



วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง : การโอนกิจการบางส่วนภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย

ชื่อผู้แต่ง : นิรุบล เลิศนุวัฒน์, กมลวรรณ จิรวินิชย์

การอ้างอิงที่แนะนำ : นิรุบล เลิศนุวัฒน์, กมลวรรณ จิรวินิชย์, ‘การโอนกิจการบางส่วนภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย’ (2566) 52(3) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 477.

ผู้สนับสนุนหลัก

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle



**SATYAPON
& PARTNERS**

THAILAND Intellectual Property Law Firm

CHANDLER MHM

ผู้สนับสนุนร่วม



DS&B DOMNERN
SOMGIAT
& BOONMA

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2109 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

การโอนกิจการบางส่วนภายใต้กฎหมายการแข่งขัน
ทางการค้าของไทย*

A Study on Divestiture under Competition Laws
of Thailand

นิลุบล เลิศนุวัฒน์

รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Nilubol Lertnuwat

Associate Professor, Faculty of Law, Thammasat University

กมลวรรณ จีรวชิษฐ์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Kamolvan Chiravisit

Assistant Professor, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 3 กรกฎาคม 2566; วันที่แก้ไขบทความ 24 กรกฎาคม 2566; วันที่ตอบรับบทความ 24 กรกฎาคม 2566

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยเรื่อง การโอนกิจการบางส่วนภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย (A Study on Divestiture under Competition Laws of Thailand) ที่เสนอต่อมูลนิธิเอเชีย (Asia Foundation) ผู้เขียนขอขอบคุณกระทรวงการต่างประเทศและการค้าของประเทศไทย (Department of Foreign Affairs and Trade) และมูลนิธิเอเชีย (Asia Foundation) ที่ให้การสนับสนุนการจัดทำวิจัยและนำเสนอวิจัย รวมทั้งขอขอบคุณสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ให้ความเห็นและข้อเสนอแนะในการจัดทำงานวิจัยให้มีความสมบูรณ์ และคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่ให้ความช่วยเหลือในการดำเนินงาน.

บทคัดย่อ

มาตรา 60 และ 52 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (กขค.) ในการกำหนดมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าได้อย่างกว้างขวางทั้งมาตรการเชิงพฤติกรรมและมาตรการเชิงโครงสร้าง มาตรการเชิงโครงสร้างที่กำหนดอาจอยู่ในรูปแบบการกำหนดให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน การกำหนดให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นมาตรการที่มีความรุนแรง และส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการที่ถูกบังคับใช้มากที่สุด ดังนั้น กขค. ควรกำหนดกรอบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาบังคับใช้มาตรการดังกล่าว เพื่อให้การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวเป็นไปอย่างรอบคอบ ลดความเบี่ยงเบนในการใช้ดุลพินิจ และทำให้ทุกกรณีได้รับการพิจารณาอย่างเสมอภาคเท่าเทียม ทั้งทำให้ผู้ประกอบการรับรู้ถึงหลักเกณฑ์ที่อาจจะถูกบังคับใช้มาตรการอันรุนแรงดังกล่าว เป็นการป้องปรามผู้ประกอบการที่คิดจะฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

บทความนี้ศึกษาเกี่ยวกับลักษณะมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้ประกอบการ ปัจจัยที่ควรคำนึงถึงในการพิจารณาใช้มาตรการแต่ละลักษณะ ตลอดจนตัวอย่างหลักเกณฑ์การพิจารณาใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการบังคับให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนของกฎหมายต่างประเทศ ประกอบการวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ และกฎหมายอื่นของประเทศไทยที่อาจเกี่ยวข้องในการพิจารณาใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้างโดยการบังคับให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน เพื่อนำมาหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะในการกำหนดมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้างโดยการบังคับให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน

คำสำคัญ : การโอนกิจการ, มาตรการเชิงโครงสร้าง, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

Abstract

Sections 60 and 52 of the Competition Act B.E. 2560 empowers the Trade Competition Commission of Thailand (TCCT) to widely impose both behavioural and structural measures to remedy the damage from trade competition. Such structural remedy may be in the form of partial and full divestiture. The order imposed to divest the business of the business operators is significantly severe and has the most

negative effect on them. The TCCT should therefore carefully establish the criteria for imposing and enforcing such order. This is to ensure that the measure is being laid down thoroughly, without exercising discretionary power, and that all cases are fairly treated. Once the criteria are established, they will also deter any potential wrongdoers from breaching competition law.

This article studies the character of the trade competition remedies, especially partial and full divestiture, and the factors to be considered when imposing them. Together with the Competition Act and other relevant regulations, the article analyses the criteria applied to impose trade competition remedies, the structural remedy in particular, in foreign countries. The analysis aims to provide a conclusion and recommendation on establishing the criteria for instituting the trade competition structural remedy by way of a partial or full divestiture.

Keywords: divestiture, structural remedy, trade competition law

1. บทนำ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก และถือได้ว่าเป็นธรรมนูญทางเศรษฐกิจของประเทศ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยได้มีการประกาศและบังคับใช้มาอย่างยาวนานหลายทศวรรษ ปัจจุบันกฎหมายที่ใช้บังคับ คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้เพื่อกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า ป้องกันการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า ทำให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มีบทบัญญัติในหลาย ๆ ส่วน โดยเฉพาะการกำหนดห้ามมิให้มีการกระทำการที่เป็นการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม และมีการกำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า มีการกำหนดข้อห้ามและบทลงโทษผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายรวมทั้งบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า มีหลายลักษณะและมีระดับความรุนแรงที่หลากหลาย ทั้งมาตรการแต่ละรูปแบบก็มีลักษณะและคุณสมบัติเฉพาะ มีข้อดีและข้อด้อยที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้น องค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าซึ่งตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (กขค.) จึงต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อที่จะกำหนดมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าให้เหมาะสม เพียงพอที่จะแก้ไขความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า ป้องกันการเกิดการกระทำผิดซ้ำ แต่ขณะเดียวกันก็ไม่มากเกินไปจนส่งผลกระทบต่อบรรยากาศการลงทุนของภาคเอกชน

มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าที่ได้ผลดีที่สุดตามมาตรการหนึ่ง แต่ก็มีมีความรุนแรงมากที่สุดเช่นกัน คือ มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับให้มีการโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้น ในการเลือกใช้มาตรการดังกล่าวมาบังคับกับผู้ประกอบธุรกิจก็ต้องอาศัยความระมัดระวังอย่างยิ่ง โดยคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างรอบคอบ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการแก้ไขความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า และป้องกันมิให้มีการกระทำผิดซ้ำ แต่ก็ต้องพิจารณาว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่รุนแรงน้อยกว่าที่จะสามารถบังคับกับกรณีได้ดีเท่ากับมาตรการบังคับให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจ โดยพิจารณาค่าใช้จ่ายและประสิทธิภาพในการบังคับใช้มาตรการอื่นประกอบด้วย

แม้ว่ามาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ บัญญัติให้อำนาจ กขค. ในการสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติ ตามที่ กขค. กำหนด อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวไม่ได้กำหนดรายละเอียดอื่นใดที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่ กขค. จะใช้ในการพิจารณากำหนดมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเอาไว้ จึงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการกำหนดมาตรการ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจและบรรยากาศการลงทุน นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงการใช้อำนาจของ กขค. ตามมาตรการดังกล่าว แม้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ จะให้อำนาจ กขค. เอาไว้ หากแต่การใช้อำนาจของ กขค. ยังต้องพิจารณาความเป็นไปได้และความสอดคล้องกับกฎหมายอื่นของประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง นอกเหนือจากการคำนึงถึงวัตถุประสงค์และหลักเกณฑ์ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่เพียงอย่างเดียว

การโอนกิจการทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกระทำได้ในหลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการที่ผู้ประกอบธุรกิจขายหน่วยหนึ่งหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของกิจการออกไป การขายดังกล่าวอาจเป็นการขายส่วนใดส่วนหนึ่งของธุรกิจหรือขายบริษัทลูกออกไป ที่เรียกว่า partial sell-off หรือผู้ประกอบธุรกิจโอนกิจการบางส่วนหรือหน่วยใดหน่วยหนึ่งในบริษัทของตนให้กับบริษัทใหม่ที่ยกออกมาจากบริษัทเดิม ที่เรียกว่า spin-off หรือผู้ประกอบธุรกิจโอนกิจการบางส่วนไปให้บริษัทลูกและนำหุ้นของบริษัทลูกเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์เพื่อขายหุ้นให้กับประชาชนเป็นการทั่วไป ที่เรียกว่า equity carve-out ไม่ว่าการโอนกิจการทั้งหมดหรือแต่บางส่วนจะกระทำด้วยวิธีการใดก็ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจและผู้มีส่วนได้เสียของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ ลูกจ้าง คู่ค้า และผู้บริโภค เป็นต้น ดังนี้ การที่ กขค. จะสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนออกไปจึงต้องคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับผู้ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย

ดังนั้น การศึกษาฉบับนี้จะได้ศึกษาเกี่ยวกับลักษณะมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจ ข้อดี ข้อด้อยของมาตรการแต่ละลักษณะ ปัจจัยที่ควรคำนึงถึงในการพิจารณาใช้มาตรการแต่ละลักษณะ ตลอดจนตัวอย่างหลักเกณฑ์การพิจารณาใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการบังคับให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน ของกฎหมายต่างประเทศ ประกอบการวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ และกฎหมายอื่นของประเทศไทยที่อาจเกี่ยวข้องในการพิจารณาใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการบังคับให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน เพื่อนำมาหาข้อสรุปและ



ข้อเสนอแนะในการกำหนดมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการบังคับให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน

บทความนี้แบ่งออกเป็นห้าส่วน ได้แก่ ส่วนแรกเป็นบทนำ ส่วนที่สองว่าด้วยมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า จากนั้นส่วนที่สามจะนำเสนอกฎหมายแข่งขันทางการค้า และการโอนกิจการตามกฎหมายออสเตรเลียและสหรัฐอเมริกา ส่วนที่สี่เกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและการโอนกิจการบางส่วนตามกฎหมายไทย รวมทั้งการวิเคราะห์ผลในทางกฎหมายจากการกำหนดมาตรการบังคับให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน และส่วนสุดท้ายเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะ

2. มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า

มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่เพียงแต่จะหยุดการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า และแก้ไขเยียวยาตลาดให้กลับคืนสู่สภาพที่มีการแข่งขันเท่านั้น มาตรการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำความผิดยังมีส่วนช่วยยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในอนาคต¹ นอกจากนี้มาตรการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำความผิดยังอาจมีวัตถุประสงค์อื่นประกอบด้วย เช่น ชื่นาตลาด เยียวยาผู้เสียหาย หรือลงโทษผู้กระทำความผิด²

มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้ามีหลายประเภท แต่ละประเภทมีทั้งข้อดีและข้อด้อย ดังนั้นการเลือกใช้มาตรการใด องค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าจึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการ หากแต่ต้องไม่เกินความจำเป็นจนไปจำกัดความอิสระในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่จะแสวงหาความมีประสิทธิภาพและผลกำไรอันพึงได้ รวมถึงไม่ก่อให้เกิดปัญหาที่จะตามมาในภายหลังซึ่งในหลายกรณีอาจส่งผลเสียต่อตลาดอย่างไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้

¹ ดู Florian Wagner-von Papp, 'Remedies, Sanctions and Commitments' ใน Akman, Brook and Stylianou (eds) *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization* (Edward Elgar Publishing 2023) <<https://ssrn.com/abstract=3911117>> สืบค้นเมื่อ 31 มกราคม 2565.

² Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), *The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences* (pdf, OECD 2019) 19-23 <<https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf>> สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2565.

2.1 ประเภทของมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า

มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าอาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ มาตรการเชิงพฤติกรรม (behavioural remedies) และมาตรการเชิงโครงสร้าง (structural remedies)

(1) มาตรการเชิงพฤติกรรม (behavioural remedies)

มาตรการเชิงพฤติกรรมเป็นกรณีที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการหรืองดเว้นการกระทำใดตามที่องค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า (องค์กรกำกับดูแล) กำหนด ดังนั้นจึงอาจแบ่งมาตรการเชิงพฤติกรรมออกได้เป็น 2 ประเภท คือ มาตรการเชิงพฤติกรรมเชิงบวก (positive or affirmative behavioural remedies) มาตรการเชิงพฤติกรรมเชิงลบ (negative behavioural remedies)³

มาตรการเชิงบวก (positive or affirmative behavioural remedies) เป็นกรณีที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการบางอย่างเพื่อให้ตลาดกลับสู่ภาวะการแข่งขันได้⁴ ส่วนมาตรการเชิงลบ (negative behavioural remedies) เป็นกรณีที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจหยุดกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นมาตรการที่ทำให้ได้พฤติกรรมอันเป็นปฏิกิริยาต่อการแข่งขันทางการค้าหยุดลง ซึ่งในบางกรณีก็เป็นมาตรการที่เพียงพอที่จะทำให้ตลาดกลับมาสู่การแข่งขันได้⁵ และมักจะมีการสั่งห้ามไม่ให้กระทำในอนาคตอีกด้วย⁶

มาตรการเชิงพฤติกรรมเป็นมาตรการที่มีข้อดีอยู่มาก แต่ก็มีข้อด้อยเช่นกัน มาตรการเชิงพฤติกรรมสามารถกำหนดให้เหมาะสมกับแต่ละกรณีได้ง่าย ซึ่งทำให้เหมาะสมที่จะใช้เนื่องจากการกระทำผิดในแต่ละกรณีก็มีความแตกต่างกันทั้งในด้านพฤติกรรม ตลาดที่เกี่ยวข้อง รวมถึงรายละเอียดต่าง ๆ นอกจากนั้นมาตรการเชิงพฤติกรรมยังมีลักษณะไม่รุนแรง และสามารถยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย ทำให้สามารถปรับให้เข้ากับสถานการณ์หรือสถานะของตลาดที่เปลี่ยนแปลงไปได้โดยง่าย⁷

³ เพิ่งอ้าง 24-25.

⁴ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases 2006 38 <<https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>> สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2565.

⁵ เพิ่งอ้าง.

⁶ OECD, The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences (เชิงอรรถ 2) 24.

⁷ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 38.

แม้มาตรการเชิงพฤติกรรมจะมีข้อดีอยู่มาก และองค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้านิยมใช้มากที่สุดก็ตาม แต่มาตรการเชิงพฤติกรรมก็มีข้อด้อยอยู่เช่นกัน เนื่องจากเป็นมาตรการที่ไม่ได้จัดการกับปัญหาจากฐานราก กล่าวคือ ไม่ได้จัดการกับโครงสร้างตลาดที่เป็นปัญหา แต่จัดการกับผลที่เกิดขึ้นกับตลาดจากพฤติกรรมอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้มีประสิทธิภาพที่ต่ำกว่ามาตรการเชิงโครงสร้าง ทั้งมาตรการเชิงพฤติกรรมยังก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่าย กล่าวคือ มีค่าใช้จ่ายในการกำหนดมาตรการในการติดตามตรวจสอบ และบังคับให้เป็นไปตามมาตรการที่กำหนดขึ้น เนื่องจากในการกำหนดมาตรการ องค์กรกำกับดูแลอาจมีข้อมูลเกี่ยวกับตลาดที่เป็นปัญหาไม่มากพอที่จะทำให้กำหนดมาตรการเชิงพฤติกรรมที่เหมาะสม ส่งผลให้อาจกำหนดมาตรการเข้มข้นเกินไป หรืออ่อนเกินไปได้ ทั้งในการติดตามตรวจสอบและบังคับให้เป็นไปตามมาตรการที่กำหนดขึ้น ก็มีค่าใช้จ่ายที่ตามมาในระยะยาว องค์กรกำกับดูแลมีหน้าที่ต้องรวบรวมข้อมูล ตรวจสอบถึงการปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดขึ้น นอกจากนั้นมาตรการเชิงพฤติกรรมเป็นมาตรการที่อาศัยระยะเวลาในการปฏิบัติยาวนานกว่ามาตรการเชิงโครงสร้าง ทำให้มาตรการที่กำหนดขึ้นอาจไม่เหมาะสมเมื่อระยะเวลาผ่านไป จนทำลายการแข่งขันทางการค้าหรือก่อให้เกิดสภาวะไร้ประสิทธิภาพ หรือเมื่อระยะเวลาผ่านไป ผู้ประกอบธุรกิจอาจจะพบหนทางอื่นที่ไม่ต้องห้ามจากมาตรการที่กำหนด แต่ทำให้เกิดผลอันเป็นปรปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้าไม่ต่างจากพฤติกรรมที่ถูกห้ามกระทำ⁸

(2) มาตรการเชิงโครงสร้าง (structural remedies)

มาตรการเชิงโครงสร้างเป็นมาตรการที่ใช้เพื่อเปลี่ยนโครงสร้างตลาด วิธีที่องค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าใช้กันอย่างกว้างขวางคือ การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจำต้องโอนทรัพย์สินซึ่งอาจเป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ หรือกิจการบางส่วนของตนไปให้ผู้อื่นซึ่งจะทำให้ทรัพย์สินหรือกิจการที่โอนไปนั้นไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเจ้าของเดิมอีกต่อไป (divestiture)⁹ มาตรการเชิงโครงสร้างได้ชื่อว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดในบรรดามาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าซึ่งมีทั้งข้อดีและข้อด้อยในตัวเอง

มาตรการเชิงโครงสร้างกำจัดการอำนาจเหนือตลาดได้ในทันที และสร้างผู้แข่งขันที่เข้มแข็งในตลาดขึ้นมา ทำให้หลายคนเชื่อว่ามาตรการเชิงโครงสร้างเป็นมาตรการที่ดีและให้ผลดีต่อการแข่งขัน

⁸ Ariel Ezrachi, 'Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies' (The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper (L) 13/05 2005) 2-3 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=913773> สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2565. OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 38-39.

⁹ OECD, The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences (เชิงอรรถ 2) 25.

ทางการค้าที่ยั่งยืนกว่ามาตรการเชิงพฤติกรรม ทั้งมาตรการเชิงโครงสร้างกำหนดง่ายกว่ามาตรการเชิงพฤติกรรม ในกรณีที่มีความยุ่งยากซับซ้อน การให้ผู้กระทำผิดต้องโอนกิจการของตนออกไปให้ผู้อื่น จะทำให้การแข่งขันทางการค้ากลับคืนสู่ตลาดได้ง่ายกว่าการกำหนดมาตรการเชิงพฤติกรรม และทำให้ผู้ประกอบการที่กระทำความผิดขาดแรงจูงใจที่จะกลับไปทำพฤติกรรมอันไม่ชอบด้วยกฎหมายอีก นอกจากนี้ มาตรการเชิงโครงสร้าง ไม่ต้องการการติดตาม ตรวจสอบ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรการภายหลังการบังคับตามมาตรการเสร็จสิ้นแล้ว ดังนั้น จึงตัดปัญหาในเรื่องค่าใช้จ่ายและกำลังเจ้าหน้าที่ขององค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในการติดตาม ตรวจสอบและบังคับให้เป็นไปตามมาตรการที่กำหนดหรือการต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของมาตรการ แตกต่างจากมาตรการเชิงพฤติกรรม¹⁰

แม้ว่ามาตรการเชิงโครงสร้างจะมีข้อดีอยู่มาก แต่ก็มีข้อด้อยเช่นกัน กล่าวคือ มาตรการเชิงโครงสร้างอาจไม่สามารถนำมาใช้ได้เสมอไป เนื่องจาก อาจไม่มีผู้ที่ต้องการรับโอนทรัพย์สินหรือกิจการนั้นต่อไป¹¹ นอกจากนี้ การใช้มาตรการเชิงโครงสร้างอาจก่อให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนได้ในหลายกรณีโดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการที่มิได้มีลักษณะแยกเป็นหน่วยย่อย ๆ แต่มีลักษณะเป็นหนึ่งเดียว การจะให้โอนกิจการบางส่วนจะมีความยุ่งยากซับซ้อนเนื่องจากมีความยุ่งยากในการจัดสรรทั้งทรัพยากรบุคคลและทรัพย์สิน¹²

ทั้งมาตรการเชิงโครงสร้างก่อให้เกิดความยุ่งยากต่อธุรกิจที่ถูกบังคับตามมาตรการมากกว่ามาตรการเชิงพฤติกรรม จนอาจก่อให้เกิดความไร้ประสิทธิภาพในช่วงเริ่มต้นของการบังคับตามมาตรการ นอกจากนั้นอาจทำให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือมีขนาดใหญ่หวาดกลัวต่อมาตรการ จนไม่กล้ากระทำการบางอย่างที่เป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันทางการค้า¹³

แม้ว่ามาตรการเชิงโครงสร้างจะได้ขึ้นชื่อว่าประหยัดค่าใช้จ่ายและกำลังเจ้าหน้าที่ขององค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า องค์กรกำกับดูแลจะต้องติดตามเสียเลยทีเดียว เนื่องจากการจะบังคับให้เป็นไปตามมาตรการเชิงโครงสร้างอย่างยั่งยืน ก็ต้องมีการกำหนดไม่ให้มีการซื้อทรัพย์สินหรือกิจการกลับไปอีก หรือเป็นกรณีที่มีการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อคู่แข่งทางการค้า องค์กรกำกับดูแลจึงต้องมีการติดตามตรวจสอบในกรณีลักษณะนี้¹⁴

นอกจากนั้น การใช้มาตรการเชิงโครงสร้างไม่อาจคาดการณ์ผลที่จะเกิดขึ้นต่อตลาดในอนาคต ภายหลังการเปลี่ยนโครงสร้างตลาดไปแล้วได้ ดังนั้นการใช้มาตรการเชิงโครงสร้างในบางกรณีอาจไม่ได้

¹⁰ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 31.

¹¹ Ariel Ezrachi (เชิงอรรถ 8) 3.

¹² OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 32.

¹³ เพิ่งอ้าง 31.

¹⁴ เพิ่งอ้าง 32.



ให้ผลลัพธ์อย่างที่คาดหวังเอาไว้เสมอไป และการที่มีความไม่แน่นอนของผลที่จะเกิดขึ้นนี้เองอาจส่งผลต่อการตัดสินใจลงทุนของผู้ประกอบธุรกิจ¹⁵ ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อบังคับใช้มาตรการเชิงโครงสร้างแล้ว แม้ว่าจะได้ผลที่ไม่พึงประสงค์กระทบต่อตลาด ก็ไม่อาจแก้ไขได้หรือยกเลิกได้โดยง่ายต่างจากมาตรการเชิงพฤติกรรม¹⁶

ระดับความรุนแรงของมาตรการเชิงโครงสร้าง

ระดับความรุนแรงของมาตรการเชิงโครงสร้างสามารถแบ่งโดยละเอียดออกได้เป็น 8 ระดับ จากระดับเบาสุด คือ “การแบ่งแยกบัญชีการเงิน (accounting separation)”¹⁷ “การจัดตั้งฝ่ายขายส่ง (creation of a wholesale division)”¹⁸ “การแบ่งแยกเสมือน (virtual separation)”¹⁹ “การแบ่งแยกธุรกิจ (business separation)”²⁰ “การแบ่งแยกธุรกิจโดยถูกจำกัดสิ่งจูงใจ (business separation with localized incentives)”²¹ “การแบ่งแยกธุรกิจโดยแบ่งแยกบอร์ดบริหาร (business separation with separate governance arrangements)”²² “การแบ่งแยกนิติบุคคล (legal separation)”²³ และ “การบังคับโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน (ownership separation)”²⁴

ดังนั้น ในการเลือกใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าจึงควร คำนึงปัจจัยต่าง ๆ อย่างรอบคอบ เช่น ระยะเวลา²⁵ ผลดีและผลเสียของการใช้มาตรการแต่ละลักษณะ²⁶ ความได้สัดส่วน²⁷ รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งจะถูกบังคับโดยมาตรการ²⁸ มาตรการบังคับ

¹⁵ OECD, Report on Experiences with Structural Separation 2012 <<https://www.oecd.org/daf/competition/50056685.pdf>> สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2565.

¹⁶ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 32.

¹⁷ เพิ่งอ้าง 94.

¹⁸ เพิ่งอ้าง 94.

¹⁹ เพิ่งอ้าง 94.

²⁰ เพิ่งอ้าง 94.

²¹ เพิ่งอ้าง 94.

²² เพิ่งอ้าง 97.

²³ เพิ่งอ้าง 94.

²⁴ เพิ่งอ้าง 94.

²⁵ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 32.

²⁶ OECD, The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences (เชิงอรรถ 2) 35.

²⁷ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 21-25.

²⁸ เพิ่งอ้าง 27.

และมาตรการโดยสมัครใจ²⁹ พัฒนาการของตลาดในอนาคต³⁰ ภาระการบังคับและติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามมาตรการ³¹ การใช้มาตรการในลักษณะผสมผสาน³²

2.2 รูปแบบการโอนกิจการ

ในการพิจารณากำหนดมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า โดยบังคับให้มีการโอนกิจการ ลำดับแรก กขค. จะพิจารณาว่าจะสั่งให้โอนกิจการทั้งหมดหรือเฉพาะบางส่วน หาก กขค. กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจโอนกิจการทั้งหมด ผู้ประกอบธุรกิจก็โอนธุรกิจของตนไปทั้งหมด อันทำให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีอำนาจเหนือกิจการที่โอนออกไป ส่วนการสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจโอนกิจการบางส่วน กขค. จะกำหนดรูปแบบของการโอนกิจการบางส่วน โดยอาจเป็นรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งหรือหลายรูปแบบประกอบกัน ดังต่อไปนี้

(1) Spin-off

Spin-off มีลักษณะเป็นการโอนกิจการบางส่วนออกมาและกิจการหรือหน่วยที่แยกออกมานั้นจะกลายเป็นบริษัทใหม่ (บริษัทลูก) จากนั้นบริษัทก็จะจัดสรรหุ้นของบริษัทลูกให้กับผู้ถือหุ้นตามสัดส่วนการถือหุ้น (*pro rata basis*) ที่ผู้ถือหุ้นถือหุ้นอยู่ในบริษัทแม่³³ การจัดสรรดังกล่าวกระทำโดย

²⁹ Peter Alexadis and Elsa Sependa, 'Structural Remedies under European Union Antitrust Rules' (2013) 2 Concurrences 12-31 <<https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/AlexiadisSependa-StructuralRemedies.pdf>> สืบค้นเมื่อ 17 มกราคม 2565; OECD, Report on Experiences with Structural Separation (เชิงอรรถ 15) 11; Frank P Maier-Rigaud, 'Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law' ใน Philip Lowe, Mel Marquis and Giorgio Monti (eds.) *European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law* (Hart Publishing 2016) 212 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2457594> สืบค้นเมื่อ 22 มกราคม 2565.

³⁰ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 26-27; OECD, The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences (เชิงอรรถ 2) 41.

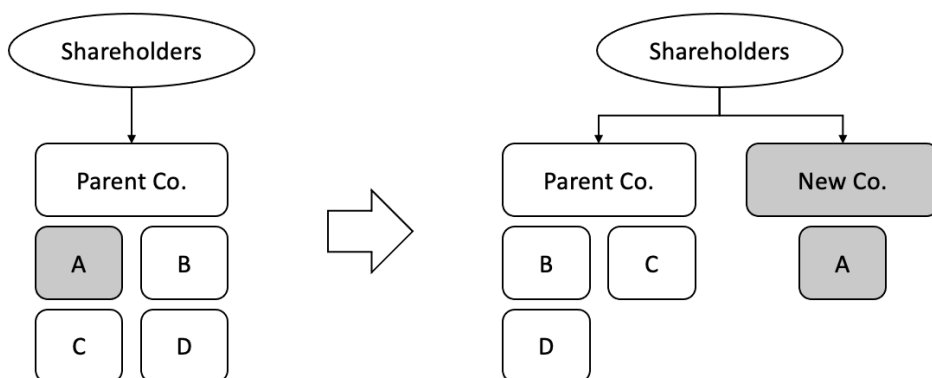
³¹ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 28; OECD, The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences (เชิงอรรถ 2) 41-42.

³² OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 4) 37; OECD, The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences (เชิงอรรถ 2) 36-37; Peter Alexadis and Elsa Sependa, (เชิงอรรถ 29) 12-31.

³³ Felix Lessambo, *U.S. Mergers and Acquisitions: Legal and Financial Aspects* (Springer Nature Switzerland 2021) 163; Joseph Joy, *Divestitures and Spin-Offs: Lessons Learned in the Trenches of the World's Largest M&A Deals* (Springer 2018) 196.



บริษัทแม่ให้หุ้นกับผู้ถือหุ้นในรูปของเงินปันผล ผู้ถือหุ้นจะได้รับหุ้นของบริษัทใหม่ตามสัดส่วนการถือหุ้นที่ตนถืออยู่ในบริษัทแม่โดยที่ผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิเลือก ทำให้ผู้ถือหุ้นได้ถือหุ้นในสองบริษัท (dual shareholding) และสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นบริษัทแม่จะเหมือนกับสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นในบริษัทลูกทุกประการ ดังรูป

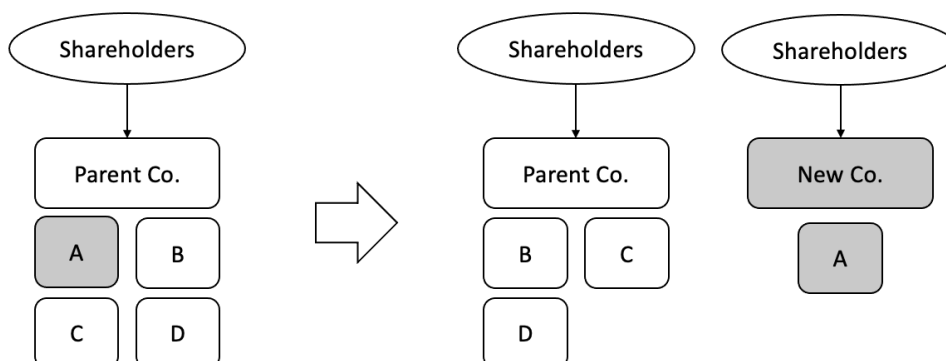


จะเห็นได้ว่าผลของการทำ spin-off คือ ผู้ถือหุ้นชุดเดิมยังมีอำนาจในการครอบงำกิจการที่โอนออกไป

(2) Split-off

ในการทำ split-off กิจการบางส่วนที่แยกออกมาจะถูกโอนไปยังบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ที่เป็นบริษัทลูก จากนั้นบริษัทแม่จะเสนอทางเลือกให้กับผู้ถือหุ้นของตนว่าจะถือหุ้นของบริษัทแม่ไว้ต่อไป หรือจะเลือกไปถือหุ้นของบริษัทลูกแทน และให้เวลาผู้ถือหุ้นในการตัดสินใจว่าจะแลกเปลี่ยนหุ้นหรือไม่³⁴ หากผู้ถือหุ้นตัดสินใจถือหุ้นของบริษัทลูก ผู้ถือหุ้นก็ต้องนำหุ้นของบริษัทแม่ที่ตนถืออยู่ไปแลกเปลี่ยนกับหุ้นของบริษัทลูกที่บริษัทแม่ถืออยู่ โดยมาก บริษัทแม่จะจูงใจผู้ถือหุ้นให้เลือกนำหุ้นของบริษัทแม่ไปแลกเปลี่ยนเป็นหุ้นของบริษัทใหม่โดยการเสนอหุ้นของบริษัทใหม่ที่มีมูลค่ามากกว่าหุ้นของบริษัทเดิม

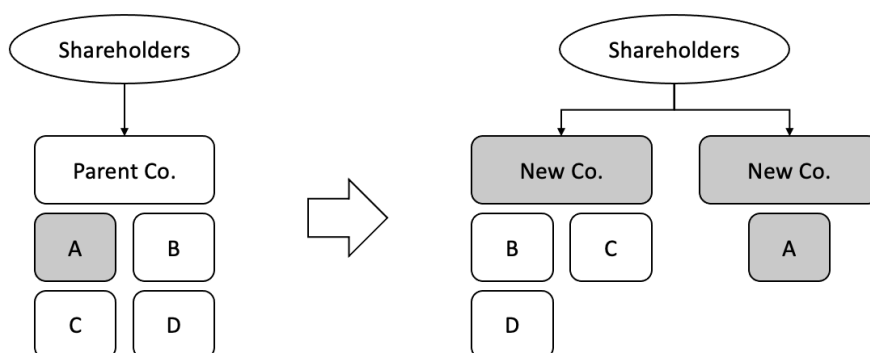
³⁴ Joseph W Cornell, *Spin-off to Pay-off: An analytical Guide to Investing in Corporate Divestitures* (McGaw-Hill 1998) 163.



จะเห็นได้ว่าผลของการทำ split-off คือ ผู้ที่มีอำนาจเหนือบริษัทและกิจการที่โอนไปเป็นบุคคลคนละกลุ่มกัน บริษัทแม่อายังมีอำนาจควบคุมกิจการที่โอนไปหรือไม่ก็ได้

(3) Split-up

Spilt-up เป็นกรณีที่บริษัทใดบริษัทหนึ่งแยกกิจการของตนออกเป็นส่วน ๆ และตั้งบริษัทลูกอย่างน้อยสองบริษัทขึ้นจากนั้นก็โอนกิจการบางส่วนของตนให้กับบริษัทลูกแห่งหนึ่ง และโอนกิจการอีกส่วนให้กับบริษัทลูกอีกแห่งหนึ่ง โดยบริษัทลูกที่ตั้งขึ้นมีความเป็นอิสระแยกออกจากกัน เมื่อมีการตั้งบริษัทลูกขึ้นมาแล้วก็จะมีการดำเนินการให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทแม่ไปถือหุ้นในบริษัทลูกทั้งหมดที่ตั้งขึ้น จากนั้นบริษัทแม่ก็เลิกกิจการ³⁵



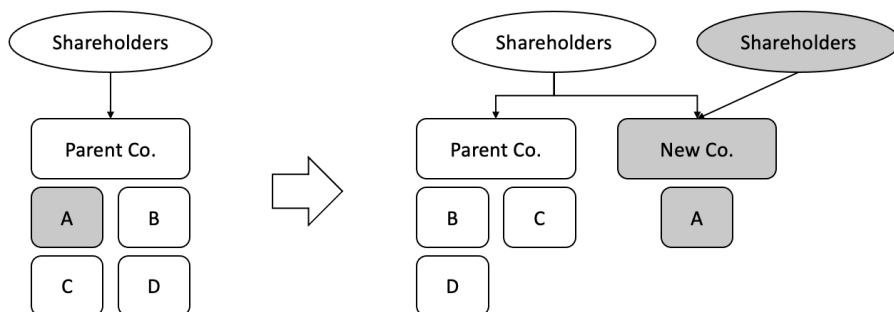
จะเห็นได้ว่าผลของการทำ spin-off คือ ผู้ถือหุ้นชุดเดิมยังมีอำนาจในการครอบงำกิจการที่โอนออกไป

³⁵ Yasuhiro Monden and others (eds), *Value-based Management of The Rising Sun* (World Scientific Publishing 2006) 488; Joseph Joy (เชิงอรรถ 33) 196.



(4) Equity carve-out

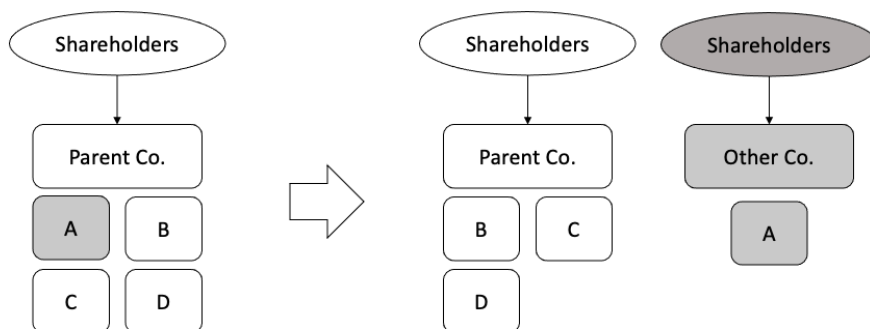
Equity carve-out เป็นกรณีที่บริษัทแม่จำหน่ายหุ้นที่ตนถือในบริษัทลูกให้กับประชาชนทั่วไป ผ่านการนำหุ้นของบริษัทลูกเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์³⁶ บริษัทแม่มักนำหุ้นของบริษัทลูก ออกขายในจำนวนที่บริษัทแม่ยังสามารถรักษาอำนาจในการควบคุมบริษัทลูกได้ต่อไป อันเป็น การรักษาความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก



จะเห็นได้ว่าผลของการทำ equity carve-out คือ ผู้ถือหุ้นชุดเดิมยังมีอำนาจในการครอบงำกิจการที่โอนออกไป และจะมีผู้ถือหุ้นกลุ่มอื่นเข้ามาร่วมถือหุ้นของบริษัทที่แยกออกไป

(5) Partial sell-off

การโอนกิจการบางส่วนยังสามารถทำได้โดยการขายหน่วยหนึ่งหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของกิจการออกไป การขายดังกล่าวอาจเป็นการขายส่วนใดส่วนหนึ่งของธุรกิจ เช่น การขายสายการผลิตสินค้า หรืออาจเป็นการขายบริษัทลูกออกไปก็ได้³⁷



³⁶ มีผู้เห็นว่า equity carve-out มีลักษณะเป็นการผสมระหว่าง spin-off และ IPO โดยเริ่มจาก spin-off และตามด้วย IPO. Joseph W Cornell (เชิงอรรถ 34) 9.

³⁷ William J Gole and Paul J Hilger, *Corporate Divestitures: A Merger and Acquisitions Best Practices Guide* (Wiley 2008) 43; Thummuluri Siddaiah, *Financial Services* (Pearson Education 2011) 369

จะเห็นได้ว่า partial sell-off เป็นกระบวนการที่ทำให้ความเป็นเจ้าของและอำนาจควบคุมของบริษัทในสินทรัพย์สิ้นไป

จากรูปแบบการโอนกิจการบางส่วนทั้ง 5 รูปแบบจะเห็นได้ว่า แต่ละรูปแบบส่งผลต่อกิจการของผู้ประกอบธุรกิจแตกต่างกัน กขค. อาจพิจารณาว่าเป้าประสงค์ของการสั่งดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ใด เช่น หากต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีอำนาจในการควบคุมกิจการบางส่วนอีกต่อไป ก็ต้องกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจขายส่วนใดส่วนหนึ่งออกไปในลักษณะ partial sell-off แต่หากต้องการเพียงลดอำนาจในการควบคุมของผู้ประกอบธุรกิจลง กขค. อาจใช้รูปแบบการโอนกิจการอื่น

3. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและการโอนกิจการตามกฎหมายต่างประเทศ

3.1 ประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลียที่จะได้กล่าวถึงต่อไปในหัวข้อนี้เป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐ (federal law) กล่าวคือ The Competition and Consumer Regulations 2010³⁸ (CCA) วัตถุประสงค์ของ CCA คือ การยกระดับสวัสดิการ (welfare) ของประเทศออสเตรเลีย โดยการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าและการค้าที่เป็นธรรม และการคุ้มครองผู้บริโภค³⁹ โดยมีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค (The Australian Competition and Consumer Commission – ACCC) เป็นองค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า และองค์กรพิจารณาอุทธรณ์ (The Australian Competition Tribunal) เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทบทวนคำสั่งของ ACC

แม้ว่า CCA จะบัญญัติพฤติกรรมต้องห้ามเอาไว้หลายประการ เช่น การร่วมมือกันของคู่แข่งทางการค้า (horizontal agreements)⁴⁰ การร่วมมือกันของคู่ค้า (vertical agreements)⁴¹ การใช้อำนาจเหนือตลาด (misuse of market power)⁴² และการควบรวมกิจการ (mergers)⁴³ และ

³⁸ The Competition and Consumer Regulations 2010 (CCA) (Statutory Rules 1974 No. 170).

³⁹ CCA Section 2 Object of this ACT

⁴⁰ CCA Division 1 – Cartel conduct.

⁴¹ CCA Section 47.

⁴² CCA Section 46.

⁴³ CCA Section 50.



CCA ได้บัญญัติถึงมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนเอาไว้ โดยให้อำนาจศาลให้การออกคำสั่ง และได้ให้อำนาจ ACCC โดยอ้อมเอาไว้ หากแต่การใช้มาตรการดังกล่าวจะใช้เฉพาะกับกรณีพฤติกรรมการควบรวมกิจการเท่านั้น ไม่ใช้กับพฤติกรรมในลักษณะอื่น⁴⁴

แม้ CCA จะไม่ได้ให้อำนาจ ACCC โดยตรงในการออกคำสั่งใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน หากแต่ได้ให้อำนาจ ACCC โดยอ้อมตามมาตรา 87B ในการบังคับตามคำมั่น (Section 87B Enforcement of undertaking) เป็นการใช้อำนาจผ่านการพิจารณาคำร้องของผู้ประกอบธุรกิจ ในการขออนุญาตกระทำการต่าง ๆ ที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติ CCA โดยเฉพาะการขออนุญาตควบรวมธุรกิจ ทั้งอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการ ภายใต้มาตรา 87B ACCC ไม่มีอำนาจที่จะบังคับหรือเรียกร้องให้ผู้ประกอบธุรกิจให้คำมั่น แต่เป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเสนอวิธีแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าที่อาจเกิดขึ้นจากการควบรวมกิจการที่ตนขอรับการพิจารณาอนุญาตควบรวมกิจการเป็นลายลักษณ์อักษร⁴⁵ แต่ทั้งนี้ผู้เสนอให้คำมั่นจะยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำมั่นของตนได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจาก ACCC เท่านั้น⁴⁶

ในการที่ผู้ประกอบธุรกิจเสนอวิธีแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้ ACCC พิจารณานั้น ACCC จะพิจารณาใช้กระบวนการตามมาตรา 87B ในกรณีที่การควบรวมกิจการฝ่าฝืนหรืออาจฝ่าฝืน CCA แทนที่จะพิจารณาดำเนินกระบวนการฟ้องศาล⁴⁷ ACCC จะพิจารณารับคำมั่นของผู้ประกอบธุรกิจหากคำมั่นนั้นมีประสิทธิภาพและบังคับใช้ได้จริง⁴⁸ คำมั่นอาจประกอบไปด้วยมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้างและเชิงพฤติกรรม

⁴⁴ OECD, Australia – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform 2009 13, para 59 <<https://www.oecd.org/daf/competition/45170413.pdf>> สืบค้นเมื่อ 24 มกราคม 2565. เอกสารฉบับนี้อธิบายเกี่ยวกับ The Trade Practice Act 1974 ปัจจุบันกฎหมายดังกล่าวเปลี่ยนชื่อเป็น The Competition and Consumer Regulations 2010 หากแต่เนื้อหาของกฎหมายที่อ้างอิงนี้ยังคงเดิม.

⁴⁵ The Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), Section 87B of the Competition and Consumer Act: Guidelines on the use of enforceable undertakings 2014 6 <<https://www.accc.gov.au/system/files/Guide%20to%20Section%2087B.pdf>> สืบค้นเมื่อ 25 มกราคม 2565.

⁴⁶ CCA Section 87B (2).

⁴⁷ ACCC, Section 87B of the Competition and Consumer Act: Guidelines on the use of enforceable undertakings (เชิงอรรถ 45) 3-4.

⁴⁸ ACCC, Merger Guidelines 2008 58-59 <<https://www.accc.gov.au/system/files/Merger%20guidelines%20-%20Final.PDF>> สืบค้นเมื่อ 24 มกราคม 2565.

อย่างไรก็ตาม ACCC แนะนำอย่างยิ่งว่าให้ผู้ประกอบธุรกิจเสนอมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง เนื่องจากเป็นแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าที่ยั่งยืนและมีค่าใช้จ่ายในการติดตามตรวจสอบและบังคับตามมาตรการที่ไม่สูง⁴⁹

ACCC มักจะพิจารณารับคำมั่นที่เสนอมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน เนื่องจากการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าด้วยการก่อให้เกิดคู่แข่งใหม่ขึ้นมาในตลาดโดยการโอนหุ้นผลประโยชน์ กิจการหรือทรัพย์สินไปยังคู่แข่งใหม่ หรือด้วยการทำให้คู่แข่งในตลาดเดิมที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าควบรวมกิจการเข้มแข็งขึ้น⁵⁰ โดยหลักผู้ซื้อหรือผู้รับโอนกิจการหรือทรัพย์สินต้องเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมสามารถจะเป็นคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าควบรวมกิจการได้อย่างยั่งยืน เป็นอิสระจากผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าควบรวมกิจการ และเป็นคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพ จึงจะเป็นผู้รับโอนที่ลดทอนความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อการแข่งขันทางการค้าอันเกิดจากการควบรวมกิจการได้⁵¹

แม้ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าควบรวมกิจการจะต้องการเสนอมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อจงใจให้ ACCC พิจารณารับ อย่างไรก็ตาม ACCC ก็อาจพิจารณาไม่รับคำมั่นดังกล่าวไว้ เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าควบรวมกิจการมีแรงจูงใจที่จะพยายามลดผลกระทบต่อนักการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตจากการโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนไปให้คู่แข่ง ดังนั้น ACCC ต้องพิจารณามาตรการที่เสนอมาเป็นกรณี ๆ ไป โดยจะพิจารณาปัจจัยความเสี่ยงที่อาจทำให้การโอนทรัพย์สินไม่ประสบผลสำเร็จซึ่งอาจเกิดขึ้นใน 3 ลักษณะ คือ

1. องค์ประกอบของการโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนที่เสนอนั้นอาจไม่น่าสนใจเพียงพอที่จะทำให้มีผู้ซื้อที่เหมาะสมหรือผู้ซื้อที่เหมาะสมไม่อาจจะใช้ทรัพย์สินนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ
2. การเลือกผู้ซื้อ อาจไม่มีผู้ซื้อที่เหมาะสมหรือประกอบธุรกิจที่เข้าควบรวมกิจการอาจจะพยายามโอนทรัพย์สินของตนไปให้ผู้ซื้อที่อ่อนแอหรือไม่เหมาะสม
3. กระบวนการโอนทรัพย์สิน ระหว่างกระบวนการโอนทรัพย์สินอาจมีเหตุที่ทำให้การโอนทรัพย์สินไม่ประสบผลสำเร็จได้ เช่น เกิดการสูญเสียลูกค้าหรือพนักงานที่สำคัญขององค์กร การโอนทรัพย์สินต้องอาศัยความยินยอมจากบุคคลอื่น หรือเกิดการคัดค้านจากผู้ถือหุ้นรายย่อย⁵²

⁴⁹ เฟ้งอ้าง 59.

⁵⁰ เฟ้งอ้าง 59.

⁵¹ เฟ้งอ้าง 60.

⁵² เฟ้งอ้าง 60.



โดยหลัก ACCC จะพิจารณาคำมั่นที่เสนอมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นรายกรณี โดยจะพิจารณารับก็ต่อเมื่อน้อยต้องมืองค์ประกอบ 7 ประการ ดังต่อไปนี้

1. มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนต้องได้สัดส่วนเมื่อเทียบกับความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า ทั้งต้องมีประสิทธิภาพที่จะทำให้คืนและรักษาการแข่งขันทางการค้าได้⁵³

2. ทรัพย์สินต้องโอนไปยังคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพและมีความยั่งยืน กล่าวคือ ทรัพย์สินของผู้ประกอบธุรกิจที่ควบรวมกิจการต้องโอนไปเสริมความแข็งแกร่งให้คู่แข่งเดิมหรือก่อให้เกิดเป็นคู่แข่งใหม่ที่มีประสิทธิภาพและมีความยั่งยืน โดยจะต้องไม่มีความจำเป็นในการจัดท้าวัตถุติบหรือการจัดการภายหลังการโอนทรัพย์สินระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ควบรวมกิจการกับผู้รับโอนทรัพย์สิน⁵⁴

3. ข้อเสนอต้องมีกระบวนการรับการอนุมัติจากผู้ซื้อทรัพย์สินจาก ACCC ซึ่งโดยหลักผู้ซื้อต้องมีความเป็นอิสระจากผู้ประกอบธุรกิจที่ควบรวมกิจการ มีความเชี่ยวชาญ มีประสบการณ์ และมีทรัพยากรเพียงพอที่จะเป็นคู่แข่งในตลาดอย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืน โดยต้องเป็นผู้ที่ไม่มีประเด็นน่ากังวลเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า⁵⁵

4. คุณค่าและความสมบูรณ์ของมาตรการต้องได้รับการรักษาไว้และดำเนินการอย่างเป็นอิสระ นอกจากนั้นการโอนทรัพย์สินควรต้องกระทำพร้อมกันหรือก่อนวันที่มีการควบรวมกิจการ โดยเฉพาะในกรณีที่มีประเด็นน่ากังวลเกี่ยวกับการเลือกผู้ซื้อหรือกระบวนการโอนทรัพย์สิน ในบางกรณีหากการโอนทรัพย์สินไม่อาจกระทำพร้อมกันหรือก่อนวันที่มีการควบรวมกิจการซึ่งมีประเด็นน่ากังวลเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าได้ ACCC อาจพิจารณาไม่รับคำมั่น⁵⁶

5. ข้อเสนอต้องมีกระบวนการบังคับในกรณีที่ปฏิบัติตามคำมั่นในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เช่น กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการควบรวมกิจการต้องแต่งตั้งให้ตัวแทนขายที่ ACCC อนุมัติเป็นผู้ขายทรัพย์สินในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการควบรวมกิจการไม่อาจขายทรัพย์สินตามคำมั่นได้ในเวลาที่กำหนดในคำมั่น⁵⁷

6. ข้อเสนอต้องมีกระบวนการที่ทำให้ ACCC สามารถติดตาม ตรวจสอบ และบังคับตามคำมั่นได้ เช่น ให้ ACCC เป็นผู้อนุมัติผู้ตรวจสอบอิสระหรือผู้เชี่ยวชาญอิสระ เพื่อเข้ามาตรวจสอบ

⁵³ เฟ้งอ้าง 60.

⁵⁴ เฟ้งอ้าง 60.

⁵⁵ เฟ้งอ้าง 60.

⁵⁶ เฟ้งอ้าง 60.

⁵⁷ เฟ้งอ้าง 60.

การปฏิบัติตามคำมั่น กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการควบรวมกิจการหรือผู้ตรวจสอบรายงานต่อ ACCC เป็นช่วง ๆ หรือกำหนดให้ ACCC สามารถได้ข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำมั่น⁵⁸

7. กระบวนการโอนทรัพย์สินจะต้องกระทำภายในเวลาอันเหมาะสม⁵⁹

นอกจาก CCA จะให้อำนาจ ACCC ในการใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนโดยอ้อมผ่านการพิจารณาคำมั่นที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการควบรวมกิจการเสนอแล้ว CCA ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติ CCA ในเรื่องการควบรวมกิจการอย่างไรก็ดี แม้ศาลมีอำนาจจะใช้มาตรการดังกล่าวได้ แต่ก็ไมอาจใช้มาตรการดังกล่าวกับการฝ่าฝืนกฎหมายในกรณีอื่นได้ เช่น การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น

CCA มาตรา 81 การโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนเมื่อการควบรวมกิจการฝ่าฝืนมาตรา 50 หรือ 50A (Divestiture where merger contravenes section 50 or 50A) บัญญัติให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งบังคับให้บุคคลโอนหุ้นหรือทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนที่ได้มาจากการควบรวมกิจการ หากธุรกรรมในการควบรวมกิจการนั้นฝ่าฝืนมาตรา 50 หากได้รับคำร้องจาก ACCC หรือบุคคลใด⁶⁰ นอกจากนั้น หากศาลพบว่าธุรกรรมในการควบรวมกิจการที่ฝ่าฝืนมาตรา 50 เกิดขึ้นโดยการร่วมกระทำการของผู้ซื้อและผู้ขายหุ้นหรือทรัพย์สิน และหุ้นหรือทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนที่ได้ซื้อขายกันยังอยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อ ศาลอาจมีคำสั่งให้ธุรกรรมการซื้อขายเป็นโมฆะ และถือว่าผู้ขายไม่เคยโอนหุ้นหรือทรัพย์สินแก่ผู้ซื้อและให้ผู้ซื้อคืนเงินผู้ขาย⁶¹ อย่างไรก็ตามคำร้องที่ยื่นต่อศาลภายใต้มาตรา 81 นี้ต้องยื่นภายใน 3 ปีนับแต่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น⁶²

ในกรณีที่ศาลพบว่า มีการซื้อหุ้นหรือทรัพย์สินเกิดขึ้นโดยได้รับอนุมัติจาก ACCC หากแต่การได้รับอนุมัตินั้นเกิดขึ้นจากการที่ผู้ซื้อหรือองค์กรที่มีความสัมพันธ์กับผู้ซื้อได้ให้ข้อมูลกับ ACCC อันเป็นข้อมูลเท็จหรือข้อมูลที่ทำให้ ACCC เข้าใจผิดในข้อเท็จจริงซึ่งเป็นความผิดอาญา หาก ACCC ไม่ได้รับข้อมูลดังกล่าว ACCC จะไม่อนุมัติการซื้อดังกล่าว และการซื้อหุ้นหรือทรัพย์สินที่เกิดขึ้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 50 โดยหุ้นหรือทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนยังคงอยู่ในความครอบครองของ

⁵⁸ เพิ่งอ้าง 61.

⁵⁹ เพิ่งอ้าง 61.

⁶⁰ CCA Section 80 (1).

⁶¹ CCA Section 80 (1A).

⁶² CCA Section 80 (2).



ผู้ซื้อหรือองค์กรที่มีความสัมพันธ์กับผู้ซื้อ⁶³ หาก ACCC มีคำขอต่อศาล ศาลอาจมีคำสั่งบังคับให้ผู้ซื้อขายหุ้นหรือทรัพย์สินดังกล่าว⁶⁴ นอกจากนั้น หากศาลพบว่าผู้ขายมีส่วนกับการให้ข้อมูลเท็จหรือข้อมูลที่ทำให้เกิดการเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง ศาลอาจมีคำสั่งให้การซื้อขายหุ้นหรือทรัพย์สินดังกล่าวเป็นโมฆะ⁶⁵ และถือว่าผู้ขายไม่เคยโอนหุ้นหรือทรัพย์สินแก่ผู้ซื้อและผู้ซื้อคืนเงินผู้ขาย⁶⁶ อย่างไรก็ตาม คำร้องที่ยื่นต่อศาลภายใต้มาตรา 81A นี้ต้องยื่นภายใน 3 ปีนับแต่มีการซื้อหุ้นหรือทรัพย์สินเกิดขึ้น⁶⁷

3.2 สหรัฐอเมริกา

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาที่จะได้กล่าวถึงต่อไปในหัวข้อนี้ เป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐ (federal law) โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกประกอบด้วยกฎหมายหลายฉบับ เช่น The Sherman Act 1890, The Clayton Act 1914 และ The Federal Trade Commission Act 1914 โดยมีองค์กรรัฐผู้บังคับใช้กฎหมายระกอบไปด้วย 2 องค์กร คือ 1. คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission – FTC) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระไม่อยู่ภายใต้รัฐบาลกลางสหรัฐ และ 2. กรมการแข่งขันทางการค้า (Department of Antitrust) กระทรวงยุติธรรม (U.S. Department of Justice – DOJ) เป็นหน่วยงานรัฐภายใต้รัฐบาลกลางทำหน้าที่เป็นอัยการให้รัฐบาล โดยทั้งสองหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกันแต่ภายใต้อำนาจของกฎหมายคนละฉบับ อย่างไรก็ตามมีบางกรณีที่ทั้งสองหน่วยงานมีอำนาจทับซ้อนกันเช่น กรณีการพิจารณาอนุญาตให้ควบรวมกิจการ ในกรณีดังกล่าวทั้งสองหน่วยงานจะร่วมกันใช้อำนาจตามกฎหมาย

แม้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกจะบัญญัติพฤติกรรมต้องห้ามเอาไว้หลายประการ อาทิ การร่วมมือกันของคู่แข่งทางการค้า (horizontal agreements)⁶⁸ การร่วมมือกันของคู่ค้า (vertical agreements)⁶⁹ การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ (misuse of market power)⁷⁰ และการควบรวมกิจการ (mergers)⁷¹ และได้ให้อำนาจในการใช้มาตรการแก้ไขเยียวยา

⁶³ CCA Section 81A (1).

⁶⁴ CCA Section 81A (2).

⁶⁵ CCA Section 81A (4).

⁶⁶ CCA Section 81A (5).

⁶⁷ CCA Section 81A (8).

⁶⁸ 15 U.S.C. §1 (The Sherman Act 1890 Section 1).

⁶⁹ 15 U.S.C. §2 (The Sherman Act 1890 Section 1).

⁷⁰ 15 U.S.C. §2 (The Sherman Act 1890 Section 2).

⁷¹ 15 U.S.C. §18 (The Clayton Act 1914 Section 7).

ความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้างเอาไว้อย่างกว้างขวางกับการกระทำความผิดจากพฤติกรรมความร่วมมือกันในแนวนอนหรือแนวตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้ The Sherman Act มาตรา 1 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ ภายใต้ The Sherman Act มาตรา 2 และการควบรวมกิจการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้ The Clayton Act มาตรา 7 นอกจากนี้เพื่อแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าแล้ว ยังเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำอีกด้วย การกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้างลักษณะหนึ่งที่ศาลใช้โดยการมีคำพิพากษตามยอม (consent decree) หรือมีคำพิพากษาในคดีที่มีการฟ้องร้องกัน (litigated judgement) ⁷²

แม้ว่ากฎหมายจะให้อำนาจศาลในการใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม หากแต่มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่รุนแรงและศาลมักใช้อย่างระมัดระวัง ต่อเมื่อมาตรการเชิงพฤติกรรมไม่เพียงพอที่แก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าได้⁷³ มาตรการดังกล่าวศาลมักใช้กับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบฝ่าฝืน The Sherman Act มาตรา 2 และการควบรวมกิจการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฝ่าฝืน The Clayton Act มาตรา 7

แม้ศาลจะพิพากษาให้ใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้างในหลายกรณีกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบซึ่งฝ่าฝืน The Sherman Act หากแต่ก็ไม่ถึงกับกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนไปให้บุคคลที่สาม ในหลายกรณีศาลเพียงบังคับให้จำเลยต้องให้คู่แข่งใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของตน⁷⁴ หรือกรณีให้แยกกิจการระหว่างคำสั่งกับคำสั่ง⁷⁵ ส่วนกรณีที่ศาลเคยมีคำสั่งให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อให้เกิดคู่แข่งใหม่ขึ้นในตลาดในคดี American Tobacco⁷⁶ และ Standard Oil⁷⁷ นั้น เคยเกิดขึ้นในอดีตนานมาแล้ว ในปี ค.ศ. 1911⁷⁸ แม้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้างโดยการกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนจะเป็นมาตรการที่ลดภาระในการติดตาม ตรวจสอบ

⁷² OECD, Report on Experiences with Structural Separation (เชิงอรรถ 16) 26.

⁷³ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 5) 175.

⁷⁴ *United States v. Griffith* 334 U.S. 100 (1948); *United States v. Paramount Pictures, Inc.* 334 U.S. 131 (1948).

⁷⁵ *United States v. American Telephone and Telegraph Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom.*

⁷⁶ *United States v. American Tobacco Co.* 221 U.S. 106 (1911).

⁷⁷ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* 221 U.S. 1 (1911).

⁷⁸ OECD, Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (เชิงอรรถ 5) 176.



และบังคับให้เป็นไปตามมาตรการเป็นระยะเวลายาวนาน แตกต่างจากมาตรการเชิงพฤติกรรม หากแต่ก็มีข้อด้อยในส่วนที่อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสูญเสียประสิทธิภาพ (efficiency) จากการที่เป็นผู้ประกอบการขนาดใหญ่ซึ่งดำเนินกิจการตั้งแต่ต้นน้ำจนถึงปลายน้ำ ดังนั้นศาลสหรัฐอเมริกาจึงระมัดระวังในการใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้างโดยการกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนกับกรณีพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบซึ่งฝ่าฝืน The Sherman Act เฉพาะเมื่อพฤติกรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้ามีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับเหตุที่อำนาจเหนือตลาด เช่นกรณีพฤติกรรมที่กระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาด ทำให้ในคดี Microsoft⁷⁹ ศาลปฏิเสธที่จะมีคำสั่งใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนตามที่โจทก์ (อัยการ – DoJ) ร้องขอ เนื่องจาก Microsoft ไม่ใช่นิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นกลุ่มบริษัท (intercorporate) แต่เป็นบริษัทที่เป็นหนึ่งเดียวไม่อาจแบ่งแยกได้ (a unitary company) มาตรการดังกล่าวจึงอาจไม่เหมาะสมทั้งโจทก์ (อัยการ – DoJ) ก็ไม่ได้นำเสนอถึงความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดดังกล่าวอีกด้วย

ส่วนการพิจารณาใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนกับพฤติกรรมการควบรวมกิจการอันฝ่าฝืน The Clayton Act นั้น DoJ จะพิจารณาว่า การใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนสามารถรักษาการแข่งขันทางการค้าในตลาดเอาไว้ได้ในระดับที่เหมาะสมหรือไม่ โดยวิเคราะห์ลักษณะผลกระทบที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นต่อการแข่งขันทางการค้าจากการควบรวมกิจการอันฝ่าฝืนกฎหมาย แล้วจึงวิเคราะห์ลักษณะมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าที่เหมาะสมต่อผลกระทบที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นนั้น โดยเลือกใช้มาตรการที่ยังคงรักษาประสิทธิภาพ (efficiency) อันเกิดจากการควบรวมกิจการเอาไว้ให้ได้มากที่สุดเท่าที่ทำได้ แต่ยังคงรักษาการแข่งขันทางการค้าในตลาดไว้ได้⁸⁰

มีปัจจัย 3 ประการสำคัญที่ต้องคำนึงถึงในการพิจารณาใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้โอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนกับพฤติกรรมการควบรวมกิจการอันฝ่าฝืนกฎหมาย

1. ทรัพย์สินที่ถูกกำหนดให้โอนต้องเพียงพอที่ผู้รับโอนจะสามารถเป็นคู่แข่งทางการค้าได้อย่างยั่งยืน ทรัพย์สินทุกประเภทของผู้ประกอบการที่ควบรวมกิจการไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่

⁷⁹ *United States v. Microsoft Corp.* 253 F.3d 34 (D.C. Cir.) Cert. denied, 534 U.S. 952 (2001).

⁸⁰ U.S. Department of Justice (DoJ), *Merger Remedies Manual* 2020 1-2 <<https://www.justice.gov/atr/page/file/1312416/download>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2565.

จับต้องได้ เช่น เครื่องจักร วัตถุดิบ หรือทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตน เช่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิตามสัมปทานหรือสัญญาต่าง ๆ จะถูกพิจารณาทั้งหมด โดยพิจารณาก่อนว่า ผู้รับโอนขาดสิ่งใดที่จะทำให้สามารถทำธุรกิจแข่งได้ จึงจะกำหนดให้ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ควรรวมกิจการต้องทำการโอนให้ เพื่อให้ผู้รับโอนมีความสามารถจะแข่งขันในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้รักษาระดับการแข่งขันในตลาดเอาไว้ได้ในระดับเดียวกับก่อนมีการควรรวมกิจการ ทั้งนี้ต้องคำนึงด้วยว่า ทรัพย์สินที่จะโอนนั้นเพียงพอที่จะจูงใจให้ผู้รับโอนเข้าแข่งขันในตลาด และไม่มีเหตุที่จะลดแรงจูงใจผู้รับโอนไม่เข้าแข่งขันในตลาด เช่น ภาระเกี่ยวกับการเงินที่เกิดขึ้นจากการรับโอน ถูกจ้าง⁸¹

2. การเลือกผู้รับโอนทรัพย์สิน ต้องคำนึงถึงปัจจัย 3 ประการ

(1) ผู้รับโอนทรัพย์สินต้องไม่ใช่ผู้ที่ก่อให้เกิดพฤติกรรมอันก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า เช่น กรณีที่การควรรวมกิจการก่อให้เกิดความกังวลเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ โดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้นในกรณีนี้ผู้รับโอนทรัพย์สินจะเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาดไม่ได้⁸²

(2) ผู้รับโอนที่ถูกเลือกมีแรงจูงใจจะใช้ทรัพย์สินที่รับโอนในการเข้าแข่งขันในตลาด เนื่องจากผู้ขาย (ผู้ประกอบการที่ต้องการควรรวมธุรกิจ) มีแรงจูงใจที่โอนทรัพย์สินไปยังผู้รับโอนที่ไม่อาจแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพได้ และการโอนทรัพย์สินมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาระดับการแข่งขันทางการค้าในตลาดที่ถูกกระทบจากการควรรวมกิจการ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาให้แน่ใจว่า ผู้รับโอนต้องใช้ทรัพย์สินที่โอนเพื่อแข่งขันในตลาดที่ถูกผลกระทบจากการควรรวมกิจการไม่ใช่ไปใช้ทรัพย์สินนั้นกับตลาดอื่น⁸³

(3) ผู้รับโอนมีความสามารถ มีประสบการณ์ มีต้นทุนการเงินเพียงพอที่จะแข่งขันในตลาด โดยเฉพาะต้นทุนการเงินที่จะสามารถซื้อทรัพย์สินที่จะรับโอนได้ เพื่อให้ผู้รับโอนสามารถที่จะแข่งขันอยู่ในตลาดได้อย่างยั่งยืน⁸⁴

หากการเลือกผู้รับโอนกระทำโดยการประมูลราคา โดยเลือกผู้รับโอนที่ให้ราคาที่ดีที่สุด การพิจารณาผู้รับโอนก็จะง่ายสำหรับ DoJ เนื่องจากผู้ที่ให้ราคาที่ดีที่สุดก็คือนักเห็นคุณค่าทรัพย์สินมากที่สุด จึงเป็นผู้ที่มีแรงจูงใจ มีความตั้งใจ และเหมาะสมที่สุดที่จะรับโอนทรัพย์สิน และสามารถนำทรัพย์สินไปใช้ในการแข่งขันทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด แต่หากผู้ประกอบการที่ควรรวมกิจการ

⁸¹ เฟ้งอ้าง 6-8.

⁸² เฟ้งอ้าง 23.

⁸³ เฟ้งอ้าง 23-24.

⁸⁴ เฟ้งอ้าง 24.



เป็นผู้เลือกผู้รับโอนทรัพย์สิน DoJ ก็ต้องพิจารณาปัจจัยความเหมาะสมของการเป็นผู้รับโอนทรัพย์สิน 3 ประการดังที่กล่าวมา และอาจปฏิเสธไม่รับข้อเสนอของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการควบรวมกิจการก็ได้ ทั้งนี้ ผู้รับโอนเพียงแค่ว่าเป็นผู้รับโอนที่มีความสามารถจะใช้ทรัพย์สินที่รับโอนเพื่อแข่งขันในตลาดทำให้รักษาการแข่งขันในตลาดได้ในระดับที่เป็นอยู่ก่อนการควบรวมกิจการก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นที่ผู้รับโอนจะต้องเป็นคู่แข่งคนที่ดีที่สุดในตลาด⁸⁵

3. ข้อกำหนดในการโอนทรัพย์สินที่ต้องปรากฏในคำพิพากษายอมของศาล ต้องประกอบด้วย 9 ลักษณะข้อกำหนดดังต่อไปนี้

(1) ต้องมีข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการโอนทรัพย์สิน ซึ่งกระบวนการโอนควรจะทำให้เร็วที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ เนื่องจากเพื่อให้การแข่งขันในตลาดกลับมาอยู่ในระดับก่อนมีการควบรวมให้เร็วที่สุด และเพื่อบรรเทาการลดมูลค่าของทรัพย์สินในระหว่างระยะเวลาของกระบวนการโอนทรัพย์สิน โดยปกติกระบวนการควรกระทำใน 60 – 90 วัน แล้วแต่ความยากง่ายและขนาดของแต่ละกรณี แต่ระยะเวลาอาจยาวกว่านั้นก็ได้ หากไม่ปรากฏว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า หรืออาจสั้นกว่านั้นก็ได้หากเป็นไปได้ ทั้งนี้ DoJ จะให้รายงานกระบวนการโอนทรัพย์สินเป็นระยะเพื่อตรวจสอบความสุจริตและกระบวนการในการโอนทรัพย์สิน นอกจากนั้นเมื่อผู้ขายเลือกผู้ซื้อแล้ว ผู้ขายและผู้ซื้อจะต้องส่งรายละเอียดเกี่ยวกับผู้ซื้อให้ DoJ พิจารณาว่าเป็นผู้ซื้อที่เหมาะสมหรือไม่ นอกจากนั้น หากการโอนทรัพย์สินจำเป็นจะต้องได้รับอนุญาตจากบุคคลที่สาม ผู้ขายจะต้องส่งรายชื่อบุคคลที่สามให้ DoJ และหากการได้รับอนุญาตไม่อาจทำได้ก่อนมีการโอนทรัพย์สิน ข้อกำหนดในการโอนทรัพย์สินที่ต้องปรากฏในคำพิพากษายอมของศาลจะต้องมีช่องทางสำรองกรณีที่บุคคลที่สามไม่อนุญาตให้โอนทรัพย์สินด้วย⁸⁶

(2) ต้องมีข้อกำหนดเกี่ยวกับแยกและรักษาทรัพย์สินที่โอน ในระหว่างกระบวนการโอนทรัพย์สินผู้ขายต้องแยกและรักษาทรัพย์สินที่จะโอนเพื่อรักษาทรัพย์สินให้สามารถยังแข่งขันในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁸⁷

(3) ต้องมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการตั้งผู้จัดการขายทรัพย์สิน (selling trustee) ในกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถขายทรัพย์สินได้ในเวลาที่กำหนดในคำพิพากษายอม DoJ ต้องสามารถตั้งผู้จัดการขายทรัพย์สิน เพื่อเป็นประกันว่าการโอนทรัพย์สินจะกระทำอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ แม้ DoJ จะเป็นผู้ตั้งผู้จัดการขายทรัพย์สิน หากแต่ผู้ขายจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย⁸⁸

⁸⁵ เฟ้งอ้าง 24.

⁸⁶ เฟ้งอ้าง 27-28.

⁸⁷ เฟ้งอ้าง 28.

⁸⁸ เฟ้งอ้าง 29.

โดยปกติผู้ขายจะมีโอกาสในการขายทรัพย์สินได้เองก่อนที่ DoJ จะขอศาลตั้งผู้จัดการขายทรัพย์สิน ผู้ขายเป็นผู้อยู่ในธุรกิจจึงมีข้อมูลเกี่ยวกับธุรกิจและมูลค่าของทรัพย์สินที่โอน จึงมีความสามารถหาผู้ซื้อและโอนทรัพย์สินได้อย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการโอนทรัพย์สินนี้จะทำให้คู่แข่งของผู้ขายมีความสามารถในการแข่งขันที่เพิ่มขึ้นหรือเพิ่มคู่แข่งรายใหม่เข้ามาในตลาด ดังนั้นผู้ขายมีแรงจูงใจที่จะทำการโอนทรัพย์สินเป็นไปอย่างล่าช้าหรือขัดขวางการโอนทรัพย์สิน ดังนั้น DoJ จึงให้เวลาผู้ขายอย่างจำกัดตามคำพิพากษตามยอมก่อนที่ DoJ จะขอศาลตั้งผู้จัดการขายทรัพย์สิน⁸⁹

(4) ข้อกำหนดเกี่ยวกับผู้ตรวจสอบ (monitoring trustee) ในบางกรณีอาจมีความจำเป็นจะต้องตั้งผู้เชี่ยวชาญมาเป็นผู้ตรวจสอบกระบวนการโอนทรัพย์สิน หรือผู้รับโอนทรัพย์สิน เนื่องจากในบางกรณีการโอนทรัพย์สินมีความยุ่งยากซับซ้อน เช่น การโอนทรัพย์สินระหว่างประเทศ ดังนั้น DoJ อาจจะต้องตั้งผู้ตรวจสอบ หากแต่ผู้ขายจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย⁹⁰

(5) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการห้ามผู้ขายซื้อทรัพย์สินที่โอนกลับคืน หรือกลับเข้าไปควบคุมทรัพย์สินที่โอน อย่างไรก็ตาม DoJ ไม่บังคับให้ต้องมีข้อกำหนดในคำพิพากษตามยอมให้คงทรัพย์สินเอาไว้ในตลาดที่มีการรวบรวมกิจการ แม้ว่าคุณสมบัติผู้รับโอนทรัพย์สินจะต้องได้รับการพิจารณาว่าเป็นผู้มีความตั้งใจและความสามารถในการแข่งขันในตลาด หากแต่เมื่อได้รับโอนทรัพย์สินไปแล้ว DoJ ไม่ได้บังคับให้ต้องคงทรัพย์สินเอาไว้ในตลาดที่มีการรวบรวมกิจการตลอดไป เนื่องจากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปทำให้ทรัพย์สินที่โอนนั้นอาจจะใช้อย่างมีประสิทธิภาพในตลาดอื่นมากกว่า อย่างไรก็ตามในบางกรณี หาก DoJ มั่นใจว่าในระหว่างที่คำพิพากษตามยอมมีผลใช้บังคับอยู่ หากมีการโอนทรัพย์สินไปยังบุคคลบางคนหรือบางประเภทจะส่งผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า DoJ อาจจะมีข้อกำหนดห้ามการโอนทรัพย์สินนั้นต่อไปยังบุคคลบางคนหรือบางประเภท หรือกำหนดให้ต้องแจ้ง DoJ หากจะมีการโอนทรัพย์สินต่อไป⁹¹

(6) ข้อกำหนดให้แจ้งการซื้อทรัพย์สินก่อนเข้าทำการซื้อ ข้อกำหนดนี้อาจถูกระบุไว้ในกรณีที่การซื้อทรัพย์สินไม่อยู่ภายใต้ The Hart-Scott-Rodino Act ทำให้ไม่ต้องแจ้ง DoJ ในการทำการซื้อ และมีเหตุให้เชื่อว่าการซื้อทรัพย์สินของผู้ประกอบธุรกิจที่เข้ารวบรวมกิจการจะทำให้กระทบต่อการแข่งขันทางการค้า⁹²

⁸⁹ เฟ้งอ้าง 29-30.

⁹⁰ เฟ้งอ้าง 30.

⁹¹ เฟ้งอ้าง 30-31.

⁹² เฟ้งอ้าง 31.

(7) ข้อกำหนดให้คำพิพากษาตามยอมผูกพันบุคคลทุกคนที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำพิพากษาตามยอม กล่าวคือผูกพันผู้ประกอบการที่ควรรวมกิจการทั้งสองฝ่าย แม้ว่าฝ่ายเดียวจะต้องโอนทรัพย์สิน รวมถึง ทายาทผู้รับมรดกและผู้รับโอนสิทธิของผู้ประกอบการที่ควรรวมกิจการด้วย เพื่อไม่ให้ผู้ประกอบการที่ควรรวมกิจการขายผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่จะโอนก่อนการโอนทรัพย์สิน ซึ่งจะก่อให้เกิดการขัดขวางกระบวนการโอนทรัพย์สิน⁹³

(8) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามคำพิพากษาตามยอม เช่น ต้องรายงานเป็นหนังสือมายัง DoJ และให้ DoJ มีอำนาจตรวจสอบและคัดลอกหนังสือหรือรายงาน ทุกฉบับ และสัมภาษณ์พนักงานของผู้ประกอบการที่ควรรวมกิจการที่จำเป็นเพื่อสืบสวนถึงการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาตามยอม หรือให้ส่งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการตรวจสอบการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาตามยอมให้ DoJ⁹⁴

(9) ต้องมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามยอมของศาล ได้อย่างมีประสิทธิภาพ 5 ประการ คือ ก. เมื่อมีหลักฐานเพียงพอ DoJ อาจใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาที่เหมาะสมเมื่อพบการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาตามยอม ข. หากศาลพบการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาตามยอม DoJ อาจขอศาลให้ยึดระยะเวลาการบังคับตามคำพิพากษาตามยอมอีกครั้ง ค. DoJ อาจยกเลิกคำพิพากษาตามยอมโดยการแจ้งศาลและผู้ประกอบการที่ควรรวมกิจการ เมื่อมาตรการแก้ไขเยียวยาเสร็จสิ้นแล้วและไม่มีความจำเป็นจะต้องบังคับตามคำพิพากษาตามยอมอีก ง. ให้ศาลมีอำนาจตีความและบังคับตามคำพิพากษาตามยอมอย่างมีเหตุผล แม้ว่าข้อความตามคำพิพากษาตามยอมจะกำกวมก็ตาม และ จ. ผู้ประกอบการที่ควรรวมกิจการต้องจ่ายคืนค่าใช้จ่ายที่ DoJ ต้องเสียไปจากการบังคับตามคำพิพากษาตามยอม⁹⁵

นอกจากนั้น ยังมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการโอนทรัพย์สิน 2 ประการ ได้แก่

1. ราคาของทรัพย์สินที่โอนไม่ใช่ประเด็นหลักที่ DoJ พิจารณา DoJ พิจารณาถึงการรักษาการแข่งขันในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพเป็นสำคัญ การที่ทรัพย์สินที่โอนราคาสูงหรือต่ำเกินไป ไม่ใช่ประเด็นหลักที่ DoJ จะพิจารณา อย่างไรก็ตาม การที่ผู้รับโอนให้ราคาทรัพย์สินที่โอนต่ำเกินไป อาจแสดงถึงการที่ผู้รับโอนไม่ได้ตั้งใจจะใช้ทรัพย์สินนั้นในการแข่งขันในตลาด หรือไม่ได้มั่นใจว่าจะใช้ทรัพย์สินนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือการที่ผู้รับโอนให้ราคาทรัพย์สินสูงเกินไป ก็อาจแสดงถึงว่าผู้รับโอนคิดว่าตนอาจได้อำนาจเหนือตลาดจากการรับโอนทรัพย์สินจึงให้ราคาที่สูง หรือผู้รับอาจมี

⁹³ เฟ็งอ้าง 32.

⁹⁴ เฟ็งอ้าง 32.

⁹⁵ เฟ็งอ้าง 33.

ปัญหาทางการเงินไม่อาจดำเนินกิจการต่อไปในตลาดได้ภายหลังจากการจ่ายค่าทรัพย์สินที่รับโอน ประเด็นเหล่านี้ DoJ จำต้องคำนึงถึงในการเลือกผู้รับโอนทรัพย์สิน⁹⁶

2. การที่ผู้ขาย (ผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการควบรวมกิจการ) เป็นผู้สนับสนุนการเงินในการรับโอนทรัพย์สินเป็นสิ่งที่ DoJ ปฏิเสธ ด้วยหลายเหตุผล กล่าวคือ จะทำให้ผู้ขายยังมีอำนาจเหนือทรัพย์สินที่โอนบางประการทำให้ลดความสามารถในการแข่งขันของผู้รับโอนทรัพย์สิน เป็นการลดแรงจูงใจในการแข่งขันในตลาดของผู้ขายเนื่องจากเป็นห่วงว่าจะไม่ได้รับการคืนเงินจากผู้รับโอนทรัพย์สิน ทั้งเป็นการลดแรงจูงใจผู้ซื้อในการแข่งขันอย่างเข้มข้นเนื่องจากกลัวว่าผู้ขายจะใช้สิทธิบางประการจากการเป็นผู้ให้กู้ยืมเงิน การที่ผู้ขายเป็นผู้สนับสนุนการเงินในการรับโอนทรัพย์สินทำให้ผู้ขายได้รับสิทธิตามกฎหมายเหนือทรัพย์สินที่โอนหากผู้ซื้อล้มละลาย นอกจากนั้นผู้ขายอาจใช้ความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องในการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันกับผู้ซื้อ และสุดท้าย การที่ผู้ขายต้องเป็นผู้สนับสนุนการเงินในการรับโอนทรัพย์สินแสดงว่าผู้ซื้อไม่อาจรับการสนับสนุนทางการเงินจากสถาบันการเงินได้ ก่อให้เกิดประเด็นคำถามถึงความเหมาะสมที่จะผู้รับโอนทรัพย์สิน⁹⁷

4. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและการโอนกิจการบางส่วนตามกฎหมายไทย

4.1 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทย

ประเทศไทยมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าบังคับใช้มาอย่างยาวนาน นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2480 ในกฎหมายฉบับแรก ๆ จะเน้นการบังคับใช้ในลักษณะการห้ามผู้ประกอบการธุรกิจกักตุนสินค้า ในสถานะการณ์ฉุกเฉิน หรือมีลักษณะของการคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่าการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าในตลาด บทบัญญัติในลักษณะการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าเริ่มต้นขึ้นในปี พ.ศ. 2522 ประเทศไทยได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเรื่อยมาเพื่อแก้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในแต่ละฉบับ ทั้งในส่วนเนื้อหาบังคับของกฎหมาย บทกำหนดโทษ จนถึงองค์กรรัฐผู้บังคับใช้กฎหมาย ฉบับที่บังคับใช้ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ) เริ่มบังคับใช้มาตั้งแต่วันที่ 6 ตุลาคม 2560 กฎหมายฉบับนี้ ได้มีการปรับปรุงแก้ไขมาจากฉบับก่อนคือ ฉบับปี พ.ศ. 2542 โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรรัฐผู้บังคับใช้กฎหมายซึ่งปัจจุบันคือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (กขค.)

⁹⁶ เฟ้งอ้าง 26.

⁹⁷ เฟ้งอ้าง 26.



พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บัญญัติพฤติกรรมต้องห้ามเอาไว้หลายประการ กล่าวคือ การร่วมมือกันของคู่แข่งชั้นทางการค้า (horizontal agreements)⁹⁸ การร่วมมือกันของคู่ค้า (vertical agreements)⁹⁹ การใช้อำนาจเหนือตลาด (misuse of market power)¹⁰⁰ และการควบรวมกิจการ (mergers)¹⁰¹ หรือพฤติกรรมอื่นตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า คือ การกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม¹⁰² และการทำสัญญากับต่างชาติอันฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า¹⁰³ และได้บัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (กขค.) ออกคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่ปรากฏแก่ กขค. ว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านั้นทั้งหมด ซึ่ง กขค. อาจมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ต้องกระทำ ระวังการกระทำ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำใด ๆ โดยอาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือระยะเวลาในการปฏิบัติหรือไม่ก็ได้¹⁰⁴ ทั้งนี้การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวของ กขค. ต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนด้วย กล่าวคือ ต้องกำหนดมาตรการเท่าที่จำเป็น เพียงเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า เท่านั้น¹⁰⁵ ซึ่งคือการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า ทำให้ระดับการแข่งขันทางการค้ากลับคืนไปอยู่ในสภาวะก่อนมีการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย และป้องกันการกระทำซ้ำ

เมื่อมาตรา 60 บัญญัติให้อำนาจ กขค. เอาไว้อย่างกว้างขวางเช่นนั้น กขค. จึงมีอำนาจในการกำหนดมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าได้อย่างกว้างขวาง ทั้งมาตรการเชิงพฤติกรรมและมาตรการเชิงโครงสร้าง รวมทั้งมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้องค์กรทั้งหมดหรือบางส่วนด้วย โดยอาจใช้มาตรการในลักษณะใดก็ได้กับการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมร่วมมือกันในแนวนอน การร่วมมือกันในแนวตั้ง การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ การรวมธุรกิจ หรือพฤติกรรมอื่นตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า คือ การกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และการทำสัญญากับต่างชาติอันฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติจำกัดการใช้อำนาจในการกำหนดมาตรการลักษณะใดกับพฤติกรรมต้องห้ามใด

⁹⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า) มาตรา 54 และมาตรา 55.

⁹⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 55.

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 50.

¹⁰¹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 51.

¹⁰² พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 57.

¹⁰³ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 58.

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 60 วรรคหนึ่ง.

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 60 วรรคสอง.

นอกจากนั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 52 บัญญัติให้อำนาจ กขค. ในการกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ให้ผู้ประกอบการธุรกิจปฏิบัติ ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจขออนุญาต รวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด¹⁰⁶ โดยการรวม ธุรกิจหมายความว่ารวมทั้ง การที่ผู้ประกอบการธุรกิจรวมกันแล้ว “มีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และอีก ธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลง หรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น”¹⁰⁷ “การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจ อื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจการอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ”¹⁰⁸ หรือ “การเข้าซื้อหุ้น ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ”¹⁰⁹

ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องการรวมธุรกิจ แต่อาจมีผลทำให้เหลือผู้ประกอบการรายเดียว ในตลาดที่มีการรวมธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจในการกำหนดราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการของตนได้อย่าง เป็นอิสระ และมียอดขายตั้งแต่หนึ่ง 1,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือเรียกว่า เกิดการผูกขาด¹¹⁰ หรือเมื่อ รวมธุรกิจแล้วทำให้มีส่วแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมา ตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือทำให้ในตลาดสินค้าหรือบริการที่เกิดการรวมกันมีผู้ประกอบการ 3 รายแรกที่มีส่วแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป หรือเรียกว่า การเป็น ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด¹¹¹ ในกรณีเหล่านี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจจะต้อง ยื่นขออนุญาต จาก กขค. ก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ กขค. จึงมี อำนาจในการตรวจสอบผลกระทบที่อาจเกิดต่อการแข่งขันทางการค้าของการรวมธุรกิจดังกล่าว และ หาทางป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า หรือหากเกิดผลกระทบก็มีมาตรการ แก้ไขเยียวยาที่กำหนดไว้แล้ว

ดังนั้น ในกรณีการใช้อำนาจ กขค. อนุญาตให้มีการรวมกิจการ ซึ่งอาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 52 กขค. มีอำนาจในการกำหนดมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายอันอาจเกิดต่อการแข่งขัน ทางการค้าได้อย่างกว้างขวางทั้งมาตรการเชิงพฤติกรรมและมาตรการเชิงโครงสร้าง รวมไปถึงมาตรการ

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 51.

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 51 วรรคสาม (1).

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 51 วรรคสาม (2).

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 51 วรรคสาม (3).

¹¹⁰ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาต การรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ข้อ 3.

¹¹¹ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2563 ข้อ 3



แก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้อำนาจทั้งหมดหรือบางส่วนด้วยเช่นกัน

แม้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 60 และมาตรา 52 จะได้ให้อำนาจ กขค. ในการกำหนดมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเอาไว้อย่างกว้างขวางก็ตาม กขค. ต้องกำหนดมาตรการโดยคำนึงว่าไม่ก่อให้เกิดภาระกับผู้ประกอบธุรกิจเกินกว่าเท่าที่จำเป็นในการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า โดยการออกคำสั่งตามมาตรา 60 หรือการกำหนดเงื่อนไขตามมาตรา 52 ต้องทำเป็นหนังสือ ระบุเหตุผลในการออกคำสั่งทั้งทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย พร้อมลงลายมือชื่อกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่พิจารณา และแจ้งคำสั่งนั้นไปยังผู้ประกอบธุรกิจภายใน 7 วันนับแต่วันที่คณะกรรมการมีคำสั่ง¹¹² การแจ้งคำสั่งนั้นให้ส่งไปยังภูมิลำเนาของผู้ประกอบธุรกิจ (ผู้รับคำสั่ง) หรือหากเป็นกรณีที่มีการให้ที่อยู่ไว้กับพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว การแจ้งไปยังที่อยู่ดังกล่าวให้ถือว่าเป็นการแจ้งไปยังภูมิลำเนาของผู้รับคำสั่งแล้ว¹¹³ โดยการแจ้งอาจกระทำได้ 5 วิธี ได้แก่

1. ให้บุคคลนำไปส่งยังผู้ประกอบธุรกิจ (ผู้รับคำสั่ง) หากได้ส่งให้กับบุคคลใดซึ่งบรรลุนิติภาวะที่อยู่หรือทำงานในสถานที่นั้น หรือถ้าผู้นั้นไม่ยอมรับ หากได้วางหนังสือคำสั่งหรือปิดหนังสือคำสั่งไว้ในที่ซึ่งเห็นได้ง่าย ณ สถานที่นั้นต่อหน้าเจ้าพนักงานเป็นพยานก็ให้ถือว่าได้รับแจ้งแล้ว โดยถือว่าได้รับแจ้งตั้งแต่วันที่ไปถึง¹¹⁴
2. แจ้งโดยวิธีส่งทางไปรษณีย์ตอบรับ โดยถือว่าได้รับคำสั่งเมื่อครบกำหนด 7 วันนับแต่วันส่งคำสั่งสำหรับกรณีภายในประเทศ หรือเมื่อครบกำหนด 15 วันนับแต่วันส่งคำสั่งกรณีส่งไปยังต่างประเทศ เว้นแต่ว่าจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้รับหรือได้รับก่อนหรือหลังจากวันนั้น¹¹⁵
3. แจ้งโดยปิดประกาศไว้ ณ ที่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และสำนักงานเขตหรือที่ว่าการอำเภอที่ผู้รับคำสั่งมีภูมิลำเนา เฉพาะในกรณีที่ผู้รับเกิน 15 คน โดยถือว่าได้รับคำสั่งเมื่อล่วงพ้นระยะเวลา 15 วันนับแต่วันที่ปิดประกาศไว้¹¹⁶

¹¹² พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 61.

¹¹³ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 61 วรรคสอง และมาตรา 66 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ) มาตรา 69.

¹¹⁴ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 61 วรรคสอง และมาตรา 66 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 70.

¹¹⁵ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 61 วรรคสอง และมาตรา 66 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 71.

¹¹⁶ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 61 วรรคสอง และมาตรา 66 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 72.

4. แจ้งโดยประกาศในหนังสือพิมพ์ซึ่งแพร่หลายในท้องถิ่น เฉพาะในกรณีที่ไม่รู้ตัวผู้รับคำสั่ง หรือรู้ตัวแต่ไม่รู้ภูมิลำเนาของผู้รับคำสั่ง หรือรู้ตัวและภูมิลำเนาแต่มีผู้รับคำสั่งเกิน 100 คน โดยถือว่าได้รับแจ้งคำสั่งเมื่อล่วงพ้นระยะเวลา 15 วันนับแต่วันที่ได้ประกาศในหนังสือพิมพ์¹¹⁷

5. แจ้งโดยวิธีส่งทางเครื่องโทรสาร เฉพาะในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน แต่ต้องมีหลักฐานการส่งจากหน่วยงานที่จัดบริการโทรคมนาคมที่เป็นสื่อในการส่งโทรสารนั้น และต้องจัดส่งคำสั่งทางปกครองฉบับจริงด้วยวิธีตามข้อ 1-4 ทันทีที่อาจกระทำได้ โดยถือว่าได้รับคำสั่งแล้วตามวัน เวลาที่ปรากฏในหลักฐานการส่งจากหน่วยงานที่จัดบริการโทรคมนาคมที่เป็นสื่อในการส่งโทรสาร เว้นแต่จะหาหลักฐานพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้รับหรือได้รับก่อนหรือหลังจากนั้น¹¹⁸

หากผู้ประกอบการที่ได้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว ก็มีสิทธิที่จะอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง¹¹⁹ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เว้นแต่ศาลปกครองจะได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งหรือให้เพิกถอนคำสั่งของ กขค.¹²⁰

4.2 ผลกระทบทางกฎหมายจากการโอนกิจการบางส่วน

การโอนกิจการบางส่วนนอกจากจะส่งผลกระทบต่อระบบการบริหารจัดการภายในบริษัทแล้วยังมีผลต่อผู้มีส่วนได้เสียอื่นด้วย บทความส่วนนี้จะพิจารณาว่าการโอนกิจการบางส่วนจะมีผลกระทบทางกฎหมายต่อบุคคลหรือหน่วยงานต่าง ๆ หรือไม่ เพียงใด

(1) ผู้ถือหุ้น

การที่บริษัทโอนทรัพย์สินบางส่วนออกไปต้องอาศัยเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้น¹²¹ หากผู้ถือหุ้นเห็นว่าการโอนกิจการนั้นไม่เป็นประโยชน์แก่ตน ผู้ถือหุ้นสามารถออกเสียงเพื่อไม่อนุมัติการโอนกิจการก็ได้ ก่อนที่จะมีการออกเสียงในที่ประชุม ผู้ถือหุ้นจะได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอก่อนที่จะตัดสินใจ

¹¹⁷ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 61 วรรคสอง และมาตรา 66 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 73.

¹¹⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 61 วรรคสอง และมาตรา 66 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 74.

¹¹⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 60 วรรคสาม.

¹²⁰ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 62.

¹²¹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 107 (2)(ก). สำหรับบริษัทจำกัด แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ ผู้เขียนเห็นว่าการโอนกิจการมีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นอย่างมาก ควรต้องขอมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียง.



เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้กรรมการต้องแจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบถึงเรื่องที่จะประชุมในที่ประชุมโดยต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนวันประชุม¹²² นอกจากนี้ ในขณะที่มีการประชุม ผู้ถือหุ้นสามารถสอบถามข้อมูลรวมทั้งความเห็นของคณะกรรมการ ทำให้กรรมการมีหน้าที่ต้องจัดเตรียมข้อมูล หากไม่สามารถให้ข้อมูลอย่างครบถ้วน ผู้ถือหุ้นก็อาจออกเสียงไม่อนุมัติการโอนกิจการได้

นอกเหนือจากกระบวนการโอนกิจการ กระบวนการอื่นก็เป็นไปในทางที่ไม่กระทบกับสิทธิของผู้ถือหุ้นเนื่องจากบริษัทต้องอาศัยความยินยอมของผู้ถือหุ้นในการดำเนินการ เช่น ในการทำ split-off ที่ต้องมีการแลกหุ้นระหว่างบริษัทและผู้ถือหุ้น หากผู้ถือหุ้นยังประสงค์จะถือหุ้นของบริษัทอยู่ต่อไป บริษัทก็ไม่สามารถบังคับได้

จึงเห็นได้ว่า กฎหมายให้ความสำคัญคุ้มครองกับผู้ถือหุ้นในบริษัทที่มีการโอนกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการพิจารณาและตัดสินใจว่าจะอนุมัติให้บริษัทโอนกิจการหรือไม่ และการดำเนินการของบริษัทบางประการยังต้องอาศัยความยินยอมจากผู้ถือหุ้น จึงกล่าวได้ว่าผู้ถือหุ้นของบริษัทที่โอนกิจการไม่ได้รับผลกระทบจากการโอนกิจการบางส่วนเท่าใดนัก

(2) ลูกจ้าง

บางกรณีการโอนกิจการอาจไม่ได้โอนลูกจ้างไปด้วย แต่บางกรณีการโอนกิจการก็อาจมีการโอนลูกจ้างไปยังบริษัทอื่นด้วยเพราะจำเป็นต้องใช้ลูกจ้างในการจัดการ จึงเกิดประเด็นที่พึงพิจารณาว่าการโอนกิจการส่งผลกระทบต่อลูกจ้างเพียงใด

หากมีการโอนตัวลูกจ้างจากบริษัทเดิมไปยังบริษัทใหม่ กฎหมายแรงงานบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงนายจ้าง หรือกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลและมีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลง โอน หรือควบกับนิติบุคคลใด อันมีผลทำให้ลูกจ้างไปเป็นลูกจ้างของนายจ้างคนใหม่ การไปเป็นลูกจ้างของนายจ้างต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้างด้วย¹²³ นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดในเรื่องผลของการเปลี่ยนแปลงนายจ้างว่า สิทธิต่าง ๆ ที่ลูกจ้างมีอยู่ต่อนายจ้างเดิมยังคงมีอยู่ต่อไปโดยนายจ้างใหม่ต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่อันเกี่ยวกับลูกจ้างทุกประการ¹²⁴ การกำหนดเช่นนี้เป็นคุณต่อลูกจ้างเป็นอย่างมาก เนื่องจากนายจ้างใหม่ต้องจ่ายเงินเดือน ผลตอบแทนที่เป็นตัวเงินประจำที่ให้ สวัสดิการ และโบนัส ในอัตราไม่ต่ำกว่าที่ลูกจ้างได้รับจากนายจ้างเดิม นอกจากนี้ นายจ้างใหม่ต้องนับอายุการทำงานของลูกจ้างต่อจากอายุการทำงานที่ทำกับนายจ้างเดิมด้วย

หากลูกจ้างไม่ให้ความยินยอมในการเปลี่ยนตัวนายจ้าง นายจ้างก็ไม่สามารถบังคับลูกจ้างได้เมื่อเป็นเช่นนี้ นายจ้างมีทางเลือก 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก นายจ้างก็ยังคงจ้างลูกจ้างนั้นต่อไป

¹²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1175; พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดฯ มาตรา 101.

¹²³ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ) มาตรา 13.

¹²⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 13.

แต่ทางเลือกนี้มักไม่สมประโยชน์กับนายจ้างเพราะนายจ้างได้โอนกิจการที่ลูกจ้างมีส่วนเกี่ยวข้องไปแล้ว การจ้างงานต่อไปย่อมเป็นภาระแก่นายจ้าง ประการที่สอง นายจ้างตัดสินใจเลิกจ้างลูกจ้าง

การเลิกจ้างของนายจ้างต้องกระทำตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด หากสัญญาจ้างมีกำหนดระยะเวลาแน่นอน นายจ้างก็อาจรอให้ครบระยะเวลานั้น และเมื่อครบตามเวลา สัญญาจ้างก็สิ้นสุดลง¹²⁵ แต่หากสัญญาจ้างไม่ได้กำหนดระยะเวลาการจ้างไว้ นายจ้างต้องมีหนังสือบอกเลิกสัญญาจ้าง การบอกเลิกสัญญาจ้างจะต้องทำล่วงหน้าโดยนายจ้างจะบอกเลิกเมื่อถึงกำหนดจ่ายค่าจ้าง หรือก่อนจะถึงกำหนดจ่ายค่าจ้างคราวหนึ่งก็ได้¹²⁶ ในกรณีที่นายจ้างบอกเลิกสัญญาจ้าง ลูกจ้างก็มีสิทธิได้รับเงินค่าชดเชยที่จ่ายจากนายจ้างในสัดส่วนที่สัมพันธ์กับระยะเวลาการทำงาน¹²⁷

กล่าวโดยสรุป แม้ลูกจ้างจะไม่มีส่วนในการตัดสินใจกับการโอนกิจการบางส่วน แต่กฎหมายแรงงานก็มีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิของลูกจ้างไว้อย่างดี ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ลูกจ้างยินยอมปฏิบัติงานกับนายจ้างใหม่ที่รับโอนกิจการหรือมีการเลิกจ้าง

(3) เจ้าหนี้

ในฐานะเจ้าหนี้ของบริษัท เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้บริษัทชำระหนี้ได้จนกว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน การที่ทรัพย์สินของบริษัทเพิ่มขึ้นหรือลดลงย่อมทำให้สิทธิของเจ้าหนี้ได้รับความกระทบกระเทือน อย่างไรก็ตาม การโอนกิจการบางส่วนเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นภายในบริษัท และความเห็นชอบจากเจ้าหนี้ไม่ใช่เงื่อนไขของการโอนกิจการของบริษัท

เมื่อความเห็นชอบของเจ้าหนี้ไม่ใช่เงื่อนไขในการโอนกิจการ จึงเกิดข้อพิจารณาว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ไว้เพียงใด หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ คือ การเพิกถอนการฉ้อฉล กฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้สามารถร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการโอนกิจการบางส่วนได้ หากบริษัทโอนกิจการโดยรู้อยู่แล้วจะทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ เว้นแต่กรณีที่ผู้รับโอนกิจการบางส่วนไม่ได้รู้ว่าการโอนกิจการนั้นทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ ส่วนกรณีที่เป็นการโอนกิจการโดยไม่มีค่าตอบแทน แม้ว่าผู้รับโอนกิจการบางส่วนไม่รู้ว่ามีเจ้าหนี้เสียเปรียบ เจ้าหนี้ก็สามารถเพิกถอนการโอนกิจการบางส่วนได้¹²⁸

ในทางปฏิบัติ เจ้าหนี้ที่มีอำนาจในการต่อรองจะกำหนดข้อตกลงในสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนเพิ่มเติมในรูปแบบต่าง ๆ เช่น

¹²⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 17 วรรคหนึ่ง.

¹²⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 17 วรรคสอง.

¹²⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 118.

¹²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237.



ก. การกำหนดข้อตกลงการเปลี่ยนแปลงในทางลบอย่างมีนัยสำคัญ (material adverse change) กล่าวคือ หากบริษัทโอนกิจการบางส่วนที่มีนัยสำคัญอันส่งผลกระทบต่อความสามารถในการชำระหนี้ตามสัญญา ก็จะถือว่าเป็นเหตุแห่งการผิดนัด (events of default) อันมีผลทำให้บริษัทผิดนัดชำระหนี้ในทันที ดังนี้ บริษัทก็ต้องเจรจาต่อรองกับเจ้าหนี้เพื่อให้เจ้าหนี้ให้ความยินยอมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุในการผิดนัด

ข. การกำหนดข้อตกลงผูกพันให้บริษัทที่ดัดแปลงใหม่ต้องผูกพันไปกับข้อตกลงเดิมที่เคยทำไว้ที่เรียกว่า successors clause¹²⁹ ข้อตกลงนี้กำหนดเพื่อสร้างความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้กับบริษัทที่ดัดแปลงใหม่จากกระบวนการโอนกิจการบางส่วน โดยกำหนดให้บริษัทจะต้องดำเนินการให้บริษัทที่ดัดแปลงใหม่เข้าทำสัญญากับเจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขเดิมที่เจ้าหนี้มีอยู่กับบริษัท

จึงเห็นได้ว่า หากการโอนกิจการบางส่วนกระทำโดยไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย แต่เจ้าหนี้ก็ไม่มีส่วนในการเห็นชอบหรือคัดค้านการโอนกิจการบางส่วน ทำให้ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้ใช้กระบวนการในทางสัญญากำหนดให้การโอนกิจการไม่ทำให้สิทธิของตนเสียไป

4.3 บทบาทของภาครัฐในการกำกับดูแลการโอนกิจการบางส่วน

ข้อพิจารณาที่สำคัญอีกประการหนึ่งในเรื่องผลของการโอนกิจการบางส่วนคือ หน่วยงานของรัฐอื่นนอกเหนือจาก กขค. มีบทบาทในการกำกับดูแลการโอนกิจการบางส่วนหรือไม่ ผู้เขียนแยกพิจารณาบทบาทของรัฐในการโอนกิจการบางส่วนออกเป็น 3 กรณี ได้แก่

(1) การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา

บางกรณีความผูกพันของบริษัทกับหน่วยงานของรัฐอยู่ในรูปของการเป็นคู่สัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานรัฐ เมื่อมีการโอนกิจการบางส่วนให้กับบริษัทลูกหรือบริษัทอื่น ก็ย่อมต้องมีการเปลี่ยนตัวผู้ที่เป็นคู่สัญญากับภาครัฐ การเปลี่ยนตัวจะทำได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับสัญญาที่ทำขึ้นและต้องมีการพิจารณาว่ามีกฎเกณฑ์เฉพาะที่ปรับใช้หรือไม่ หากมีกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามเกณฑ์เฉพาะนั้นด้วย เช่น กรณีที่บริษัทร่วมทุนกับภาครัฐ

หากเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public-Private Partnership) ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบที่ภาครัฐอนุญาต ให้สัมปทาน หรือให้สิทธิแก่ภาคเอกชนการดำเนินการในกิจการที่หน่วยงานของรัฐ

¹²⁹ Daniel E Wolf and David B Feirstein, 'Contract Rights and Spin-off Transactions' (Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 4 December 2017) <<https://corpgov.law.harvard.edu/2017/12/04/contract-rights-and-spin-off-transactions/>> สืบค้นเมื่อ 17 มิถุนายน 2565.

มีหน้าที่ต้องจัดทำ อันเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ¹³⁰ ต้องตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 โดยหลักแล้ว การคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมทุนจะต้องใช้วิธีประมูล¹³¹ หากจะให้ผู้ที่รับโอนกิจการเข้ามาแทนที่เอกชนที่ได้รับการคัดเลือกโดยไม่ผ่านการพิจารณาอนุมัติย่อมไม่สามารถทำได้ หากจะเปลี่ยนตัวคู่สัญญาก็ต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมทุน การแก้ไขต้องผ่านกระบวนการพิจารณาและให้ความเห็นโดยคณะกรรมการกำกับดูแลซึ่งแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีกระทรวงต้นสังกัดโครงการ¹³² จากนั้นต้องนำร่างสัญญาร่วมทุนฉบับที่แก้ไขให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา¹³³ แล้วจึงนำร่างสัญญาร่วมทุน รวมทั้งเอกสารต่าง ๆ เสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงต้นสังกัดพิจารณาให้ความเห็นชอบ¹³⁴

(2) สิทธิประโยชน์ที่ได้รับ

ในกรณีที่บริษัทได้รับสิทธิประโยชน์บางประการจากภาครัฐ การโอนกิจการไปอาจส่งผลต่อสิทธิประโยชน์ดังกล่าว เช่น กรณีที่บริษัทได้รับสิทธิประโยชน์ในการลงทุนของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หรือ BOI

ผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจะได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรและสิทธิประโยชน์ที่ไม่เกี่ยวกับภาษีอากร โดยผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจะได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนที่ออกให้ และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนด สิทธิที่ให้กับผู้ที่ได้รับการส่งเสริมเป็นสิทธิเฉพาะตัว หากผู้ที่ได้รับการส่งเสริมโอนกิจการให้แก่ผู้อื่น บัตรส่งเสริมกิจการจะใช้ได้ต่อไปอีกไม่เกิน 3 เดือนนับแต่วันที่มีการโอนกิจการ¹³⁵ หากผู้ที่รับโอนกิจการประสงค์จะขอรับช่วงดำเนินกิจการที่ได้รับการส่งเสริมต่อไปก็ต้องยื่นคำขอรับการส่งเสริมเพื่อให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณา หากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นควรให้การส่งเสริมแก่ผู้รับโอนกิจการ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนก็จะออกบัตรส่งเสริมโดยผู้รับโอนกิจการโดยผู้รับโอนกิจการจะได้สิทธิเท่าที่ผู้ได้รับการส่งเสริมเดิมเหลืออยู่ แต่ถ้าคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นว่าไม่สมควรให้การส่งเสริม คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนก็ให้สั่งเพิกถอนสิทธิและประโยชน์ทั้งหมด¹³⁶

¹³⁰ พระราชบัญญัติการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 (พระราชบัญญัติการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน) มาตรา 7.

¹³¹ พระราชบัญญัติการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนฯ มาตรา 32.

¹³² พระราชบัญญัติการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนฯ มาตรา 43.

¹³³ พระราชบัญญัติการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนฯ มาตรา 46.

¹³⁴ พระราชบัญญัติการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนฯ มาตรา 47.

¹³⁵ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 (พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน) มาตรา 56 วรรคหนึ่ง.

¹³⁶ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนฯ มาตรา 56 วรรคสอง.



(3) ใบอนุญาต

รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังนี้ เอกชนสามารถดำเนินกิจการใด ๆ ได้อย่างเสรี การจำกัดสิทธิของบุคคลจะกระทำไม่ได้เมื่อมีกฎหมายกำหนดและเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ความมั่นคง การคุ้มครองผู้บริโภค หรือประโยชน์สาธารณะอื่น¹³⁷ รัฐจึงออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิบางประการโดยกำหนดให้ผู้ที่ดำเนินการบางประการจะต้องได้รับใบอนุญาตสำหรับกิจการเฉพาะที่ต้องได้รับใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการ การโอนใบอนุญาตจะกระทำไม่ได้หรือไม่ต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับ

จากการศึกษาพบว่าในกิจการที่มีลักษณะเฉพาะไม่ว่าจะเป็นกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคม กิจการประกันภัยและกิจการประกันชีวิต กิจการสถาบันการเงิน หรือกิจการสถานพยาบาล กฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดไปในทิศทางเดียวกัน คือ ผู้ประกอบกิจการเหล่านี้ต้องได้รับใบอนุญาตในการประกอบกิจการซึ่งใบอนุญาตดังกล่าวเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้รับใบอนุญาต หากจะมีการโอนใบอนุญาตหรือจะมีการโอนกิจการก็ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่กำลังกำกับดูแลก่อน และโดยมาก ผู้ที่จะเข้ามารับโอนใบอนุญาตหรือกิจการก็ต้องคุณสมบัติเช่นเดียวกันกับผู้ประกอบการเดิมด้วย¹³⁸

กล่าวโดยสรุป เมื่อมีการโอนกิจการบางส่วน สิทธิตามสัญญา ประโยชน์หรือใบอนุญาตใด ๆ ที่บริษัทเดิมมีอยู่ไม่ได้กระทบในระดับที่ทำสิทธิ ประโยชน์หรือใบอนุญาตสิ้นสุดและไม่อาจทำให้สิทธิประโยชน์ หรือใบอนุญาตพื้นกลับคืนมาได้ กฎหมายกำหนดวิธีการในการเข้าไปกำกับและตรวจสอบว่าการโอนกิจการบางส่วนส่งผลกระทบต่อกิจการของรัฐหรือไม่ก่อน หากภาครัฐเห็นว่าการโอนกิจการไม่ได้ส่งผลกระทบต่อ ก็จะอนุญาตให้สิทธิ ประโยชน์ หรือใบอนุญาตกับผู้รับโอนกิจการ

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้มาตรา 60 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ได้บัญญัติให้อำนาจ กขค. เอาไว้อย่างกว้างขวางในการบังคับใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขัน

¹³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 40.

¹³⁸ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติเรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการโอนใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ ข้อ 4, 5; ประกาศกรมการประกันภัย เรื่อง แนวทางในการควบเข้ากันหรือโอนกิจการ หรือรับโอนกิจการของบริษัทประกันวินาศภัย ข้อ 1, 3; ประกาศกรมการประกันภัย เรื่อง แนวทางในการควบเข้ากันหรือโอนกิจการ หรือรับโอนกิจการของบริษัทประกันชีวิต ข้อ 1, 3; พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 73 วรรคหนึ่ง, 79; พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 มาตรา 21; กฎกระทรวงว่าด้วยการประกอบกิจการสถานพยาบาล พ.ศ. 2545 ข้อ 24.

ทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน โดยอาจใช้มาตรการดังกล่าวกับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายในทุกลักษณะไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมความร่วมมือกันในแนวนอน การร่วมมือกันในแนวตั้ง การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ การรวมธุรกิจ การกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และการทำสัญญากับต่างชาติอันฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ก็ตาม แต่มาตรการดังกล่าวเหมาะสมกับการบังคับใช้เพียงกับพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ บางลักษณะเท่านั้น กล่าวคือ การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ และการรวมธุรกิจอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือการพิจารณาอนุญาตให้รวมธุรกิจ ดังเช่นที่ศาลสหรัฐอเมริกาใช้อำนาจ แม้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าสหรัฐอเมริกาจะได้ให้อำนาจศาลได้อย่างกว้างขวางสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้กับทุกลักษณะพฤติกรรมก็ตาม รวมถึงจะเห็นได้ว่า The Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) แห่งประเทศออสเตรเลียก็ให้อำนาจศาลในการใช้มาตรการดังกล่าวกับพฤติกรรมการควบรวมกิจการอันฝ่าฝืนกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากพฤติกรรมลักษณะอื่นอันฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอาจสามารถเยียวยาแก้ไขความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าได้ด้วยมาตรการเชิงพฤติกรรม ดังนั้น กขค. จึงควรพิจารณาบังคับใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนกับพฤติกรรมอันฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ เพียง 2 ลักษณะกล่าวคือ การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ และการรวมธุรกิจอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือการพิจารณาอนุญาตให้รวมธุรกิจเท่านั้น

นอกจากนั้น ในการพิจารณาใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน กขค. ต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ต้องกำหนดมาตรการเท่าที่จำเป็น **ต่อเมื่อมาตรการเชิงพฤติกรรมไม่เพียงพอที่แก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าได้** เพียงเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ เท่านั้น¹³⁹ ซึ่งคือการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าทำให้ระดับการแข่งขันทางการค้ากลับคืนไปอยู่ในสภาวะก่อนมีการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายและป้องปรามการกระทำผิด

ในการนี้ ผู้เขียนเห็นว่าในระยะแรกควรพิจารณาออกคำสั่งบังคับใช้มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้อोनกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน เฉพาะกับพฤติกรรมรวมธุรกิจอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือการพิจารณาอนุญาตให้รวมธุรกิจ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวมีความรุนแรงมากที่สุดในบรรดามาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อ

¹³⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ มาตรา 60 วรรคสอง.



การแข่งขันทางการค้า และอาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจอื่นไม่อาจแก้ไขได้ ดังนั้น กขค. ควรเริ่มใช้อำนาจในการกำหนดมาตรการดังกล่าวกับกรณีการรวมธุรกิจซึ่งเป็นที่ยอมรับต้องตรงกัน ในระดับสากลว่า มาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสมในการบังคับใช้เพื่อป้องกันและแก้ไขเยียวยา ความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าจากการรวมธุรกิจ และเมื่อมีประสบการณ์ในการใช้อำนาจ กำหนดมาตรการดังกล่าวจนเข้าใจโดยประจักษ์ถึงข้อดี ข้อด้อย และผลกระทบของการใช้มาตรการแล้ว จึงพิจารณาต่อไปถึงการใช้อำนาจกำหนดมาตรการดังกล่าวกับกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ ซึ่งมีรายละเอียดแง่มุมที่ต้องพิจารณาแตกต่างกัน รวมถึงมีผลกระทบต่อบรรยากาศการลงทุน และผู้ประกอบการมาก ทำให้ในบางประเทศเช่น ประเทศออสเตรเลียไม่ใช้มาตรการกำหนดให้โอน กิจการทั้งหมดหรือบางส่วนกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ

ทั้งนี้ กขค. ควรกำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นแนวทางที่ตนใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งบังคับใช้ มาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเชิงโครงสร้าง โดยการกำหนดให้โอน กิจการทั้งหมดหรือบางส่วนกับการรวมธุรกิจอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือการพิจารณาอนุญาตให้รวมธุรกิจ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการมีความโปร่งใส ชัดเจน รอบคอบ ลดความเบี่ยงเบนในการใช้ ดุลพินิจของคณะกรรมการ และทำให้ทุกกรณีได้รับการพิจารณาอย่างเสมอภาคเท่าเทียม