

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบรวมกิจการในการประกอบธุรกิจ

เมื่อมีการควบรวมกิจการซึ่งตามกฎหมายไทยนั้นกำหนดไว้ว่าบริษัทที่ควบเข้ากันเป็นอันเลิกไปและต้องเกิดเป็นบริษัทใหม่ขึ้น ซึ่งต่างจากกฎหมายต่างประเทศที่ไม่จำเป็นต้องเลิกกิจการไป กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบรวมกิจการเฉพาะวิธีการควบรวมกิจการที่นิติบุคคลตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไปมาควบรวมกิจการกันแล้วเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่โดยที่นิติบุคคลเดิมที่มาเข้าควบกันนั้นต่างต้องเข้าสู่การเลิกกิจการไป (Amalgamation) เพียงรูปแบบเดียว ในขณะที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นการควบรวมกิจการในประเทศไทยยังมีวิธีการควบรวมกิจการกัน โดยที่นิติบุคคลหนึ่งโอนกิจการทั้งหมดของตนให้แก่อีกนิติบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้รับโอนกิจการนั้น โดยที่ในภายหลังผู้โอนกิจการก็จะจดทะเบียนเลิกกิจการและสิ้นสภาพนิติบุคคลไป และผู้ถือหุ้น ลูกจ้าง ทรัพย์สิน สิทธิ และความรับผิดชอบโอนไปรวมอยู่ที่บริษัทผู้รับโอนกิจการหรือเป็นการควบรวมกิจการอย่าง Merger ตามกฎหมายของต่างประเทศด้วยซึ่งโดยสภาพการควบรวมกิจการและการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันนั้น ต่างมีสาระสำคัญคือตัวสินทรัพย์ หนี้สิน สิทธิหน้าที่ต่างๆ ที่จะถูกโอนไปยังอีกนิติบุคคลหนึ่งเหมือนกัน แตกต่างกันแต่เพียงว่าจะหลังการควบรวมกิจการจะมีการตั้งนิติบุคคลใหม่หรือไม่เท่านั้น

อุปสรรคสำคัญอีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้นตามมาคืออุปสรรคเกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจ ในเมื่อบริษัทสองบริษัทหรือมากกว่านั้นเข้ามาทำธุรกรรมการควบรวมกิจการไม่ว่าจะเป็นการควบรวมโดยใช้วิธี Amalgamation หรือ Merger ใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจหรือสัมปทานที่ได้รับจากหน่วยงานรัฐที่มีอำนาจหน้าที่และกฎหมายให้อำนาจในการอนุญาตและกำกับดูแลแต่ละธุรกิจที่มีการสงวนอำนาจรัฐไว้เช่นการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้การกำกับดูแลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้ากระทรวงพาณิชย์การประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์กระทรวงการคลังในฐานะที่เป็นสิทธิอย่างหนึ่งก็สมควรจะสามารถโอนไปยังนิติบุคคลที่ได้รับการตั้งขึ้นมาใหม่จากการควบรวมกิจการหรือบริษัทผู้รับโอนตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535 กรณีที่เป็นปัญหาในทางกฎหมายที่นิติบุคคลบริษัทส่วนใหญ่ต้องประสบพบเจอนั้นก็คือกรณีกฎหมายที่ควบคุมการค้าเงินธุรกิจนั้นๆ มีแต่เพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับการขอ

อนุญาตประกอบธุรกิจการค้าของคุณสมบัติของผู้ได้รับอนุญาตและอื่นๆแต่ไม่มีการบัญญัติหรือกำหนดขั้นตอนในกรณีที่มีการควบรวมกิจการไม่ว่าจะเป็น Amalgamation หรือ Merger ว่าจะให้ดำเนินการกับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจนั้นอย่างไรระหว่างขออนุญาตใหม่เพราะถือว่ามี การเปลี่ยนแปลงตัวนิติบุคคลผู้ได้รับใบอนุญาตหรือเพียงแต่ขอเปลี่ยนแปลงชื่อผู้ได้รับใบอนุญาตเพราะ คุณสมบัติของผู้ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานยังคงเดิมเพียงแต่เปลี่ยนรูปร่างนิติบุคคลไปมีผู้ถือหุ้น รายใหม่มีการเพิ่มทรัพย์สินลูกจ้างพนักงานเป็นต้นซึ่งก่อให้เกิดความสับสนและสร้างปัญหาในทาง ปฏิบัติเมื่อเกิดธุรกรรมการควบรวมกิจการเพราะหากตีความว่าเป็นการขอใบอนุญาตใหม่แล้วผู้ ประกอบธุรกิจย่อมไม่สามารถประกอบธุรกิจนั้นได้ตั้งแต่วันที่ที่มีการจดทะเบียนควบรวมกิจการ เปลี่ยนแปลงตัวนิติบุคคลดำเนินการขอใบอนุญาตหรือสัมปทานและได้รับใบอนุญาตหรือสัมปทาน นั้นใหม่แล้วแต่กรณีซึ่งอาจสร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่นิติบุคคลนั้นหากนิติบุคคลนั้นต้องม ีการหารายได้หลักจากการประกอบธุรกิจที่ต้องขออนุญาตนั้นอย่างไรก็ตามการศึกษารวบรวม รายละเอียดเกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเนื่องจากการควบรวมกิจการที่กฎหมาย กำหนดให้มีการโอนกันได้และใบอนุญาตที่กฎหมายไม่ได้กำหนดว่ามีการโอนกันได้เพื่อ ประกอบการวิเคราะห์ในบทนี้อาจไม่สามารถรวบรวมใบอนุญาตทุกชนิดทุกประเภทจึงขอรวบรวม มาเพียงบางส่วนเพื่อประกอบการศึกษาเท่านั้น

นอกจากนี้เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า (Antitrust Law) หรือที่เรียกกันตามกฎหมายไทยว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็จัดว่าเป็นเรื่อง ที่มีความสำคัญเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับการควบรวมกิจการมากที่สุดเรื่องหนึ่งเนื่องมาจากการควบรวม กิจการเป็นวิธีหนึ่งที่จะสร้างอำนาจเหนือตลาด ทำให้สามารถควบคุมหรือกำหนดนโยบายด้านราคา และด้านอื่นๆ รวมถึงเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายเดิมจนเป็นการผูกขาดทางการค้าไปในที่สุด

#### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับนิยามการควบรวมกิจการตามกฎหมายไทย

ปัจจุบันบริษัทสามารถควบรวมกิจการกันได้ตามกฎหมายกล่าวคือประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แต่ก็ยังคงมีอุปสรรคในทางปฏิบัติที่ ทำให้การควบรวมกิจการเกิดความล่าช้าภาระต้นทุนเพิ่มและเกิดความไม่ชัดเจนในการตีความเพื่อ นำไปปฏิบัติตามอันเนื่องมาจากการควบรวมกิจการทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นั้น ได้บัญญัติรองรับวิธีการควบรวมกิจการแบบ Amalgamation ที่รวมกิจการเข้ากันโดยยุบกิจการเดิมทั้งหมดเกิดเป็นกิจการใหม่ขึ้นมาแทนเพียง รูปแบบเดียวเท่านั้น

#### 4.1.1 การควบรวมกิจการที่มีกฎหมายบัญญัติรองรับ

การควบรวมกิจการที่มีกฎหมายบัญญัติรองรับนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535 ได้บัญญัติรองรับถึงการควบรวมกิจการแบบ Amalgamation ไว้เพียงรูปแบบเดียว

4.1.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บริษัทเป็นรูปแบบธุรกิจการค้าซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับและการควบคุมของทางราชการ โดยเฉพาะ กรมพัฒนาธุรกิจการค้าและกรมสรรพากรมากยิ่งขึ้นกว่าธุรกิจการค้าในรูปแบบอื่น ทั้งในด้านการก่อตั้ง การบริหารงาน และการเลิกกิจการ ทั้งต้องมีการส่งรายงานและเปิดเผยข้อมูลบางประการด้วย อาทิเช่นบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นและงบการเงินที่สอบทาน โดยผู้สอบบัญชีรับอนุญาต เป็นต้น โดยวัตถุประสงค์หลักของการตั้งบริษัทก็คือการรวมทุนเข้ากันเพื่อดำเนินธุรกิจการค้าหากำไรมาแบ่งปันกัน จึงมีการนิยมใช้บริษัทเป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจทั้งทางภาคเอกชนและภาครัฐ

บางกรณีมีการลงทุนเป็นจำนวนมากอยู่ในมือของบุคคลบางกลุ่มและตั้งบริษัทขึ้นเพื่อทำการผูกขาดในทางการค้า ตลอดจนมีการรวมกลุ่มบริษัท มีการตั้งบริษัทในเครือเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของคนบางกลุ่มก็มี ทำให้เศรษฐกิจของชาติอยู่ในมือของบุคคลเพียงบางกลุ่ม จึงอาจมีความจำเป็นที่ทางฝ่ายรัฐจะต้องเข้ามาควบคุมดูแลการจัดตั้งและการดำเนินงานของบริษัทด้วย การควบรวมกิจการระหว่างบริษัทจำกัดนั้น อาจทำให้ผู้ถือหุ้นบางคน หรือผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลบางบริษัทที่จะควบรวมกิจการกันนั้นมีการได้เปรียบ เสียเปรียบกันได้ เช่นผู้ถือหุ้นที่ควบคุมเสียงส่วนใหญ่ของบริษัทหนึ่ง เมื่อควบรวมกิจการกันแล้วกับอีกบริษัทหนึ่งอาจไม่ได้เป็นผู้ควบคุมเสียงส่วนใหญ่อีกต่อไป ผู้ถือหุ้นของบริษัทที่มีทรัพย์สินมากแต่มีหุ้นน้อยอาจเสียเปรียบเมื่อบริษัทของตนรวมกับอีกบริษัทหนึ่งซึ่งมีหุ้นมากกว่า ด้วยเหตุนี้เองการควบรวมกิจการกันจึงต้องกระทำลงโดยความยินยอมโดยมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ซึ่งหมายความว่าทุกบริษัทที่จะเข้าควบรวมกันจะต้องตกลงกันได้ได้ในเบื้องต้นก่อนว่าจะเข้าควบรวมกันในรูปแบบใดและอาจจะต้องตกลงกันในเรื่องนี้สิน ทรัพย์สิน นอกเหนือจากที่เจ้าหน้าที่ไม่มีการคัดค้าน ซึ่งที่ประชุมใหญ่ร่วมกันของบริษัทที่จะควบเข้ากันนั้นต้อง พิจารณาและมีมติในเรื่องดังกล่าว เป็นมติพิเศษของบริษัททั้งหลายเหล่านั้นจึงจะไปจดทะเบียนควบกิจการเข้ากันได้ อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดนโยบายเกี่ยวกับ การควบรวมกิจการของบริษัทจำกัดแต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดขั้นตอนการดำเนินการเพื่อจดทะเบียนควบบริษัท ตลอดจนระยะเวลาการนัดประชุมและการคัดค้านของเจ้าหน้าที่ไว้เท่านั้น

โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการบัญญัติหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบกิจการใน มาตรา 1238 ถึงมาตรา 1243 ซึ่งบัญญัติรองรับเฉพาะการควบกิจการในรูปแบบที่

กิจการที่ควบกันนั้นต้องเลิกไป และตั้งกิจการใหม่ขึ้นมาเท่านั้น และกิจการที่เกิดขึ้นใหม่นั้น จะรับไปทั้งทรัพย์สิน หนี้สิน สิทธิ หน้าที่ รวมถึงความรับผิดชอบต่างๆ ของกิจการที่ควบเข้าหากัน และได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการและขั้นตอนในการควบรวมกิจการไว้ ดังนี้ การควบรวมกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ละบริษัทที่ตกลงควบกันต้องมีมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นให้ความเห็นชอบ และบริษัทต้องนำมติดังกล่าวไปจดทะเบียนภายใน 14 วัน นับแต่วันที่การประชุมผู้ถือหุ้น นอกจากนี้แต่ละบริษัทต้องโฆษณาในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นติดต่อกัน 7 วันเป็นอย่างน้อย และส่งคำบอกกล่าวเป็นจดหมายลงทะเบียนไปยังบรรดาบุคคลซึ่งบริษัทรู้ว่าเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท และหากเจ้าหนีดังกล่าวจะคัดค้านการควบกิจการก็ต้องส่งคำคัดค้านภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่บอกกล่าว หากมีการคัดค้านเกิดขึ้น บริษัทนั้นต้องชดใช้หนี้หรือให้ประกันเพื่อหนีรายนั้น เมื่อบริษัทได้ควบเข้ากันแล้ว แต่ละบริษัทต้องนำความไปจดทะเบียนภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ควบเข้ากัน และบริษัทที่ได้จัดตั้งขึ้นใหม่นั้นต้องจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทใหม่ และจะถือว่าเป็นบริษัทเดิมที่ควบกันนั้นสิ้นสภาพไป

ในส่วนของการบริหารงานนั้นเป็นเรื่องที่กรรมการของบริษัทที่ได้รับเลือกจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น เป็นผู้ดำเนินการและอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น โดยทางราชการไม่ได้เข้าไปเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงการบริหารงานของบริษัทแต่อย่างใด ส่วนราชการจะเข้าไปดูแลเมื่อมีการคัดค้านการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงบริษัทจำกัดโดยเหตุการณ์เรียกประชุมไม่ถูกต้อง หรือการจดทะเบียนไม่ได้เป็นไปตามมติของผู้ถือหุ้น เป็นต้น หรือกรรมการทำให้บริษัทเกิดความเสียหาย ทั้งนี้ อาจเป็นไปได้ว่า การที่หน่วยงานราชการไม่เข้าไปแทรกแซงการดำเนินงานในบริษัทจำกัดมากนักก็เพราะเห็นว่าการลงทุน และการประกอบธุรกิจโดยบริษัทเอกชนนั้นเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกัน และการเข้าหุ้นกันเป็นบริษัทจำกัดเองก็ถือเป็นเอกเทศสัญญาอย่างหนึ่งสมควรให้เป็นไปตามหลักอิสระในทางแพ่งเป็นความสัมพันธ์ ระหว่างผู้ถือหุ้นกับกรรมการอย่างตัวการตัวแทน และบริษัทกับกรรมการในฐานะผู้แทนในการแสดง เจตนาของนิติบุคคล รัฐจึงไม่ได้เข้าไปเกี่ยวข้องเพียงแต่ดูแลช่วยอำนวยความสะดวกในการจัดตั้งและดูแลเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

4.1.1.2 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ในกรณีของบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งเป็นนิติบุคคลที่สามารถระดมทุนจากประชาชนเป็นการทั่วไป ในวงกว้างได้ เนื่องจากสามารถระดมทุนผ่านการขายหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้นั้น เป็นบริษัทที่รัฐจะต้องเข้าไปดูแลผลประโยชน์ของผู้ที่ร่วมลงทุนในบริษัทบ้างแต่ก็ไม่มากนักซึ่งมีบทบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องในช่วงการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท การแปรสภาพ การขายหุ้นให้กับประชาชน และส่วนอื่นๆ ที่จำเป็น เช่น ในการตรวจการงานของบริษัท ซึ่งก็มีลักษณะที่เป็นกฎหมายที่จัดระเบียบการพาณิชย์เช่นเดียวกับ

กฎหมายที่เกี่ยวกับบริษัทเอกชนจำกัด แต่บริษัทมหาชนจำกัดรัฐจะเข้าไปเกี่ยวข้องมากกว่าบริษัทจำกัดเล็กน้อย กล่าวคือในส่วนที่เกี่ยวกับการเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชน ซึ่งในส่วนนี้ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ จะเข้าไปเกี่ยวข้องดูแลให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ต้องขออนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) ก่อน โดยจะต้องมีการยื่นขออนุญาตตามแบบที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (“คณะกรรมการฯ”) กำหนด ซึ่งคณะกรรมการฯ จะพิจารณาอนุญาตหรือไม่จะพิจารณาตามวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจว่าเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ไม่เกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและนโยบายเรื่องสำคัญอื่นๆ และต้องมีการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์ตามแบบที่กำหนด และการเปิดเผยสารสนเทศที่ สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด ตลอดจนร่างหนังสือชี้ชวนการเสนอขายหุ้นที่คณะกรรมการฯ กำหนด ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้ประชาชนสามารถตรวจสอบดูได้ก่อนตกลงเข้าทำการซื้อหลักทรัพย์ของบริษัท นั้น ส่วนในเรื่องหลักเกณฑ์การจัดตั้งนิติบุคคลเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทมหาชนจำกัดนั้นก็มีความคล้ายคลึงกับนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด โดยมีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์เป็นผู้ดูแล

ส่วนการควบรวมกิจการของบริษัทมหาชนจำกัดนั้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 146 ถึงมาตรา 153 ได้บัญญัติวิธีการ ขั้นตอน และผลที่เกิดขึ้นจากการควบรวมกิจการไว้ โดยกำหนดรูปแบบของการควบกิจการที่เกิดขึ้นไว้ว่ากิจการที่ควบกันนั้นต้องเลิกไป และต้องตั้งกิจการใหม่ขึ้นมา และกิจการที่ตั้งขึ้นมาใหม่รับไปทั้งทรัพย์สิน หนี้สิน สิทธิและหน้าที่ รวมถึงความรับผิดชอบต่างๆ ของกิจการที่ได้ทำการควบเข้าหากัน โดยเฉพาะบริษัทที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยด้วยแล้ว หากมีผู้ถือหุ้นคัดค้านการควบรวมกิจการในที่ประชุมผู้ถือหุ้น บริษัทจะต้องจัดให้มีการซื้อหุ้นของผู้คัดค้านในราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ครั้งสุดท้ายก่อนวันที่มีมติให้ควบกิจการของบริษัท สำหรับในกรณีที่ไม่มีราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ให้ใช้ราคาตามที่ผู้ประเมินราคาอิสระที่ทั้งสองฝ่ายเป็นผู้แต่งตั้งขึ้นเป็นผู้กำหนด ถ้าผู้ถือหุ้นที่คัดค้านกับการควบรวมกิจการนั้นไม่ยอมขายหุ้นใน 15 วันนับตั้งแต่วันที่รับคำเสนอขอซื้อจากบริษัท ให้บริษัทดำเนินการควบบริษัทต่อไปได้ตามมาตรา 146 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด และมติพิเศษนี้บริษัทที่จะเข้ากันจะต้องนำความไปจดทะเบียนภายใน 14 วันนับตั้งแต่วันที่ลงมตินั้น

#### 4.1.2 อุปสรรคจากการควบรวมกิจการในรูปแบบที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับ

เมื่อวิธีการควบรวมกิจการนอกจากการควบรวมกิจการแบบ Amalgamation แล้วยังสามารถทำได้ในอีกหลายรูปแบบแตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นการควบรวมกิจการโดยวิธี Merger คือ การควบโดยที่กิจการหนึ่งจะกลืนอีกกิจการหนึ่งเข้าไปคงเหลือไว้เพียงกิจการใดกิจการหนึ่ง มิได้มีนิติบุคคลใหม่เกิดขึ้นจากการควบกิจการแต่นิติบุคคลที่มาเข้าควบกิจการอย่าง

น้อยหนึ่งรายสิ้นสภาพทางกฎหมายไปหรือการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันนั่นเอง หรืออาจเป็นการควบรวมกิจการโดยการซื้อกิจการ (Acquisition) ที่บริษัทหนึ่งได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือเข้าควบคุมบริษัทอื่นบางส่วนหรือทั้งหมดผ่านการซื้อหุ้นในอีกกิจการหนึ่ง (Acquisition by Shares) หรือผ่านการซื้อทรัพย์สินหรือธุรกิจของอีกบริษัทหนึ่ง (Acquisition by Assets) ซึ่งเป็นรูปแบบที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้โดยเฉพาะเหมือนอย่างวิธีการควบรวมกิจการในรูปแบบที่มีการตั้งนิติบุคคลขึ้นมาใหม่แต่การควบรวมกิจการโดยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน หรือการได้มาซึ่งกิจการผ่านหุ้นหรือทรัพย์สินเหล่านี้ บรรดาทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบก็ควรจะโอนไปยังผู้รับโอนกิจการโดยอัตโนมัติอย่างการควบรวมกิจการแบบ Amalgamation ที่มีบทบัญญัติรองรับเช่นกันดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535 มิได้มีบทบัญญัติรองรับการควบรวมกิจการให้รวมถึงการควบรวมโดยโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันอาจทำให้เกิดอุปสรรคในด้านต่างๆ

4.1.2.1 การโอนลูกหนี้ แม้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1243 และบทบัญญัติแห่งมาตรา 153 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535 จะกำหนดให้สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่อลูกหนี้บรรดามีอยู่ในบริษัทเดิมนั้น โอนไปยังบริษัทที่ควบเข้ากัน โดยผลของกฎหมายก็ตามแต่มีข้อน่าพิจารณาว่ากรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องที่บริษัทเดิมทั้งสองบริษัท (หรือมากกว่า) มีต่อลูกหนี้ของตนไปโดยผลของกฎหมายอย่างอัตโนมัติตามนัยแห่งบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535 นั้นนั้นเป็นกรณีของการควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation แต่ในกรณีที่เป็นการรวมกิจการโดยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันหรือที่เรียกว่า Merger หรือการได้มาซึ่งกิจการผ่านหุ้นหรือทรัพย์สินนั้น การโอนลูกหนี้จะยังคงเป็นไปโดยอัตโนมัติหรือไม่เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ทำเช่นการควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation ได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหากการควบรวมกิจการเป็นการดำเนินการรวมกิจการโดยมีนิติบุคคลสองนิติบุคคลมารวมธุรกิจเข้าด้วยกันมีการโอนทรัพย์สินหนี้สินความรับผิดชอบหนี้สินให้แก่นิติบุคคลใดนิติบุคคลหนึ่งที่จะยังคงดำรงอยู่ต่อไปแต่อีกนิติบุคคลหนึ่งจะสิ้นสภาพลงด้วยการเลิกกิจการนั้นเมื่อไม่มีบทบัญญัติรองรับอย่างเช่นการควบรวมกิจการแบบ Amalgamation ดังนั้นการโอนลูกหนี้หรืออีกนัยหนึ่งสิทธิเรียกร้องที่มีต่อบุคคลภายนอกให้กระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สินก็อาจต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างการโอนหนี้สามัญคือการทำหนังสือแสดงเจตนาการโอนหนี้เป็นลายลักษณ์อักษรและส่งมอบแก่ตัวลูกหนี้หรือลูกหนี้ให้การยินยอมในการโอนหนี้ นั้นไปยังเจ้าหนี้รายใหม่เป็นลายลักษณ์อักษรแก่เจ้าหนี้ผู้โอนตามมาตรา 306

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยหากเป็นหนึ่งที่การชำระหนี้จะพึงชำระต่อเจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแล้วการโอนลูกหนี้โดยวิธีการดังกล่าวอาจไม่สามารถดำเนินการได้

4.1.2.2 การโอนเจ้าหนี้ การโอนเจ้าหนี้ก็เช่นกันหากเป็นการควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation นั้นย่อมสามารถทำได้โดยนัยแห่งมาตรา1243แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา153แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้อย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงตามมูลแห่งหนี้ที่ตนมีอยู่ต่อบริษัทลูกหนี้ที่จะเข้าควบรวมกิจการกันเนื่องจากบริษัทเดิมที่จะมาควบเข้ากันนั้นจะต้องเลิกกิจการไปโดยผลของกฎหมายดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้ก่อนที่บริษัททั้งสองบริษัทจะจดทะเบียนควบกิจการเข้ากันต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้ากระทรวงพาณิชย์ได้บริษัทที่จะควบรวมกิจการทั้งสองบริษัทจะต้องแจ้งมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นที่เห็นชอบให้ควบบริษัทเข้าด้วยกันและนำมติดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้ากระทรวงพาณิชย์แล้ว แจ้งแก่บรรดาผู้ซึ่งบริษัททราบว่าเป็นเจ้าหนี้ก่อนถึงความประสงค์ของผู้ถือหุ้นข้างมากในการที่บริษัททั้งสองจะควบเข้าด้วยกันนั้นเพื่อที่บรรดาเจ้าหนี้ต่างๆจะได้มีเวลาพิจารณาหรือคัดค้านการควบรวมกิจการนั้นจนกว่าบริษัทลูกหนี้ที่จะควบเข้ากันนั้นได้ให้หลักประกันอันสมควรแก่เจ้าหนี้เพื่อประกันการชำระหนี้โดยทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535ได้กำหนดระยะเวลาไว้ทำนองเดียวกันคือหกสิบวันและสองเดือนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา1240และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535 มาตรา 147มีข้อยกเว้นว่าระยะเวลาตามกฎหมายที่ให้เจ้าหนี้ของบริษัทส่งคำคัดค้านมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งอนุมัติการควบรวมกิจการได้กำหนดไว้ยาวนานและไม่ได้กำหนดให้ชัดเจนว่าเจ้าหนี้ของบริษัทที่สามารถส่งคำคัดค้านมิตดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นเจ้าหนี้ที่ปรากฏตามบัญชีของบริษัทก่อนที่มติที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะอนุมัติการควบบริษัท

สำหรับกรณีของการรวมกิจการอย่างการMerger ที่เป็นการโอนกิจการหนึ่งให้แก่กิจการหนึ่งโดยที่บริษัทผู้โอนกิจการนั้นจะสิ้นสภาพบุคคลไปนั้นเป็นที่น่าสังเกตว่าเจ้าหนี้ทั้งหลายของนิติบุคคลผู้โอนกิจการ ไม่อาจมีหลักประกันอย่างเพียงพอที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าตนจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เนื่องจากว่าตัวนิติบุคคลผู้โอนในฐานะที่เป็นลูกหนี้อันมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการหรือชดใช้เงินเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้นั้นกำลังจะสิ้นสภาพบุคคลไปและวิธีการรวมกิจการอย่างMerger นี้สินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจเครื่องหมายการค้าความนิยมบัญชีลูกหนี้การค้าค่าซ่อมต้องถูกโอนไปยังบริษัทผู้รับโอนจนหมดสิ้นรวมถึงหุ้นของผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลผู้โอนกิจการด้วย อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้กล่าวถึงการรวมบริษัทในกรณีนี้ไว้การรวมกันโดยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันนี้จึงน่าจะต้องอาศัยความยินยอมของผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัททั้งหลายที่จะรวมกันและคงผูกพันกันเองตามหลักของสัญญาและไม่อาจ

ผูกพันเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกผู้มีได้เป็นคู่สัญญาด้วยทั้งจะมีผลต่อเมื่อมีการจดทะเบียนเลิกบริษัทหนึ่งและจดทะเบียนแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิของอีกบริษัทหนึ่งที่ยังคงอยู่ให้รวมกิจการของบริษัทที่เลิกไปเข้าไว้

ดังนั้นการควบรวมกิจการ โดยวิธี Merger อาจจะต้องมีการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยเป็นการทำสัญญาระหว่างลูกหนี้คนใหม่ (ผู้รับโอนกิจการ) กับเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 350 ซึ่งการแปลงหนี้ใหม่นั้นกฎหมายระบุแต่เพียงว่าให้ทำเป็นสัญญาแต่มิได้บังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้เดิม (ผู้โอนกิจการ) และลูกหนี้ใหม่ (ผู้รับโอนกิจการ) พร้อมพยานจึงอาจบอกกล่าวด้วยวาจาและเกิดเป็นคำเสนอสนองถูกต้องตรงกันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็สามารถใช้บังคับได้

#### 4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจจากการควบรวมกิจการ

การประกอบกิจการบางประเภทกฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าจะเริ่มดำเนินธุรกิจได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจากหน่วยงานรัฐเท่านั้น ดังนั้นการควบรวมกิจการโดยวิธีการที่ไม่มีบทบัญญัติไว้อย่างมาตรา 1241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือมาตรา 152 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ใบอนุญาตต่างๆ จะโอนไปยังบริษัทที่ได้เข้าครอบครองหุ้นหรือทรัพย์สินกิจการของบริษัทผู้โอนตามมากับตัวหุ้นหรือทรัพย์สินกิจการที่บริษัทผู้รับโอนเข้าครอบครองหรือไม่

ซึ่งกรณีที่เป็นการควบรวมกิจการด้วยวิธีการซื้อหุ้นนั้นจะไม่มีปัญหาแต่ประการใดเพราะภายหลังจากการเข้าถือหุ้นแล้วบริษัทยังคงดำเนินกิจการต่อไปไม่เป็นการกระทบต่อใบอนุญาตแต่อย่างใด ส่วนกรณีของการควบรวมกิจการด้วยวิธีการซื้อทรัพย์สินนั้นจำเป็นต้องพิจารณาด้วยว่าใบอนุญาตนั้นสามารถที่จะโอนให้แก่กันได้หรือไม่หากกฎหมายกำหนดให้สามารถที่จะโอนให้แก่กันได้แล้วกรณีนี้ก็ไม่มีปัญหาแต่อย่างใดเพียงแต่ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นแต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดแล้วย่อมถือว่าใบอนุญาตนั้นเป็นเรื่องที่พิจารณาถึงคุณสมบัติเฉพาะตัวจึงไม่สามารถที่จะโอนให้แก่กันได้ การโอนให้แก่กันย่อมถือว่าขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้องตกเป็นโมฆะแต่สำหรับการควบบริษัทโดยโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน (Merger) มีปัญหาที่จะต้องตีความว่าใบอนุญาตดังกล่าวนั้น โอนไปยังบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่โดยผลของกฎหมายทันทีหรือไม่หรือบริษัทใหม่จะต้องดำเนินการขออนุญาตใหม่สำหรับการประกอบกิจการนั้นๆ จึงพิจารณาได้



ว่าเมื่อบริษัทเดิมที่เคยได้รับใบอนุญาตนั้นเป็นผู้มีคุณสมบัติในการได้รับใบอนุญาตอยู่แล้วบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่ย่อมมีคุณสมบัติที่จะได้รับใบอนุญาตด้วยเช่นกันดังนั้นน่าจะต้องถือว่าใบอนุญาตดังกล่าวโอนไปยังบริษัทใหม่โดยผลของกฎหมายเช่นกันเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

#### 4.2.1 ลักษณะเฉพาะและสถานะทางกฎหมายของใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ

##### 4.2.1.1 ลักษณะเฉพาะของใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ

การออกใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองกล่าวคือ เป็นอำนาจของรัฐ ผ่านกระทรวง ทบวง กรม โดยกลไกแห่งกฎหมายต่างๆ ที่ให้อำนาจไว้ เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนผู้มาขออนุญาต และเอกชนรายใดที่ประกอบกิจการโดยที่ไม่ได้รับใบอนุญาตก็ย่อมมีความผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการอนุญาตการประกอบธุรกิจนั้นๆซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการให้ใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจของแต่ละธุรกิจก็แตกต่างกัน อาจเป็นการอนุญาตโดยที่ผู้ขออนุญาตแสดงเอกสาร หลักฐาน และแสดงตนว่าเป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนก็สามารถได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจนั้นได้ (Auto Approval) เช่น ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่หนึ่ง และแบบที่สอง หรืออาจมีลักษณะเป็นการปล่อยให้หน่วยงานกำกับดูแลผู้ใช้เป็นดุลยพินิจในการพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่ อนุญาตให้ประกอบธุรกิจ เช่น ใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เป็นต้นและเมื่อได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจแล้วก็ต้องดำเนินการตามเงื่อนไขและข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องตามหลักเกณฑ์และกฎหมายที่เกี่ยวกับใบอนุญาตฉบับนั้นที่ประกาศบังคับใช้ เช่น การรายงานผลการดำเนินงาน

##### 4.2.1.2 สถานะทางกฎหมายของใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ

การแบ่งประเภทของกฎหมายนั้น หากยึดเอาลักษณะของนิติสัมพันธ์เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจกับลักษณะพิเศษอันเป็นผลของการแบ่งแยก ก็สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ กฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน กล่าวโดยสรุป กฎหมายเอกชน คือ กฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อกันในฐานะ “ผู้อยู่ใต้ปกครอง” ที่ต่างฝ่ายต่างก็เท่าเทียมกัน ส่วนกฎหมายมหาชน คือ กฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ในฐานะที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็น “ผู้ปกครอง”

ในการแบ่งประเภทของกฎหมายว่าเป็นกฎหมายเอกชนหรือมหาชนนั้น การพิจารณาจะต้องคำนึงถึง 4 หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ควบคู่กัน ไม่อาจแยกคำนึงถึงหลักเกณฑ์ใดเพียงหลักเกณฑ์เดียวได้

1) เกณฑ์องค์กร ยึดถือตัวบุคคลผู้ก่อนนิติสัมพันธ์เป็นเกณฑ์กล่าวคือ กฎหมายมหาชนใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง ส่วนกฎหมายเอกชน ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเท่านั้นดังนี้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายมหาชนนั้นกำหนดความสัมพันธ์ที่ฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ (ผู้ปกครอง) ซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง (ผู้อยู่ใต้ปกครอง) คือ เป็นนิติสัมพันธ์ที่ผู้ก่อนมีสถานะไม่เท่าเทียมกันหรือเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับเรื่องการใช้อำนาจปกครองซึ่งทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง ส่วนกฎหมายเอกชนนั้น เป็นเรื่องของผู้ก่อนนิติสัมพันธ์ที่มีสถานะเหมือนกันและเท่าเทียมกัน

2) เกณฑ์วัตถุประสงค์ ยึดถือจุดประสงค์ของนิติสัมพันธ์ที่ผู้ก่อนนิติสัมพันธ์ทั้ง 2 ฝ่ายทำขึ้นเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ กฎหมายมหาชนใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมนั่นเอง ส่วนกฎหมายเอกชนใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่มุ่งถึงผลประโยชน์ของตน ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินเงินทอง ชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลนั้น ๆ เองเป็นหลัก

3) เกณฑ์วิธีการ วิธีการที่ใช้ในการก่อนนิติสัมพันธ์ ซึ่งจะแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง กล่าวคือกฎหมายมหาชนใช้สำหรับนิติสัมพันธ์ที่ไม่ต้องอาศัยความสมัครใจของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (เอกชน) เลย รัฐสามารถออกคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตได้ และถ้ามีการฝ่าฝืนรัฐสามารถบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามได้ทันทีโดยไม่ต้องไปฟ้องศาล ทั้งนี้ เพราะเป็นการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะในฐานะผู้ปกครอง ส่วนกฎหมายเอกชน ใช้กับนิติสัมพันธ์ที่ต้องอาศัยความสมัครใจของผู้ก่อนนิติสัมพันธ์ทั้ง 2 ฝ่าย เนื่องจากยึดถือหลักความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน เพราะเป็นการทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว จึงต้องให้มีการทำสัญญากันอย่างเสรี หากฝ่ายใดขัดขึ้น ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล เพราะต่างฝ่ายต่างเสมอภาคกัน ต้องให้ศาลทำหน้าที่เป็นคนกลางเข้ามาตัดสิน

4) เกณฑ์เนื้อหา กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปไม่ระบุตัวบุคคล คือ เป็นกฎหมายที่ใช้ได้ทั่วไปกับบุคคลใดก็ได้ไม่เฉพาะเจาะจง และตกลงยกเว้นไม่ปฏิบัติตามไม่ได้ ถือว่าเป็นกฎหมายบังคับ ส่วนกฎหมายเอกชน ไม่ใช่กฎหมายบังคับ เอกชนสามารถตกลงผูกพันกันเป็นอย่างอื่น นอกจากกฎหมายเอกชนบัญญัติไว้ (แต่ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน) ถ้าหากเอกชนไม่ตกลงให้แตกต่างออกไป ก็จะบังคับกันตามที่กฎหมายเอกชนบัญญัติไว้

สำหรับกฎหมายอันเป็นที่มาหรืออำนาจในการออกใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานแต่ละชนิดนั้น การออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการได้มาซึ่งใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานแต่ละชนิดนั้นแล้วแต่กำหนดบริบทของสิทธิหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนแต่ละรายที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานนั้นกับรัฐ ผู้ให้อุญาตในลักษณะที่รัฐมีอำนาจเหนือกว่าในอันที่จะกำหนดกฎเกณฑ์การพิจารณา คุณสมบัติ ตลอดจนถึงกระบวนการยกเลิกเพิกถอนได้แต่ฝ่ายเดียว อันมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนดังกล่าวแล้ว บรรดาพระราชบัญญัติ กฎกระทรวงและระเบียบต่างๆ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติที่มีการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนผู้มาขออนุญาตประกอบธุรกิจกับรัฐในฐานะผู้มีอำนาจในการพิจารณาให้อุญาต กฎหมายเหล่านั้นจึงเป็น “กฎหมายมหาชน” โดยแท้กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ของคู่กรณี โดยที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีการผูกนิติสัมพันธ์กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นกัน หรืออาจเป็นคู่กรณีที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายเอกชนก็ได้โดยมุ่งประโยชน์ในการผูกนิติสัมพันธ์เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ และการผูกนิติสัมพันธ์กันระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่จำเป็นต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค กล่าวคือคู่กรณีฝ่ายรัฐสามารถมีอำนาจบังคับเหนือคู่กรณีอีกฝ่ายที่เป็นเอกชน ได้ หากทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม อีกทั้งสภาพบังคับของกฎหมายมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป คู่กรณีจะตกลงกันเองว่าไม่ใช้บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ หากทำข้อตกลงยกเว้น จะถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนทันทีและหากมีกรณีคดีพิพาทเกิดขึ้น ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีจะไม่ใช่ศาลยุติธรรม แต่อาจเป็นศาลพิเศษ ศาลปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เป็นไปตามลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแต่ละคดี

#### 4.2.2 การตีความเกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ

กรณีที่ต้องตีความการปรับใช้กฎหมายว่า ในกรณีที่กฎหมายมหาชนอันเป็นที่มาแห่งการให้อุญาตในการประกอบธุรกิจหรือให้สัมปทานไม่ได้มีกรอบกำหนดกฎเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเนื่องจากการรวบรวมกิจการนั้น บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จะสามารถนำมาปรับใช้เพื่อประโยชน์แห่งการตีความได้หรือไม่ว่าสิทธิในใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานนั้นควรได้รับการโอนไปยังนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่ หรือบริษัทผู้รับโอนกิจการ

ในส่วนของหลักทั่วไปของกฎหมายในกฎหมายมหาชนยังไม่มีมีการนำมาใช้มากนัก เนื่องจาก กฎหมายมหาชนยังไม่ได้ได้รับความสนใจ และระบบกฎหมายในประเทศไทยเป็นระบบที่ยึดตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก เมื่อกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ยังไม่ได้ประมวลเป็น

ลายลักษณ์อักษร ศาลจึงไม่นิยมหลักกฎหมายในกฎหมายมหาชนมาใช้ แต่อย่างไรก็ตามศาลไทยได้มีการพยายามที่จะสกัดหลักกฎหมายมหาชนขึ้นมา ซึ่งการค้นหาหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้น มีข้อพึงระวังสองประการคือ

ประการแรกต้องไม่นำหลักกฎหมายเอกชนทั่วไปมาใช้เป็นหลักกฎหมายมหาชน มิเช่นนั้น อาจไม่เป็นผลดีต่อการบริหารราชการแผ่นดินและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เพราะกฎหมายสองประการนี้มีนิติวิธีต่างกัน

ประการที่สอง การค้นหาหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้นจะต้องมีวิธีที่ถูกต้องโดยต้องชั่งน้ำหนักกระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับการรักษาผลประโยชน์สาธารณะให้ได้ ความสมดุลให้ได้มากที่สุดและต้องตรวจสอบเสมอว่าถ้าใช้หลักกฎหมายเช่นนั้นแล้วจะเกิดผลใดในกฎหมาย

จะเห็นได้ว่าด้วยสถานะความเป็นกฎหมายมหาชนของเหล่าบรรดา พระราชบัญญัติอันเป็นที่มาของการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทาน จึงไม่อาจนำเอาหลักการของ มาตรา 1243 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา 153 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ที่กำหนดความสัมพันธ์ในทางแพ่งของเอกชนและเป็นหลักกฎหมายเอกชนมาปรับใช้ในกรณีที่ไม่มิตบัญญัติว่าด้วยการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในกรณีการควบรวมกิจการได้หากเป็นการตีความที่จะทำให้เกิดผลร้ายต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นการทำลายนโยบายสาธารณะของรัฐ หรือเป็นการฝ่าฝืนต่อข้อกำหนดในเรื่อง คุณสมบัติพิเศษ หรือสิทธิเฉพาะตัวของผู้ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานรายนั้นที่ หน่วยงานรัฐผู้ให้อนุญาตได้พิจารณาถ่วงถ่วงมาเป็นการเฉพาะ ดังนั้นในกรณีที่กฎหมายมหาชนอันเป็นที่มาแห่งสิทธิในใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานแต่ละชนิดได้กำหนดไว้ชัดเจนแจ้งว่าใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานนั้นเป็นสิทธิเฉพาะตัวแล้ว แม้ไม่กำหนดวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับการควบรวมกิจการไว้ก็จะนำหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาใช้มิได้

อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายมหาชนที่ดีนั้น กฎหมายมหาชนที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีความชัดเจนแน่นอน เพื่อความถูกต้องของการใช้อำนาจรัฐและเพื่อให้ประชาชนทราบถึงสิทธิเสรีภาพที่ตนจะถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจตามกฎหมายนั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่ “ความ มั่นคงในนิติฐานะ” (Legal Security) ของบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจรัฐ การที่กฎหมายให้อำนาจกระทำการแก่รัฐจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนดังกล่าวเพื่อให้ประชาชนทราบว่ารัฐจะใช้อำนาจตามกฎหมายทำอะไรได้หรือไม่อย่างไรและทำเพื่อประโยชน์อะไรและประชาชนจะปฏิบัติตนอย่างไรภายใต้กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของตนโดยไม่ละเมิดต่อกฎหมาย

ดังกล่าวประกอบกับการตีความว่ากรณีที่มีหลักกฎหมายมหาชนบัญญัติเรื่องใดไว้ชัดเจนแล้ว ไม่สมควรที่จะนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ในการตีความหรือปรับหลักกฎหมายในเรื่องนั้นอีก เพราะกฎหมายทั้งสองระบบนั้นมีนิติวิธีและเหตุผล เบื้องหลังในการบัญญัติรวมถึงที่มาของกฎหมายแตกต่างกันจึงไม่สมควรจะนำมาใช้ปะปนกัน แต่ในกรณีของการ โอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากการรวบรวมกิจการที่กล่าวข้างต้นนั้น ถึงแม้บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดวิธีการได้มาซึ่งใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานจะไม่ได้กำหนดวิธีการเกี่ยวแก่การ โอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจไว้ แต่ก็มิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนด้วยเช่นกันว่าใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจมีอาจโอนได้เลยเช่นกัน ดังนั้นแล้วหลักกฎหมายเอกชนในกรณีนี้คือมาตรา 1243 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา 153 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จึงควรนำมาปรับใช้ในการตีความเพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมายนี้ได้ อีกทั้งถึงบทบัญญัติดังกล่าวยังมีลำดับศักดิ์สูงกว่า บรรดากฎหมายลำดับรองที่กำหนดวิธีการได้มาซึ่งใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจแต่ละประเภท จึงสมควร ตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าดังกล่าว ซึ่งมีเจตนารมณ์ในอันที่จะส่งเสริมการรวบรวมกิจการให้สิทธิที่มีในบริษัทเดิมได้รับการ โอนไปยังบริษัทใหม่ได้อย่างราบรื่น โดยรองรับสิทธิและหน้าที่ที่มีทั้งหลายในบริษัทเดิมให้ได้รับการถ่ายโอนไปยังบริษัทใหม่เช่นเดียวกัน

กล่าวโดยสรุป การจะพิจารณาว่าใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานจะโอนไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นจากการรวบรวมกิจการหรือบริษัทผู้รับโอนกิจการได้หรือไม่จะต้องพิจารณาเป็นสามแนวทางคือ

4.2.2.1 กรณีมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายห้ามไว้ชัดเจนมิให้มีการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานอย่างเด็ดขาด กฎหมายถือว่าคุณสมบัติของผู้ได้รับใบอนุญาตหรือสัมปทานนั้นเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ได้รับใบอนุญาต และผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องประกอบกิจการด้วยตนเองเท่านั้น ไม่สามารถโอนให้ผู้อื่นดำเนินธุรกิจแทนได้ เช่น ใบอนุญาตซื้อแร่ดังนั้น การโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานจึงไม่อาจทำได้แม้จะไม่มีบทบัญญัติลำดับรองกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการเกี่ยวกับการรวบรวมกิจการหรือโอนธุรกิจของผู้ได้รับใบอนุญาตหรือสัมปทานไว้เลยก็ตาม และการฝ่าฝืนโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานก็จะส่งผลให้นิติกรรมการ โอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานนั้นตกเป็นโมฆะเพราะดำเนินการขัดต่อข้อห้ามแจ้งชัดของกฎหมาย อีกทั้งฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายมหาชนซึ่งมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายเอกชน

4.2.2.2 กรณีมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้เกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ กรณีนี้หากการควบรวมกิจการนั้นได้ดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายลำดับรองของกฎหมายอันเป็นที่มาแห่งใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานนั้นได้กำหนดวิธีการไว้แล้ว ก็สามารถสืบสิทธินั้นไปยังบริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบรวมกิจการหรือบริษัทผู้รับโอนกิจการได้ต่อไป ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่ากฎหมายลำดับรองบางฉบับอาจกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ทำให้มีการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจได้เฉพาะระหว่างผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานเท่านั้น ซึ่งก็ต้องเป็นไปตามนั้นและการฝ่าฝืนโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ หรือสัมปทานระหว่างผู้ที่เข้าควบรวมกิจการกันโดยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมิใช่ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานประเภทที่กำหนดไว้ก็จะส่งผลให้การดำเนินการเช่นว่านั้นตกเป็นโมฆะอย่างเช่นกรณีแรก

อย่างไรก็ตามกฎหมายลำดับรองที่เป็นบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติต่างๆ ที่ออกมาเพื่อกำหนดคุณสมบัติผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจกลับมิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจได้รับการโอนไปยังนิติบุคคลใหม่ที่เกิดจากการควบรวมกิจการโดยอัตโนมัติ ซึ่งแต่ละพระราชบัญญัติต่างมีข้อกำหนดและวิธีเกี่ยวกับการดำเนินการในกรณีของการควบรวมกิจการไว้แตกต่างกัน บ้างก็ให้ถือว่าการควบรวมกิจการมีผลเป็นการเลิกใบอนุญาตนั้นเสียและให้นิติบุคคลใหม่ที่เกิดจากการควบรวมกิจการดำเนินการยื่นคำขอใบอนุญาตใหม่โดยสามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้ระหว่างพิจารณาคำขออนุญาต เช่น ใบอนุญาตประกอบกิจการธุรกิจสถาบันการเงินหรือบางกรณีก็ให้สามารถโอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจได้หากผู้ได้รับใบอนุญาตเดิมไม่ประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไปและได้โอนกิจการนั้นแก่ผู้รับโอน เช่น ใบอนุญาตโรงงาน และแม้ใบอนุญาตตามกฎหมายบางฉบับจะมีบทบัญญัติรองรับเรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจากการควบรวมกิจการ แต่ก็ไม่ได้มีการกำหนดกรณีของการควบรวมกิจการโดยการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันหรือกรณีผู้เข้าทำธุรกรรมการควบรวมกิจการต่างฝ่ายต่างประกอบกิจการที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ซึ่งกฎหมายที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจนั้นจะมีบทบัญญัติเฉพาะการโอนใบอนุญาตเนื่องจากการควบรวมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกันเท่านั้น ซึ่งวิเคราะห์ได้จากตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2544 กำหนดใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมไว้ 3 แบบ คือ ใบอนุญาตแบบที่หนึ่ง ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ไม่มีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นของตนเอง และเป็นกิจการที่มีลักษณะสมควรให้มีการบริการได้โดยเสรี โดยใบอนุญาตแบบนี้เมื่อผู้ประสงค์จะประกอบกิจการ

ลักษณะดังกล่าวได้แจ้งให้คณะกรรมการทราบแล้วคณะกรรมการต้องออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการได้

ใบอนุญาตแบบที่สอง ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่มีหรือไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ซึ่งเป็นการประกอบกิจการที่มีวัตถุประสงค์ให้บริการจำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคลหรือเป็นการประกอบกิจการที่ไม่มีผลกระทบโดยนัยสำคัญต่อการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม หรือต่อประโยชน์สาธารณะและผู้บริโภค ใบอนุญาตแบบนี้เมื่อผู้ประสงค์จะประกอบกิจการลักษณะดังกล่าวได้ปฏิบัติถูกต้องครบถ้วนตามหลักเกณฑ์มาตรฐานที่คณะกรรมการประกาศกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว คณะกรรมการต้องออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการได้

ใบอนุญาตแบบที่สาม ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ซึ่งเป็นการประกอบกิจการที่มีวัตถุประสงค์ในการให้บริการแก่บุคคลทั่วไปจำนวนมากหรืออาจมีผลกระทบโดยนัยสำคัญต่อการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม หรืออาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีเหตุจำเป็นต้องคุ้มครองผู้บริโภคเป็นพิเศษ ใบอนุญาตแบบนี้ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการลักษณะดังกล่าวได้ต่อเมื่อได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการเห็นสมควรให้ออกใบอนุญาตแล้ว จึงจะประกอบกิจการได้

ซึ่งตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2544มาตรา8ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม เช่น ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและแบบที่สามจะต้องมีใช้คนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไม่เป็นบุคคลล้มละลาย ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม บุคคลผู้เป็นกรรมการผู้จัดการหรือผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ขอรับใบอนุญาตต้องไม่เคยถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดว่ามีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ภายในระยะเวลาสองปีก่อนการยื่นคำขอรับใบอนุญาต ผู้ขอใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีแผนการลงทุนและแผนการให้บริการกิจการโทรคมนาคมที่สามารถให้บริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่คณะกรรมการกำหนดสำหรับการขอรับใบอนุญาตแต่ละประเภท นอกจากนี้การยื่นขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมผู้ขอรับใบอนุญาตดังกล่าวจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนกระบวนการหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดตามประเภทของใบอนุญาตที่แตกต่างกันเนื่องจากทรัพยากรโทรคมนาคมที่ได้รับการจัดสรรและอนุญาตจากคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาตินั้นถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ได้รับใบอนุญาตเว้นแต่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติจะกำหนดเป็นอย่างอื่นและเนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่ต้องมีการลงทุนและมีผลกระทบทั้งในเชิงบวกในแง่ของการพัฒนาการสื่อสารและสนับสนุนการดำเนินธุรกิจที่ทำให้เศรษฐกิจเจริญเติบโตหรืออาจส่งผลกระทบในเชิงลบ

ต่อคนหมู่มาก โดยเฉพาะเรื่องคุณภาพของบริการและการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับบริการ  
 โทรมนาคมนที่เป็นธรรมดังนั้นการพิจารณาอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรมนาคมนจึงอาศัย  
 คุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นสำคัญเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ขอรับใบอนุญาตมี  
 ความสามารถมีสถานะทางการเงินและประสบการณ์ด้านเทคนิคที่จะสามารถประกอบกิจการตามที่  
 ได้รับสิทธิไปได้

ดังนั้นเมื่อมีการออกใบอนุญาตแล้ว การโอนใบอนุญาตนั้นตามประกาศ  
 คณะกรรมการกิจการโทรมนาคมนแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการการควบรวมและการถือหุ้น  
 ไขว้ในกิจการโทรมนาคมน พ.ศ. 2553 ได้กำหนดให้โอนใบอนุญาตกันได้กรณีที่เป็นการควบรวม  
 กิจการระหว่างผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรมนาคมนด้วยกันอันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง  
 ในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินกิจการและสิทธิต่างๆ ที่กิจการมี แต่ก็ต้องยื่นคำขออนุญาตควบรวม  
 กิจการต่อเลขาธิการคณะกรรมการกิจการโทรมนาคมนแห่งชาติเพื่อพิจารณาว่าการควบรวมกิจการ  
 ทำให้เกิดการครอบงำตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่

นอกจากนี้การควบรวมกิจการภายใต้ความหมายของประกาศคณะกรรมการกิจการ  
 โทรมนาคมนแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการการควบรวมและการถือหุ้น ไขว้ในกิจการ  
 โทรมนาคมน พ.ศ. 2553 ยังมีการกำหนดลักษณะไว้แตกต่างจากการควบรวมตามประมวลกฎหมาย  
 แพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535 กล่าวคือการควบรวมกิจการตาม  
 ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรมนาคมนแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการการควบรวมและ  
 การถือหุ้น ไขว้ในกิจการโทรมนาคมน พ.ศ. 2553 ยังหมายความรวมถึง

(1) การที่ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตรวมกับ  
 ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นอันส่งผลให้สถานะของผู้รับใบอนุญาตรายหนึ่งคงอยู่และผู้รับใบอนุญาตอีก  
 รายหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือตามสัญญา  
 ร่วมค้าหรือ

(2) การที่ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตเข้าซื้อ  
 สิทธิทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นหรือ

(3) การที่ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตเข้าซื้อหุ้น  
 ทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารกิจการการ  
 อำนวยการหรือการเลิกกิจการ โดยผลของการเข้าซื้อหุ้นทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างผู้ถือ  
 หุ้นของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น หรือ ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอำนาจควบคุมอย่างมีนัยสำคัญของ  
 ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นให้ถือเป็นการควบรวมกิจการ



จะเห็นได้ว่าประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ และวิธีการการควบรวมและการถือหุ้นไขว้ในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 บัญญัติรองรับธุรกรรมการควบรวมกิจการที่หลากหลายไม่ว่าจะเป็นกรณีการควบรวมกิจการแบบ Merger หรือ Amalgamation หรือการซื้อกิจการผ่านการถือหุ้น แต่ก็กล่าวถึงเฉพาะกรณีการควบรวมกิจการกรณีต่างๆ ของผู้รับใบอนุญาตด้วยกันตั้งแต่สองรายขึ้นไปเท่านั้นมิได้มีการกำหนดถึงการควบรวมกิจการหรือการโอนกิจการหรือทรัพย์สินจากบริษัทผู้รับใบอนุญาตให้แก่นิติบุคคลอื่นที่ไม่ได้รับใบอนุญาตหรือประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วยแต่อย่างใด ซึ่งกรณีน่าจะจะต้องปรับใช้ด้วยมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กล่าวคือถือว่าเป็นกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตจะทำสัญญาให้บุคคลอื่นมีอำนาจทั้งหมดหรือบางส่วนในการบริหารงานของผู้รับใบอนุญาตหรือเป็นกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตกระทำหรือถูกกระทำอันมีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการหรือถูกครอบงำกิจการตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งผู้รับใบอนุญาตจะต้องดำเนินการรายงานเหตุการณ์ดังกล่าวโดยทันทีต่อคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

สำหรับผู้รับใบอนุญาตที่ประสงค์จะควบรวมกิจการตามนัยของประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการการควบรวมและการถือหุ้นไขว้ในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 นั้นผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตที่ประสงค์จะควบรวมกิจการต้องยื่นคำขอควบรวมกิจการภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่า 60 ก่อนการดำเนินการจดทะเบียนนิติบุคคลใหม่ภายหลังจากการควบรวมกิจการหรือทำสัญญาซื้อขายหลักทรัพย์หรือทำสัญญาซื้อขายหุ้นตามแต่กรณี

2) พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 การควบรวมกิจการของสถาบันการเงินนั้นสามารถกระทำได้หลายแบบหลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการควบรวมกิจการโดยการซื้อหุ้นของกิจการเป้าหมาย เช่น กรณีธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน) เข้าถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 25 ของธนาคารแห่งโตเกียว-มิตซูบิชิ ยูเอฟเจ จำกัด (the Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, Ltd. หรือ BTMU) ซึ่งโดยภายหลังจากการควบรวมกิจการแล้วธนาคารกรุงศรีอยุธยาก็เข้าซื้อกิจการ สินทรัพย์ และหนี้สินของ BTMU สาขากรุงเทพมหานคร การซื้อหรือรวมกิจการในกรณีนี้นั้นบริษัทที่ได้มากับบริษัทที่จำหน่ายไป หรือบริษัทเป้าหมาย อาจจะยังคงอยู่หรือไม่ก็ได้ โดยในการซื้อหุ้นเมื่อบริษัทที่ซื้อหุ้นได้มาซึ่งหุ้นแล้ว บริษัทที่เป็นเป้าหมายก็อาจมีการโอนขายทรัพย์สิน ลูกหนี้ บัญชี และพนักงานต่างๆ ให้บริษัทที่ได้มาซึ่งหุ้นและยกเลิกกิจการไปในที่สุด หรืออาจจะเป็นการควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation ที่สถาบันการเงินที่จะควบเข้ากันจะก่อให้เกิดสถาบันการเงินขึ้นมาใหม่ และสถาบันการเงินเดิมหายไป เช่น กรณีการควบธนาคารมณฑล กับธนาคารเกษตรและกลายเป็นธนาคารกรุงไทยในปัจจุบันหรือการควบกิจการระหว่างบริษัทเงินทุน ทีเอสไอ จำกัด (มหาชน) และ

บริษัทหลักทรัพย์ไทยจำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นการควบกิจการ โดยผู้ถือหุ้นกลุ่มเดียวกันดำเนินการ ออกแลกหุ้นกันและเกิดบริษัทใหม่ขึ้น โดยใช้ชื่อว่าบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ทีเอสไอจำกัด (มหาชน)

การได้มาซึ่งใบอนุญาตในการประกอบกิจการสถาบันการเงินนั้น กล่าวคือการ ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ธุรกิจเงินทุนหรือธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์จะกระทำได้อต่อเมื่อผู้ขออนุญาตมีสถานะเป็นบริษัทมหาชนจำกัดและขอรับใบอนุญาตในการประกอบกิจการนั้นจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังภายใต้คำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย โดยผู้ขออนุญาต ประกอบกิจการสถาบันการเงินนั้นจะต้องมีคุณสมบัติตามประกาศกระทรวงการคลังกำหนด อาทิ เช่น การประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องมีคุณภาพการจัดการผลการ ประเมินครั้งล่าสุดผ่านเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดในด้านต่างๆ ทั้งในด้านบทบาทและ พฤติกรรมของกรรมการและผู้มีอำนาจในการจัดการด้านการบริหารความเสี่ยงด้านการดำเนินธุรกิจ ที่มีความเสี่ยงสูง ด้านโครงสร้างองค์กรและระบบงานด้านการควบคุมภายในและการตรวจสอบ ด้านการปฏิบัติตามกฎระเบียบที่สำคัญและด้านพฤติกรรมไม่ขัดต่อหลักธรรมาภิบาล มีการเสนอ เอกสารประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาคำขออนุญาตจัดตั้งธนาคารพาณิชย์ เช่น โครงสร้างผู้ถือหุ้นรายใหญ่ งบการเงินย้อนหลัง 2 ปี แผนการประกอบธุรกิจหลังจากได้รับอนุญาต ให้จัดตั้งธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น

การโอนใบอนุญาตจากการควบรวมกิจการนั้น พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบัน การเงิน พ.ศ.2551 ในส่วนที่ 9 ว่าด้วยการควบโอนและเลิกกิจการได้กำหนดเฉพาะการควบรวม ระหว่างสถาบันการเงิน โดยสถาบันการเงินใดที่ประสงค์จะเข้าควบรวมกิจการกับสถาบันการเงิน อื่น โอนหรือรับโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญให้แก่หรือจากสถาบันการเงินอื่นนั้นหรือ แม้กระทั่งกรณีที่สถาบันการเงินหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของสถาบันการเงินนั้นประสงค์จะซื้อหรือมี หุ้นในสถาบันการเงินอื่นไม่ว่าจะเป็นสถาบันการเงินประเภทเดียวกันหรือต่างประเภทเพื่อควบหรือ โอนหรือรับโอนกิจการ ต้องดำเนินการยื่นโครงการเสนอขอความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทย ก่อนในทุกกรณี ซึ่งการควบรวมกิจการหรือ โอนกิจการของสถาบันการเงินตามกรณีข้างต้นนี้มีความหมายครอบคลุมทั้งการควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation หรือ Merger หรือการซื้อกิจการ ผ่านการซื้อหุ้นและทรัพย์สินหรือการครอบงำกิจการ (Take-over) ด้วย แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็น การควบรวมกิจการตามวิธีใดก็ไม่มีผลเป็นการ โอนใบอนุญาตประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์หรือ ธุรกิจเงินทุนหรือธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ไปยังนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบรวมกิจการหรือ บริษัทผู้รับโอนกิจการแต่อย่างใด เพราะพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 กำหนดไว้ ชัดเจนว่าสถาบันการเงินใดที่ควบกิจการเข้ากับสถาบันการเงินอื่นให้มีผลเป็นการยกเลิกใบอนุญาต ของสถาบันการเงินนั้น ซึ่งส่งผลให้นิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่หรือบริษัทผู้รับโอนกิจการมีหน้าที่ต้อง

ดำเนินการขอใบอนุญาตประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์หรือธุรกิจเงินทุนหรือธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ตามปกติ

นอกจากนี้เมื่อคณะกรรมการของสถาบันการเงินที่ประสงค์จะควบกิจการจัดทำโครงการเสนอขอความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทยและได้รับความเห็นชอบแล้ว พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินพ.ศ. 2551 ยังได้ยกเว้นการนำบทบัญญัติบางมาตราของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483มาใช้บังคับแก่ธุรกรรมการควบรวมกิจการของสถาบันการเงินด้วยแล้วแต่กรณี ดังนี้

ยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เกี่ยวกับการเพิกถอนการถือผลตามมาตรา237มูลค่าของหุ้นตามมาตรา1117การเปลี่ยนแปลงข้อบังคับหรือหนังสือบริคณห์สนธิโดยมติพิเศษตามมาตรา1145การลงคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้นที่มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษตามมาตรา1185การเพิ่มทุนและการลดทุนตามมาตรา1120 มาตรา 1122 มาตรา 1224 มาตรา 1225และมาตรา 1226และการควบกิจการโดยมติพิเศษและการบอกกล่าวตามมาตรา1238 และมาตรา 1240

ยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535มาตรา 31 เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับบริษัทมาตรา33 การลงคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา52 การเสนอขายหุ้นต่ำกว่ามูลค่าหุ้นที่จดทะเบียนมาตรา 54วรรคสองการขอหักกลบลบหนี้ในการชำระค่าหุ้นมาตรา102การมอบฉันทะให้ผู้อื่นเข้าประชุมมาตรา107การนับคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นมาตรา136และมาตรา137การดำเนินการเกี่ยวกับการจดทะเบียนเพิ่มทุนตามมาตรา 139มาตรา140และมาตรา141 การดำเนินการเกี่ยวกับการลดทุนมาตรา146 มาตรา147และมาตรา148การดำเนินการเกี่ยวกับการควบบริษัทมหาชนจำกัด

ยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติล้มละลายพ.ศ. 2483 เกี่ยวกับการเพิกถอนการถือผลตามมาตรา114และการขอเพิกถอนการโอนทรัพย์สินก่อนการขอให้ล้มละลายเป็นระยะเวลาสามเดือนเฉพาะที่เกี่ยวกับการ โอนทรัพย์สินหรือการกระทำใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน เนื่องจากการควบหรือรับโอนกิจการ

ทั้งนี้การดำเนินการใดๆ โดยสถาบันการเงินภายใต้ข้อยกเว้นข้างต้นนั้นหากก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลใดสถาบันการเงินที่ควบเข้ากันหรือที่รับโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนนั้นจะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น

3) พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ให้อนุญาตประกอบกิจการโรงงานถือเป็นปัจจัยสำคัญปัจจัยหนึ่งของอุตสาหกรรมธุรกิจการผลิตเพราะนอกเหนือจากการมีกำลังคน เทคโนโลยีที่ทันสมัยและเงินทุนแล้วการมีโรงงานที่ก่อสร้างถูกต้องตามกฎหมายตั้งอยู่ในทำเลที่เหมาะสมและมีมาตรการบริหารจัดการการดำเนินงานของตัวโรงงานตามมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายย่อมเป็นปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลให้การดำเนินธุรกิจราบรื่นแต่หากมีการประกอบกิจการโรงงานที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือมีการตั้งโรงงานโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับการลงโทษซึ่งก็มีทั้งโทษปรับและโทษจำคุก

การประกอบธุรกิจโรงงานนั้นสิ่งที่จะต้องคำนึงคือ โรงงานที่ผู้ประกอบการจะดำเนินการก่อสร้างและเปิดดำเนินการนั้นเป็นโรงงานประเภทใดตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน และกฎกระทรวงที่กำหนดประเภทและชนิดของโรงงาน ซึ่งแยกประเภทโรงงานเป็นสามจำพวก กล่าวคือ โรงงานจำพวกที่ 1 คือ โรงงานประเภทชนิดและขนาดที่สามารถประกอบกิจการได้ทันทีตามความประสงค์ของผู้ต้องการประกอบกิจการ โรงงานจำพวกที่ 2 คือ โรงงานประเภทชนิดและขนาดที่เมื่อจะประกอบกิจการต้องแจ้งต่อกรมโรงงานอุตสาหกรรมกระทรวงอุตสาหกรรมทราบก่อนและ โรงงานจำพวกที่ 3 คือ โรงงานประเภทชนิดและขนาดที่การตั้งโรงงานจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้ ซึ่งในกรณีของ โรงงานจำพวกที่ 3 นี้เองที่กฎหมายโรงงานได้กำหนดให้การตั้งโรงงานประเภทนี้จะกระทำไม่ได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการถูกต้องตามกฎหมาย เว้นแต่เป็นการตั้งโรงงานจำพวกที่ 3 เพื่อประกอบกิจการภายในเขตประกอบการอุตสาหกรรมหรือเขตนิคมอุตสาหกรรมซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมจะได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องขออนุญาตการตั้งโรงงานต่อกรมโรงงานอุตสาหกรรม

โรงงานจำพวกที่ 3 ที่จำเป็นต้องดำเนินการขอใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานก่อนนั้นคือ โรงงานประเภทที่มีกำลังเครื่องจักรเกินกว่า 50 แรงม้า หรือ โรงงานที่มีคนงานเกิน 50 คนแล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตามในกิจการบางกิจการกฎหมายมิได้ถือขนาดของกำลังแรงม้าเครื่องจักรหรือกำลังคนเป็นตัวจัดจำพวกโรงงาน แต่กำหนดให้ไม่ว่าจะมีขนาดโรงงานหรือกำลังคนเท่าใดก็ตามให้ถือว่าเป็นโรงงานจำพวกที่ 3 ทั้งสิ้น ด้วยถือว่าการดำเนินกิจการของโรงงานประเภทนั้นๆ อาจส่งผลกระทบต่อประชาชนที่อยู่ละแวกใกล้เคียงหรือเป็นโรงงานที่ต้องให้การกำกับดูแลหรือให้ความสำคัญเป็นพิเศษ เช่น โรงงานโม่ บด หรือย่อยหิน โรงงานประกอบกิจการเกี่ยวกับน้ำมันจากพืชหรือสัตว์หรือไขมันจากสัตว์อย่างใดอย่างหนึ่ง โรงงานดัดม้วนหรือผสมสุรา เป็นต้น ซึ่งกฎหมายห้ามตั้งโรงงานจำพวกที่ 3 นี้ก่อนได้รับใบอนุญาต และนอกจากจะต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานแล้วเมื่อได้รับใบอนุญาตก่อนการดำเนินการเริ่มประกอบกิจการโรงงานไม่

ว่าส่วนหนึ่งหรือส่วนใดจะต้องมีการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบเป็นการล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วันก่อนวันเริ่มประกอบกิจการโรงงานอีกด้วย

กรณีที่จะโอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานนั้น พระราชบัญญัติโรงงานพ.ศ. 2535 มีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานให้สามารถโอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานได้ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานดำเนินการโอนการประกอบกิจการโรงงานหรือให้เช่าหรือให้เช่าชื่อโรงงานหรือขายโรงงาน โดยกฎหมายถือว่าผู้โอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานเลิกการประกอบกิจการโรงงานนับตั้งแต่วันที่มีการดำเนินการโอนการประกอบกิจการหรือให้เช่าหรือให้เช่าชื่อหรือขายโรงงานดังกล่าวและกำหนดให้ที่ผู้รับโอนการประกอบกิจการโรงงาน หรือผู้เช่า หรือผู้เช่าชื่อ หรือผู้ซื้อโรงงานนั้นสามารถขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการได้ภายในเจ็ดวันนับตั้งแต่วันที่ผู้โอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานโอนการประกอบกิจการหรือให้เช่าหรือให้เช่าชื่อหรือขายโรงงานอีกทั้งเมื่อยื่นคำขอแล้วก็สามารถประกอบกิจการโรงงานต่อไปได้ในระหว่างรอใบอนุญาต และถือเสมือนว่าผู้ยื่นคำขอนั้นเป็นผู้รับใบอนุญาตภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้รับโอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานต้องทำหนังสือยอมรับในสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบที่ผู้โอนใบอนุญาตโรงงานมีอยู่ต่อทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานและกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมด้วย

จากบทบัญญัติมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติโรงงานพ.ศ. 2535 เกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าครอบคลุมถึงกรณีการโอนใบอนุญาตเนื่องจากการควบรวมกิจการอย่าง Merger หรือการโอนกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่กันและการซื้อกิจการผ่านการซื้อทรัพย์สิน (Asset Acquisition) เนื่องจากถ้อยคำในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ระบุถึงกรณีทั้งการโอนกิจการให้เช่าให้เช่าชื่อและขายโรงงานซึ่งเป็นกรณีที่ครอบคลุมถึงธุรกรรมการควบรวมกิจการดังกล่าวข้างต้น สำหรับในส่วนของกรณีการควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation นั้นแม้ถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 21 จะไม่ชัดเจนแต่จากบริบทถ้อยคำทั้งสามวรรคของมาตรา 21 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์การขออนุญาตและการอนุญาตโรงงานจำพวกที่ 3 พ.ศ. 2549 แล้วนั้นทำให้สามารถตีความได้ว่าบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบรวมกิจการนั้นก็สามารถที่จะขออนุญาตประกอบกิจการโรงงานภายในเจ็ดวันนับตั้งแต่นิติบุคคลเก่ามาจดทะเบียนควบกิจการกันอันจะเป็นการถือว่าผู้โอนการประกอบกิจการโรงงานเลิกประกอบกิจการซึ่งจะทำให้นิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบกิจการสามารถประกอบกิจการโรงงานได้ต่อไปขณะรอใบอนุญาตใหม่อันจะทำให้ไม่เกิดการชะงักงันในธุรกิจของบริษัทที่มาควบรวมกิจการกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่าบทบัญญัติมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติโรงงานพ.ศ. 2535 และข้อ 12 แห่งกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์การขออนุญาตและการอนุญาตโรงงานจำพวกที่ 3 พ.ศ.

2549 เป็นพระราชบัญญัติหนึ่งที่บัญญัติรองรับการโอนใบอนุญาตจากการควบรวมกิจการได้สอดคล้องกับหลักการของมาตรา 1243 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา 153 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้อย่างดีตรงที่ว่าบริษัทผู้รับโอนย่อมได้ไปทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบริษัทผู้โอนทุกประการ

4.2.2.3 กรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ทั้งห้ามการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ และไม่มีกำหนดไว้ให้โอนใบอนุญาตให้แก่กันได้ เนื่องจากกฎหมายบางฉบับมิได้กำหนดถึงวิธีการดำเนินการเกี่ยวแก่ใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเมื่อมีการควบรวมกิจการแต่อย่างใด ทำให้บางหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการให้ใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน บางหน่วยงานถือเหตุแห่งการควบรวมกิจการกันนั้นเป็นเพียงการเปลี่ยนชื่อผู้ได้รับใบอนุญาตจากชื่อของนิติบุคคลที่มาควบเข้ากันนั้นเป็นชื่อของนิติบุคคลใหม่ที่เกิดจากการควบรวมกิจการ ในขณะที่บางหน่วยงานถือเหตุแห่งการควบรวมกิจการเป็นการยกเลิกใบอนุญาตประกอบธุรกิจนั้นทันทีและต้องดำเนินการยื่นขอใหม่โดยนิติบุคคลที่เกิดจากการควบรวมกิจการ ในส่วนนี้ขอยกตัวอย่างมาวิเคราะห์จากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522

1) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่สำคัญสำหรับบุคคลหรือนิติบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทยหรือสถานะเป็นบริษัทไทย แต่ประสงค์จะประกอบธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับคนไทยจะต้องนำมาพิจารณาเป็นสำคัญก่อนตัดสินใจเริ่มการประกอบธุรกิจใดๆ ในประเทศไทย ซึ่งตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แบ่งประเภทของธุรกิจออกเป็นบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสาม สำหรับธุรกิจที่กำหนดให้อยู่ในบัญชีหนึ่งเป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการในทุกกรณียกเว้นกรณีที่คนต่างด้าวใช้สิทธิตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยผูกพัน เช่น การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน การสกัดสมุนไพรไทย การทำหรือหล่อพระพุทธรูป เป็นต้น สำหรับบัญชีสอง เช่น การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการบินในประเทศ การผลิตด้วยขามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย การผลิตน้ำตาลจากอ้อย เหล่านี้เป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ เป็นธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือเป็นธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองนี้ได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ส่วนธุรกิจที่กำหนดให้อยู่ในบัญชีสาม เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เช่น การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่ การทำกิจการ

บริการทางบัญชี การทำกิจการบริการทางกฎหมาย เป็นต้น กฎหมายห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจเช่นกัน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังนั้น หากเป็นการประกอบธุรกิจตามบัญชีสองและบัญชีสาม ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คนต่างด้าวก็สามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ หากแต่ต้องมีใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ ซึ่งการประกอบธุรกิจตามบัญชีสองหรือสามโดยมิได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีหรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้ากระทรวงพาณิชย์นั้นมีระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับและศาลสามารถสั่งเลิกการประกอบธุรกิจหรือเลิกกิจการหรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนแล้วแต่กรณีหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลนั้นก็ยังต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

การขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งก็คือ บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยและแต่มีสถานะเป็นต่างด้าวถือหุ้นอยู่ตั้งแต่กึ่งหนึ่งหรือร้อยละห้าสิบย่อมถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามนัยแห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หากประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับคนไทยตามบัญชีสองหรือบัญชีสามนั้น ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม เช่น มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย เป็นต้น โดยต้องดำเนินการยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์หรืออธิบดีแล้วแต่กรณีเพื่อพิจารณาอนุญาตให้ประกอบธุรกิจนั้นซึ่งจะมีคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพิจารณาคำขออนุญาตประกอบธุรกิจ และแม้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะมิได้บัญญัติชัดเจนถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตหรือปฏิเสธคำขอประกอบธุรกิจ แต่อย่างไรก็ตามแนวทางการพิจารณาการอนุญาตการประกอบธุรกิจให้แก่คนต่างด้าวนั้นจะคำนึงถึงผลดีต่อเศรษฐกิจไทยเป็นหลัก เช่น มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่คนไทย มีการจ้างแรงงานไทย ธุรกิจที่ขออนุญาตไม่กระทบต่อธุรกิจของคนไทยที่อาจไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันกับคนต่างด้าวในแง่ของเงินทุนแรงงาน เทคโนโลยี ทั้งนี้ผู้ขออนุญาตแต่ละรายจะต้องทำคำชี้แจงแสดงรายละเอียดธุรกิจที่จะขออนุญาตกับทั้งขั้นตอนการดำเนินงานตามธุรกิจที่ขออนุญาตนั้นรวมถึงผลดีที่ผู้ขออนุญาตเห็นว่ามีต่อเศรษฐกิจไทยและแผนการจ้างงานและการอบรมถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่คนไทยรวมทั้งประมาณการรายได้และรายจ่ายในช่วงสามปีแรกที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจยื่นต่อสำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อพิจารณาในชั้นคณะกรรมการและคณะกรรมการ

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งการพิจารณาอนุมัติหรืออนุญาตนี้จะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นคำขอ แต่อาจขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีกได้ตามความจำเป็น ซึ่งต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันครบกำหนดเวลาดังกล่าว และเมื่อผลการพิจารณาให้คนต่างด้าวที่ยื่นคำขอประกอบกิจการได้ ก็ต้องออกใบอนุญาตภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาต โดยใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้นเมื่อออกให้แล้วสามารถใช้ประกอบธุรกิจได้ตลอดไปจนกว่าผู้รับใบอนุญาตจะเลิกประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต

อย่างไรก็ตามกรณีของการควบรวมกิจการหรือการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันไม่ว่าจะเป็นการควบรวมระหว่างผู้ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วยกันหรือกับนิติบุคคลไทย พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กลับมิได้กำหนดกรณีของการดำเนินการเกี่ยวกับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหากมีการควบรวมกิจการหรือการโอนกิจการกันไว้แต่อย่างใด อีกทั้งบรรดากฎกระทรวงประกาศระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ไม่มีกำหนดขั้นตอนปฏิบัติเกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเนื่องจากการโอนกิจการหรือควบรวมกิจการไว้

ดังนั้นที่ปรากฏในทางปฏิบัติเมื่อมีการควบรวมกิจการหรือการโอนกิจการแก่กันเกิดขึ้นไม่ว่าระหว่างผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจด้วยกันหรือระหว่างผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจกับนิติบุคคลไทยนั้น สำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะพิจารณาว่าการควบรวมกิจการหรือการโอนกิจการให้แก่กันนั้นทำให้นิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่หรือผู้รับโอนกิจการนั้นเป็นบุคคลต่างด้าวตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่ หากบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่หรือผู้รับโอนกิจการนั้นมีผู้ถือหุ้นบุคคลธรรมดาไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือนิติบุคคลจดทะเบียนในประเทศไทยที่มีสถานะเป็นต่างด้าวแล้วและนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่หรือผู้รับโอนกิจการนั้นยังคงประกอบธุรกิจที่นิติบุคคลเดิมที่มากับเข้ากันนั้นหรือผู้โอนกิจการให้ประกอบธุรกิจอยู่ สำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะถือว่าเป็นเพียงการเปลี่ยนชื่อผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเท่านั้นโดยบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบกิจการมีหน้าที่ต้องนำใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจของบริษัทเดิมที่มากับเข้ากันนั้นมาคืนแก่สำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อเปลี่ยนชื่อเป็นชื่อบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบรวมกิจการเช่นหากบริษัทเดิมคือบริษัทก. ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าปลีกควบเข้ากับบริษัทข. ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจค้าส่งเมื่อควบรวมกิจการแล้วเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่สำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก็จะดำเนินการ



แก่ชื่อผู้ได้รับอนุญาตจากบริษัท. และข. เป็นชื่อบริษัทใหม่ต่อไปเนื่องจากสำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวถือว่าคุณสมบัติของผู้ได้รับอนุญาตเดิมต่างมิได้เปลี่ยนไปแต่อย่างใด

กรณีของการโอนกิจการให้แก่กันนั้นหากการโอนกิจการทำให้ผู้รับโอนกิจการกลายเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพ.ศ. 2542 ผู้รับโอนกิจการต้องดำเนินการยื่นคำขออนุญาตใหม่แจ้งเหตุผลและแสดงแก่สำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวว่าได้รับโอนกิจการจากผู้ได้รับใบอนุญาตเดิม ส่วนกรณีที่ผู้รับโอนกิจการยังสามารถคงสถานะความเป็นบริษัทไทยต่อไปได้การแจ้งแก่สำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจึงไม่มีความจำเป็นต้องดำเนินการแต่อย่างใด แต่หากกรณีเป็นการรับโอนกิจการที่ผู้รับโอนกิจการมีสถานะเป็นต่างด้าวผู้รับโอนกิจการนั้นก็ดำเนินการขอใบอนุญาตใหม่ต่อไปจึงจะดำเนินการที่รับโอนมาได้

กรณีการควบรวมกิจการผ่านการซื้อหุ้นในบริษัทอื่นหากการเข้าไปซื้อหุ้นนั้นทำให้บริษัทเป้าหมายมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวแล้วบริษัทดังกล่าวก็ต้องดำเนินการขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวต่อไปหากธุรกิจที่ดำเนินอยู่นั้นเป็นธุรกิจที่สงวนไว้ตามบัญชีสองหรือบัญชีสามแล้วแต่กรณี โดยที่บริษัทที่เข้าไปซื้อหุ้นไม่ต้องดำเนินการขออนุญาตด้วยแต่อย่างใด เนื่องจากยังคงมีสถานะเป็นคนละนิติบุคคลกัน

2) พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนและธุรกิจอุตสาหกรรมในประเทศไทยที่สำคัญฉบับหนึ่งเนื่องจากเป็นกฎหมายพิเศษที่มีบทบัญญัติเอื้ออำนวยประโยชน์ต่อการลงทุนและอุตสาหกรรมหลากหลายด้าน เช่น โรงงานจำพวกที่ 3 ที่ตั้งอยู่ในเขตนิคมอุตสาหกรรมซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมนั้นไม่ต้องดำเนินการขออนุญาตตั้งโรงงาน หรือกรณีคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยก็ไม่ต้องดำเนินการขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแต่อย่างใดแม้จะเป็นธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับคนไทยตามบัญชีสองหรือบัญชีสามเพียงแต่ดำเนินการแจ้งอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเพื่อขอหนังสือรับรองเท่านั้นหรือการได้สิทธิในการถือครองที่ดินแม้จะมีสถานะเป็นบุคคลต่างด้าวก็ตามรวมไปถึงสิทธิประโยชน์ในการนำคนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือผู้ชำนาญการคู่สมรสและบุคคลในอุปการะของบุคคลดังกล่าวเข้ามาในราชอาณาจักรได้สิทธิประโยชน์ในการส่งเงินตราออกนอกราชอาณาจักรรวมไปถึงสิทธิประโยชน์ในการนำเข้าวัตถุดิบจากต่างประเทศเพื่อประกอบกิจการผลิตโดยปราศจากอากรขาเข้า

นิคมอุตสาหกรรมมีสองประเภท คือ เขตอุตสาหกรรมทั่วไป และเขตประกอบการเสรี ผู้ใดประสงค์ประกอบกิจการในพื้นที่ของเขตการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยต้องได้รับ

อนุญาตเป็นหนังสือจากผู้ว่าการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย โดยที่การประกอบการในนิคมอุตสาหกรรมมี 4 ลักษณะได้แก่ การประกอบอุตสาหกรรม การประกอบการบริการในเขตอุตสาหกรรมทั่วไป การประกอบพาณิชยกรรมในเขตประกอบการเสรี และการประกอบกิจการอื่นที่เป็นประโยชน์หรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการในนิคมอุตสาหกรรม ซึ่งการขออนุญาตประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมนั้น ผู้ขออนุญาตจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตการประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมนั้นก็เป็นหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างเปิดกว้างมากกว่าการขออนุญาตส่งเสริมการลงทุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนหรือการขออนุญาตประกอบธุรกิจประเภทอื่นที่มีกระบวนการและขั้นตอนที่ค่อนข้างมีความละเอียดซับซ้อนและคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้รับอนุญาตเป็นสำคัญส่วนหนึ่งอาจเนื่องมาจากลักษณะธุรกิจที่จะประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมส่วนใหญ่เป็นภาคอุตสาหกรรมการผลิตเพื่อการส่งออกหรือจำหน่ายในประเทศซึ่งไม่ติดขัดกับธุรกิจที่สงวนไว้ตามบัญชีสองและบัญชีสามแห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพ.ศ. 2542 ผู้ไม่มีสัญชาติไทยจึงสามารถประกอบธุรกิจการผลิตเพื่อการส่งออกหรือจำหน่ายในประเทศได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อย่างไรก็ตามก็ถือข้อจำกัดในการถือครองที่ดินของผู้ไม่มีสัญชาติไทยเป็นปัจจัยสำคัญที่ผู้ประกอบการต่างชาติส่วนใหญ่สนใจขออนุญาตประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมหรือขอส่งเสริมการลงทุนเพื่อสามารถถือครองที่ดินได้ตามข้อยกเว้นของกฎหมายดังกล่าวสำหรับหลักเกณฑ์ที่การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยจะใช้ในการพิจารณา คือการให้อุญาตประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมแก่ผู้ขออนุญาตแต่ละรายนั้นสอดคล้องกับประเภทหรือกลุ่มอุตสาหกรรมเป้าหมายตามที่คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมกำหนดอนุมัติไว้ในโครงการจัดตั้งหรือขยายนิคมอุตสาหกรรมแต่ละแห่งซึ่งการพิจารณาคำขออนุญาตจะใช้เวลาไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำขออนุญาต แต่ก็อาจขยายเวลาได้หากเป็นกรณีจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาจากหน่วยราชการอื่น ทั้งนี้การอนุญาตให้ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมนั้นจะมีกำหนดระยะเวลาเพียงห้าปีแต่สามารถขอต่ออายุการอนุญาตได้โดยการยื่นคำขอก่อนวันที่การอนุญาตสิ้นสุดไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ซึ่งเมื่อยื่นคำขอแล้วสามารถประกอบกิจการต่อไปได้

อย่างไรก็ตามกลับไม่มีบทบัญญัติทั้งในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและข้อบังคับของการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยว่าด้วยการดำเนินการเกี่ยวกับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมหรือใบอนุญาตให้ใช้ที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมจากกรณีการควบรวมกิจการระหว่างบริษัทที่ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมหรือระหว่างบริษัทที่มีได้ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมกับบริษัทที่ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมแต่อย่างใด โดยที่ในทางปฏิบัตินั้นหากเป็นการควบรวมกิจการระหว่างผู้ประกอบการในนิคมอุตสาหกรรม

ด้วยกันนั้นผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมทุกรายเพียงแต่แจ้งความประสงค์ที่จะควรวมกิจการกันแก่การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (กนอ.) เป็นการล่วงหน้าและทาง กนอ. จะดำเนินการแก้ไขชื่อผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมและ/หรือได้รับ อนุญาตให้ใช้ที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมเป็นชื่อบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นภายหลังการควรวมกิจการ เช่นเดียวกับกรณีที่เป็นการควรวมกิจการระหว่างบริษัทที่ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมกับ บริษัทที่มีได้ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมหากบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นจากการควรวมกิจการ ยังคงประกอบกิจการต่อในนิคมอุตสาหกรรมแล้วนั้นใบอนุญาตให้ประกอบกิจการในนิคม อุตสาหกรรมก็จะได้รับการเปลี่ยนชื่อเป็นบริษัทใหม่ที่เกิดจากการควรวมกิจการเช่นเดียวกันส่วน กรณีของการควรวมกิจการผ่านการซื้อหุ้นหรือทรัพย์สินนั้นตราใบใดที่ผู้ได้รับใบอนุญาตยังคง ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมต่อไปโดยมิได้มีการเปลี่ยนตัวเจ้าของกิจการแล้วนั้นผู้เข้า ครอบครองกิจการผ่านการซื้อหุ้นหรือทรัพย์สินนั้นจึงยังไม่มีหน้าที่ต้องรายงานหรือขออนุญาต เพิ่มเติมกับกนอ. แต่อย่างไรก็ตามปฏิบัติดังกล่าวว่าจะสืบเนื่องมาจากลักษณะการพิจารณาอนุญาตให้ ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมหรือให้ใช้ที่ดินของนิคมอุตสาหกรรมที่พิจารณาการตั้งสถาน ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมเป็นหลักหากการควรวมกิจการส่งผลให้บริษัทใหม่ที่เกิดจาก การควรวมกิจการยังคงตั้งสถานประกอบการตามที่ผู้ได้รับอนุญาตเดิมตั้งอยู่ในนิคมอุตสาหกรรม ต่อไปสิทธิในการประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมก็ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงเพราะมิได้เป็นการ ย้ายไปประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมอื่นแต่อย่างไรซึ่งค่อนข้างจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ ของการให้อุญาตประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม แห่งประเทศไทยพ.ศ. 2522 ที่มีได้คำนึงถึงคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตเป็นสำคัญหากแต่คำนึงถึง ความสอดคล้องกับกลุ่มอุตสาหกรรมเป้าหมายตามที่คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่ง ประเทศไทยกำหนดไว้ในการจัดตั้งนิคมอุตสาหกรรมแต่ละแห่งเท่านั้น

ในขณะที่การโอนกิจการไม่ว่าจะเป็นกรณีของการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน หรือการ โอนกิจการเฉพาะบางส่วนที่เป็นกิจการที่ดำเนินอยู่ในนิคมอุตสาหกรรมข้อบังคับ คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการที่ประสงค์จะโอน กิจการนั้นมีหนังสือแจ้งให้กนอ. ทราบถึงการโอนกิจการให้แก่กันดังกล่าวและหากผู้รับโอนกิจการ ประสงค์จะประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมต่อไปผู้รับ โอนกิจการจะต้องดำเนินการขออนุญาต ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมนั้นใหม่ต่อกนอ.ต่อไป

เมื่อเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายห้ามไว้อย่างชัดเจนและบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ อำนาจออกใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานนั้นเองก็มิได้กำหนดกรณีการโอนใบอนุญาต จากการควรวมกิจการไว้ หลักกฎหมายเอกชนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1243

และ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 153 จึงสมควรได้รับการนำมาใช้ ดีความ โดยที่ใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือสัมปทานนั้นในฐานะที่เป็นสิทธิ จึงสมควรได้รับโอนไปยัง บริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบรวมกิจการตามหลักการของกฎหมายส่วนแพ่งนี้ ซึ่งจะเป็นการ ดีความที่ช่วยเสริมให้กฎหมายมหาชนมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เนื่องจากเป็นกรณีที่กฎหมายมหาชน มิได้กำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจน และเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและอุดมช่องว่าง ของกฎหมายประการหนึ่ง

### 4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบจากการควบรวมกิจการต่อผู้บริโภค

การควบรวมกิจการเป็นวิธีการดำเนินธุรกิจอย่างหนึ่ง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการเติบโต ภายใน ซึ่งผลจากการควบรวมกิจการอาจทำให้เกิดการได้เปรียบทางด้านการแข่งขันทางการค้า การ แข่งขันทางการค้าในโลกเศรษฐกิจนอกจากที่จะเป็นการต่อสู้เพื่อการเอาชนะคู่ต่อสู้คนอื่นๆ แล้ว ยัง หมายความว่ารวมถึงการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งลูกค้าหรือผู้บริโภคในตลาดด้วย กล่าวคือความสามารถ ในการระดมหรือหาแหล่ง เงินทุน การใช้อำนาจทางธุรกิจด้านต่างๆ กลุ่มธุรกิจใหญ่ๆ มักจะจัดรูป องค์กรของตน โดยการมารวมตัวกันหรือร่วมมือกัน โดยผนึกกำลังเพื่อแสวงหาและรักษา ผลประโยชน์ของตนหรือทำการต่อรองกับรัฐบาล หากจะหาเหตุผลการรวมตัวอาจจะมีสาเหตุมา จากหลายสาเหตุ คือ เพื่อสร้างอำนาจตลาด การสร้างอาณาจักรหน่วยงานทางธุรกิจ การลดต้นทุน โดยหลักการแล้วถือว่า การควบรวมกิจการเป็นปฏิบัติต่อการค้าเสรี และทำให้การแข่งขันทาง การค้าเสียไป เพราะเนื่องมาจากการควบรวมกิจการเป็นวิธีหนึ่งที่จะสร้างอำนาจตลาดหรืออำนาจ เหนือตลาด ซึ่งก่อให้เกิดการกระจายตัวของอำนาจในตลาดที่ไม่เป็นที่พึงประสงค์ ให้มีอำนาจเหนือ คู่แข่งขันอื่นๆ ในการเข้าครอบงำกิจการของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นคู่แข่งของตนหรือไม่ก็ตาม ทำให้ สามารถควบคุมหรือกำหนดนโยบายด้านราคาและด้านอื่นๆ อีกทั้งเป็นการกีดกันผู้ประกอบการราย เดิมจนเป็นการผูกขาดทางการค้าไปในที่สุด

เมื่อการควบรวมกิจการในการประกอบธุรกิจเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกัน ทางการค้ากันตกลงร่วมมือกันในการประกอบธุรกิจ โดยอาจมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการแข่งขันทาง การค้าระหว่างกันและเพื่อแสวงหากำไรสูงสุดร่วมกัน กรณีเช่นนี้ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละราย ที่ เข้าร่วมตกลงกันประกอบธุรกิจปฏิบัติตนเสมือนเป็นองค์กรเดียวกันที่มีอำนาจเหนือตลาด (Monopolist) ข้อตกลงในการควบรวมกิจการมีได้ในหลายเรื่องเช่น ในเรื่องการกำหนดราคา (Price Fixing) เรื่องผลผลิต (Supply or Output Restriction) เรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางธุรกิจ (Dissemination and Information Exchange) เรื่องการแบ่งตลาด (Market Division or Allocation)

เรื่องการประมูล (Bid Rigging) เรื่องการแบ่ง ผลกำไร (Division of Profit) การควบรวมกิจการในการประกอบธุรกิจนั้นเป็นที่ยอมรับกันว่าส่งผลเสียต่อระบบการค้าเสรีซึ่งมุ่งประสงค์ให้มีการแข่งขันกันในตลาดอย่างเสรีและเป็นธรรม ดังนั้นการควบรวมกิจการในการประกอบธุรกิจจึงต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลายประเทศ

ทั้งนี้ แม้ว่าการควบรวมกิจการในการประกอบธุรกิจจะต้องห้ามชัดเจนในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่เนื่องจากการควบรวมกิจการในการประกอบธุรกิจมีข้อดีทางเศรษฐศาสตร์อยู่หลายประการ อาทิ เช่น สามารถทำให้ผู้ประกอบการลดต้นทุนการผลิต หรือส่งผลให้เพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตได้จึงมีข้อยกเว้นอยู่ในหลายกรณีที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอนุญาตให้มีการควบรวมกิจการในการประกอบธุรกิจได้

#### 4.3.1 ผลกระทบต่อผู้บริโภคจากการผูกขาดทางการค้า

การผูกขาดทางการค้านั้นถือว่าเป็นการสร้างการค้าที่ไม่เป็นธรรม ขัดกับเสรีภาพทางเศรษฐกิจ เนื่องจากเป็นการจำกัดความหลากหลายในการแลกเปลี่ยนอย่างเสรี เป็นการบังคับให้แลกเปลี่ยนกันกับผู้ผูกขาดเท่านั้น และขัดกับระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมซึ่งต้องอาศัยการแข่งขันกันด้วยกลไกของราคา อันเป็นการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพที่สุดซึ่งก่อให้เกิดผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและประชาชน อย่างไรก็ตามการผูกขาดทางการค้าก็ไม่ได้เลวร้ายไปเสียทุกอย่าง การผูกขาดบางอย่างกลับเป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจเสียด้วยซ้ำ ดังมีสาระสำคัญ คือการผูกขาดทางการค้าไม่ได้มีแต่ด้านลบเสมอไป เพราะเมื่อมองไปรอบตัวจะเห็นผลิตภัณฑ์ของกิจการที่มีผู้ผลิตที่ผูกขาดกันอยู่ ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า โทรศัพท์ น้ำประปา สินค้าและบริการเหล่านี้มีลักษณะพิเศษคือจำเป็นต้องใช้เงินลงทุนมหาศาล และยิ่งผลิตจำนวนมากต้นทุนต่อหน่วยจะยิ่งต่ำลง (Economy of Scale) บริษัทผูกขาดในลักษณะนี้เรียกว่าเป็น Natural Monopoly ในกรณีเช่นนี้ ถ้าให้มีบริษัทหลายๆ บริษัทเข้ามาแข่งขันกันจะทำให้ต้นทุนต่อหน่วยเพิ่มขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงอาจอนุโลมให้ Natural Monopoly คงอำนาจการผูกขาดอยู่ได้บ้างเพื่อให้ผู้บริโภคได้สินค้าราคาต่ำแต่ถึงกระนั้นผลเสียที่เกิดจากการผูกขาดก็ส่งผลกระทบดังต่อไปนี้

4.3.1.1 การผูกขาดก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรทั้งระบบเศรษฐกิจอย่างไม่มีประสิทธิภาพ จากการวิเคราะห์ตลาดผูกขาด ทำให้ทราบว่า การผูกขาดทำให้ปริมาณการผลิตน้อยกว่าที่ควรจะเป็น และราคาสูงกว่าที่ควรจะเป็น ผู้บริโภคที่ต้องการซื้อสินค้านั้นแต่สู้ราคาไม่ไหวจำเป็นต้องหันไปซื้อสินค้าอื่นที่ใช้ทดแทนได้บ้าง เป็นเหตุให้มีการใช้ทรัพยากรน้อยเกินไปในการผลิตสินค้าและบริการที่ผูกขาด และมากเกินไปในสินค้าอื่นทรัพยากรการผลิตจึงถูกใช้อย่างไม่เต็มประสิทธิภาพ

4.3.1.2 ผู้บริโภคไม่ได้รับการคุ้มครองจากการทุจริตของผู้ผูกขาด เพราะผู้บริโภคไม่สามารถหาซื้อสินค้าอย่างเดียวกันจากผู้ผลิตรายอื่น ถ้าไรของผู้ผูกขาดจึงไม่เกิดจากการรับใช้สังคมแต่เกิดจากการปฏิเสธที่จะรับใช้สังคม

4.3.1.3 การผูกขาดไม่ช่วยคุ้มครองแรงงานให้พ้นจากการเอารัดเอาเปรียบของผู้ผูกขาด ยิ่งในกรณีที่หน่วยผลิตนั้นมีอำนาจผูกขาดการจ้างงานด้วย คนงานจะไม่สามารถหางานอื่นทำได้ และผู้ผูกขาดอาจฉวยโอกาสเอารัดเอาเปรียบโดยกดค่าแรง หรือปล่อยปละละเลยสิ่งแวดล้อมของสถานที่ทำงาน

4.3.1.4 ผู้ผูกขาดไม่ได้รับผลกระทบใดๆ จากความรู้ประสิทธิภาพของตนเพราะผู้ผูกขาด เป็นผู้ครองตลาดแต่เพียงผู้เดียว ขายสินค้าได้เสมอแม้ในราคาที่สูงกว่าที่ควรจะเป็น

4.3.1.5 การผูกขาดไม่ได้ช่วยให้วิทยาการการผลิตก้าวหน้าอย่างที่ควรจะเป็น แม้ว่าผู้ผูกขาดจะอยู่ในฐานะที่จะลงทุนนำเทคโนโลยีที่เหมาะสมมาใช้ แต่อาจลังเลเพราะกลัวหวังผลกำไรระยะสั้น และแม้มีการนำเทคโนโลยีใหม่ๆ มาใช้ ผู้ผูกขาดก็อาจคงราคาสินค้าไว้แทนที่จะลดราคาสินค้า โดยนำกำไรไปใช้จ่ายในทางอื่นที่ไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค

4.3.1.6 การผูกขาดทำให้ผู้ผูกขาดนิ่งนอนใจและขาดความกระตือรือร้นในการเพิ่มประสิทธิภาพ ในการลดต้นทุนและลดราคาหากอุปสงค์ลดลง แต่ผู้ผูกขาดไม่ยอมปรับราคาให้ลดลง ก็จะมีอุปทานส่วนเกิน ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจมหภาคแบบลูกโซ่ กล่าวคือ มีการลดการผลิต ลดจำนวนแรงงาน แรงงานที่ว่างงานเหล่านี้ขาดรายได้ที่จะไปซื้อสินค้าอื่น ทำให้เศรษฐกิจส่วนรวมถดถอย

4.3.1.7 การผูกขาดที่มีส่วนก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันในการกระจายรายได้ ผู้ผูกขาดที่เป็นเอกชนอาจไม่แบ่งผลประโยชน์กำไรให้แก่แรงงานในรูปแบบของการขึ้นค่าจ้างหรือเพิ่มโบนัส และไม่คืนกำไรให้แก่ผู้บริโภคในการลดราคาสินค้า เพราะไม่มีแรงกดดันเหมือนอย่างกรณีการแข่งขันกำไรและความมั่นคงทั้งหมดจึงตกอยู่กับผู้ผูกขาด

#### 4.3.2 แนวทางการป้องกันการผูกขาดจากการควบรวมกิจการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้วางเงื่อนไขการควบรวมกิจการของประเทศไทยกรณีที่เป็นการกระทำที่มีลักษณะการควบรวมธุรกิจ และการตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขันกล่าวคือ

4.3.2.1 การควบรวมธุรกิจที่อาจมีผลต่อการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ห้ามผู้ประกอบการกระทำ

การรวมธุรกิจซึ่งอาจทำให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันเว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยการรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง

1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริการรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนาจการ หรือการจัดการ

3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนาจการ หรือการจัดการ

4.3.3.2 การตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน (Collusive Practice ) กับผู้ประกอบการธุรกิจนอกประเทศเพื่อจำกัดโอกาสผู้ซื้อภายในประเทศ โดยมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจอื่น กระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันใน ตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยแบ่งออกเป็นข้อห้ามเด็ดขาด (Per Se Rule) และข้อห้ามที่ยึดหลักเหตุผล (Rule of Reason) ข้อห้ามเด็ดขาดซึ่งรวมถึงพฤติกรรม ดังต่อไปนี้

1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ

3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด

4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กันเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูล หรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูล หรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

อย่างไรก็ตามกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งผู้ประกอบการอาจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมดังต่อไปนี้

กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้า หรือ บริการได้ในท้องถิ่น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ อย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

### 4.3.3 ผลกระทบต่อสิทธิของผู้บริโภคที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

4.3.3.1 สิทธิของผู้บริโภคตามรัฐธรรมนูญ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ทำให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค พร้อมได้ให้ความสำคัญต่อผู้บริโภคมมากขึ้น โดยได้บัญญัติถึงสิทธิของผู้บริโภคไว้ใน มาตรา 57 ว่า “สิทธิของบุคคล ซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความ คุ้มครองทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” จนกระทั่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 61 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของผู้บริโภคไว้เป็นการชัดเจนว่า “สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อม ได้รับความคุ้มครองในการได้รับข้อมูลที่ เป็นความจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งมีสิทธิรวมตัว กันเพื่อพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค ให้มีองค์การเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นอิสระจากหน่วยงาน ของรัฐ ซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภคทำหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของ หน่วยงานของรัฐในการตราและการบังคับใช้กฎหมายและกฎ และให้ความเห็นในการกำหนด มาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภครวมทั้งตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการกระทำ อันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ให้รัฐสนับสนุนงบประมาณในการดำเนินขององค์การอิสระ ดังกล่าวด้วย”

พิจารณาได้ว่าเหตุผลที่รัฐธรรมนูญบัญญัติถึงสิทธิของผู้บริโภคไว้ก็เนื่องจาก ประชาชน ส่วนใหญ่ในฐานะผู้บริโภคไม่สามารถหลีกเลี่ยงผลกระทบอันเกิดจากการบริโภคได้จาก การมีฐานะไม่เท่าเทียมกับผู้ผลิตทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ ดังนั้นเพื่อให้ประชาชน ในฐานะ ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับการคุ้มครอง รัฐธรรมนูญจึงให้มีองค์การอิสระที่ประกอบด้วย ตัวแทนผู้บริโภค ที่จะมาทำหน้าที่ให้ความเห็นในการตรากฎ ข้อบังคับและกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค และมีส่วนร่วมในการกำหนดทิศทางและแนวทางเพื่อคุ้มครองสิทธิของ



ตนเองให้พ้นจากการเอาเปรียบของผู้ประกอบการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชน มีส่วนร่วมในระบบการเมืองมากขึ้น

นอกจากนี้แล้วรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังได้บัญญัติรับรองสิทธิในการประกอบอาชีพ โดยบัญญัติให้บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรมแต่รัฐก็อาจจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ หากเป็นการกระทำเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามมาตรา 43

ประกอบกับในส่วนที่เกี่ยวกับแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 84 (5) ได้บัญญัติให้รัฐต้องกำกับให้การประกอบกิจการมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาดตัดตอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และคุ้มครองผู้บริโภค

4.3.3.2 สิทธิของผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ให้สิทธิแก่ประชาชนในฐานะผู้บริโภคให้ได้รับความคุ้มครองจากการซื้อสินค้าหรือรับบริการ เพราะประชาชนในฐานะผู้บริโภคซื้อหาสินค้าหรือรับบริการมากกว่าที่กฎหมายใช้บังคับอยู่ ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่สามารถตอบสนองความต้องการในการแก้ไขปัญหาของประชาชนได้ ดังนั้น สิ่งที่ประชาชนในฐานะผู้บริโภคต้องการ คือ กฎหมายที่ให้อำนาจรัฐเป็นการทั่วไปที่จะให้การคุ้มครองผู้บริโภคได้กับทุกปัญหาที่เกิดขึ้น และแม้จะมีกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกลางในการคุ้มครองผู้บริโภคแล้วก็ตาม แต่การคุ้มครองผู้บริโภคก็ยังคงอาศัยกลไกทางกฎหมายและหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการโดยมุ่งใช้วิธีบังคับหรือลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจในลักษณะที่มีโทษทางอาญาเป็นหลักเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวและการปฏิบัติตามกฎหมาย

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่มีหน้าที่คุ้มครองสิทธิผู้บริโภคโดยตรงคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติให้ผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย 5 ประการ ไว้ในมาตรา 4 ว่า

“มาตรา 4 ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิที่ได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้อง และเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
- (2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ
- (3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ
- (3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา

(4) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายว่าด้วยกรณีนี้ๆ หรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้

ซึ่งสิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้า (The Rights to Freedom of Choice) นี้เองหมายถึง สิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือรับบริการ โดยความสมัครใจของผู้บริโภคปราศจากการผูกขาดทางการค้า และปราศจากการชักจูงใจอันไม่เป็นธรรม

การบังคับใช้กฎหมายนั้นเมื่อมีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจในการคุ้มครอง ผู้บริโภคไว้เป็นการเฉพาะแล้วก็ต้องบังคับตามกฎหมายฉบับนั้น แต่ถ้ากรณีไม่มีกฎหมายใดหรือหน่วยงานใดให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการเฉพาะแล้วก็ต้องใช้ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งให้ความคุ้มครองในผู้บริโภคด้านสินค้าและบริการทั่วไป กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับความเป็นธรรมในการใช้สินค้าและการรับบริการ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่กำกับดูแลโดยกระทรวงพาณิชย์ ได้แก่ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศพัฒนาแล้วมีพัฒนาการที่ยาวนานมากกว่า กฎหมายในประเทศกำลังพัฒนาอย่างประเทศไทยมาก พัฒนาการทางกฎหมายทำให้กฎหมายมี ข้อบัญญัติชัดเจนในการบังคับใช้ อย่างเช่นสหรัฐอเมริกาองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันด้านการค้าเสรีมีหน่วยงานตรวจสอบเป็นหน่วยงานของฝ่ายบริหาร (Administrative Body) มีอำนาจเพียงตรวจสอบและฟ้องร้อง อำนาจตัดสินเป็นขององค์กรตุลาการซึ่งผลดี คือ คำตัดสินไม่ถูกแทรกแซงทางการเมือง

ขณะที่องค์กรที่บังคับใช้กฎหมายของไทยในปัจจุบัน คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธาน ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธาน ปลัดกระทรวงการคลังเป็นกรรมการ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอีกไม่น้อยกว่าแปดคนแต่ไม่เกินสิบสองคนที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งเป็นกรรมการ ซึ่งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอยู่ในตำแหน่งคราวละสองปีแต่ไม่เกินสองวาระ แม้จะมีบทบัญญัติว่าผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการต้องไม่เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมือง กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมืองก็ตาม แต่การให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งทำให้มีลักษณะเป็นองค์กรกึ่งการเมืองไม่มีความเป็นอิสระ และการอยู่ในวาระสองปีทำให้ขาดความเชี่ยวชาญและความต่อเนื่อง ผลที่ตามมาพบว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถดำเนินการบังคับใช้กฎหมายมาเอาผิดลงโทษผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้

#### 4.3.4 ตัวอย่างกรณีการควบรวมกิจการที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค

การควบรวมกิจการมีความสัมพันธ์กับอำนาจเหนือตลาดเพราะเมื่อควบรวมกิจการได้แล้วย่อมทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดได้ง่ายขึ้น ยกตัวอย่างได้จากกรณีดังต่อไปนี้

4.3.4.1 การควบรวมกิจการของกิจการเคเบิลทีวี IBC และ UTV ซึ่งรวมกิจการกันในวันที่ 16 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2541 โดยหลังจากรวมกิจการแล้วทั้ง 2 บริษัทยังคงสภาพนิติบุคคลโดยได้เปลี่ยนชื่อบริษัท IBC เดิมเป็นบริษัทยูไนเต็บบรอดคาสต์ติ้งคอร์ปอเรชันจำกัด (มหาชน) หรือเรียกว่ายูบีซีซึ่งรับผิดชอบบริการระบบจานดาวเทียมและเปลี่ยนชื่อบริษัท UTV เดิมเป็นบริษัทยูบีซีเคเบิลเน็ตเวิร์กจำกัด(มหาชน) หรือเรียกว่ายูบีซีเคเบิลซึ่งจะรับผิดชอบบริการระบบเคเบิลใยแก้วนำแสงโดยทั้ง 2 บริษัทได้ร่วมกันใช้ชื่อสัญลักษณ์ทางการค้าเดียวกันคือ UBC ช่วงเวลาดังกล่าวพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ยังคงอยู่ในกระบวนการร่างกฎหมายของรัฐสภา กฎหมายทางการค้าที่ใช้อยู่ในขณะนั้นคือพระราชบัญญัติว่าด้วยสินค้าและบริการ พ.ศ.2522 ซึ่งยังไม่มีความชัดเจนเรื่องข้อบัญญัติการควบรวมกิจการ

แม้ว่าการควบรวมกิจการจะเกิดขึ้นมาก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ซึ่งตามหลักกฎหมายแล้วไม่สามารถย้อนหลังไปบังคับใช้ได้แต่กระบวนการเปลี่ยนแปลงภายในภายหลังการควบรวมยังมีอยู่จนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เมื่อควบรวมกิจการเป็น UBC แล้วจะต้องอยู่ภายใต้การบังคับของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542ซึ่ง UBC เร่งออกแพคเกจสินค้าและบริการก่อนที่จะประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 โดย UBC ใช้อำนาจการผูกขาดในตลาดโดยคิดค่าบริการที่สูงเกินควรหลังจากการควบรวมกิจการ กล่าวคือ UBC ได้เสนอแพคเกจราคาสูง(Gold Package) และแพคเกจราคาต่ำกว่า (Silver Package) แต่แพคเกจราคาต่ำกว่ามีจำนวนช่องรายการน้อยมากเมื่อเทียบกับแพคเกจราคาสูง ทำให้ผู้บริโภคจำเป็นต้องซื้อแพคเกจราคาสูงตามไปด้วย แม้จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า 2542 แล้วแต่ UBC ยังสามารถกำหนดบังคับขายในแพคเกจราคาสูง(Gold Package) ได้โดยไม่ถูกฟ้องร้องเรื่องการผูกขาดแต่อย่างใด ต่อมาเมื่อมีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้า ว่า UBC ใช้อำนาจการผูกขาดในตลาดโดยคิดค่าบริการที่สูงเกินควรในรายการ กีฬา ภาพยนตร์ (HBO, Cinemax) และข่าว (CNN, BBC) เป็นต้น คณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้าก็เพียงแต่มีมติให้องค์กรสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย (อสมท.) ทบทวนอัตราค่าบริการที่เหมาะสมของ UBC4 ซึ่งปรากฏว่า อสมท. ก็มิได้ดำเนินการแต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่าเกิดการผูกขาดในธุรกิจเคเบิลทีวี หรือธุรกิจโทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิก ซึ่งทำให้บริษัท UBC เป็นผู้ประกอบการรายเดียวในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 100 เข้าข่ายการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด อันส่งผลกระทบต่อธุรกิจ SMEs ต่างๆ เช่น ร้านอาหาร โรงแรม อพาร์ทเมนท์ ตลอดจนผู้บริโภค ถือว่าผิดมาตรา 25(1) และมาตรา 27(1) หรือไม่ แต่คณะกรรมการตัดสินว่าการปรับค่าบริการสมาชิกรายเดือนสูงขึ้นไม่ฝ่าฝืนมาตรา 25(1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยให้เหตุผลว่ามีเหตุจำเป็นเพื่อแก้ปัญหาผลกระทบของค่าเงินบาทและภาระขาดทุน ในส่วนมาตรา 27(1) นั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็มีมติว่าการดำเนินธุรกิจของกลุ่มบริษัท UBC มีพฤติกรรมถือเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันโดย IBC (เดิม) เข้าไปถือหุ้นใหญ่ในบริษัท UTV (เดิม) ร้อยละ 98 และมีกรรมการบริหารและผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัทชุดเดียวกัน จึงถือว่าไม่เป็นการตกลงร่วมกันกำหนดราคา

4.3.4.2 การควบรวมกิจการของกิจการโรงภาพยนตร์ ทำให้บริษัท เมเจอร์ซีนีเพล็กซ์กรุ๊ปจำกัด (มหาชน)(Major Cineplex) กลายเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ที่สุดในตลาด หลังจากการควบรวมกิจการกันระหว่าง บริษัท เมเจอร์ซีนีเพล็กซ์ กรุ๊ป จำกัด (มหาชน) และบริษัท อีจิวี เอนเตอร์เทนเมนต์จำกัด (มหาชน) เมื่อปี 2547

จะเห็นได้ว่าจากเดิมที่เมเจอร์และอีจิวีมีรูปแบบธุรกิจที่คล้ายกันทั้งการเป็นโรงภาพยนตร์ โบว์ลิ่ง และฟิตเนสทำให้การแข่งขันค่อนข้างรุนแรง การรวมตัวของทั้งสองกิจการจึงเป็นผลดีแก่ตัวเจ้าของธุรกิจที่จะไม่ต้องแข่งขันกันเอง และยังสามารถเพิ่มจำนวนลูกค้าได้มากขึ้นตามไปด้วยความสามารถในการต่อรองกับผู้นำเข้าหนังก็มีเพิ่มมากขึ้นทำให้ต้นทุนในการฉายลดลง หากทั้งสองกิจการนี้เป็นเพียงธุรกิจรายย่อย การรวมตัวก็ยังไม่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคมากนัก แต่กิจการทั้งสองนี้ต่างเป็นรายใหญ่ของประเทศไทย เมื่อการควบรวมกิจการในครั้งนี้ทำให้เครือเมเจอร์ครองส่วนแบ่งตลาดถึง 70% ซึ่งเป็นจำนวนที่เกินกว่าครึ่งหนึ่งทำให้ตัวธุรกิจมีความสามารถที่จะกำหนดราคาเองได้ เนื่องจากไม่ต้องแข่งขันกับรายอื่นทำให้ราคาที่ควรจะมาจากการแข่งขันกันเองทำให้ผู้บริโภคได้ประโยชน์สูงสุดกลับเป็นเครือเมเจอร์ที่สามารถตั้งราคาได้ด้วยตัวเอง กลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดจากการควบรวมกิจการ