

ประสิทธิภาพของการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า*

The efficiencies arising from mergers under the competition law

พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล
Peerapong Jongpaisalsakul

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
J.S.D. Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: jongpaisalsakul@gmail.com
(Received: January 27, 2021; Revised: February 24, 2021; Accepted: March 10, 2021)

บทคัดย่อ

ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น เป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นบรรลุตามวัตถุประสงค์ เพราะประสิทธิภาพที่เกิดจากการรวมธุรกิจนั้น อาจก่อให้เกิดผลดีต่อไปยังระบบเศรษฐกิจโดยรวมได้ ปัจจัยดังกล่าวจึงถูกนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ซึ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศล้วนกำหนดเกณฑ์สำหรับการพิจารณาประสิทธิภาพไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้การพิจารณาการรวมธุรกิจนั้นมีความแน่นอนและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในขณะที่การพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้ด้วยเช่นกัน แต่ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดในการพิจารณาปัจจัยดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ทำให้การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพนั้นยังต้องอาศัยดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ ดังนั้น เพื่อให้การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสมอ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์และรายละเอียดของปัจจัยดังกล่าวไว้ให้ชัดเจน

คำสำคัญ: กฎหมายการแข่งขันทางการค้า, การกำกับดูแลการรวมธุรกิจ, ประสิทธิภาพ

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การศึกษาเปรียบเทียบระบบกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า” หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

The efficiencies arising from the mergers are one of the critical issues that make enforcement competition laws meet their objectives because the efficiency resulting from mergers may cause good results to the economy. It has been used as part of considering business mergers according to the competition laws of different countries. Each country's competitive law regulatory authorities set clear criteria for determining efficiencies to consider the mergers specific and in line with the spirit of the competition laws. At the same time, the Trade Competition Act B.E.2560 (2017) has also been set to consider the mergers in Thailand. The Trade Competition Commission must also consider the efficiencies arising from mergers, but there has no criteria and details that have been set in considering such factors in particular. Therefore, the consideration of the efficiencies will be taken only at the Trade Competition Commission's discretion. Accordingly, to consider the efficiencies resulting from the mergers properly and always in line with the competition law's spirit, the Trade Competition Commission should evidently determine the rules and details of such factors.

Keywords: Competition law, Merger control, Efficiencies

บทนำ

การพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยทั่วไปนั้นเป็นการนำปัจจัยต่าง ๆ หลายปัจจัยมาพิจารณาประกอบกัน เพื่อที่จะประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรืออาจก่อให้เกิดสถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งจะนำไปสู่ผลลัพธ์ในท้ายที่สุดว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรจะอนุญาตให้การรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นสามารถดำเนินการต่อไปได้หรือไม่ โดยปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ต้องบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทุกประเทศมักจะนำมาพิจารณาก็คือประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งในบางกรณี ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพนี้อาจส่งผลให้การรวมธุรกิจที่แม้จะมีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นอาจได้รับอนุญาตให้สามารถดำเนินการต่อไปได้

ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจจะกระทำการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 51 ด้วยเช่นกัน ซึ่งประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการรวมธุรกิจดังกล่าวต้องยื่นขออนุญาตพร้อมนำเสนอผลการศึกษาและการวิเคราะห์การรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเนื้อหาส่วนหนึ่งของผลการศึกษาดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยผลการประเมินประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ดีประกาศฉบับดังกล่าวยังมิได้มีการกำหนดรายละเอียดของประสิทธิภาพดังกล่าวว่าจะต้องมีลักษณะอย่างไร รวมถึงมิได้มีการชี้แจงแนวทางการพิจารณาประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไว้ ณ ที่ใด

บทความนี้จึงมุ่งศึกษาและวิเคราะห์ว่า แนวทางในการพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นควรประกอบไปด้วยเงื่อนไขอย่างไรบ้าง เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจดังกล่าว อันจะทำให้การตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสม ในการนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาเปรียบเทียบจากบทบัญญัติและประสบการณ์การประเมินการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์

1. แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ส่วนที่หนึ่งของบทความนี้ ผู้เขียนเริ่มต้นจากการอธิบายความหมาย วัตถุประสงค์ และความสำคัญของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า อันเป็นแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับที่มาและเหตุผลที่ทำให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ มักนำประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมาเป็นส่วนหนึ่งหรือปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอยู่เสมอ

1.1 ความหมายและที่มาของประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

การรวมธุรกิจในแต่ละครั้งนั้นอาจก่อให้เกิดทั้งผลกระทบได้ทั้งในแง่บวกและในแง่ลบ โดยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดขึ้น ได้แก่ การรวมธุรกิจอาจทำให้การแข่งขันลดลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมธุรกิจในแนวนอน (horizontal merger) ซึ่งมีผลทำให้จำนวนผู้แข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นลดลง จนการผลิตกระจุกตัวอยู่กับผู้ผลิตเพียงไม่กี่ราย¹ หรือการทำให้เกิดการสร้างหรือการเพิ่มขึ้นของอำนาจเหนือตลาด (dominant position) เพราะการรวมธุรกิจอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นจนถึงขนาดที่สามารถกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการได้โดยอิสระ ปราศจากความกดดันจากการแข่งขันในตลาด รวมถึงอาจมีอิทธิพลต่อการแข่งขันที่มีในเรื่องราคาด้วย² นอกจากนี้ การรวมธุรกิจยังอาจทำให้ขั้นตอนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจลดลง โดยเฉพาะการรวมธุรกิจในแนวดิ่ง (vertical merger) หรืออาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าร่วมกันนั้นได้รับประโยชน์จากการประหยัดจากขนาด และมีเทคโนโลยีในการผลิตที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งผลต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นนี้ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถลดต้นทุนการผลิตลงจนทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ๆ เสียเปรียบในการแข่งขัน และก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจรายใหม่ด้วย³ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้จะมีผลเสียต่าง ๆ มากมายที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ แต่ดังที่กล่าวแล้วว่าการรวมธุรกิจก็อาจก่อให้เกิดผลดีด้วยเช่นกัน เช่น การรวมธุรกิจจะทำให้กิจการมีขนาดใหญ่ขึ้น จึงเกิดการขยายขนาดของการผลิตอันก่อให้เกิดการประหยัดจากขนาด (economies of scale) เนื่องจากเมื่อกิจการมีขนาดการผลิตที่ใหญ่ขึ้น มีปริมาณการผลิตที่มากขึ้นจนจะเกิดการผลิตคราวละมาก ๆ (mass production) จึงช่วยประหยัดเวลา และตัดทอนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ไม่จำเป็นลงได้อย่างมาก นอกจากนี้ ต้นทุนคงที่ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นค่าเครื่องใช้ เครื่องมือที่ใช้ในการผลิต ค่าใช้จ่ายด้านการบริหารจัดการ รวมตลอดถึงค่าใช้จ่ายด้านการตลาดก็จะ

¹ เจมส์ ฟูลเชอร์, *ทุนนิยม : ความรู้ฉบับพกพา*, (กรุงเทพมหานคร: โอเพ่นวีลด์ส, 2554), หน้า 48 - 49.

² ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 85.

³ วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, *เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีต้นทุน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2538), หน้า 421 - 422.

ถูกกระจายออกไปมากขึ้น เป็นผลให้ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยลดต่ำลง⁴ อีกทั้งการรวมธุรกิจยังอาจก่อให้เกิดการพัฒนา หรือการปรับปรุงเทคโนโลยีการผลิต เกิดการพัฒนาการบริหารจัดการของหน่วยธุรกิจ ตลอดจนมีการนำเทคโนโลยีใหม่ ๆ เข้ามาช่วยในการผลิตมากยิ่งขึ้น จนทำให้ผลิตภัณฑ์ของหน่วยผลิตนั้นมีคุณภาพมากขึ้น อันก่อให้เกิดผลดีต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจนั้นเป็นอย่างมาก⁵

ผลกระทบในแง่ดีต่าง ๆ ข้างต้นนี้ จึงเรียกว่าเป็นประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจ อันหมายถึง ประสิทธิภาพการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจที่เพิ่มมากขึ้นอันมีสาเหตุมาจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปทำการรวมธุรกิจกัน ซึ่งนอกจากตัวอย่างข้างต้นแล้ว ประสิทธิภาพนี้ยังอาจเกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุ⁶ ได้แก่

ก. เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการบริหารงานที่ดีในระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการรวมธุรกิจกัน ซึ่งหมายถึงการที่ผู้บริหารของกิจการหนึ่งซึ่งมีระดับความสามารถในการบริหารงานได้ดีกว่าอีกกิจการหนึ่ง จึงได้ทำการถ่ายทอดความสามารถ และเทคโนโลยีในการบริหารงานให้แก่ผู้บริหารของกิจการนั้น ทำให้การดำเนินงานของกิจการที่เข้าร่วมธุรกิจกันนั้นมีประสิทธิภาพดีขึ้น จนส่งผลให้ผลการดำเนินงานรวมของทั้งสองบริษัทดีขึ้นเนื่องจากสามารถใช้กลุ่มผู้บริหารที่มีความสามารถร่วมกันได้ (managerial synergy)

ข. เกิดการเปลี่ยนตัวผู้บริหารที่ไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งหมายถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเชื่อว่าการที่ผลประกอบการของกิจการหนึ่งออกมาดีกว่าอีกกิจการหนึ่งเป็นเพราะประสิทธิภาพของผู้บริหาร ดังนั้น ภายหลังจากการรวมธุรกิจจึงเกิดการเปลี่ยนผู้บริหารเป็นกลุ่มใหม่ และทำให้ผลประกอบการภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นดีขึ้นเพราะได้ผู้บริหารที่ดี

ค. การรวมธุรกิจทำให้ต้นทุนของการดำเนินงานลดลง อันเกิดจากการประหยัดจากขนาด (economies of scale) เช่น ในการรวมธุรกิจระหว่างกิจการจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกัน (horizontal integration) ทำให้เกิดการรวมฐานลูกค้าของทั้งสองกิจการเข้าไว้ด้วยกัน แต่เนื่องจากสินค้าที่จำหน่ายเป็นประเภทเดียวกัน การผลิตสินค้าจึงใช้กำลังการผลิตร่วมกันได้ ดังนั้น ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยที่เป็นส่วนของต้นทุนคงที่จึงลดลง เป็นต้น นอกจากนี้ ต้นทุนของการดำเนินงานยังอาจลดลงได้เนื่องจากภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นสามารถยุบหน่วยงานที่ซ้ำซ้อนกันลงได้ หรืออาจเกิดจากการรวมธุรกิจในแนวตั้ง (vertical integration) ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถควบคุมต้นทุนวัตถุดิบในการผลิตสินค้าได้ เป็นต้น

ง. การรวมธุรกิจทำให้การกระจายธุรกรรมของบริษัทดีขึ้น กล่าวคือการกระจายตัวของกิจการออกไปในธุรกิจประเภทอื่น ๆ อาจช่วยให้การเจริญเติบโตของบริษัทมีความสม่ำเสมอ และมีความเสี่ยงในการดำเนินกิจการลดลง ส่งผลไปยังพนักงานที่มีขวัญและกำลังใจดีขึ้น ทำให้การดำเนินงานมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นได้เช่นกัน

⁴ นราทิพย์ ขุติวงศ์, **ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 259.

⁵ Daniel Gore et al., **The Economic Assessment of Mergers Under European Competition Law**, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p.305.

⁶ อัญญา ชันธวิทย์, **การควบกิจการและการครอบงำกิจการ**, (กรุงเทพมหานคร: คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 46 - 51.

ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจข้างต้นนี้ ล้วนเป็นประเด็นปัจจัยที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องคำนึงในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้การประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม ส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมมากที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์และความสำคัญของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น นับว่าเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าบรรลุตามวัตถุประสงค์ เพราะประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับจากการรวมธุรกิจที่กล่าวถึงข้างต้นนี้ นอกจากจะก่อให้เกิดผลดีต่อตัวผู้ประกอบการธุรกิจเองแล้ว ยังก่อให้เกิดผลดีส่งต่อไปยังระบบเศรษฐกิจโดยรวมด้วย เช่น การทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการที่สามารถบริโภคสินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพสูงขึ้นในขณะที่ราคาของสินค้าหรือบริการนั้นลดลงได้ อันเป็นการยกระดับสวัสดิการของผู้บริโภคและสังคมโดยรวม (total welfare) เป็นต้น⁷

ดังนั้น ในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น นอกจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะพิจารณาถึงปัจจัยเกี่ยวกับผลกระทบต่อการแข่งขันจากการรวมธุรกิจ อันได้แก่ ความกระจุกตัวของตลาด ผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการอำนาจของผู้ซื้อในตลาด การเข้าสู่ตลาด⁸ องค์กรบังคับใช้กฎหมายยังจะต้องพิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพ (efficiencies) ที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย ซึ่งประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น จะเป็นประเด็นที่ช่วยบรรเทาความกังวลด้านผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ กล่าวคือ แม้ว่าการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ในเบื้องต้นขององค์กรบังคับใช้กฎหมายนั้นจะพบว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม แต่หากปรากฏว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นสามารถชดเชยผลกระทบจากการรวมธุรกิจที่ทำให้การแข่งขันในตลาดดังกล่าวลดลงได้ องค์กรบังคับใช้กฎหมายก็ควรจะอนุญาตให้การรวมธุรกิจดังกล่าวสามารถกระทำได้¹⁰ หรือในบางกรณี ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมิได้มีสถานะเป็นข้ออ้างของผู้ประกอบการธุรกิจในการที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ หากแต่ประสิทธิภาพนั้นมักจะถูกนำมาเป็นปัจจัยประการหนึ่งที่จะต้องนำไปพิจารณาร่วมกันกับปัจจัยอื่น ๆ ข้างต้น เพื่อประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจเป็นการขัดขวางการ

⁷ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), p.444.

⁸ Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, (New York: Foundation Press, 2008), p.577.

⁹ Gunnar Niels, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, (Oxford: Oxford University Press, 2011), p.371.

¹⁰ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, p.444.

¹¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), p.897.

¹² Alison Jones, Brenda Sufin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p.1141.

แข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่¹¹ โดยที่การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันเป็นการเพิ่มระดับการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมธุรกิจ กับผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้ ซึ่งจะส่งผลเป็นการทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง หรือเกิดการประหยัดจากขนาด¹²

อย่างไรก็ดี ในประเทศส่วนใหญ่ที่มีการกำกับดูแลการรวมธุรกิจโดยอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น มักกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจในการพิสูจน์ให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายเห็นถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะทำหน้าที่หลักในการพิจารณาว่าประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการกล่าวอ้างนั้น เพียงพอที่จะชดเชยต่อผลกระทบของการรวมธุรกิจซึ่งอาจทำให้ราคาสินค้านั้นเพิ่มสูงขึ้นหรือไม่¹³ ซึ่งเป็นประเด็นที่สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการรวมธุรกิจที่มีประสิทธิภาพนั้นอาจส่งผลดีแก่เศรษฐกิจของประเทศได้

2. หลักเกณฑ์ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

ส่วนที่สองของบทความนี้ ผู้เขียนทำการศึกษาแนวทางในการนำปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมาเป็นส่วนหนึ่งในการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์

2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกานั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายซึ่งได้แก่ กรมต่อต้านการผูกขาด (Department of Justice) และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีอำนาจในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น จะเริ่มประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจโดยพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ก่อน ได้แก่ ความกระจุกตัวของตลาดซึ่งพิจารณาจากดัชนีเฮอร์ฟินดัล-เฮิร์ชแมน (The Herfindahl-Hirschman Index) ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ (non-coordinated effect) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน (coordinated effect) อำนาจของผู้ซื้อในตลาด การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ซึ่งการพิจารณาปัจจัยข้างต้นเหล่านี้เพียงพอที่จะชี้ให้เห็นได้แล้วว่า การรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่

¹¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), p.897.

¹² Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p.1141.

¹³ Gunnar Niels, Helen Jenkins, and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, p.371.

ภายหลังจากการพิจารณาปัจจัยดังกล่าวข้างต้นแล้ว หากองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาพบว่าการรวมธุรกิจนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขัน จึงจะนำปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจมาพิจารณาเป็นลำดับถัดไป¹⁴ ถ้าหากว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก ก็อาจนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น ได้แก่ การที่ผู้ประกอบการสามารถลดต้นทุนการผลิตลง ในขณะที่สามารถผลิตสินค้าหรือบริการได้ในจำนวนที่มากขึ้น และมีคุณภาพสูงขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ประกอบการได้ทำการรวมธุรกิจกัน ซึ่งถือว่าเป็นประสิทธิภาพที่ระบบเศรษฐกิจจะได้รับจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย¹⁵

นอกจากนี้ ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ยังอาจหมายถึงการที่ราคาของสินค้าหรือบริการนั้นลดลง ในขณะที่สินค้าหรือบริการดังกล่าวมีคุณภาพสูงขึ้น หรือการมีสินค้าหรือบริการใหม่เกิดขึ้นในตลาด รวมถึงการให้บริการที่ดีขึ้น¹⁶ โดยประสิทธิภาพในการดำเนินงานที่เพิ่มขึ้นนี้ จะต้องมิได้เกิดขึ้นจากพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันด้วย เช่น การลดจำนวนการผลิตลง เป็นต้น ซึ่งประเด็นเหล่านี้เป็นเรื่องที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจนั้นมีหน้าที่ต้องพิสูจน์และแสดงให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเห็นว่าการรวมธุรกิจของตนนั้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพจนมิได้ส่งผลกระทบในแง่ร้ายต่อการแข่งขันในตลาด อีกทั้งจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าประสิทธิภาพดังกล่าวคงจะเกิดขึ้นไม่ได้หากมิได้มีการรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้น ซึ่งการแสดงผลเหล่านี้โดยผู้ประกอบการนี้ จะต้องเป็นเหตุผลที่สามารถพิสูจน์ได้จริงในเชิงเศรษฐศาสตร์ โดยมีใช้เพียงการคาดการณ์ หรือการคาดคะเนของตนเองแต่เพียงเท่านั้น¹⁷

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 4 ประการ ได้แก่¹⁸

ก. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจจะต้องสามารถพิสูจน์ได้จริง มิใช่เพียงการคาดการณ์หรือการคาดคะเนเท่านั้น (verifiability)

ข. การรวมธุรกิจเป็นวิธีที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวขึ้นได้ โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด (merger-specificity)

ค. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นมิได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (not anticompetitive)

¹⁴ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, (Minnesota: West Academic Publishing, 2017), p.474.

¹⁵ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 5th ed. (Minnesota: West Publishing, 2016), p.683.

¹⁶ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines," 19 August 2010, p.29.

¹⁷ Barry Hawk, Neal R. Stoll, and Kenneth Schwartz, "United States of America," in *Merger Control Worldwide*, eds. Maher Dabbah and Paul Lasok QC (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p.1491.

¹⁸ An Renckens, "Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense," *Journal of Competition Law and Economics* 3, 2 (2007): 168 - 169.

ง. ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นอาจส่งผลกระทบต่ออันเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้สูง ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็ต้องสูงยิ่งขึ้นตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นนั้นด้วย (sliding scale)

ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา คือ แม้กฎหมายหรือแนวปฏิบัติขององค์กรบังคับใช้กฎหมายมิได้กำหนดให้ประสิทธิภาพดังกล่าวจะต้องเป็นประโยชน์ต่อ (pass-on) ผู้บริโภคด้วย แต่อย่างไรก็ดี แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาจำนวนหลายคดีก็ได้ปฏิเสธข้อต่อสู้เกี่ยวกับประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจ หากผู้ประกอบการไม่สามารถแสดงให้เห็นได้แม้แต่น้อยว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค ตัวอย่างเช่นในคดี *University Health*¹⁹ ซึ่งเป็นการรวมธุรกิจระหว่างโรงพยาบาล 3 แห่ง จนทำให้โรงพยาบาลในบริเวณดังกล่าวเหลือเพียง 4 แห่ง โดยมีโรงพยาบาล University ที่ได้ทำการรวมธุรกิจนั้นเป็นโรงพยาบาลที่โดดเด่นที่สุด ทั้งนี้ ในการรวมธุรกิจดังกล่าวผู้รวมธุรกิจไม่สามารถแสดงหลักฐานที่มาสสนับสนุนข้ออ้างที่ว่า การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้เกิดประสิทธิภาพอันเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคให้ศาลเชื่อได้เลย จึงเห็นชอบกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ไม่อนุญาตให้ดำเนินการรวมธุรกิจดังกล่าว²⁰

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า แม้จะได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติของศาล ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็จำเป็นต้องมีประโยชน์ที่ส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภคด้วยเช่นกัน

2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้น ประเด็นหนึ่งที่จะต้องถูกนำมาพิจารณาด้วยก็คือประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรป ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นไม่ใช่ข้ออ้างที่จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถทำการรวมธุรกิจได้ หากแต่ประสิทธิภาพนี้จะถูกนำมาเป็นปัจจัยประการหนึ่งในการที่จะพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่²¹ โดยที่การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันเป็นการเพิ่มระดับการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้ ซึ่งจะส่งผลเป็นการทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง หรือเกิดการประหยัดจากขนาด (economies of scale)²²

¹⁹ *FTC v. University Health*, 938 F.2d 1206, 1222 - 23 (11th Cir. 1991).

²⁰ Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, p.479.

²¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p.897.

²² Alison Jones, Brenda Sufrin, and Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p.1141.

ทั้งนี้ ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น อาจเป็นได้ทั้งประสิทธิภาพในการจัดสรร (allocative efficiency)²³ ประสิทธิภาพในการผลิต (productive efficiency)²⁴ หรือประสิทธิภาพในเชิงพลวัต (dynamic efficiency)²⁵ ก็ได้ เพียงแต่ว่าแนวปฏิบัติของคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ว่าประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจที่จะนำมาประกอบการประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจได้ จะต้องมิลักษณะดังต่อไปนี้²⁶

ก. ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถตรวจสอบยืนยันได้จริง กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการธุรกิจกล่าวอ้างนั้น ต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ โดยผู้ประกอบการจะต้องแจ้งข้อมูลและหลักฐานต่าง ๆ ที่เพียงพอจะทำให้คณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรปเชื่อได้ว่าผู้ประกอบการจะสามารถทำให้ประสิทธิภาพดังกล่าวเกิดขึ้นจริงได้จากการรวมธุรกิจนั้น (verifiability)

ข. การรวมธุรกิจเป็นวิธีที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวขึ้นได้ โดยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดน้อยที่สุด ซึ่งการพิจารณาพิสูจน์ในประเด็นนี้เป็นของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจ จะต้องพิสูจน์ต่อคณะกรรมการกิจการของสหภาพยุโรป (merger-specificity)

ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค กล่าวคือ การรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ต้นทุนการผลิตที่ลดลงจนส่งผลให้สินค้าหรือบริการมีถูกลง แต่มีคุณภาพสูงขึ้น ทั้งนี้ ต้นทุนการผลิตที่ลดลงต้องมีได้เป็นผลจากการลดปริมาณการผลิตลง หรือการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้เกิดสินค้าหรือบริการใหม่ หรือเกิดการพัฒนาศักยภาพหรือบริการนั้นขึ้น โดยที่ประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นและส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภคนี้ ต้องมีนัยสำคัญและเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจ

คดี *Global/GCap*²⁷ ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักรในการพิจารณาการรวมธุรกิจระหว่าง Global Radio UK Limited และ GCap Media plc นับเป็นการนำแนวทางการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจของสหภาพยุโรปไปปรับใช้ได้อย่างชัดเจนที่สุด กล่าวคือ ในกรณีดังกล่าวซึ่งผู้ประกอบการทั้งสองรายต่างประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงที่มีสถานีจำนวนมากครอบคลุมพื้นที่เกือบทั่วทั้งสหราชอาณาจักร ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักร (The Office of Fair Trading) ค่อนข้างกังวลกับการแข่งขันที่ลดลงในกิจการวิทยุ โดยเฉพาะในพื้นที่ตอนกลางของสหราชอาณาจักรซึ่งผู้ประกอบการทั้งสองรายมีพื้นที่ประกอบกิจการทับซ้อนกันอยู่

²³ ประสิทธิภาพในการจัดสรร (allocative efficiency) หมายถึง การรวมธุรกิจนั้นทำให้สินค้าหรือบริการนั้นถูกกระจายไปยังผู้บริโภคได้อย่างสอดคล้องกับปริมาณความต้องการของผู้บริโภค

²⁴ ประสิทธิภาพในการผลิต (productive efficiency) หมายถึง การรวมธุรกิจนั้นทำให้กระบวนการผลิต สามารถใช้ต้นทุนการผลิตนั้นเพื่อผลิตสินค้าหรือบริการได้ในปริมาณสูงสุด

²⁵ ประสิทธิภาพในเชิงพลวัต (dynamic efficiency) หมายถึง การรวมธุรกิจนั้นทำให้เกิดการใช้ปัจจัยการผลิตอย่างมีประสิทธิภาพอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการวิจัยและพัฒนาหรือมีนวัตกรรมหรือเทคโนโลยีใหม่ขึ้นมา

²⁶ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp.897 - 898.

²⁷ Office of Fair Trading, 'Completed acquisition by Global Radio UK Ltd of GCap Media plc' (August 2008) (ME3638/08)

ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจได้แสดงให้เห็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการรวมธุรกิจนี้จะทำให้เกิดประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก กล่าวคือ การรวมธุรกิจนี้จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายกลายเป็นเจ้าของร่วมกันในสถานีวิทยุซึ่งจะช่วยให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถออกแพ็คเกจการกระจายเสียงแบบเหมาทุกสถานีวิทยุที่ตนเป็นเจ้าของได้ในราคาที่ถูกลง อันเป็นประสิทธิภาพที่สามารถเกิดขึ้นจริง โดยจะเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจเท่านั้น และยังเป็นประสิทธิภาพที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคโดยตรง เมื่อผนวกกับข้อยินยอมจำหน่ายสถานีวิทยุที่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นเจ้าของอยู่ในปัจจุบันออกไปบางส่วนแล้ว (divestiture) จึงทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจได้ แม้การรวมธุรกิจนี้จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดที่ค่อนข้างสูงก็ตาม²⁸

2.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น

ในทำนองเดียวกันกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นก็นำประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ไม่ว่าจะเป็นประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการประหยัดต่อขนาด (economies of scale) ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมอุปกรณ์การผลิตไว้ด้วยกัน หรือประสิทธิภาพที่เนื่องมาจากคุณสมบัติพิเศษของโรงงาน การลดลงของการขนส่ง และการวิจัยและพัฒนาสินค้าหรือบริการ มาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นด้วยเช่นกัน²⁹

ทั้งนี้ ในการพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ตามแนวทางการพิจารณาการรวมธุรกิจโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจะต้องมีลักษณะบังคับ 3 ประการ³⁰ คือ

- ก. เป็นประสิทธิภาพที่สามารถเกิดขึ้นได้จริง มิใช่เพียงการคาดคะเนของผู้ประกอบธุรกิจ (verifiability)
- ข. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจ (merger-specificity)
- ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้น ก่อให้เกิดประโยชน์ที่ส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภค

²⁸ Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, pp.472 - 474.

²⁹ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," ¹⁷ December 2019, pp.37 - 38; Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual: Law, Cases and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act* (The Hague: Kluwer Law International, 2007), p.93.

³⁰ Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan*, 2nd ed. (Nevada: JSPS Kakenhi, 2018), p.130.

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หากประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดสวัสดิการโดยรวมของประเทศญี่ปุ่นสูงขึ้นอันเป็นจุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นแล้ว ก็มักจะถือว่าการรวมธุรกิจนั้นเป็นการรวมธุรกิจที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว อย่างไรก็ตาม หากการรวมธุรกิจนั้นถึงขนาดก่อให้เกิดการผูกขาดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นแล้ว แม้การรวมธุรกิจจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพียงใด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการรวมธุรกิจนั้น³¹

ในคดี *Iron Ore*³² ซึ่งเป็นการก่อตั้งบริษัทบริหารจัดการการผลิตแร่เหล็ก โดยการร่วมทุนกันระหว่าง BHP Billiton และ Rio Tinto ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจอุตสาหกรรมแร่เหล็กนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าปฏิเสธการก่อตั้งกิจการร่วมค้าโดยให้เหตุผลเกี่ยวกับประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากกิจการร่วมค้าว่า ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นไม่มีลักษณะบังคับตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดข้างต้นแม้แต่ข้อเดียว กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจอ้างว่าการรวมค้านี้ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานได้เนื่องจากสามารถแบ่งปันแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดในระหว่างกันได้นั้น คณะกรรมการเห็นว่าไม่มีหลักฐานที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายจะนำแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดสำหรับเทคนิคเฉพาะของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายไปปรับใช้อย่างแน่นอน

อีกทั้งการนำแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดไปปรับใช้ในกิจการของตนนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นจากการรวมตัวกันก็ได้ และถึงแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจจะยื่นหลักฐานโดยแสดงแผนการขยายการผลิตแร่เหล็กต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็เห็นว่าการดำเนินการตามแผนนั้นใช้งบประมาณในการลงทุนที่สูงมาก อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจได้มีความพยายามดำเนินการใด ๆ ที่จะขยายการผลิตแร่เหล็กให้เพิ่มมากขึ้นมาก่อนนี้ จึงไม่อาจเชื่อว่าผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถดำเนินการดังกล่าวได้จริง

นอกจากนี้ แผนการลดค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเสนอ ก็ให้ความสำคัญเฉพาะกับการลดค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนคงที่เท่านั้น โดยไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดประโยชน์กับผู้บริโภคแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจดังกล่าวประกอบกับความกระจุกตัวของตลาดที่สูงมากจนใกล้จะเป็นตลาดผูกขาดแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันจึงไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการก่อตั้งกิจการร่วมค้าดังกล่าว³³

2.4 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จะนำประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมาเป็นประเด็นที่สำคัญมากประเด็นหนึ่งในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ด้วยเช่นกัน โดยที่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์

³¹ *ibid.*

³² Japan Fair Trade Commission, "The JFTC closed its prior consultation's review on the proposed joint venture for iron ore production between BHP Billiton and Rio Tinto," [online] Available from : <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2010/oct/individual-000016.html>. [10 January 2021]

³³ Koki Arai, *Law and Economics in Japanese Competition Policy*, (Singapore: Springer, 2019), pp.138 - 139.

นั้น แบ่งประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ซึ่งจะส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ได้แก่

(1) ประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการขึ้น ซึ่งหมายถึงกรณีการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นทำให้การแข่งขันในตลาดจะทำให้ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจสูงขึ้น จนส่งผลให้สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ดียิ่งขึ้น ทำให้การแข่งขันในตลาดนั้นเพิ่มสูงขึ้น ตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจรายเล็ก 2 ราย ที่ทำให้เกิดความกดดันในการแข่งขันต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่มากขึ้น เป็นต้น³⁴

ประสิทธิภาพประเภทแรกนี้จะถูกนำไปรวมเป็นปัจจัยประการหนึ่งในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ทั้งนี้ ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจประเภทแรกอาจได้แก่ การทำให้ต้นทุนในการดำเนินธุรกิจลดลง การเกิดการประหยัดจากขนาด การประหยัดจากขอบเขต (economy of scope) การเกิดการเพิ่มขนาดของเครือข่ายผู้ซื้อสินค้าหรือผู้ใช้บริการ การเกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งทำให้คุณภาพของสินค้าเพิ่มขึ้น หรือการเกิดการวิจัยและพัฒนาสินค้า เป็นต้น³⁵

ทั้งนี้ ประเด็นคำถามที่สำคัญในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพในขั้นตอนนี้คือ ประสิทธิภาพในลักษณะต่าง ๆ ข้างต้นซึ่งผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างว่าจะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของตนนั้น จะทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เหลืออยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นเพิ่มสูงขึ้นได้จริงหรือไม่ ซึ่งในขั้นนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงให้เห็นถึงหลักฐานที่ว่า การรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันส่งผลเป็นการเพิ่มการแข่งขันได้จริง³⁶ และ ประสิทธิภาพนั้นจะต้องมีลักษณะ ดังนี้

ก. ประสิทธิภาพนั้นจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจเสร็จสิ้น

ข. ประสิทธิภาพนั้นเพียงพอต่อการป้องกันมิให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญขึ้นจากการรวมธุรกิจได้จริง

ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจ (merger-specificity)

³⁴ Lim Chong Kin and Cavinder Bull SC, *Competition Law and Policy in Singapore*, 2nd ed. (Singapore: Academy Publishing, 2015), p.200.

³⁵ Daren Shiau and Elsa Chen, *Merger Control in Singapore: Law and Practice*, (Singapore: LexisNexis, 2011), pp.161 - 162.

³⁶ Lim Chong Kin and Corinne Chew, "Mergers," in *Competition Law and Policy in Singapore*, eds. Cavinder Bull SC and Lim Chong Kin (Singapore: Academy Publishing, 2015), pp.200 - 201.

ในคดี *Samwoh Highway Corporation Pte Ltd/Highway International Pte Ltd*³⁷ ผู้ประกอบธุรกิจได้แสดงหลักฐานให้เห็นว่าการรวมธุรกิจจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีประสิทธิภาพในการดำเนินงานเพิ่มมากขึ้น โดยมีสาเหตุมาจากต้นทุนการผลิตที่ลดลงและเกิดการวิจัยและพัฒนาที่เพิ่มสูงขึ้น ซึ่งประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนี้จะถูกขยายไปยังตลาดภูมิศาสตร์อื่น ๆ อีกด้วย ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่า การรวมธุรกิจดังกล่าวซึ่งทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีต้นทุนการดำเนินงานลดลงและมีศักยภาพในการแข่งขันสูงขึ้น จะส่งผลให้การแข่งขันในตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นเพิ่มสูงขึ้นได้จริง

(2) ประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบเศรษฐกิจ และสามารถชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดจากการแข่งขันที่ลดลงเพราะการรวมธุรกิจนั้นได้ อันเป็น ประสิทธิภาพที่ถูกกำหนดไว้ภายใต้วรรคที่ 3 ของตารางที่ 4 ท้ายกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศ สิงคโปร์ โดยที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพอันมีลักษณะเป็นการเพิ่ม การแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการดังกล่าวขึ้น หรือประสิทธิภาพนั้นส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม จนสามารถชดเชยผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ ได้รับยกเว้นให้ ดำเนินการรวมธุรกิจได้ และไม่ถูกจำกัดตามมาตรา 54 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์

ดังนั้น โดยผลของบทบัญญัติในตารางที่ 4 ดังกล่าวนี้นี้ แม้การรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการ ลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ผู้ประกอบธุรกิจก็อาจได้รับอนุญาตให้ดำเนินการรวมธุรกิจนั้นต่อไปได้ หากการ รวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพประเภทที่ 2 นี้ แสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพประเภทนี้มีสถานะเป็นข้อ ต่อสู้ของผู้ประกอบธุรกิจที่แตกต่างจากประสิทธิภาพประเภทแรกเป็นอย่างยิ่ง

ในกรณีของประสิทธิภาพประเภทที่ 2 ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่แสดงหลักฐานให้คณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เห็นว่าการรวมธุรกิจนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพียงพอที่จะชดเชย ผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ โดยที่ประสิทธิภาพดังกล่าวนี้หมายความว่ารวมถึง การทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง การเกิดการพัฒนานวัตกรรมขึ้น และการทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกมากยิ่งขึ้น หรือ ทำให้สินค้าหรือบริการนั้นมีคุณภาพสูงขึ้น โดยที่ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนี้จะต้องมีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อใคร ของผู้ประกอบธุรกิจที่จะทำการรวมธุรกิจแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ทั้งนี้ หลักฐานที่ผู้ประกอบธุรกิจจะแสดงต่อ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์นั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพประเภทที่ 2 ที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะดังนี้³⁸

³⁷ The Competition and Consumer Commission of Singapore, 'Acquisition by Samwoh Corporation Pte Ltd of control of Highway International Private Limited' (January 2011) (CCS400/004/10)

³⁸ Competition & Consumer Commission Singapore, "The Substantive Assessment of Mergers," December 2016, pp.85 - 86.

ก. ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถอธิบายและตรวจสอบยืนยันได้จริง กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการกล่าวอ้างนั้น ต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ โดยผู้ประกอบการจะต้องแจ้งข้อมูลและหลักฐานต่าง ๆ ที่เพียงพอจะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เชื่อได้ว่าผู้ประกอบการจะสามารถทำให้ประสิทธิภาพดังกล่าวเกิดขึ้นจริงได้จากการรวมธุรกิจนั้น โดยมีใช้เพียงการคาดคะเนว่า ประสิทธิภาพนั้นอาจจะเกิดขึ้นได้จากการรวมธุรกิจนี้แต่เพียงเท่านั้น ซึ่งหลักฐานดังกล่าวอาจได้แก่ข้อมูลอันเป็นความลับของผู้ประกอบการ หรือพฤติกรรมในอดีต รวมถึงแรงจูงใจที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในอนาคตภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการให้ประสิทธิภาพนั้นเกิดขึ้นได้จริงด้วย (verifiability)

ข. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้ โดยผู้ประกอบการมีหน้าที่แสดงว่าตนจะได้รับประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างไร รวมถึงความเสี่ยงต้นทุน และเวลาที่จะต้องใช้ในการทำให้เกิดประสิทธิภาพดังกล่าวนี้ด้วย (merger-specificity)

ค. ประสิทธิภาพนั้นจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจเสร็จสิ้น ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์จะให้น้ำหนักที่น้อยลงสำหรับประสิทธิภาพที่แม้จะเกิดขึ้นได้จริง แต่จะเกิดขึ้นในอนาคตที่ใช้ระยะเวลายาวนาน (timely)

ง. ขนาดของประสิทธิภาพที่ได้รับ ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องคำนวณเป็นมูลค่าอันเป็นตัวเงินเพื่อแสดงให้เห็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์เห็นถึงขนาดของประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น หรือในกรณีที่ประสิทธิภาพนั้นไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ ผู้ประกอบการก็ต้องอธิบายโดยแสดงหลักฐานในเชิงคุณภาพเพื่อแสดงให้เห็นถึงขนาดของประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้น

3. การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ได้มีการกำหนดให้นำประสิทธิภาพมาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจด้วยเช่นกันดังที่ได้กล่าวแล้วในตอนต้น ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงศึกษาและอธิบายสถานะและหลักเกณฑ์ของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เพื่อให้สามารถเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในต่างประเทศได้อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น

3.1 สถานะของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น ถูกกำหนดไว้ให้เป็นปัจจัยประการหนึ่งที่ผู้ประกอบการจะต้องนำเสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็น ในกรณีที่การรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด อันเป็นไปตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

พ.ศ. 2560 มาตรา 51 วรรคสอง ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ออกประกาศ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 โดยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำการศึกษาและวิเคราะห์การรวมธุรกิจของตนเอง และส่งผลการศึกษานั้นให้แก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาอนุญาตการรวมธุรกิจนั้น

ภายใต้การศึกษาและวิเคราะห์การรวมธุรกิจดังกล่าวนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจ โดยจะต้องประกอบด้วยข้อมูลต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับตลาดและการแข่งขัน ซึ่งในขั้นตอนนี้เอง ประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังจากการรวมธุรกิจ ซึ่งประกอบด้วย

- (1) การกระจุกตัวในตลาด
- (2) การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ และการขยายการผลิตของคู่แข่งในตลาด
- (3) ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ
- (4) ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน
- (5) ผลกระทบต่อประโยชน์โดยรวมทางเศรษฐกิจและผู้บริโภค และ
- (6) ผลกระทบอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

ภายหลังจากการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังจากการรวมธุรกิจดังกล่าวแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำการประเมินประสิทธิภาพของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจด้วย โดยแยกต่างหากจากการประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันในข้างต้น จึงสันนิษฐานได้ว่า ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจเป็นประเด็นที่จะถูกนำมาพิจารณาภายหลังจากผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการรวมธุรกิจ อันมีสถานะเป็นประเด็นที่จะบรรเทาหม่อมองเกี่ยวกับผลกระทบดังกล่าว โดยมีได้มีสถานะเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขัน

ดังนั้น ภายใต้ลักษณะดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจที่จะดำเนินการรวมธุรกิจในประเทศไทยจะต้องแสดงให้เห็นคณะกรรมการการแข่งขันเห็นถึงประสิทธิภาพจากการรวมธุรกิจที่จะชดเชยผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยเป็นประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นต่อตลาด อันเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

3.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 นั้น ยังมีได้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดไว้โดยเฉพาะว่าเงื่อนไขของประสิทธิภาพที่จะถูกนำมาพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ เพื่อประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากการรวมธุรกิจนั้นจะต้องมีลักษณะอย่างไรบ้าง

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และ บริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัดนั้น³⁹ ภายในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้มีการนำประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพมาประกอบการพิจารณาด้วยเช่นกัน โดยในคำวินิจฉัยดังกล่าวคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ให้ความสำคัญแก่การประเมินประสิทธิภาพของตลาดภายหลังการรวมธุรกิจ โดยประเมินจากโครงสร้างตลาดและแผนการดำเนินงานภายหลังจากการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการรวมธุรกิจนั้นจะทำให้ประสิทธิภาพของตลาดลดลง โดยมิได้มีประสิทธิภาพใดมาชดเชยกับผลกระทบที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความได้เปรียบในการแข่งขันและสามารถครอบครองส่วนแบ่งตลาดได้อย่างต่อเนื่องมากขึ้นอันเนื่องมาจากการรวมธุรกิจนั้น

ทั้งนี้ คำวินิจฉัยดังกล่าวก็มิได้มีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์และรายละเอียดที่ใช้ในการพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจไว้โดยเฉพาะ หากเพียงแต่เป็นการประเมินประสิทธิภาพโดยสรุปในภาพรวมว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจทำให้ประสิทธิภาพของตลาดลดลง โดยพิจารณาจากโครงสร้างตลาดและพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจแต่เพียงเท่านั้น จึงสรุปได้ว่า ในปัจจุบันยังคงไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เอาไว้ ณ ที่ใด

4. วิเคราะห์และเปรียบเทียบการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ภายหลังจากการศึกษาแนวคิดพื้นฐาน และหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ ๆ แล้ว ในลำดับถัดไปผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของประเทศไทย โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเด็นสำคัญ ได้แก่ ประเด็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ และประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และรายละเอียดในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ

4.1 สถานะทางกฎหมายของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประเด็นแรกเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย นั้น หมายถึงลำดับและการให้น้ำหนักในการนำปัจจัยดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าปัจจัยเกี่ยว

³⁹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, “ผลคำวินิจฉัยกรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://otcc.or.th/pronouncement/2020/12/18/cp-tesco-case/> [10 มกราคม 2564]

กับประสิทธิภาพตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทยนั้น อาจแบ่งสถานะทางกฎหมายออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

ก. การนำประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไปนับรวมเป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยอื่น ๆ ได้แก่ การกระจุกตัวของตลาด ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจ ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน การเข้าสู่ตลาด อำนาจของผู้ซื้อในตลาด เพื่อประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาในลักษณะนี้ จะมีได้ถือว่าประสิทธิภาพดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อชดเชยผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ โดยที่ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้อาจได้แก่ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจ โดยมักไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อสวัสดิการสังคมโดยรวมด้วย ดังนั้น การพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนี้ องค์การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจะให้น้ำหนักแก่ประสิทธิภาพดังกล่าวเท่าเทียมกับปัจจัยอื่น ๆ จนออกมาเป็นข้อสรุปในท้ายที่สุดว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ซึ่งสถานะของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และประเทศสิงคโปร์

ข. การนำประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมาเป็นปัจจัยลำดับสุดท้ายภายหลังจากการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับการแข่งขันอื่น ๆ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยแยกการพิจารณาต่างหากจากการประเมินผลกระทบด้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้น สถานะเช่นนี้ส่งผลให้แม้การรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ แต่ถ้าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวม และมากเพียงพอที่จะชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้ องค์การบังคับใช้กฎหมายก็จะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ จึงกล่าวได้ว่าองค์การบังคับใช้กฎหมายจะให้น้ำหนักกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้มากเท่ากับผลกระทบในแง่ลบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ ซึ่งเป็นผลกระทบที่เกิดจากการประเมินปัจจัยต่าง ๆ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ทั้งนี้ สถานะของการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจในลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทย

ในกรณีของประเทศสิงคโปร์นั้น เนื่องจากการแยกลักษณะของประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจออกเป็น 2 ประเภทอย่างชัดเจน ตามที่ปรากฏในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ โดยประสิทธิภาพแต่ละลักษณะที่เกิดขึ้นจะถูกนำไปพิจารณาในแต่ละขั้นตอนที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นประสิทธิภาพที่เกิดในการดำเนินงานภายในของผู้ประกอบธุรกิจ จะถูกนำไปเป็นส่วนหนึ่งในการประเมินว่าการรวมธุรกิจนั้นอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ แต่หากประสิทธิภาพนั้นถึงขนาดก่อให้เกิดผลดีต่อระบบเศรษฐกิจในภาพรวมด้วย ก็จะถูกนำไปพิจารณาเป็นลำดับสุดท้ายเพื่อประเมินว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเพียงพอที่จะชดเชยผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญได้หรือไม่ จึงทำให้ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์มีสถานะทางกฎหมายทั้งสองรูปแบบ

การจำแนกประเภทของสถานะทางกฎหมายของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อผู้ประกอบการธุรกิจ เนื่องจากลักษณะของประสิทธิภาพที่จะนำมาพิจารณานั้นมีความแตกต่างกัน ทำให้ข้อมูลและพยานหลักฐานที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องนำเสนอต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายของตานั้นมีความแตกต่างกันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการพิจารณาปัจจัยประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นมีลักษณะเป็นข้อต่อสู้ที่อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ แม้ว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวจะก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องนำเสนอหลักฐานต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายอย่างเต็มที่ เพื่อแสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นสามารถชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นได้อย่างเหมาะสม และเป็นประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวม

ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศจึงจำเป็นต้องกำหนดแนวทางการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพดังกล่าวนี้ไว้ให้ชัดเจน เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถนำเสนอข้อมูลต่อองค์กรบังคับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง ซึ่งภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย แม้ตามแนวปฏิบัตินั้นจะมีการกำหนดแยกปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพออกมาไว้เป็นลำดับสุดท้าย จึงพิจารณาได้ว่าปัจจัยดังกล่าวจะถูกนำมาพิจารณาเป็นลำดับสุดท้ายแตกต่างหากจากปัจจัยอื่น ๆ เพราะฉะนั้น จึงพอสันนิษฐานได้ว่าปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น แต่ทั้งนี้ ก็ยังมิได้มีการกำหนดแนวทางการพิจารณาไว้อย่างชัดเจนว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาปัจจัยดังกล่าวโดยให้น้ำหนักมากน้อยเพียงไร

4.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ประเด็นที่สองคือหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งหมายถึงรายละเอียดและเงื่อนไขในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ และเป็นประเด็นสำคัญที่ผู้ประกอบการจำเป็นต้องคำนึงถึงในการนำเสนอข้อมูลและพยานหลักฐานเพื่อให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายนำไปใช้ในการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในท้ายที่สุด เนื่องจากประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะรับพิจารณานั้น มีลักษณะเฉพาะตามที่ต้องการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดไว้

จากการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสิงคโปร์นั้นแบ่งออกได้เป็น 5 หลักเกณฑ์ ได้แก่

ก. ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นนั้นสามารถอธิบายและพิสูจน์ได้จริง กล่าวคือ ประสิทธิภาพที่ผู้ประกอบการกล่าวอ้างนั้นต้องสามารถทำให้เกิดขึ้นจริงได้ (verifiability)

ข. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นเป็นประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นได้จากเฉพาะการรวมธุรกิจนี้ กล่าวคือ เป็นประสิทธิภาพที่ไม่มีทางเกิดขึ้นจากวิธีการอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยกว่าการรวมธุรกิจนี้ (merger-specificity)

ค. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นประโยชน์ที่ส่งต่อ (pass-on) ไปยังผู้บริโภค โดยประโยชน์ที่จะส่งต่อไปยังผู้บริโภคนี้ต้องมีนัยสำคัญและเกิดขึ้นภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากการรวมธุรกิจ

ง. ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้มีสาเหตุมาจากพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (not anticompetitive)

จ. ในกรณีที่การรวมธุรกิจนี้อาจส่งผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่สูง ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นก็จะต้องยิ่งสูงขึ้นตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นนั้นด้วย (sliding scale)

โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการรวมธุรกิจในแต่ละประเทศจำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของตนนั้นมีลักษณะเข้าตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นตามที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศตนได้กำหนดไว้ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ

	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	ญี่ปุ่น	สิงคโปร์	ไทย
ก. พิสูจน์ได้จริง	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	ไม่จำเป็น
ข. เกิดขึ้นเฉพาะจากการรวมธุรกิจ	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	ไม่จำเป็น
ค. เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค	ตามบทบัญญัติ: ไม่จำเป็น ตามคำพิพากษา: จำเป็น	จำเป็น	จำเป็น	ไม่จำเป็น	จำเป็น
ง. ไม่เกิดจากการต่อต้านการแข่งขัน	จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น
จ. สูงขึ้นตามผลกระทบที่เกิดขึ้น	จำเป็น	ไม่จำเป็น	ไม่จำเป็น	จำเป็น	ไม่จำเป็น

ตารางดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ ซึ่งบางปัจจัยนั้นแม้กฎหมายจะมีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติ องค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือศาลก็มักจะนำมาเป็นมาตรฐานในการพิจารณาประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นดังกล่าวด้วย เช่น การที่ประสิทธิภาพนั้นจะต้องไม่เกิดขึ้นจากการพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน ก็มักเป็นหลักเกณฑ์ที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายของทุกประเทศอยู่แล้ว เป็นต้น

ในขณะที่ประเทศต่าง ๆ ล้วนมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้อย่างชัดเจนว่าประสิทธิภาพดังกล่าวจะต้องมีลักษณะอย่างไร จึงจะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาหรือใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการรวมธุรกิจนั้นได้ แต่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ยังไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดรายละเอียดหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจไว้อย่างใด ซึ่งผลของการไม่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนนี้อาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยไม่เป็นไปตามความมุ่งหมาย และอาจเป็นการให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในการใช้ดุลพินิจในกระบวนการกำกับดูแลการรวมธุรกิจที่มากเกินไป

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจเป็นประเด็นสำคัญที่องค์กรบังคับใช้กฎหมายจะต้องคำนึงในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสมอ เพื่อให้การประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม ส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมมากที่สุด ซึ่งการให้น้ำหนักของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพดังกล่าวนี้แตกต่างไปตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ โดยที่บางประเทศอาจนำปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพไปผนวกรวมกับปัจจัยอื่น ๆ เพื่อใช้ประเมินว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ ขณะที่บางประเทศให้น้ำหนักแก่ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก โดยถือว่าเป็นข้อต่อสู้ของผู้ประกอบธุรกิจที่อาจใช้เป็นข้ออ้างให้ตนสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้ แม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะได้รับการประเมินแล้วว่าจะส่งผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญก็ตาม

โดยที่ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นเป็นประเด็นที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาการรวมธุรกิจดังที่กล่าวข้างต้น ดังนั้น องค์กรบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศจึงจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือรายละเอียดของประสิทธิภาพที่จะได้รับการยอมรับให้นำมาใช้เพื่อประเมินผลกระทบจากการรวมธุรกิจนั้นด้วย อันได้แก่ ประสิทธิภาพนั้น (ก) จะต้องพิสูจน์ได้จริง (ข) เกิดขึ้นเฉพาะจากการรวมธุรกิจ (ค) เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค (ง) ไม่เกิดจากการต่อต้านการแข่งขัน และ (จ) สูงขึ้นตามผลกระทบที่เกิดขึ้น ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ จะทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามกฎหมายนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสมและถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในกรณีของประเทศไทยซึ่งตามประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้น ทำให้สามารถสันนิษฐานได้ว่าปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพนี้มีสถานะอยู่ในกลุ่มเดียวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น จึงมีแนวโน้มที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะสามารถให้น้ำหนักแก่ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพอันเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจในการพิจารณาการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้เป็นอย่างมาก เนื่องจากการกำหนดแยกปัจจัยดังกล่าวนี้ออกมาจากปัจจัยการแข่งขันอื่น ๆ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของปัจจัยดังกล่าวมากยิ่งขึ้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงควรออกแนวทางการพิจารณา โดยระบุถึงสถานะและการให้น้ำหนักแก่ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพนี้ไว้โดยชัดเจน เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถแสดงข้อมูลและหลักฐานเพื่อใช้เป็นข้ออ้างให้ตนสามารถดำเนินการรวมธุรกิจต่อไปได้อย่างถูกต้อง แม้ว่าการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันเป็นอย่างมากก็ตาม

นอกจากนี้ ด้วยสถานะของปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งถึงขนาดทำให้การรวมธุรกิจที่ก่อผลเสียต่อการแข่งขันนั้นอาจได้รับอนุญาตให้ดำเนินการต่อไปได้ ดังนั้น การเพิ่มเติมประกาศเพื่อให้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ชัดเจนจึงเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง มิฉะนั้นแล้ว จะทำให้การกำกับดูแลการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างมาก เนื่องจากการขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ซึ่งอาจทำให้ปัจจัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจนั้นถูกนำไปใช้เป็นข้ออ้างที่ทำให้เกิดการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมากได้อย่างไม่เหมาะสม