

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่อง หลักเกณฑ์การนับสัดส่วนหุ้นต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๕๕๗
และประกาศกรรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาต
ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ

กรรมการขนส่งทางอากาศ ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ คค ๐๕๐๑/๕๘๒๓ ลงวันที่ ๒๙ มิถุนายน ๒๕๕๐ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า ตามที่พลเรือเอกบรรณวิทย์ เก่งเรียน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้เสนอประเด็นปัญหาและข้อเสนอแนะในคราวการแถลงผลการดำเนินการของรัฐบาลเมื่อวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๕๐ เกี่ยวกับปัญหาสิทธิการบินของบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด ซึ่งเห็นว่าปัจจุบันถือว่าขาดคุณสมบัติแล้วเนื่องจากมีสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติมากกว่าร้อยละ ๔๙ แต่บริษัทยังดำเนินการบินอยู่ จึงขอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมไปร้องทุกข์กล่าวโทษโดยเร็ว

กรรมการขนส่งทางอากาศได้ตรวจสอบความคิดเห็นของสังคมและกลุ่มบุคคลต่าง ๆ เช่น สหพันธ์องค์กรผู้บริโภค มูลนิธิผู้บริโภค คณะทำงานของพรรคประชาธิปัตย์ คณะกรรมการการคมนาคม สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ฯลฯ ต่างมีความเห็นในประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การนับสัดส่วนหุ้นต่างด้าวไปในแนวทางเดียวกันว่า การนับสัดส่วนหุ้นต่างด้าวของผู้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศตามประกาศกรรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม ๒๕๕๗ และสัดส่วนหุ้นต่างด้าวของผู้จดทะเบียนอากาศยานตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๕๕๗ นั้น จะต้องนับแบบผู้ถือหุ้นที่แท้จริง (ultimate shareholder) คือนับหุ้นของต่างด้าวทุกชั้น ทั้งทางตรงและทางอ้อม (direct and indirect holder) มารวมเป็นสัดส่วนการถือหุ้นของต่างด้าวทั้งหมด ไม่ใช่แค่เพียงชั้นเดียวตามแนวทางของกรรมการขนส่งทางอากาศ ดังตัวอย่างเช่น กรณีการนับหุ้นต่างด้าวของบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด ตามโครงสร้างหุ้นในปัจจุบัน (ซึ่งได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตั้งแต่วันที่ ๑๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๙ จนถึงวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๕๐) ต้องนับดังนี้

๑. บริษัทเอ เอ อินเตอร์เนชั่นแนล ลิมิเต็ด จำกัด สัญชาติลาบวน (มาเลเซีย) ถือร้อยละ ๔๙

๒. บริษัทเอเชีย เอวิเอชั่น จำกัด ถือร้อยละ ๕๐

๒.๑ นายสิทธิชัย วีระธรรมบุญ ถือร้อยละ ๕๑

๒.๒ บริษัทชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด(มหาชน) (เป็นต่างด้าวตามผลการสอบของกระทรวงพาณิชย์) ถือร้อยละ ๔๙ เท่ากับบริษัทชิน คอร์ปอเรชั่นฯ ถือหุ้นในบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด ร้อยละ ๒๔.๕

ดังนั้น บริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด จึงมีหุ้นต่างด้าวถึงร้อยละ ๔๙ บวกกับร้อยละ ๒๔.๕ เท่ากับร้อยละ ๗๓.๕ จึงมีคุณสมบัติในประเด็นสัดส่วนการถือหุ้นของบุคคลสัญชาติไทย : ต่างด้าว ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด

กรรมการขนส่งทางอากาศพิจารณาแล้ว เห็นว่า มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การนับสัดส่วนหุ้นต่างด้าวซึ่งจะมีผลต่อการพิจารณาคุณสมบัติของบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด ในฐานะผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ และในฐานะของผู้จดทะเบียนอากาศยานตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๕๔๗ เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ตามประกาศกรรมการขนส่งทางอากาศ เรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๗ และการพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของผู้จดทะเบียนอากาศยานตามมาตรา ๓๑ แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๕๔๗ กำหนดไว้ในลักษณะเดียวกันว่า

“มาตรา ๓๑ ในกรณีที่บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด บริษัทนั้นต้องไม่มีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย และหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมดต้องเป็นของบุคคลประเภทต่อไปนี้แต่ละประเภทโดยลำพังหรือหลายประเภทรวมกัน

- (ก) บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย
- (ข) กระทรวง ทบวง กรมในรัฐบาล
- (ค) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งกระทรวง ทบวง กรมในรัฐบาล ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมด
- (ง) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมด”

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว กรรมการขนส่งทางอากาศใช้แนวทางในการพิจารณาสัดส่วนหุ้นต่างด้าวของผู้จดทะเบียนอากาศยานและผู้ขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับแนวทางของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ กล่าวคือ จะพิจารณาจากการถือหุ้นและทุนในนิติบุคคลนั้น ๆ ขึ้นเดียวโดยไม่พิจารณาถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่น ๆ ที่เข้ามาร่วมลงทุนในนิติบุคคลนั้น ซึ่งหมายความว่าสัดส่วนหุ้นส่วนต่างด้าวจะพิจารณาจากการถือหุ้นและการลงทุนโดยตรงเท่านั้น ดังนั้น ในการพิจารณาสัดส่วนหุ้นต่างด้าวของผู้ขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ กรรมการขนส่งทางอากาศจะพิจารณาจากบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นของกระทรวงพาณิชย์ซึ่งถือเป็นเอกสารมหาชน โดยในบัญชีดังกล่าวจะระบุว่าผู้ถือหุ้นแต่ละรายมีสัญชาติใด และจะนำสัดส่วนของผู้ถือหุ้นมาพิจารณาว่ามีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ หรือไม่

หากใช่ ก็จะพิจารณาลงไปอีกว่าในจำนวนผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยนั้น หากมีบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดถือหุ้นอยู่ บริษัทนั้นมีบุคคลธรรมดาถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมดหรือไม่ ถ้าใช่ ก็ถือว่าผู้ขออนุญัตราายนี้นี้มีคุณสมบัติในเรื่องสัดส่วนหุ้นถูกต้อง โดยไม่ได้ลงไปดูว่าบริษัทนั้นมีสัดส่วนหุ้นต่างตัวอยู่เท่าใด เพื่อที่จะนำมาคิดรวมเป็นหุ้นต่างตัวทั้งหมดของผู้ขออนุญาติ

กรมการขนส่งทางอากาศจึงหารือในประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การนับสัดส่วนหุ้นต่างตัวตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๗ และมาตรา ๓๑ แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๕๔๗ ตามแนวทางที่กรมการขนส่งทางอากาศใช้ในการพิจารณาว่าถูกต้องหรือไม่ อย่างไร เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสามารถใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคุณสมบัติของบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด และผู้ขออนุญัตราายอื่นต่อไป

อนึ่ง กรมการขนส่งทางอากาศชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในการหารือว่า ขณะนี้บริษัทเอเซีย เอวิเอชั่น จำกัด ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด ได้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างผู้ถือหุ้น และจดทะเบียนใหม่กับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ เมื่อวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๕๐ โดยมีบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้บริหารของบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด มาถือหุ้นทั้งหมด

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๓) ได้พิจารณาข้อหารือของกรมการขนส่งทางอากาศ โดยมีผู้แทนกระทรวงคมนาคม (กรมการขนส่งทางอากาศ) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริง ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า สัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด ระหว่างวันที่ ๑๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๙ ถึงวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๕๐ ประกอบด้วยนายทศพล แบลเวลด์ ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย ถือหุ้นร้อยละ ๑ บริษัทเอ เอ อินเตอร์เนชั่นแนล ลิมิเต็ด จำกัด สัญชาติลาบวน (มาเลเซีย) ถือหุ้นร้อยละ ๔๙ และบริษัทเอเซีย เอวิเอชั่น จำกัด ถือหุ้นร้อยละ ๕๐ โดยผู้ถือหุ้นในบริษัทเอเซีย เอวิเอชั่น จำกัด ประกอบด้วยนายสิทธิชัย วีระธรรมบุญ ถือหุ้นร้อยละ ๕๑ และบริษัทชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ถือหุ้นร้อยละ ๔๙ ต่อมาเมื่อวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๕๐ บริษัทเอเซีย เอวิเอชั่น จำกัด ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นในบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด ได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างผู้ถือหุ้นและจดทะเบียนใหม่กับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ โดยให้บุคคลธรรมดาสัญชาติไทยมาถือหุ้นทั้งหมด

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๓) พิจารณาแล้วเห็นว่า โดยที่มาตรา ๓๑^๑ แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๕๔๗ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินอากาศ

^๑ มาตรา ๓๑ ผู้ซึ่งขอจดทะเบียนอากาศยานจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตามต้องมีสัญชาติไทย

ถ้าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทยมีสำนักงานใหญ่ของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และ

(๑) ในกรณีที่ห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย

(ฉบับที่ ๑๐) พ.ศ. ๒๕๕๒ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจดทะเบียนอากาศยานไว้ว่า ประการแรก ผู้จดทะเบียนอากาศยานจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย ประการที่สอง ในกรณีที่ผู้จดทะเบียนอากาศยานเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด จะต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทย และมีสำนักงานใหญ่ของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และประการที่สาม ทุนและหุ้นส่วนของผู้จดทะเบียนอากาศยาน พิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังนี้

๑. ถ้าผู้จดทะเบียนอากาศยานเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมด ต้องมีสัญชาติไทย

๒. ถ้าผู้จดทะเบียนอากาศยานเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนต้องมีสัญชาติไทย และทุนของห้างหุ้นส่วนนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

๓. ถ้าผู้จดทะเบียนอากาศยานเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด บริษัทนั้นต้องไม่มีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย และหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมดต้องเป็นของบุคคลในประเภทต่อไปนี้แต่ละประเภทโดยลำพังหรือหลายประเภทรวมกัน ได้แก่

๓.๑ บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

๓.๒ กระทรวง ทบวง กรมในรัฐบาล

๓.๓ บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งกระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาล ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมด หรือ

๓.๔ บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมด

(๒) ในกรณีที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนต้องมีสัญชาติไทย และทุนของห้างหุ้นส่วนนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(๓) ในกรณีที่บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด บริษัทนั้นต้องไม่มีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย และหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมดต้องเป็นของบุคคลในประเภทต่อไปนี้แต่ละประเภทโดยลำพังหรือหลายประเภทรวมกัน

(ก) บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(ข) กระทรวง ทบวง กรมในรัฐบาล

(ค) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งกระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาลถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมด

(ง) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของทั้งหมด

(จ) นิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ถ้าเป็นสมาคม ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทย มีสำนักงานใหญ่ของสมาคมตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และข้อบังคับของสมาคมนั้นได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการการบินพลเรือนแล้ว

สำหรับประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๗ นั้น เป็นการออกประกาศโดยอาศัยอำนาจตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ ประกาศ ณ วันที่ ๒๖ มกราคม พุทธศักราช ๒๕๑๕ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบการค้าขายในการเดินอากาศประเภทต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความชัดเจนโปร่งใสในการพิจารณาและดำเนินงานเกี่ยวกับคำขออนุญาต ซึ่งมีหลักเกณฑ์การนับสัดส่วนการถือหุ้นต่างตัวของนิติบุคคลเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๓๑ แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ ดังนั้น การที่กรมการขนส่งทางอากาศพิจารณาหลักเกณฑ์การนับสัดส่วนหุ้นต่างตัวของผู้จดทะเบียนอากาศยานและผู้ขออนุญาตประกอบการค้าขายในการเดินอากาศ โดยพิจารณาจากการถือหุ้นและทุนในนิติบุคคลนั้น ๆ โดยไม่พิจารณาถึงทุนของคนต่างตัวในนิติบุคคลอื่น ๆ ที่เข้ามาร่วมลงทุนในนิติบุคคลนั้น จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๗ และมาตรา ๓๑ แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๕๔๗ แล้ว

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าโครงสร้างผู้ถือหุ้นในบริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด ในระหว่างวันที่ ๑๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๙ ถึงวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๕๐ นั้น บริษัทเอเชีย เอวิเอชั่น จำกัด ถือหุ้นร้อยละ ๕๐ โดยบริษัทเอเชีย เอวิเอชั่น จำกัด มีนายสิทธิชัย วีระธรรมบุญ ถือหุ้นร้อยละ ๕๑ และบริษัทชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด(มหาชน) ถือหุ้นร้อยละ ๔๙ ดังนั้น แม้ว่าบริษัทชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด(มหาชน) จะเป็นต่างตัวตามผลการสอบของกระทรวงพาณิชย์ แต่เมื่อพิจารณาสัดส่วนจำนวนหุ้นและผู้ถือหุ้นแล้ว ก็ต้องถือว่าบริษัทเอเชีย เอวิเอชั่น จำกัด มีสัญชาติไทย ด้วยเหตุนี้ บริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด จึงมีสถานะเป็นบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนอากาศยานได้ตามมาตรา ๓๑ (๓) (ง)^๒ แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ เนื่องจากมีบุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมด นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างผู้ถือหุ้นของบริษัทเอเชีย เอวิเอชั่น จำกัด ตั้งแต่วันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๕๐ เป็นต้นมา ซึ่งประกอบด้วยบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นทั้งหมด ก็สอดคล้องกับการพิจารณาสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างตัวของนิติบุคคลตามที่ได้วินิจฉัยแล้ว

(ลงชื่อ) พรทิพย์ จาละ

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มีนาคม ๒๕๕๑

^๒ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น