

บทที่ 2

ข้อความทั่วไปเกี่ยวกับการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ

ในบทนี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงรูปแบบสำคัญ ๆ ของการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจทั้งที่กระทบต่อองค์การธุรกิจเดียวหรือสององค์กรขึ้นไป และโดยเหตุที่ป.พ.พ. ของไทยนั้น มีบัญญัติไว้ชัดแจ้งเฉพาะกรณีของการควบบริษัท (amalgamation) พรม. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กล่าวถึงการควบบริษัท และการโอนกิจการ และส่วนที่เกี่ยวข้องกับทุนอันเป็นการ Reorganization อย่างหนึ่ง เช่น การเพิ่มทุน การลดทุน การจ่ายหุ้นปันผล (stock dividend)

จากคำนิยามใน Black Law Dictionary นั้น ได้ให้ความหมายของ Reorganization ว่าหมายถึงการกระทำหรือกระบวนการของการจัดการองค์กรขึ้นใหม่ หรือเป็น Act or process of organizing again or anew ซึ่งตามกฎหมายบริษัทแล้วเป็นการปรับปรุงโครงสร้างของทุนของบริษัทที่เกี่ยวข้องกับการที่หลักทรัพย์ หรือตราสารแสดงสิทธิในหนี้หมดอายุหรือถูกยกเลิกไป และออกเป็นหลักทรัพย์ หรือหุ้นกู้ใหม่ออกมา โดยปกติแล้วจะทำกันเมื่อบริษัทล้มละลาย หรืออยู่ในสภาพของการมีหนี้สินล้นพ้นตัวตามกฎหมายล้มละลาย ซึ่ง Reorganization ตามความหมายนี้เป็นการฟื้นฟูบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน อันเกี่ยวข้องกับกฎหมายล้มละลาย ในอีกนัยหนึ่งของการ Reorganization นั้นเป็นไปตามกฎหมายภาษีอากร คือ Internal Revenue Code ("IRC") ซึ่งเป็นการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ (corporate reorganization) ซึ่งบริษัทที่เกี่ยวข้องจะทำการแลกเปลี่ยนสินกับหุ้นหรือหลักทรัพย์ ตามแผนการจัดรูปองค์กร โดยไม่ต้องรับรู้กำไรหรือขาดทุนที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด อันเป็นการดำเนิน

การที่ไม่ต้องเสียภาษี (มาตรา 361 แห่ง IRC) กับกรณีที่เกี่ยวข้องกับทุนขององค์กรหนึ่งโดยเฉพาะ กล่าวคือ การเพิ่มทุน การลดทุน ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นตลอดเวลาในประเทศไทย กับอีกกรณีหนึ่งคือ การจ่ายหุ้นปันผล (stock dividend) ซึ่งใน พพ. ไม่มีแนวความคิดนี้ แต่เป็นสิ่งที่ทำกันอยู่บ้างในประเทศไทยเช่นกัน แต่ปรากฏใน พรบ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 โดยมาตรา 117 กำหนดว่า บริษัทมหาชนอาจจ่ายหุ้นปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น โดยได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้

การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจเป็นกรณีที่มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงโครงสร้างขององค์กรทางธุรกิจเสียใหม่ ซึ่งจะเกี่ยวข้องถึงความมีอยู่หรือการเปลี่ยนแปลงของตัวองค์กรทางธุรกิจนั้น ๆ เอง ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผู้ถือหุ้น หรือผู้ลงทุนขององค์กรนั้น ๆ ด้วยไม่มากนักน้อย แต่ที่ผู้เขียนมุ่งวิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์นี้จะได้กล่าวถึงเฉพาะรูปแบบที่มีความเป็นไปได้หรือเป็นที่สนใจ นั่นคือกรณีการได้มาซึ่งหุ้นกิจการ ทรัพย์สิน หรือ (acquisition) การควบกิจการ และการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างเรื่องทุนซึ่งจะได้กล่าวถึงพอสังเขป เช่น การเพิ่มทุน การลดทุนการจ่ายหุ้นปันผล ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1. การซื้อหรือได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition)

การซื้อหรือการได้มาซึ่งกิจการมีรูปแบบที่สำคัญอยู่ 3 แบบ กล่าวคือ (1) การซื้อหรือได้มาซึ่งหุ้นขององค์กรธุรกิจอื่น ซึ่งผู้ซื้อหรือผู้ได้มานั้นมักมีความมุ่งหมายที่จะครอบครององค์กรหรือกิจการนั้นต่อไป (2) การซื้อหรือได้มาซึ่งทรัพย์สิน เป็นกรณีที่ผู้ซื้อหรือผู้ได้มามุ่งหมายที่จะได้มาซึ่งทรัพย์สินมีค่า เช่น โบนัสที่ดิน อาคาร ฯลฯ และ (3) การซื้อหรือได้มาซึ่งกิจการหรือธุรกิจทั้งหมดของผู้ขายหรือผู้โอน ซึ่งแต่ละรูปแบบมีสาระสำคัญ และข้อพิจารณา ดังนี้

1.1 การซื้อหรือรับโอนหุ้น (Stock Acquisition)

เป็นการที่บริษัทหนึ่งได้มาซึ่งหุ้นบางส่วนหรือทั้งหมดของอีกบริษัทหนึ่ง โดยอาจจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงินสดหรือทรัพย์สิน หรืออาจนำหุ้นของตนหรือของบริษัทแม่ หรือบริษัทในเครือเข้าแลกนอกเหนือไปจากเงินสดหรือทรัพย์สินอื่น ซึ่งโดยปกติแล้วบริษัทแรกมักประสงค์ที่จะได้มาซึ่งหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทที่สอง (บริษัทเป้าหมาย) เพื่อให้ตนสามารถมีอำนาจควบคุมบริษัทเป้าหมายได้ ซึ่งการซื้อหุ้นนี้มักมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริษัทเป้าหมายคงอยู่ต่อไป เนื่องจากบริษัทดังกล่าวนั้นอาจเป็นบริษัทที่มีชื่อเสียง หรือมีสิทธิหรือใบอนุญาตต่าง ๆ หรือทรัพย์สินที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ ซึ่งหากเลิกบริษัทดังกล่าวไปเสีย ทรัพย์สินเหล่านั้นย่อมเสียหาย หรือไม่ได้ใช้ประโยชน์อะไร

ในกรณีของการแลกเปลี่ยนหุ้น (stock-for-stock) กันนั้น เนื่องจากตามกฎหมายไทยนั้น บริษัทไม่อาจถือหุ้นหรือรับจำหน่ายหุ้นของตนเองได้* ดังนั้นการใช้วิธีการนี้จึงต้องอาศัยความเห็นชอบและความยินยอมจากผู้ถือหุ้น ในการโอนหุ้นของตนให้กับบริษัทผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ตกลงจะทำการแลกหุ้นกันนั้น

อีกวิธีการหนึ่ง ซึ่งบริษัทอาจทำได้ก็คือโดยวิธีการเพิ่มทุนของบริษัทขึ้น (ซึ่งต้องอาศัยมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเช่นกัน) หากผู้ถือหุ้นปัจจุบันสละสิทธิ์หรือไม่มีกำลังพอที่จะซื้อไว้ได้ กรรมการย่อมสามารถนำหุ้นนั้นขายให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้ ซึ่งคือผู้ถือหุ้นในบริษัทที่สองนั่นเอง

ซึ่งอาจเห็นได้ว่า โดยแท้จริงแล้ววิธีการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจด้วยวิธีการใช้หุ้นแลกหุ้นนั้น เป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้ถือหุ้น

* มาตรา 1143 แห่ง ปพพ. และมาตรา 66 แห่ง พรบ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535

เพราะหากผู้ถือหุ้นทั้งสองฝ่ายไม่ยินยอมแล้ว โอกาสที่จะมีการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบนี้แทบจะเป็นไม่ได้เลย

ตัวอย่างของการใช้วิธีการหุ้นแลกกับหุ้นในประเทศไทย ก็คือ กรณีบริษัทธนาถาย จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ใช้หุ้นซึ่งผู้ถือหุ้นเดิมสละสิทธิ์การจองหุ้นเพิ่มทุน ก่อนที่บริษัทจะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ และคณะกรรมการบริษัทมีมติให้นำหุ้นไปจัดสรรตามที่เห็นสมควร และบริษัทก็ได้้นำหุ้นไปแลกกับหุ้นของบริษัทอื่น ๆ ที่เรียกกันว่าเป็นวิธีการ "แชร์แมนเคด" หรือการสวอป (swap) หุ้น¹

1.2 การซื้อหรือรับโอนทรัพย์สิน (Assets Acquisition)

วิธีการนี้คล้ายคลึงกับวิธีการได้มาซึ่งหุ้นตามข้อ 1.1 แต่สิ่งที่บริษัทผู้รับโอนหรือผู้ได้มา (acquiring company) จะได้รับนั้น จะเป็นทรัพย์สินของบริษัทเป้าหมายแทนที่จะเป็นหุ้น และนอกเหนือไปจากการจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงินสดหรือทรัพย์สินแล้ว บริษัทผู้รับโอนหรือได้มาอาจจะให้หุ้นของตน หรือของบริษัทในเครือแก่บริษัทเป้าหมายเป็นการตอบแทนซึ่งในที่สุดบริษัทเป้าหมายอาจจะเลิกไป หรือไม่ก็ได้

¹ _____ "ข่าวหละธนาถายถึงกัน เผย 7 เดือนง่าสวอปหุ้น วางหมากยกย่อนศีราคาทรัพย์สิน - ข้อมูลลับสน", ประชาชาติธุรกิจ (20 - 22 มิถุนายน 2534) : 1, 4.

การดำเนินการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ โดยการใช้หุ้นแลกกับหุ้น
 ในข้อ 1.1 บริษัทผู้ได้มาและบริษัทเป้าหมายต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้ถือหุ้น
 ของตน แต่การได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น ทั้งบริษัทผู้ได้มาและบริษัทผู้โอนทรัพย์สิน
 ไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่าง
 อื่นในข้อบังคับ หรือวัตถุประสงค์ของบริษัท ดังนั้นโดยทั่วไปแล้วกรรมการ
 ของบริษัททั้งสองสามารถทำได้เลย เนื่องจากอยู่ในขอบเขตของการประกอบ
 ธุรกิจของบริษัทอยู่แล้ว

มีผู้ให้ความเห็นว่า การโอนหรือขายทรัพย์สินอันเป็นส่วนสำคัญ
 หรือทั้งหมดของบริษัทนั้น กรรมการของบริษัทไม่สามารถทำได้โดยลำพัง
 แต่ต้องขอความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทเสียก่อน เพราะมีผล
 เสมือนเป็นการเลิกบริษัท และเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างขั้นมูลฐาน
 ของบริษัท (fundamental change) เช่นเดียวกับกรณีอื่น ๆ เช่นการ
 เพิ่มทุน การลดทุนนั่นเอง อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายบางท่าน^{2*} ไม่เห็นด้วย

² ฉัตรทิพย์ ตันตพระศาสน์ "มาตรการทางกฎหมายการคุ้มครอง
 ผู้ถือหุ้น", (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิต
 วิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523) หน้า 144-5.

* ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่สองนี้ เพียงแต่ในทางปฏิบัติ
 แล้ว กรรมการอาจขอให้ผู้ถือหุ้นให้ความยินยอม เพื่อมิให้เกิดปัญหาในภายหลัง
 แก่ตน หากมีความเสียหายเกิดขึ้นตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 1169 อย่างไรก็ตาม
 หากกรรมการพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลค้า
 ขายพึงต้องระวัง (มาตรา 1168) และตนมิได้กระทำโดยความประมาท
 เลินเล่อ หรือจงใจ หรือนอกเหนืออำนาจ (มาตรา 812) กรรมการย่อม
 ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น

โดยเหตุผลว่า แม้ว่าการโอนขายทรัพย์สินอันเป็นส่วนสำคัญดังกล่าว หรือทั้งหมดของบริษัทจะมีผลกระทบต่อโครงสร้างของบริษัท หรือการประกอบกิจการของบริษัทต่อไปก็ตาม ก็มิได้มีบทบัญญัติใดใน ป.พ.พ. กำหนดให้ การกระทำดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นด้วย ดังนั้นกรรมการจึงสามารถทำได้โดยลำพังตนเอง

ตามกฎหมายลักษณะบริษัทของสหรัฐอเมริกา นั้น การได้มาซึ่งทรัพย์สิน โดยที่ผู้ซื้อดำเนินการธุรกิจของผู้ขายต่อ หรือมีการโอนพนักงานลูกจ้างของผู้ขายมาด้วยนั้น ถือเป็นกิจการโอนกิจการในความเป็นจริง (de facto merger) ซึ่งผลที่ตามมาก็คือ ผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้ขายจะมีสิทธิที่จะประเมินราคาทรัพย์สินได้ หรือการซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าว อาจตกเป็นโมฆะหากผู้ถือหุ้นไม่ได้รับแจ้งมาก่อน หรือผู้ซื้ออาจต้องรับเอาบรรดาความรับผิดชอบทั้งหลายที่บริษัทผู้ขายมีอยู่ เช่นเดียวกับกรณีของการรวมบริษัทโดยการโอนกิจการ³

ตัวอย่างของการได้มาซึ่งทรัพย์สิน โดยใช้หุ้นเข้าแลกในประเทศไทย ก็คือการโอนกิจการทรัพย์สิน หนี้สิน และกิจการที่บริษัทเดินอากาศไทยมีอยู่ ไปให้แก่บริษัทการบินไทย โดยสิ่งตอบแทนที่บริษัทเดินอากาศไทยได้รับ คือหุ้นใหม่ของบริษัทการบินไทย ที่ออกเนื่องจากการเพิ่มทุน เท่ากับมูลค่าของทรัพย์สินหักด้วยหนี้สินที่บริษัทเดินอากาศไทยโอนมาให้ ซึ่งบริษัทเดินอากาศไทยยังคงมีอยู่ ในตอนแรกเข้าใจกันว่าจะมีอยู่เพื่อชำระบัญชีและอาจยุบบริษัทไปในที่สุด ซึ่งจะจัดเข้าเป็น De Facto Merger ดังที่ได้กล่าว

³The Corporation Trust Company, Delaware Corporation Law, Annotated 1984, (New York, 1984) และ Panuspatthna, Orabund, How to do Business in the US., (California : Graham & James, 1991), p. 10.

แล้วข้างต้น แต่ต่อมารัฐบาลมีนโยบายให้คงบริษัทเดินอากาศไทยต่อไปเพื่อประกอบกิจการอื่น เช่น กิจการเฮลิคอปเตอร์ จึงถือเป็นการโอนกิจการ โดยการแลกเปลี่ยนทรัพย์สิน กิจการกับหุ้นของบริษัทการบินไทยผู้รับโอนโดยบริษัทการบินไทยรับเอาบรรดาหนี้สิน สิทธิ หน้าที่ซึ่งหลายรวมทั้งพนักงานของบริษัทเดินอากาศไทยไปด้วย⁴

1.3 การซื้อขายหรือรับโอนกิจการบริษัท (Business Acquisition)

หมายถึงการที่บริษัทหนึ่งเข้าไปรับช่วงกิจการของอีกบริษัท โดยรับโอนทรัพย์สินและหนี้สินทั้งปวงรวมตลอดถึงอำนาจหรือสิทธิในการประกอบกิจการของบริษัทที่โอนกิจการเป็นส่วนหนึ่งของตนซึ่งกรณีนี้เราจะเรียกว่าบริษัทแรกว่าเป็น Acquiring Company และเรียกบริษัทที่โอนกิจการว่าเป็นบริษัทเป้าหมาย (acquired หรือ target company) ซึ่งในที่สุดบริษัทเป้าหมายนี้จะหายไปหรือล้มเลิกไป

ผลของการการโอนกิจการนี้ บรรดาทรัพย์สิน หนี้สิน และความรับผิดชอบทั้งปวงของบริษัทเป้าหมาย (target company) จะโอนมายังบริษัทผู้รับโอน (acquiring company) เจ้าหนี้ทั้งหลายของบริษัทเป้าหมาย (target company) สามารถเรียกร้องให้บริษัทผู้รับโอน (acquiring company) รับผิดชอบได้ และบริษัทผู้รับโอนนั้นเป็นเจ้าของสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ของบริษัทเป้าหมาย (target company)⁵

⁴จุลสิงห์ วสันตสิงห์, การรวมบริษัทการบินไทย กับบริษัทเดินอากาศไทย (วารสารกฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 12 (2531)) : หน้า 26-32.

⁵ปิยนันท์ สุวรรณวิสูตร, "ปัญหากฎหมายในการรวมกิจการบริษัท", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 27.

กฎหมายของรัฐบาลกลางและมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติถึงการโอนกิจการนี้ไว้ชัดเจน เช่น ทั้งกฎหมายบริษัทของสหรัฐอเมริกา คือ Business Corporation Act และกฎหมายแห่งมลรัฐเดลาแวร์⁶ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเมื่อบริษัทได้ยื่นหนังสือสำคัญแสดงการโอนกิจการแล้ว บรรดาทรัพย์สินของบริษัทเป้าหมายจะโอนไปยังบริษัทผู้รับโอน โดยอัตโนมัติ การโอนสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ จากบริษัทเป้าหมายไปยังบริษัทผู้รับโอน ก็เป็นไปโดยอัตโนมัติเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ใ้บริษัทจะทำการโอนกิจการได้จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เสียก่อน (โดยที่ไม่ต้องการเสียงถึง 2 ใน 3) ดังนั้นผู้ถือหุ้นส่วนน้อยที่คัดค้านการโอนกิจการนี้ มีสิทธิที่จะขอให้บริษัทซื้อหุ้นของตนในราคาอันเป็นธรรม (fair value) ซึ่งผลที่ตามมาก็คือบริษัทผู้รับโอนนั้น จะควบคุมหุ้นทั้งหมดในบริษัทเป้าหมายได้

ป.พ.พ. ของไทย บรรพ 4 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทนั้น มิได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะแต่ประการใด แต่มีนัยกฎหมายบางท่าน⁷ เห็นว่าการโอนกิจการกันนี้น่าจะต้องอาศัยความยินยอมของผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัททั้งหลายที่จะรวมกันและควรบังคับกันตามหลักของสัญญา และไม่อาจผูกพันเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกผู้มิได้เป็นคู่สัญญาด้วย ทั้งจะมีผลต่อเมื่อมีการจดทะเบียนเลิกบริษัทหนึ่ง และจดทะเบียนแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิของอีกบริษัทหนึ่งที่ยังอยู่ให้รับโอนกิจการของบริษัทที่เลิกไปไว้โดยที่ ป.พ.พ. ไม่มีบทบัญญัติไว้เฉพาะดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาบทบัญญัติเท่าที่มีอยู่เป็นหลัก

⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-22.

⁷โสภณ รัตนากร, "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท" (ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์ พ.ศ.2532), หน้า 477.

ซึ่งจะเห็นว่า ในส่วนของบริษัทเป้าหมาย (บริษัทผู้โอน) ไม่มีข้อกำหนดใด ๆ ที่จะห้ามมิให้กรรมการบริษัททำการจำหน่ายทรัพย์สิน และหนี้สินของบริษัทถ้ากรรมการพิจารณาเห็นว่า การดำเนินการดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่บริษัท และกรรมการสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นอีกด้วย เว้นแต่จะมีข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่ในทางปฏิบัติคณะกรรมการจะขอมติจากผู้ถือหุ้นเสมอ เพื่อป้องกันปัญหาว่ากรรมการมีอำนาจหรือไม่ และกรรมการทำให้บริษัทเสียหายหรือไม่

อย่างไรก็ดี การโอนกิจการนี้ หากทำให้บริษัทเป้าหมายต้องล้มเลิกไป การเลิกบริษัทนี้จะกระทำได้ก็แต่โดยได้รับมติพิเศษจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น ซึ่ง ป.พ.พ. บัญญัติไว้ว่ามติพิเศษนั้นจะต้องประกอบไปด้วยการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นสองคราวติดกันโดยในคราวแรกจะต้องมีผู้ถือหุ้นให้ความเห็นชอบไม่น้อยกว่าสามในสี่ (หรือร้อยละ 75) ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมทั้งหมดในคราวนั้น และต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่าสองในสาม (หรือร้อยละ 66.66) ของผู้ถือหุ้นทั้งหมดที่เข้าประชุมในการประชุมคราวถัดมาขึ้นบนมติที่ประชุมในคราวแรก โดยการประชุมคราวที่สองนั้นจะต้องได้นัดเรียก และประชุมก่อนในเวลาไม่น้อยกว่าสิบสี่วัน แต่ไม่เกิน 6 สัปดาห์ ภายหลังจากการประชุมคราวแรก ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1194

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ในระหว่างที่กรรมการของบริษัทเป้าหมายเข้าทำความตกลงกับบริษัทผู้รับโอน ในเรื่องของการโอนทรัพย์สินและหนี้สินไปทั้งหมดนั้น บริษัทเป้าหมายยังมีสภาพเป็นนิติบุคคลอยู่ หากมิได้มีการนำเรื่องนี้ให้ผู้ถือหุ้นพิจารณาแล้ว ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร

หากพิจารณาจากบทบัญญัติใน ป.พ.พ. แล้ว พบว่ากรณีนี้ หากข้อบ่งคับของบริษัทมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นการกระทำดังกล่าวของกรรมการน่าจะสมบูรณ์เพราะไม่มีข้อห้ามแต่ประการใด อย่างไรก็ตามมีผู้ให้ความเห็นว่า⁸ กรรมการน่าจะทำได้โดยลำพังตนเอง แต่ต้องขอความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเสียก่อน เพราะการโอนทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหมดของบริษัทนั้น มิใช่เป็นการขายสินค้าตามปกติธุระ หรือเป็นการขายทรัพย์สินหรือกิจการบางส่วน แต่เป็นการขายทรัพย์สินและกิจการทั้งหมดของบริษัทพร้อมทั้งหุ้นทั้งหมดในบริษัทไปด้วย เท่ากับให้ Acquiring Company เข้ามายึดอำนาจในบริษัท (takeover) การทำสัญญาเช่นนี้เทียบได้กับการเลิกบริษัทนั่นเอง มิใช่กิจการธรรมดา อันต้องระบุไว้ในวัตถุประสงค์ของบริษัทเรื่องการกระทำนอกของวัตถุประสงค์ หรือการกระทำนอกเหนืออำนาจของบริษัท (ultra vires companies) แต่เป็นเรื่องกรรมการกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือเกินอำนาจของกรรมการ (ultra vires director)

หากตีความบทบัญญัติใน ป.พ.พ. โดยเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าถ้าข้อบ่งคับหรือหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทมิได้บัญญัติห้ามไว้แล้ว ลำพังเพียงกรรมการน่าจะทำการจำหน่ายทรัพย์สินหนี้สินของบริษัทได้ โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด เพราะปพพ.มิได้บัญญัติห้ามเอาไว้

สำหรับปัญหาที่เกี่ยวกับการโอนทรัพย์สิน และหนี้สินทั้งหมดของบริษัท เป้าหมายไปยังบริษัทผู้รับโอนนั้น เนื่องจากทรัพย์สินทั้งปวงทั้งสังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนสิทธิต่าง ๆ ที่มีอยู่และอาจโอนแก่กันได้ รวมตลอดถึงสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ นั้นย่อมสามารถโอนแก่กันได้ แม้จะเป็นสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทนก็ตามจะมีข้อห้ามเฉพาะก็แต่กรณีที่สภาพแห่งสิทธิ

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 372.

นั้นไม่เปิดช่องให้มีการโอนแก่กันได้ หรือคู่กรณีในสัญญาได้แสดงเจตนาห้ามโอนไว้ชัดเจน หรือเป็นสิทธิเรียกร้องที่ตามกฎหมายศาลจะสั่งยึดไม่ได้ ตามความในมาตรา 303 และ 304 แห่ง ป.พ.พ.⁹ แต่สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับการโอนความรับผิด หรือโอนความเป็นลูกหนี้ นั้นจะทำได้ก็แต่โดยการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 แห่ง ปพพ. เท่านั้น กล่าวคือต้องทำเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง คือเจ้าหนี้ ลูกหนี้เดิม และลูกหนี้ใหม่ โดยเหตุที่กระทบผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ซึ่งมีอาจทำได้เพียงแต่บอกกล่าวให้เจ้าหนี้รับทราบเท่านั้น

ข้อแตกต่างระหว่างการโอนสิทธิเรียกร้องกับการแปลงหนี้ใหม่นั้น คือ การโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 306 แห่ง ปพพ. นั้น เป็นการที่เจ้าหนี้ใหม่เข้าแทนเจ้าหนี้เดิม แต่การแปลงหนี้ใหม่นั้นเป็นการระงับหนี้เดิม และมีหนี้ใหม่เกิดขึ้น*

สำหรับบริษัทมหาชนนั้น มาตรา 107 แห่ง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 เมษายน พ.ศ. 2535 เป็นต้นไปนั้น กำหนดว่ากิจการต่อไปนี้ต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่าสามในสี่ของผู้ถือหุ้นทั้งหมดที่มาประชุม และมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน

(ก) การขายหรือโอนกิจการของบริษัททั้งหมด หรือบางส่วนที่สำคัญให้แก่บุคคลอื่น

⁹รายละเอียดโปรดดู ปิยนันท์ สุวรรณวิสูตร, ปัญหากฎหมายในการรวมกิจการบริษัท, หน้า 64-98.

*จิตติ ติงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1731/2521 ระหว่าง นายสุรพงษ์ นาชะกิจจจร โจทก์ หม่อมถนอม ชุมสาย ณ อยุธยา จำเลยที่ 1 และบริษัท ไทยชัชวาลย์-เอนจิเนียริง จำกัด จำเลยที่ 2

(ข) การซื้อหรือรับโอนกิจการของบริษัทอื่น หรือบริษัทเอกชนมา เป็นของบริษัท

(ค) การทำ แก้วไข หรือเลิกสัญญาเกี่ยวกับการให้เช่ากิจการ ของบริษัททั้งหมด หรือบางส่วนที่สำคัญ การมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้าจัดการ ธุรกิจของบริษัท หรือการรวมกิจการกับบุคคลอื่นโดยมีวัตถุประสงค์จะแบ่งกำไร ขาดทุนกัน

ซึ่งจะเห็นได้ว่า พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด ซึ่งได้รับการแก้ไข ใหม่นี้ เห็นว่าการโอนกิจการเป็นเรื่องสำคัญที่กรรมการจะเข้าไปโดยลำพัง โดยไม่ได้รับความเห็นชอบของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทไม่ได้ ซึ่งหลักการ เดียวกันควรจะได้นำมาใช้กับบริษัทเอกชนจำกัด ตาม ป.พ.พ. ในฐานะเป็น บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นของบริษัทด้วยเช่นกัน

ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ก็คือผลทางกฎหมายภาษีอากรที่เกิด ขึ้นทั้งกับบริษัทผู้โอนและผู้รับโอนว่าความรับผิดชอบในภาษีอากรของบริษัทผู้โอนที่ มีอยู่และที่อาจเกิดมีขึ้นในอนาคตจะโอนไปยังบริษัทผู้รับโอนหรือไม่ จะมีผล ประการใดเกิดขึ้นบ้าง การที่บริษัทผู้โอนและบริษัทผู้รับโอนแจ้งการ โอนทรัพย์สินและหนี้สินทั้งปวงไปยังกรมสรรพากรจะทำได้หรือไม่ หรือจะ ต้องให้กรมสรรพากรเข้ามาเป็นคู่สัญญาตามบทบัญญัติเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ ด้วยหรือไม่ หนี้ภาษีอากรจะถือเป็นหนี้ที่สภาพแห่งไม่เปิดช่องหรือมีข้อห้ามข้อ จำกัดในการโอนอย่างใดหรือไม่ การตีราคาทรัพย์สินที่โอนแก่กันจะใช้ราคา ใดและกรมสรรพากรจะมีอำนาจประเมินหรือไม่ รวมตลอดถึงความรับผิดชอบ ของบริษัทที่เกี่ยวข้อง กรณีมีการเลิกบริษัท การชำระบัญชี ผู้ถือหุ้นจะมีภาระ ภาษีซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 3 กรณีเกี่ยวกับภาษี

อากรของประเทศไทย และในบทที่ 4 สำหรับภาษีอากรของประเทศไทย
สหรัฐอเมริกา

2. การควบกิจการ (Amalgamation หรือ Consolidation)

การควบกิจการนี้ ป.พ.พ. และ พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 ของไทยและ Modern Business Corporation Act ของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติรองรับไว้ชัดเจน และมีสาระสำคัญที่เหมือนกัน กล่าวคือ หมายถึงการที่บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไปรวมเข้ากัน และเกิดขึ้น เป็นบริษัทใหม่บริษัทหนึ่ง

สำหรับหลักเกณฑ์ขั้นตอนและผลของการควบห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล เป็นไปตามป.พ.พ. มาตรา 1073-1076 และสำหรับการควบบริษัทเป็นไปตาม ป.พ.พ. มาตรา 1238-1243 แต่เนื่องจากในวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนจะ ได้เน้นถึงเฉพาะการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจที่เป็นบริษัทมากกว่าเนื่องจากเป็น รูปแบบที่นิยมกันมากกว่าห้างหุ้นส่วน จึงจะได้กล่าวถึงรายละเอียดการควบ บริษัทเอกชนตาม ป.พ.พ. ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) บริษัทจำกัดจะทำการควบกันได้นั้นจะต้องได้รับมติพิเศษจาก ผู้ถือหุ้นให้ทำได้และบริษัทต้องดำเนินการนำมติพิเศษให้ควบบริษัทนั้นไปจดทะเบียน

นั่นคือ บรรดาบริษัททั้งหลาย (ตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป) ที่ประสงค์ จะควบเข้ากันนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นโดยมติพิเศษของทุก ๆ บริษัทที่ประสงค์จะควบเข้ากันนั้น

มาตรา 1239 กำหนดว่าทุกบริษัทที่ประสงค์จะควบเข้ากัน และ
ได้มีมติพิเศษให้ควบบริษัทได้นั้น จะต้องนำมติพิเศษนั้นไปจดทะเบียน ภายใน
14 วัน นับแต่วันที่มติดกล่าวคือมติในการประชุมคราวที่สองนั่นเอง ซึ่ง
โดยปกติแล้วในทางปฏิบัตินั้นกรมทะเบียนการค้าก็รับจดทะเบียน แม้ว่า
จะเลยกำหนด 14 วันดังกล่าวแล้วก็ตาม โดยบริษัทต้องชี้แจงสาเหตุล่าช้าด้วย

(2) บริษัทต้องดำเนินการโฆษณา และบอกกล่าวไปยังเจ้าหนี้
เพื่อให้ทำการคัดค้านภายในเวลาที่กำหนด

เนื่องจากการควบบริษัทมีผลกระทบกระเทือนถึงเจ้าหนี้ทั้งหลาย
ของบริษัทด้วยเพราะเหตุที่บริษัทเดิมที่มากับเข้ากันนั้นจะหายไป ซึ่งอาจทำ
ให้เจ้าหนี้เสียหายได้ กฎหมายจึงบัญญัติให้ บริษัทที่จะทำการควบเข้ากันนั้นจะ
ต้องโฆษณาในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นที่เจ็ดครั้งเป็นอย่างน้อย และบอกกล่าวไปยัง
บรรดาผู้ที่บริษัทรู้ว่าเป็น เจ้าหนี้ของบริษัททางจดหมายลงทะเบียนไปรษณีย์แจ้ง
ความประสงค์ที่จะควบบริษัทเข้ากัน และขอให้เจ้าหนี้ผู้มีข้อคัดค้านส่งคำ
คัดค้านไปภายใน 6 เดือน นับแต่วันที่บอกกล่าว ซึ่งกฎหมายสันนิษฐานว่าถ้า
ไม่มีการคัดค้านภายในกำหนดเวลาดังกล่าวก็ให้ถือว่าไม่มีการคัดค้าน

แต่ถ้ามีเจ้าหนี้ใดคัดค้านแล้ว บริษัทไม่สามารถควบเข้ากันได้
จนกว่าจะได้ชำระหนี้หรือได้ให้ประกันแก่หนี้รายนั้น

พ.ร.บ. กำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้น-
ส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2499 ซึ่งได้แก้ไขโดย
พ.ร.บ. กำหนดความผิดฯ (ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) ได้กำหนดโทษสำหรับ
กรรมการบริษัท หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทและตัวบริษัทเอง

กรณีของบริษัทไม่ทำการโฆษณาหรือไม่ส่งคำบอกกล่าวไปยังเจ้าหน้าที่ของบริษัทตั้ง
กล่าวข้างต้น หรือจัดการควบบริษัท โดยมีเจ้าหน้าที่คัดค้านแล้วไม่ใช้หนี้ หรือ
ไม่ได้ให้ประกันแก่หนี้ดังกล่าว

ในทางปฏิบัติแล้ว บริษัทที่จะควบเข้ากันจะทำการติดต่อเจ้าหน้าที่และผู้
ผู้เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของบริษัท เพื่อทำความเข้าใจหรือแจ้งให้ทราบถึง
การควบบริษัทอยู่แล้ว เพราะหากมีเจ้าหน้าที่คัดค้านแล้ว บริษัทนั้น ๆ ก็จะไม่
สามารถทำการควบบริษัทได้

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้หนี้จะยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ตาม
บริษัทซึ่งเป็นลูกหนี้และประสงค์จะทำการควบบริษัทนั้นสามารถจะจัดการชำระ
หนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ซึ่งคัดค้านการควบบริษัทนั้นได้ หรือได้ให้ประกันแก่หนี้นั้นก็
ปัญหาก็คือประกันที่ให้ไว้นั้นจะต้องถึงขนาดเป็นที่พอใจแก่เจ้าหน้าที่ มิฉะนั้น
เจ้าหน้าที่อาจยังคงคัดค้านได้ ซึ่งขนาดไหนจึงเรียกว่าพอใจนั้น คงถึงขั้นที่ว่า
ประกันนั้นมีมูลค่าครอบคลุมจำนวนหรือความรับผิดชอบหนี้หนี้ ซึ่งถ้าบริษัทเห็น
ว่าการประกันนั้น จะมีผลเท่ากับการชำระหนี้ก็อาจจะทำการชำระหนี้แทน
การให้ประกันไปเลยก็ได้

ถ้ายังมีเจ้าหน้าที่คัดค้านบริษัทหนึ่งบริษัทใดแล้ว บริษัททั้งหลายย่อม
ไม่สามารถควบเข้ากันได้

(3) เมื่อบริษัทควบเข้ากันแล้ว ต่างต้องนำความไปจดทะเบียน
ภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ควบเข้ากัน และต้องดำเนินการจดทะเบียน
บริษัทที่ตั้งขึ้นจากการควบเข้ากันใหม่นั้น

ผลของการจดทะเบียนดังกล่าวนั้น จะทำให้บริษัทเดิมหายไป และโดยปกติก็จะต้องจดทะเบียนบริษัทใหม่ให้เสร็จสิ้นในวันเดียวกัน เพื่อให้มีนิติบุคคลขึ้นมารองรับ แต่หากการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทใหม่เกิดขึ้นต่างวันกันแล้ว มีปัญหาว่าการควบบริษัทนั้นมีผลนับแต่เมื่อใด ซึ่งมีผู้เห็นว่ามีผลเมื่อมีการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทขึ้นใหม่มาเป็นผู้รับโอนสิทธิ และหน้าที่ทั้งหลายของบริษัทเดิม ถ้าตราบดที่บริษัทใหม่นั้นยังมิได้ถูกจัดตั้งขึ้น ก็ไม่น่าจะถือว่าการควบบริษัทใหม่นั้นได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว¹⁰

ส่วนวิธีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทที่ควบขึ้นนั้น ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องของการจัดตั้งบริษัทใหม่ กล่าวคือต้องมีผู้เริ่มก่อการอย่างน้อย 7 คนร่วมกันจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิจัดการประชุมผู้จองชื่อถือหุ้น เพื่อกำหนดเรื่องทุนจดทะเบียน (ซึ่งต้องเท่ากับทุนที่ร่วมกันดังกล่าว) ซึ่งมีนัยกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า มูลค่าหุ้น (par value) ของบริษัทที่เกิดใหม่จะต้องเป็นมูลค่าหุ้นของบริษัทใดบริษัทหนึ่งที่มาควบเข้ากัน¹¹ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนไม่เห็นด้วย และเห็นว่ามูลค่าหุ้นนั้นสามารถกำหนดให้ผิดแผกแตกต่างไปจากเดิมได้โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการตั้งบริษัทของทุกบริษัทที่มาควบเข้ากันนั้น

(4) จำนวนทุนเรือนหุ้นของบริษัทใหม่นั้น จะต้องเท่ากับจำนวนทุนเรือนหุ้นของบริษัทเดิมที่มาควบเข้ากัน (มาตรา 1242)

¹⁰ปิยะนันท์ สุวรรณวิสูตร, ปัญหากฎหมายในการรวมกิจการบริษัทจำกัด, หน้า 43.

¹¹ประกาศน์ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, (กรุงสยามการพิมพ์, 2530), หน้า 405.

จำนวนทุนเรือนหุ้นนั้นเป็นไปตามมาตรา 1098 แห่ง ป.พ.พ. ซึ่งหมายถึงทุนจดทะเบียนนั่นเอง เช่น บริษัท ก. เดิมมีทุนจดทะเบียนอยู่ 10 ล้านบาท บริษัท ข. มีทุนจดทะเบียนอยู่ 20 ล้านบาท เมื่อมาจดทะเบียนควบเข้ากันแล้วจะมีทุนจดทะเบียนจำนวน 30 ล้านบาท และไม่สำคัญว่าจะมีทุนที่ชำระแล้วจำนวนเท่าใด

(5) บริษัทใหม่ย่อมได้ไปทั้งสิทธิ และความรับผิดชอบที่มีอยู่แก่บริษัทเดิมที่ได้มาควบกันนั้น (ม. 1243)

ส่วนการควบบริษัทภายใต้ พ.ร.บ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 146-153 ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) บริษัทมหาชนจำกัด จะทำการควบบริษัทได้ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดที่มาประชุม และมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน และถ้าควบกับบริษัทเอกชน ต้องมีมติพิเศษตามที่ ป.พ.พ. กำหนด

ในกรณีที่มิมีมติให้ควบบริษัทได้แล้ว แต่มีผู้ถือหุ้นคัดค้านการควบบริษัทนั้น บริษัทต้องจัดให้มีผู้ซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นดังกล่าวในราคาที่ซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ครั้งสุดท้าย ก่อนวันที่มีมติให้ควบบริษัท ในกรณีที่ไม่มีราคาซื้อขายให้ใช้ราคาของผู้ประเมินราคาอิสระที่ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้กำหนด และถ้าผู้ถือหุ้นไม่ยอมขายภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำเสนอขอซื้อ ก็ให้บริษัทควบต่อไปได้ และให้ถือว่าผู้ถือหุ้นดังกล่าวเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ควบกันแล้ว*

*มาตรา 146 แห่ง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535

จะเห็นได้ว่าผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชน จะได้รับความคุ้มครองในกรณีที่ตนเป็นผู้ถือหุ้นส่วนน้อยซึ่งไม่เห็นด้วยกับการควบบริษัทนั้นว่าจะได้รับการเสนอซื้อหุ้นในราคาที่เป็นธรรม

(2) ทุนของบริษัทที่ควบกันจะต้องไม่น้อยกว่าทุนที่ชำระแล้ว (paid-up capital) ของบริษัทที่จะควบกันทั้งหมดรวมกัน*

จะเห็นได้ว่าทุนของบริษัทที่ควบกันภายใต้พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 นี้ จะถือเอาทุนที่ชำระแล้วเป็นสำคัญ ไม่ใช่ทุนที่จดทะเบียนอย่างกรณีของบริษัทเอกชน ตาม ป.พ.พ.

(3) หลักเกณฑ์เรื่องอื่น ๆ นั้น เป็นเช่นเดียวกันกับการควบบริษัทเอกชน ตาม ป.พ.พ. เช่น ต้องดำเนินการขออนุญาตทะเบียนการควบบริษัท สภาพนิติบุคคลของบริษัทเดิมจะสิ้นไปและบริษัทที่เกิดจากการควบเข้ากันนั้น จะได้ไปทั้งบรรดาทรัพย์สิน หนี้สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของบริษัทเหล่านั้นทั้งหมด

ผลทางกฎหมายที่สำคัญของการควบบริษัทนั้น คือ บริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จะต้องรับโอนบรรดาสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบทั้งหลาย บรรดาบริษัททุกบริษัทที่มาควบเข้ากันนั้นมีอยู่ ดังนั้นถ้าบริษัทเดิมมีสิทธิเรียกร้องติดตามหนี้จากลูกหนี้ทั้งหลาย บริษัทใหม่ก็ย่อมมีสิทธิเช่นนั้นด้วย ในขณะที่เดียวกันถ้าบริษัทเดิมเป็นลูกหนี้ของบุคคลใด ๆ บริษัทใหม่ก็จะถูกผูกพันในฐานะลูกหนี้ไปด้วย

*มาตรา 148 (4) แห่ง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535

มีปัญหาว่าผลทางกฎหมายดังกล่าวนั้น จะผูกพันบริษัทใหม่โดยอัตโนมัติในฐานะที่เป็นบทบัญญัติเฉพาะ หรือว่าจะต้องได้มีการปฏิบัติตาม ป.พ.พ. ในส่วนที่เกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือการแปลงหนี้ใหม่ก่อนหรือไม่

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายบัญญัติให้บริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นรับไปทั้งบรรดาสหสิทธิและหน้าที่ของบริษัทเดิมที่มาควบเข้ากันนั้น ดังนั้นสิทธิหน้าที่ทั้งหลายของบริษัทเดิมซึ่งสูญสลายไปย่อมตกแก่บริษัทที่เกิดขึ้นใหม่โดยผลของกฎหมายโดยอัตโนมัติ และการที่ลูกหนี้ เจ้าหนี้ทั้งหลายของบริษัทนี้ได้มาเข้ามาทำการรับรู้ รับทราบ หรือมิได้คัดค้านการควบบริษัทดังกล่าวแล้ว สิทธิหน้าที่ของลูกหนี้ เจ้าหนี้ทั้งหลายของบริษัทที่มาควบเข้ากันต่อบริษัทใหม่นั้นก็ยังมีอยู่ เช่น เดิม และทรัพย์สินบางอย่างอาจต้องการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน เช่น รถยนต์ ที่ดิน ซึ่งก็เป็นไปโดยผลของกฎหมายเช่นกัน

สำหรับปัญหาทางกฎหมายภาษีอากรของไทยนั้น มีประเด็นที่น่าคิดว่าผลทางกฎหมายภาษีอากรจะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับบทบัญญัติตามมาตรา 1243 แห่ง ป.พ.พ. หรือมาตรา 153 แห่ง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด นี้ด้วยหรือไม่ เพราะอาจมีกรณีที่บริษัททั้งหลายที่มาควบเข้ากันนั้นเป็นทั้งลูกหนี้ และเจ้าหนี้กรมสรรพากร ผลกำไรหรือขาดทุนที่เกิดขึ้นในบริษัทเดิมจะโอนไปยังบริษัทใหม่ได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3

3. การคุ้มครองกิจการทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับทุนของกิจการ

การคุ้มครองกิจการทางธุรกิจในรูปแบบที่จะได้กล่าวถึงต่อไปนี้เป็น การดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับทุนของกิจการ หรือองค์กรหนึ่งองค์กรใดโดย

ไม่เกี่ยวข้องกับองค์กรอื่นแต่อาจเกิดขึ้นบ่อย หรือยุ่งยากน้อยกว่ากรณี
ตามข้อ 1. และ 2. เนื่องจากเป็นการดำเนินการภายในองค์กรเดียวจึง
ไม่ยุ่งยากซับซ้อนแต่อย่างใด

3.1 การเพิ่มทุน

การเพิ่มทุนนั้นในส่วนของบริษัทเอกชนเป็นไปตามบท
มาตรา 1220-1224 และ 1228 แห่ง บพพ. ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) บริษัทจะทำการเพิ่มทุนได้นั้น จะต้องได้รับมติพิเศษ
จากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเสียก่อน ซึ่งมติพิเศษนั้นจะกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับ
ทุนที่จะทำการเพิ่มนั้น ว่าเป็นจำนวนเท่าใด แบ่งออกเป็นกี่หุ้น และมีมูลค่าหุ้น
ซึ่งรวมส่วนล้ำมูลค่าหุ้น (premium) หุ้นละเท่าใด

(2) ผู้ถือหุ้น มีสิทธิได้รับการเสนอจำนวนหุ้นใหม่ เท่ากับ
สัดส่วนของหุ้นเดิมที่ตนถืออยู่ โดยกรรมการจะต้องกำหนดเวลาให้ผู้ถือหุ้น
แต่ละคนตอบรับคำเสนอขายหุ้นเพิ่มทุนนั้น ถ้าผู้ถือหุ้นนั้นไม่ได้ตอบรับภายใน
กำหนด หรือได้ปฏิเสธคำเสนอนั้น กรรมการจะเสนอขายให้ผู้ถือหุ้นอื่นหรือจะ
รับซื้อเองก็ได้

(3) บริษัทต้องจดทะเบียนมติพิเศษนั้น ภายใน 14 วัน นับ
แต่วันที่ได้ลงมติในคราวที่สองปีนยันมติครั้งแรกนั้น

สำหรับการเพิ่มทุนของบริษัทมหาชนนั้น พรบ. บริษัทมหาชน
จำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดเรื่องการเพิ่มทุนไว้ในมาตรา 136-138
สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) บริษัทจะทำการเพิ่มทุนได้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุม และมีสิทธิออกเสียงคะแนน โดยการออกหุ้นเพิ่มทุนโดยไม่ต้องการมติพิเศษอย่างในกรณีของบริษัทเอกชนตาม ปพพ.

(2) หุ้นที่ออกเพิ่มทุนจะเสนอขายทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ และจะเสนอขายให้ผู้ถือหุ้นเดิมตามส่วนที่แต่ละคนถืออยู่ หรือจะเสนอขายต่อประชาชนทั้งหมด หรือบางส่วนก็ได้ แล้วแต่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะกำหนด

(3) บริษัทต้องนำมติให้เพิ่มทุนไปจดทะเบียนภายใน 14 วันนับแต่วันที่ได้มีมตินั้น และเมื่อจำหน่ายหุ้นที่เพิ่มได้บางส่วนจะจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงทุนที่ชำระแล้ว (paid up capital) เป็นคราว ๆ ไป คราวละไม่ต่ำกว่าร้อยละ 25 ของจำนวนหุ้นที่เสนอก็ได้

นอกจากนี้ มาตรา 117 ของ พ.ร.บ.บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 ดังกล่าวยังได้รองรับว่าบริษัทอาจจ่ายเงินปันผลในรูปของหุ้นสามัญออกใหม่ให้แก่ผู้ถือหุ้นได้ ในกรณีที่บริษัทยังจำหน่ายหุ้นได้ไม่ครบตามจำนวนที่จดทะเบียนไว้ หรือบริษัทได้จดทะเบียนเพิ่มทุนเอาไว้แล้ว ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่าเป็น "หุ้นปันผล (stock dividend)" นั่นเอง ทั้งนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเสียก่อนด้วย

การเพิ่มทุนของบริษัทมักจะทำขึ้นเมื่อบริษัทพิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องใช้จ่ายเงินในการประกอบกิจการเพิ่มมากขึ้น การกู้ยืมเป็นทางหนึ่งที่จะได้เงินนั้นมา แต่บริษัทจะต้องมีภาระดอกเบี้ยที่ต้องจ่าย การระดมทุนเพิ่มจึงเป็นวิธีที่ประหยัดต้นทุนการดำเนินงานของบริษัทมากที่สุด

การชำระค่าหุ้นของผู้ถือหุ้นสำหรับหุ้นที่เพิ่มทุนนั้น ก็จะเป็น เช่นเดียวกับกรณีการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่ นั่นคือ สามารถชำระเป็นเงินสดหรือ ทรัพย์สินต่าง ๆ ก็ได้ ตามที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ลงมติพิเศษเอาไว้ กับอีกกรณี หนึ่งนั้น ในกรณีที่บริษัทมีกำไร บริษัทก็อาจนำเงินกำไรนั้นไปใช้เป็นเงินทุน หมุนเวียนได้ แต่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ลงทุนอาจไม่พอใจเนื่องจากผู้ถือหุ้นก็ย่อมหวัง ที่จะได้รับประโยชน์ตอบแทนในรูปของเงินปันผลด้วย บริษัทจึงอาจเลือกที่จะ จ่ายเป็นหุ้นปันผล (stock dividends) ซึ่งจะทำให้บริษัทสามารถสงวน ผลกำไรไว้ใช้จ่ายในกิจการต่อไปได้ ขณะเดียวกันผู้ถือหุ้นก็จะได้รับปันผล ตอบแทนในรูปของหุ้น ซึ่งแม้จะไม่ใช่ตัวเงินก็สามารถนำหุ้นนี้ไปขายต่อ บุคคลอื่นได้¹²

3.2 การลดทุน

การลดทุนของบริษัทมักกระทำเมื่อบริษัทไม่มีความ จำเป็นต้องใช้เงินทุนจำนวนมากนั้นอีกต่อไป อาจเนื่องจากเพราะบริษัทมีผล กำไรมาก หรือในบางกรณีการลดทุนจะกระทำเมื่อต้องการจัดหุ้นบางประเภท เช่น หุ้นบุริมสิทธิ แต่เนื่องจากการลดทุนของบริษัทนั้น ปพพ. จึงได้บัญญัติเรื่อง การลดทุนของบริษัทเอาไว้ในมาตรา 1224 - 1228 ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

(1) บริษัทจะทำการลดทุนโดยการลดมูลค่า (par value) ของแต่ละหุ้นให้ต่ำลง เช่น จากเดิมกำหนดไว้หุ้นละ 100 บาท อาจลดลง เหลือหุ้นละ 75 บาทเป็นต้น หรือลดจำนวนหุ้นให้น้อยลงก็ได้ โดยต้องได้รับ

¹²พิเศษ เสตเสถียร, "ปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการจ่ายหุ้นปันผล (stock dividends)", เอกสารภาษีอากร (ธันวาคม 2531) : 117-118.

มติพิเศษจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น แต่ทุนของบริษัทนั้นจะลดลงไปที่ต่ำกว่าหนึ่งในสี่ของทุนไม่ได้ เช่น จำนวนทุนของบริษัท 100 ล้านบาท จะลดไปที่ต่ำกว่า 25 ล้านบาทไม่ได้

(2) โดยเหตุที่การลดทุนนั้นกระทบกระเทือนผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ดังที่ได้กล่าวแล้ว กฎหมายจึงกำหนดว่าบริษัทจะต้องโฆษณาความประสงค์ในการลดทุนในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่น 7 ครั้งเป็นอย่างน้อย และต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังเจ้าหนี้ที่บริษัทมีข้อมูลอยู่ว่าเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท เพื่อแจ้งให้ทราบถึงรายละเอียดของการลดทุนนั้น โดยต้องแจ้งให้เจ้าหนี้ทำการคัดค้านภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ได้บอกกล่าวนั้น

ถ้าไม่มีเจ้าหนี้คัดค้านภายในกำหนด 3 เดือนดังกล่าว บริษัทก็สามารถทำการลดทุนได้ แต่ถ้ามีเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดคัดค้านบริษัทจะทำการลดทุนไม่ได้จนกว่าจะได้ชำระหนี้ หรือให้ประกันแก่หนี้รายนั้นเสียก่อน

ทั้งนี้ทั้งนั้น หากเจ้าหนี้รายใดมิได้คัดค้านเพราะไม่ทราบถึงการลดทุนดังกล่าว โดยไม่ใช่ความผิดของตนเอง เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ผู้ถือหุ้นที่ได้รับคืนเงินลดทุน คืนเงินเท่าที่ไม่เกินกว่าที่ผู้ถือหุ้นได้รับนั้น ภายใน 2 ปี นับแต่วันจดทะเบียนลดทุน

(3) บริษัทต้องจดทะเบียนมติพิเศษให้ลดทุนนั้นภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ได้ลงมติในคราวที่สองปีนับมติคราวแรก

สำหรับการลดทุนของบริษัทมหาชนนั้นเป็นไปตาม พรบ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 139 - 143 ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) บริษัทอาจลดทุนจดทะเบียนได้โดยจะลดมูลค่าแต่ละหุ้นหรือลดจำนวนหุ้นให้น้อยลง แต่จะลดลงไปให้ต่ำกว่า 1 ใน 4 ของทุนไม่ได้หรืออาจลดทุนโดยตัดหุ้นจดทะเบียนที่จำหน่ายไม่ได้ หรือที่ยังมิได้ออกจำหน่าย โดยทั้งนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นซึ่งลงมติเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุม และมีสิทธิออกเสียง และต้องนำมตินั้นไปขอจดทะเบียนภายใน 14 วัน นับแต่วันที่มามีมติ

(2) กรณีที่เป็นการลดทุนโดยลดมูลค่าหุ้นลง หรือลดจำนวนหุ้นให้น้อยลงนั้น บริษัทต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบภายใน 14 วัน นับแต่วันที่มามีมติเพื่อให้เจ้าหน้าที่คัดค้านภายใน 2 เดือนนับแต่วันได้รับแจ้ง และต้องโฆษณามติภายใน 14 วันนั้นด้วย ถ้ามีเจ้าหน้าที่ได้คัดค้านบริษัทจะลดทุนไม่ได้จนกว่าจะได้ชำระหนี้หรือได้ประกันหนี้แล้ว

แต่ถ้าเจ้าหน้าที่มิได้คัดค้านเพราะไม่ทราบถึงมติการลดทุนนั้นโดยมิใช่ความผิดของตนเอง เจ้าหน้าที่อาจเรียกค่าหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นซึ่งได้รับจากการลดทุนนั้น แต่ต้องฟ้องคดีภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่ได้จดทะเบียนลดทุน

(3) เมื่อไม่มีเจ้าหน้าที่คัดค้าน หรือบริษัทได้ชำระหนี้ หรือได้ประกันหนี้ไว้แล้วจึงจะสามารถทำการจดทะเบียนลดทุนได้