจุดประสงค์เพื่อตอบคำถามสำคัญดังกล่าว และผู้อ่านที่สนใจประเด็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสามารถศึกษาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการรวมธุรกิจ เพื่อใช้เป็นข้อมูลประกอบการประเมินตนเอง (self-assessment) ของผู้ประกอบธุรกิจให้แน่ใจก่อนดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ เพื่อไม่ให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

หลักเกณฑ์การรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจซึ่งถือเป็นภารกิจสำคัญของ กขค. ในการควบคุมโครงสร้างตลาดของประเทศไทย ซึ่งในบทบัญญัติตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่เป็นบทบัญญัติโดยตรงในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ มีสาระสำคัญจำแนกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ (1) การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อ กขค. ภายใน 7 วันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ (มาตรา 51 วรรคหนึ่ง) และ (2) การรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ต้องได้รับอนุญาตจาก กขค. ก่อนดำเนินการรวมธุรกิจ (มาตรา 51 วรรคสอง)

สำหรับการพิจารณาหลักเกณฑ์ข้างต้น ผู้เขียนจะขอสรุปโดยย่อ เพื่อให้ผู้อ่านได้เข้าใจหลักการสำคัญของการรวมธุรกิจ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็นย่อยตามลำดับ โดยการพิจารณาก่อนว่า (1) การกระทำรูปแบบใดบ้างที่ถือว่าเป็น “การรวมธุรกิจ” จากนั้นจึงพิจารณาต่อมาว่า (2) การรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างไรบ้าง ซึ่งในขั้นแรก พิจารณา “การรวมธุรกิจ” สามารถพิจารณาได้จากมาตรา 51 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งหมายถึงการกระทำใน 3 ลักษณะ ได้แก่ การควบรวมกิจการ การเข้าซื้อสินทรัพย์ การเข้าซื้อหุ้น จะถือว่าเป็นการรวมธุรกิจ

แนวทางสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินการรวมธุรกิจ

ขั้นต่อมา เมื่อพิจารณาได้แล้วว่า การกระทำใดบ้างที่ถือเป็นการรวมธุรกิจ จึงพิจารณาต่อมาว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างไรบ้าง ซึ่งจำแนกออกเป็น 3 แนวทาง ได้แก่

1. หากเป็นการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อ กขค. ภายใน 7 วันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ พิจารณาจากการรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจมียอดขายเกิน 1,000 ล้านบาทขึ้นไป และไม่เป็นผูผูกขาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาด เช่นนี้ ผู้รวมธุรกิจต้องดำเนินการแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อ กขค. ภายใน 7 วันนับแต่วันที่รวมธุรกิจ

2. หากเป็นการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ต้องขออนุญาตรวมธุรกิจจาก กขค. ก่อนดำเนินการรวมธุรกิจ ซึ่งมีองค์ประกอบที่ต้องพิจารณา 2 ส่วน ได้แก่

1) ผู้ผูกขาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า หมายถึง ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวที่มีอำนาจในการกำหนดราคาและปริมาณสินค้าได้อย่างเป็นอิสระ (ซึ่งต้องมียอดเงินขายเกิน 1,000 ล้านบาท)

2) ผู้มีอำนาจเหนือตลาด หมายถึง ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 50% หรือผู้ประกอบธุรกิจ 3 อันดับแรกในตลาดซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันเกิน 75% จะถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (ทั้งนี้ ยกเว้นผู้ที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่า 10% หรือมียอดเงินขายน้อยกว่า 1,000 ล้านบาท จะไม่ถือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด) หากเข้าข่ายกรณีเป็นผู้ผูกขาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาด จะต้องยื่นคำขออนุญาตรวมธุรกิจจาก กขค. ก่อนดำเนินการทุกกรณี โดยต้องยื่นคำขออนุญาตรวมธุรกิจ พร้อมชี้แจงเหตุผลความจำเป็นในการรวมธุรกิจ รวมถึงผลการวิเคราะห์ผลกระทบจากการรวมธุรกิจ เพื่อให้ กขค. ประกอบการพิจารณาด้วย

3. หากเป็นการรวมธุรกิจที่ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าข้างต้น จึงไม่จำเป็นต้องดำเนินการใด ๆ ซึ่งต้องพิจารณาเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น การไม่เข้าข่ายลักษณะที่ต้องขออนุญาตรวมธุรกิจ หรือต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจภายใน 7 วันรวมถึงการได้รับการยกเว้นจากการเป็นธุรกิจที่มีหน่วยงานกำกับดูแลเฉพาะหรือการรวมธุรกิจเพื่อปรับโครงสร้างภายใน เป็นต้น

ปัจจัยการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ

กรณี ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ยื่นคำขออนุญาตรวมธุรกิจตามมาตรา 51 วรรคสองต่อ กขค. นั้น กฎหมายกำหนดให้ กขค. ต้องพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ โดยใช้ปัจจัยการพิจารณาตามมาตรา 52 วรรคสอง ดังนี้

1. ความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ และประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ

โดย กขค. อาจหยิบยกประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเหตุผลความจำเป็นของการรวมธุรกิจ รวมถึงประเด็นผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ เช่น แผนการรวมธุรกิจ เหตุผลของการรวมธุรกิจ ประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจ ตลอดจนเหตุผลทางการเงิน เป็นต้น นอกจากนี้ กขค. อาจพิจารณาประเด็นเจตนาของผู้รวมธุรกิจได้ด้วย เช่น การรวมธุรกิจอย่างเป็นมิตร (Friendly Merger) ซึ่งเป็นเจตนาในการรวมธุรกิจที่ผ่านความเห็นชอบจากทั้งสองฝ่ายนั้น ก็อาจเป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักมากกว่าการรวมธุรกิจอย่างไม่เป็นมิตร (Hostile Merger) ซึ่งเป็นเจตนาในการรวมธุรกิจที่ไม่ได้ผ่านความเห็นชอบจากทั้งสองฝ่าย เป็นต้น อีกทั้ง ในการรวมธุรกิจก็อาจมีหลายเหตุผล เช่น การบริหารต้นทุน การร่วมกันพัฒนาเทคโนโลยี การค้นหา

หรือเข้าสู่ตลาดใหม่ การเข้าถึงแหล่งทรัพยากร รวมถึงเหตุผลด้านการเงินเพื่อความอยู่รอดของบริษัท (falling firm defense) เป็นต้น โดย กขค. จะพิจารณาเหตุผลความจำเป็นของผู้รวมธุรกิจเป็นรายกรณีไป

2. การไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง

โดย กขค. จะพิจารณาจากผลกระทบสำคัญที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจว่า การรวมธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขอมานั้น ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่งอย่างไรบ้าง ซึ่งแนวทางการพิจารณาผลกระทบดังกล่าว ได้แก่ การกระจุกตัวของตลาด ซึ่งพิจารณาจากค่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรก (Concentration Ratio: CR3) และดัชนี Herfindahl-Hirschman Index (HHI) นอกจากนี้ ยังมี การพิจารณาปัจจัยการเข้าสู่ตลาดของผู้เล่นรายใหม่และการขยายตัวของคู่แข่งในตลาด (Entry and Expansion) ผลกระทบจากผู้รวมธุรกิจ (Non-Coordinated Effect) และผลกระทบจากผู้รวมธุรกิจในการร่วมมือกัน (Coordinated Effect) รวมถึงผลกระทบด้านอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้น เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปว่าภายหลังการรวมธุรกิจ ตลาดจะยังคงมีประสิทธิภาพในการแข่งขันต่อไปหรือไม่

3. การไม่กระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม

โดย กขค. จะพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่อาจเกิดขึ้นต่อประโยชน์โดยรวมทางเศรษฐกิจและผู้บริโภคว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคในมิติใดบ้าง เช่น ราคาสินค้าหรือบริการ คุณภาพสินค้าหรือบริการ ความหลากหลายในทางเลือกของผู้บริโภค การเข้าถึงวัตถุดิบ เป็นต้น

แนวทางการตัดสินของ กขค.

เมื่อ กขค. ได้พิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจตามปัจจัยการพิจารณาที่กฎหมายกำหนดแล้ว กขค. อาจมีคำสั่งในคำขอดังกล่าวได้เป็น 3 แนวทาง ได้แก่ การอนุญาตให้รวมธุรกิจโดยไม่มีเงื่อนไข การอนุญาตให้รวมธุรกิจโดยมีการกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขประกอบ และการไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจ ดังนี้

1. การอนุญาตให้รวมธุรกิจโดยไม่มีเงื่อนไข

ในกรณีที่ กขค. พิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจแล้วเห็นว่า การรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่ยื่นคำขอนั้น ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าเป็นสาระสำคัญ กขค. จะมีคำสั่งอนุญาตให้รวมธุรกิจได้โดยไม่มีเงื่อนไขประกอบ

2. การอนุญาตให้รวมธุรกิจโดยมีการกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขประกอบ

ในกรณีที่ กขค. พิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจแล้วเห็นว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งอาจแก้ไขได้ด้วยการกำหนดมาตรการเยียวยาสภาพการแข่งขันให้แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจ เพื่อให้ระดับการแข่งขันกลับไปสู่ระดับเดิมหรือเทียบเท่าก่อนการรวมธุรกิจ กขค. จะมีคำสั่งอนุญาตให้รวมธุรกิจโดยมีเงื่อนไขประกอบ ทั้งเงื่อนไขด้านเวลาหรือเงื่อนไขให้กระทำการ เพื่อเพิ่มระดับการแข่งขันให้เพิ่มขึ้น



ทั้งนี้ มาตรการเยียวยาข้างต้น สามารถจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ มาตรการเยียวยาเชิงโครงสร้าง (Structural Remedies) เป็นเงื่อนไขที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขโครงสร้างตลาดโดยตรง เพื่อให้ระดับการแข่งขันเพิ่มขึ้น เช่น การบังคับขายกิจการบางส่วนออกไปให้บุคคลที่สาม การห้ามขยายกิจการหลังรวมธุรกิจ เป็นต้น และ มาตรการเยียวยาเชิงพฤติกรรม (Behavioral Remedies) เป็นเงื่อนไขที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมพฤติกรรมของผู้ได้รับอนุญาตให้รวมธุรกิจ ให้มีพฤติกรรมที่ส่งเสริมการแข่งขันเพิ่มขึ้น เช่น การกำหนดเงื่อนไขของสัญญาการค้า การกำหนดให้เปิดเผยสาระสำคัญของทรัพย์สินทางปัญญา การกำหนดเพดานราคาสินค้าหรือบริการภายหลังการรวมธุรกิจ เป็นต้น

3. การไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจ

ในกรณีที่ กขค. พิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจแล้วเห็นว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าเป็นสาระสำคัญ และร้ายแรงเกินกว่าที่จะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการเยียวยาสภาพการแข่งขันให้กลับมาคงเดิมได้ กขค. จะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจ

กล่าวโดยสรุปว่า แนวทางการตัดสินคำขออนุญาตรวมธุรกิจของ กขค. ทั้ง 3 แนวทางข้างต้น จะพิจารณาจากผลกระทบของการรวมธุรกิจต่อการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการพิจารณาที่เป็นสากลของหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ



ความรับผิดชอบจากการฝ่าฝืนกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่รวมธุรกิจแล้วมีภาระหน้าที่ซึ่งผูกพันให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตามกฎหมาย แต่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ดำเนินการดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีโทษปรับทางปกครองดังนี้

1. การฝ่าฝืนในการไม่แจ้งผลการรวมธุรกิจต่อ กขค. ภายใน 7 วัน จะมีความผิดตามมาตรา 81 ซึ่งต้องชำระค่าปรับทางปกครอง ในอัตราไม่เกิน 200,000 บาท และปรับอีกในอัตราไม่เกิน 10,000 บาท/วัน

2. การฝ่าฝืนในการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งอาจเป็นการรวมธุรกิจโดยที่ยังไม่ได้รับอนุญาตจาก กขค. ก่อนดำเนินการ หรือการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ กขค. กำหนดในคำสั่งอนุญาตให้รวมธุรกิจ จะมีความผิดตามมาตรา 80 ซึ่งต้องชำระค่าปรับทางปกครอง ในอัตราไม่เกิน 0.5% ของมูลค่าธุรกรรมในการรวมธุรกิจ

บทส่งท้าย

ในช่วงเวลาที่ผ่านมา สขค. ได้ดำเนินการตรวจสอบธุรกรรมการรวมธุรกิจที่เกิดขึ้นอย่างเข้มข้น เพื่อบังคับใช้กฎหมายในเชิงรุก (proactive) โดยตรวจพบผู้รวมธุรกิจซึ่งมีหน้าที่ต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อ กขค. ภายใน 7 วัน แต่ไม่ดำเนินการ อันนำไปสู่การบังคับโทษปรับทางปกครอง ซึ่งสาเหตุของการกระทำความผิดดังกล่าวพบว่า ส่วนใหญ่มีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนหรือเข้าใจผิดไปเองว่าตนเองไม่มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ภาระหน้าที่ตามกฎหมายที่เกิดจากการรวมธุรกิจ เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจในการประเมินตนเอง (self-assessment) ก่อนดำเนินการรวมธุรกิจ ว่าเข้าข่ายต้องดำเนินการตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องรับรู้ ทำความเข้าใจ และยึดถือปฏิบัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้เป็นแนวปฏิบัติตามปกติ เพื่อไม่ให้ทำผิดกฎหมายโดยไม่รู้ตัว

สำหรับบทความต่อไปจะเป็นนำเสนอข้อมูลและแนวโน้มเกี่ยวกับการรวมธุรกิจที่มีการดำเนินการกับ สขค. ทั้งในเรื่องของการขออนุญาตรวมธุรกิจ และการแจ้งผลการรวมธุรกิจในช่วงเวลาที่ผ่านมา เพื่อนำไปสู่การเฝ้าระวังมิให้เกิดการกระทำที่อาจเข้าข่ายฝ่าฝืนตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อไป

