

การปฏิบัติงานของคณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้า

ศึกษาผ่านเอกสารผลคำวินิจฉัย

พสทพ เบญญาอภิกุล

Highlights

- คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (กขค.) วินิจฉัยข้อร้องเรียนหลายกรณี โดยมีได้พิจารณาเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ครบถ้วน อีกทั้งยังวิเคราะห์ปัญหาอย่างไม่เหมาะสมและคงเส้นคงวากับกรณีในอดีต ทั้งในประเด็นนิยามตลาด ผลกระทบของการรวบรวมธุรกิจ และเงื่อนไขการรวบรวมที่ กขค. ควรกำหนด
- กระบวนการวินิจฉัยของ กขค. ในหลายกรณีใช้ดุลพินิจโดยขาดหลักฐานเชิงประจักษ์มาสนับสนุน รวมถึงเน้นวินิจฉัยความผิดเท่าที่มีการร้องเรียน แม้พฤติกรรมหนึ่งๆ จะส่งผลกระทบและมีความผิดกว้างกว่าที่ถูกร้องเรียน
- กขค. ควรวิเคราะห์ปัญหาบนหลักวิชาการสากล นำเสนอหลักฐานเชิงประจักษ์รองรับ รวมถึงเผยแพร่คำอธิบายการวิเคราะห์และหลักฐานเหล่านั้นโดยละเอียด รวมถึงควรทบทวนพยากรณ์ที่มีอยู่จำกัด ในการพิจารณาข้อร้องเรียนที่มีแนวโน้มจะส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างมีนัยสำคัญมากกว่า

เมษายน 2023

การปฏิบัติงานของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: ศึกษาผ่านเอกสารผลคำวินิจฉัย

พรเทพ เบญญาอภิกุล
คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
เมษายน 2023

1. บทนำ

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 [2017] มีผลบังคับใช้มาแล้วมากกว่า 5 ปี ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวมีเรื่องร้องเรียน เรื่องขออนุญาตและการแจ้งผลการรวมธุรกิจให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณา โดยสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เผยแพร่เอกสารผลคำวินิจฉัยของเรื่องร้องเรียน การขออนุญาต และการแจ้งผลเหล่านี้ผ่านเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ตั้งแต่ปี 2019 – 2022

ตารางที่ 1 สรุปภาพรวมของคำวินิจฉัยที่ถูกเผยแพร่บนเว็บไซต์สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จำแนกตามประเภทและมาตราที่พิจารณา ในภาพรวมจำนวนเรื่องที่ผ่านมาการพิจารณามีแนวโน้มเพิ่มขึ้นจาก 16 เรื่อง ในปี 2019 เป็น 81 เรื่องในปี 2022 อย่างไรก็ตาม จำนวนคำวินิจฉัยที่สูงขึ้นมากในปี 2022 ส่วนใหญ่คือการรับทราบการแจ้งผลการรวมธุรกิจ (65 กรณี) หากพิจารณาเรื่องร้องเรียนการกระทำผิดตามมารตรากฎหมาย พบว่า ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องร้องเรียนตามมาตรา 57 เรื่องการปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งมีเรื่องร้องเรียนตั้งแต่ปี 2019-2022 ทั้งหมด 44 เรื่อง มีคำวินิจฉัยว่าผิดทั้งสิ้น 9 เรื่อง

ระหว่างปี 2019-2022 มีเรื่องร้องเรียนตามมาตรา 50 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตลาดอย่างไม่เป็นธรรมทั้งสิ้น 9 เรื่องร้องเรียน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำวินิจฉัยว่าผิด 1 เรื่อง มีเรื่องร้องเรียนตามมาตรา 54 ว่าด้วยการตกลงร่วมกันเพื่อผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขันรวมจำนวน 5 เรื่อง มีคำวินิจฉัยว่าผิด 1 เรื่อง ในขณะที่การขออนุญาตรวมธุรกิจตามมาตรา 51 มีทั้งสิ้น 6 เรื่อง ซึ่งทั้ง 6 คำขอได้รับการอนุญาต และมีการลงโทษการไม่แจ้งผลการรวมธุรกิจในเวลาที่กำหนดจำนวน 4 กรณี

คำวินิจฉัยที่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเผยแพร่ในเว็บไซต์ สำนักงานจะไม่เปิดเผยชื่อของหน่วยธุรกิจหรือบริษัทแต่จะใช้ชื่อย่อแทน ซึ่งเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งต่อการศึกษาคำวินิจฉัย เนื่องจากผู้อ่านไม่ทราบบริบทของอุตสาหกรรมหรือบริษัทที่อยู่ในคำวินิจฉัย การศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีที่ใกล้เคียงอื่นๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศทำได้ยากลำบาก นอกจากนี้ ในกรณี

ที่มีความซับซ้อนและเกี่ยวข้องกับบุคคลและนิติบุคคลจำนวนมาก การใช้ชื่อย่อทำให้เกิดความสับสนในการอ่านและเป็นอุปสรรคในการทำความเข้าใจเชื่อมโยง

งานศึกษาชิ้นนี้เป็นการศึกษาและติดตามการปฏิบัติงานของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ผ่านการศึกษาเอกสารคำวินิจฉัยที่คัดเลือกมาบางส่วน โดยวิเคราะห์ประเด็นทางวิชาการของคำตัดสิน 2 ประเด็น และประเด็นกระบวนการทำงาน 2 ประเด็น วัตถุประสงค์ของงานศึกษาชิ้นนี้ไม่ได้ต้องการถกเถียงถึงความถูกต้องหรือผิดพลาดของคำวินิจฉัย แต่เป็นการชี้ประเด็นปัญหา ทั้งเชิงวิชาการและเชิงกระบวนการทำงาน ที่อาจส่งผลกระทบต่อการใช้ดุลยพินิจ การใช้อรรถาธิบาย และคำวินิจฉัย

การวิเคราะห์ประเด็นทางวิชาการจะศึกษาการใช้ดุลยพินิจ การใช้ (หรือการไม่ใช้) หลักฐานเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ในการพิจารณาที่ครบถ้วน รวมถึงปัญหาการกำหนดนิยามตลาดผ่านกรณีศึกษา กรณีสมาคมการค้าทองคำร่วมกำหนดราคาซื้อขาย และกรณีการขอรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด รวมทั้งเปรียบเทียบกรณีศึกษาจากคำวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลต่างประเทศ และหลักฐานทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง

ในการวิเคราะห์ประเด็นด้านกระบวนการทำงาน งานศึกษาชิ้นนี้ชี้ให้เห็นว่าในหลายกรณี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามิได้นำเสนอหลักฐานเชิงประจักษ์ที่ชัดเจนเพียงพอในการวิเคราะห์ ซึ่งเมื่ออ่านตามเอกสารคำวินิจฉัยจะพบการใช้ดุลยพินิจที่เป็นเพียงความเห็นส่วนตัวที่ขาดหลักฐานสนับสนุน (arbitrary) จำนวนมาก ตัวอย่างของเอกสารคำวินิจฉัยในกรณีนี้ได้แก่ กรณีการขอรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด และกรณี ผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ซี. และบริษัท อ.

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาความผิดตามคำร้องเรียน แต่ในความเป็นจริงพฤติกรรมกระทำผิดอาจมีผลเสียหายในวงที่กว้างกว่ากรณีที่มีการร้องเรียน และกระทบกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่อาจจะไม่ได้ยื่นเรื่องร้องเรียน ในกรณีนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องประเมินขอบเขตความเสียหาย กำหนดมูลค่าความเสียหาย และอัตราค่าปรับที่ได้สัดส่วน สอดคล้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

เนื้อหาส่วนท้ายของรายงานชิ้นนี้เป็นข้อเสนอทั้งเชิงวิชาการและเชิงกระบวนการทำงานที่ได้จากการศึกษาเอกสารคำวินิจฉัยต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ตารางที่ 1: ภาพรวมของคำวินิจฉัยที่เผยแพร่บนเว็บไซต์สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

	2019	2020	2021	2022
	พิจารณา (ตัดสินว่าผิด)	พิจารณา (ตัดสินว่าผิด)	พิจารณา (ตัดสินว่าผิด)	พิจารณา (ตัดสินว่าผิด)
รับทราบการแจ้งผลการรวมธุรกิจ			6	65
มาตรา 51 ไม่แจ้งผลการรวมธุรกิจในเวลาที่กำหนด		2 (2)		2 (2)
มาตรา 51 ขออนุญาตรวมธุรกิจ	1 (0)	3 (0)	2 (0)	
มาตรา 57 การปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม	9 (0)	6 (3)	21 (4)	7 (2)
มาตรา 54(1) ตกลงราคา cartel			2 (0)	3 (1)
มาตรา 50 อำนาจเหนือตลาด	2 (1)	1 (0)	2 (0)	3 (0)
ไม่ระบุ	4 (0)	1 (0)		1 (0)
มาตรา 50,54,55,57			1 (0)	
รวม	16	13	34	81

2. การสรุปโดยมิได้พิจารณาเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ที่ครบถ้วนรอบด้าน: กรณีสมาคม ค. ร่วมกันกำหนดราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณ¹

ผู้ร้องได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าสมาคม ค. (ผู้ถูกร้อง) มีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณ ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจเข้าลักษณะเป็นการต้องห้าม ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า โดยสมาคม ค. เป็นสมาคมของผู้ค้า (trade association) ซึ่งหนึ่งในวัตถุประสงค์คือ “เจรจาตกลงกับบุคคลภายนอกเพื่อประโยชน์ของสมาชิก ติดตามความเคลื่อนไหวของตลาดการค้าทองคำทั้งภายในและภายนอกประเทศ แลกเปลี่ยนความรู้ในทางวิชาการ ข่าวสารการค้า ตลอดจนการวิจัยเกี่ยวกับการตลาดการค้าทองคำ ขอสถิติ หรือเอกสาร หรือขอทราบข้อความใดๆ จากสมาชิก เกี่ยวกับการดำเนินการค้าทองคำ”

ในเอกสารคำวินิจฉัยได้อธิบายลักษณะและบทบาทของสมาคมและการกำหนดราคาซื้อและขายทองคำว่า

“ในการดำเนินงาน [สมาคม] ได้แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อประชุมกำหนดราคาซื้อและราคาขาย ทองคำแท่งและทองรูปพรรณ และ [สมาคม] จะประกาศราคาทองคำผ่านทางเว็บไซต์เพื่อใช้ประกอบการคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มของทองรูปพรรณ... [สมาคม]

มิได้มีข้อกำหนดหรือข้อบังคับให้ร้านค้าของขายทองคำในราคาที่ประกาศแต่อย่างใด... ทั้งนี้ร้านค้าทองส่วนใหญ่ใช้ราคาทองคำอ้างอิงจาก [สมาคม] เป็นหลัก”

ในคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีมติเป็นเอกฉันท์ว่า ยังไม่มีข้อเท็จจริงหรือมูลเพียงพอที่จะรับฟังได้ว่า ผู้ถูกร้องมีพฤติกรรมที่อาจเข้าข่ายเป็นการร่วมกันกำหนดราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณ อันอาจเข้าลักษณะเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า โดยอ้างถึงเหตุผล 2 ประการ ได้แก่

1. การประกาศราคาทองเป็นไปตามประกาศต่าง ๆ ที่หน่วยงานราชการกำหนด อาทิ เพื่อใช้ประกอบการคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มตามประกาศอธิบดีกรมสรรพากร นอกจากนี้ การขายต้องมีการแปะป้ายแสดง “ราคารับซื้อคืนขั้นต่ำ ตามที่สมาคมประกาศ” ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยฉลาก
2. การประกาศกำหนดราคาซื้อ และราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณเป็นการประกาศราคาแนะนำให้ร้านค้าทองทราบ โดยร้านค้าทองสามารถกำหนดราคาจำหน่ายได้อย่างอิสระ

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแสดงหลักฐานเพิ่มเติมว่า จากการตรวจสอบราคาซื้อขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณของร้านทองที่เป็นสมาชิก ระหว่างวันที่ 1-4 พฤศจิกายน 2021 และระหว่าง 1-2 ธันวาคม 2021 โดยการนับจำนวนร้านทองที่ประกาศราคาขาย “เท่ากับ” “ต่ำกว่า” และ “สูงกว่า” ราคาที่สมาคมประกาศ พบว่ามีทั้งร้านค้าที่ประกาศราคา “เท่ากับ”, “ต่ำกว่า”, และ “สูงกว่า” ราคาตามประกาศ² (แม้ว่าจำนวนร้านทองที่ประกาศราคา “เท่ากับ” ราคาที่สมาคมประกาศ มีสัดส่วนที่สูงกว่ามากอย่างชัดเจนก็ตาม) การที่ผู้ค้าทองบางรายไม่ได้ตั้งราคา “เท่ากับ” ราคาที่สมาคมประกาศเป็นเหตุผลที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าชี้ยืนยันว่าร้านค้ากำหนดราคาอย่างอิสระ และไม่มีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคา โดยระบุในคำวินิจฉัยว่า “ผู้ค้าทองคำเพียงบางรายเท่านั้นที่กำหนด ‘เท่ากับ’ ราคาประกาศของผู้ถูกร้อง” และ “การประกาศราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณของ [สมาคม] เป็นเพียงการประกาศ ราคาแนะนำให้ร้านค้าทองทราบ โดยร้านค้าทองสามารถกำหนดราคาซื้อและราคาขายได้อย่างอิสระ จึงทำให้ ราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองรูปพรรณของสมาชิกของผู้ถูกร้องมีราคาที่แตกต่างกัน มิได้เป็น ราคาเดียวกันกับที่ [สมาคม] ประกาศทั้งหมด”

ประเด็นทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญของคดีนี้คือ ผลของการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางการค้าต่อโอกาสในการร่วมมือกันลดการแข่งขันแบบซ่อนเร้น (tacit collusion) และบทบาทของสมาคมการค้าและราคาแนะนำ (suggested or recommended price) ในการสร้างหรือส่งเสริมความร่วมมือ ในอดีตคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเคยตัดสินลงโทษในคดีที่ผู้ประกอบการร่วมมือกันกำหนดราคาขายเพื่อจำกัดการแข่งขันมาแล้ว ในกรณีการตกลงร่วมกันกำหนดราคาจำหน่ายน้ำแข็งของโรงงานในเขตพื้นที่จังหวัดชัยนาทและจังหวัดใกล้เคียง³ แต่ในกรณีดังกล่าวความร่วมมือมีลักษณะชัดเจน (explicit collusion) ที่มีบันทึกข้อตกลงชัดเจน และการเปลี่ยนแปลงราคาเกิดขึ้นพร้อมกัน อย่างไรก็ตาม ความร่วมมือแบบซ่อนเร้นเกิดขึ้นได้โดยไม่จำเป็นต้องมีบันทึก ข้อตกลง หรือการบังคับที่ชัดเจน และ

ไม่จำเป็นที่ราคาของผู้ขายแต่ละรายจะต้องปรับมาเท่ากันอย่างสมบูรณ์ (perfectly uniformed price) ในเวลาพร้อมๆ กัน

ในกรณีนี้การวิเคราะห์ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะสมบูรณ์ขึ้นหากคำนึงถึงประเด็นทางด้านเศรษฐศาสตร์ต่อไปนี้ประกอบการพิจารณา

2.1 สมาคมการค้ามีบทบาทในการแบ่งปันข้อมูลและลดการแข่งขันผ่านการร่วมมือแบบซ่อนเร้น (tacit collusion)

สมาคมการค้าเป็นการรวมตัวกันของสมาชิกที่เป็นคู่แข่งหรือผู้ประกอบการในตลาดเดียวกัน สมาคมการค้าโดยทั่วไปจะให้บริการสมาชิกและผู้บริโภค เช่น การให้ความรู้และข้อมูลเพื่อขยายตลาด การพัฒนาความสอดคล้องกันของสินค้าหรือกำหนดมาตรฐานคุณภาพ ช่วยเหลือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและช่วยเพิ่มประสิทธิภาพให้ธุรกิจ บทบาทเหล่านี้ของสมาคมการค้ามีลักษณะเป็นกลางหรือกระทั่งส่งเสริมการแข่งขัน แต่พฤติกรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งการแบ่งปันข้อมูลบางประเภท เช่น ข้อมูลด้านราคา อาจช่วยสร้างข้อตกลง (ทั้งแบบชัดแจ้ง และแบบซ่อนเร้น) หรือความเข้าใจร่วมกันระหว่างคู่แข่งในด้านราคา ผลผลิต และประเด็นด้านการค้าอื่นๆ ที่สำคัญ ซึ่งอาจส่งผลเสียต่อการแข่งขัน

การพิจารณาว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งจะส่งผลเสียต่อการแข่งขันหรือไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์เป็นกรณีไป อย่างไรก็ตามก็อาจจำแนกประเภทของการแบ่งปันข้อมูลตามความเสี่ยงของการสร้างการร่วมมือและนำไปสู่การลดการแข่งขันได้ดังนี้⁴

- พฤติกรรมการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีส่งผลเสียต่อการแข่งขัน
 - ห้ามการทำกิจกรรมการตลาดบางประเภท เช่น การจัดโปรโมชั่น การลดราคา
 - การเผยแพร่เงื่อนไขมาตรฐานเกี่ยวข้องกับราคา หรือการลดราคาสินค้า
 - การแนะนำเกี่ยวกับราคาทั้งทางตรงและทางอ้อม เช่น การให้ข้อมูลแนวโน้มราคา หรือดัชนีอื่นๆ
- พฤติกรรมที่มีความเสี่ยง
 - การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับกลยุทธ์ทางการตลาดหรือสินค้าระหว่างสมาชิกในสมาคมการค้า
 - การเผยแพร่ข้อมูลของราคาปัจจุบันบนเว็บไซต์
 - การเผยแพร่การวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงต้นทุน
- การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่สามารถทำได้
 - ข้อมูลเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติด้านกฎหมาย ถ้าแนวทางดังกล่าวเปิดช่องให้สมาชิกแต่ละรายมีทางเลือก
 - การเผยแพร่ข้อมูลสถิติ ถ้าสถิติเหล่านั้นมีการรวมให้ใหญ่เพื่อลดรายละเอียด (aggregated) และไม่ใหม่จนเกินไป

○ ข้อเสนอแนะที่สอดคล้องกับมาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อม และด้านชาติพันธุ์

ข้อมูลด้านราคาที่สำคัญ ค. เปิดเผยมีความถี่ที่มาก และมีลักษณะเป็นการให้คำแนะนำราคา รวมถึงการให้ข้อมูลแนวโน้มราคา และข้อคิดเห็นของการเปลี่ยนแปลงราคาจากผู้ประกอบการรายใหญ่ ซึ่งมีลักษณะกำกวมและเป็นพฤติกรรมที่อาจมีความเสี่ยง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่ควรมุ่งพิจารณาเพื่อหาข้อตกลงหรือผลลัพธ์ที่ชัดเจน แต่ควรพิจารณาว่าแต่ละพฤติกรรมมีโอกาสหรือความเสี่ยงที่จะสร้างผลกระทบต่อการแข่งขันมากน้อยเพียงใด รวมถึงการพิจารณาว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลมีโอกาสจะก่อให้เกิดการร่วมมือกันแบบซ่อนเร้นหรือไม่

2.2 ราคาแนะนำช่วยส่งเสริมการร่วมมือในการกำหนดราคาของผู้ประกอบการ

ราคาแนะนำ (recommended price) อาจส่งเสริมความร่วมมือด้านราคาระหว่างผู้ประกอบการ โดยไม่ต้องมีมาตรการบังคับ เนื่องจากราคาแนะนำที่ประกาศสามารถทำหน้าที่เป็นจุดอ้างอิง (focal point) ที่ช่วยจัดการประสาน (coordinate) ให้ผู้ประกอบการแต่ละรายปรับพฤติกรรมและกำหนดราคาเข้าหาโดยไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงที่ชัดเจน ราคาแนะนำทำหน้าที่เป็นจุดอ้างอิงของการร่วมมือด้านราคาเนื่องจากเป็นราคาที่สามารถเป็นตัวเลือกที่ชัดเจน โดดเด่น และลดความไม่แน่นอนของราคาตลาด เพราะราคาจุดอ้างอิงช่วยปรับการคาดการณ์ของผู้ประกอบการให้ตรงกัน

เอกสารคำวินิจฉัยระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ราคาที่สมาคมประกาศ ถูกใช้เป็นราคาอ้างอิงของผู้ค้าทองส่วนใหญ่ในตลาด สมาคม ค. จึงทำหน้าที่เป็นสถาบันด้านตลาด (Market Institution) ที่ประกาศราคาให้ผู้ประกอบการประสานพฤติกรรมกัน ราคาแนะนำถูกประกาศอย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอช่วยให้ผู้ค้าทองปรับราคาตามจนกลายเป็น แบบแผน (norm) หรือวัฒนธรรมของตลาดที่ฝังอยู่ในพฤติกรรมของผู้ประกอบการในอุตสาหกรรม กลายเป็นโอกาสที่จะใช้ราคาดังกล่าวในการประสานพฤติกรรมเพื่อลดการแข่งขันในตลาดผ่านการกำหนดราคาที่สูงกว่าระดับที่มีการแข่งขัน โดยที่ไม่จำเป็นที่ผู้ประกอบการจะต้องสื่อสารกันว่าราคาใดควรจะเป็นราคาที่แต่ละรายจะต้องตั้ง

หลักฐานเชิงประจักษ์มากมายแสดงให้เห็นถึงการใช้ราคาเป็นจุดอ้างอิงของการร่วมมือกันของผู้ประกอบการ Scherer (1980)⁵ พบว่าจุดอ้างอิงราคาถูกใช้อย่างแพร่หลายในระดับค้าปลีกในสหรัฐอเมริกา และผู้ผลิตแทบทั้งหมดทราบดีว่าการยึดตามราคาที่เป็นที่ยอมรับช่วยประสานประโยชน์และหลีกเลี่ยงสงครามราคา Knittel and Stango (2003)⁶ พบว่า ราคาขั้นสูง (nonbinding price ceiling) อาจถูกใช้เป็นจุดอ้างอิงสำหรับการร่วมมือแบบซ่อนเร้นในตลาดบัตรเครดิตในทศวรรษที่ 1980 แม้ว่าเป้าหมายดั้งเดิมของการกำหนดคือการจำกัดอำนาจตลาดของผู้ผลิต Foros and Steen (2013)⁷ พบว่าราคาค้าปลีกน้ำมันเชื้อเพลิงในนอร์เวย์มีแนวโน้มปรับเพิ่มเข้าหาราคาแนะนำที่กำหนดโดยสำนักงานใหญ่ของบริษัทเจ้าตลาด ซึ่งเป็นจุดอ้างอิงที่ให้บริการอื่นๆ ปรับตาม Faber and Janssen (2019)⁸ พบว่าราคาน้ำมันเชื้อเพลิงที่แนะนำโดยบริษัทใหญ่ในเนเธอร์แลนด์ทำหน้าที่เป็นจุดอ้างอิงในการร่วมมือกันเนื่องจากช่วยลดความไม่แน่นอนเกี่ยวกับพฤติกรรมกำหนดราคาของคู่แข่ง และช่วยให้ผู้ขายแต่ละรายมีการคาดการณ์เกี่ยวกับกลยุทธ์ราคาที่สอดคล้องกัน

2.3 กรณีศึกษาจากต่างประเทศที่สมาคมการค้าส่งผลกระทบต่อความร่วมมือกำหนดราคาและลดการแข่งขัน

การใช้ราคาแนะนำเป็นเครื่องมือในการร่วมมือด้านราคาแบบซ่อนเร้นที่เป็นคดีด้านการแข่งขันทางการค้ามีหลายกรณีศึกษา ตัวอย่างเช่น คดี *R. v. Armco Canada Ltd* สมาคมผู้ผลิตท่อเหล็กในแคนาดาใช้นโยบายราคาที่เปิดเผย (open price policy) โดยทำการแสดงรายการราคาและแจกจ่ายให้กับสมาชิกของสมาคม โดยระบุชัดเจนว่าสมาชิกมีอิสระในการกำหนดราคา และไม่มีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรระบุว่าสมาชิกรายใดจะปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าว แต่หลังจากการประกาศราคาผู้ผลิตหลายรายเปลี่ยนไปตั้งราคาตามราคาที่สมาชิกรายหนึ่งประกาศ แม้ว่าจะไม่มีหลักฐานการร่วมมือโดยตรงระหว่างผู้ผลิต ศาลตัดสินว่ามีการตกลงแบบซ่อนเร้นในการกำหนดราคาในกรณีนี้

สำหรับตัวอย่างต่อมาในสาธารณรัฐเช็ก สมาคมการค้า Funeral Association in the Czech Republic (FACR)⁹ เป็นสมาคมการค้าของผู้ให้บริการจัดงานศพออกคำแนะนำการขุดหลุมฝังศพและการตั้งราคาสำหรับบริการ และราคาค่าบริการต่าง ๆ FACR อ้างว่าการออกข้อแนะนำจะช่วยให้ผู้บริโภคสามารถเปรียบเทียบราคาได้ และเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขัน เนื่องจากตลาดมีความโปร่งใสหน่วยงานกำกับดูแลมีความเห็นโต้แย้งกับคำกล่าวอ้างดังกล่าวและเห็นว่า คำแนะนำเป็นความพยายามของ FACR ในการช่วยกำหนดราคาให้กับสมาชิก และช่วยให้สมาชิกคาดการณ์ราคาของคู่แข่งได้ ดังนั้นจึงมีผลจำกัดการแข่งขัน หน่วยงานกำกับดูแลเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่สมาชิกของสมาคมการค้าจะร่วมมือกันกำหนดราคาที่ราคาแนะนำ ดังนั้นจึงห้ามการกระทำดังกล่าวและปรับ FACR

อีกตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับสมาคมการค้า คือสมาคมผู้ผลิตและจำหน่ายเครื่องดนตรี (National Association of Music Merchants: NAMM) ของสหรัฐอเมริกา FTC¹⁰ พบว่าบทบาทของสมาคมในการส่งเสริมให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลสำคัญทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลยุทธ์และการตั้งราคาค้าปลีกในการประชุมที่สมาคมจัด ซึ่งการแลกเปลี่ยนดังกล่าวส่งผลเสียต่อการแข่งขันเนื่องจากมีวัตถุประสงค์ แนวโน้ม และความสามารถที่จะส่งเสริมการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขัน เพื่อยุติคดี NAMM ยอมที่จะยกเลิกกิจกรรมแลกเปลี่ยนข้อมูลราคาขายปลีก และข้อมูลสำคัญอื่นๆ ที่ส่งผลต่อการแข่งขัน รวมถึงกิจกรรมอื่นๆ ที่อาจนำไปสู่การตกลงร่วมมือกันเพื่อลดการแข่งขัน

กรณีศึกษาสุดท้าย ในปี 2015 กฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่ (competition ordinance) ของฮ่องกงมีผลบังคับใช้ โดยกฎหมายฉบับนี้ห้ามการทำข้อตกลง การปฏิบัติใดๆ ซึ่งสอดคล้องกันหรือการตัดสินใจของสมาคมที่มีผลในการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน ส่งผลให้ธุรกิจและสมาคมมากมายต้องปรับตัว เนื่องจากแนวปฏิบัติหลายอย่างในอดีตอาจขัดต่อกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปิดเผยข้อมูลก่อนไหวต่อการแข่งขันซึ่งอาจนำไปสู่การร่วมมือกันกำหนดราคา สหพันธ์ผู้จ้างแรงงานแห่งฮ่องกง (Employers' Federation of Hong Kong) มีการทบทวนประกาศอัตราค่าจ้างรายปี ค่าตอบแทนที่แนะนำประจำปี เนื่องจากสมาชิกอาจเข้าข่ายการร่วมมือกันกำหนดราคา ในขณะที่สมาคมผู้ค้าทองคำและอัญมณีของฮ่องกง (The Hong Kong Jewellers' and Goldsmiths' Association) หยุดการเผยแพร่ราคาอ้างอิงรายวันที่ทำต่อเนื่องมายาวนาน ซึ่งราคาดังกล่าวมักจะรวมอัตรากำไรร้อยละ 10

เข้าใจด้วย นับจากนั้นเป็นต้นมา มีรายงานว่าตลาดทองคำมีระดับการแข่งขันที่มากขึ้น เนื่องจากราคาทองคำที่เท่ากันแทบทุกร้านไม่ใช่ norm อีกต่อไป นอกจากนี้สมาคมการค้าในหลายอุตสาหกรรมยกเลิกการประกาศราคาแนะนำ สมาคมทนายความ (The Hong Kong Society of Notaries) ตัดสินใจยกเลิกการประกาศราคาขั้นต่ำสำหรับบริการบางบริการ สมาคมการท่องเที่ยว (Travel Industry Council of Hong Kong) ยกเลิกประกาศอัตราค่าธรรมเนียมแนะนำสำหรับการนำเที่ยว¹¹

2.4 การแสดงว่าราคากงค่าไม่เท่ากับทุกราย ไม่เพียงพอในการพิสูจน์ว่าไม่มีการร่วมมือกำหนดราคา

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสรุปว่าสมาชิกสมาคม ค. ไม่มีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคา โดยใช้ข้อมูลราคาทองคำที่จัดเก็บระหว่างวันที่ 1-4 พฤศจิกายน 2021 และ ระหว่าง 1-2 ธันวาคม 2021 โดยการนับจำนวนร้านทองที่ประกาศราคาขาย “เท่ากับ” “ต่ำกว่า” และ “สูงกว่า” ราคาที่สมาคมประกาศ ซึ่งพบว่าราคาทองคำของแต่ละร้านขายไม่เท่ากับทุกราย ประกอบกับสมาคมไม่มีข้อบังคับให้สมาชิกตั้งราคาตามที่สมาคมประกาศ จึงสรุปว่าไม่มีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคา

การร่วมมือกันแบบซ่อนเร้น หรือ tacit collusion โดยใช้ราคาแนะนำเป็นจุดอ้างอิง หรือ focal point ไม่จำเป็นจะต้องมีเงื่อนไขข้อบังคับที่ชัดเจน โดยผู้ขายจะปรับราคาเข้าใกล้จุดอ้างอิงโดยไม่จำเป็นจะต้องเท่ากับทุกราย การที่ผู้ค้าส่วนใหญ่กำหนดราคา “เท่ากับ” ราคาที่สมาคมประกาศเป็นสิ่งบ่งชี้ว่าราคาแนะนำนั้นเป็นจุดอ้างอิงของตลาด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรตรวจสอบเพิ่มว่าราคาของผู้ค้าของแต่ละร้านประกาศแตกต่างจากราคาแนะนำมากน้อยเพียงไร และราคาเหล่านั้นเปลี่ยนแปลงตามราคาแนะนำของสมาคมหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาทิศทางการเปลี่ยนแปลงของราคาตามราคาจุดอ้างอิงจะช่วยบ่งชี้ว่าผู้ค้าทองมีพฤติกรรมการปรับราคาให้สอดคล้องในทิศทางเดียวกัน (conscious parallelism) หรือไม่ แม้ว่าราคาอาจจะไม่เท่ากับราคาแนะนำที่สมาคมประกาศก็ตาม

3. ปัญหาการกำหนดนิยามตลาด การวิเคราะห์ผลกระทบและการกำหนดเงื่อนไข หลังควมรวม: กรณีการขออนุญาตรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด¹²

การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด เป็นกรณีการรวมธุรกิจที่มีมูลค่าสูงและได้รับความสนใจจากสาธารณะอย่างกว้างขวาง เนื่องจากเป็นการรวมธุรกิจของบริษัทที่ดำเนินกิจการบริการค้าปลีกและค้าส่งที่ครอบคลุมในหลายส่วนของห่วงโซ่อุปทาน และอาจมีผลกระทบต่อระดับการแข่งขันและสวัสดิการของผู้บริโภคค่อนข้างมาก งานศึกษาในส่วนนี้จะวิเคราะห์เอกสารคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ในกรณีการรวมธุรกิจนี้ โดยจะชี้ให้เห็นถึงปัญหาของการวิเคราะห์และการใช้ดุลยพินิจโดยขาดเหตุผล และหลักฐานในคำวินิจฉัย ทั้งในด้านการกำหนดนิยามตลาดที่ขาดหลักฐานทางวิชาการสนับสนุนดุลย

พินิจทั้งยังไม่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยธุรกิจเดียวกันในอดีต ทำให้บางตลาดที่น่าจะได้รับผลกระทบอย่างมากถูกกันออกจากการพิจารณา การวิเคราะห์ผลกระทบของการรวมธุรกิจที่ให้เหตุผลอย่างไม่คงเส้นคงวา ในขณะที่ผลกระทบที่มีต่อผู้บริโภคไม่ได้ถูกวิเคราะห์อย่างจริงจัง การกำหนดมาตรการเฉพาะที่ไม่ได้มุ่งแก้ปัญหาการแข่งขันที่เกิดขึ้น แต่กลับทำในสิ่งที่ไม่ใช่หน้าที่โดยตรง

3.1 ปัญหาการกำหนดนิยามตลาด

การอธิบายคำนิยามของคำว่า “ตลาด” นั้นค่อนข้างมีความซับซ้อน อย่างไรก็ตาม คำว่าตลาดที่หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทั่วโลกมักใช้เป็นเกณฑ์สามารถอธิบายได้ในสองลักษณะ ประกอบด้วย ลักษณะทางผลิตภัณฑ์ (product dimension) และทางภูมิศาสตร์ (geographic dimension) ขั้นตอนการกำหนดนิยามตลาดเป็นขั้นตอนที่ค่อนข้างซับซ้อน และต้องวิเคราะห์ปัจจัยด้านการทดแทนกันของสินค้าทั้งด้านอุปสงค์และอุปทานเพื่อดูว่า สินค้าและบริการใดที่เป็นขอบเขตที่ผู้ประกอบการแข่งขันกันในความเป็นจริง

- **ปัญหาการกำหนดนิยามด้านผลิตภัณฑ์: สรุปรโดยไม่มีหลักฐานสนับสนุน**

ในการกำหนดนิยามตลาดด้านผลิตภัณฑ์ในกรณีนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอ้างงานศึกษาในอดีต 3 งาน¹³ ว่า ตลาดร้านค้าปลีกค้าส่งของประเทศไทยสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 รูปแบบคือ ตลาดร้านค้าปลีกค้าส่งแบบดั้งเดิมและตลาดร้านค้าปลีกค้าส่งแบบสมัยใหม่ เมื่อจำแนกผลิตภัณฑ์ตามประเภทธุรกิจค้าปลีกค้าส่งแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงพิจารณาการทดแทนกันระหว่างตลาดร้านค้าปลีกค้าส่ง ด้วยข้อความเพียง 1 บรรทัดว่า “เห็นว่า ตลาดร้านค้าปลีกและร้านค้าส่งไม่สามารถทดแทนกันได้ทั้งในด้านอุปสงค์และอุปทานอย่างมีนัยสำคัญ” โดยไม่ได้ให้คำอธิบายหรือระบุหลักฐาน หรือระเบียบวิธีการวิเคราะห์ใดๆ เพิ่มเติม¹⁴

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสรุปในบรรทัดถัดมาว่า ขอบเขตตลาดที่จะนำมาพิจารณาการอนุญาตรวมธุรกิจนี้ จะพิจารณาเฉพาะตลาดร้านค้าปลีกสมัยใหม่ซึ่งจำแนกออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ ร้านไฮเปอร์มาร์เก็ต ร้านซูเปอร์มาร์เก็ต และร้านค้าปลีกขนาดเล็ก และในท้ายที่สุดเหลือพิจารณาเพียงตลาดเดียวที่มีความทับซ้อนกันของผู้ขออนุญาตและผู้ถูกรวมธุรกิจ คือ ตลาดร้านค้าปลีกขนาดเล็ก ได้แก่ ร้านเซเว่น อีเลฟเว่น และเทสโก้ โลตัส เอ็กซ์เพรส

นิยามตลาดเช่นนี้มีปัญหาในการกำกับดูแลการแข่งขัน การจำแนกประเภทตามรูปแบบธุรกิจแตกต่างจากนิยามตลาดเพื่อกำกับดูแลการแข่งขัน เนื่องจากนิยามตลาดเพื่อกำกับดูแลการแข่งขันอาจจะรวมประเภทสินค้าหรือรูปแบบธุรกิจที่ต่างกันแต่ใกล้เคียงกันเข้าด้วยกันได้ ตามมุมมองของผู้บริโภค (ทดแทนด้านอุปสงค์) และตามความยากง่ายของการปรับตัวของผู้ผลิตเพื่อเข้าแข่งขัน (ทดแทนด้านอุปทาน)

ด้วยเหตุนี้ การนิยามตลาดตั้งที่คณะกรรมการใช้ส่งผลต่อการวิเคราะห์และคำวินิจฉัยอย่างใหญ่หลวง โดยเฉพาะการแยก Makro ที่คณะกรรมการระบุว่าเป็นธุรกิจค้าส่ง ออกจาก Tesco Lotus

Extra ที่คณะกรรมการระบุว่าเป็นธุรกิจค้าปลีก และไม่ถูกพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันร่วมกันอีกเลยตลอดคำวินิจฉัย ทั้ง ๆ ที่ทั้งสองรายก็ทำธุรกิจค้าปลีกให้กับผู้บริโภคชั้นสุดท้ายเหมือนกัน และอาจมีกลุ่มลูกค้าส่วนหนึ่งซ้อนทับกัน ยังไม่รวมข้อเท็จจริงที่ว่าอำนาจต่อรองเหนือ supplier จะสูงขึ้นมากเนื่องจากครอบคลุมตลาดค้าส่งและค้าปลีกทุกประเภท

การวิเคราะห์ผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจที่ตามมาในเอกสารคำวินิจฉัย ไม่ว่าจะเป็นการกระจุกตัวของตลาด อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด ผลกระทบจากการแข่งขันจากผู้รวมธุรกิจ (unilateral effect) ผลกระทบจากการร่วมมือกัน (coordinated effect) และผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมและผู้บริโภค ล้วนแล้วแต่เป็นการพิจารณาในบริบทของตลาดร้านค้าปลีกขนาดเล็กทั้งสิ้น โดยมีได้กล่าวถึง Makro หรือ Tesco Lotus Extra ซึ่งมีบทบาทอยู่ในตลาดค้าปลีกขนาดใหญ่อีกเลย เป็นที่น่าสนใจว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเชื่อจริง ๆ หรือว่า การที่ CP เข้าซื้อกิจการ Tesco เพราะต้องการให้ 7-Eleven ซึ่งมีส่วนแบ่งการตลาดร้อยละ 73.60 อยู่แต่เดิม เพิ่มส่วนแบ่งการตลาดขึ้นอีกร้อยละ 9.45 จากการรวมธุรกิจกับ Tesco Lotus Express จึงมุ่งการวิเคราะห์ไปเฉพาะแต่ตลาดร้านค้าปลีกขนาดเล็กเท่านั้น? หรือที่จริงแล้วทั้ง ๆ ที่รู้ว่าแรงจูงใจที่แท้จริงคือ กิจการซูเปอร์มาร์เก็ตขนาดใหญ่อย่าง Tesco Lotus Extra แต่เหตุใดจึงไม่วิเคราะห์ผลกระทบของการแข่งขันที่เกิดขึ้นในภาพรวมเมื่อบริษัทเดียวกำลังจะมีส่วนแบ่งการตลาดสูงสุดในตลาดร้านค้าปลีกส่งทุกขนาด?

- **ปัญหาการกำหนดนิยามด้านผลิตภัณฑ์: ไม่ทำการวิเคราะห์ขอบเขตตลาดด้วยแนวทางที่เคยระบุไว้ในคำวินิจฉัยในอดีต**

การไม่พิจารณาความเชื่อมโยงระหว่าง Makro ที่มี 134 สาขาทั่วประเทศ และ Tesco Lotus Extra ที่มีสาขา 215 สาขาทั่วประเทศ¹⁵ โดยไม่ทำการวิเคราะห์ตามหลักวิชาการที่เป็นมาตรฐาน หรือแสดงหลักฐานสนับสนุนใดๆ ถือเป็นการละเลยต่อหน้าที่อันน่าผิดหวังเป็นอย่างยิ่ง ทั้งยังขัดแย้งกับแนวทางที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้เคยวินิจฉัยไว้ในกรณีใกล้เคียงกันในอดีต เมื่อปี 2019 กล่าวคือ ในคำวินิจฉัยกรณีการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจค้าส่งค้าปลีกโดยใช้คูปองสองเท่าและโฆษณาบัตร “อ.”¹⁶ ซึ่งเป็นกรณีพิพาทของบิ๊กซีและคาร์ฟูร์ ต่อ เทสโก้¹⁷ โดยในตอนหนึ่งของคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าชุดเดียวกันนี้อ้างว่าไม่สามารถชี้ได้ว่าเทสโก้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยอ้างอิงถึงปัญหาทางเทคนิคของการนิยามขอบเขตตลาดด้านผลิตภัณฑ์ ดังนี้¹⁸

“คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวิเคราะห์แล้วเห็นว่า การพิจารณาความเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะต้องวิเคราะห์ตามหลักการ SSNIP TEST (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price) ต้องพิจารณาค่าความยืดหยุ่นของความต้องการของอุปสงค์ (Demand Elasticity) โดยเป็นการพิจารณาในมุมมองของผู้บริโภคว่า หาก [เทสโก้] ขึ้นราคาสินค้าใดๆ ในอัตราร้อยละ 5 ผู้บริโภคจะเปลี่ยนไปซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือไม่ และต้องนำข้อมูลการวิเคราะห์ขอบเขตตลาดดังกล่าวไปพิจารณาประกอบ... หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจ

ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด... จึงจะสรุปได้ว่า [เทศก์] เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ และในการศึกษาจะต้องทำการศึกษา ณ ช่วงเวลาที่เกิดเหตุมีฉนั้น เมื่อเวลาผ่านไปสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงจะส่งผลให้มุมมองของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้ ประเภทของสินค้าที่มีหลายพันรายการ ซ้อนทับกันอยู่ในตลาดสินค้าอันได้แก่ ห้างสรรพสินค้า (Department Store) ร้านค้าลดราคา (Discount Store) ร้านสะดวกซื้อ (Convenience Stores) ร้านค้าปลีกขายสินค้าเฉพาะอย่าง (Specialty Store) และซูเปอร์มาร์เก็ต (Supermarket) ซึ่งผู้บริโภคจะเลือกซื้อสินค้าดังกล่าวตามความสะดวก ทำให้การแยกตลาดในธุรกิจค้าปลีกออกเป็นกลุ่ม แล้วนำส่วนแบ่งตลาดเฉพาะในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมาพิจารณาหาส่วนแบ่งตลาด อาจทำให้มีความคลาดเคลื่อนในการกำหนดขอบเขตตลาด และในมุมมองของผู้บริโภคตลาดสินค้านั้นมีการแข่งขันในเรื่องราคาเสมือนหนึ่งว่าเป็นตลาดเดียวกัน”

จะเห็นว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่ได้ปฏิบัติตามแนวทางที่ตนเองเคยวินิจฉัยไว้โดยสิ้นเชิง ไม่ว่าจะเป็นการใช้ SSNIP Test การวิเคราะห์ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ การศึกษาเก็บข้อมูลในช่วงเวลาที่เกิดเหตุ การไม่ควรแยกตลาดในธุรกิจค้าปลีกออกเป็นกลุ่ม แล้วนำส่วนแบ่งตลาดเฉพาะในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมาพิจารณาหาส่วนแบ่งตลาด

กรณีศึกษาจากต่างประเทศกรณีการรวมธุรกิจของกิจการค้าปลีกนั้นมีความซับซ้อนมาก ในประเทศอังกฤษการรวมธุรกิจระหว่างกิจการค้าปลีกขนาดใหญ่เช่น Sainsbury's และ Asda ที่ยื่นเสนอต่อ CMA หรือหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันของสหราชอาณาจักรในปี 2019 และกรณีอื่นๆ ในอดีต¹⁹ CMA จำแนกตลาดโดยใช้เกณฑ์ด้านขนาดออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่

- 1) One-stop-shop หรือร้านค้าขนาดใหญ่ โดยมีพื้นที่มากกว่า 1,400 ตารางเมตร
- 2) ร้านค้าขนาดกลาง โดยมีพื้นที่ระหว่าง 280 ตารางเมตร ไปจนถึง 1,400 ตารางเมตร และ
- 3) ร้านค้าสะดวกซื้อ ทั้งร้านค้าขนาดเล็ก (พื้นที่น้อยกว่า 100 ตารางเมตร) และร้านค้าขนาดใหญ่ (100 – 280 ตารางเมตร)

การกำหนดขอบเขตของคำว่า One-Stop Shopping เมื่อศึกษานิยามของคำนี้จากกลุ่มตัวอย่างประเทศพัฒนาแล้ว พบว่า จากรายงานของ World Bank Group²⁰ ได้กล่าวว่าคำนิยามของ One-Stop Shop ได้มีจุดเริ่มต้นและมีการนำมาใช้กันอย่างแพร่หลายในช่วงทศวรรษ 1920 ซึ่งหมายถึงธุรกิจที่มีสินค้าและบริการครบวงจรเพียงที่เดียวสำหรับลูกค้า นอกจากนี้ คำนิยามในรายงานการตรวจสอบตลาดร้านขายของชำของคณะกรรมการแข่งขันในประเทศอังกฤษ ค.ศ. 2014 (Competition Commission, 2014)²¹ พบว่า One-Stop Shopping หมายถึง ประเภทการซื้อของที่มีการซื้อผลิตภัณฑ์หลากหลาย

ประเภทในเวลาเดียวกันและในร้านเดียวกัน โดยจะไม่รวมการซื้อของหลายประเภทที่ต่างช่วงเวลาหรือคนละร้านค้ากัน

สำหรับกรณีของประเทศไทย หากพิจารณาตามกรณีศึกษาจากประเทศอังกฤษ วรรณวิภางค์ มานะโชติพงษ์ (2020)²² เสนอพิจารณาจำแนกกลุ่มของร้านค้าตามขนาดและประเภทสินค้าอุปโภคบริโภคที่วางขายได้เป็นประเภทดังต่อไปนี้

1. ประเภทตลาดการซื้อสินค้าอุปโภค-บริโภคแบบ one-stop (one-stop shopping) หมายถึง ตลาดของการขายและให้บริการเพื่อขายสินค้าอุปโภคบริโภค ที่ผู้ซื้อมักจะซื้อผลิตภัณฑ์หลากหลายประเภทในเวลาเดียวกันและในร้านเดียวกัน ในการซื้อครั้งหนึ่งๆ ผู้ซื้อมักจะซื้อเพื่อตอบสนองความต้องการใช้ที่ครอบคลุมระยะเวลาที่ยาว เช่น 1-2 สัปดาห์ หรืออาจจะยาวนานกว่านั้น โดยสินค้าที่วางขายอยู่ในร้านจะต้องมีทั้งสินค้าที่เป็นอาหารสด อาหารแห้ง อาหารสัตว์เลี้ยง เครื่องดื่มทั้งประเภทมีแอลกอฮอล์และไม่มีแอลกอฮอล์ เครื่องมือทำความสะอาด ผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในห้องน้ำและครัวเรือนต่างๆ นอกจากนี้ ขนาดบรรจุภัณฑ์ของสินค้าที่วางจะต้องหลากหลายและมีขนาดบรรจุภัณฑ์ที่ใหญ่กว่าเพื่อการใช้เป็นครั้งคราว
2. ประเภทตลาดร้านสะดวกซื้อ (convenient store) หมายถึง ตลาดของการขายและให้บริการเพื่อขายสินค้าอุปโภคบริโภค ที่ผู้ซื้อมักจะซื้อผลิตภัณฑ์เฉพาะกิจ หรือ เฉพาะเพื่อใช้ในวินั้นๆ หรือ ครั้งนั้นๆ เป็นส่วนใหญ่ ผู้ซื้อมักจะซื้อสินค้าไม่กี่ประเภทในแต่ละครั้ง นอกจากนี้ ขนาดบรรจุภัณฑ์ของสินค้าที่วางจำหน่ายมักจะมีขนาดเล็กเพื่อการใช้เป็นครั้งคราวหรือเพื่อการใช้งานระยะสั้น (ไม่กี่วัน)

ซึ่งผู้เล่นในตลาดของตลาด one-stop shopping และตลาด convenient store อาจสรุปได้ตามตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 2: ผู้เล่นในตลาด one-stop shopping ในประเทศไทย (ปี 2018-2020)

ลำดับ	ผู้เล่นในตลาด one-stop shopping	หมายเหตุ
1	บริษัท สยามแม็คโคร จำกัด (มหาชน)	นับเฉพาะส่วนที่ขายให้ลูกค้ารายย่อย (B2C) อย่างไรก็ดี การที่บริษัทสยามแม็คโครจะอยู่ในตลาดหรือไม่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการทดแทนกันได้กับร้านค้าประเภท One Stop Shopping อื่นๆในสายตาผู้บริโภค ซึ่งจะยืนยันได้จาก การวิเคราะห์เชิงปริมาณผ่านข้อมูล

		ด้านการขาย หรือ ข้อมูลจากการเก็บแบบสอบถามผู้บริโภค
2	บริษัท เอก-ชัย ดิสทริบิวชั่น ซิสเทม จำกัด	กิจการ Tesco ไม่นับ Tesco Express เพราะจัดให้ Tesco Express อยู่ในตลาด Convenient Store
3	บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน)	กิจการ BigC ไม่นับ BigC Mini เพราะจัดให้ BigC Mini อยู่ในตลาด Convenient Store
4	บริษัท เซ็นทรัล ฟู้ด รีเทล จำกัด	กิจการ Tops ไม่นับ Tops Daily เพราะจัดให้ Tops Daily อยู่ในตลาด Convenient Store
5	บริษัท เดอะมอลล์ กรุ๊ป จำกัด	
6	บริษัท อีออน (ไทยแลนด์) จำกัด	กิจการ MaxValue
7	บริษัท ฟู้ดแลนด์ซูเปอร์มาร์เก็ต จำกัด	
8	บริษัท วิลล่ามาร์เก็ต เจพี จำกัด	
9	ผู้ประกอบการ one-stop shopping รายย่อยอื่นๆ ทั่วประเทศ และระดับภูมิภาค	

ตารางที่ 3: ผู้เล่นในตลาด Convenient Store ในประเทศไทย (ปี 2018-2020)

ลำดับ	ผู้เล่นในตลาด one-stop shopping	ส่วนแบ่งตลาด*	หมายเหตุ
1	บริษัท ซีพี ออลล์ จำกัด (มหาชน)	70-80%	
2	บริษัท เอก-ชัย ดิสทริบิวชั่น ซิสเทม จำกัด	<10%	เฉพาะกิจการ Tesco Express
3	บริษัท เซ็นทรัลแฟมิลีมาร์เก็ต จำกัด	<5%	
4	บริษัท บิ๊กซี ซูเปอร์เซ็นเตอร์ จำกัด (มหาชน)	<5%	เฉพาะกิจการ BigC Mini
5	บริษัท เซ็นทรัล ฟู้ด รีเทล จำกัด	<5%	เฉพาะกิจการ Tops Daily

6	บริษัท ซี.เจ.เอ็กซ์เพรส กรุ๊ป จำกัด	-	
7	บริษัท สห ลอว์สัน จำกัด	<5%	
8	บริษัท ชันร้อยแปด จำกัด	<1%	
9	บริษัท พีทีจี เอ็นเนอยี จำกัด (มหาชน)	<1%	
10	บริษัท ปตท.บริการธุรกิจค้าปลีก จำกัด	<1%	
11	ผู้ประกอบการ Convenient store รายย่อย อื่นๆทั้งระดับประเทศ และระดับภูมิภาค		

* ส่วนแบ่งตลาดใช้ข้อมูลระดับประเทศเพื่อแสดงเบื้องต้นเท่านั้น

จะเห็นได้ว่านิยามตลาดเป็นประเด็นสำคัญที่หน่วยงานกำกับดูแลจำเป็นต้องมีความระมัดระวังในการกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการรวมธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคอย่างกว้างขวาง นิยามตลาดที่คลาดเคลื่อนไปส่งผลให้ตลาดสินค้าหรือบริการที่เป็นหัวใจสำคัญหรือเป้าหมายของการรวมธุรกิจอาจถูกรวมหรือไม่ถูกรวมในพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันได้

- **ปัญหาการกำหนดนิยามตลาดร้านสะดวกซื้อด้านภูมิศาสตร์เป็นระดับประเทศ**

ในส่วนของการพิจารณาขอบเขตตลาดด้านภูมิศาสตร์ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กำหนดขอบเขตตลาดของการรวมธุรกิจนี้คือ ขอบเขตตลาดระดับประเทศ โดยให้เหตุผลว่า ผู้ขออนุญาตและผู้ถูกรวมธุรกิจเป็นผู้ประกอบธุรกิจในตลาดร้านค้าปลีกสมัยใหม่สินค้าอุปโภคบริโภคที่มีสาขากระจายอยู่ในทุกจังหวัดทั่วประเทศ โดยจะมีการกำหนดราคาสินค้าและรูปแบบการให้บริการจากสำนักงานใหญ่ในส่วนกลางเพื่อใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งประเทศ การกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องเนื่องในระดับจังหวัดหรือระดับประเทศจึงไม่มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญทั้งในเรื่องของรูปแบบการให้บริการและส่วนแบ่งตลาด ซึ่งการกำหนดขอบเขตตลาดด้านภูมิศาสตร์เป็นระดับประเทศตามเหตุผลข้างต้นมีประเด็นที่ชวนตั้งคำถามและอภิปรายเพิ่มเติมดังต่อไปนี้

ประการแรก การกำหนดขอบเขตตลาดระดับประเทศโดยอ้างว่ามีการตัดสินใจด้านราคาและโปรโมชั่นจากส่วนกลาง ไม่ได้หมายความว่าให้การให้บริการทุกอย่างจะเหมือนกันทั้งประเทศ ในทางตรงกันข้าม ความแตกต่างในรายพื้นที่ยังคงมีอยู่ตามระดับการแข่งขันในพื้นที่นั้นๆ

การมองว่าทั้งประเทศเป็นตลาดเดียวจะเป็นจริงก็ต่อเมื่อการตัดสินใจทางธุรกิจต่างๆ ต่อสาขาทุกสาขาทั่วประเทศทำโดยส่วนกลางและเป็นกลยุทธ์ที่เหมือนกัน (uniform strategy) โดยไม่แบ่งแยกไม่ขึ้นกับพื้นที่เฉพาะเจาะจง หรือระดับการแข่งขันในพื้นที่ กลยุทธ์ลักษณะนี้ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ไม่สอดคล้องกับข้อสมมติว่าผู้ประกอบการแสวงหากำไรสูงสุด ผู้ประกอบการที่แสวงหากำไรสูงสุดจะพยายามปรับเปลี่ยนกลยุทธ์ของตนให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละพื้นที่ ในความเป็นจริงจะพบว่า

แม้ราคาสินค้าอาจจะเท่ากันทั่วประเทศ แต่ความหลากหลายของสินค้าในแต่ละสาขาไม่เหมือนกัน ทั้งประเทศ ตลอดจนความสดใหม่ของสินค้า และระยะเวลาการเพิ่มเติมสต็อกสินค้าก็อาจแตกต่างกัน

งานศึกษาเชิงประจักษ์จากการรวมธุรกิจในการช้อปปิ้งเปอร์มาเก็ตในต่างประเทศ แสดงหลักฐานที่แตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า Rickert et al (2021)²³ พบว่าการรวมธุรกิจช้อปปิ้งเปอร์มาเก็ตในประเทศเยอรมนีส่งผลให้ราคาเปลี่ยนแปลงไม่เท่ากันในแต่ละพื้นที่ โดยจะขึ้นมากในพื้นที่ที่มีการกระจุกตัวสูงขึ้น Argentesi et al (2016)²⁴ ศึกษาผลกระทบของการรวมธุรกิจช้อปปิ้งเปอร์มาเก็ตในเนเธอร์แลนด์พบว่า หลังการรวมธุรกิจ ตลาดที่มีการกระจุกตัวสูงจะมีความหลากหลายของสินค้าลดลง Argentesi et al (2021)²⁵ ใช้ข้อมูลการรวมธุรกิจช้อปปิ้งเปอร์มาเก็ตในเนเธอร์แลนด์พบว่าภายหลังการรวมธุรกิจ ผู้ประกอบการปรับความหลากหลายของผลิตภัณฑ์เพื่อลดระดับการแข่งขัน แต่ระดับการแข่งขันในแต่ละพื้นที่ส่งผลต่อรูปแบบการปรับตัว โดยในพื้นที่ที่มีการแข่งขันสูงจะพบความหลากหลายของผลิตภัณฑ์เพิ่มขึ้น และสุดท้าย Oschmann (2022)²⁶ พบว่าภายหลังการรวมธุรกิจช้อปปิ้งเปอร์มาเก็ต ระดับการแข่งขันภายในพื้นที่ส่งผลต่อความหลากหลายของผลิตภัณฑ์

ประการต่อมา ผู้บริโภคอาจจะไม่ได้มองว่าสาขาทั่วประเทศสามารถทดแทนกันได้ ผู้บริโภคในกรุงเทพฯ จะไม่มองว่าร้านสะดวกซื้อที่จังหวัดเชียงใหม่เป็นหนึ่งในตัวเลือกเปรียบเทียบกับร้านสะดวกซื้อข้างบ้านตน ในกรณีของร้านสะดวกซื้อ ผู้บริโภคจะเปรียบเทียบเฉพาะร้านค้าที่อยู่ในรัศมีการเดินทางภายใต้ระยะเวลาหนึ่งๆ เท่านั้น เช่น ทุกร้านในรัศมีการขับรถ 5-10 นาที ตลาดร้านค้าปลีกหรือช้อปปิ้งเปอร์มาเก็ตขนาดใหญ่ขึ้นอาจจะมีรัศมีของขอบเขตภูมิศาสตร์ที่เพิ่มขึ้น เป็นต้น ยิ่งเมื่อตลาดที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณา มีเพียงตลาดร้านสะดวกซื้อขนาดเล็ก ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ควรจะกำหนดจากร้านค้าที่มีการซ้อนทับกันรัศมีการเดินทางของผู้บริโภคเท่านั้น

ประการสุดท้ายคำวินิจฉัยระบุว่า *ขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ในระดับจังหวัดหรือระดับประเทศ ไม่มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญทั้งในเรื่องของรูปแบบการให้บริการและส่วนแบ่งตลาด แม้ว่าราคาและรูปแบบการให้บริการจะถูกกำหนดมาจากสำนักงานใหญ่ ข้อความข้างต้นนี้ไม่ถูกต้อง การที่ส่วนแบ่งทางการตลาดแตกต่างกันทั้งในระดับจังหวัดและระดับประเทศจะเกิดขึ้นได้ถ้าทุกบริษัทเปิดสาขาให้มีส่วนแบ่งทางการตลาดเท่าเดิมในทุกจังหวัด แต่ความจริงไม่เป็นเช่นนั้น เนื่องจากบางบริษัทมีกลยุทธ์กระจายสาขาทั่วประเทศ บางบริษัทมีกลยุทธ์เน้นเปิดสาขาในต่างจังหวัด บางบริษัทเน้นเปิดสาขาเฉพาะในหัวเมืองใหญ่ ยังไม่นับรวมถึงร้านค้าที่เป็นผู้ประกอบการรายย่อยเฉพาะจังหวัดที่มีความหลากหลายและแตกต่างทั้งในด้านรูปแบบการให้บริการและจำนวน*

- **นิยามด้านภูมิศาสตร์: กรณีศึกษาต่างประเทศ และข้อมูลระดับจังหวัดของไทย**

กรณีศึกษาจากต่างประเทศในการนิยามด้านภูมิศาสตร์ของตลาดค้าปลีก CMA แห่งสหราชอาณาจักร จำแนกขอบเขตทางภูมิศาสตร์ของตลาดค้าปลีกร้านสะดวกซื้อ และตลาดค้าปลีกขนาดใหญ่ โดยใช้รัศมีระยะเวลาเดินทางจำแนกตามเขตเมือง/ชนบท หรือระยะทางในกรณีรวมธุรกิจหลายกรณีในอดีต โดยเกณฑ์ที่ใช้คือ

1. ประเภทตลาดการค้าปลีกซูปเปอร์มาร์เก็ต
 - a. ร้านค้าขนาดกลาง ให้รวมคู่แข่งร้านค้าขนาดกลางในรัศมีการขับรถ 5 นาที สำหรับพื้นที่เมือง และ 10 นาทีสำหรับพื้นที่ชนบท และให้รวมคู่แข่งร้านค้าขนาดใหญ่ในรัศมีการขับรถ 10 นาที สำหรับพื้นที่เมือง และ 15 นาทีสำหรับพื้นที่ชนบท
 - b. ร้านค้าขนาดใหญ่ ให้รวมคู่แข่งร้านค้าขนาดใหญ่ในรัศมีการขับรถ 10 นาที สำหรับพื้นที่เมือง และ 15 นาทีสำหรับพื้นที่ชนบท²⁷
2. ประเภทตลาดร้านสะดวกซื้อ ให้รวมร้านสะดวกซื้อในรัศมีการขับรถ 5 นาที²⁸ หรือระยะทาง 1 ไมล์²⁹ ทั้งในเมืองและชนบท

ในกรณีของประเทศไทย หากพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของร้านค้า one-stop shopping โดยแบ่งตลาดตามขอบเขตจังหวัด³⁰ จากข้อมูลปี 2018 หากจำแนกส่วนแบ่งการตลาดรายจังหวัดจะพบว่า:

- จังหวัดที่มีค่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรกในตลาด (CR3) สูงเกินร้อยละ 75 มีทั้งสิ้น 55 จังหวัด โดยในจำนวนนี้เป็นจังหวัดที่
 - มีทั้ง Tesco และ Makro อยู่ในอันดับ 1-3 จำนวน 17 จังหวัด
 - มี Tesco หรือ Makro อย่างใดอย่างหนึ่งจำนวน 44 จังหวัด
- จังหวัดที่ Tesco มีส่วนแบ่งทางการตลาดมากกว่าร้อยละ 50 มี 12 จังหวัด
- มี 3 จังหวัดที่ Tesco มีส่วนแบ่งตลาดอันดับ 1 และ Makro มีส่วนแบ่งทางการตลาดอันดับที่ 2 (บึงกาฬ พัทลุง และประจวบคีรีขันธ์)

เพียงการจำแนกตลาดตามขอบเขตจังหวัดซึ่งถือว่ากว้างกว่าที่ควรจะเป็นก็จะพบว่าจังหวัดที่ได้รับผลกระทบการลดลงของการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญมีถึง 55 จังหวัด

ตารางที่ 4: ค่าส่วนแบ่งตลาดของผู้เล่นรายใหญ่ 3 รายแรกในปี 2018

จังหวัด	cr3	ส่วนแบ่งตลาดอันดับ 1	ส่วนแบ่งตลาดอันดับ 2	ส่วนแบ่งตลาดอันดับ 3	rank1	rank2	rank3	rank4	rank5
Narathiwat	-	0	0	0	local	local	local	local	local
Khon Kaen	<80	25.8	13.6	13.3	TESCO	local	local	BigC	local
Samut Sakhon	<80	23.8	22.4	12.9	TESCO	local	BigC	local	Tops
Rayong	<80	26.6	21.5	13.1	local	TESCO	local	local	BigC
Tak	<80	31.2	16.3	13.9	TESCO	Tops	BigC	MAKRO	local
Loei	<80	22.7	21.3	18.6	local	local	local	BigC	TESCO
Bangkok	<80	25.3	19.2	19.1	BigC	TESCO	local	local	Tops
Nakhon Si Thammarat	<80	30.6	22.8	12.3	local	TESCO	local	Tops	local
Roi Et	<80	25.0	20.5	20.2	BigC	local	TESCO	local	local
Nakhon Sawan	<80	25.5	24.3	16.0	TESCO	BigC	local	local	local
Trang	<80	39.5	16.0	10.4	TESCO	BigC	local	local	Tops
Nakhon Ratchasima	<80	36.6	15.6	14.3	TESCO	BigC	local	MAKRO	local
Chanthaburi	<80	29.8	19.9	17.5	TESCO	local	local	Tops	BigC
Phitsanulok	<80	30.3	20.4	17.9	TESCO	BigC	local	local	MAKRO
Kanchanaburi	<80	30.5	22.2	16.0	local	local	TESCO	BigC	local

Phichit	<80	23.9	23.5	23.2	local	Tops	TESCO	local	MAKRO
Kamphaeng Phet	<80	38.0	18.8	14.8	local	TESCO	BigC	Tops	local
Chiang Mai	<80	28.8	27.2	15.7	TESCO	BigC	MAKRO	local	Tops
Phrae	<80	28.5	26.7	16.9	BigC	local	TESCO	MAKRO	local
Buri Ram	<80	36.8	23.6	14.1	local	TESCO	local	BigC	Tops
Si Sa Ket	<80	39.4	19.1	16.3	TESCO	local	BigC	local	local
Ubon Ratchathani	<80	30.7	23.5	20.7	TESCO	local	BigC	local	MAKRO
Mukdahan	<80	28.1	27.0	20.3	Tops	BigC	TESCO	MAKRO	local
Lop Buri	<80	40.0	18.3	17.2	BigC	MAKRO	TESCO	Tops	local
Surin	<80	28.8	28.5	19.0	TESCO	local	BigC	local	MAKRO
Nonthaburi	<80	32.1	27.1	17.4	TESCO	Tops	MAKRO	local	local
Lampang	<80	32.5	25.4	18.9	BigC	TESCO	local	MAKRO	Tops
Nakhon Phanom	<80	53.2	16.3	8.8	TESCO	BigC	local	local	MAKRO
Phuket	<80	50.7	14.9	13.9	local	TESCO	BigC	Tops	MAKRO
Krabi	80-90	36.6	32.7	10.6	TESCO	local	local	BigC	MAKRO
Chiang Rai	80-90	31.3	28.5	20.8	local	TESCO	BigC	MAKRO	local
Chon Buri	80-90	42.1	26.1	12.3	TESCO	BigC	Tops	MAKRO	Foodland
Phetchaburi	80-90	36.9	23.1	20.9	BigC	TESCO	Tops	local	MAKRO
Suphan Buri	80-90	59.3	12.2	9.6	TESCO	BigC	MAKRO	Tops	local
Sing Buri	80-90	32.9	26.2	22.5	local	TESCO	Tops	local	local
Samut Prakan	80-90	38.2	33.4	10.1	BigC	TESCO	Tops	MAKRO	Foodland
Yasothon	80-90	35.8	31.2	14.8	local	local	TESCO	BigC	MAKRO
Sakon Nakhon	80-90	31.9	25.4	24.7	TESCO	local	BigC	MAKRO	Tops
Prachin Buri	80-90	33.4	25.7	23.3	TESCO	local	BigC	Tops	local
Prachuap Khiri Khan	80-90	54.4	15.6	12.9	TESCO	MAKRO	Tops	local	BigC
Lamphun	80-90	51.9	20.6	11.5	local	BigC	MAKRO	TESCO	local
Uttaradit	80-90	33.5	28.8	21.9	TESCO	local	local	local	local
Ratchaburi	80-90	40.4	23.1	20.8	TESCO	BigC	local	MAKRO	Tops
Sukhothai	80-90	48.6	19.8	16.0	BigC	local	TESCO	MAKRO	local
Songkhla	80-90	43.9	24.3	16.5	TESCO	BigC	local	Tops	MAKRO
Maha Sarakham	80-90	51.3	18.7	14.7	TESCO	BigC	local	MAKRO	local
Phra Nakhon Si Ayutthaya	80-90	60.6	13.3	11.3	TESCO	BigC	MAKRO	local	local
Saraburi	80-90	34.8	33.2	17.8	local	TESCO	local	MAKRO	Tops
Phayao	80-90	41.3	25.9	18.8	TESCO	local	Tops	MAKRO	local
Udon Thani	80-90	41.2	28.5	16.9	local	TESCO	BigC	MAKRO	local
Surat Thani	80-90	51.2	22.1	13.5	TESCO	BigC	MAKRO	Tops	local
Nakhon Pathom	80-90	46.5	30.4	10.3	TESCO	BigC	MAKRO	Tops	Foodland
Nan	80-90	36.8	29.3	21.6	local	TESCO	BigC	MAKRO	local
Ranong	80-90	42.6	26.7	19.5	local	TESCO	BigC	MAKRO	local
Bueng Kan	80-90	61.1	17.4	10.4	TESCO	MAKRO	local	BigC	local
Chaiyaphum	80-90	52.2	22.3	14.6	TESCO	BigC	local	MAKRO	local
Pathum Thani	80-90	42.0	37.3	10.1	TESCO	BigC	MAKRO	Tops	Aeon
Kalasin	90-100	41.1	31.6	17.9	TESCO	BigC	local	MAKRO	local
Chumphon	90-100	41.7	41.5	9.4	TESCO	local	MAKRO	BigC	local
Chachoengsao	90-100	55.1	27.6	10.2	TESCO	BigC	Tops	MAKRO	local
Nong Khai	90-100	44.6	34.8	13.6	TESCO	BigC	MAKRO	local	local
Phetchabun	90-100	48.7	30.2	15.3	local	TESCO	BigC	MAKRO	local
Trat	90-100	35.3	33.5	25.5	TESCO	local	MAKRO	BigC	local
Nong Bua Lam Phu	90-100	48.5	25.0	22.1	TESCO	local	MAKRO	local	local
Ang Thong	90-100	81.9	8.6	5.4	BigC	local	local	TESCO	local
Nakhon Nayok	90-100	40.8	37.8	17.8	TESCO	local	MAKRO	local	local
Phatthalung	90-100	67.9	17.5	12.9	TESCO	MAKRO	local	local	local
Yala	90-100	86.1	13.9	0.0	local	local	local	local	local
Sa Kaeo	90-100	53.1	37.4	9.5	BigC	TESCO	MAKRO	local	local

Chai Nat	90-100	95.8	4.2	0.0	TESCO	local	local	local	local
Uthai Thani	90-100	94.5	5.5	0.0	TESCO	local	local	local	local
Pattani	90-100	53.7	36.1	10.2	BigC	local	local	local	local
Mae Hong Son	90-100	95.5	4.5	0.0	local	local	local	local	local
Am Nat Charoen	90-100	96.5	3.5	0.0	BigC	local	local	local	local
Samut Songkhram	90-100	61.0	21.0	18.0	local	TESCO	BigC	local	local
Phangnga	90-100	52.2	46.0	1.8	BigC	TESCO	local	local	local
Satun	90-100	44.2	38.0	17.8	TESCO	BigC	MAKRO	local	local

ตารางที่ 5: สรุปจำนวนสาขา และ CR3 ในตลาด one-stop shopping

ค่าการกระจุกตัว	จำนวน (จังหวัด)	ร้อยละของจังหวัดทั้งหมด	ลักษณะตลาด	จำนวน (จังหวัด)
CR3 เกิน 75%	55	71.43%	มี Tesco หรือ Makro	44
			ไม่มี Tesco และ Makro	11
			มีทั้ง Tesco และ Makro	17
Share Tesco > 50%	12	15.58%		

อย่างไรก็ดี ในความเป็นจริงแล้วการกำหนดนิยามตลาดเป็นเรื่องทางเทคนิคที่ซับซ้อน และมีความคลาดเคลื่อนได้ง่าย ในหลายกรณีหน่วยงานกำกับดูแลทั้งในยุโรปและสหรัฐอเมริกาตัดสินใจที่จะไม่กำหนดนิยามตลาดอย่างเฉพาะเจาะจงหากมีข้อมูลไม่เพียงพอในการตัดสินใจ หรือข้อมูลที่ทำการวิเคราะห์มีความไม่แน่นอน โดยจะกำหนดนิยามตลาดทั้งในรูปแบบที่กว้างและรูปแบบที่แคบ แต่สิ่งที่สำคัญคือหากไม่แน่ใจในนิยามตลาดหรือขาดข้อมูลในการวิเคราะห์ หน่วยงานกำกับดูแลไม่ควรตัดสินใจตัดสินค่าหนึ่งให้ผู้ร่วมธุรกิจมียอดขายในสัดส่วนสูงออกจากการพิจารณาอย่างยิ่ง นอกจากนี้ เครื่องมือการวิเคราะห์ผลกระทบต่อการแข่งขันรูปแบบใหม่ๆ ที่ใช้ข้อมูลน้อย และไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดขอบเขตตลาด เช่น วิธี GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure Index) ได้รับการยอมรับและใช้มากขึ้นอย่างแพร่หลาย เพียงแต่ว่าหน่วยงานกำกับดูแลจะต้องไม่ตัดสินใจไปก่อนเอาเองว่าสินค้าหรือบริการใดไม่สามารถทดแทนกันได้

3.2 ปัญหาการวิเคราะห์ผลกระทบของการรวมธุรกิจ

ความบกพร่องในการกำหนดขอบเขตตลาดชักนำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามุ่งการวิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดจากตลาดค้าปลีกขนาดเล็ก ซึ่งผู้ขอรวมธุรกิจมีสินค้าที่แข่งกัน ได้แก่ ร้าน 7-11 และ เทสโก้ โลตัส เอ็กซ์เพรส เท่านั้น ทั้งที่ควรจะต้องคำนึงถึงผลในตลาดอื่นที่เกี่ยวข้อง และร้านค้ารูปแบบอื่น ที่ผู้ขอรวมธุรกิจเป็นเจ้าของ เช่น แมคโคร และ เทสโก้ โลตัส เอ็กซ์ตรา

การวิเคราะห์ผลกระทบแทบทั้งหมดขาดการแสดงข้อมูลสนับสนุนที่ชัดเจน ชวนให้ตั้งคำถามว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าใช้ดุลยพินิจบนหลักฐานใด หรือเป็นเพียงความคิดเห็นหรือจินตนาการส่วนตัว เนื้อหาในส่วนนี้จะอภิปรายคำวินิจฉัยบางส่วนที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าใช้ดุลยพินิจโดยขาดหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุน

- **อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด: อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดต่ำ แต่มีแต่รายใหญ่ขยายสาขา?**

ในเอกสารคำวินิจฉัยหน้าที่ 6 ย่อหน้าสุดท้าย คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวิเคราะห์อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของธุรกิจร้านค้าปลีกสมัยใหม่ประเภทร้านสะดวกซื้อขนาดเล็ก (convenient store) โดยระบุว่า เป็นร้านที่ใช้ต้นทุนน้อย มีต้นทุนต่ำ ไม่มีกฎหมายจำกัด จึงเป็นธุรกิจที่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่ำ ซึ่งข้อสรุปสวนทางกับข้อเท็จจริงที่ว่าในธุรกิจนี้มีผู้ประกอบการรายใหญ่ที่สุดอันได้แก่ 7-11 ที่มีส่วนแบ่งทางการตลาดสูงกว่าร้อยละ 73

หากการเข้าสู่ตลาดเป็นไปได้ง่ายจริง เราควรจะมีผู้ประกอบการจำนวนมากกว่านี้ และส่วนแบ่งทางการตลาดของแต่ละรายที่ใกล้เคียงกันกว่านี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรจะต้องมีคำตอบต่อไปว่าถ้าอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่ำ ทำไม 7-11 จึงยังคงส่วนแบ่งทางการตลาดได้ในระดับสูงอย่างต่อเนื่องยาวนาน สิ่งที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรจะต้องพิจารณาด้วยคือข้อเท็จจริงที่ว่า ร้านสะดวกซื้อในปัจจุบันจำเป็นนั้นมีต้นทุนอื่นๆ ที่ค่อนข้างสูงนอกเหนือจากต้นทุนการจัดตั้งร้าน ไม่ว่าจะเป็นโครงข่ายการซื้อและการกระจายสินค้า หรือการสร้างอำนาจต่อรองกับผู้ขายในตลาดต้นน้ำ (supplier) ผู้ประกอบธุรกิจที่มีโครงข่ายใหญ่ มีจำนวนสาขามาก และมีอำนาจตลาดในธุรกิจค้าปลีกและค้าส่งที่กว้างขวาง ย่อมมีการประหยัดจากขนาด (economies of scale) และอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่แข่ง ซึ่งสร้างความได้เปรียบในการแข่งขัน และในขณะเดียวกันกลายเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่

ยิ่งไปกว่านั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังวิเคราะห์ต่อไปอีกว่า ตลาดดังกล่าวมีการแข่งขันกันค่อนข้างสูง อันเนื่องมาจาก “**อัตราการแข่งขันขยายสาขาของผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ที่มีการขยายสาขาอย่างต่อเนื่องเพื่อรองรับความต้องการของผู้บริโภคที่เพิ่มขึ้น**” การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอ้างว่ามีเพียงรายใหญ่เท่านั้นที่ขยายสาขาอย่างต่อเนื่อง เท่ากับเป็นการยืนยันว่าอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดอาจจะไม่ได้ต่ำอย่างที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประเมิน

- **การวิเคราะห์ผลกระทบต่อการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่รวมธุรกิจ (Non-coordinated effect) ที่มองข้ามผลกระทบที่จะเกิดกับผู้บริโภค**

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายอมรับว่าการควบรวม ซึ่งจะทำให้ผู้รวบรวมธุรกิจมีส่วนแบ่งทางการตลาดรวมในตลาดค้าปลีกขนาดเล็ก หรือร้านสะดวกซื้อ สูงกว่าร้อยละ 80 จะส่งผลกระทบต่อโอกาสในการใช้อำนาจตลาดและอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าสร้างผลเสียต่อคู่ค้า (suppliers) นอกจากนี้ ยังมองว่าอำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นทำให้ได้เปรียบในการแข่งขันมากกว่าคู่แข่ง

อย่างไรก็ดี ผลกระทบในลักษณะ non-coordinated effect หรือผลกระทบที่เกิดจากอำนาจของผู้รวมธุรกิจเองที่ถูกคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามองข้ามไปโดยสิ้นเชิงคือ ผลกระทบต่อผู้บริโภค เนื่องจากธุรกิจค้าปลีกสมัยใหม่เกี่ยวข้องกับกลุ่มผู้บริโภคจำนวนมาก ผลกระทบที่มีต่อผู้บริโภคควรจะเป็นผลกระทบที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าให้น้ำหนักมากที่สุด การรวมธุรกิจอาจส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคในหลายรูปแบบ ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงทางด้านราคา (Price) คุณภาพสินค้า (Quality) ความหลากหลายของสินค้า (Range) และคุณภาพการให้บริการ (Services) หรือเรียกรวมกันว่า PQRS เพื่อดูแรงจูงใจของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดมากขึ้นหลังรวมธุรกิจว่า มีแนวโน้มทำให้ PQRS ต่ำลงหรือไม่ มีการวิเคราะห์ทางเทคนิคมากมายเพื่อดูแรงจูงใจในการขึ้นราคา เช่น Merger simulation หรือ Gross Upward Pricing Pressure Index (GUPPI) การสอบถามความเห็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง การวิเคราะห์เอกสารภายในหน่วยงาน หรือการสำรวจผู้บริโภค จะช่วยให้ได้ข้อมูลครบถ้วนขึ้น แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากลับไม่มีการเก็บข้อมูลหรือการวิเคราะห์ผลกระทบต่อผู้บริโภค ซึ่งนำไปสู่การละเลยการออกมาตรการและเงื่อนไขหลังการรวมธุรกิจที่เฉพาะเจาะจงเพื่อรักษาการแข่งขันและปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค

- **ปัญหาการวิเคราะห์ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดจากการร่วมมือกัน (coordinated effect)**

ผลกระทบจากการร่วมมือกันอาจเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการในตลาดเดียวกันปรับพฤติกรรมเพื่อลดการแข่งขันและเพิ่มกำไร โดยทั่วไป หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันจะกังวลว่าการรวมธุรกิจอาจทำให้ผู้ประกอบการที่เหลืออยู่ร่วมมือทางธุรกิจได้ง่ายขึ้น การร่วมมือกันนี้อาจเป็นได้ทั้งอย่างชัดแจ้ง (explicit) ผ่านการสื่อสารและสัญญาที่ชัดเจน หรือการร่วมมือแบบซอห์นเร้น (tacit collusion) ที่ผู้ประกอบการสร้างความเข้าใจตรงกันโดยไม่มีข้อตกลงที่ชัดเจน การพิจารณาโดยส่วนใหญ่จะไม่มุ่งเน้นการพิสูจน์ว่าความร่วมมือจะเกิดขึ้น แต่จะดูเงื่อนไขและสภาพตลาดหลังรวมธุรกิจว่าเอื้อต่อการร่วมมือมากเพียงใด โดยพิจารณาหลายปัจจัย อาทิ ความยากง่ายในการร่วมมือ เสถียรภาพของตลาด ขนาดโดยเปรียบเทียบของผู้ประกอบการ จำนวนผู้ประกอบการ ความยากง่ายในการตรวจสอบพฤติกรรมของคู่แข่ง ซึ่งจะใช้ข้อมูลทั้งจากผู้มีส่วนได้เสีย และเอกสารภายในองค์กร

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประเมินว่า ภายหลังจากการรวมธุรกิจที่ผู้รวมธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึงร้อยละ 83.05 ซึ่งเป็นสัดส่วนที่แตกต่างกับคู่แข่งรายอื่นอย่างมีนัยสำคัญ จึงอาจไม่มี

แรงจูงใจในการร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งรายอื่นซึ่งเป็นรายย่อย โดยไม่ได้ให้รายละเอียดหรือวิเคราะห์เพิ่มเติมในปัจจุบันอื่น ๆ

ความย้อนแย้งเกิดขึ้นเมื่อ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายอมรับว่าการรวมธุรกิจจะส่งผลให้ผู้รวมมีส่วนแบ่งทางการตลาดกว่าร้อยละ 80 และแตกต่างจากคู่แข่งรายอื่นอย่างมีนัยสำคัญ แต่กลับใช้ข้อเท็จจริงนี้สรุปว่า “การรวมธุรกิจนี้จึงไม่น่าจะส่งผลกระทบต่อคู่แข่งหรือผู้บริโภค เนื่องจากมีความเป็นไปได้น้อยมากที่ผู้รวมธุรกิจจะมีการตกลงร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น” ซึ่งมีนัยยะว่าผู้รวมธุรกิจมีอำนาจตลาดมากเพียงพอแล้ว และไม่จำเป็นต้องร่วมมือกับคู่แข่งอีก ผู้บริโภคจึงไม่ได้รับผลกระทบจากการร่วมมือ แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากลับไม่มองว่าส่วนแบ่งทางการตลาดระดับดังกล่าวจะส่งผลเสียต่อระดับการแข่งขันและอำนาจต่อรองของผู้บริโภคอย่างรุนแรง

- **ผลกระทบต่อประโยชน์โดยรวมทางเศรษฐกิจและผู้บริโภคที่ไม่ชัดเจนและขาดหลักฐานทางวิชาการ**

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสรุปโดยไว้หลักฐานสนับสนุนว่า “[การรวมธุรกิจ] อาจส่งผลให้มีการกระจุกตัวของตลาดสูงแต่ไม่น่าจะถึงระดับที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม” ซึ่งให้เหตุผลต่อมาว่า “เนื่องจาก...เป็นการซื้อธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นการเพิ่มรายได้ให้กับประเทศ อีกทั้งเป็นการคงไว้ซึ่งช่องทางการจำหน่ายสินค้าภายในประเทศและเป็นการเพิ่มโอกาสในการขยายช่องทางการกระจายสินค้าไปยังต่างประเทศ”

การประเมินผลประโยชน์จากการรวมธุรกิจควรจะต้องมีหลักฐานที่ชัดเจน ว่าผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นคืออะไร และประโยชน์ดังกล่าวจะส่งผ่านไปสู่อะไรได้อย่างไร คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าระบุว่า การซื้อธุรกิจเป็นการเพิ่มรายได้ให้กับประเทศ ซึ่งมีได้แสดงหลักฐานหรือระบุช่องทางที่ชัดเจนว่ารายได้เพิ่มอย่างไร และรายได้ที่ “เพิ่มให้กับประเทศ” คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหมายถึงบุคคลกลุ่มใด

การกระจุกตัวเพิ่มขึ้นที่ชัดเจน และผู้รวมธุรกิจจะมีส่วนแบ่งทางการตลาดกว่าร้อยละ 80 ย่อมส่งผลเสียต่อผู้บริโภคอย่างชัดเจน แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากลับมิได้อภิปรายผลดังกล่าวในรายละเอียดว่า ผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มใหญ่จะได้รับผลกระทบได้บ้างเล็กน้อยเพียงใด แต่กลับบอกเพียงว่าผู้บริโภคยังมีทางเลือกซื้อทาง e-commerce ราวกับว่า e-commerce จะเป็นทางออกของปัญหาการกระจุกตัวที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจค่าปลีก

คำถามที่ตามมาคือคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ไม่ได้ทำการสำรวจหรือศึกษากำหนดขอบเขตตลาดอย่างเป็นวิชาการนั้น ทราบได้อย่างไรว่า e-commerce สามารถทดแทนธุรกิจค้าปลีกร้านสะดวกซื้อได้? พฤติกรรมผู้บริโภคร้านสะดวกซื้อ เหมือนกับผู้บริโภคที่ซื้อผ่าน e-commerce หรือไม่? ธุรกิจ e-commerce สามารถทดแทน “ความสะดวกซื้อ” ของร้านสะดวกซื้อได้มากน้อยเพียงใด? และผู้บริโภคที่จะทดแทนร้านสะดวกซื้อด้วย e-commerce มีสัดส่วนเท่าใด? นอกจากนี้ หากผลกระทบต่อผู้บริโภคที่ไม่สามารถใช้บริการ e-commerce ทดแทนร้านสะดวกซื้อ คนเหล่านี้จะ

ได้รับผลกระทบอย่างไร และมีสัดส่วนมากน้อยเพียงใด? คำถามเหล่านี้จะตอบได้เมื่อมีการศึกษาการกำหนดขอบเขตตลาดที่เป็นวิชาการเท่านั้น ซึ่งนำผิวดหวังเป็นอย่างยิ่งที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำวินิจฉัยในประเด็นที่สำคัญที่สุดโดยไม่ได้มีหลักฐานทางวิชาการยึดโยง

ประการต่อมา ผลประโยชน์ที่นำมาพิจารณาอนุญาตรวมธุรกิจ จะต้องเป็นผลประโยชน์ที่เฉพาะเจาะจงกับการรวมธุรกิจเท่านั้น กล่าวคือต้องเป็นผลประโยชน์ที่จะไม่เกิดขึ้นหากไม่มีการรวมธุรกิจ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าระบุผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจคือ “การคงไว้ซึ่งช่องทางการจำหน่ายสินค้าภายในประเทศและเป็นการเพิ่มโอกาสในการขยายช่องทางการกระจายสินค้าไปยังต่างประเทศ” ซึ่งเป็นผลทางอ้อมและไม่ได้เกิดขึ้นในตลาดร้านค้าปลีกสะดวกซื้อ ซึ่งเป็นตลาดเดี่ยวที่คณะกรรมการพิจารณา หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาผลประโยชน์ของร้านค้าประเภทอื่น เช่น แมคโคร หรือ โลตัส ก็ควรจะต้องวิเคราะห์ผลกระทบต่อรอบด้านจากการที่ผู้รวมธุรกิจเป็นเจ้าของกิจการร้านค้าปลีกค้าส่งเหล่านี้ นอกจากนี้ การกล่าวอ้างว่าการรวมธุรกิจเป็นการคงไว้เพื่อช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้าภายในประเทศ และการกระจายสินค้าไปยังต่างประเทศ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิจารณาด้วยว่า การคงช่องทางการจัดจำหน่ายภายในประเทศ และการกระจายสินค้าไปยังต่างประเทศเป็นผลประโยชน์ที่เฉพาะเจาะจงกับการรวมธุรกิจจริงหรือไม่ ช่องทางดังกล่าวจะหายไปถ้าไม่มีการรวมธุรกิจหรือไม่ ทั้งที่ช่องทางที่กล่าวมานั้นมีอยู่ตั้งแต่ก่อนรวมธุรกิจแล้ว

นอกจากนี้ ประโยชน์อีกประการที่คณะกรรมการกล่าวถึงคือ “การเพิ่มการจ้างงานเพื่อขยายกำลังการผลิตให้สามารถตอบสนองผู้บริโภคให้มีโอกาสในการเข้าถึงสินค้าที่มีคุณภาพและราคาที่ดีตามช่องทางการจำหน่ายที่มีมากขึ้น นอกจากนี้อาจเป็นโอกาสให้ผู้รวมธุรกิจสามารถขยายการลงทุนทั้งในด้านเทคโนโลยีหรือนวัตกรรมเพื่อพัฒนาธุรกิจให้ดียิ่งขึ้น” อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีหลักฐานทางวิชาการ ที่ชัดเจนว่าการจ้างงานเพิ่มขึ้นได้อย่างไร เป็นจำนวนเท่าไร เพราะอะไรคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าถึงเชื่อว่าผู้บริโภคจะได้รับสินค้าที่มีคุณภาพและราคาที่ดีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อระดับการแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งขัดแย้งกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์อย่างชัดเจน ในส่วนของการลงทุนด้านเทคโนโลยีและนวัตกรรมซึ่งเป็นเหตุผลที่ผู้ขอรวมธุรกิจมักจะยกมากกล่าวอ้าง กลับไม่มีหลักฐานว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ตรวจสอบว่า เทคโนโลยีหรือนวัตกรรมใดที่จะเกิดขึ้น และมีกรอบระยะเวลาของการลงทุนและนวัตกรรมเมื่อไร

อาจกล่าวโดยสรุปว่าการประเมินผลกระทบทางเศรษฐกิจในเอกสารคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นแทบไม่คำนึงถึงสวัสดิการของผู้บริโภคซึ่งจะเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรง คำวินิจฉัยและคำกล่าวอ้างแทบทั้งหมดเป็นการคาดคะเนโดยไม่มีหลักฐานที่มีมาตรฐานทางวิชาการที่เป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติประกอบ คำวินิจฉัยจึงเต็มไปด้วยความเห็นที่เต็มไปด้วยคำถามและข้อกังขา ไม่ใช่การวิเคราะห์ และไม่มีหลักฐานโน้มน้าวให้ผู้อ่านที่ต้องการซึ่งนำหนักหลักฐานและเหตุผลได้คิดใคร่ครวญวิเคราะห์ตามได้เลย ถือว่าเป็นเรื่องน่าผิดหวังที่หน่วยงาน

กำกับดูแลการแข่งขันของประเทศไทยผลิตเอกสารคำวินิจฉัยที่มีมาตรฐานทางวิชาการออกมาได้อย่างที่เป็นอยู่

3.3 การกำหนดเงื่อนไขหลังการรวมธุรกิจ

ในการพิจารณาอนุญาตรวมธุรกิจหากหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันเห็นว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นสามารถแก้ไขได้ผ่านมาตรการหรือเงื่อนไขหลังควบรวม หน่วยงานกำกับดูแลอาจอนุญาตให้การรวมธุรกิจเดินหน้าได้และการกำหนดเงื่อนไขภายหลังควบรวม โดยเงื่อนไขที่กำหนดจะต้องเฉพาะเจาะจงกับปัญหาที่หน่วยงานกำกับดูแลกังวลว่าจะส่งผลต่อการแข่งขัน และมีเป้าหมายเพื่อรักษาระดับการแข่งขันให้อยู่ในระดับเดิมก่อนการรวมธุรกิจ เงื่อนไขหลังการรวมธุรกิจสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

- มาตรการเชิงโครงสร้าง (structural remedies) ซึ่งเป็นมาตรการที่เปลี่ยนแปลงโครงสร้างของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ขออนุญาตรวมธุรกิจ โดยการถ่ายโอนกรรมสิทธิ์เหนือสินทรัพย์ทั้งที่จับต้องได้ (tangible) เช่น อาคาร สาขา โรงงาน และจับต้องไม่ได้ (intangible) เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิบัตร เทคโนโลยี รวมถึงการถ่ายโอนหน่วยธุรกิจทั้งหมด เพื่อให้เจ้าของปัจจุบัน และเจ้าของในอนาคตไม่มีความสัมพันธ์หรืออำนาจสั่งการใดๆ ต่อกัน หลังจากการกำหนดมาตรการเชิงโครงสร้าง การรวมธุรกิจไม่จำเป็นจะต้องถูกติดตามตรวจสอบอีกต่อไป เนื่องจากมาตรการเชิงโครงสร้างเป็นการกำจัดแรงจูงใจ หรือช่องทางที่ผู้ประกอบธุรกิจจะใช้อำนาจตลาดฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า³¹
- มาตรการเชิงพฤติกรรม (behavioural remedies) มีความแตกต่างจากมาตรการเชิงโครงสร้าง เพราะเป็นมาตรการจำกัดพฤติกรรมของผู้ประกอบการ แต่ไม่ได้กำจัดแรงจูงใจของผู้รวมธุรกิจในการใช้อำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นจากการรวมธุรกิจเพื่อลดการแข่งขัน โดยส่วนใหญ่ มาตรการเชิงพฤติกรรมต้องการการควบคุมกำกับ ตรวจสอบ และบังคับใช้มาตรการตลอดไป เนื่องจากโครงสร้างของผู้รวมธุรกิจไม่ได้ถูกเปลี่ยนแปลง ซึ่งเป็นต้นทุน และเป็นภาระต่อหน่วยงานกำกับดูแลที่ต่อเนื่องยาวนาน หากการตรวจสอบเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ หรือเป็นไปเพียงชั่วคราว ผลกระทบทางลบของการรวมธุรกิจต่อระดับการแข่งขันและสวัสดิการของผู้บริโภคอาจไม่ได้รับการแก้ไข นอกจากนี้ มาตรการเชิงพฤติกรรมสามารถถูกหลบเลี่ยงได้ง่าย การกำหนดหรือจำกัดพฤติกรรมบางอย่างในมิติเดียวนั้นอาจนำไปสู่การหลบเลี่ยงด้วยการเปลี่ยนพฤติกรรมในมิติอื่น เช่น มาตรการคงระดับราคา อาจนำไปสู่คุณภาพการให้บริการที่แย่ลง เป็นต้น การออกแบบมาตรการเพื่อป้องกันการหลบเลี่ยงอาจนำไปสู่มาตรการเชิงพฤติกรรมที่ลงรายละเอียดและซับซ้อนมาก อาจลดความยืดหยุ่นของการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการ และลดประสิทธิภาพด้วยเช่นกัน มาตรการเชิงพฤติกรรมจึงเป็นมาตรการที่หน่วยงานกำกับดูแลที่มีมาตรฐานในต่างประเทศจะไม่นำมาใช้หากไม่มีความจำเป็น โดยจะให้ความสำคัญกับมาตรการเชิงโครงสร้างก่อน

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดเงื่อนไขหลังการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด จำนวน 7 ข้อ³² ซึ่งมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

- **มาตรการไม่ได้มุ่งแก้ไขข้อกังวลด้านการแข่งขันและทำในสิ่งที่ไม่ใช่หน้าที่โดยตรง**

ในการกำหนดมาตรการเฉพาะแต่ละข้อ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่ได้ระบุว่า มาตรการดังกล่าวต้องการแก้ไขปัญหาที่เป็นข้อกังวลเกี่ยวกับการแข่งขันในประเด็นใด โดยปัญหาหรือข้อกังวลจะต้องถูกระบุไว้ในส่วนของการวิเคราะห์ผลกระทบ เพื่อให้สามารถประเมินได้ว่ามาตรการแต่ละข้อเพียงพอที่จะจัดการกับปัญหาหรือข้อกังวลที่ต้องการแก้ไขหรือไม่ ข้อกังวลหนึ่งที่ถูกระบุในการวิเคราะห์ผลกระทบต่อการแข่งขัน คือ การกระจุกตัวของตลาดที่มากขึ้น การแข่งขันที่ลดลงอาจก่อให้เกิดผลกระทบจากอำนาจตลาดของผู้รวมธุรกิจ (unilateral effect) ซึ่งส่งผลเสียต่อผู้บริโภคและคู่ค้า (supplier) แต่ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการหรือเงื่อนไขข้อใดที่มุ่งแก้ปัญหาที่ต้นเหตุ คือ การกระจุกตัวที่เพิ่มขึ้นของตลาดและการลดลงของการแข่งขัน รวมทั้งไม่ปรากฏมาตรการที่ปกป้องผู้บริโภคจากผลกระทบที่เกิดจากอำนาจตลาดของผู้รวมธุรกิจที่เพิ่มขึ้นเลย ซึ่งควรเป็นวัตถุประสงค์หลักของหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขัน

นอกจากนี้ ในข้อกำหนดข้อที่ 1 ที่ห้ามผู้ขออนุญาตรวมธุรกิจ กระทำการรวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาดร้านค้าปลีกค้าส่งสมัยใหม่สินค้าอุปโภคบริโภค เป็นระยะเวลา 3 ปี แต่กลับไม่รวมถึงตลาดอีคอมเมิร์ซ (E-Commerce) ทั้งที่ในการวิเคราะห์ผลกระทบทางเศรษฐกิจ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าระบุว่า e-commerce เป็นทางเลือกของผู้บริโภคที่สามารถทดแทนร้านค้าปลีกสะดวกซื้อได้ หากความเห็นนี้เป็นความจริง การอนุญาตให้รวมธุรกิจ e-commerce จะจำกัดทางเลือกของผู้บริโภคได้ในอนาคต

นอกจากจะไม่ได้มุ่งแก้ปัญหาการแข่งขันที่ลดลงซึ่งเป็นภารกิจหลักของหน่วยงาน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากลับออกมาตรการที่อ้างว่าจะช่วยส่งเสริมการประกอบธุรกิจของกิจการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SME) และ OTOP ซึ่งไม่ใช่หน้าที่หลักของหน่วยงานที่จริงแล้วการลดปัญหาการกระจุกตัวของตลาด ลดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด และอำนาจตลาดของผู้ประกอบการค้าปลีกจะช่วยส่งเสริมการกระจายสินค้าธุรกิจของกิจการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SME) และ OTOP ได้อย่างยิ่งยั้งกว่า ข้อกำหนดเชิงพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับ SME เช่นในข้อ 2 ที่กำหนดให้เพิ่มสัดส่วนของยอดขายสินค้าที่มาจาก SME ร้อยละ 10 เป็นเวลา 5 ปี หรือข้อ 5 ที่ให้คงเงื่อนไขสัญญา (credit term) เป็นเวลา 3 ปี ไม่ได้มีการอธิบายชัดเจนว่ามาตรการเหล่านี้มุ่งแก้ปัญหาการแข่งขันในประเด็นใดที่กล่าวไว้ในส่วนของการวิเคราะห์ผลกระทบ และผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นเพียงพอหรือไม่ในการจัดการกับปัญหา

- **มาตรการเชิงพฤติกรรมที่มีเวลาสั้นสุด**

เงื่อนไขหลังการรวมธุรกิจทั้ง 7 ข้อที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดเป็นมาตรการเชิงพฤติกรรม ซึ่งมาตรการลักษณะนี้มุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้รวมธุรกิจ โดยไม่ได้จำกัดแรงจูงใจในการใช้อำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นในการจำกัดการแข่งขัน หลายเงื่อนไขที่กำหนดยังมีเวลาสั้นสุด ไม่ว่าจะเป็นการห้ามรวมธุรกิจ การคงเงื่อนไขสัญญา การกำหนดระยะเวลาการให้สินเชื่อทางการค้า โดยทั่วไปจะกำหนดระยะเวลา 2-3 ปี ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่ได้ให้รายละเอียดเพิ่มเติมว่า เมื่อระยะเวลาดังกล่าวสิ้นสุดลง ประเด็นที่เป็นข้อกังวลต่างๆ จะหมดไปได้อย่างไร ทั้งนี้ โครงสร้างของผู้รวมธุรกิจ โครงสร้างตลาดหลังการรวมธุรกิจ และแรงจูงใจต่างๆ ยังเหมือนเดิม

การกำหนดมาตรการเชิงพฤติกรรมอาจมีระยะเวลาสั้นสุดได้ถ้าหน่วยงานกำกับดูแลเชื่อว่าการเข้าสู่ตลาดของกลุ่มรายใหม่ หรือการขยายการผลิตหรือการให้บริการของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งรายเดิมจะเกิดขึ้นหลังการรวมธุรกิจ โดยคู่แข่งเหล่านี้อาจต้องการเวลาในการปรับตัวเพื่อแข่งขัน มาตรการเชิงพฤติกรรมแบบมีระยะเวลาสั้นสุดมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เวลาเพื่อปรับตัว แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ได้เชื่อว่าจะมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด (จากข้อกังวลว่าการบังคับขายสินทรัพย์อาจจะไม่มีผู้ซื้อรายใหม่³³) และยังไม่ชัดเจนว่ารายเดิมที่มีอยู่จะกลายมาเป็นคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพและเพิ่มการแข่งขันได้หรือไม่ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขเชิงพฤติกรรมแบบมีระยะเวลาสั้นสุดของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทำให้เกิดคำถามว่ามาตรการเหล่านั้นจะช่วยจัดการปัญหาการเพิ่มขึ้นของอำนาจตลาด การแข่งขันที่ลดลง และอำนาจต่อรองของผู้บริโภคและคู่ค้าในระยะยาวได้อย่างไร ยังไม่ต้องกล่าวถึงประสิทธิภาพของมาตรการและความสามารถในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติตามมาตรการของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

- **มาตรการบางอย่างไม่อาจตรวจสอบควบคุมได้จริง หรือไม่จำเป็นต้องระบุเพราะต้องกระทำอยู่แล้ว**

เงื่อนไขบางข้อที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดนั้นไม่น่าจะสามารถตรวจสอบควบคุมได้จริง ยกตัวอย่างเช่น เงื่อนไขข้อ 3 ที่ห้ามผู้รวมธุรกิจที่เสมือนเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันแล้ว แลกเปลี่ยนข้อมูลด้านการตลาดที่เกี่ยวข้องกับผู้ผลิต และผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือวัตถุดิบ เป็นที่น่าสงสัยว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะตรวจสอบเงื่อนไขข้อดังกล่าวได้อย่างไร และโดยนิยามแล้ว เมื่อผู้รวมธุรกิจทำการรวมธุรกิจกันก็มีสถานะเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน ข้อมูลทางการค้าใดๆ ที่ทั้งสองรายมีอยู่ก็น่าจะต้องถูกรวมว่าเป็นข้อมูลทางการค้าของผู้รวมที่เสมือนเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

นอกจากนี้ ในเงื่อนไขข้อ 7 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดให้ผู้รวมธุรกิจ “กำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติทางการค้าที่ดี (Code of Conduct) เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชน และถือปฏิบัติตามมาตรฐานดังกล่าว” ซึ่งการให้ผู้ประกอบการกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติให้กับตนเองน่าจะมีปัญหาความขัดแย้งของแรงจูงใจและผลประโยชน์ ซึ่งอาจไม่ได้ผลลัพธ์ที่สอดคล้องกับเป้าหมายในการรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภคเท่าใดนัก

ตัวอย่างของการกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติของธุรกิจค้าปลีก ได้แก่ กรณีของหน่วยงานกำกับดูแลของสหราชอาณาจักร กำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจค้าปลีกต้องปฏิบัติตาม มาตรฐานการปฏิบัติที่ดีของกิจการค้าปลีก (Grocery Supplier Code of Practice: GSCOP)³⁴ แต่ในกรณีนี้ หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันเป็นผู้กำหนดมาตรฐาน และผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติตามซึ่งถือเป็นภาระผูกพันทางกฎหมาย

เงื่อนไขข้อที่ 7 ยังระบุต่อไปว่าผู้ขออนุญาตรวมธุรกิจต้อง “ไม่กระทำการที่เป็นข้อห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 [2017]” ซึ่งการปฏิบัติตามกฎหมายเป็นหน้าที่ที่ผู้ประกอบการทุกรายต้องกระทำอยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องระบุเป็นเงื่อนไขแต่อย่างใด

4. การขาดหลักฐานเชิงประจักษ์ที่ชัดเจนเพื่อให้ได้ข้อสรุปในการพิจารณาการรวมธุรกิจ: กรณี ผลการพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ช. และ บริษัท อ.³⁵

บริษัท ช. และ บริษัท อ. เป็นผู้ประกอบกิจการผลิตและจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ด้านเคมีภัณฑ์ โดยบริษัท ช. เข้าซื้อหุ้นในบริษัท อ. คิดเป็นร้อยละ 100 โดยการรวมธุรกิจนี้เป็นการรวมธุรกิจในระดับโลก ซึ่งการดำเนินการของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในประเทศไทยจะรับนโยบายจากบริษัทแม่ที่รวมธุรกิจในต่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเสี่ยงข้างมากอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจโดยไม่มีการกำหนดเงื่อนไข ในขณะที่คณะกรรมการเสี่ยงข้างน้อยเห็นว่า ควรอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจและกำหนดเงื่อนไขด้านพฤติกรรม โดยให้คงไว้ซึ่งเงื่อนไขของสัญญาเดิมต่อไปเป็นระยะเวลา 2 ปี เพื่อให้ผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้าหรือวัตถุดิบรายเดิมนั้นมีระยะเวลาปรับตัว

การวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในกรณีต่างๆ อาทิ การพิจารณาคำขออนุญาตรวมธุรกิจ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตตลาด ประเมินการกระจุกตัวของตลาด ประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจ วิเคราะห์อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด ผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นทั้งจากอำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้น และจากการร่วมมือกัน รวมถึงในตลาดอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งต้นน้ำและปลายน้ำ ซึ่งการวิเคราะห์ในประเด็นต่างๆ เหล่านี้จำเป็นต้องมีหลักฐานเชิงประจักษ์ หรือมีข้อมูลประกอบเพื่อให้ได้ข้อสรุป จากการศึกษาผลคำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในหลายกรณีไม่ปรากฏหลักฐานสนับสนุนการให้นำหน้ากับดุลพินิจของคณะกรรมการที่ชัดเจน นอกจากนี้ความเห็นในคำวินิจฉัยไม่ได้ทำการระบุแยกอย่างชัดเจนว่าความเห็นของผู้ขออนุญาตเป็นอย่างไร และคณะกรรมการพิจารณาความเห็นนั้นและเห็นด้วยหรือไม่ อย่างไร

บริษัท ช. และ บริษัท อ. ที่จะกระทำการรวมธุรกิจกัน มีผลิตภัณฑ์ที่แข่งขันในตลาดเดียวกันในประเทศไทย จำนวน 6 ผลิตภัณฑ์ ได้แก่ (1) สารเคมีผสมเพิ่ม (Chemical admixtures) (2) งานคอนกรีต (Concrete works) (3) วัสดุกันน้ำ (Waterproofing) (4) ปูนผสมสำเร็จ (Premix mortars) (5) วัสดุสำหรับปูพื้น (Industrial flooring) และ (6) วัสดุอุดกันรั่ว (Sealants)

ในบรรดาผลิตภัณฑ์ทั้ง 6 ประเภทที่บริษัททั้งสองแข่งขันในตลาดเดียวกัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาเฉพาะผลิตภัณฑ์ที่มียอดขายมากกว่าหนึ่งพันล้านบาท ซึ่งมีเพียงผลิตภัณฑ์เดียว ได้แก่ สารเคมีผสมเพิ่ม (Chemical admixtures) หลักการพิจารณาดังกล่าวมาจากเกณฑ์การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาด หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ โดยอีก 5 ผลิตภัณฑ์ที่มียอดขายรวมในแต่ละสินค้าน้อยกว่าหนึ่งพันล้านบาทนั้นคณะกรรมการตัดสินใจไม่นำมาพิจารณา

การตัดสินใจไม่พิจารณาผลิตภัณฑ์ที่ผู้รวมธุรกิจแข่งขันในตลาดเดียวกันแต่มียอดขายรวมน้อยกว่าหนึ่งพันล้านบาท แม้ว่าจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ แต่หากพิจารณาจะพบว่าผลิตภัณฑ์บางประเภทที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่พิจารณา เช่น ปูนผสมเสร็จ (Premix mortars) หรือผลิตภัณฑ์งานคอนกรีต (Concrete works) อาจมีความเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ที่พิจารณา (สารเคมีผสมเพิ่ม) ในลักษณะของการอยู่ในห่วงโซ่อุปทานเดียวกัน เป็นที่น่าสงสัยว่าผลิตภัณฑ์สารเคมีผสมเพิ่มสามารถใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตปูนผสมเสร็จหรือผลิตภัณฑ์งานคอนกรีตได้หรือไม่ หากทำได้ อำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นในตลาดสารเคมีผสมเพิ่มก็อาจส่งผลกระทบต่อสถานะการแข่งขันของผู้รวมธุรกิจในตลาดปูนผสมเสร็จหากมีผล คณะกรรมการควรต้องพิจารณาผลกระทบในตลาดดังกล่าว

การเลือกว่าจะพิจารณาผลิตภัณฑ์ใดไม่ควรยึดโยงกับเกณฑ์ด้านยอดขายแต่เพียงอย่างเดียว แต่ควรคำนึงถึงปัจจัยอื่นๆ เช่น ความสัมพันธ์ในแนวดิ่งหรือห่วงโซ่อุปทานของสินค้าด้วย นอกจากนี้หากพิจารณาถึงทรัพยากรที่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าใช้ในการพิจารณาในกรณีอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการร้องเรียนตามมาตรา 54 เรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่มีเป็นจำนวนมาก และแทบทั้งหมดเกี่ยวข้องกับสินค้าที่มียอดขายน้อยกว่าหนึ่งพันล้านบาท การพิจารณาสินค้าในกรณีที่ต้องทำการแสวงหาข้อเท็จจริงอยู่แล้วมีต้นทุนส่วนเพิ่มต่อสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพียงเล็กน้อยเทียบกับความครบถ้วนสมบูรณ์ของการวิเคราะห์

4.1 การกำหนดนิยามตลาด

- **ข้อสรุปนิยามตลาดโดยไม่มีหลักฐานสนับสนุนว่า สินค้าไม่สามารถทดแทนได้ทั้งด้านอุปสงค์และด้านอุปทาน**

ผลิตภัณฑ์สารเคมีผสมเพิ่มที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเลือกพิจารณา คณะกรรมการได้อธิบายเพิ่มเติมในเอกสารผลคำวินิจฉัยว่าในประเทศไทยเป็นสินค้ามาตรฐานที่ ทดแทนกันได้³⁶ ในขณะที่ในส่วนของการพิจารณาขอบเขตตลาดสินค้า (Relevant Product Market) มีการระบุเพิ่มเติมโดยอ้างความเห็นจากคณะกรรมการยุโรปว่า สารเคมีผสมเพิ่มแต่ละประเภทมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ในมุมมองของผู้บริโภคจึงไม่สามารถทดแทนกันได้ทางอุปสงค์ ในขณะที่การพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าระบุว่ากระบวนการผลิตสารเคมีผสมไม่ซับซ้อน มีขั้นตอนการผลิตที่ค่อนข้างง่ายเพียงมีสูตร วัตถุดิบ และถังผสม อย่างไรก็ตามก็ดี คณะกรรมการสรุปว่าวัตถุดิบที่ใช้สำหรับผลิตสารผสมเพิ่มชนิดอื่น และการผลิตสารเคมีผสมเพิ่มชนิดแรก ใช้สารเคมีที่แตกต่างกัน โดยไม่สามารถเปลี่ยนมาเป็นผลิตภัณฑ์อีกชนิดโดยไม่แบกภาระต้นทุนและความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้น

จึงสรุปว่าสารเคมีผสมเพิ่ม สารผสมชนิดแร่ และสารผสมเพิ่มชนิดอื่นไม่สามารถทดแทนกันได้ในด้านอุปทาน

- **ข้อสรุปนิยามตลาดแตกต่างจากหน่วยงานกำกับดูแลในต่างประเทศ**

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าระบุว่าการผลิตสารเคมีผสมมีชั้นตอนไม่ยุ่งยาก ต้องการเพียงสูตร วัตถุดิบ และถังผสม สะท้อนให้เห็นว่าในการปรับเปลี่ยนมาผลิตสินค้าแต่ละชนิด ผู้ผลิตเพียงต้องเปลี่ยนมาใช้วัตถุดิบตามสูตรผสม แต่การเปลี่ยนไปผลิตสารเคมีประเภทอื่นมีต้นทุนและความเสี่ยงเพิ่มขึ้น

การพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานจะต้องมองความยากง่าย และต้นทุนของผู้ผลิตสินค้าหนึ่งว่าจะสามารถเปลี่ยนมาผลิตสินค้าอีกชนิดได้ยากเพียงใดและมีต้นทุนสูงเพียงใด ความเห็นของ Competition & Markets Authority (CMA) ซึ่งเป็นหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันของสหราชอาณาจักรในการพิจารณาการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท Sika AG และ MBCC Group ในปี 2022³⁷ ที่มีข้อสรุปจากการสอบถามความเห็นผู้ประกอบการรายอื่นในตลาด (Third-party response questionnaire) ระบุว่า ข้อมูลจากผู้ประกอบการที่ตอบแบบสอบถามชี้ให้เห็นว่า ระหว่างสารผสมเพิ่มสำหรับซีเมนต์ คอนกรีต และปูนเปียก (wet mortar) ต้นทุนในการเปลี่ยนจากการผลิตสารผสมเพิ่ม (admixture) ประเภทหนึ่งไปเป็นอีกประเภทหนึ่งนั้นมีต้นทุนต่ำมากหรือไม่มีเลย ในขณะที่การผลิตสารผสมเพิ่มสำหรับปูนแห้ง (dry mortar) อาจจะมีต้นทุนเพิ่มเติมในรูปของอุปกรณ์อบแห้ง ซึ่ง CMA สรุปว่าสารเคมีผสมเพิ่มมีการทดแทนได้ง่ายทางด้านอุปทาน

อย่างไรก็ดี ดุลยพินิจที่แตกต่างกันระหว่างสองหน่วยงานมิได้หมายความว่าหน่วยงานใดใช้ดุลยพินิจผิดพลาด เนื่องจากสภาพตลาดและการแข่งขันของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันโดยพื้นฐาน ประเด็นที่สำคัญของส่วนนี้คือ การแสวงหาและอ้างอิงข้อมูลจากผู้เกี่ยวข้องในตลาด ซึ่งหน่วยงานกำกับดูแลในต่างประเทศใช้วิธีการขอข้อมูลและออกแบบสอบถามเพื่อให้ได้ข้อมูลเพิ่มเติมเพื่อประกอบการตัดสินใจ โดยไม่ได้รับข้อมูลจากคำอธิบายของผู้ขอรวมธุรกิจเป็นหลักเท่านั้น ในขณะที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของไทยไม่ได้รับข้อมูลที่มาจากหลักฐานสนับสนุนดุลยพินิจของตนเอง

4.2 การประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันภายหลังการรวมธุรกิจ

การพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดจากดัชนี Herfindahl-Hirschman Index (HHI) โดยโดยใช้หลักเกณฑ์จากหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า ค่า HHI ก่อนรวมธุรกิจเท่ากับ 2,723.98 ในขณะที่ค่า HHI ภายหลังรวมธุรกิจมีค่าเท่ากับ 3,267.44 โดยมีค่าเพิ่มขึ้นเท่ากับ 543.46 ซึ่งสะท้อนว่าการรวมธุรกิจอาจส่งผลกระทบต่อการกระจุกตัวของตลาดและการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ นอกจากนี้ ยังได้ระบุถึงสภาพตลาดของผลิตภัณฑ์สารเคมีผสมเพิ่มในประเทศไทยไว้ด้วยว่า³⁸ เป็นตลาดผู้ขายน้อยราย (Oligopoly Competition) มีเพียงผู้ประกอบการจำนวนน้อยที่ครอบครองส่วนแบ่งตลาดส่วนใหญ่ ทั้งยังระบุเพิ่มเติมถึงลักษณะของสินค้าว่ามีความแตกต่างกันเล็กน้อย แต่สามารถทดแทนกันได้ในมุมมองของผู้บริโภค

- **อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด: ตลาดผู้ขายน้อยราย แต่ไม่มีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด**

หากพิจารณาตามหลักเศรษฐศาสตร์ ตลาดที่ผู้ขายน้อยรายมีส่วนแบ่งตลาดใหญ่และขายสินค้าที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน จะดำรงโครงสร้างของการมีผู้ขายน้อยรายได้นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์การเข้าสู่ตลาดในระดับสูงเพื่อกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ให้เข้ามาแข่งขันในตลาด แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากลับวิเคราะห์ว่าตลาดผลิตภัณฑ์สารเคมีผสมเพิ่มไม่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดทั้งทางด้านเศรษฐกิจ และกฎระเบียบ³⁹ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องใบอนุญาตโรงงาน การไม่มีมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม การไม่มีการกำหนดโควตาปริมาณ การไม่มีการควบคุมราคาสินค้า การไม่มีอุปสรรคการนำเข้า (แม้ว่าจะระบุไว้ว่ามีอัตราอากรขาเข้าร้อยละ 30 ก็ตาม) ไม่มีการห้ามการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และไม่มีอุปสรรคด้านทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากเป็นกระบวนการที่ไม่ซับซ้อนและไม่ต้องอาศัยเทคโนโลยีหรือนวัตกรรมเฉพาะ จึงเป็นที่น่าตั้งคำถามว่าในความเห็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ปัจจัยใดที่ทำให้ตลาดยังคงโครงสร้างผู้ขายน้อยรายไว้ได้จนถึงปัจจุบัน และความเห็นข้างต้นมีหลักฐานเชิงประจักษ์หรือความเห็นของผู้เกี่ยวข้องในตลาดรองรับมากน้อยเพียงใด

- **ข้อสรุปอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดแตกต่างจากหน่วยงานกำกับดูแลในต่างประเทศ**

ความเห็นของคณะกรรมการยุโรปในอุตสาหกรรมเดียวกันมองประเด็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดในมุมมองตรงกันข้าม ในกรณีการรวมธุรกิจระหว่าง Sika และ MBCC ที่ยื่นขออนุญาตในเดือนธันวาคม 2022 คณะกรรมาธิการยุโรปพบว่า⁴⁰ ตลาดผลิตภัณฑ์สารเคมีผสมเพิ่ม (chemical admixtures) มีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดสูงอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากผู้ประกอบการต้องมียุทธศาสตร์ที่ใหญ่มากเพื่อต้องมีฝ่ายขายและทีมเทคนิคที่เข้มแข็ง ต้องมีคำสั่งซื้อในปริมาณสูง และมีความชำนาญในการแข่งขันยิ่งไปกว่านั้น ตลาดยังมีลักษณะของความจงรักภักดีต่อตราสินค้า (brand loyalty) ที่ค่อนข้างสูง กรณีนี้ คณะกรรมาธิการยุโรป อนุญาตให้การรวมธุรกิจเดินหน้าต่อไปได้ ภายใต้เงื่อนไขว่า ธุรกิจผลิตภัณฑ์สารเคมีผลิตเพิ่มของ MBCC ในพื้นที่เขตเศรษฐกิจยุโรป ออสเตรีย แคนาดา นิวซีแลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา รวมถึงหน่วยวิจัยและพัฒนาทั่วโลกของ MBCC จะถูกแยกขายกิจการให้ผู้ซื้อรายอื่น

ความเห็นของ CMA สหราชอาณาจักร สอดคล้องกับกรรมาธิการยุโรปในกรณีการรวมธุรกิจระหว่าง Sika และ MBCC ซึ่ง CMA เห็นว่าการพิจารณาอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดจะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่รายใหม่จะเข้ามาในตลาดได้ในระยะเวลาที่เหมาะสมทันท่วงที (timely) ซึ่งโดยทั่วไปคือภายใน 2 ปี ในกรณี Sika และ MBCC หน่วยงาน CMA ได้สอบถามความเห็นผู้ผลิตรายอื่นๆ และลูกค้า ซึ่งระบุว่า การเข้าสู่ตลาดเป็นไปได้ยากเนื่องจาก เป็นธุรกิจที่มีการประหยัดต่อขนาด ดังนั้นผู้ผลิตต้องเป็นรายใหญ่เพื่อให้ได้เปรียบด้านต้นทุน การลงทุนด้านวิจัยและพัฒนาที่มีความสำคัญอย่างมาก โดยเฉพาะในด้านความเชี่ยวชาญทางด้านเทคนิค การพัฒนาผลิตภัณฑ์ และนวัตกรรม เป็นปัจจัยสำคัญที่ถูกคัดเลือกใช้สินค้าของผู้ให้บริการ และชื่อเสียงและความจงรักภักดีในตราสินค้าเป็นปัจจัยที่สำคัญอีกประการในการเลือกซื้อ⁴¹

หากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดอยู่ในระดับสูง หน่วยงานกำกับดูแลอาจต้องพิจารณาว่าคู่แข่งที่อยู่ในตลาดอยู่แล้ว มีรายได้ที่สามารถเป็นคู่แข่งที่มีศักยภาพและสร้างการแข่งขันได้หรือไม่ โดยคู่แข่งที่มีศักยภาพจะต้องเป็นคู่แข่งที่เข้มแข็งและไม่ใช้คู่แข่งที่มีส่วนแบ่งทางการตลาดที่น้อยเกินไป และสามารถขยายกำลังการผลิตได้ทันท่วงทีเมื่อระดับการแข่งขันในตลาดลดลง ในกรณีของสหราชอาณาจักรผู้ผลิตผลิตภัณฑ์สารเคมีผสมเพิ่มมีทั้งสิ้น 15 รายรวมผู้ขอรวมธุรกิจ โดยภายหลังการรวมธุรกิจจะเหลือผู้ประกอบการธุรกิจ 14 ราย แต่ในจำนวน 13 รายที่น่าจะเป็นคู่แข่งนั้น CMA สรุปว่ามีเพียง 1 รายเท่านั้นที่สามารถเป็นคู่แข่งที่มีศักยภาพสามารถสร้างการแข่งขันได้ ในกรณีของประเทศไทย คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าระบุว่า ภายหลังการรวมธุรกิจจะเหลือผู้ประกอบการธุรกิจทั้งหมด 7 ราย แต่ไม่ได้รับส่วนแบ่งทางการตลาด และประเมินศักยภาพของคู่แข่งที่เหลือว่ารายได้จะสามารถสร้างการแข่งขันได้⁴²

5. การกำหนดโทษความผิดในลักษณะที่ความผิดอาจเสียหายในวงกว้างกว่ากรณีที่มีการร้องเรียนเท่านั้น: กรณีผู้ให้บริการขนส่งพัสดุกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม

เมื่อมีเรื่องร้องเรียนเข้ามายังคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการจะดำเนินการรวบรวมข้อมูล พยานหลักฐาน และวิเคราะห์ประเด็นปัญหาก่อนที่จะลงมติตัดสิน ซึ่งล้วนต้องใช้ทรัพยากรในการดำเนินการ แต่การขอบเขตของการวิเคราะห์จะถูกจำกัดตามการร้องเรียนเท่านั้น จนอาจเกิดกรณีการใช้ทรัพยากรจำนวนมากสำหรับกรณีที่ไม่ได้มีขนาดใหญ่ ดังนั้น ในการวินิจฉัยคดีนอกจากการพิจารณาความผิดของผู้ประกอบการที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามคำร้องของผู้ร้องคดี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรจะต้องตรวจสอบหรือสืบสวนเพิ่มเติมด้วยว่า การกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายนั้น เป็นการกระทำผิดอย่างเป็นระบบ และสร้างความเสียหายกับผู้ประกอบการรายอื่นในวงที่กว้างกว่าที่มีการร้องเรียนหรือไม่ เพื่อขยายผลการดำเนินงานในการดูแลการแข่งขัน และทำให้ทรัพยากรที่ใช้ในกระบวนการเกิดความคุ้มค่ายิ่งขึ้น โดยไม่ต้องรอผู้ประกอบการที่สงสัยว่าจะได้รับเสียหายทุกรายมายื่นร้องเรียนก่อน

มีกรณีหนึ่งจากข้อมูลจากเอกสารคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพบว่า ผู้ให้บริการขนส่งพัสดุกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการรับพัสดุ ได้ทำสัญญาแฟรนไชส์หรือตัวแทนในการรับพัสดุให้กับ บริษัท ก. ซึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจขนส่งพัสดุ โดยผู้ร้องซึ่งเปิดจุดให้บริการในตำบล ค. อำเภอ ข. จังหวัด พ. ร้องเรียนว่า บริษัท ก. ได้มาเปิดร้านสาขาในบริเวณพื้นที่ใกล้เคียงกับที่ตั้งร้านของตนโดยไม่ได้แจ้งให้ทราบล่วงหน้า การเปิดร้านสาขาของเจ้าของแฟรนไชส์ใกล้เคียงกับร้านค้าตัวแทนทำให้มีการแย่งลูกค้า ส่งผลกระทบต่อรายได้จากผู้มาใช้บริการส่งพัสดุ นอกจากนี้ ร้านของบริษัท ก. ซึ่งเป็นเจ้าของแฟรนไชส์ ยังคิดอัตราค่าบริการขนส่งพัสดุแบบเรียกเก็บเงินปลายทางระหว่างลูกค้าของร้านตนเอง และร้านตัวแทนแตกต่างกัน โดยให้ส่วนลดกับลูกค้าร้านตนเองถูกกว่า⁴³

ในกรณีนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีมติว่าการกระทำของ บริษัท ก. ที่เป็นเจ้าของ แพรนไฮส์และผู้มีอำนาจสั่งการมีความผิดฐานเป็นผู้ประกอบธุรกิจใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ตามมาตรา 57 (2) ของ พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางพิจารณา การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจแพรนไฮส์

ในการพิจารณาอัตราค่าปรับทางปกครอง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามองว่าความผิด เกิดในเฉพาะพื้นที่จังหวัด พ. ซึ่งเป็นพื้นที่จำกัด จึงกำหนดอัตราค่าปรับร้อยละ 3 ของรายได้ในพื้นที่ จังหวัด พ. และบริษัท ก. ได้รับการลดค่าปรับลงเป็นขั้นๆ ซึ่งเป็นแรงจูงใจให้ผู้กระทำผิดแก้ไขปรับปรุง และให้ความร่วมมือกับการสอบสวน กล่าวคือ บริษัท ก. รับผิดชอบต่อการกระทำโดยการชดเชยผู้ร้อง (ลดค่าปรับลง ร้อยละ 20) ทำผิดเป็นครั้งแรก (ลดค่าปรับลงอีกร้อยละ 10) ให้ความร่วมมือและให้ข้อมูล ที่เป็นประโยชน์ (ลดค่าปรับลงอีกร้อยละ 10) คงเหลือค่าปรับที่บริษัท ก และกรรมการผู้มีอำนาจต้อง ชำระรายละ 611,004.71 บาท

ในกรณีนี้จะเห็นว่าลักษณะของความผิดคือ การที่เจ้าของแพรนไฮส์ (บริษัท ก.) ซึ่งเป็น ผู้ให้บริการขนส่งพัสดุซึ่งเป็นบริการต้นน้ำ มาให้บริการในตลาดค้าปลีกปลายน้ำ (ตัวแทนจำหน่าย บริการขนส่งพัสดุ) แข่งกับผู้ประกอบการที่เป็นตัวแทนที่ทำสัญญาแพรนไฮส์กับตน โดยคิดอัตรา ค่าบริการที่ต่ำกว่า เนื่องจากตนเองมีข้อได้เปรียบด้านต้นทุน ซึ่งความผิดลักษณะนี้อาจจะมีผู้ได้รับ ผลกระทบรายอื่นๆ นอกเหนือจากผู้ร้อง หากบริษัท ก. มีการเปิดสาขาของตนเองในพื้นที่อื่นๆ ทั้งใน จังหวัด พ. หรือจังหวัดอื่นๆ และมีการใช้กลยุทธ์ราคาในลักษณะเดียวกัน

ดังนั้น ในการพิจารณาความผิดที่เกิดจากการละเมิดสัญญาระหว่างผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มี อำนาจตลาดหรือมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากับคู่ค้ารายย่อย คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจจะ ต้องประเมินขอบเขตความเสียหายว่ามีอยู่ในวงจำกัดเฉพาะตัวผู้ร้อง หรือเฉพาะสินค้าหรือบริการที่ผู้ร้อง ขาย หรือเฉพาะพื้นที่การให้บริการของผู้ร้องแต่เพียงเท่านั้นใช่หรือไม่ หรือมีการกระทำผิดลักษณะ เดียวกันที่เกิดกับคู่ค้ารายอื่น หรือสินค้าและบริการอื่น หรือพื้นที่ขายหรือให้บริการอื่นด้วย เพื่อให้การ ประเมินความเสียหาย และการกำหนดมูลค่าความเสียหายและอัตราค่าปรับที่เป็นสัดส่วนสอดคล้องกับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

6. ข้อเสนอเพื่อปรับปรุงการปฏิบัติงาน

จากการศึกษาการปฏิบัติงานของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าผ่านเอกสารคำวินิจฉัย เบื้องต้น ผู้เขียนมีข้อเสนอเพื่อปรับการปฏิบัติงานทั้งในด้านวิชาการ และด้านกระบวนการทำงาน ดังต่อไปนี้

1. ในการวิเคราะห์โครงสร้างตลาดและประเมินผลกระทบ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ควรทำการวิเคราะห์และประเมินบนหลักการทางวิชาการตามมาตรฐานสากล พร้อมทำ นำเสนอหลักฐานที่เป็นวิชาการประกอบการให้เหตุผล
 - การกำหนดขอบเขตตลาดมีความสำคัญต่อการประเมินสภาพการแข่งขัน และผลกระทบ ของการรวมธุรกิจและพฤติกรรมของผู้ประกอบการ ขอบเขตตลาดจึงควรถูกกำหนด บนพื้นฐานของข้อมูลเชิงประจักษ์ ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควร เก็บข้อมูลจากหลายแหล่ง ทั้งข้อมูลจากงานศึกษาที่เป็นวิชาการในอดีต ตัวอย่าง กรณีศึกษาเทียบเคียงจากหน่วยงานกำกับดูแลในต่างประเทศ รวมทั้งการเก็บข้อมูล ปฐมภูมิจากการสอบถามความเห็นผู้บริโภค (consumer survey) ซึ่งจำเป็นต่อ การวิเคราะห์การทดแทนทางด้านอุปสงค์ และความเห็นจากผู้ประกอบการที่มีส่วน เกี่ยวข้อง (third party) ซึ่งจำเป็นต่อการวิเคราะห์การทดแทนทางด้านอุปทาน การให้ ข้อสรุปในเชิง “วิเคราะห์แล้วเห็นว่า” โดยไม่มีหลักฐานใดๆ ซึ่งปรากฏอยู่บ่อยครั้งใน เอกสารคำวินิจฉัย ทำให้การกำหนดนิยามตลาดเป็นเพียงข้อคิดเห็นเฉพาะบุคคล และมีความไม่แน่นอน (arbitrary) นอกจากนี้ การกำหนดขอบเขตตลาดจะต้องมีความ คงเส้นคงวา กล่าวคือ จะต้องพิจารณาเทียบเคียงกับคำวินิจฉัยในอดีต หากมีการขัดแย้ง กับนิยามตลาดที่เคยได้วินิจฉัยไปแล้ว ควรอธิบายเหตุผลที่ทำให้การวินิจฉัย เปลี่ยนแปลงไป
 - การวินิจฉัยผลกระทบ ควรจะต้องพิจารณาถึงข้อสมมติฐานหรือทฤษฎีเกี่ยวกับการสร้าง ความเสียหาย (theory of harm) ที่ครบถ้วนและชัดเจน ทฤษฎีความเสียหายจะเป็น กรอบสำคัญในการตรวจสอบและวิเคราะห์ว่าเหตุการณ์หรือพฤติกรรมที่เกิดขึ้นส่งผล เสียหายต่อการแข่งขันในตลาดหรือไม่ อย่างไร ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีสมาคม ค. ร่วมกันกำหนดราคาซื้อและราคาขายทองคำแท่งและทองคำรูปพรรณ คณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้ายกเหตุผลว่า การไม่มีข้อกำหนดที่ชัดเจนให้ผู้ค้าทองต้องตั้งราคา ตามที่สมาคมประกาศ รวมทั้งการไม่มีการบังคับ และการไม่มีบทลงโทษในกรณีที่ผู้ค้า ทองไม่ตั้งราคาตามประกาศสมาคม ย่อมแสดงว่าสมาคมไม่มีพฤติกรรมร่วมกันกำหนด ราคา สะท้อนให้เห็นว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่ได้คำนึงถึงหรือไม่ได้มี ความเข้าใจเพียงพอว่า การร่วมมือกันแบบซอห์นเร็น (tacit collusion) คือ theory of harm ที่ควรจะต้องพิจารณา และ tacit collusion ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงหรือบทลงโทษ ที่ชัดเจนใดๆ นอกจากนี้ การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเก็บข้อมูลราคาทอง ที่ร้านค้าขายเพียงไม่กี่วันแล้วสรุปว่า การที่ราคาของร้านค้าแต่ละรายไม่ได้เท่ากับราคา ที่สมาคมประกาศทั้งหมด แปลว่าราคาที่สมาคมประกาศไม่ได้ทำหน้าที่ช่วยกำหนด ราคาตลาด การสรุปแบบนี้ชี้ให้เห็นว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่ได้ พิจารณา บทบาทของสมาคมการค้าที่ทำหน้าที่อำนวยความสะดวกการแลกเปลี่ยน ข้อมูลที่อ่อนไหวทางการค้า และบทบาทของราคาที่สมาคมประกาศในฐานะที่เป็น

จุดอ้างอิง (focal point) ที่ร้านค้าจะตั้งราคาครอบๆ ราคาดังกล่าว ซึ่งเป็น theory of harm ที่จะต้องพิจารณาในกรณีนี้

- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรมีงานศึกษาวิเคราะห์สภาพตลาด (market study) ในตลาดที่มีความเสี่ยงต่อการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างสม่ำเสมอ งานศึกษาควรเป็นงานที่ผลิตโดยหน่วยงานภายใน (in house) ซึ่งจะช่วยสร้างและเก็บองค์ความรู้ทางวิชาการไว้ภายในองค์กร ซึ่งการผลิตความรู้ที่ภายในองค์กรนั้น สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรจะต้องจัดสรรทรัพยากรที่เหมาะสมในส่วนงานทางด้านวิชาการ มากกว่าการใช้ทรัพยากรไปกับการพิจารณาคดี หรือแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีเล็กที่มีผลกระทบน้อย
2. คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรเผยแพร่หลักฐาน รายละเอียดของข้อมูล หรือผลการวิเคราะห์ที่ใช้ประกอบคำตัดสิน โดยอาจตัดข้อมูลหรือข้อความเป็นความลับทางการค้า นอกจากนั้นกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมการเสียงข้างน้อยควรต้องให้ความเห็นส่วนตัวและเผยแพร่ให้สาธารณะได้รับทราบด้วย
 3. เอกสารเผยแพร่คำวินิจฉัยควรปิดข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าเท่าที่จำเป็น ข้อมูลบางอย่างสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องเปิดเผย เช่น ชื่อบริษัท ชื่อจังหวัด ชื่อสินค้า ไม่ควรใช้ชื่อย่อ การใช้ชื่อย่อเป็นการสร้างอุปสรรคต่อสาธารณะในการอ่านและทำความเข้าใจคำวินิจฉัยโดยไม่จำเป็น
 4. คดีความและคำร้องเรียนที่เข้ามาสู่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีจำนวนมาก และในหลายกรณีเป็นคดีที่ไม่เกี่ยวข้องกับภารกิจหลักของสำนักงาน บางกรณีเป็นคดีที่มีความเสียหายหรือผลกระทบต่ำ บางกรณีเป็นคดีร้องเรียนจากความเดือดร้อนและการได้รับปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมของผู้บริโภค ในขณะที่เดียวกันสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีทรัพยากรจำกัดในการพิจารณา ซึ่งในบางกรณีใช้ทรัพยากรจำนวนมากเกินกว่าผลประโยชน์ที่สังคมได้รับ ทรัพยากรทุนและบุคลากรควรจะถูกจัดสรรไปในกิจกรรมที่สร้างความแข็งแกร่งเชิงวิชาการขององค์กร และการศึกษาวิเคราะห์กรณีที่สำคัญ และมีผลกระทบต่อสังคมมาก ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรมีกระบวนการจัดลำดับความสำคัญของคดีที่จะรับเข้าสู่การพิจารณา เพื่อการจัดสรรทรัพยากรที่มีจำกัดให้ได้ผลประโยชน์ต่อสังคมสูงสุด
 5. สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรมีช่องทางหรือระบบการส่งต่อคดีหรือข้อร้องเรียนไปยังหน่วยงานพันธมิตรที่เกี่ยวข้อง เช่น สภาองค์กรของผู้บริโภค หรือหน่วยงานกำกับดูแลเฉพาะของอุตสาหกรรม

รายการอ้างอิง

- ¹ <https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/Goldcase.pdf>
- ² เอกสารผลคำวินิจฉัย หน้า 4 - 7
- ³ https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/17_10_2565.pdf
- ⁴ DAF/COMP(2010) <https://www.oecd.org/daf/competition/48379006.pdf>
- ⁵ Scherer, FM (1980), *Industrial market structure and performance* 2 ed 190-193.
- ⁶ Knittel CR and Stango V (2003) Price ceilings as focal points for tacit collusion: evidence from credit cards. *Am Econ Rev* 93:1703–1729
- ⁷ Foros, Ø., and Steen, F., 2013. Vertical control and price cycles in gasoline retailing. *Scand. J. Econ.* 115 (3), 640–661.
- ⁸ Faber, R.P. and Janssen, M.C.W. (2019), On the Effects of Suggested Prices in Gasoline Markets. *Scand. J. of Economics*, 121: 676-705. <https://doi.org/10.1111/sjoe.12289>
- ⁹ DAF/COMP(2010) <https://www.oecd.org/daf/competition/48379006.pdf>
- ¹⁰ <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/001-0203-national-association-music-merchants-inc-matter>
- ¹¹ <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/hong-kong-competition-ordinance-is-having-an-impact-after-just-two-months-say-experts?fbclid=IwAR2TG33wULLBaODTVNNf5i1Ha9NOF5wbaMRE7p-c81WXDrNo86h6yLtxWok>
- ¹² https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/%E0%B8%9C%E0%B8%A5%E0%B8%84%E0%B8%B3%E0%B8%A7%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%89%E0%B8%B1%E0%B8%A2_CP-Tesco_18122563-final.pdf
- ¹³ 1. โครงการศึกษาธุรกิจค้าปลีกค้าส่งเพื่อเตรียมความพร้อมในการยกร่างกฎหมายการประกอบธุรกิจค้าปลีกค้าส่งที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (กันยายน 2017), 2. โครงการศึกษาวิเคราะห์แนวทางการกำหนดเกณฑ์การรวมธุรกิจที่เหมาะสมเพื่อรองรับการก้าวสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2015), และ 3. รายงานการศึกษาธุรกิจร้านค้าปลีกสมัยใหม่ของศูนย์วิจัยแห่งธนาคารกรุงศรีอยุธยา (สิงหาคม 2019)
- ¹⁴ เอกสารผลคำวินิจฉัย หน้า 4 บรรทัดที่ 1
- ¹⁵ เอกสารผลคำวินิจฉัย หน้า 10-11
- ¹⁶ <https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/CouponDecision.pdf>
- ¹⁷ บิ๊กซีและคาร์ฟูได้กล่าวหาว่า เทสโก้ซึ่งเป็นผู้มี “อำนาจเหนือตลาด” และทำการค้าที่ไม่เป็นการ “แข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” เนื่องจากเทสโก้ (1) ประกาศรับคูปองของห้างคาร์ฟูมูลค่า 80 บาท โดยเพิ่มมูลค่าส่วนลดบนคูปองให้เป็น 2 เท่าคือ 160 บาทต่อคูปอง เพื่อซื้อสินค้าในห้างเทสโก้ และ (2) โฆษณาให้ผู้บริโภคที่ถือบัตรสมาชิก คาร์ฟูไอวิซ ส่งข้อความสั้นไปยังเทสโก้เพื่อรับบัตรกำนัลมูลค่า 200 บาท โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นสมาชิกบัตร Club Card ของเทสโก้โลดัส

¹⁸ เอกสารผลคำวินิจฉัย <https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/CouponDecision.pdf> หน้า 4

¹⁹ Anticipated acquisition by Co-operative Group Ltd of Nisa Retail Ltd (ME/6716-17) (23 April 2018), Phase 1 decision; Completed acquisition by Henderson Retail Limited of part of the Martin McColl Limited portfolio (ME/6716-17) (16 February 2018), Phase 1 decision; Tesco/Booker merger inquiry, Phase 1 decision (21 July 2017) and Final report (20 December 2017); Anticipated acquisition by Martin McColl Ltd of 298 groceries stores from Co-operative Group Ltd (ME/6632/16) (20 December 2016), Phase 1 decision; Completed acquisition by Co-operative Foodstores Limited of eight My Local grocery stores from ML Convenience Limited and MLCG Limited (ME/6625/16) (19 October 2016), Phase 1 decision; Anticipated acquisition by Co-operative Foodstores Limited of 15 Budgens grocery stores from Booker Retail Partners (GB) Limited (ME/6588/16) (6 June 2016), Phase 1 decision; Completed acquisition by Netto Limited of three grocery stores from Co-operative Group Limited (ME/6529-15) (25 February 2016), Phase 1 decision.

²⁰ World Bank Group. (2009). How Many Stops in a One-Stop Shop? World Bank.

²¹ Competition Commission. (2014, April 1). Glossary. Groceries Market Investigation. United Kingdom.

²² เอกสารประกอบการประชุมคณะอนุกรรมการศึกษาวิเคราะห์โครงสร้างตลาดและสภาพการแข่งขันในธุรกิจค้าส่งค้าปลีก สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

²³ Rickert, D., Schain, J.P. and Stiebale, J. (2021), Local Market Structure and Consumer Prices: Evidence from a Retail Merger*. J. Ind. Econ., 69: 692-729. <https://doi.org/10.1111/joie.12275>

²⁴ Argentesi, E., P. Buccrossi, R. Cervone, T. Duso, and A. Marrazzo. (2016). The Effect of Retail Mergers on Prices and Variety: An Ex-Post Evaluation. Discussion Paper, DICE Discussion Paper.

²⁵ Argentesi E, Buccrossi P, Cervone R, Duso T, Marrazzo A (2021) The effect of mergers on variety in grocery retailing. CEPR Discussion Paper 16230.

²⁶ Oschmann, Sebastian, The Effects of Local Competition on Supermarket Outcomes: Evidence from Superstore Entry using Intra-Market Variation (November 30, 2022). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4315228> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4315228>

²⁷ เช่น Martin McColl/Co-operative merger inquiry (20 December 2017), Phase 1 decision, paragraph 32; Co-operative/ML Convenience and MLCG merger inquiry (19 October 2016), Phase 1 decision, paragraph 43; Co-operative/Booker merger inquiry (6 June 2016), Phase 1 decision, paragraph 37.

²⁸ Tesco/Booker merger inquiry (20 December 2017), Final report, paragraph 6.15. Martin McColl/Co-operative merger inquiry (20 December 2016), Phase 1 decision, paragraph 32; Co-operative/ML Convenience and MLCG merger inquiry (19 October 2016), Phase 1 decision, paragraph 43, Co-operative/Booker merger inquiry (6 June 2016), Phase 1 decision, paragraph 37.

²⁹ Tesco/Booker merger inquiry (20 December 2017), Final report, paragraph 6.24.

³⁰ การแบ่งขอบเขตตลาดทางภูมิศาสตร์ตามจังหวัดยังถือว่าเป็นขอบเขตที่กว้างเกินไปอยู่มาก หากพิจารณาตามเกณฑ์ระยะทางของ CMA ซึ่งจะส่งผลให้การวิเคราะห์ประเมินระดับการกระจุกตัวต่ำกว่าความเป็นจริง (underestimate)

³¹ Motta, Massimo, Michele Polo and Helder Va sconcelo s (2003), “Merger Remedies in the European Union: An Overview”, in Lévêque François and Howard Shela nskiEds., Merger Remedies in American and European Union Competition Law, Edward Elgar.

³² เอกสารคำวินิจฉัย หน้า 24-25

³³ เอกสารคำวินิจฉัย หน้า 18

³⁴ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/461114/GS-COP-Order_v2.pdf

³⁵ <https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/mergerSorAor.pdf>

³⁶ เอกสารผลคำวินิจฉัย หน้า 3 ข้อ 3 (1)

³⁷ https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6359185b8fa8f557d9a2d57e/FULL_TEXT_03.pdf

³⁸ เอกสารผลคำวินิจฉัย หน้า 9 ข้อ 1.4

³⁹ เอกสารผลคำวินิจฉัย หน้า 6 ข้อ 1.2

⁴⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_598


⁴¹ https://assets.publishing.service.gov.uk/media/639b4445e90e07218568c078/Sika-MBCC_Final_Report__VERSION_FOR_PUBLICATION_.pdf ย่อหน้า 8.88

⁴² <https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/mergerSorAor.pdf> หน้า 7 ข้อ 1.3


⁴³ [https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/unfairdeliverydecision\(1\).pdf](https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/unfairdeliverydecision(1).pdf)





101 PUB หรือ 101 Public Policy Think Tank - ศูนย์ความรู้นโยบายสาธารณะ
เพื่อการเปลี่ยนแปลง มุ่งทำงานวิจัยด้านนโยบายสาธารณะไทยในบริบทโลกใหม่
เราทำงานวิเคราะห์ ออกแบบ ขับเคลื่อน และสื่อสารนโยบายสาธารณะ บนฐาน
วิชาการ ฐานการพัฒนา และฐานประชาธิปไตย

 www.101pub.org

 101PUB

 @101_PUB

 @101_pub

 contact.101pub@gmail.com