

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบรวมกิจการในการประกอบธุรกิจ

LEGAL PROBLEMS ON MERGERS AND ACQUISITIONS

CONCERNING BUSINESS OPERATION

ปิ่นอนงค์ พีชมงคล¹

PINANONG PUECHMONGKOL

สภาพเศรษฐกิจของโลกในปัจจุบัน เป็นระบบเศรษฐกิจแบบเสรีซึ่งมีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว และมีการแข่งขันกันสูงมากทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ ทำให้กิจการบางรายต้องนำเอากลยุทธ์ในทางธุรกิจบางประการมาใช้เพื่อความอยู่รอดและความก้าวหน้าในธุรกิจของตน ซึ่งกลยุทธ์ในทางธุรกิจหนึ่งที่เป็นที่นิยมคือ การควบรวมกิจการ ซึ่งการควบรวมกิจการอาจมีมูลเหตุมาจากหลายเหตุปัจจัย บ้างเพื่อการลดความซ้ำซ้อนในการบริหารงานของกลุ่มบริษัทในเครือหรือบริษัทในกลุ่ม บ้างเพื่อลดต้นทุน บ้างเพื่อตัดธุรกิจที่อาจไม่สามารถทำกำไรได้ดีเมื่อเทียบกับภาวะต้นทุนค่าใช้จ่าย หรือในอีกแง่หนึ่งก็เพื่อการจำกัดคู่แข่งในธุรกิจประเภทเดียวกันหรือเพื่อรวมความสามารถในการทำธุรกิจแบบรวบยอดตั้งแต่ต้นน้ำ กลางน้ำ และปลายน้ำมาในกิจการของตนเองเนื่องจากมีความสามารถและมีความรู้เกี่ยวกับตลาดหรือธุรกิจนั้นๆ อยู่แล้ว วิธีการควบรวมกิจการนั้นสามารถทำได้หลายรูปแบบแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ อาจเป็นการควบรวมกิจการโดยวิธี Merger คือ การควบ โดยการที่กิจการหนึ่งจะกลืนอีกกิจการหนึ่งเข้าไปคงเหลือไว้เพียงกิจการใดกิจการหนึ่ง มิได้มีนิติบุคคลใหม่เกิดขึ้นจากการควบกิจการแต่นิติบุคคลที่มาเข้าควบกิจการอย่างน้อยหนึ่งรายสิ้นสภาพทางกฎหมายไป หรืออาจเป็นการควบรวมกิจการโดยการซื้อกิจการ (Acquisition) ที่บริษัทหนึ่งได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือเข้าควบคุมบริษัทอื่นบางส่วนหรือทั้งหมดผ่านการซื้อหุ้นในอีกกิจการหนึ่ง (Acquisition by Shares) หรือผ่านการซื้อทรัพย์สินหรือธุรกิจของอีกบริษัทหนึ่ง (Acquisition by Assets) หรืออาจเป็นการควบรวมกิจการโดยวิธีการการครอบงำกิจการ (Take Over) เป็นวิธีการที่เข้าไปอาศัยโอกาสซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการของผู้อื่นซึ่งดำเนินการอยู่แล้วให้มีจำนวนเพียงพอที่จะเข้าไปบริหารกิจการ หรืออาจเป็นการควบรวมกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 (Amalgamation) คือ การรวมเข้ากันโดยยุบกิจการเดิมทั้งหมด โดยผลของการรวมกิจการดังกล่าวนี้ทำให้เกิดเป็นกิจการ

¹ นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาการพัฒนาศาสตร์ ปีการศึกษา 2559

ใหม่ขึ้นมาแทน อย่างไรก็ตามวิธีการควบรวมกิจการที่กล่าวมานั้นมีทั้งส่วนที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติรองรับไว้และส่วนที่ไม่มีบัญญัติรองรับไว้ชัดเจน แต่สำหรับวิธีการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 หุ่นส่วนและบริษัท และ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติไว้โดยกำหนดขั้นตอนและวิธีการของการควบรวมกิจการไว้มีเพียงรูปแบบเดียวซึ่งตรงกับการควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation ในต่างประเทศ กล่าวคือเป็นกรณีที่บริษัทสองบริษัทหรือมากกว่านั้นมารวมกันและเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1075 และ มาตรา 1241 โดยนิติบุคคลเดิมต่างๆ ที่เข้ามาควบรวมกันนั้นจะสิ้นผลไปโดยกฎหมาย และถือว่านิติบุคคลนั้นจดทะเบียนเลิกไปโดยอัตโนมัติเมื่อนิติบุคคลที่มาควบเข้ากันจดทะเบียนควบรวมกิจการกัน และผลของการควบรวมกิจการในรูปแบบนี้นิติบุคคลใหม่นั้นจะรับโอนบรรดาทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่มีอยู่จากนิติบุคคลเดิมไปทั้งสิ้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1076 และมาตรา 1243 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 153 ซึ่งเป็นกระบวนการการควบรวมกิจการที่มีกฎหมายรองรับไว้ชัดเจน ในขณะที่ความเป็นจริงรูปแบบการควบรวมกิจการยังมีรูปแบบอื่นๆ อีกหลายรูปแบบดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้โดยเฉพาะเหมือนอย่างวิธีการควบรวมกิจการในรูปแบบที่มีการตั้งนิติบุคคลขึ้นมาใหม่ หรือ Amalgamation ดังนั้นย่อมเกิดปัญหาที่เป็นอุปสรรคและข้อจำกัดจากการควบรวมกิจการ โดยรูปแบบที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับไว้ตามมา เพราะจะทำให้การควบรวมกิจการเกิดความล่าช้า ภาระต้นทุนเพิ่ม และเกิดความไม่ชัดเจนในการตีความเพื่อนำไปปฏิบัติตาม และการควบรวมกิจการโดยการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน หรือการได้มาซึ่งกิจการผ่านหุ้นหรือทรัพย์สินนั้น บรรดาทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบจะยังคงโอนไปผู้รับโอนกิจการโดยอัตโนมัติอย่างการควบรวมกิจการแบบ Amalgamation ที่มีบทบัญญัติรองรับหรือไม่

ในขณะที่ต่างประเทศนั้นจากการศึกษาการควบรวมกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา การควบกิจการและการรวมกิจการ เป็นการควบรวมกิจการตามขั้นตอนและรูปแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายบริษัทหรือกฎหมายการควบรวมกิจการของแต่ละมลรัฐ โดยทุกมลรัฐต่างมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบรวมกิจการไว้ ซึ่งการควบกิจการ (Merger) ภายใต้กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบที่ไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ เป็นการรวมตัวกันขององค์กรทางธุรกิจภายใต้ข้อกำหนดของกฎหมาย ในการควบกิจการนี้ องค์กรทางธุรกิจหนึ่งจะถูกกลืนหายเข้าไปอยู่ในองค์กรธุรกิจอีกหน่วยหนึ่ง องค์กรทางธุรกิจที่คงอยู่จะเรียกว่า Surviving Corporation และ องค์กรทางธุรกิจที่คงอยู่นี้ก็จะป็นเจ้าของทรัพย์สิน ธุรกิจ และหนี้สิน ตลอดจนความรับผิดชอบต่างๆ ขององค์กรทางธุรกิจที่ถูกกลืนโดยผลของกฎหมาย ส่วนการรวมกิจการมีลักษณะทำนองเดียวกันกับการควบกิจการข้างต้น กล่าวคือ เป็นการรวมตัวกันขององค์กรทางธุรกิจภายใต้ข้อกำหนดของ

กฎหมายหุ้นส่วนบริษัท ลักษณะประการสำคัญของการรวมกิจการที่แตกต่างจากการควบกิจการ คือ ในการรวมกิจการนี้องค์กรทางธุรกิจที่รวมกันทั้งสององค์กรจะถูกกลืนหายไปทั้งคู่ และหลังจากการรวมกิจการ แล้วจะมีองค์กรทางธุรกิจใหม่เกิดขึ้นแทนที่ซึ่งองค์กรธุรกิจอันใหม่จะมีสถานะเป็นทายาทในการรับทรัพย์สิน ธุรกิจ หนี้สิน ตลอดจนความรับผิดชอบต่างๆ ขององค์กรธุรกิจสององค์กรเดิมที่ถูกกลืนหายไป ประกอบกับประเทศฝรั่งเศส การควบกิจการก็เกิดจากการที่บริษัทสองแห่งขึ้นไปรวมเข้าด้วยกัน โดยการโอนสินทรัพย์และหนี้สินทั้งหมดของบริษัทหนึ่งหรือหลายบริษัทไปให้อีกบริษัทหนึ่งหรือหลายบริษัท ทั้งนี้ การควบรวมกิจการอาจเกิดขึ้นได้ด้วยการรวมบริษัทสองแห่งขึ้นไปเป็นบริษัทแห่งใหม่บริษัทเดียว หรืออาจเกิดขึ้นได้ด้วยการที่บริษัทผู้โอนสินทรัพย์และหนี้สิน (บริษัทผู้ถูกควบ) รวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของบริษัทผู้รับโอน (บริษัทผู้เข้าควบ) เพื่อให้ธุรกรรมมีลักษณะเป็นการควบรวมกิจการผู้ถือหุ้นของกิจการซึ่งโอนสินทรัพย์ ต้องได้รับหุ้นจากกิจการที่ได้รับสินทรัพย์

อาจกล่าวได้ว่าโดยสภาพการควบรวมกิจการและการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันนั้น ต่างมีสาระสำคัญคือตัวสินทรัพย์ หนี้สิน สิทธิ หน้าที่ต่างๆ ที่จะถูกโอนไปยังอีกนิติบุคคลหนึ่งเหมือนกัน แตกต่างกันแต่เพียงว่าจะหลังการควบรวมกิจการจะมีการตั้งนิติบุคคลใหม่หรือไม่เท่านั้น ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มิได้มีบทบัญญัติรองรับการควบรวมกิจการให้รวมถึงการควบรวมโดยโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันจึงอาจทำให้เกิดอุปสรรคในด้านต่างๆ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการโอนลูกหนี้กรณีที่เป็นการรวมกิจการโดยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันหรือที่เรียกว่า Merger การโอนลูกหนี้จะยังคงเป็นไปโดยอัตโนมัติเหมือนอย่างการควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation หรือไม่ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดรองรับไว้ หรือปัญหาเกี่ยวกับการโอนเจ้าหนี้ในกรณีของการรวมกิจการอย่างการ Merger ที่เป็นการโอนกิจการหนึ่งให้แก่อีกกิจการหนึ่งโดยที่บริษัทผู้โอนกิจการนั้นจะสิ้นสภาพบุคคลไปนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าเจ้าหนี้ทั้งหลายของนิติบุคคลผู้โอนกิจการไม่อาจมีหลักประกันอย่างเพียงพอที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าตนจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เนื่องจากว่าตัวนิติบุคคลผู้โอนในฐานะที่เป็นลูกหนี้อันมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการ หรือชดใช้เงินเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้นั้นกำลังจะสิ้นสภาพบุคคลไป และวิธีการรวมกิจการอย่าง Merger นี้ สินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบ ธุรกิจ เครื่องหมายการค้า ค่าความนิยม บัญชีลูกหนี้การค้า คู่ค้า ย่อมต้องถูกโอนไปยังบริษัทผู้รับโอนจนหมดสิ้น รวมถึงหุ้นของผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลผู้โอนกิจการด้วย อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้กล่าวถึงการรวมบริษัทในกรณีนี้ไว้

นอกจากนี้ในการประกอบกิจการบางประเภทนั้น กฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าจะเริ่มดำเนินธุรกิจได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจากหน่วยงานรัฐเท่านั้น ซึ่งในแง่มุมมองของกฎหมายใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจมหาชนมอบให้แก่เอกชนในฐานะที่รัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรของประเทศและมีสิทธิที่จะใช้อำนาจรัฐในการหวงกั้นการใช้ทรัพยากรดังกล่าว หรือด้วยเหตุผลการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐมิให้เอกชนสามารถประกอบกิจการได้โดยไม่จำกัดขอบเขต และเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่ประชาชนของรัฐจะเข้ามาเป็นผู้ใช้บริการ โดยรัฐใช้อำนาจมหาชนกำหนดให้ผู้ที่จะมาประกอบกิจการนั้นต้องดำเนินการแจ้งและขออนุญาตประกอบกิจการประเภทต่างๆ ต่อหน่วยงานรัฐที่ดูแลและกำกับในเรื่องนั้นๆ ก่อนที่จะเริ่มดำเนินการใดๆ อีกทั้งเมื่อได้รับอนุญาตแล้วก็ยังต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข และมีหน้าที่การรายงานต่อองค์กรของรัฐที่ให้การอนุญาตนั้นเมื่อมีเหตุการณ์ที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจึงไม่ใช่ทรัพย์สินในทางกฎหมายเพราะถึงแม้จะมีค่าและอาจถือเอาได้ แต่สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจนั้นคือ การมีสิทธิที่จะดำเนินธุรกิจนั้นๆ อย่างถูกต้องตามกฎหมาย นอกจากนี้หากใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สินแล้วก็ไม่สมควรที่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการปฏิบัติตามคำสั่งหรือการควบคุมกำกับติดตามขององค์กรอื่นใด หรืออยู่ภายใต้สิทธิที่จะยกเลิกเพิกถอนหรือเรียกคืนโดยหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากลักษณะของทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้กรรมสิทธิ์ของผู้ครอบครองก็ไม่ควรจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการจำหน่าย จ่าย โอน หรือใช้สอยแต่อย่างใด อีกทั้งผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นก็น่าจะมีอำนาจหวงกั้นและป้องกันปิดกั้นการรบกวนจากผู้อื่น และปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการได้มาซึ่งใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจคือ คุณสมบัติของผู้ขออนุญาต ถึงแม้ว่าในระบบกฎหมายไทยและแนวนโยบายของรัฐบาลแต่ละสมัยจะไม่ ปรากฏว่าได้มีนโยบายจำกัด หรือตั้งการกำหนดส่วนแบ่ง (โควตา) ในการให้ใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจแต่ละชนิดก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีเมื่อคำนึงถึงสภาพการแข่งขันทางการค้า การปกป้อง คุ้มครองธุรกิจของคนไทย และการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ก็คงจะพบว่าจะมีแนวนโยบายของรัฐในการคุ้มครองธุรกิจของคนไทย และความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และ ประโยชน์ของประเทศโดยแทรกซึมอยู่ตามเนื้อหาของพระราชบัญญัติและกฎกระทรวงที่กำหนดเงื่อนไข คุณสมบัติของผู้ขออนุญาตที่จะประกอบธุรกิจนั้นๆ ซึ่งจะปรากฏเกณฑ์สัดส่วนการมีส่วนร่วมของคนไทยในธุรกิจที่ขออนุญาต ความพร้อมทางเทคโนโลยีและการเงิน ประโยชน์ที่จะเกิดต่อประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นการจ้างงานหรือการถ่ายทอดเทคโนโลยีเมื่อได้รับใบอนุญาตนั้น และยังคงต้องคงคุณสมบัตินั้นไว้ พร้อมทั้งมีการรายงานการดำเนินธุรกิจและการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตนั้น หรือแม้กระทั่งใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจบางชนิดที่เป็นการให้อินนุญาติโดยอัตโนมัติ หากผู้ขออนุญาตสามารถแสดงความ

พร้อม รายละเอียดธุรกิจ และเอกสารได้ครบ (automatic license) เช่น ใบอนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคมประเภทที่ 3 ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจก็ยังคงมีหน้าที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ถูก กำหนดไว้ในใบอนุญาตและกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจนั้นๆ อยู่เพื่อรักษาสถานะและคง คุณสมบัติเป็นผู้ได้รับอนุญาตต่อไปดังนั้นก็เห็นได้ว่าใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามกฎหมาย ไทยนั้นเป็นสิทธิที่ออกให้แก่ผู้ขออนุญาตเป็นการเฉพาะตัวเนื่องจากในการให้ใบอนุญาตจะต้อง กำเนึงถึงคุณสมบัติที่เหมาะสมของผู้ขอรับอนุญาตแต่ละราย ซึ่งหากปล่อยให้เมื่อได้รับอนุญาตแล้ว สามารถจำหน่ายจ่ายโอนไปยังผู้อื่นได้โดยง่าย รัฐก็อาจไม่สามารถควบคุมและปกป้องผลประโยชน์ ทางเศรษฐกิจให้แก่คนในชาติได้ การโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจึงไม่อาจทำได้อย่างเสรี ภายใต้อกฎหมายไทย ซึ่งกรณีน่าจะปรับได้กับมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่า สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้

จากการที่บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 หมวด 4 ส่วนที่ 9 ว่าด้วยการควบบริษัทจำกัดเข้ากัน และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 หมวด 12 การควบบริษัท บัญญัติรองรับการควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation ไว้เพียงรูปแบบเดียว จึงอาจ เกิดปัญหาว่าการรับโอนใบอนุญาตต่างๆ จากการควบรวมกิจการโดยวิธีการที่ไม่มีบทบัญญัติรองรับ ไว้ในนั้น บริษัทที่ได้เข้าครอบครองหุ้นหรือทรัพย์สินกิจการของบริษัทผู้รับโอนจะได้รับโอนใบอนุญาต ในการประกอบธุรกิจต่างๆ ตามมากับตัวหุ้นหรือทรัพย์สินกิจการที่บริษัทผู้รับโอนเข้าครอบครอง หรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นแม้แต่การควบรวมกิจการอย่าง Amalgamation ตามบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จะกำหนดให้สิทธิซึ่ง ควรจะรวมถึงใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจถูกโอนไปยังนิติบุคคลใหม่ที่ตั้งขึ้นจากการควบรวม กิจการนั้น แต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติต่างๆ ที่ออกมาเพื่อกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับ ใบอนุญาตประกอบธุรกิจกลับมิได้กำหนดให้การโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจนั้นได้รับการ โอนไปยังนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบรวมกิจการโดยอัตโนมัติตามถ้อยคำของบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แต่อย่างใด ซึ่งแต่ละพระราชบัญญัติก็มีการกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโอนใบอนุญาตให้ ประกอบธุรกิจแตกต่างกัน ซึ่งเข้าใจได้ว่าเป็นไปตามหลักการกฎหมายพิเศษยกเว้นกฎหมายทั่วไป โดยกฎหมายพิเศษแต่ละฉบับนั้นบ้างก็ให้ถือว่าการควบรวมกิจการมีผลเป็นการเลิกใบอนุญาตให้ ประกอบธุรกิจนั้นเสียและกำหนดให้นิติบุคคลที่จะเข้าทำธุรกรรมการควบรวมกิจการกันขออนุญาต ควบรวมกิจการต่อหน่วยงานที่กำกับดูแลเป็นการล่วงหน้า ส่วนนิติบุคคลที่เกิดจากการควบรวม กิจการนั้นก็ดำเนินการยื่นคำขอใบอนุญาตใหม่โดยสามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้ระหว่างพิจารณา คำขอ อนุญาตเพราะว่านิติบุคคลเดิมที่มาควบเข้ากันนั้นได้รับอนุญาตไว้แล้ว เช่น ใบอนุญาต

ประกอบกิจการธุรกิจสถาบันการเงิน หรือบางกรณีก็ให้สามารถโอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจได้ หากผู้ได้รับใบอนุญาตเดิมไม่ประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป และได้โอนกิจการนั้นแก่ผู้รับโอน เช่น ใบอนุญาตโรงงาน

ในทางกลับกันใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายพิเศษบางฉบับกลับมิได้มีการกำหนดถึงวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจนั้นเมื่อมีการควบรวมกิจการหรือแม้จะมีบทบัญญัติรองรับเรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเนื่องจากการควบรวมกิจการ แต่ก็ไม่ได้มีการกำหนดกรณีของการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน จึงก่อให้เกิดปัญหาผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับใบอนุญาตหากประสงค์จะดำเนินการโอนกิจการทั้งหมดของตนให้แก่ผู้รับโอน ผู้รับโอนก็ยังไม่สามารถประกอบธุรกิจนั้นได้จนกว่าใบอนุญาตใหม่จะได้รับการอนุมัติ ดังนั้นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาก็คือ ในแง่มุมของหลักกฎหมายและนิติวิธีนั้น บรรดากฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจให้แก่เอกชนผู้รับอนุญาตได้กำหนดความสัมพันธ์ในลักษณะที่รัฐซึ่งเป็นฝ่ายผู้ใช้อำนาจมหาชนเป็นผู้มีดุลพินิจฝ่ายเดียวในการให้อุญาตหรือไม่ให้อุญาตเอกชนรายหนึ่งรายใดประกอบธุรกิจที่มีกฎหมายระบุหลักการสงวนอำนาจรัฐนั้นไว้ เว้นแต่กรณีจะมีกฎหมายระบุไว้ชัดแจ้งว่ารัฐต้องออกใบอนุญาตในทุกกรณี หากผู้มาขออนุญาตนั้นแสดงเอกสารหรือมีคุณสมบัติครบถ้วน หรือที่เรียกว่า Automatic License และเอกชนผู้ได้รับอนุญาตยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาตของรัฐทุกประการ ทั้งยังอยู่ในอำนาจการติดตาม กำกับดูแล ควบคุมโดยรัฐอีกด้วย ซึ่งมีใช้ความสัมพันธ์อย่างกฎหมายเอกชนที่เป็นความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกันอันจะนำหลักกฎหมายส่วนเอกชนมาตีความเหนือกฎหมายมหาชนได้ แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่กฎหมายมหาชนมิได้กำหนดการดำเนินการเกี่ยวแก่การโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจไว้อย่างชัดแจ้ง อีกทั้งไม่มีข้อกำหนดการห้ามโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจอย่างเด็ดขาดแล้ว หลักกฎหมายเอกชนของมาตรา 1243 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา 153 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จึงควรนำมาปรับใช้เพื่อเสริมกฎหมายมหาชนให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ซึ่งพิจารณาได้ว่าเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติรองรับการควบรวมกิจการต่างกำหนดให้บริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบรวมกิจการนั้นรับโอนไปทั้งสินทรัพย์ หนี้ สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่มีอยู่ในบริษัทเดิมที่ควบเข้ากันนั้นไปทั้งสิ้น ก็ควรจะรวมถึงใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจด้วย เนื่องจากเป็นสิทธิโดยสภาพแห่งกฎหมายที่บริษัทที่ควบเข้าด้วยกันนั้นมีอยู่มาก่อนการควบรวมกิจการ การควบรวมกิจการกันเป็นเพียงการนำกองแห่งสิทธิ หน้าที่ความรับผิดชอบที่มีอยู่ในบริษัทเดิมมารวมไว้ในบริษัทใหม่เท่านั้น ใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจึงควรจะถูกโอนไปยังบริษัทใหม่ด้วยโดยสภาพเนื่องจากไม่มีนิติบุคคลเก่าปรากฏอยู่อีกต่อไป และในส่วนของ การโอน

กิจการทั้งหมดนี้ให้แก่กันนั้นแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับว่าบริษัทผู้รับโอนนั้นสามารถรับโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจไปได้ อย่างเช่นการควบรวมกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แต่โดยสภาพของการโอนกิจการทั้งหมดก็คือการควบรวมกิจการอย่าง Merger ตามกฎหมายต่างประเทศที่นิติบุคคลผู้โอนกิจการจะสิ้นสภาพไปภายหลังการโอนกิจการทั้งหมดนี้ให้แก่กัน ซึ่งใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจก็ควรจะถูกโอนมายังนิติบุคคลผู้รับโอนด้วยเพราะการโอนกิจการทั้งหมดนี้ให้แก่กันนั้น ทุนเรือนหุ้น ผู้ถือหุ้น ลูกจ้าง พนักงาน กิจการ โรงงาน ทรัพย์สิน ก็ต้องถูกโอนมายังนิติบุคคลผู้รับโอนกลายเป็นนิติบุคคลเดียวกันในอนาคตต่อไป ความแตกต่างจากการควบรวมกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 คงมีเพียงแต่ไม่มีกฏตั้งนิติบุคคลใหม่ขึ้นมาเท่านั้น

นอกจากนี้สิ่งสำคัญที่ต้องคำนึงถึงเมื่อโครงสร้างและลักษณะของธุรกิจขนาดใหญ่ในประเทศไทยเอื้อให้เกิดการผูกขาดได้ง่ายแล้ว การที่บริษัทเหล่านี้มีขนาดใหญ่มากขึ้น จึงเป็นประเด็นที่รัฐควรให้ความสำคัญในการเข้ามาดูแล โดยการกำกับดูแลการควบรวมกิจการซึ่งเป็นกิจกรรมในระบบเศรษฐกิจเสรี โดยอาศัยกลไกตลาดเป็นภาระกิจที่สำคัญประการหนึ่งให้เป็นอย่างมีประสิทธิภาพ และคุ้มครองประโยชน์ของทุกฝ่ายอย่างเป็นธรรม การกำกับดูแลที่เหมาะสมจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาองค์กรธุรกิจ การพัฒนาตลาดทุน การจ้างงาน การกระตุ้นเศรษฐกิจ และการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า ทั้งนี้ การกำกับดูแลนี้ยังเป็นการปฏิบัติตามนโยบายแห่งรัฐที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญกล่าวคือ รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจเสรี โดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ้มครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ กล่าวโดยเฉพาะกฎหมายที่จะทำหน้าที่ควบคุมการควบรวมกิจการมิให้เกิดการผูกขาดคือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งการที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ได้นั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ทั่วไปของผู้บริโภค ด้วยวิธีการรักษาพร้อมส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยการห้ามการกระทำหรือพฤติกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม และเป็นการจำกัดการค้าที่ปราศจากเหตุผลอันสมควร จากการศึกษาพบว่า การควบรวมกิจการเป็นการรวมหน่วยธุรกิจตั้งแต่สองหน่วยเข้าด้วยกัน ซึ่งเป็นวิธีการกำจัดคู่แข่งอย่างหนึ่งที่สามารถสร้างอำนาจตลาดให้มีอำนาจเหนือคู่แข่ง โดยเกิดจากการที่หน่วยธุรกิจสองหน่วยเข้าไปรวมเข้ากันเป็นกิจการเดียว ไม่ว่าจะเป็นการควบรวมบริษัทอันเกิดจากความยินยอมของผู้บริหารทั้งสองฝ่ายทำให้เกิดการครอบครองทั้งทรัพย์สินหรือหนี้สินทั้งหมด หรืออาจจะเกิดจากการเข้าซื้อกิจการโดยเข้าซื้อหุ้น หรือซื้อ

ทรัพย์สินของหน่วยธุรกิจอื่นจนเป็นผลให้สามารถเข้าบริหารกิจการนั้นได้ ซึ่งการควบรวมกิจการดังกล่าวทำให้สามารถกำหนดราคาการผลิต ระดับการขายรวมถึงการลดต้นทุนการผลิตให้ต่ำลงและเกิดการผูกขาดในที่สุด หรือแม้จะยังไม่เกิดการผูกขาดในกิจการหรืออุตสาหกรรมสาขานั้นก็ตาม แต่ก็อาจใช้อำนาจหรือสร้างวิธีการในการเอารัดเอาเปรียบคู่แข่งกัน โดยการกีดขวางไม่ให้ผู้ผลิตรายใหม่เข้ามาทำการแข่งขันได้

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่ป้องกันการผูกขาดทางการค้า การออกกฎหมายควรจะเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์เกี่ยวกับประสิทธิภาพทางการค้า คุณภาพและปริมาณอย่างแท้จริง จนทำให้ผู้ประกอบการเห็นว่าเป็นกฎหมายที่ส่งผลให้ผู้ประกอบการเสียผลประโยชน์ การรักษาและการส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะทำให้บริษัทสามารถประกอบการต่างๆ ได้อย่างเสรีและเป็นการดึงความสามารถในเชิงสร้างสรรค์ออกมาได้อย่างเต็มความสามารถ เมื่อการแข่งขันทางการค้าในระบบตลาดเสรีเป็นรากฐานที่สำคัญในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมโดยหลักแล้วรัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือแทรกแซงการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน แต่จะปล่อยให้เอกชนดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างอิสระ อย่างไรก็ตามในสภาพความเป็นจริงการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดมักจะได้เปรียบเสียเปรียบกัน หากรัฐปล่อยให้เป็นไปตามธรรมชาติความเป็นธรรมย่อมเกิดขึ้นได้ยาก เพราะการมีอำนาจทางเศรษฐกิจเป็นต้นกำเนิดของการเข้าสู่ระบบการเมืองและสังคม การปล่อยให้เอกชนดำเนินธุรกิจอย่างเสรีนั้น แทนที่จะเป็นการสนับสนุนระบบการค้าอย่างเสรีก็หาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะหากปล่อยระบบการค้าเป็นไปอย่างเสรีย่อมเกิดปัญหาการผูกขาดทางการค้า รัฐจึงควรต้องเข้าไปแทรกแซงการดำเนินธุรกิจของเอกชนเพื่อแก้ไขปัญหาและเยียวยาให้ระบบเศรษฐกิจเข้าสู่สภาพปกติ ให้ดำเนินไปโดยปราศจากการแทรกแซงที่มีขอบ นั้นหมายความว่ารัฐต้องเข้าไปควบคุมป้องกันการดำเนินกิจการของภาคเอกชน ป้องกันการผูกขาดทางการค้า ขจัดความไม่เป็นธรรมในการค้า และรักษาประโยชน์สาธารณะรวมถึงความสมดุลของตลาดให้เป็นไปตามสภาพเศรษฐกิจของประเทศ

จึงเห็นควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการควบรวมกิจการให้ครอบคลุมถึงการควบรวมกิจการแบบการโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน และเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาการโอนใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเนื่องจากการควบรวมกิจการให้มีการพิจารณาเป็นการล่วงหน้าจากหน่วยงานที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจที่ให้อนุญาตธุรกิจนั้นๆ ประกอบกับเมื่อพบว่ามีมาตรการทางกฎหมายยังไม่มี ความชัดเจนในการควบคุมการควบรวมกิจการจึงควรมีการกำหนดมาตรการให้ชัดเจนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการควบรวมกิจการที่จะทำให้เกิดการผูกขาด หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น