

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การจัดตั้งกองทุนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานไทย

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๘๐๕.๓/๕๖๐๒ ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๕๒ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ เห็นชอบตามผลการประชุมคณะกรรมการรัฐมนตรีเศรษฐกิจ ครั้งที่ ๑๕/๒๕๕๒ ซึ่งเห็นชอบหลักการจัดตั้งกองทุนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานไทย (กองทุนฯ) ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ และให้กระทรวงการคลังศึกษาจัดทำรายละเอียดการจัดตั้งกองทุนฯ โดยประสานหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และนำเสนอตามขั้นตอนต่อไป

สคร. ได้ทำการศึกษารายละเอียดแล้วพบว่า ในเบื้องต้นรัฐวิสาหกิจที่มีความเหมาะสมที่จะดำเนินการระดมทุนโดยกองทุนฯ ได้แก่ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) และการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) อย่างไรก็ตาม การดำเนินการดังกล่าวมีประเด็นข้อกฎหมายที่จะต้องหารือคณะกรรมการกฤษฎีกา โดย สคร. เสนอภาพรวมและหลักการของการจัดตั้งและระดมทุนในรูปแบบกองทุนฯ รวมทั้งโครงสร้างการระดมทุนโดยสรุป ตลอดจนประเด็นหารือข้อกฎหมายในกรณีของ กฟผ. และ กทพ. ดังนี้

๑. ภาพรวมและหลักการของการจัดตั้งและระดมทุนในรูปแบบกองทุนฯ

กองทุนฯ จะมีสถานะเป็นกองทุนรวมจัดตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่อยู่ระหว่างการยกร่างโดยสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) ภายใต้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยมีบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมเป็นผู้ดำเนินการจัดตั้ง กองทุนฯ จะขายหน่วยลงทุนเพื่อระดมทุนจากประชาชนและนักลงทุนเป็นการทั่วไป และนำเงินที่ระดมได้มาทำธุรกรรมที่เหมาะสมกับรัฐวิสาหกิจ เช่น การโอนสิทธิเรียกร้องของรัฐวิสาหกิจในโครงการโครงสร้างพื้นฐานให้กองทุนฯ การให้สัมปทานกองทุนฯ เพื่อให้กองทุนฯ ก่อสร้างโครงการโครงสร้างพื้นฐานและโอนให้รัฐวิสาหกิจเมื่อก่อสร้างเสร็จ การทำสัญญาโอนกระแสรายได้ของโครงการโครงสร้างพื้นฐานในอนาคตของรัฐวิสาหกิจให้กองทุนฯ เป็นต้น โดยเมื่อรัฐวิสาหกิจได้รับเงินจากกองทุนฯ ภายใต้การทำธุรกรรมดังกล่าว จะสามารถนำเงินนั้นไปใช้ประโยชน์ต่าง ๆ เช่น การลงทุนเพื่อพัฒนาปรับปรุงหรือขยายกิจการโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์แก่ประเทศได้ต่อไป

๒. การระดมทุนในรูปแบบกองทุนฯ และประเด็นหารือข้อกฎหมาย กรณีของ กฟผ.

๒.๑ สรุปภาพรวมและขั้นตอนของโครงสร้างธุรกรรม

๒.๑.๑ บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมดำเนินการจัดตั้งกองทุนฯ และระดมทุนจากนักลงทุน โดยมีข้อกำหนดสิทธิระหว่างกองทุนฯ และผู้ถือหุ้นรายละส่วนที่ได้รับผลตอบแทนจากกระทรวงการคลัง และจดทะเบียนกับสำนักงาน ก.ล.ต. ภายใต้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ

๒.๑.๒ กองทุนฯ นำเงินที่ได้จากการขายหน่วยลงทุนไปชำระให้แก่ กฟผ. เพื่อเป็นค่าตอบแทนสำหรับการเข้าทำธุรกรรมในรูปแบบสัญญาโอนกระแสรายรับในอนาคตของโครงการโครงสร้างพื้นฐานของ กฟผ. กรณีนี้ได้แก่โครงการโรงไฟฟ้า ซึ่ง กฟผ. สัญญาที่จะให้ผลตอบแทนเป็นเงินที่ได้จากผลประกอบการของโรงไฟฟ้างดงามให้แก่งกองทุนฯ เป็นรายงวดตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกัน โดย กฟผ. ยังคงเป็นเจ้าของและบริหารจัดการโรงไฟฟ้านั้น

๒.๑.๓ เมื่อกองทุนฯ ได้รับเงินจาก กฟผ. แล้ว กองทุนฯ จะนำเงินดังกล่าวมาชำระเป็นผลตอบแทนให้แก่ผู้ถือหุ้นรายละส่วนต่อไปจนสิ้นสุดระยะเวลาที่ตกลงกัน

๒.๒ สรุปความสัมพันธ์ตามสัญญาในส่วนอง กฟผ.

๒.๒.๑ การนำเงินส่งให้แก่กองทุนฯ กฟผ. จะให้ผลตอบแทนแก่กองทุนฯ เป็นรายงวด ตามการคำนวณจากผลการดำเนินงานของโรงไฟฟ้าที่กำหนดตลอดอายุสัญญา

๒.๒.๒ การบริหารจัดการทรัพย์สิน กฟผ. มีอำนาจและหน้าที่ในการบริหารจัดการโรงไฟฟ้าตามแนวทางที่ได้ตกลงไว้กับกองทุนฯ ในสัญญา

๒.๒.๓ การเปิดเผยข้อมูล กฟผ. มีหน้าที่ในการรายงานผลการดำเนินงานโรงไฟฟ้าให้แก่กองทุนฯ ตามที่ได้ตกลงไว้กับกองทุนฯ ในสัญญา

๒.๒.๔ การบำรุง อนุรักษ์ และซ่อมแซมทรัพย์สิน กฟผ. รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุง อนุรักษ์ และซ่อมแซมโรงไฟฟ้าตามที่ได้ตกลงไว้กับกองทุนฯ ในสัญญา

๒.๓ สรุปความสัมพันธ์ตามสัญญาในส่วนองกองทุนฯ

๒.๓.๑ การนำเงินส่งให้แก่ กฟผ. กองทุนฯ มีหน้าที่ส่งเงินให้แก่ กฟผ. ตามจำนวนที่ตกลงกันในสัญญา

๒.๓.๒ การตรวจสอบการบริหารจัดการทรัพย์สิน กองทุนฯ สามารถแต่งตั้งวิศวกรอิสระเข้าตรวจสอบการบริหารจัดการโรงไฟฟ้าของ กฟผ. เพื่อสอบถามความพร้อมของการเดินเครื่องและความถูกต้องของการคำนวณผลตอบแทนให้แก่กองทุนฯ

๒.๓.๓ การบำรุง อนุรักษ์ และซ่อมแซมทรัพย์สิน ในบางกรณี กองทุนฯ จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมโรงไฟฟ้าส่วนที่เสียหายหรือปรับปรุงประสิทธิภาพของโรงไฟฟ้าตามที่ได้ตกลงไว้กับ กฟผ. ในสัญญา ซึ่งหากมีเหตุที่ทำให้ค่าใช้จ่ายเกินกว่าที่กำหนดในสัญญา กฟผ. จะต้องขอความยินยอมจากกองทุนฯ ก่อน

๒.๔ ประเด็นหารือข้อกฎหมาย

๒.๔.๑ การที่ กฟผ. เข้าทำสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้นกับ กองทุนฯ อยู่ภายใต้วัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กฟผ. ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ หรือไม่

ความเห็นเบื้องต้นของ สคร.

ตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยฯ กำหนดให้ กฟผ. มีอำนาจกระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ โดยอำนาจนั้นตามมาตรา ๙ (๒) ได้รวมถึงการจำหน่ายทรัพย์สินใดๆ ด้วย ทั้งนี้ หากพิจารณาลักษณะของสัญญาที่ กฟผ. เข้าทำกับกองทุนฯ เห็นว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งมีสาระสำคัญของข้อสัญญาเป็นการจำหน่ายทรัพย์สินลักษณะหนึ่ง ซึ่งเป็นการตกลงจำหน่ายจ่ายโอนรายได้ของ กฟผ. ที่จะได้รับในอนาคตจากโรงไฟฟ้าที่ระบุไว้ให้แก่กองทุนฯ และการเข้าทำสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเงินที่ระดมทุนได้ไปลงทุนในกิจการของ กฟผ. หรือนำไปใช้จ่ายในกิจการของ กฟผ. ดังนั้น จึงน่าจะเป็นการทำธุรกรรมสัญญาภายใต้ขอบวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กฟผ. ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

๒.๔.๒ หาก กฟผ. สามารถดำเนินการตามข้อ ๒.๔.๑ ได้ สัญญาระหว่าง กฟผ. และกองทุนฯ ซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่อันเป็นสาระสำคัญของสัญญาไว้ดังกล่าวในข้อ ๒.๓ จะตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือไม่

ความเห็นเบื้องต้นของ สคร.

สัญญาดังกล่าวกำหนดให้กองทุนฯ รับผิดชอบต่อแทนตามการคำนวณที่อ้างอิงมาจากการคำนวณค่าซื้อไฟฟ้าที่ กฟผ. ใช้กับการซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนขนาดใหญ่ (IPP) ซึ่งตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องเสร็จที่ ๗๒๕/๒๕๓๗ ไม่ถือว่าอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และเทียบเคียงได้กับกรณีการประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) เข้าทำสัญญารับซื้อน้ำจากเอกชนที่มีลักษณะของสัญญาคลายคลึงกับกรณีการซื้อไฟฟ้าจาก IPP ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องเสร็จที่ ๔๓๘/๒๕๔๐ ไม่ถือว่าอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติดังกล่าวเช่นกัน ทั้งนี้ การทำสัญญาระหว่าง กฟผ. และกองทุนฯ เป็นเพียงการเข้าทำสัญญาทางแพ่งซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่แก่ กฟผ. ที่จะต้องส่งมอบเงินตามการคำนวณข้างต้นให้แก่กองทุนฯ โดยไม่ได้ทำให้กองทุนฯ เข้ามาร่วมดำเนินการหรือร่วมทำงานอย่างใดกับ กฟผ. และถึงแม้ว่าอาจมีความจำเป็นต้องให้กองทุนฯ เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องอยู่บ้าง เช่น การกำหนดให้ กฟผ. ต้องขอความเห็นชอบจากกองทุนฯ ก่อนดำเนินการบางประการ แต่หากพิจารณาเทียบเคียงกับข้อตกลงในสัญญาทั่วๆ ไป เช่น กำหนดห้ามไม่ให้รัฐวิสาหกิจผู้กู้ก่อหนี้เกินกว่าที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากผู้ให้กู้ก่อน เห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกันเนื่องจากเป็นข้อตกลงที่ทำให้สิทธิเสรีภาพในการจัดการกิจการของรัฐวิสาหกิจถูกจำกัดลงไปบ้าง แต่ไม่น่าจะถือว่าเป็นการให้สิทธิในลักษณะที่ทำให้เอกชนกลายเป็นผู้ร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของ กฟผ. นอกจากนี้ การกำหนดให้กองทุนฯ สามารถแต่งตั้งวิศวกรอิสระเข้าตรวจสอบการเดินเครื่องในโรงไฟฟ้านั้น เห็นว่าเป็นเพียงกลไกเพื่อการตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อสัญญา

เท่านั้น อนึ่ง การนำหน่วยลงทุนออกขายในตลาดหลักทรัพย์ ยังอาจเทียบเคียงได้กับการเสนอขายหลักทรัพย์ประเภทหุ้นทุนในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องเสร็จที่ ๑๖๓/๒๕๓๖ วินิจฉัยว่า เป็นกรณีที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ดังนั้น จึงเห็นว่าการเข้าทำสัญญาระหว่าง กฟผ. และกองทุนฯ ไม่น่าตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

๓. การระดมทุนในรูปแบบกองทุนฯ และประเด็นหรือข้อกฎหมาย กรณีของ กทพ.

๓.๑ สรุปภาพรวมและขั้นตอนของโครงสร้างธุรกรรม

๓.๑.๑ บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมดำเนินการจัดตั้งกองทุนฯ และระดมทุนจากนักลงทุน โดยมีข้อกำหนดสิทธิระหว่างกองทุนฯ และผู้ถือหน่วยลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง และจดทะเบียนกับสำนักงาน ก.ล.ต. ภายใต้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ

๓.๑.๒ กองทุนฯ นำเงินที่ได้จากการขายหน่วยลงทุนไปชำระให้แก่ กทพ. เพื่อเป็นค่าตอบแทนสำหรับการเข้าทำธุรกรรมในรูปแบบสัญญาโอนกระแสรายรับในอนาคตของโครงการโครงสร้างพื้นฐานของ กทพ. กรณีนี้ได้แก่โครงการทางพิเศษ ซึ่ง กทพ. สัญญาที่จะให้ผลตอบแทนเป็นเงินที่ได้จากผลประโยชน์ของโครงการทางพิเศษดังกล่าวให้แก่กองทุนฯ เป็นรายงวดตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกัน

๓.๑.๓ กทพ. จะนำเงินที่ได้รับจากกองทุนฯ ไปดำเนินการก่อสร้างทางพิเศษให้เสร็จสิ้นภายในเวลาที่กำหนด โดยภาครัฐจะเป็นผู้ออกค่าจัดกรรมสิทธิ์ที่ดินเพื่อใช้ในการก่อสร้างให้แก่ กทพ.

๓.๑.๔ เมื่อการก่อสร้างโครงการทางพิเศษดังกล่าวแล้วเสร็จ กทพ. จะเป็นเจ้าของ ผู้บริหารจัดการโครงการทางพิเศษ โดยจัดเก็บค่าผ่านทางและนำส่งเงินให้กองทุนฯ เป็นรายงวดตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกันในสัญญา

๓.๑.๕ เมื่อกองทุนฯ ได้รับเงินจาก กทพ. แล้ว กองทุนฯ จะนำเงินดังกล่าวมาชำระเป็นผลตอบแทนให้แก่ผู้ถือหน่วยลงทุนต่อไป

๓.๒ สรุปความสัมพันธ์ตามสัญญาในส่วนของ กทพ.

๓.๒.๑ การก่อสร้างโครงการทางพิเศษ กทพ. มีหน้าที่รับผิดชอบในการออกแบบและก่อสร้างทางพิเศษทั้งหมด โดยจะต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในเวลาและตามรายละเอียดการก่อสร้างที่ตกลงกันในสัญญา

๓.๒.๒ การนำส่งเงินให้กองทุนฯ เมื่อทางพิเศษดังกล่าวเปิดให้บริการแล้ว กทพ. มีหน้าที่จัดเก็บค่าผ่านทางพิเศษ และต้องส่งเงินให้แก่กองทุนฯ ในจำนวนและกำหนดเวลาตามที่กำหนดในสัญญา ทั้งนี้ อาจมีข้อกำหนดการรับประกันผลตอบแทนขั้นต่ำให้แก่กองทุนฯ

๓.๒.๓ การบริหาร บำรุงรักษา และซ่อมแซมทรัพย์สิน กทพ. จะต้องบริหาร บำรุงรักษา และซ่อมแซมทางพิเศษให้อยู่ในสภาพดี และพร้อมใช้งานตามที่

กำหนดไว้ในสัญญา ทั้งนี้ หาก กทพ. จะดำเนินการลงทุนขนาดใหญ่ในทางพิเศษดังกล่าวภายหลังเปิดให้บริการแล้ว จะต้องได้รับความเห็นชอบจากกองทุนฯ ก่อน

๓.๓ สรุปความสัมพันธ์ตามสัญญาในส่วนของกองทุนฯ

๓.๓.๑ การนำเงินลงทุนส่งให้แก่กองทุนฯ กองทุนฯ มีหน้าที่ส่งเงินลงทุนที่ใช้ในการก่อสร้างให้แก่ กทพ. ตามจำนวนที่ตกลงกันในสัญญา

๓.๓.๒ การแต่งตั้งวิศวกรอิสระ กองทุนฯ อาจแต่งตั้งวิศวกรอิสระเพื่อทำหน้าที่ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การตรวจรับงานร่วมกับ กทพ. เมื่อมีการส่งมอบทางพิเศษที่ก่อสร้างเสร็จเพื่อให้เป็นไปตามแบบและมาตรฐานความปลอดภัยที่ตกลงกัน การให้คำปรึกษาแก่กองทุนฯ ในกรณีที่มีการเสนอให้มีการลงทุนขนาดใหญ่ และเพื่อตรวจสอบการก่อสร้างและการดำเนินงานตามแนวปฏิบัติปกติที่ผู้ให้เงินลงทุนจะพึงกระทำโดยทั่วไป

๓.๓.๓ การจ่ายเงินค่าใช้จ่ายให้ กทพ. กองทุนฯ จะต้องจ่ายเงินจำนวนหนึ่งเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารโครงการทางพิเศษดังกล่าวตามจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญา ซึ่งหากมีค่าใช้จ่ายเกินกว่าที่ได้มีการระบุไว้ในสัญญาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากกองทุนฯ

๓.๔ ประเด็นหรือข้อกฎหมาย

๓.๔.๑ การที่ กทพ. เข้าทำสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้นอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กทพ. ตามพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ หรือไม่

ความเห็นเบื้องต้นของ สคร.

ขอบวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กทพ. ตาม มาตรา ๑๐ (๒) แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ ให้อำนาจแก่ กทพ. ในการทำนิติกรรมใด ๆ ได้ทั้งในและนอกราชอาณาจักร และการระดมทุนผ่านกองทุนฯ มีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปก่อสร้างทางพิเศษ ดังนั้น จึงเห็นว่าเป็นการกระทำที่อยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กทพ. ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

๓.๔.๒ หาก กทพ. สามารถดำเนินการตามข้อ ๓.๔.๑ ได้ สัญญาระหว่าง กทพ. และกองทุนฯ ซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่อันเป็นสาระสำคัญของสัญญาไว้ดังกล่าวในข้อ ๓.๓ จะตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่

ความเห็นเบื้องต้นของ สคร.

การทำสัญญาระหว่าง กทพ. และกองทุนฯ เป็นเพียงการเข้าทำสัญญาทางแพ่งซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่แก่ กทพ. ที่จะต้องส่งมอบเงินค่าผ่านทางของทางพิเศษให้แก่กองทุนฯ ตามที่กำหนดในสัญญา แต่ไม่ได้ทำให้กองทุนฯ เข้ามาร่วมดำเนินการหรือร่วมการงานอย่างใดกับ กทพ. ทั้งนี้ หากพิจารณาบทบาทของกองทุนฯ ที่มีต่อโครงการทางพิเศษ จะเห็นได้ว่าการที่กองทุนฯ มีส่วนร่วมในการตัดสินใจสำหรับการลงทุนขนาดใหญ่ในทรัพย์สินของโครงการบางประการนั้น อาจจะเทียบเคียงได้กับข้อตกลงในสัญญาเงินกู้ (เทียบเคียงกับการวิเคราะห์ในกรณี กฟผ. ข้างต้น) ซึ่งไม่น่าจะเป็นการให้สิทธิหรือทำให้เอกชนเข้าเป็นผู้ร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของ กทพ. ได้ นอกจากนี้ หน่วยลงทุนของกองทุนฯ ที่จะมีการเสนอขายนี้จะมีลักษณะ

กระจายหน่วยลงทุนโดยนำออกขายในตลาดหลักทรัพย์ฯ เช่นกัน ดังนั้น จึงเห็นว่าการเข้าทำสัญญาระหว่าง กทพ. และกองทุนฯ ไม่น่าตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

สคร. จึงขอหารือมายังคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อ สคร. จะได้ถือเป็นหลักปฏิบัติในการระดมทุนในรูปแบบกองทุนฯ ต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหารือของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลางและสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ผู้แทนการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย และผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่ามีประเด็นต้องพิจารณาดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การดำเนินการทำสัญญากับกองทุนฯ ของ กฟผ. และ กทพ. นั้น จะอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กฟผ. ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ และ กทพ. ตามพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ หรือไม่ ซึ่งในประเด็นตามข้อหารือของ สคร. นั้น มีหลักการตามสัญญาในการระดมทุนในรูปแบบกองทุนฯ ในกรณีของ กฟผ. และ กทพ. ดังนี้

๑. กรณีของ กฟผ.

(๑) บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมจะเป็นผู้ดำเนินการจัดตั้งกองทุนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานไทย (กองทุนฯ) และระดมทุนจากนักลงทุน โดยกองทุนฯ จะนำเงินที่ได้จากการขายหน่วยลงทุนไปให้แก่ กฟผ. และ กฟผ. สัญญาที่จะจ่ายเงินให้แก่กองทุนฯ เป็นรายงวดตามการคำนวณจากผลการดำเนินงานของโรงไฟฟ้าที่กำหนดตลอดอายุสัญญา

(๒) กฟผ. ยังคงเป็นเจ้าของและมีอำนาจในการบริหารจัดการโรงไฟฟ้าบำรุง ดูแลรักษา และซ่อมแซมโรงไฟฟ้าตามแนวทางที่ได้ตกลงไว้กับกองทุนฯ ในสัญญา รวมทั้งมีหน้าที่ในการรายงานผลการดำเนินงานโรงไฟฟ้าให้แก่กองทุนฯ ตามที่ได้ตกลงไว้กับกองทุนฯ ในสัญญา

(๓) กองทุนฯ สามารถเข้าตรวจสอบการบริหารจัดการทรัพย์สิน และสามารถแต่งตั้งวิศวกรอิสระเข้าตรวจสอบการบริหารจัดการโรงไฟฟ้าของ กฟผ. เพื่อสอบทานความพร้อมของการเดินเครื่องและความถูกต้องของการคำนวณผลตอบแทนให้แก่กองทุนฯ สำหรับการบำรุง ดูแลรักษา และซ่อมแซมทรัพย์สิน ในบางกรณีกองทุนฯ จะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมโรงไฟฟ้าส่วนที่เสียหายหรือปรับปรุงประสิทธิภาพของโรงไฟฟ้าตามที่ได้ตกลงไว้กับ กฟผ. ในสัญญา ซึ่งหากมีเหตุที่จะทำให้ค่าใช้จ่ายเกินกว่าที่กำหนดในสัญญา กฟผ. จะต้องขอความยินยอมจากกองทุนฯ ก่อน

๒. กรณีของ กทพ.

(๑) บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมดำเนินการจัดตั้งกองทุนฯ และระดมทุนจากนักลงทุน โดยกองทุนฯ จะนำเงินที่ได้จากการขายหน่วยลงทุนไปให้แก่ กทพ. และ กทพ. จะจ่ายเงินให้แก่กองทุนฯ ตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกันในสัญญา

(๒) กทพ. จะนำเงินที่ได้รับจากกองทุนฯ ไปดำเนินการก่อสร้างทางพิเศษให้เสร็จสิ้นภายในเวลาที่กำหนด โดย กทพ. มีหน้าที่รับผิดชอบในการออกแบบและก่อสร้างทางพิเศษทั้งหมด ส่วนภาครัฐจะเป็นผู้ออกค่าจัดกรรมสิทธิ์ที่ดินเพื่อใช้ในการก่อสร้างให้แก่ กทพ. เมื่อการก่อสร้างโครงการทางพิเศษดังกล่าวแล้วเสร็จ กทพ. จะเป็นเจ้าของ ผู้บริหารจัดการโครงการทางพิเศษ โดยจัดเก็บค่าผ่านทางและนำส่งเงินรายได้ให้กองทุนฯ เป็นรายงวดตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกันในสัญญา โดยอาจมีข้อกำหนดการรับประกันผลตอบแทนขั้นต่ำให้แก่กองทุนฯ สำหรับในการบริหาร การบำรุงรักษา และซ่อมแซมทรัพย์สิน กทพ. จะต้องบริหารบำรุงรักษา และซ่อมแซมทางพิเศษให้อยู่ในสภาพดี และพร้อมใช้งานตามที่กำหนดไว้ในสัญญา และหาก กทพ. จะดำเนินการลงทุนขนาดใหญ่ในทางพิเศษดังกล่าวในภายหลัง จะต้องได้รับความเห็นชอบจากกองทุนฯ ก่อน

(๓) กองทุนฯ สามารถแต่งตั้งวิศวกรอิสระเพื่อทำหน้าที่ตรวจรับงานร่วมกับ กทพ. เมื่อมีการส่งมอบทางพิเศษที่ก่อสร้างเสร็จเพื่อให้เป็นไปตามแบบและมาตรฐานความปลอดภัยที่ตกลงกัน และกองทุนฯ จะต้องจ่ายเงินจำนวนหนึ่งเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารโครงการทางพิเศษดังกล่าวตามจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญา ซึ่งหากมีค่าใช้จ่ายเกินกว่าที่ได้มีการระบุไว้ในสัญญาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากกองทุนฯ

ในการพิจารณาผู้แทน สคร. ชี้แจงเพิ่มเติมว่า โดยหลักการในการทำสัญญาระหว่างกองทุนฯ กับ กฟผ. และ กทพ. แล้วแต่กรณี นั้น จะไม่มีการโอนทรัพย์สินที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานของ กฟผ. และ กทพ. ให้กับกองทุนฯ และจะไม่มีการค้าประกันจำนวนเงินที่จะให้แก่กองทุนฯ แต่อย่างใด

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ กฟผ. ตามมาตรา ๖^๑ แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่ง

^๑ มาตรา ๖ ให้จัดตั้งการไฟฟ้าขึ้น เรียกว่า “การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย” เรียกโดยย่อว่า “กฟผ.” และให้เป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

(๑) ผลิต จัดให้ได้มา จัดส่งหรือจำหน่ายซึ่งพลังงานไฟฟ้าให้แก่

(ก) การไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคหรือการไฟฟ้าอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

(ข) ผู้ใช้พลังงานไฟฟ้าตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

(ค) ประเทศใกล้เคียง

(๒) ดำเนินงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้า แหล่งพลังงานอันได้มาจากธรรมชาติ เช่น น้ำ ลม ความร้อนธรรมชาติ แสงแดด แร่ธาตุ หรือเชื้อเพลิงเป็นต้นว่า น้ำมัน ถ่านหิน หรือก๊าซ รวมทั้งพลังงานปรมาณู เพื่อการผลิตพลังงานไฟฟ้า และงานอื่นที่ส่งเสริมกิจการของ กฟผ.

ประเทศไทยฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ ฯลฯ (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือ กทพ. ตามมาตรา ๘^๒ แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ ย่อมต้องมีเงินทุนในการดำเนินการ ซึ่งอาจมีการจัดหาเงินทุนได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการขอรับการอุดหนุนจากรัฐบาล การจัดหารายได้จากทรัพย์สิน หรือกรณีอื่น เช่น การกู้ยืมเงิน ตามมาตรา ๙ (๖)^๓ แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยฯ และมาตรา ๑๐ (๕)^๔ แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ และออกพันธบัตรหรือตราสารอื่นใด ตามมาตรา ๙ (๗)^๕ แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยฯ และมาตรา ๑๐ (๖)^๖ แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ ได้อีกด้วย ซึ่งการกู้ยืมเงินและการออกพันธบัตรดังกล่าวถือได้ว่าเป็นรูปแบบในการจัดหาเงินอย่างหนึ่งเพื่อใช้จ่ายในกิจการของ กฟผ. และ กทพ. ดังนั้น เมื่อ

(๒ ทวิ) ดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้าและธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องหรือต่อเนื่องกับกิจการของ กฟผ. หรือร่วมทุนกับบุคคลอื่นเพื่อดำเนินการดังกล่าว

(๓) ผลิตและขายลิแกไนท์ หรือวัตถุดิบจากลิแกไนท์หรือโดยอาศัยลิแกไนท์หรือร่วมทุนกับบุคคลอื่นเพื่อดำเนินการดังกล่าว

^๒ มาตรา ๘ ให้ กทพ. เป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

(๑) สร้างหรือจัดให้มีทางพิเศษด้วยวิธีใด ๆ ตลอดจนบำรุงและรักษาทางพิเศษ

(๒) ดำเนินงานหรือธุรกิจเกี่ยวกับทางพิเศษ และธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องกับทางพิเศษหรือที่เป็นประโยชน์แก่ กทพ.

^๓ มาตรา ๙ ให้ กฟผ. มีอำนาจกระทำการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๖ อำนาจเช่นนี้ให้รวมถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

(๖) กู้ยืมเงิน หรือลงทุน

ฯลฯ

ฯลฯ

^๔ มาตรา ๑๐ ให้ กทพ. มีอำนาจหน้าที่กระทำการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๘ และอำนาจเช่นนี้ให้รวมถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

(๕) กู้หรือยืมเงินภายในและภายนอกราชอาณาจักร

ฯลฯ

ฯลฯ

^๕ มาตรา ๙ ให้ กฟผ. มีอำนาจกระทำการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๖ อำนาจเช่นนี้ให้รวมถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

(๗) ออกพันธบัตรหรือตราสารอื่นใดเพื่อการลงทุน

ฯลฯ

ฯลฯ

^๖ มาตรา ๑๐ ให้ กทพ. มีอำนาจหน้าที่กระทำการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๘ และอำนาจเช่นนี้ให้รวมถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

(๖) ออกพันธบัตรหรือตราสารอื่นใดเพื่อการลงทุนหรือเพื่อประโยชน์แก่กิจการของ กทพ.

ฯลฯ

ฯลฯ

การดำเนินการทำสัญญากับกองทุนฯ ตามข้อเท็จจริงที่หารือเป็นรูปแบบในการจัดหาเงินอย่างหนึ่งเพื่อใช้จ่ายในการก่อสร้างโรงไฟฟ้าหรือทางพิเศษที่เป็นกิจการที่อยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของ กฟผ. และ กทพ. ในทำนองเดียวกันกับการกู้ยืมเงินและการออกพันธบัตร การดำเนินการทำสัญญากับกองทุนฯ ในเรื่องนี้จึงเป็นการกระทำการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวกับหรือเนื่องในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของ กฟผ. และ กทพ. ตามมาตรา ๙ (๑๐)^๗ แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ ๖๐ (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๓๕ และมาตรา ๑๐ (๑๔)^๘ แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ กฟผ. และ กทพ. จึงมีอำนาจดำเนินการได้ตามมาตรา ๖ ประกอบกับมาตรา ๙ (๑๐) แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยฯ และมาตรา ๘ ประกอบกับมาตรา ๑๐ (๑๔) แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ

ประเด็นที่สอง หาก กฟผ. และ กทพ. สามารถดำเนินการทำสัญญากับกองทุนฯ ในลักษณะดังกล่าวตามประเด็นที่หนึ่งได้ กรณีจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือไม่ นั้น เห็นว่า การจะถือว่าเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการอันจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ นั้น จะต้องเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการของรัฐ กล่าวคือ ต้องเป็นการลงทุนในกิจการของรัฐซึ่งมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป^๙ เมื่อการดำเนินการตามข้อหารือนี้เป็นกรณีที่ กฟผ. หรือ กทพ. ทำความตกลงกับกองทุนฯ

^๗ มาตรา ๙ ให้ กฟผ. มีอำนาจกระทำการกิจการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๖ อำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

(๑๐) กระทำการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวกับหรือเนื่องในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของ กฟผ.

^๘ มาตรา ๑๐ ให้ กทพ. มีอำนาจหน้าที่กระทำการกิจการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๘ และอำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

(๑๔) กระทำการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวกับหรือเนื่องในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของ กทพ.

^๙ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายหรือกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยร่วมกัน

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการจัดหาเงินให้กับ กฟผ. หรือ กทพ. เพื่อใช้ในการก่อสร้างโรงไฟฟ้าหรือทางพิเศษตามอำนาจหน้าที่ของตน ดังนั้น กองทุนฯ จึงเป็นเพียงผู้จัดหาเงินให้แก่ กฟผ. และ กทพ. เท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการทำสัญญาระหว่าง กฟผ. และ กทพ. ตามหลักการที่หาหรือมา กองทุนฯ จะไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินถาวรของ กฟผ. และ กทพ. แต่มีเพียงสิทธิในการได้รับเงินคืนจาก กฟผ. และ กทพ. ตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกันในสัญญาเท่านั้น การทำสัญญากับกองทุนฯ ของ กฟผ. และ กทพ. จึงไม่ใช่การร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ตามบทนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามมาตรา ๕^{๑๐} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ความเห็นที่ได้ให้ไว้เป็นการให้ความเห็นตามหลักการที่ สคร. หาหรือมาในเบื้องต้นเท่านั้น หากข้อเท็จจริงในการดำเนินการและเงื่อนไขในสัญญาที่ กฟผ. และ กทพ. จะกระทำกับกองทุนฯ มีรายละเอียดเพิ่มเติมหรือแตกต่างจากหลักการที่ได้หาหรือ กรณีก็จะต้องพิจารณาเงื่อนไขของสัญญาในแต่ละสัญญาเป็นกรณีไป

(ลงชื่อ) พรทิพย์ จาละ

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มิถุนายน ๒๕๕๓

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๑๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๙, ข้างต้น