วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ความหมายการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ชื่อผู้แต่ง: กมลชัย เวทีบูรณะ

การอ้างอิงที่แนะนำ: กมลชัย เวทีบูรณะ, ‘ความหมายการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560’ (2567) 53(3) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 696.

ผู้สนับสนุนหลัก

SAIJO DENKI

Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle

ptt

SATYAPON & PARTNERS
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Baker McKenzie.

ผู้สนับสนุนร่วม

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.

วิญญูชน

DEJ-UDOM & ASSOCIATES
Attorneys-at-Law

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2109 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ความหมายการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560
The Definition of a Business Combination under the Thai Competition Act B.E. 2560

กมลชัย เวทีบูรณะ
นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
Kamonchai Veteeburana
LL.D. Candidate, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 3 มกราคม 2566; วันแก้ไขบทความ 12 สิงหาคม 2567; วันตอบรับบทความ 1 กันยายน 2567

บทคัดย่อ

การรวมธุรกิจเป็นหนึ่งในพฤติกรรมที่ถูกควบคุมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรมภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอข้อสังเกตและปัญหาการตีความความหมายของการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 รวมทั้งได้เสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว

คำสำคัญ : การรวมธุรกิจ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ความหมายของการรวมธุรกิจ

Abstract

The business combination is one of the regulated behaviors designed to prevent monopolies and unfair trade practices under the Competition Act B.E. 2560. This article aims to present observations and interpretative challenges regarding the definition of the business combination under the Competition Act B.E. 2560 and suggests solutions.

Keywords: business combination, competition law, definition of business combination

1. การรวมธุรกิจกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การรวมธุรกิจเป็นธุรกรรมที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นอิสระจากกันกลายเป็นผู้ประกอบธุรกิจเดียวกัน[1] โดยการรวมธุรกิจเป็นการโอนความเป็นเจ้าของและอำนาจควบคุมของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกเข้ารวมธุรกิจไปยังผู้ประกอบธุรกิจที่เข้ารวมธุรกิจ[2] ทั้งนี้ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าการรวมธุรกิจเป็นกิจกรรมที่สำคัญในการประกอบธุรกิจ[3]

การรวมธุรกิจถูกควบคุมด้วยกฎหมายหลายฉบับ ขึ้นอยู่กับลักษณะของธุรกรรม ลักษณะของธุรกิจ โดยกฎหมายแต่ละฉบับนั้นมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันไป เช่น การที่บริษัทหนึ่งควบรวมเข้ากับอีกบริษัท หากพิจารณาตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท กฎหมายจะกำหนดผลและขั้นตอนสำหรับการควบรวมกิจการเพื่อสร้างความชัดเจนและความแน่นอนให้กับเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่ทำการควบรวมกิจการ[4] ในขณะที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายจะกำหนดให้นิติบุคคลที่ต้องการควบรวมกิจการต้องขออนุญาตต่อหน่วยงานกำกับดูแลก่อนการควบรวมกิจการเสร็จสิ้น เพื่อที่หน่วยงานกำกับดูแลจะได้พิจารณาว่าการควบรวมกิจการนั้นจะก่อให้เกิดการลด จำกัด หรือระงับการแข่งขันในตลาดภายหลังการควบรวมกิจการหรือไม่ โดยหน่วยงานกำกับดูแลตามกฎหมายจะพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อตลาดทั้งตลาด ซึ่งไม่ได้จำกัดเพียงเจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่ทำการควบกิจการเท่านั้น ส่วนกฎหมายที่ควบคุมเฉพาะธุรกิจ เช่น กฎหมายโทรคมนาคม กฎหมายการเงินการธนาคาร กฎหมายพลังงาน กฎหมายเหล่านั้นจะกำหนดให้การควบรวมกิจการจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานตามกฎหมายนั้น ๆ โดยหน่วยงานตามกฎหมายนั้น จะพิจารณาในแง่มุมอื่น ๆ เพิ่มเติมจากกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (อาจมีบางกฎหมายที่พิจารณาในแง่การแข่งขันด้วย) เช่น การจ้างแรงงาน สิ่งแวดล้อม ความเท่าเทียมในการเข้าถึงสินค้าหรือบริการที่กฎหมายนั้นเกี่ยวข้อง ความเป็นส่วนตัว[5] การส่งเสริมผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็ก การสร้าง

---

[1] Einer Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics* (3rd edn, Foundation Press 2018) 705.

[2] Harvey Poniachek, 'Introduction to Mergers and Acquisitions' in Harvey Poniachek (ed) *Mergers and Acquisitions A Practitioner's Guide to Successful Deals* (World Scientific 2019) 2.

[3] UNCTAD, Model Law on Competition (2010) – Chapter VI (2010) 2010 2 <https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf7L6_en.pdf> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2565.

[4] John C. Coates IV, 'Mergers, Acquisitions and Restructuring: Types, Regulation, and Patterns of Practice' in Jeffrey N. Gordon and Wolf-Georg Ringe (eds) *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance* (Oxford University Press) <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=48773> สืบค้นเมื่อ 25 ธันวาคม 2565 (forthcoming).

[5] David J. Gerber, *Competition Law and Antitrust* (Oxford University Press 2020) 88.

ความเท่าเทียมในการแข่งขัน[6] โดยผลการพิจารณาอาจแตกต่างกันตามลักษณะเศรษฐกิจและบริบทของแต่ละประเทศ[7] ซึ่งประเด็นเหล่านั้น มักถูกเรียกรวมว่า “ประโยชน์สาธารณะ” โดยประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศแคนาดา และประเทศจีน กำหนดให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะประกอบด้วยเสมอ[8] แม้ว่าจะยังมีข้อถกเถียงกันว่าการพิจารณาประโยชน์สาธารณะควรเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

ในทางปฏิบัติของหน่วยงานกำกับดูแลตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (ต่อไปในบทความนี้จะเรียก (1) หน่วยงานกำกับดูแลกฎหมายการแข่งขันทางการค้าว่า “**หน่วยงานกำกับดูแล**” (2) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่า “**คณะกรรมการฯ**” และ (3) สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่า “**สำนักงานฯ**”) ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Federal Trade Commission และ Department of Justice) มีการตรวจสอบการรวมธุรกิจที่ในขั้นที่ 2 (Second request) เพียงร้อยละ 3 เท่านั้นในระหว่างปี พ.ศ. 2558 ถึง พ.ศ. 2562[9] โดยการตรวจสอบในขั้นที่ 2 นี้ เป็นขั้นที่จะตรวจสอบเฉพาะการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการลดหรือการจำกัดการแข่งขันเท่านั้น เช่นเดียวกับสหภาพยุโรป ที่มีค่าเฉลี่ยของคำขอรวมธุรกิจที่ไม่ได้รับอนุญาต[10] ปี พ.ศ. 2545 ถึงปี พ.ศ. 2562 เพียงร้อยละ 2.83 เท่านั้น[11] สะท้อนให้เห็นว่าการรวมธุรกิจส่วนมากไม่ก่อให้เกิดการลดหรือการจำกัด

---

[6] ดู Frédéric Jenny, ‘The Institutional Design of Competition Authorities: Debates and Trends’ in Frederic Jenny and Yannis Katsoulacos (eds) *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries* (Springer 2016) 4. และ Prince M. Changole and Willem H. Boshof, ‘Non-competition Goals and Their Impact on South African Merger Control: An Empirical Analysis’ (2022) 60 Review of Industrial Organization, 361, 395.

[7] Frédéric Jenny, ‘Substantive Convergence in Merger Control: an Assessment’ 2015 1 Concurrences, 21, 24-26.

[8] Becky Chao, ‘A Public Interest Test in Merger Review’ (New America) <https://www.newamerica.org/millennials/reports/millennials-initiative-new-america-2018/a-public-interest-test-in-merger-review/> สืบค้นเมื่อ 19 เมษายน 2567.

[9] Federal Trade Commission and Department of Justice, ‘Hart-Scott-Rodino Annual Report Fiscal Year 2019’ 6 <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-bureau-competition-department-justice-antitrust-division-hart-scott-rodino/p110014hsrannualreportfy2019.pdf> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2565.

[10] รวมถึงคำขอที่ถูกถอนออกจากการพิจารณาก่อนจะได้รับอนุญาต.

[11] Lea Bernhardt, ‘Common Factors of Withdrawn and Prohibited Merger Cases in the European Union’ (2020) 184 Helmut Schmidt University <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/226433/1/WP184.pdf> สืบค้นเมื่อ 17 ธันวาคม 2565.

การแข่งขัน ทั้งนี้ผู้อ่านต้องพึงระวังเสมอว่าการรวมธุรกิจที่ไม่ก่อให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันนั้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่นก็เป็นได้ เช่น กฎหมายภาษีอากร กฎหมายหุ้นส่วนบริษัท[12]

อย่างไรก็ดีปฏิเสธไม่ได้ว่าการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันย่อมมีเกิดขึ้นได้เช่นกัน แม้ว่าการรวมธุรกิจที่มีผลเช่นนั้นจะมีจำนวนน้อยเพียงเท่าใดก็ตาม แต่ไม่ใช่เหตุผลที่หน่วยงานกำกับดูแลจะปล่อยให้การรวมธุรกิจเช่นนั้นเกิดขึ้นได้ และแม้ว่าจำนวนการรวมธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันอันส่งผลกระทบต่อตลาดและผู้บริโภคจะคิดเป็นสัดส่วนที่น้อยเมื่อเทียบกับการรวมธุรกิจที่ไม่ก่อให้เกิดการลดหรือการจำกัดการแข่งขัน แต่หากการรวมธุรกิจดังกล่าวนั้นได้ก่อให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้นแล้ว ย่อมนำไปสู่ผลกระทบอย่างรุนแรงต่อผู้บริโภคได้[13] โดยการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันมักเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจตลาด อันนำไปสู่ความสามารถในการกำหนดปริมาณกำไรโดยไม่ต้องคำนึงถึงการแข่งขันในตลาด

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้อำนาจหน่วยงานกำกับดูแลควบคุมการรวมธุรกิจเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับการแข่งขันที่เพิ่มเติมจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตลาดและการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ ผ่านการอนุญาตหรือไม่อนุญาตการรวมธุรกิจต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศ รวมทั้งมีอำนาจในการกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันหรือลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจ[14] บนพื้นฐานการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เคร่งครัดจนเกินไป อันจะกลายเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่มากเกินสมควร และนำไปสู่ความเสียหายทางเศรษฐกิจ[15]

จากข้อมูลของ OECD มีอย่างน้อย 135 ประเทศ ที่มีการควบคุมการรวมธุรกิจผ่านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปี พ.ศ. 2562[16] โดยการควบคุมนั้นอาจอยู่ในรูปของการควบคุมก่อนการรวมธุรกิจหรือการควบคุมหลังการรวมธุรกิจ ทั้งนี้การควบคุมก่อนการรวมธุรกิจเป็นแนวทางที่นิยมมากกว่าเพราะเป็นการขออนุญาตรวมธุรกิจก่อนการรวมธุรกิจสำเร็จ ทำให้หน่วยงานกำกับดูแลได้ตรวจสอบการรวมธุรกิจก่อนและมีความแน่นอนกับผู้ประกอบธุรกิจรวมทั้งสร้างความเสียหายที่น้อยกว่า

---

[12] Andrew I. Gavil and others, *Antitrust Law in Perspective* (4th edn, West Academic Publishing 2022) 684.

[13] OECD, *OECD Competition Trends 2021* (Vol 2, OECD Publishing 2021) 9.

[14] UNCTAD, Model Law on Competition (2010) (เชิงอรรถ 3).

[15] สุธีร์ ศุภนิตย์, *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542* (กมลวรรณ จิรวิศิษฎ์ ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 75.

[16] OECD, *OECD Competition Trends 2021* (เชิงอรรถ 13).

แก่ทุกฝ่าย[17] ส่วนการควบคุมภายหลังการรวมธุรกิจเป็นการตรวจสอบย้อนหลังภายหลังการรวมธุรกิจสำเร็จแล้ว ซึ่งการรวมธุรกิจอาจถูกเพิกถอนได้หากไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการฯ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อทุกฝ่ายหากการรวมธุรกิจนั้นถูกเพิกถอน เนื่องจากเป็นการแก้ไขสิ่งที่เกิดขึ้นไปแล้ว

มีคำถามหนึ่งที่น่าพิจารณา คือ หากการควบคุมการรวมธุรกิจสามารถทำได้ด้วยบทบัญญัติอื่นภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว เช่นนี้แล้วบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมการรวมธุรกิจโดยเฉพาะยังจำเป็นต้องมีหรือไม่อย่างไร ผู้เขียนเห็นว่า หากปราศจากบทบัญญัติเฉพาะเรื่องการรวมธุรกิจแล้ว การรวมธุรกิจสามารถเกิดขึ้นได้อย่างอิสระ และทำให้หน่วยงานกำกับดูแลไม่สามารถป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจได้ การมีบทบัญญัติเฉพาะจึงเป็นการป้องกันปัญหาจากการรวมธุรกิจมิให้เกิดขึ้นก่อน และสามารถป้องกันความเสียหายได้ดีกว่าบทบัญญัติอื่นภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เป็นการลงโทษผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว[18] เพราะบทบัญญัติอื่นนั้นจะถูกนำมาบังคับใช้ก็ต่อเมื่อความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว[19] จากเหตุผลนี้ จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติเฉพาะเรื่องการรวมธุรกิจยังเป็นบทบัญญัติที่จำเป็น

2. ความหมายการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมีความหมายที่กว้างกว่าการควบกิจการ (Merger)[20] โดยมีข้อสังเกตว่าตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น คำว่า “Merger” อาจเป็นคำสามัญที่ใช้แทนคำว่าการรวมธุรกิจ ซึ่งต้องพึงระวังว่า คำว่า “Merger” ที่ใช้ในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามิได้ถูกจำกัดความหมายอย่างที่เข้าใจตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทแต่อย่างใด[21] อีกทั้งยังมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องพิจารณาบริบทของคำดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเวลาที่มีการกล่าวถึงคำว่า “Merger Control” หรือ “Merger Regulations” คำทั้งสองหมายถึงการควบคุมการรวมธุรกิจ และกฎระเบียบที่เกี่ยวกับการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งไม่ได้

---

[17] Julie Clarke, ‘Current Issues in Merger Law’ in John Duns, Arlen Duke and Brendan Sweeney (eds) *Comparative Competition Law* (Elgar 2015) 172.

[18] OECD and Inter-American Development Bank, Merger Control Laws and Procedures in Latin America and the Caribbean (2005) 2 <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835612.pdf> สืบค้นเมื่อ 1 มกราคม 2566.

[19] Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, (10th edn, Oxford University Press 2021) 855.

[20] เพิ่งอ้าง 852-853.

[21] UNCTAD, Model Law on Competition (2010) (เชิงอรรถ 3) 3.

หมายความเฉพาะว่าเป็นการควบคุมการควบกิจการตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทหรือเป็นกฎระเบียบที่เกี่ยวกับกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทแต่อย่างใด ในบางประเทศอาจใช้คำในภาษาอังกฤษคำอื่นเพื่อหมายถึงการรวมธุรกิจ เช่น สหภาพยุโรป ประเทศเวียดนาม ประเทศยูเครน ใช้คำว่า “Concentration”[22] หรือประเทศอินเดียใช้คำว่า “Combination”

การกำหนดความหมายการรวมธุรกิจในทางปฏิบัติถูกกำหนดขึ้นบนเงื่อนไข 2 ประการ คือ ประเภทของธุรกรรมและผลของธุรกรรม หากเงื่อนไขทั้ง 2 ประการครบถ้วนแล้ว ธุรกรรมนั้นจะเป็นการรวมธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การกำหนดความหมายการรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (ซึ่งต่อไปในบทความนี้หากมิได้มีการกล่าวคำอธิบายไว้โดยเฉพาะ “**การรวมธุรกิจ**” หมายถึง การรวมธุรกิจภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น) เป็นสิ่งที่สำคัญอย่างมาก เพราะหากธุรกรรมนั้นไม่เป็นการรวมธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจไม่ต้องขออนุญาตหรือแจ้งหน่วยงานกำกับดูตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แม้ว่าจะยังคงต้องปฏิบัติตามกฎหมายอื่นก็ตาม[23]

หากธุรกรรมใดเป็นการรวมธุรกิจแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจต้องพิจารณาต่อไปว่าการรวมธุรกิจนั้นจะต้องขออนุญาตรวมธุรกิจต่อหน่วยงานกำกับดูแลหรือไม่ โดยพิจารณาจากเกณฑ์กำหนดหน้าที่ (Threshold) ซึ่งมักพิจารณาจากมูลค่ารายได้ มูลค่าทรัพย์สิน มูลค่าการรวมธุรกิจ หรือส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ และเมื่อผู้ประกอบธุรกิจได้ยื่นขออนุญาตรวมธุรกิจกับหน่วยงานกำกับดูแลแล้ว หน่วยงานกำกับดูแลจะพิจารณาต่อไปว่าการรวมธุรกิจนั้นสมควรจะได้รับการอนุญาตหรือไม่[24]

การกำหนดความหมายของการรวมธุรกิจที่ดีทำให้ทั้งหน่วยงานกำกับดูแลและผู้ประกอบธุรกิจสามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้ง่าย รวดเร็ว มีประสิทธิภาพและโปร่งใส[25] โดยธุรกรรมที่ถูกกำหนดให้เป็นการรวมธุรกิจนั้น มักเป็นธุรกรรมที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจหมดความเป็นอิสระจากกันอย่างถาวร หรือ มีการเปลี่ยนแปลงอำนาจควบคุมนั้นเอง

---

[22] สหภาพยุโรป อธิบายคำว่า “Concentration” ว่าหมายถึงการรวมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจสองรายด้วยการควบกิจการหรือการได้มา. European Union, ‘Glossary of Summaries: Mergers’ (European Union) <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/mergers.html> สืบค้นเมื่อ 31 กรกฎาคม 2566.

[23] เพิ่งอ้าง.

[24] ICN, ‘ICN Merger Guidelines Workbook’ (The Fifth Annual ICN Conference in Cape Town, April 2006) 6 <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesWorkbook.pdf> สืบค้นเมื่อ 20 ธันวาคม 2565.

[25] OECD, ‘Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review’ (2013) 5 <https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf> สืบค้นเมื่อ 19 ธันวาคม 2565.

2.1 การได้มาและการควบกิจการ

ธุรกรรมที่เป็นการรวมธุรกิจโดยทั่วไปมี 2 รูปแบบ คือ การได้มา (Acquisition) และการควบกิจการ (Merger)

2.1.1 การได้มา

OECD ได้ให้ความหมายของการได้มา หมายถึง การได้มาซึ่งความเป็นเจ้าของและอำนาจควบคุมในผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่ง[26] ทั้งนี้การได้มาซึ่งอำนาจควบคุมอาจเกิดจากการได้หุ้นหรือการได้สินทรัพย์ทั้งนี้ไม่ว่าจะเกิดจากการเข้าทำสัญญาหรือวิธีการอื่นใด[27] ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม (เว้นแต่กำหนดเป็นอย่างอื่น ต่อไปในบทความนี้การกล่าวว่าการได้หุ้น หมายถึงการได้หุ้นที่มีสิทธิออกเสียง)

ในสหภาพยุโรปนั้นอำนาจควบคุมผู้ประกอบธุรกิจอื่นเป็นการมีอิทธิพลเด็ดขาด (Decisive influence) เหนือผู้ประกอบธุรกิจอื่น ซึ่งเป็นความสามารถในการกำหนดทิศทางและพฤติกรรมในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น เช่น การกำหนดแผนธุรกิจ งบประมาณ รวมถึงการแต่งตั้งผู้บริหาร[28] ดังนั้นอำนาจควบคุมจึงปรากฏผ่านทั้งอำนาจในทางกฎหมายและความเป็นจริง[29]

วัตถุแห่งการได้มานั้นอาจเป็นได้ทั้งสินทรัพย์ ธุรกิจ และหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น[30] ทั้งนี้การพิจารณาว่า การรวมธุรกิจนั้นควรได้มาซึ่งสิ่งใดนั้น ขึ้นอยู่กับการพิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจว่า วัตถุในรูปแบบใดจะเป็นรูปแบบที่เหมาะสมที่สุด โดยการพิจารณาดังกล่าวจะพิจารณารวมไปถึง ความรับผิดและหน้าที่ของผู้ถูกรวมธุรกิจ สิทธิประโยชน์ทางภาษี ระยะเวลาและขั้นตอนในการรวมธุรกิจ รวมถึง การต้องขอความยินยอมจากบุคคลที่สาม ทั้งเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และลูกจ้างของผู้ถูกรวมธุรกิจ จากข้อมูลการรวมธุรกิจในประเทศเยอรมันในปี พ.ศ. 2564 พบว่าในการรวมธุรกิจทุก ๆ 10 ธุรกรรมจะเป็นการได้หุ้นจำนวน 6 ธุรกรรม[31]

---

[26] เพิ่งอ้าง 10.

[27] John Boyce and Anna Lyle-Smythe, 'Merger Control' in David Bailey and Laura Elizabeth John (eds) *European Union Law of Competition* (8th edn, Oxford University 2019) 602. Ioannis Lianos, และ Valentine Korah and Paolo Siciliani, *Competition Law: Analysis, Cases, & Materials* (Oxford University 2019) 1482.

[28] Marta Anders Vaquero, 'The notion of control under the EU Merger Regulation' (18th EU-China Competition Beijing, 20 March 2019) 7 <https://competitioncooperation.eu/wp-content/uploads/2019/04/Day-3_Session-1_Marta-EN-28032019.pdf> สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2566.

[29] Richard Whish and David Bailey (เชิงอรรถ 19) 878.

[30] Marta Anders Vaquero (เชิงอรรถ 28) 9.

[31] Andreas Schulten, 'Share deals are the reality' (Bulwiengesa, 1 April 2022) <https://bulwiengesa.de/en/magazin/chart-month-april-share-deals-are-reality> สืบค้นเมื่อ 23 กรกฎาคม 2566.

2.1.1.1 การได้หุ้น

การได้หุ้นนั้นโดยมากมักเกิดขึ้นในรูปแบบของการซื้อขายหุ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ การได้หุ้นทำให้ผู้เข้ารวมธุรกิจสามารถประกอบธุรกิจได้ทันที อย่างไรก็ดีนอกจากสิทธิและสินทรัพย์ของผู้ถูกรวมธุรกิจแล้ว การได้หุ้นย่อมทำให้ผู้เข้ารวมธุรกิจได้รับความรับผิดและหน้าที่ของผู้ถูกรวมธุรกิจด้วย

โดยทั่วไปแล้วการที่จะได้มาซึ่งอำนาจควบคุมในกรณีของการได้หุ้นนั้น มักเป็นกรณีที่ได้หุ้นข้างมาก (เกินกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นทั้งหมด) อย่างไรก็ดีการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมยังรวมไปถึงการได้หุ้นที่ไม่เป็นข้างมากแต่สามารถควบคุมการประชุมผู้ถือหุ้นได้[32] นอกจากนั้นการได้หุ้นข้างน้อยพร้อมกับการมีอำนาจในการควบคุมกิจการในทางอ้อมผ่านการคัดค้านมติสำคัญที่อันเกี่ยวข้องกับการมีอิทธิพลเด็ดขาดในที่ประชุมกรรมการหรือผู้ถือหุ้น (veto right) (“**อำนาจคัดค้าน**”) ได้นั้นสามารถตีความได้ว่าเป็นการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมเช่นกัน[33] ทั้งนี้ในบางประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศบราซิล อาจกำหนดให้การได้หุ้นข้างน้อยโดยปราศจากการมีอำนาจคัดค้านเป็นการรวมธุรกิจได้เช่นกัน[34] ทั้งนี้เพื่อให้ง่ายต่อการพิจารณา กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของบางประเทศจึงกำหนดให้การได้หุ้นซึ่งมีจำนวนตามที่กฎหมายกำหนดถือเป็นการรวมธุรกิจแล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาว่าการได้หุ้นนั้นทำให้ได้มาซึ่งอำนาจควบคุมหรือไม่ อย่างไร[35]

2.1.1.2 การได้สินทรัพย์

การควบคุมการได้สินทรัพย์ในฐานะการรวมธุรกิจเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดคู่กับการได้หุ้นในกฎหมายการแข่งทางการค้าของประเทศต่าง ๆ อย่างไรก็ดีในบางประเทศอาจมิได้กำหนดให้การได้สินทรัพย์เป็นการรวมธุรกิจเช่นเดียวกับการได้หุ้น เช่น ประเทศอินโดนีเซียในช่วงแรกของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ไม่มีการควบคุมการรวมธุรกิจด้วยวิธีการได้สินทรัพย์[36]

สินทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งการรวมธุรกิจนั้น อาจเป็นไปได้ทั้งสินทรัพย์ที่มีรูปร่าง เช่น เครื่องจักร ที่ดิน โรงงาน สินค้าคงคลัง รวมถึงสินทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา รายชื่อลูกค้า การได้สินทรัพย์นั้นอาจเป็นการได้สินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจอีกราย

---

[32] Steven Vaz and Natasha Gromof, Minimising the costs and risks of merger control processes on M&A transactions (Financier Worldwide, November 2019) <https://www.financierworldwide.com/minimising-the-costs-and-risks-of-merger-control-processes-on-ma-transactions> สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2566.

[33] เพิ่งอ้าง. และ OECD, ‘Minority Shareholdings’ (2008) 9 <https://www.oecd.org/daf/competition/41774055.pdf> สืบค้นเมื่อ 31 ธันวาคม 2565.

[34] เพิ่งอ้าง.

[35] Rachel Brandenburger and Justin Bernick, ‘Minority shareholdings and joint ventures in emerging jurisdictions: an opportunity for convergence?’ (2015) 3 Journal of Antitrust Enforcement 334, 356.

[36] OECD, ‘Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review’ (เชิงอรรถ 25) 112.

การได้สินทรัพย์นั้นต่างจากการได้หุ้นหลายประการ เช่น ความรับผิดที่ไม่โอนไปยังผู้เข้ารวมธุรกิจ การที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของสินทรัพย์นั้นไม่กลายเป็นบริษัทในเครือของผู้เข้ารวมธุรกิจ[37] และที่สำคัญผู้เข้ารวมธุรกิจสามารถเลือกเฉพาะสินทรัพย์ที่ต้องการได้ (cherry picking)[38] เหตุที่การได้สินทรัพย์ถูกกำหนดให้เป็นการรวมธุรกิจด้วยนั้น เนื่องจากการได้สินทรัพย์ทำให้ผู้เข้ารวมธุรกิจได้มาซึ่งอำนาจควบคุมเหนือธุรกิจเช่นเดียวกับการได้หุ้น โดยหากผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสินทรัพย์ในการประกอบธุรกิจแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นย่อมไม่สามารถประกอบธุรกิจได้อีกต่อไป

ทั้งนี้การได้สินทรัพย์ไม่ได้จำกัดเพียงการได้มาจากการซื้อขายเท่านั้น การเช่า การเช่าซื้อ การให้สิทธิ การทำสัญญาเพื่อให้มาซึ่งวัตถุดิบที่สำคัญในระยะยาว[39] การแลกเปลี่ยน ก็ทำให้ผู้เข้ารวมธุรกิจได้อำนาจควบคุมมาเช่นกัน โดยประเทศออสเตรเลีย[40] ประเทศแคนาดา[41] ประเทศโคลอมเบีย[42] ประเทศโปแลนด์[43] ล้วนแล้วแต่กำหนดให้การได้สินทรัพย์ผ่านวิธีการอื่นที่นอกจากการซื้อขายเป็นการรวมธุรกิจด้วย อนึ่งในบางประเทศมีการยกเว้นการควบคุมการรวมธุรกิจกับบางธุรกรรม หากธุรกรรมนั้นมิได้เกิดขึ้นจากเจตนาที่ต้องการทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการแข่งขันในตลาดในสินค้าหรือบริการนั้น เช่น การบังคับหลักประกัน การปรับโครงสร้างหนี้ การฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลาย[44] การลงทุนของกองทุน[45] การได้รับมรดก[46]

---

[37] ดู Sandra Feldman, 'Companies buying companies: The different types and methods of mergers and acquisitions' (Wolters Kluwer, 7 November 2022) <https://www.wolterskluwer.com/en/expert-insights/the-different-types-and-methods-of-mergers-and-acquisitions> สืบค้นเมื่อ 23 กรกฎาคม 2566.

[38] Frank Breitenfeldt, USA: Share deal vs. Asset deal. Transaction Structuring (Rödl & Partner, August 2020) <https://www.roedl.com/insights/ma-dialog/2020-08/usa-share-deal-versus-asset-deal-transaction-structurin> สืบค้นเมื่อ 23 กรกฎาคม 2566.

[39] Moriz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law* (Cambridge University 2013) 246.

[40] OECD, 'Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review' (เชิงอรรถ 25) 38.

[41] เพิ่งอ้าง 49.

[42] เพิ่งอ้าง 61.

[43] เพิ่งอ้าง 143.

[44] ดู Maria Dreher, Christoph Wanek and Florian Reiter-Werzin, 'Austria' in Thomas Janssens (ed) *Merger Control 2022* (Law Business Research 2022) 53.

[45] ดู Maja Stanković, 'Serbia' in Thomas Janssens (ed) *Merger Control 2022* (Law Business Research 2022) 406.

2.1.2 การควบกิจการ

การควบกิจการในที่นี้คือการควบกิจการตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท ดังที่กล่าวถึงไว้แล้วข้างต้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รวมธุรกิจแล้วเกิดผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ขึ้นโดยผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจสิ้นสภาพไป หรือไม่เกิดผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ขึ้นและมีผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายสิ้นสุดลงโดยสิทธิหน้าที่และความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นยังคงอยู่เช่นเดิมเพียงแต่ถ่ายโอนไปที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ยังคงเหลืออยู่

แม้การพิจารณาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการรวมธุรกิจของทั้งการได้มาและการควบกิจการของหน่วยงานกำกับดูแลจะเหมือนกัน แต่กรณีทั้งสองมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน[47] ความแตกต่างที่สำคัญคือการได้มานั้นไม่ทำให้จำนวนผู้ประกอบธุรกิจลดลงโดยทันที (จำนวนผู้ประกอบธุรกิจเป็นคนละสิ่งกับความเป็นอิสระของผู้ประกอบธุรกิจ)[48] อนึ่งในบางครั้งภายหลังจากการได้มาสำเร็จแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจบางรายก็ถูกเลิกไป เช่น การได้สินทรัพย์ทั้งหมดของบริษัท A จำกัด โดย บริษัท B จำกัด ภายหลังจากการได้สินทรัพย์ของบริษัท A จำกัด ไม่ทำให้สภาพนิติบุคคลของบริษัท A จำกัดสิ้นไปแต่อย่างใดแม้ในทางปฏิบัติบริษัท A จำกัด อาจถูกจดทะเบียนเลิกบริษัทไป[49]

2.2 การจัดตั้งกิจการร่วมค้า

นอกจากการได้มาและการควบกิจการแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศอาจกำหนดธุรกรรมอื่นเป็นการรวมธุรกิจด้วย เนื่องจากธุรกรรมนั้นอาจสามารถนำไปสู่ผลเช่นเดียวกับการได้มาและการควบกิจการได้ หนึ่งในธุรกรรมที่มีการกำหนดกันมาก คือ การจัดตั้งกิจการร่วมค้า (Joint venture)[50]

---

[46] ดู Gönenç Gürkaynak, 'Turkey' in Thomas Janssens (ed) *Merger Control 2022* (Law Business Research 2022) 493.

[47] OECD, 'OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment' (2008) 197 <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264045743-en.pdf?expires=1725778996&id=id&accname=guest&checksum=3259E58C160DD76E5A245C4663E71A77>.

[48] OECD, 'Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review' (เชิงอรรถ 25) 7.

[49] ดู พิภพ วีระพงษ์, 'ภาระภาษีสำหรับการควบเข้ากันหรือการโอนกิจการ' (2551) ตลาดหลักทรัพย์ <https://classic.set.or.th/th/news/download/files/2550/LAW_MA_Sep26.pdf> สืบค้นเมื่อ 31 ธันวาคม 2565.

[50] UNCTAD, Model Law on Competition (2010) (เชิงอรรถ 3) 4.

ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าในทางปฏิบัติ กิจการร่วมค้าอาจถูกเรียกในชื่ออื่นด้วยได้ เช่น สัญญาร่วมทุน สัญญาหุ้นส่วนเพื่อดำเนินกิจการ[51] ในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนพบว่ามีเอกสารทางวิชาการจำนวนไม่มากที่กล่าวถึงการจัดตั้งกิจการร่วมค้าในฐานะที่เป็นการรวมธุรกิจ ในบทความนี้ผู้เขียนจึงได้อธิบายถึงรายละเอียดของกิจการร่วมค้ามากกว่าการได้มาและการควบกิจการเนื่องจากธุรกรรมทั้งสองมีข้อมูลที่สามารถเข้าถึงได้ที่เป็นภาษาไทยจำนวนมากแล้ว

2.2.1 หลักการทั่วไปของการจัดตั้งกิจการร่วมค้า

การจัดตั้งกิจการร่วมค้านั้น เป็นการร่วมกันดำเนินกิจการใดกิจการหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจ (“**ผู้ร่วมลงทุน**”) ตั้งแต่ 1 รายขึ้นไป โดยความสำเร็จของกิจการนั้นไม่สามารถที่จะบรรลุผลได้หากปราศจากความร่วมมือของผู้ร่วมลงทุนที่เกี่ยวข้อง[52] ซึ่งโดยมากแล้วผู้ร่วมลงทุนมักเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่หรือมีโอกาสอยู่ในตลาดเดียวกัน[53] เหตุผลในการจัดตั้งกิจการร่วมค้านั้นมีได้หลายประการ เช่น เพื่อสร้างอำนาจตลาดร่วมกันของผู้ร่วมลงทุน (ซึ่งอาจหมายรวมถึงการเปลี่ยนคู่แข่งให้เป็นพันธมิตร) เพื่อลดหรือกระจายความเสี่ยงในการลงทุนของผู้ร่วมลงทุน เพื่อต้องการได้ข้อมูลหรือการเติมเต็มระหว่างผู้ร่วมลงทุนจากทรัพยากรต่าง ๆ ของผู้ร่วมทุน ทั้งเงินทุน เทคโนโลยี สิทธิบัตร วัตถุดิบ และทักษะแรงงาน[54]

---

[51] Competition Commission of South Africa, ‘Issue 3: The Application of Merger Provisions of the Competition Act 89 of 1998, as amended, to Joint Ventures’ (2009) 5 <https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2017/11/Practitoner-Update-Joint-Ventures-Published-version.doc> สืบค้นเมื่อ 10 กรกฎาคม 2566.

[52] Robert Wallace, *Strategic Partnerships: An Entrepreneur's Guide to Joint Ventures and Alliances* (Kaplan Publishing 2004) 7.

[53] James Webber, ‘EU Court Decides EU Merger Control Can Only Catch Joint Control Transactions if the Resulting Entity is ‘Full-Function’’ (Sherman & Stering, 8 September 2017) <https://www.shearman.com/en/perspectives/2017/09/eu-court-decides-eu-merger-control-full-function> สืบค้นเมื่อ 8 กรกฎาคม 2566. และ William M. Landes, ‘Harm to Competition: Cartels, Mergers and Joint Ventures’ (1983) 52 Antitrust Law Journal 625, 629.

[54] David H. Kent, ‘Joint Ventures vs. Non-Joint Ventures: An Empirical Investigation’ (1991) 12 387, 388 <https://www.jstor.org/stable/pdf/2486565.pdf?refreqid=fastly-default%3Aef09b653f810b6c46c996d0bb9b5a562&ab_segments=0%2Fbasic_phrase_search%2Fcontrol&origin=&initiator=search-results&acceptTC=1> สืบค้นเมื่อ 9 กรกฎาคม 2566. และ Patrick J. Smith, ‘Comment: Joint Ventures and Antitrust Policy’ (1965) 26 Ohio State Law Journal 439, 441.

การแบ่งประเภทของการจัดตั้งกิจการร่วมค้านั้นสามารถทำได้หลายวิธี เช่น

(ก) การแบ่งตามสัญชาติของผู้ร่วมลงทุน โดยกิจการร่วมค้าที่มีผู้ร่วมลงทุนต่างสัญชาติกัน (International joint venture) มักมีวัตถุประสงค์การจัดตั้งขึ้นเพื่อการเข้าสู่ตลาดของประเทศใหม่ ๆ ของผู้ร่วมลงทุนรายใดรายหนึ่ง โดยการจัดตั้งกิจการร่วมค้าแทนการลงทุนเองฝ่ายเดียวในประเทศที่ไม่ใช่ประเทศที่ผู้ร่วมลงทุนมีความคุ้นเคย มักมีความเสี่ยงในด้านต่าง ๆ เช่น ความเสี่ยงจากกฎระเบียบ ความเสี่ยงทางวัฒนธรรม และการเมืองการปกครอง[55] การมีผู้ร่วมลงทุนรายอื่นที่มีสัญชาติเดียวกับประเทศที่จะลงทุนนั้น ย่อมเป็นวิธีการลดความเสี่ยงดังกล่าว[56] และกระจายความเสี่ยง[57] ทั้งนี้มีการศึกษาว่าการมีผู้ร่วมลงทุนสัญชาติเดียวกับประเทศที่จะมีการจัดตั้งกิจการร่วมค้า ทำให้กิจการร่วมค้านั้นมีแนวโน้มที่จะมีผลประกอบการที่ดีกว่าด้วย[58]

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างกิจการร่วมค้ากับนิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นมากกว่า 1 ราย

ประเด็น	กิจการร่วมค้า	นิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นมากกว่า 1 ราย
จำนวนผู้ถือหุ้น	เท่ากับจำนวนผู้ร่วมลงทุนมักมีเพียง 2 ราย	มีกี่รายก็ได้
การควบคุม	ผู้ร่วมลงทุนมักจะถ่วงดุลกันและกัน เพราะมักมีสัดส่วนการลงทุนที่ใกล้เคียงกัน ทั้งในรูปแบบของจำนวนกรรมการที่แต่ละฝ่ายมีสิทธิเสนอแต่งตั้ง การกำหนดเรื่องที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ร่วมลงทุนทุกฝ่าย หรืออย่างน้อยต้องร่วมเป็นองค์ประชุม (Reserved	อำนาจในการควบคุมเป็นไปตามสัดส่วนหุ้น การคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยมักเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ทั้งนี้หากนิติบุคคลนั้นถูกควบคุมโดยผู้ถือหุ้นรายใด รายหนึ่งเท่านั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้น

[55] เพิ่งอ้าง.

[56] Ursula F. Ott, *International Joint Ventures: An Interplay of Cooperative and Noncooperative Games Under Incomplete Information* (Palgrave Macmillan 2006) 2. และ Bruce H. Jackson, 'Application of U.S. Antitrust Law to International Investment: Joint Ventures, Mergers and Acquisitions' (1980) 5 North Carolina Journal of International Law 141, 156.

[57] Bruce H. Jackson เพิ่งอ้าง.

[58] Palitha Konara and Alex Mohr, 'Cultural Bridging and the Performance of International Joint Ventures' (2023) 32 International Business Review 1, 10-11.

ประเด็น	กิจการร่วมค้า	นิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นมากกว่า 1 ราย
	matter) รวมถึงการแบ่งสิทธิในการเสนอบุคคลให้เป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนกิจการร่วมค้าซึ่งมักประกอบด้วยตัวแทนของผู้ร่วมทุนแต่ละฝ่ายมีอำนาจร่วมกัน ทั้งนี้การกำหนดความคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่เข้มข้นมากอาจเป็นภาระของกิจการร่วมค้าได้เช่นกันเพราะหากผู้ร่วมลงทุนมีความเห็นไม่ตรงกัน กิจการร่วมค้านั้นอาจไม่สามารถดำเนินการได้	ดังกล่าวกับนิติบุคคลคือ บริษัทในเครือ (Subsidiary)
วัตถุประสงค์ของนิติบุคคล	มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจการที่จำกัด ตามที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างผู้ร่วมลงทุน	มีวัตถุประสงค์ที่หลากหลาย
ที่มาของทรัพยากรที่สำคัญที่ต้องใช้ในการประกอบธุรกิจ	จากผู้ร่วมทุนซึ่งมักเป็นประสบการณ์หรือเทคโนโลยีของผู้ร่วมทุน	จากบุคคลภายนอก

อนึ่งการจัดตั้งกิจการร่วมค้านั้น อาจมีได้ทั้งการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ หรือจัดตั้งผ่านนิติบุคคลที่มีอยู่ก่อนการจัดทำสัญญาจัดตั้งกิจการร่วมค้าระหว่างผู้ร่วมลงทุน[59] ทั้งนี้ในบทความนี้จะรวมเรียกกรณีทั้งสองว่า การจัดตั้งกิจการร่วมค้า

ผู้เขียนพบว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้าเป็นที่นิยมอย่างมากของบริษัทขนาดใหญ่ที่ต้องการไปลงทุนในประเทศที่มีเอกลักษณ์ของตลาดและวัฒนธรรม โดยในประเทศอินเดียนั้น ทั้ง

[59] ดู Rhiannon Pugh, 'Venture into the Unknown? The Exchange of Information Within Joint Ventures Under Article 101 TFEU' (2021) 12 Journal of European Competition Law & Practice 92, 93. และ Andries Le Grange and Reece May, 'The regulation of joint ventures under the Competition Act: Is your joint venture compliant with the Competition Act?' (Cliffe Dekker Hofmeyr, 15 February 2023) <https://www.cliffedekkerhofmeyr.com/en/news/publications/2023/Practice/Competition/competition-law-alert-15-february-2023-the-regulation-of-joint-ventures-under-the-competition-act.html> สืบค้นเมื่อ 8 กรกฎาคม 2566.

Toyota Tesco Unilever และ AIG ล้วนแต่จัดตั้งกิจการร่วมค้าร่วมกับผู้ร่วมลงทุนท้องถิ่นในอินเดีย เพื่อช่วยลดปัญหาความไม่คุ้นเคยกับวัฒนธรรมอินเดีย[60]

(ข) การแบ่งตามตลาดของธุรกิจของกิจการร่วมค้ากับธุรกิจของผู้ร่วมลงทุน การแบ่งเช่นนี้จะแบ่งกิจการร่วมค้าเป็น 3 ประเภท คือ กิจการร่วมค้าในแนวราบ (Horizontal joint venture) เป็นกรณีที่ธุรกิจของกิจการร่วมค้าอยู่ในตลาดเดียวกับธุรกิจของผู้ร่วมลงทุนอย่างน้อยรายหนึ่ง กิจการร่วมค้าในแนวดิ่ง (Vertical joint venture) เป็นกรณีที่ธุรกิจของกิจการร่วมค้าอยู่ในตลาดที่เกี่ยวเนื่องกับธุรกิจของผู้ร่วมลงทุนอย่างน้อยรายหนึ่ง และกิจการร่วมค้าแบบหลากหลาย (Conglomerate joint venture) เป็นกรณีที่กิจการร่วมค้าไม่มีลักษณะเป็นกิจการร่วมค้าในแนวราบและกิจการร่วมค้าในแนวดิ่ง

2.2.2 การจัดตั้งกิจการร่วมค้ากับการรวมธุรกิจ

การจัดตั้งกิจการร่วมค้าดังที่กล่าวมาข้างต้น ส่งผลต่อการแข่งขันทั้งในทางตรงและทางอ้อม[61] การเจรจาระหว่างผู้ร่วมลงทุนเพื่อนำไปสู่ข้อตกลงในการจัดตั้งกิจการร่วมค้านั้นย่อมต้องมีการตกลงและแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน ซึ่งอาจนำไปสู่การลดหรือจำกัดการแข่งขันที่เป็นการฮั้วระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ[62] นอกจากนั้นยังอาจนำไปสู่ผลเช่นเดียวกับการรวมธุรกิจ[63] โดยการฮั้วและการรวมธุรกิจนั้น การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีลักษณะที่แตกต่างกัน จึงทำให้ในทางทฤษฎีเป็นที่ยอมรับว่า เป็นการยากต่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับการจัดตั้งกิจการร่วมค้า[64]

---

[60] Vikram Barhat, 'Shedding light on business in India' BBC (11 November 2015) <https://www.bbc.com/worklife/article/20151109-driving-success-in-india> สืบค้นเมื่อ 8 พฤษภาคม 2567.

[61] Patrick J. Smith, 'Comment: Joint Ventures and Antitrust Policy' (1965) 26 Ohio State Law Journal 439, 440-441.

[62] Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski, *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis* (Oxford University Press 2014) 142.

[63] ในบางครั้งอาจถูกเรียกว่า "Quasi-merger" ดู Robert Pitofsky, 'A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures' (1985) 54 Antitrust Law Journal 893, 894. หรือ "Partial merger" ดู David H. Kent, 'Joint Ventures vs. Non-Joint Ventures: An Empirical Investigation' (1991) 12, 387-388.

[64] Robert Pitofsky, 'A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures' เพิ่งอ้าง 893. Luke Kelly and others, *Principles of Competition Law in South Africa* (Oxford University Press 2016) 178. และ Walter T. Winslow, 'Joint Ventures-Antitrust Problems and Opportunities' (1985) 54 Antitrust Law Journal 979, 979.

การพิจารณาว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้าเป็นการรวมธุรกิจนั้นส่วนหนึ่งมาจากการอธิบายว่า กิจการร่วมค้าเกิดขึ้นมาแทนการดำเนินธุรกิจอย่างอิสระของผู้ร่วมลงทุนแต่ละฝ่าย ทำให้ผู้ร่วมลงทุนแต่ละฝ่ายแทนที่จะแข่งกันกลับดำเนินธุรกิจร่วมกัน และทำให้จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาดมีจำนวนน้อยลงกว่าจำนวนที่มีโอกาสได้สูงสุด[65] ผลดังกล่าวจึงมีผลเช่นเดียวกับการควบกิจการและการได้มาที่เป็นการรวมธุรกิจ อีกทั้งยังอาจทำให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันได้[66] ความเข้าใจนี้ถูกยืนยันโดยศาลสูง (Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกาในคดี *United States v. Penn-Olin Chemical Co*[67] ทั้งนี้การจัดตั้งกิจการร่วมค้าอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการรวมธุรกิจในแนวราบ (Horizontal merger) หากเมื่อมีการจัดตั้งกิจการร่วมค้าแล้ว ผู้ร่วมลงทุนทั้งหมดหยุดประกอบธุรกิจของตนที่มีลักษณะเช่นเดียวกับธุรกิจของกิจการร่วมค้า

เมื่อศึกษาในทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาจะพบว่าแรกเริ่มนั้น การจัดตั้งกิจการร่วมค้าถูกตรวจสอบด้วยบทบัญญัติเรื่องการตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ แต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานกำกับดูแลนั้นไม่ประสบความสำเร็จในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากผู้ร่วมลงทุนส่วนมากสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้าที่ถูกตรวจสอบนั้นนำไปสู่การเพิ่มการแข่งขันมากกว่าการลดหรือการจำกัดการแข่งขัน[68]

นอกจากนี้เหตุที่การจัดตั้งกิจการร่วมค้าถูกพิจารณาว่าเป็นการรวมธุรกิจอาจเกิดจากการจัดตั้งกิจการร่วมค้าเป็นการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมแบบหนึ่ง กล่าวคือในขณะที่ผู้ร่วมลงทุนร่วมกันจัดตั้งกิจการร่วมค้านั้น แม้จะไม่มีการรวมธุรกิจโดยตรง แต่ต่อมาผู้ร่วมทุนมีการโอนสินทรัพย์หรือธุรกิจให้แก่กิจการร่วมค้าแล้ว ย่อมถือได้ว่ากิจการร่วมค้านั้นได้มาซึ่งอำนาจควบคุมเหนือสินทรัพย์หรือธุรกิจดังกล่าวแล้ว ทำให้เกิดการรวมธุรกิจ เพราะเป็นการได้สินทรัพย์หรือได้หุ้น[69] แนวความคิดนี้สอดคล้องกับการตีความของหน่วยงานกำกับดูแลของประเทศแอฟริกาใต้ที่พิจารณาว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้าเป็นการรวมธุรกิจ แม้กฎหมายจะไม่กำหนดให้การจัดตั้งกิจการร่วมค้าเป็นการรวมธุรกิจโดยชัดเจน[70]

---

[65] Robert Pitofsky, 'Joint Ventures under the Antitrust Laws: Some Reflections on the Significance of "Penn-Olin"' (1969) 82 Harvard Law Review 1007, 1018-1019.

[66] Gordon B. Spivack, 'International Joint Venture under the Antitrust Laws' (1971) 40 Antitrust Law Journal 871, 876.

[67] United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 U.S. 158, 170 (1964).

[68] Robert Pitofsky, 'Joint Ventures under the Antitrust Laws: Some Reflections on the Significance of "Penn-Olin"' (เชิงอรรถ 65) 1017-1018.

[69] Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski (เชิงอรรถ 62) 142-143.

[70] Competition Commission of South Africa (เชิงอรรถ 51) 7-8.

ซึ่งแตกต่างจากสหภาพยุโรปที่ระบุในบทบัญญัติไว้ชัดเจนว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้าเป็นส่วนหนึ่งของการได้มา[71]

หน่วยงานกำกับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อธิบายถึงความแตกต่างระหว่างการรวมธุรกิจกับการตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่อาจนำไปสู่การเพิ่มการแข่งขัน ซึ่งมักปรากฏในรูปแบบของการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในการพัฒนาสินค้าหรือบริการ (“**การร่วมมือฯ**”) รายละเอียดปรากฏตามตารางที่ 2[72] การแบ่งแยกดังกล่าวมีลักษณะที่สอดคล้องกับคำอธิบายของสหภาพยุโรป โดยการแบ่งแยกดังกล่าวมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปด้วย เนื่องจากการร่วมมือฯ จะถูกพิจารณาตามมาตรา 101 ของ The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) ที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ[73]

ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบระหว่างการรวมธุรกิจกับการร่วมมือฯ

ประเด็น	การรวมธุรกิจ	การร่วมมือฯ
ระยะเวลา	จัดตั้งขึ้นถาวร	เป็นการดำเนินการชั่วคราว
การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ	ผู้ร่วมลงทุนจะไม่แข่งขันกับกิจการร่วมค้า	ผู้ประกอบธุรกิจยังคงแข่งขันกันอยู่

[71] Article 3 (4) of Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings ระบุว่า “The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1(b)” และ Article 3 (1) (b) ระบุว่า “the acquisition, by one or more persons already controlling at least one undertaking, or by one or more undertakings, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, of direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings”.

[72] Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, ‘Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors’ (2000) 5 <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf> สืบค้นเมื่อ 8 กรกฎาคม 2566. และ Katarina Poliakova, ‘Establishment of Joint Ventures: Comparison of Elements of Joint Ventures under EC Competition Law and U.S. Merger and Antitrust Law which Are Decisive for Determination of Applicable Legal Regime’ (LL.M. Thesis Central European University) 21 <https://www.etd.ceu.edu/2010/poliakova_katarina.pdf> สืบค้นเมื่อ 8 กรกฎาคม 2566.

[73] Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski (เชิงอรรถ 62) 142-143.

เห็นได้ว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้าและการร่วมมือฯ นั้นไม่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดสิ้นอำนาจควบคุมเหนือผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด ซึ่งต่างจากการควบกิจการหรือได้มาที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งได้อำนาจควบคุมของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายอย่างถาวร[74] อีกนัยหนึ่งอาจอธิบายได้ว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้านั้นมีลักษณะที่ครอบคลุมตั้งแต่การรวมธุรกิจจนถึงการร่วมมือฯ[75] จากเหตุดังกล่าว จึงมีความเห็นที่เสนอว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้าไม่เทียบเท่ากับการรวมธุรกิจเพราะธุรกรรมทั้งสองมีความแตกต่างกันในบางประการ[76] ส่งผลให้การวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลในการพิจารณาการจัดตั้งกิจการร่วมค้ามีความเข้มข้นน้อยกว่าการควบกิจการหรือการได้มา แม้ว่าธุรกรรมทั้งหมดนั้นจะถูกพิจารณาว่าเป็นการรวมธุรกิจก็ตาม[77]

ในสหภาพยุโรปนั้นการจัดตั้งกิจการร่วมค้าที่จะต้องดำเนินการตามบทบัญญัติเรื่องการรวมธุรกิจนั้น จะต้องเป็นการจัดตั้งกิจการร่วมค้าที่ดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ (full-function) เท่านั้น โดยต้องมีความเป็นอิสระจากผู้ร่วมลงทุน เป็นอิสระในตลาด ไม่ได้เพียงถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ผู้ร่วมลงทุน ต้องมีการดำเนินธุรกิจในระยะยาว มีทรัพยากรอย่างเพียงพอต่อการประกอบธุรกิจในแง่ต่าง ๆ เช่น แรงงานสินทรัพย์ ดังนั้นการจัดตั้งกิจการร่วมค้าเพื่อขายสินค้าของผู้ร่วมลงทุนหรือเป็นเพียงหน่วยวิจัยค้นคว้าของผู้ร่วมลงทุนจึงไม่เป็นกิจการร่วมค้าที่ดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ[78] ดังที่กล่าวไปข้างต้น สหภาพยุโรปนั้นกำหนดว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้าเป็นการได้มาอย่างหนึ่ง ในขณะที่ประเทศเวียดนามกำหนดให้กิจการร่วมค้าอยู่ในความหมายของการรวมธุรกิจอย่างอิสระแยกจากกรณีอื่น[79]

2.3 การตั้งกรรมการไขว้ระหว่างนิติบุคคล

มีไม่กี่ประเทศนักที่กำหนดบทบัญญัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าถึงการตั้งกรรมการไขว้ระหว่างนิติบุคคล โดยประเทศที่กำหนดถึงลักษณะดังกล่าว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศ

---

[74] Sarath Sanga, 'A Theory of Corporate Joint Ventures' (2018) 106 California Law Review 1437, 1440; Sara G. Zwart, 'The New Antitrust: An Aerial View of Joint Ventures and Merger' (1987) 7 Journal of Business Strategy 68, 72

[75] ดู Ioannis Kokkoris and Howard Shelanski (เชิงอรรถ 62) 141-142.

[76] William M. Landes (เชิงอรรถ 53) 630. และ OECD, 'Competition Issues in Joint Ventures' (2000) 39 <https://www.oecd.org/daf/competition/2379097.pdf> สืบค้นเมื่อ 10 กรกฎาคม 2566.

[77] ความเห็นของหน่วยงานกำกับดูแลประเทศออสเตรเลีย ดู OECD, 'Competition Issues in Joint Ventures' เพิ่งอ้าง.

[78] Jonathan Faull and Ali Nikpay, *The EU Law of Competition* (Oxford University Press 2014) 569, 572-574.

[79] Article 30 of Law No. 23/2018/QH14.

เกาหลี[80] ประเทศออสเตรีย[81] ประเทศญี่ปุ่น[82] เนื่องจากประเทศเหล่านั้นเห็นว่าการตั้งกรรมการไขว้ระหว่างนิติบุคคลทำให้มีการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมด้วย[83] จนนำไปสู่การกำหนดให้เป็นธุรกรรมที่ต้องถูกควบคุมภายใต้บทบัญญัติเรื่องการรวมธุรกิจ[84]

ส่วนเหตุที่บางประเทศไม่กำหนดบทบัญญัติตามกฎหมายถึงการตั้งกรรมการไขว้ระหว่างนิติบุคคลเพราะ แม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวอาจนำไปสู่ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจได้และนำไปสู่การลดหรือจำกัดการแข่งขัน แต่กรรมการของนิติบุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องรับผิดต่อส่วนตัวตามกฎหมายห้างหุ้นส่วนบริษัท[85] ซึ่งกำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและอย่างซื่อสัตย์สุจริต[86] จึงเห็นว่าการควบคุมด้วยกฎหมายห้างหุ้นส่วนบริษัทอาจเพียงพอแล้วที่จะห้ามพฤติกรรมที่ไม่เหมาะของกรรมการที่อาจนำไปสู่ผลกระทบต่อการแข่งขันได้ อีกทั้งการห้ามการตั้งกรรมการไขว้ระหว่างนิติบุคคลนั้นอาจมีผลเสียมากกว่าผลดีและส่งผลกระทบต่อการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจของประเทศ[87] เพราะเสมือนเป็นการจำกัดการใช้ความรู้ความสามารถของบุคลากรในการสร้างประโยชน์ให้นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจไม่ให้สามารถสร้างประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้สูงที่สุด

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้นแม้จะมีบทบัญญัติในเรื่องนี้ แต่มิได้เป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจโดยตรง ในขณะที่ประเทศเกาหลีใต้และออสเตรียกำหนดให้นิยามของการรวมธุรกิจรวมถึงการตั้งกรรมการไขว้ระหว่างนิติบุคคลอย่างชัดเจน ส่วนประเทศออสเตรียกำหนดว่าการตั้งกรรมการอย่างน้อยกึ่งหนึ่งในคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัท (supervisory board) ของบริษัทอย่างน้อยสองบริษัทที่เหมือนกัน เป็นการรวมธุรกิจ[88]

---

[80] Shafkat Rakib, 'Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act' (2020) 41 Cardozo Law Review 1141, 1179.

[81] Maria Dreher, Christoph Wanek and Florian Reiter-Werzin, 'Autria' in *Meger Control 2023* 82.

[82] Akinori Uesugi and Kaori Yamada, 'Japan' in *Meger Control 2023* 653.

[83] UNCTAD, Model Law on Competition (2018): Revised chapter VI (2018) 4 <https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpL10_en.pdf> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2567.

[84] เพิ่งอ้าง.

[85] ดู OECD, 'Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates' (2009) 12.

[86] สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน เล่ม 1 บทบาทหน้าที่ และความรับผิดชอบ "กรรมการ" และ "คณะกรรมการ" 2547 9.

[87] Eric N. Fischer, 'Serving More than One Master: A Social Network Analysis of Section 8 of the Clayton' (2015) 41 Journal of Corporation Law 313, 338.

[88] Section 7(1)4 of Federal Cartel Act 2005.

3. วิเคราะห์การรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 (“พ.ร.บ. การแข่งขันฯ”)

มาตรา 51 วรรคสี่ บัญญัติถึงการรวมธุรกิจดังนี้

“การรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง

(1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริการรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และอีกธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

(2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

จากบทบัญญัติข้างต้น (หากมิได้มีการกล่าวถึงกฎหมายใดเป็นการเฉพาะ ให้ถือว่ากล่าวถึง พ.ร.บ. การแข่งขันฯ) สามารถแบ่งประเภทธุรกรรมที่เป็นการรวมธุรกิจได้ 2 ลักษณะดังนี้

3.1 ธุรกรรมที่บัญญัติในมาตรา 51 วรรคสี่

ธุรกรรมที่บัญญัติในมาตรา 51 วรรคสี่อย่างชัดเจน มี 3 ธุรกรรม ดังนี้

3.1.1 การควบกิจการ

การควบกิจการตามอนุมาตรา (1) มี 2 กรณี คือ การควบกิจการแล้วเกิดเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปเข้ารวมกันเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ขึ้น โดยผู้ประกอบธุรกิจก่อนการควบกิจการทั้งหมดสิ้นสภาพไป รูปแบบเช่นนี้อธิบายให้เข้าใจได้ง่ายด้วยสมการว่า A + B = C และการควบกิจการแบบผนวกผู้ประกอบธุรกิจ กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปรวมกันแล้วมีผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งสิ้นไปโดยเข้าไปรวมกับผู้ประกอบธุรกิจที่เหลือ รูปแบบเช่นนี้อธิบายให้เข้าใจได้ง่ายด้วยสมการว่า A + B = A หรือ B

ผลจากการควบกิจการทั้งสองข้างต้นสอดคล้องกับมาตรา 1238 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากบทความเรื่องการรวมธุรกิจของสำนักงานฯ (“**บทความฯ**”) ได้อธิบายว่า พ.ร.บ. การแข่งขันฯ มีเจตนาที่จะควบคุมการรวมธุรกิจทั้งในแนวราบ (Horizontal merger) แนวตั้ง (Vertical merger) และแบบหลากหลาย (Conglomerate merger)[89]

ผู้เขียนมีข้อสังเกตจากการบัญญัติถ้อยคำในอนุมาตรา 1 ว่า อนุมาตรานี้เป็นอนุมาตราเดียวที่กล่าวถึงลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจ ได้แก่ ผู้ผลิต ผู้จำหน่าย ผู้บริการ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในนิยามของคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” ตามมาตรา 5 นอกจากนี้อนุมาตรานี้ไม่ได้กล่าวถึงลักษณะผู้ประกอบธุรกิจทั้งหมดในนิยามคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” เช่น ผู้สั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า และถ้อยคำในอนุมาตรานี้ไม่สอดคล้องกับคำที่ใช้มาตรา 5 เพราะอนุมาตรานี้ใช้คำว่า ผู้ผลิต ผู้บริการ แต่มาตรา 5 ใช้คำว่า ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ให้บริการในธุรกิจ

3.1.2 การได้สินทรัพย์

มาตรา 51 วรรคสี่ (2) กำหนดให้คณะกรรมการฯ เป็นผู้ประกาศหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการพิจารณาลักษณะธุรกรรมเช่นใดที่เกี่ยวข้องกับการได้สินทรัพย์ที่เป็นการรวมธุรกิจตาม พ.ร.บ. การแข่งขันฯ

ข้อ 3 ของประกาศคณะกรรมการฯ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 (“**ประกาศฯ**”) กำหนดให้ “การเข้าซื้อสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่เกินกว่าร้อยละ 50 ขึ้นไปของมูลค่าสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติทั้งหมดตามรอบปีบัญชีที่ผ่านมาของผู้ประกอบธุรกิจอื่นรายนั้น” เป็นการรวมธุรกิจ จากหลักเกณฑ์ที่ประกาศฯ กำหนด ผู้เขียนเห็นว่ามีข้อควรพิจารณาดังนี้

3.1.2.1 การพิจารณาคำว่า “ซื้อ”

เนื่องจาก พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ไม่ได้ระบุนิยามของคำว่า “ซื้อ” การตีความคำว่าซื้อจึงควรตีความว่ามีความหมายตามหลักการทั่วไป คือ เป็นการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สอดคล้องกับการตีความของศาลปกครองสูงสุดที่วางหลักว่าเมื่อกฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติว่าซื้อขายคืออะไรต้องจำกัดเฉพาะการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[90] ดังนั้นหากเป็น

---

[89] ฝ่ายเผยแพร่ความรู้และส่งเสริมการมีส่วนร่วม สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, ‘บทความที่ 5 การรวมธุรกิจ’ 3 <https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/Fact_Sheet/%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B%88-5-%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%A3%E0%B8%A7%E0%B8%A1%E0%B8%98%E0%B8%B8%E0%B8%A3%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88.pdf> สืบค้นเมื่อ 31 กรกฎาคม 2566.

[90] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 227/2548.

ธุรกรรมอื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือทำให้ได้มาซึ่งสินทรัพย์ เช่น การเช่า การเช่าซื้อ การแลกเปลี่ยน การได้มาโดยมรดก การให้ จึงไม่เป็นการรวมธุรกิจตาม พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ซึ่งต่างจากบางประเทศมีการตีความให้ความหมายของคำว่า “ซื้อ” รวมถึงธุรกรรมในลักษณะอื่นด้วย

ผู้เขียนพบว่าในคู่มือการแจ้งผลการรวมธุรกิจตามประกาศคณะกรรมการฯ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 ของสำนักงานฯ นั้น ได้กล่าวถึง “การชำระด้วยหุ้น” เป็นการตอบแทนการการโอนสินทรัพย์ การระบุเช่นนี้เห็นได้ว่าสำนักงานฯ ตีความคำว่า “ซื้อ” รวมถึงสัญญาแลกเปลี่ยนด้วย[91] เพราะสัญญาซื้อขายตอบแทนการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยเงินตราเท่านั้น ต่างจากสัญญาแลกเปลี่ยนที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแลกเปลี่ยนได้[92] การตีความเช่นนี้จึงเกินขอบเขตการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เขียนได้ตรวจสอบกฎหมายฉบับอื่นที่บัญญัติความหมายของคำว่า “ซื้อ” ไว้เพิ่มเติมและพบว่ามีกฎหมายหลายฉบับที่ขยายคำว่า “ซื้อ” เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายกว้างกว่าหลักการทั่วไป[93] เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไข พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ให้ระบุถึงความหมายของคำว่า “ซื้อ” ให้ชัดเจนให้รวมถึงการแลกเปลี่ยนด้วย

3.1.2.2 การพิจารณาคำว่า “สินทรัพย์”

ประกาศฯ กำหนดให้การเข้าซื้อสินทรัพย์ที่จะเป็นการรวมธุรกิจนั้นจะต้องเป็นสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ในขณะที่ถ้อยคำใน พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ใช้คำว่า การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่น ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการใช้ถ้อยคำในประกาศฯ ที่เลือกใช้คำว่า ผู้ประกอบธุรกิจอื่นแทนคำว่าธุรกิจอื่นเพื่อป้องกันการสับสนและ

---

[91] ผู้เขียนพบว่า ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้ตีความคำว่า “ซื้อ” ในกรณีการรวมธุรกิจตามกฎหมายกำกับกิจการพลังงาน รวมไปถึงการแลกเปลี่ยนด้วยเช่นกัน ดู ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ‘โครงการศึกษาและเตรียมการเพื่อจัดทำร่างประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการควบรวมกิจการและการกำกับดูแลการแข่งขันในกิจการพลังงานของประเทศไทย’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน 2565) 464-466.

[92] จุฑามาศ นิศารัตน์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้* (พิมพ์ครั้งที่ 6, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2563) 30.

[93] ตัวอย่าง การกำหนดความหมายของคำว่า “ซื้อ” หรือ “ขาย” ในกฎหมายอื่น

(1) มาตรา 77/1 (15) ประมวลรัษฎากร กำหนด คำว่า “ซื้อ” หมายความว่า การรับโอนหรือรับมอบสินค้าจากการขาย

(2) มาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กำหนด คำว่า “ซื้อ” หมายความรวมถึง เช่า เช่าซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น

(3) มาตรา 3 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2454 กำหนด คำว่า “ซื้อ” หมายความรวมถึง เช่า เช่าซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น.

การตีความ ทั้งนี้ผู้เขียนพบว่าในแบบคำขออนุญาตรวมธุรกิจ มีการกล่าวถึง “การเข้าซื้อหรือได้มาซึ่งทรัพย์สิน” ปะปนกับ “การเข้าซื้อสินทรัพย์”[94] กล่าวคือมีการใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” แทนคำว่า “สินทรัพย์”

คำว่า “สินทรัพย์” นั้น มิได้มีการกำหนดนิยามไว้ใน พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ว่ามีความหมายอย่างไร และไม่ใช่คำที่ถูกกำหนดความหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหมือนกับคำว่า “ทรัพย์สิน” หรือ “ทรัพย์” แต่คำว่า “สินทรัพย์” ก็พบได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน โดยเฉพาะในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับห้างหุ้นส่วนและบริษัท[95] โดย “สินทรัพย์” นั้นเป็นคำที่ใช้ทั่วไปในทางบัญชี ซึ่งมีความหมายว่า ทรัพยากรที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผลมาจากอดีต และผู้ประกอบธุรกิจคาดว่าจะได้รับผลประโยชน์จากทรัพยากรนั้นในอนาคต ดังนั้นการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสินทรัพย์นั้นจึงต้องพิจารณาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจประกอบด้วยเสมอ[96]

ศาลฎีกาเคยกล่าวถึงคำว่า “สินทรัพย์” ซึ่งระบุไว้ใน มาตรา 90/42 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ที่บัญญัติว่า “ในแผนให้มีรายการต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย...(2) รายละเอียดแห่งสินทรัพย์ หนี้สินและภาระผูกพันต่าง ๆ ของลูกหนี้ในขณะที่ศาลสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ....” โดยศาลอธิบายว่า “สินทรัพย์” หมายถึง ทรัพยากรที่อยู่ในความควบคุมของกิจการและกิจการจะต้องได้รับประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจจากทรัพยากรนั้นในอนาคต[97] การอธิบายคำว่า “สินทรัพย์” ของศาลฎีกา สอดคล้องกับนิยาม คำว่า “สินทรัพย์” ในทางบัญชี[98] โดยในทางบัญชีนั้นสินทรัพย์ประกอบด้วย (1) สินทรัพย์หมุนเวียน (Current assets) เช่น เงินสด ลูกหนี้การค้า สินค้าคงเหลือ (2) สินทรัพย์ที่ไม่หมุนเวียน (Noncurrent assets) เช่น เงินฝากธนาคารที่มีภาระค้ำประกัน ที่ดิน อาคาร อุปกรณ์ รวมถึงสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สัมปทาน ค่าความนิยม และ (3) สินทรัพย์อื่น (Other assets) ซึ่งเป็นสินทรัพย์ที่ไม่จัดเข้าเป็นสินทรัพย์ใดได้ เช่น โรงงานที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์แล้ว[99]

---

[94] ดู สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, แบบคำขออนุญาตรวมธุรกิจ ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 <https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/Mergerpermissionform%2025650201.pdf> สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2567.

[95] เช่น มาตรา 1196 กำหนดให้งบดุลของบริษัทต้องแสดงจำนวนสินทรัพย์ของบริษัท.

[96] ศิลปพร ศรีจั่นเพชร, ‘การวัดมูลค่าสินทรัพย์’ (2564) 68 (3) สรรพากรสาสน์ 79, 84.

[97] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5610/2548.

[98] มาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 38 เรื่อง สินทรัพย์ไม่มีตัวตน ข้อ 8.

[99] สัมพันธ์ ธาราทิพยกุล, *การวิเคราะห์งบการเงิน* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง) 5-6. และ ประกาศกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เรื่อง กำหนดรายการย่อที่ต้องมีในงบการเงิน พ.ศ. 2566.

ตำราวิชาการทางกฎหมายบางตำรากล่าวถึง “ทรัพย์สิน” แทน “สินทรัพย์” แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะใช้คำว่า “สินทรัพย์” ก็ตาม[100] และผู้เขียนพบว่ามีการโต้แย้งว่า “สินทรัพย์” และ “ทรัพย์สิน” ไม่เหมือนกันในทางกฎหมาย โดยมีการอธิบายว่า “สินทรัพย์” นั้น คือ “ทรัพย์สิน” ในทางความหมายอย่างกว้าง เหตุที่กล่าวเช่นนี้เพราะมีแนวคิดว่า คำว่า “ทรัพย์สิน” อาจตีความได้ 2 กรณี[101] คือในความหมายอย่างแคบ ที่ตีความว่าไม่นับรวมสิทธิเรียกร้องเป็นทรัพย์สิน โดยเกิดจากการพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แยกสิทธิเรียกร้องออกจากทรัพย์สิน เช่น มาตรา 214 มาตรา 1600 การตีความเช่นนี้ทำให้สินทรัพย์บางประเภทไม่เป็นทรัพย์สิน และการตีความอย่างกว้าง ที่รวมสิทธิเรียกร้องและหนี้เป็นทรัพย์สินด้วย นอกจากการคำนึงถึงสิทธิเรียกร้องที่เป็นสินทรัพย์ในทางบัญชีว่าเป็นทรัพย์สินในทางกฎหมายแล้ว ยังมีการโต้แย้งว่าสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิอื่นที่มีกฎหมายรับรองซึ่งเป็นสินทรัพย์เป็นทรัพย์สินหรือไม่ เนื่องจากมีนักวิชาการที่เห็นว่า สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิอื่นที่มีกฎหมายรับรองไม่เป็นทรัพย์สิน เพราะทรัพย์สินหมายถึงอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์เท่านั้น อีกทั้งสิทธิเหล่านั้นก็ไม่มีรูปร่างด้วย[102]

ในทางปฏิบัติการตีความความหมายของคำว่า “สินทรัพย์” และ “ทรัพย์สิน” นั้นไม่ส่งผลต่อการปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะทั้ง พ.ร.บ. การแข่งขันฯ และ ประกาศฯ ต่างกล่าวถึง “สินทรัพย์” และ ประกาศฯ กำหนดให้พิจารณาตามมูลค่าสินทรัพย์ตามมูลค่าทางบัญชี ทำให้เห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินหรือสินทรัพย์ เพียงแต่พิจารณามูลค่าทางบัญชีของสิ่งนั้นเทียบกับมูลค่าสินทรัพย์ทางบัญชีทั้งหมดน่าจะเพียงพอแล้ว

อนึ่งผู้เขียนพบว่าการตีความคำว่า “สินทรัพย์” ในการรวมกิจการและการถือหุ้นไขว้ในกิจการพลังงานตามกฎหมายควบคุมกิจการพลังงาน ตีความว่าพนักงานที่เป็นบุคลากรสำคัญของผู้ประกอบธุรกิจเป็นสินทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งการรวมธุรกิจตามกฎหมายการประกอบกิจการพลังงานด้วย[103] ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการตีความให้สินทรัพย์นั้นรวมไปถึงพนักงานหรือลูกจ้างด้วยนั้น อาจเป็นเรื่อง

---

[100] ธีระ สิงหพันธุ์, *คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท* (พิมพ์ครั้งที่ 5 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2543) 79.

[101] ไกวัล ชุ่มวัฒนะ, ‘ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2528) 44-46. พรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์, ‘ปัญหาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2560) 11-13. และ ไพโรจน์ วายุภาพ, *หนี้* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2555) 414.

[102] ความเห็นของ ศนันทร์กรณ์ โสตถิพันธุ์ และ มานิตย์ จุมปา. ดู พรเพิ่ม ศรีสวัสดิ์, ‘ปัญหาความหมายของทรัพย์สินในเอกเทศสัญญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2560) 12.

[103] ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เชิงอรรถ 91) 463.

ปกติในบางธุรกิจ เช่น ธุรกิจกีฬาฟุตบอล ธุรกิจการแสดง อย่างไรก็ดีหากพิจารณาในธุรกิจกีฬาฟุตบอลนั้น พบว่ายังมีข้อถกเถียงกันว่าค่าโอนย้ายนักฟุตบอลระหว่างสโมสรนั้นควรบันทึกเป็นค่าใช้จ่ายหรือเป็นสินทรัพย์ แต่การรับรู้เป็นสินทรัพย์นั้นมีเป็นเพียงส่วนน้อย เพียงร้อยละ 15 เท่านั้น โดยหากรับรู้เป็นสินทรัพย์นั้นจะถูกรับรู้เป็นสินทรัพย์ไม่มีตัวตน[104] อย่างไรก็ดีในธุรกิจอื่นนั้นอาจมีปัญหาอย่างมากหากนำหลักการนี้มาใช้ โดยเฉพาะกรณีที่พนักงานผูกพันกับบริษัทภายใต้สัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งพนักงานอาจมีสิทธิปฏิเสธการเปลี่ยนนายจ้างได้ (กรณีที่เป็นการได้สินทรัพย์) รวมถึงการประเมินมูลค่าพนักงาน

3.1.2.3 การพิจารณา “สินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่น”

สินทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งการซื้ออันนำไปสู่การรวมธุรกิจได้ตามประกาศฯ นั้น จำกัดเฉพาะ “สินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่น” หากสินทรัพย์นั้นไม่ใช่สินทรัพย์ที่ใช้ประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ธุรกรรมนั้นไม่เป็นการรวมธุรกิจ โดยการได้สินทรัพย์ที่ไม่ใช่สินทรัพย์ที่ใช้ประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่น เช่น ที่ดินว่างเปล่าของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ผลิต เครื่องจักรหรือสิทธิบัตรที่เคยใช้ผลิตสินค้าแต่ต่อมาได้ยกเลิกการผลิตสินค้าดังกล่าวไป ใบอนุญาตสัมปทานที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์แล้ว ผลพลอยได้จากการผลิต

การกำหนดดังกล่าวทำให้การพิจารณาเพียงจากงบการเงินของผู้ประกอบธุรกิจที่ขายสินทรัพย์จึงไม่เพียงพอ เพราะต้องมีการจัดทำรายการสินทรัพย์แบ่งแยกว่าสินทรัพย์สินทรัพย์ใดบ้างเป็นสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติออกจากรายการสินทรัพย์ทั้งหมด และความถูกต้องของข้อมูลตามรายการนี้ย่อมยากต่อการตรวจสอบ

สินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่นนั้นสามารถตีความได้อย่างกว้างขวาง เช่น หากผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้ผลิตกล่องกระดาษ สินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกตินั้นมิได้จำกัดเพียงแค่ โรงงาน เครื่องจักร แต่ยังสามารถตีความรวมไปถึง อุปกรณ์สำนักงาน อาคารสำนักงาน หรืออะไหล่สำรอง เพราะสินทรัพย์เหล่านั้นล้วนแล้วแต่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น ทั้งที่สินทรัพย์นั้นไม่ใช่สินทรัพย์ที่สำคัญที่ก่อให้เกิดรายได้ต่อผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว ด้วยเหตุดังกล่าวในบางประเทศจึงกำหนดให้วัตถุประสงค์แห่งการรวมธุรกิจจะต้องเป็นสินทรัพย์ที่สำคัญที่ก่อให้เกิดรายได้ของผู้ประกอบธุรกิจโดยปกติเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประกาศฯ ควรมีการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าวเช่นกัน

---

[104] กิตติณัฐ เล้า, ‘แนวปฏิบัติทางบัญชีที่เกี่ยวข้องกับค่าโอนย้ายนักฟุตบอลของสโมสรฟุตบอลในไทย : กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับสโมสรฟุตบอลในทวีปยุโรป’ (การค้นคว้าอิสระ วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (การบัญชีและการบริหารการเงิน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 8-10.

3.1.2.4 การพิจารณามูลค่าสินทรัพย์

ประกาศฯ ยังกำหนดอีกว่า การซื้อสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะต้องเกินกว่าร้อยละ 50 ขึ้นไปของมูลค่าสินทรัพย์ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจตามปกติทั้งหมดตามรอบปีบัญชีที่ผ่านมาของผู้ประกอบธุรกิจอื่นรายนั้นด้วยจึงจะเป็นการรวมธุรกิจ ทำให้การซื้อสินทรัพย์เพียงบางชิ้นหรือซื้อเพียงจำนวนเล็กน้อยไม่ทำให้เกิดการรวมธุรกิจ เว้นแต่สินทรัพย์นั้นจะมีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจอย่างมากและมีมูลค่าสูงมาก เช่น ที่ดินที่ได้รับสัมปทานเหมืองแร่ สิทธิบัตรการประดิษฐ์ หรือเครื่องหมายการค้า

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ควรพิจารณาเกี่ยวกับมูลค่าสินทรัพย์ ดังนี้

การพิจารณามูลค่าสินทรัพย์นั้น จะต้องแยกมูลค่าสินทรัพย์ที่ใช้การประกอบธุรกิจตามปกติออกจากสินทรัพย์ทั้งหมดก่อน ทั้งนี้ประกาศฯ ไม่ได้กำหนดยกเว้นสินทรัพย์ใด ๆ ในการพิจารณาว่าเป็นสินทรัพย์ที่ใช้การประกอบธุรกิจตามปกติ ดังนั้น แม้กระทั่งสินค้าคงเหลือที่เป็นส่วนหนึ่งของสินค้าที่มีไว้เพื่อขายให้ลูกค้าตามปกติก็ไม่ถูกยกเว้นในการนำมาพิจารณาประกอบแต่อย่างใด

(ก) การพิจารณามูลค่าสินทรัพย์ที่ซื้อตามประกาศฯ เป็นการพิจารณาตามมูลค่าบัญชี ไม่ใช่มูลค่าตลาดหรือมูลค่าที่ซื้อขายจริง ซึ่งมูลค่าดังกล่าวมักมีความแตกต่างกัน ซึ่งในทางปฏิบัติมูลค่าตลาดมักสูงกว่ามูลค่าบัญชี และมูลค่าที่ซื้อขายจริงมักเท่ากับหรือสูงกว่ามูลค่าตลาด[105] โดยมูลค่าบัญชีมักไม่ใช้ในการซื้อขายสินทรัพย์ เพราะเป็นมูลค่าสินทรัพย์ในอดีตที่ไม่สะท้อนมูลค่าที่แท้จริงของสินทรัพย์ และการซื้อขายสินทรัพย์ในมูลค่าที่ต่ำกว่ามูลค่าตลาดอาจนำไปสู่ปัญหาแก่ผู้ขายในทางภาษีอีกด้วย ทั้งนี้ประกาศฯ กำหนดว่ามูลค่าบัญชีให้พิจารณาจากวันที่ตกลงซื้อหรือเข้าซื้อ[106] จึงมีประเด็นที่ควรพิจารณาเพิ่มเติมว่า การใช้คำว่า “หรือ” นั้นเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ประกอบธุรกิจในการเลือกหรือไม่ โดยผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจในการเลือก ซึ่งแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดว่า ในการพิจารณามูลค่าสินทรัพย์ในการรวมธุรกิจนั้นให้ใช้มูลค่าที่สูงกว่าระหว่างมูลค่าตลาดหรือมูลค่าที่ซื้อขายจริง ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิในการเลือกมูลค่าเองได้[107] ทั้งนี้วันที่ตกลงซื้อหรือเข้าซื้อคือวันใดนั้นผู้เขียนเห็นว่า วันที่ตกลงซื้อคือวันที่ทำสัญญาซื้อขายสินทรัพย์

---

[105] เจษฎา เจริญสันติพงศ์, ‘มูลค่าทางบัญชี vs. มูลค่าตลาด แตกต่างกันอย่างไร’ (SET Investnow, 25 พฤศจิกายน 2564) <https://www.setinvestnow.com/th/knowledge/article/351-book-value-vs-market-value> สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2567.

[106] หลักการนี้ถูกนำไปใช้ในระเบียบคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการรวมกิจการและการถือหุ้นไขว้ในกิจการพลังงาน พ.ศ. 2565 ด้วยเช่นกัน.

[107] Anna Kertesz and others, ‘United States: Merger Control’ (Legal500, 2024) <https://www.legal500.com/guides/chapter/united-states-merger-control/> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2567.

ในขณะที่วันที่เข้าซื้อคือวันที่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในสินทรัพย์แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้ารวมธุรกิจ อนึ่งอาจมีผู้ตีความว่าวันที่ตกลงซื้อและวันที่เข้าซื้อเป็นวันเดียวกันแม้จะใช้คำว่า “หรือ” โดยหมายถึงวันที่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในสินทรัพย์ให้แก่ผู้ซื้อ เพื่อป้องกันการเลือกเวลาที่ทำให้เมื่อพิจารณาแล้วการได้สินทรัพย์จะต่ำกว่าร้อยละ 50 อันเป็นการหลบเลี่ยงการถูกพิจารณาเป็นการรวมธุรกิจ นอกจากนั้นหากเป็นการขออนุญาตรวมธุรกิจ การขออนุญาตต้องเกิดขึ้นก่อนการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในสินทรัพย์ ทำให้มูลค่าบัญชีที่นำมาเป็นมูลค่าในการพิจารณานั้น จะเป็นการคำนวณล่วงหน้าหากผู้ประกอบธุรกิจที่รวมธุรกิจเลือกใช้มูลค่าสินทรัพย์ ณ วันที่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในสินทรัพย์

(ข) การวัดมูลค่าสินทรัพย์ซึ่งจะมีผลโดยตรงต่อมูลค่าทางบัญชีของสินทรัพย์ ปัญหาสำคัญในการวัดมูลค่าสินทรัพย์ อาจเกิดขึ้นได้กับสินทรัพย์บางรายการ และมูลค่าดังกล่าวจะส่งผลต่อการกำหนดว่ามีการได้มาซึ่งสินทรัพย์ถึงร้อยละ 50 หรือไม่ เช่น การวัดมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งหากมีการประเมินค่าอย่างไม่ถูกต้องแม่นยำแล้ว ย่อมอาจทำให้มูลค่าของทรัพย์สินทางปัญญานั้นต่ำเกินไป และส่งผลให้การได้ทรัพย์สินทางปัญญาไม่เป็นการรวมธุรกิจ ทั้งที่ในทางธุรกิจนั้นทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีมูลค่าที่ค่อนข้างสูงและเป็นสาระสำคัญในการประกอบธุรกิจ จนเป็นมูลค่าหลักขององค์กรธุรกิจ[108] โดยจากการศึกษาในปี พ.ศ. 2562 พบว่าบริษัทในดัชนีเอสแอนด์พี 500 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญารวมกันคิดเป็นร้อยละ 83 ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมด[109] ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับกันว่า ทรัพย์สินทางปัญญาสามารถถูกตีราคาให้สูงจนทำให้มูลค่าสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจสูงเกินจริงได้เช่นกัน[110] อันนำไปสู่ช่องทางในการฉ้อฉลทำให้การได้สินทรัพย์อื่นไม่เป็นการรวมธุรกิจ รวมทั้งการตีมูลค่าทรัพย์ทางปัญญาอย่างฉ้อฉลนั้นเป็นที่นิยมในการนำมาตกแต่งบัญชี ซึ่งจะเกิดขึ้นจากผู้ซื้อหุ้นเพิ่มทุน ชำระค่าหุ้นเพิ่มทุนด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่ถูกตีราคาให้สูงเกินจริง ทำให้บริษัทผู้ออกหุ้นเพิ่มทุนและผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย[111]

---

[108] ‘Startups with Patents and Trade Marks Are 10 times More Successful in Securing Funding, New Study Finds’ (European Patent Office, 17 October 2023) <https://www.epo.org/en/news-events/press-centre/press-release/2023/945253> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2567.

[109] Mia Mixan ‘Intangible Assets Constitute 84% of S&P 500 Assets, but No One Knows How to Manage Them’ (IPwe) <https://ipwe.com/intangible-assets-constitute-84-of-sp-500-assets/> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2567.

[110] ‘น้ำลดตอผุด JKN ของเจ๊แอน ขาดทุนยับ!’ (ฐานเศรษฐกิจ, 29 มีนาคม 2567) <https://www.thansettakij.com/blogs/columnist/speak-every-district/592076> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2567.

[111] ฐิตาภรณ์ สินจรูญศักดิ์, ‘การทุจริตโดยการตกแต่งงบการเงิน’ (การประชุมวิชาการระดับชาติ สมาคมสถาบันอุดมศึกษาเอกชนแห่งประเทศไทย ประจำปี 2556, มหาวิทยาลัยพายัพ, 31 พฤษภาคม 2556) 1459 <https://www.spu.ac.th/uploads/contents/20161121111853.pdf> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2567.

(ค) การเปรียบเทียบร้อยละของมูลค่าสินทรัพย์ที่ซื้อนั้นเป็นการเปรียบเทียบกับมูลค่าในรอบปีบัญชีที่ผ่านมา ทำให้ตีความได้ว่า หากในระหว่างปีมีการซื้อหรือขายสินทรัพย์ย่อมไม่เปลี่ยนแปลงมูลค่าสินทรัพย์ที่นำมาเปรียบเทียบและทำให้ผลการพิจารณาไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง ตัวอย่าง ปี พ.ศ. 2564 ผู้ขายมีสินทรัพย์รวม 500 ล้านบาท ต่อมาในปี พ.ศ. 2565 ผู้ขายได้สินทรัพย์มาเพิ่มระหว่างปีมูลค่า 300 ล้านบาท และขายสินทรัพย์อื่นนอกจากที่ได้มาไปโดยมูลค่าสินทรัพย์ที่ขายไปในปีนั้นมีมูลค่า 300 ล้านบาท เมื่อเทียบมูลค่าสินทรัพย์ที่ขายกับมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดในปีก่อนจะคิดเป็นร้อยละ 60 แต่หากเปรียบเทียบกับมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดที่ผู้ขาย ณ เวลาที่ขายจะคิดเป็นเพียงร้อยละ 37.5 ทั้งนี้หากเป็นการซื้อสินทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจที่เพิ่งเริ่มประกอบธุรกิจในปีแรก ย่อมไม่มีงบการเงินปีก่อนหน้าให้เปรียบเทียบ รวมถึงหากในปีนั้นมีการปรับเปลี่ยนวิธีการวัดมูลค่าสินทรัพย์ แต่หากต้องเทียบมูลค่ากับของปีก่อนซึ่งใช้วิธีการวัดค่ามูลค่าสินทรัพย์ที่ต่างกัน[112] ย่อมทำให้อาจมีปัญหาในการพิจารณาร้อยละของสินทรัพย์ที่เป็นวัตถุของการรวมธุรกิจได้ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขประกาศฯ เพื่อรองรับข้อเท็จจริงเช่นว่าทั้งหมด

3.1.3 การได้หุ้น

มาตรา 51 วรรคสี่ (3) กำหนดให้คณะกรรมการฯ เป็นผู้ประกาศหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการพิจารณาลักษณะธุรกรรมเช่นใดที่เกี่ยวข้องกับการได้หุ้นที่เป็นการรวมธุรกิจตาม พ.ร.บ. การแข่งขันฯ

ข้อ 4 ของประกาศฯ กำหนดให้ “การเข้าซื้อหรือได้มาซึ่งหุ้น ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้น หรือหลักทรัพย์อื่นที่อาจแปลงสภาพแห่งสิทธิเป็นหุ้นได้ ณ สิ้นวันใดวันหนึ่ง เพิ่มขึ้นถึงหรือเกินกว่าร้อยละ 25 ขึ้นไปของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์” และ “การเข้าซื้อหรือได้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง ณ สิ้นวันใดวันหนึ่ง เพิ่มขึ้นเกินกว่า ร้อยละ 50 ขึ้นไปของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจอื่น” เป็นการรวมธุรกิจ

จากหลักเกณฑ์ที่ประกาศฯ กำหนด ผู้เขียนเห็นว่ามีข้อควรพิจารณาดังนี้

3.1.3.1 การพิจารณาคำว่า “ซื้อ”

มาตรา 51 วรรคสี่ (3) บัญญัติว่า “การเข้าซื้อหุ้น” ในขณะที่ประกาศฯ กลับระบุว่า “การเข้าซื้อหรือได้มาซึ่งหุ้น” สำหรับประเด็นเรื่องคำว่า “ซื้อ” นั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับการได้สินทรัพย์ที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่สำหรับการได้หุ้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประกาศฯ มีการกำหนดที่เกินกว่า

---

[112] ‘เล่าเรื่อง CENTEL เปลี่ยนนโยบายการบัญชี “ที่ดิน” : อย่างไร เพื่ออะไร และสมควรหรือไม่’ (Accounting Analysis) <https://www.accounting-analysis.com/centel/> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2567.

พ.ร.บ. การแข่งขันฯ เพราะระบุถึง “การได้หุ้น” นอกจาก “การเข้าซื้อ” ซึ่งอาจทำให้ถูกตีความได้ว่ารวมไปถึงธุรกรรมอื่นที่ไม่ใช่การเข้าซื้อ ทั้งนี้ในส่วนของการได้สินทรัพย์ไม่ได้มีการกล่าวถึง “การได้มา”

3.1.3.2 หุ้นและลักษณะของหุ้น

ประกาศฯ กำหนดแบ่งการได้หุ้นออกเป็น 2 กรณี คือ การได้หุ้นตั้งแต่ร้อยละ 25 ของหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ภายใต้กฎหมายด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (“หุ้นในตลาด”) และการได้หุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (“หุ้นนอกตลาด”)

ดังนั้นหากเป็นการได้หุ้นของบริษัทจำกัดจำนวนร้อยละ 50 พร้อมอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการเกินกว่ากึ่งหนึ่งในบริษัทนั้นจึงไม่เป็นการรวมธุรกิจตามที่ประกาศฯ กำหนด เพราะหุ้นไม่เกินกว่าร้อยละ 50 และประกาศฯ ไม่ได้คำนึงถึงอำนาจการควบคุมตามความจริงที่ได้มาแต่อย่างใด

ทั้งนี้ประกาศฯ ไม่ได้กำหนดว่าหุ้นที่ได้มานั้น จะต้องเป็นเฉพาะหุ้นสามัญเท่านั้น รวมถึงไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นหุ้นชนิดระบุชื่อ เช่นนี้หุ้นบุริมสิทธิหรือหุ้นชนิดแบบผู้ถือจึงเป็นวัตถุแห่งการรวมธุรกิจได้ทั้งหมด อีกทั้ง พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “หุ้น” เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ไม่ได้ระบุนิยามของคำว่า “หุ้น” โดยผู้เขียนเห็นว่าหุ้นที่จะเป็นวัตถุแห่งการรวมธุรกิจได้นั้นไม่จำเป็นต้องมีการโอนหุ้นของบริษัทเท่านั้นแต่ยังหมายรวมถึงการโอนหุ้นในห้างหุ้นส่วนด้วย[113] อย่างไรก็ดีบทความฯ กล่าวถึงเพียงเฉพาะหุ้นของบริษัทจำกัดและบริษัทจำกัดมหาชนและหลักทรัพย์ของบริษัทจำกัดมหาชนเท่านั้น[114] สอดคล้องกับแบบแจ้งผลการรวมธุรกิจของสำนักงานฯ โดยในข้อ 2 ที่กำหนดให้ระบุข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกรวมธุรกิจนั้น กำหนดให้ต้องระบุถึงรายชื่อคณะกรรมการบริษัทโดยไม่มีการกล่าวถึงหุ้นส่วนผู้จัดการในกรณีของห้างหุ้นส่วน[115]

กรณีหุ้นนอกตลาด ประกาศฯ ใช้คำว่า “หุ้นที่มีสิทธิออกเสียง” หมายความว่า หุ้นที่ได้มานั้นต้องเป็นหุ้นที่มีออกสิทธิเสียงเป็นคะแนน เช่นนี้หากหุ้นนั้นยังไม่ได้ถูกชำระค่าหุ้นตามที่บริษัทได้เรียกเอา ทำให้หุ้นนั้นไม่มีสิทธิออกเสียง[116] การได้หุ้นดังกล่าวย่อมไม่ใช่การรวมธุรกิจ

---

[113] การโอนหุ้นในห้างหุ้นส่วนคือการโอนส่วนกำไรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1041 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. ดู ธีระ สิงหพันธุ์ (เชิงอรรถ 100) 38.

[114] ฝ่ายเผยแพร่ความรู้และส่งเสริมการมีส่วนร่วม สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, ‘บทความที่ 5 การรวมธุรกิจ’ (เชิงอรรถ 89) 4.

[115] สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, แบบแจ้งผลการรวมธุรกิจ ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งผลการรวมธุรกิจ พ.ศ. 2561 5 <https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/Merger%20report%20form%20%20-%2025650201.pdf> สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2567.

[116] มาตรา 1184 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ส่วนกรณีหุ้นบุริมสิทธินั้น หากเป็นหุ้นที่ถูกจำกัดสิทธิการออกเสียง เช่น บริษัท A มีหุ้นสามัญ 1,000,000 หุ้น โดย 1 หุ้น มี 1 เสียงและมีหุ้นบุริมสิทธิ 1,000,000 หุ้น โดยกำหนดให้ 100 หุ้น มี 1 เสียง ดังนั้นหุ้นทั้งหมดจะมีเสียงรวมกัน 1,010,000 เสียงเท่านั้น หากมีผู้ซื้อหุ้นจากถือหุ้นเดิมโดยซื้อหุ้นสามัญ 100,000 หุ้น และหุ้นบุริมสิทธิทั้งหมด ผู้ซื้อดังกล่าวจะได้หุ้นทั้งหมด 1,100,000 หุ้นซึ่งเกินกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัท แต่หุ้นนั้นมีสิทธิออกเสียงเพียง 110,000 เสียงซึ่งเสียงดังกล่าวไม่เกินกว่าร้อยละ 50 ของเสียงทั้งหมด การได้หุ้นดังกล่าวจึงไม่เป็นการรวมธุรกิจ

กรณีหุ้นในตลาด ประกาศฯ ใช้เพียงคำว่า “หุ้น” แทนคำว่า “หุ้นที่มีสิทธิออกเสียง” ผู้เขียนไม่แน่ใจว่าการบัญญัติให้แตกต่างเช่นนี้เกิดจากความตั้งใจหรือไม่ อย่างไรก็ดีท้ายที่สุดประกาศฯ ยังคงกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงการเพิ่มขึ้นของสิทธิออกเสียง ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่จะเป็นการรวมธุรกิจได้นั้นต้องเป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงด้วย

นอกจากหุ้นแล้ว ประกาศฯ ยังระบุถึงการได้ “ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นหรือหลักทรัพย์อื่นที่อาจแปลงสภาพแห่งสิทธิเป็นหุ้นได้ ณ สิ้นวันใดวันหนึ่ง” ที่เป็นส่วนหนึ่งของ “หลักทรัพย์” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ประกาศฯ อ้างถึง หากพิจารณาพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 จะพบว่า “หุ้น” เป็นเพียงส่วนหนึ่งของ “หลักทรัพย์”[117] ตามความหมายทั่วไปเท่านั้น[118] ทั้งนี้คำว่า “หลักทรัพย์” ในส่วนที่ 2 ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดความหมายไว้แยกต่างหากจากที่ระบุไว้ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 โดยหมายถึง “หุ้น ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้น หรือหลักทรัพย์อื่นที่อาจแปลงสภาพแห่งสิทธิเป็นหุ้นได้”[119] ซึ่งเป็นข้อความที่อ้างในประกาศฯ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรณีหุ้นในตลาด ประกาศฯ รวมถึงสิ่งอื่นที่นอกจากหุ้นด้วย ซึ่งเกินกว่าคำว่า “หุ้น” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 51 วรรคสี่ (3)

---

[117] มาตรา 4 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535.

[118] สอดคล้องกับความเห็นของศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ดู ศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ‘โครงการจ้างที่ปรึกษาทบทวนความเหมาะสมของเกณฑ์การรวมธุรกิจและแนวทางการปรับเปลี่ยนเกณฑ์การรวมธุรกิจให้มีความเหมาะสม’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า 2566) 510.

[119] มาตรา 245 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535.

ในส่วนของหลักทรัพย์อื่นที่อาจแปลงสภาพแห่งสิทธิเป็นหุ้นได้ตามประกาศฯ นั้น ผู้เขียนเข้าใจว่าต้องการให้หมายถึงหุ้นกู้แปลงสภาพ เพราะหุ้นกู้แปลงสภาพนั้นให้สิทธิแก่ผู้ถือที่จะแปลงหุ้นกู้ให้เป็นหุ้นสามัญได้[120] โดยประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้การได้ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นและหุ้นกู้แปลงสภาพไม่เป็นการรวมธุรกิจ ตราบใดก็ตามที่ยังไม่มีการได้หุ้นจากใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นและหุ้นกู้แปลงสภาพดังกล่าว[121] อย่างไรก็ดีเนื่องจากประกาศฯ กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงสิทธิออกเสียงด้วย ดังนั้นการได้ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นหรือหลักทรัพย์อื่นที่อาจแปลงสภาพแห่งสิทธิเป็นหุ้นแต่ไม่มีสิทธิออกเสียง ย่อมไม่เป็นการรวมธุรกิจ

3.1.3.3 ร้อยละของหุ้นที่ได้

ประกาศฯ กำหนดร้อยละของหุ้นในแต่กรณีแตกต่างกัน โดยกรณีหุ้นในตลาดกำหนดแต่ร้อยละ 25 ขึ้นไป ในขณะที่หุ้นนอกตลาดกำหนดว่าต้องมากกว่าร้อยละ 50 โดยกรณีหุ้นในตลาดค่อนข้างชัดเจนว่าประกาศฯ อ้างอิงร้อยละของหุ้นที่ได้มาที่ทำให้เกิดหน้าที่ในการทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาเป็นต้นแบบ (“**Tender offer**”)

หลักการ Tender offer กำหนดจุดที่มีหน้าที่ที่ต้องทำคำเสนอซื้อหุ้น เมื่อได้หุ้นถึงหรือข้ามจุด ร้อยละ 25 ร้อยละ 50 และร้อยละ 75 ของบริษัทที่มีหุ้นเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์[122] ทั้งนี้ร้อยละดังกล่าวเป็นจุดที่ทำให้ผู้ที่เข้าถือหุ้นจนมีสิทธิออกเสียง (voting right) ที่สามารถเปลี่ยนแปลงการดำเนินงานของกิจการหรือยับยั้งการดำเนินงานของกิจการได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่เป็นการคัดค้านมติสำคัญได้ (veto right)[123] โดยร้อยละ 25 นั้นกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ถือว่าเป็นการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการ[124] ซึ่งเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงอำนาจควบคุม จะเกิดหน้าที่ 2 หน้าที่ทันที คือ การรายงานการได้มาหรือจำหน่าย

---

120 ‘การออกหุ้นกู้แปลงสภาพ (Convertible Debenture)’ (สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์) <https://starttogrow.sec.or.th/media/22> สืบค้นเมื่อ 11 พฤษภาคม 2567.

121 Mary K Marks, Nathan Kiratzis and Ronan P Harty, ‘In Brief: The Key Features of Merger Control Legislation in USA’ (Lexology, 22 July 2023) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5cede1d2-3a63-4ce5-89cb-2630f7a04989>.

122 ข้อ 4 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ.12/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการ.

123 ‘การทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์/การยกเว้นหน้าที่ทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์เป็นการทั่วไป’ (สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์) <https://www.sec.or.th/TH/Pages/LAWANDREGULATIONS/MAKINGWAIVER.aspx> สืบค้นเมื่อ 17 พฤษภาคม 2567.

124 มาตรา 247 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535.

หลักทรัพย์ และ การทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์[125] ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ใช้คุ้มครองผู้ถือหลักทรัพย์ เพื่อให้ผู้ถือหลักทรัพย์ตัดสินใจว่าจะถือหลักทรัพย์ต่อไปหรือไม่[126]

การกำหนดกรณีหุ้นในตลาดสะท้อนให้เห็นว่า คณะกรรมการฯ พิจารณาว่าธุรกรรมใดที่จะเป็นการรวมธุรกิจนั้น ธุรกรรมนั้นมีการเปลี่ยนแปลงอำนาจควบคุม อย่างไรก็ดีมีข้อน่าพิจารณาว่าการมีสิทธิคัดค้านมติสำคัญด้วยการถือหุ้นร้อยละ 25 ย่อมเป็นสิ่งที่ทำได้เช่นกันในบริษัทที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์[127] แต่กรณีหุ้นนอกตลาดนั้นกลับถูกกำหนดร้อยละของหุ้นที่เป็นการรวมธุรกิจที่ร้อยละ 50 การกำหนดดังกล่าวทำให้เกิดคำถามว่าเหตุใดหุ้นทั้งสองจึงมีเกณฑ์ที่ต่างกัน ทั้งที่หุ้นร้อยละ 25 สามารถทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอำนาจควบคุมได้เหมือนกัน และไม่ว่าจะเป็นบริษัทในลักษณะใด ก็สามารถส่งผลต่อการแข่งขันได้ไม่ต่างกัน เว้นแต่คณะกรรมการฯ จะเห็นว่าบริษัทที่อยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ควรมีกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดมากกว่า ซึ่งผู้เขียนคิดว่าเหตุผลดังกล่าวยังมีน้ำหนักไม่เพียงพอสำหรับการพิจารณาในแง่การแข่งขัน

หากพิจารณาการรวมธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมและกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์จะพบว่าไม่มีการแบ่งแยกร้อยละของหุ้นของบริษัทที่อยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แต่อย่างใด[128] ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า เหตุที่เป็นเช่นนั้นเพราะในขั้นตอนการจัดเตรียมหลักเกณฑ์ตามกฎหมายดังกล่าว คณะวิจัยที่จัดเตรียมหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้อาศัยหลักการตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เป็นฐานความคิดในการจัดทำ โดยที่ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างหุ้นของบริษัทที่อยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แต่อย่างใด[129]

---

[125] ‘การควบรวมกิจการ’ (สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์) <https://www.sec.or.th/TH/Pages/LawandRegulations/Takeover.aspx> สืบค้นเมื่อ 17 พฤษภาคม 2567.

[126] เพิ่งอ้าง.

[127] มาตรา 107 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. และ มาตรา 1198 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

[128] ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดลักษณะและมาตรการกำกับดูแลการควบรวมกิจการ การถือหุ้นไขว้และการครอบงำกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์.

[129] สถาบันความร่วมมือระหว่างประเทศแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ‘โครงการกำหนดลักษณะและมาตราการป้องกันการกระทำอันเป็นการครอบงำกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ภาคธุรกิจ’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ 2557) 5-22.

สำหรับการปฏิบัติตามประกาศฯ นั้น คณะกรรมการฯ ได้เคยตีความว่าการพิจารณาตามหุ้นในตลาด จะพิจารณาเพียงครั้งเดียว กล่าวคือเมื่อได้หุ้นถึงร้อยละ 25 แล้ว จะไม่พิจารณาอีกเมื่อถึงร้อยละ 50 และร้อยละ 75[130]

3.1.3.4 ผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์” นั้นหมายถึงผู้ประกอบธุรกิจใด ผู้เขียนเห็นว่าคณะกรรมการฯ ต้องการที่จะหมายถึง บริษัทจดทะเบียนซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเพื่อให้รับหลักทรัพย์ประเภทหุ้นสามัญเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียน[131] อย่างไรก็ดีการบัญญัติคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์” ทำให้ตีความได้กว้างกว่าบริษัทจดทะเบียน เพราะผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มีมากกว่าบริษัทจดทะเบียน เช่น บริษัทหลักทรัพย์ที่ทำหน้าที่เป็นนายหน้าหรือตัวแทนในการซื้อขายหลักทรัพย์ ผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขประกาศฯ ให้ครอบคลุมให้เฉพาะหุ้น ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นหรือหลักทรัพย์อื่นที่อาจแปลงสภาพแห่งสิทธิเป็นหุ้นได้ ณ สิ้นวันใดวันหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์เท่านั้น[132]

3.2 ธุรกรรมที่ไม่ได้บัญญัติในมาตรา 51 วรรคสี่

มาตรา 51 วรรคสี่บัญญัติว่า “การรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง” ข้อความดังกล่าวทำให้เกิดการตีความว่าการรวมธุรกิจไม่ได้จำกัดเพียง 3 ธุรกรรมเท่านั้น แต่ธุรกรรมตามข้อ 3.1 เป็นเพียง

---

[130] สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, บันทึกสรุปผลการรับความคิดเห็นต่อร่างประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง เรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ. .... (พฤศจิกายน 2561) <https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/Hearing-Merger-51-4.pdf> สืบค้นเมื่อ 17 พฤษภาคม 2567.

[131] อาภัสสร์ จันทวิมล และ สุเมธ จานประดับ, *กฎหมายธุรกิจ 2 (สำหรับนักศึกษาคณะบริหารธุรกิจ)* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2541) 120-122.

[132] ผู้เขียนพบว่าในการรับฟังความเห็นของสำนักงานฯ เกี่ยวกับประกาศฯ นั้นมีผู้เสนอความเห็นที่เกี่ยวกับประเด็นนี้ด้วย แต่คณะกรรมการฯ เห็นว่าถ้อยคำในประกาศฯ ชัดเจนเพียงพอแล้ว. ดู สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, บันทึกสรุปผลการรับความคิดเห็นต่อร่างประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง เรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการที่เป็นการรวมธุรกิจ พ.ศ. .... (เชิงอรรถ 130).

การยกตัวอย่างเท่านั้น[133] การบัญญัติเช่นนี้เป็นการบัญญัติเช่นเดียวกับมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการบัญญัติเช่นนี้เป็นการบัญญัติที่ไม่เหมาะสม และมีปัญหาอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทบัญญัติที่มีโทษทางปกครอง เนื่องจากทำให้คณะกรรมการฯ อาจกำหนดให้ธุรกรรมใด ๆ เป็นการรวมธุรกิจเพิ่มเติมได้ โดยอาศัยความไม่แน่นอนของถ้อยคำดังกล่าวในบทบัญญัติ

ผู้เขียนเห็นว่ามีข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนจากการบัญญัติว่า “การรวมธุรกิจให้หมายความรวมถึง” ดังนี้

3.2.1 ความหมายของคำว่า “การรวมธุรกิจ”

พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ไม่ได้ให้นิยามของคำว่า “การรวมธุรกิจ” ไว้ ทั้งนี้ผู้เขียนได้ตรวจสอบว่ามีกฎหมายอื่น ที่กล่าวถึงการรวมธุรกิจหรือการรวมกิจการและมีการกำหนดนิยามคำว่า “รวมธุรกิจ” หรือ “รวมกิจการ” หรือไม่อย่างไร ซึ่งพบว่าคำดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กล่าวถึงการรวมกิจการที่เกี่ยวข้องกับบริษัทมหาชนจำกัดต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน[134] แต่ไม่มีการกำหนดนิยาม “การรวมกิจการ” ทั้งนี้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดวิธีการควบบริษัทและลักษณะการควบบริษัทไว้ในหมวด 12 ต่างหากด้วย[135] พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กล่าวถึง การรวมกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนของหลายรัฐวิสาหกิจมาจัดตั้งเป็นบริษัทเดียวหรือหลายบริษัท[136] แต่ไม่มีการกำหนดนิยาม “การรวมกิจการ” พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 กล่าวถึง การที่ผู้รับได้รับการส่งเสริมการลงทุนรวมกิจการกับผู้อื่น[137] แต่ไม่มีการกำหนดนิยาม “การรวมกิจการ”

หากพิจารณาหลักการบัญญัติคำในกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาการไม่กำหนดนิยามไว้ในกฎหมายนั้น นำไปสู่ข้อสันนิษฐานว่าคำนั้นมีความหมายที่ชัดเจนอยู่แล้ว

---

[133] Apiradee Springall, ‘Thailand Trade Competition Act B.E. 2560: The New Merger Control (1)’ (2019) 10 No.1 Assumption University Law Journal 1, 5. สุธีร์ ศุภนิตย์, *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542* (เชิงอรรถ 15) 82. และ กมลวรรณ จิรวิศิษฎ์, ‘มาตรการทางกฎหมาย (อาญา) ในการควบคุมการควบรวมกิจการของประเทศไทยในปัจจุบัน’ (เสวนาวิชาการ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 26 พฤศจิกายน 2564).

[134] มาตรา 107 (2) (ค) พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535.

[135] หมวด 12 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535.

[136] มาตรา 19 พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542.

[137] มาตรา 56 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520.

จึงไม่มีการกำหนดนิยาม[138] การที่คำนั้นมีความหมายชัดเจนแล้วย่อมแสดงว่าการตีความคำนั้นต้องตีความให้หมายถึงสิ่งที่คนทั่วไปเข้าใจเท่านั้น[139] สอดคล้องกับหลักการที่วางไว้โดยศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2143/2564 ที่อธิบายว่า *"เนื่องจากกฎหมายมิได้บัญญัตินิยามคำว่า "เกี่ยวข้องสัมพันธ์" ไว้โดยเฉพาะ การวินิจฉัยว่าเกี่ยวข้องหรือเคยเกี่ยวข้องสัมพันธ์หรือไม่ จึงต้องอาศัยความหมายอย่างปกติทั่วไป"*[140] (การตีความเช่นนี้เรียกว่า "**การตีความที่ 1**")

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอธิบายว่า การไม่กำหนดนิยามคำนั้นหากไม่มีความหมายที่ชัดเจนแล้ว ยังอาจนำไปสู่ข้อสันนิษฐานว่าถ้อยคำนั้นถือความทั่วไปตามที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรมจึงไม่ต้องจัดให้มีบทนิยามสำหรับถ้อยคำนั้น[141] หากยึดตามแนวทางดังกล่าว ผู้เขียนได้ค้นหาความหมายของคำว่า "การรวมธุรกิจ" ในพจนานุกรมซึ่งไม่พบความหมายแต่อย่างใด โดยพจนานุกรมระบุไว้เพียงแต่ความหมายของคำว่า "รวม" หมายความว่า บวกเข้าด้วยกัน ผสมเข้าด้วยกัน[142] ในขณะที่คำว่า "ธุรกิจ" พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ได้ให้ความหมายไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึง "กิจการอันดำเนินการเพื่อประโยชน์ทางการค้าในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และให้หมายความรวมถึงกิจการอื่นตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง" ซึ่งหากพิจารณาความหมายของคำว่า "รวม" และ "ธุรกิจ" เข้าด้วยกันผู้เขียนเห็นว่าความหมายของ "การรวมธุรกิจ" จะมีความหมายไม่ต่างจากการควบกิจการซึ่งระบุไว้ในมาตรา 51 วรรคสี่ (1) เพียงแต่ไม่มีการกล่าวถึงผลการรวมธุรกิจว่าทำให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และอีกธุรกิจสิ้นไป หรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่เท่านั้น

สำหรับคำว่า "ให้หมายความรวมถึง" นั้นต่างจากคำว่า "หมายความว่า" เพราะคำว่า "หมายความว่า" เป็นการกำหนดเพื่อให้เกิดความชัดเจน เช่นเดียวกับคำว่า "ได้แก่" หรือ "คือ" ส่วนคำว่า "ให้หมายความรวมถึง" นั้นเป็นการขยายความของคำนั้น ๆ โดยมิได้กำหนดอย่างชัดเจนเช่นเดียวกับคำว่า "หมายความว่า"[143] อย่างไรก็ดีคำว่า "ให้หมายความรวมถึง" ตามหลักการ

---

[138] มีชัย ฤชุพันธุ์, 'แนวความคิดและข้อสังเกตในการร่างกฎหมาย' (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 12 กุมภาพันธ์ 2541) <http://web.krisdika.go.th/activityDetail.jsp?actType=I&actCode=19&head=4&item=n5> สืบค้นเมื่อ 30 กรกฎาคม 2566.

[139] วิณัฏฐา แสงสุข และ ฐิติพร ลิ้มแหลมทอง, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2549) 96.

[140] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2143/2564.

[141] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือแบบการร่างกฎหมาย (2563) 74.

[142] พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 <https://dictionary.orst.go.th/> สืบค้นเมื่อ 30 กรกฎาคม 2566.

[143] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, แนวทางในการจัดทำร่างกฎหมาย 2563 76.

ในการร่างกฎหมายนั้น จะใช้เมื่อต้องการขยายความหมายของถ้อยคำให้มากกว่าความหมายปกติของถ้อยคำดังกล่าว[144] (การตีความเช่นนี้เรียกว่า “**การตีความที่ 2**”) ตัวอย่างการร่างกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว เช่น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ให้ความหมายของคำว่า “บริษัท” ว่า *“บริษัท” หมายความว่า บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด และให้หมายความรวมถึงนิติบุคคลที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจ* เห็นได้ว่าเป็นการกำหนดนิยามคำว่า “บริษัท” ที่สอดคล้องกับความเข้าใจทั่วไปที่ว่า บริษัท หมายถึง บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด แต่เพื่อต้องการให้ขยายความหมายไปมากกว่าความเข้าใจทั่วไปจึงระบุให้รวมถึงรวมถึงนิติบุคคลที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจอื่นด้วย พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ให้ความหมายของคำว่า “บริษัทจำกัด” ว่า *“บริษัทจำกัด” หมายความรวมถึงบริษัทมหาชนจำกัดด้วย* เห็นได้ว่าการกำหนดนิยามคำว่า “บริษัทจำกัด” เป็นการขยายความเข้าใจทั่วไปที่ว่า บริษัทจำกัด หมายถึงเฉพาะบริษัทจำกัดเท่านั้น ไม่รวมถึงบริษัทมหาชนจำกัด

เช่นนี้ การรวมธุรกิจตาม พ.ร.บ. การแข่งขันฯ หากถูกตีความตามหลักการ การตีความที่ 2 จะตีความได้ว่า การรวมธุรกิจประกอบด้วย กรณีที่ 1 ธุรกรรมทั่วไปที่เข้าใจว่าเป็นการรวมธุรกิจและกรณีที่ 2 ธุรกรรมตามมาตรา 51 วรรค 4 ทั้ง 3 ธุรกรรมที่กล่าวถึงในข้อ 3.1[145] และทำให้ตีความต่อได้อีกว่าธุรกรรมในข้อ 3.1 ไม่ใช่ธุรกรรมที่เป็นการรวมธุรกิจที่อยู่ภายใต้ความหมายทั่วไปของการรวมธุรกิจ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการอธิบายเช่นนี้น่าจะขัดกับความเข้าใจของวิญญูชนทั่วไปและขัดกับการตีความที่ 1 เพราะผู้เขียนเห็นว่าวิญญูชนทั่วไปน่าจะเข้าใจว่า “การรวมถึงธุรกิจ” หมายถึงธุรกรรมในข้อ 3.1 ทั้งหมดแล้ว[146] หรือมิเช่นนั้นก็ครอบคลุมเพียงการควบกิจการตามมาตรา 51 วรรคสี่ (1)

---

[144] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือแบบการร่างกฎหมาย (เชิงอรรถ 165) 162.

[145] ทองพิทักษ์ เชิดชู, ‘ปัญหาการรวมธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม 2559) 180. และ กมลวรรณ จิรวิศิษฎ์ (เชิงอรรถ 133).

[146] ผู้เขียนพบว่า เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่จัดทำโดยสำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ในครั้งที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับการควบบริษัท ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า การควบรวมกิจการในประเทศไทยนั้นทำได้หลายวิธีโดยอาจแบ่งออกได้เป็น 4 ลักษณะ คือ

(1) การควบรวมกิจการ (Merger) คือ การกลืนกิจการหนึ่งไปและคงเหลือเฉพาะอีกกิจการหนึ่ง ซึ่งก่อนการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชญ์ในปี พ.ศ. 2565 นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่ได้กล่าวถึงวิธีการเช่นนี้

อนึ่งผู้มีเขียนมีข้อสังเกตว่าในเอกสารดังกล่าวได้ระบุว่าเป็นวิธีการนี้เป็นวิธีการควบรวมกิจการในประเทศไทย แต่กลับระบุว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก่อนการแก้ไขนั้นยังไม่รองรับการดำเนินการดังล่าว อันแสดงให้เห็นได้ว่าเอกสารฉบับนี้พยายามจะสรุปวิธีการควบรวมกิจการในประเทศไทยทั้งที่มีกฎหมายรองรับและไม่มีกฎหมายรองรับ

เท่านั้น ดังนั้นหากจะมีการกำหนดธุรกรรมใดเพิ่มเติมเป็นการรวมธุรกิจด้วย ธุรกรรมนั้นไม่ควรเป็นธุรกรรมในข้อ 3.1 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบกิจการ และอาจกล่าวได้ว่าการบัญญัติมาตรา 51 วรรคสี่นั้นเป็นการบัญญัติที่ขัดกับเข้าใจของวิญญูชนทั่วไปและขัดหลักการตีความที่ 1

อนึ่งมีฝ่ายที่เห็นว่าการไม่กำหนดนิยามของ “การรวมธุรกิจ” นั้นไม่น่าจะมีปัญหาแต่อย่างใด เพราะคณะกรรมการฯ สามารถออกประกาศเพิ่มเติมว่าธุรกรรมใดที่เป็นการรวมธุรกิจ[147] แนวความเห็นนี้สอดคล้องกับความเห็นว่าการที่กฎหมายระบุว่า “หมายรวมถึง” ทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและสามารถรองรับรูปแบบธุรกรรมใหม่ ๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้[148]

สำหรับการบัญญัติว่าธุรกรรมใดเป็นการรวมธุรกิจเพิ่มเติมโดยคณะกรรมการฯ นั้น ผู้เขียนเห็นว่า พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการฯ อย่างชัดเจนในการดำเนินการดังกล่าว แม้ว่าจะมีข้อความในบางบทบัญญัติของกฎหมายที่จะตีความอย่างกว้างได้ว่ารวมถึงอำนาจในการกำหนดธุรกรรมใดเพิ่มเติมเป็นการรวมธุรกิจก็ตาม โดยเฉพาะมาตรา 17 (2) ที่ระบุว่าคณะกรรมการฯ มีอำนาจออกระเบียบหรือประกาศเพื่อปฏิบัติการตาม พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติอื่นใน พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ที่ระบุชัดเจนว่าคณะกรรมการฯ สามารถกำหนดรายละเอียดหรือเงื่อนไขต่าง ๆ เพิ่มเติมได้ เช่น มาตรา 5 มาตรา 55 ประกอบกับบทบัญญัติเรื่องการรวมธุรกิจตาม พ.ร.บ. การแข่งขันฯ มีลักษณะเป็นกฎหมายปกครอง คณะกรรมการฯ ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองจะทำการที่มีลักษณะก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้นก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง[149] ดังนั้นการออกประกาศกำหนดว่าธุรกรรมใดเป็นการรวมธุรกิจเพิ่มเติมจึงไม่สามารถทำได้

---

(2) การซื้อกิจการ (Acquisition) คือ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือการเข้าควบคุมบริษัทอื่นบางส่วนหรือทั้งหมด โดยที่ไม่มีการกลืนกิจการหนึ่งไป

(3) การควบรวมกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 (Consolidation/Amalgamation) คือ การรวมเข้ากันแล้วเกิดกิจการใหม่ขึ้น

(4) การควบรวมกิจการที่มีกฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะ คือ การควบกิจการของธุรกิจที่มีกฎหมายรับรองเฉพาะ เช่น ธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์

ซึ่งหากพิจารณาจากเอกสารดังกล่าวคำว่า การควบรวมกิจการนั้นน่าจะหมายถึง “การรวมธุรกิจ” หรือ “การรวมกิจการ” มากกว่า เพราะใน (1), (3) และ (4) ได้มีการกล่าวถึงการควบรวมกิจการอีก และสะท้อนให้เห็นว่าแม้กระทั่งสำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ก็เห็นว่าการรวมธุรกิจตามกฎหมายไทยมีเพียงเท่านี้ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นธุรกรรมตามมาตรา 51 วรรค 4 ทั้งหมด.

147 กมลวรรณ จิรวิศิษฏ์ (เชิงอรรถ 133).

148 รัชพร ตันมหาพราน, ‘มาตรการควบคุมการควบคุมกิจการ : ในกรณีของกิจการร่วมค้า’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548) 68.

149 วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน’ (2553) จุลนิติ 53, 76.

เพราะ พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการในการออกประกาศในเรื่องเช่นนั้นอย่างเสรี หากคณะกรรมการฯ ดำเนินการไปย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ขัดหลักนิติรัฐ และหลักประชาธิปไตยรัฐสภา[150]

อนึ่งแม้คณะกรรมการฯ จะไม่มีอำนาจในการออกประกาศกำหนดว่าธุรกรรมใดเป็นการรวมธุรกิจนอกจากธุรกรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 51 วรรค 4 แล้ว แต่หากเป็นการตีความว่าธุรกรรมนั้นมีลักษณะเป็นการรวมธุรกิจ ผู้เขียนเห็นว่าคณะกรรมการฯ ย่อมมีอำนาจทำได้ แต่ทั้งนี้การตีความดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักการ การตีความที่ 1 เสมอ นอกจากนั้นผู้เขียนเห็นว่าหาก พ.ร.บ. การแข่งขันฯ กำหนดให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจในการออกประกาศกำหนดว่าธุรกรรมใดเป็นการรวมธุรกิจนอกจากธุรกรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 51 วรรคสี่ แต่ตราบใดที่ไม่มีการกำหนดความหมายของการรวมธุรกิจ คณะกรรมการฯ ย่อมไม่อาจออกประกาศกำหนดที่เกินกว่าความหมายที่จะได้จากการตีความที่ 1 ได้เช่นกัน

3.2.2 การตีความให้ธุรกรรมอื่นเป็น “การรวมธุรกิจ” เพิ่มเติม

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าคณะกรรมการฯ สามารถตีความว่าธุรกรรมใดเป็นการรวมธุรกิจฯ ได้ตามหลักการการตีความที่ 1 โดยในความเห็นของผู้เขียนการตั้งกรรมการไขว้ไม่อาจเป็นการรวมธุรกิจตามความเข้าใจของวิญญูชนทั่วไปได้ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของประเทศต่าง ๆ ในโลก เพราะมีเพียงไม่กี่ประเทศในโลกที่กำหนดให้เป็นการรวมธุรกิจ ส่วนการจัดตั้งกิจการร่วมค้านั้น ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะมีประเทศส่วนหนึ่งกำหนดให้เป็นการรวมธุรกิจอย่างชัดเจน แต่เนื่องจากวิญญูชนทั่วไปนั้นย่อมไม่อาจเข้าใจได้ว่าการจัดตั้งกิจการร่วมค้าเป็นรวมธุรกิจเช่นเดียวกับการตั้งกรรมการไขว้

4. สรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าการรวมธุรกิจจะนำไปสู่ผลดีในทางเศรษฐกิจอย่างหลากหลาย แต่การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการลดหรือจำกัดการแข่งขันก็มีเช่นกัน และเพื่อป้องกันไม่ให้การรวมธุรกิจในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น พ.ร.บ. การแข่งขันฯ จึงจำเป็นต้องมีบทบาทเข้ามาควบคุมการรวมธุรกิจ

พ.ร.บ. การแข่งขันฯ และประกาศฯ กำหนดธุรกรรมที่เป็นการรวมธุรกิจ ได้แก่ การได้หุ้น การได้สินทรัพย์ และการควบกิจการ รวมทั้งกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวกับธุรกรรมดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าทั้ง พ.ร.บ. การแข่งขันฯ และประกาศฯ ยังมีความไม่ชัดเจนและขัดแย้งกันหลายประการดังที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงในบทความนี้ทำให้อาจนำไปสู่ปัญหาในการใช้บังคับกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

---

[150] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ 2554) 67.

การกำหนดความหมาย “การรวมธุรกิจ” อีกทั้ง พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการฯ ในการออกประกาศกำหนดว่าธุรกรรมใดเป็นการรวมธุรกิจนอกจากธุรกรรมที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ และแม้ว่าคณะกรรมการฯ จะมีอำนาจในการตีความ พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ได้ แต่คณะกรรมการฯ ไม่สามารถตีความคำว่า “การรวมธุรกิจ” เกินกว่าที่วิญญูชนทั่วไปจะเข้าใจได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าวิญญูชนทั่วไปย่อมเข้าใจว่าธุรกรรมที่เป็นการรวมธุรกิจมีเพียง การได้หุ้น การได้สินทรัพย์ และการควบกิจการ ผู้เขียนจึงสรุปว่าจากบทบัญญัติทั้งหมดในขณะนี้ตาม พ.ร.บ. การแข่งขันฯ ธุรกรรมที่จะเป็นการรวมธุรกิจได้นั้น ได้ถูกบัญญัติไว้หมดแล้ว

เพื่อทำให้การควบคุมการรวมธุรกิจเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและถูกต้อง ครอบคลุมธุรกรรมต่าง ๆ ที่สมควรได้รับการกำหนดว่าเป็นการรวมธุรกิจ รวมทั้งก่อให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้ประกอบธุรกิจ เพราะสามารถคาดหมายได้ว่าจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างไรหากดำเนินธุรกรรมต่าง ๆ อันไม่ทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากลายเป็นอุปสรรคของประเทศแทน[151] ผู้เขียนจึงเสนอว่าในระยะสั้น คณะกรรมการฯ ควรดำเนินการจัดทำคู่มือการขออนุญาตรวมธุรกิจที่อธิบายในประเด็นที่ยังไม่มีความชัดเจนซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไว้ส่วนหนึ่งในบทความนี้ และแก้ไขประกาศฯ ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นอย่างน้อยในประเด็นที่ผู้เขียนได้กล่าวถึง และในระยะยาวคณะกรรมการฯ ควรดำเนินการแก้ไข พ.ร.บ. การแข่งขันฯ โดยกำหนดความหมายคำต่าง ๆ ที่อ้างถึงในกฎหมายอย่างชัดเจนรวมถึงคำว่า “การรวมธุรกิจ” โดยควรกำหนดในลักษณะที่ว่า “การรวมธุรกิจ หมายถึง ธุรกรรมดังต่อไปนี้ ...”

[151] สุธีร์ ศุภนิตย์, ‘การควบคุมการควบกิจการ’ (2537) 4 วารสารนิติศาสตร์ 689, 700.