

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน
หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕
(กรณีการรวมกิจการระหว่างบริษัททางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด
กับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน))

การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) ได้มีหนังสือ ที่ กทพ ๑๐/๗๓๘ ลงวันที่ ๒๑ มีนาคม ๒๕๕๑ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า กทพ. ได้ลงนามในสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ ๒ กับบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด เมื่อวันที่ ๒๒ ธันวาคม ๒๕๓๑ (ซึ่งต่อมาได้จดทะเบียนเป็นบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (บริษัท BECL) เมื่อวันที่ ๒๓ มิถุนายน ๒๕๓๗) ต่อมา กทพ. ได้ลงนามในสัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ด กับบริษัททางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด (บริษัท NECL) เมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๓๙ ซึ่งบริษัท BECL เป็นผู้ลงทุนในบริษัท NECL เพื่อดำเนินการก่อสร้างและบริหาร รวมทั้งจัดเก็บรายได้ในทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ด

ต่อมาเมื่อบริษัท NECL ได้ก่อสร้างทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ดแล้วเสร็จ และเปิดให้บริการทางด่วนสายดังกล่าวแล้ว บริษัท NECL ได้มีหนังสือที่ ทกน. ๒๐๔/ซี ๒๐๑.๐๑๓ ลงวันที่ ๒๕ มกราคม ๒๕๔๓ แจ้ง กทพ. ทราบถึงความประสงค์ที่บริษัท NECL จะรวมกิจการกับบริษัท BECL จึงขอความเห็นชอบในหลักการในการรวมกิจการจาก กทพ. ตามเงื่อนไขของสัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ด ข้อ ๒๐.๒ (ก) (๑) ซึ่ง กทพ. ได้มีการพิจารณาตามข้อสัญญาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และได้นำเรื่องดังกล่าวหารือสำนักงานอัยการสูงสุดว่า การรวมกิจการระหว่างบริษัท NECL กับบริษัท BECL สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย และสัญญาหรือไม่ หากสามารถกระทำได้การเปลี่ยนคู่สัญญาเป็นบริษัท BECL จะก่อให้เกิดผลดีผลเสียแก่ กทพ. อย่างไรบ้าง และ กทพ. มีอำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับเรื่องนี้หรือไม่ หรือจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนจึงจะดำเนินการได้ โดยจะดำเนินการด้วยการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ใช่หรือไม่ หรือจะต้องดำเนินการอย่างไรจึงจะชอบด้วยวิธีการของกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรี

สำนักงานอัยการสูงสุดได้มีหนังสือตอบข้อหารือว่า ในกรณีที่บริษัท NECL จะจดทะเบียนเลิกบริษัทเพื่อประโยชน์ของการรวมกิจการโดยมิได้ทำตามเงื่อนไขที่ กทพ. ให้ความเห็นชอบเป็นหนังสือนั้นตามสัญญาฯ ข้อ ๒๐.๒ (ก) (๑) กำหนดให้ กทพ. มีสิทธิเลิกสัญญาได้ ดังนั้น การรวมกิจการของบริษัททั้งสองซึ่งจะต้องมีการจดทะเบียนเลิกบริษัทฯ ตามเงื่อนไขของ

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ ในส่วนที่เกี่ยวข้อง จึงต้องได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือจาก กทพ. ด้วย ซึ่งอาจดำเนินการได้โดยจัดทำเป็นสัญญาสามฝ่ายระหว่าง กทพ. บริษัท NECL และบริษัท BECL หรือวิธีอื่นตามที่ตกลงกัน ส่วนการรวมกิจการจะก่อให้เกิดผลดีผลเสียอย่างไรนั้น กทพ. จักต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับบริษัททั้งสอง เช่น สถานะทางการเงิน ความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญาของบริษัทใหม่และอื่น ๆ และเนื่องจากคณะกรรมการ กทพ. และคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาให้ความเห็นชอบข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ ตามสัญญาโครงการนี้ ดังนั้น หากจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดของสัญญาใดๆ รวมทั้งเรื่องการรวมกิจการนี้ กทพ. จึงควรนำเสนอคณะกรรมการ กทพ. เพื่อพิจารณาก่อนด้วย

กทพ. ได้ประมวลข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย ข้อสัญญา รวมทั้งผลกระทบเกี่ยวกับการรวมกิจการของบริษัททั้งสองเสนอคณะกรรมการ กทพ. พิจารณา และได้เสนอเรื่องให้กระทรวงคมนาคมนำเรื่องการรวมกิจการดังกล่าวเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติให้เปลี่ยนแปลงคู่สัญญาจากบริษัท NECL เป็นบริษัท BECL เพื่อ กทพ. จะได้ให้ความเห็นชอบการรวมกิจการระหว่างบริษัท NECL กับบริษัท BECL และดำเนินการตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดต่อไป แต่คณะกรรมการกลั่นกรองเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี คณะที่ ๒ (ฝ่ายโครงสร้างพื้นฐาน การพลังงาน การเกษตร ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) ในการประชุมครั้งที่ ๑/๒๕๔๙ เมื่อวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๔๙ ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีการรวมกิจการของทั้งสองบริษัทอาจมีผลเกี่ยวเนื่องกับข้อเสนอขอดำเนินการปรับปรุงและติดตั้งระบบเก็บค่าผ่านทางอัตโนมัติ (Electronic Toll Collection System : ETCS) ของทางพิเศษศรีรัช ทางพิเศษเฉลิมมหานคร และทางพิเศษฉลองรัช ดังนั้น จึงเห็นควรให้กระทรวงคมนาคมรับไปพิจารณาประกอบกับเรื่องการปรับปรุงและติดตั้งระบบ ETCS แล้วนำเสนอคณะกรรมการกลั่นกรองฯ คณะที่ ๒ พิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

เนื่องจากการปรับปรุงและติดตั้งระบบเก็บค่าผ่านทางอัตโนมัติของทางพิเศษศรีรัช ทางพิเศษเฉลิมมหานคร และทางพิเศษฉลองรัช ยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จในขณะนี้ กทพ. จึงยังไม่สามารถดำเนินการตามมติคณะกรรมการกลั่นกรองเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี คณะที่ ๒ ในการนำเรื่องการรวมกิจการระหว่างบริษัท NECL กับบริษัท BECL เสนอกระทรวงคมนาคมพิจารณาดำเนินการตามขั้นตอนต่อไปได้ และต่อมาคณะกรรมการประสานงานโครงการทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ด ซึ่งได้รับแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ในการประชุมครั้งที่ ๒/๒๕๕๐ เมื่อวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๕๐ ได้ประชุมพิจารณาเรื่องการรวมกิจการระหว่างบริษัท NECL กับบริษัท BECL โดยผู้แทนของหน่วยงานต่างๆ ที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการประสานงานฯ ได้มีการตั้งข้อสังเกต ดังนี้

๑. ผู้แทนจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อสังเกตว่า หากมีการรวมกิจการฯ แล้วมีผลให้จะต้องมีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงในรายละเอียดของการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาที่ใช้บังคับอยู่ เช่น เปลี่ยนคู่สัญญาใหม่ จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ด้วย เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการมีพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

ที่ไม่ต้องการให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาของบุคคลเดียวหรือหน่วยงานเดียว

๒. ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดมีความเห็นว่า ในการนำเสนอเรื่องการรวมกิจการฯ ที่ผ่านมาคณะกรรมการประสานงานฯ ได้มีข้อสังเกตว่า ในการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับการขอแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงรายละเอียดของสัญญาฯ นั้น มิได้อยู่ในอำนาจและหน้าที่ที่คณะกรรมการประสานงานฯ จะกระทำได้ ซึ่งคณะกรรมการประสานงานฯ เพียงแต่มีข้อสังเกตให้ กทพ. นำเสนอให้คณะกรรมการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้พิจารณาดำเนินการต่อไปเท่านั้น ซึ่งตามข้อสังเกตที่ผู้แทนคณะกรรมการกฤษฎีกากล่าวถึงมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือมาตรา ๒๒ มิได้กำหนดอำนาจหน้าที่ชัดเจนแต่อย่างใด ภายหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาไปแล้ว อย่างไรก็ตาม หากจะมีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงรายละเอียดของสัญญาที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ต่อหน่วยงานของรัฐ จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา ๑๓ ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งจะต้องมีการตั้งผู้แทนจากหน่วยงานภายนอกที่พระราชบัญญัติกำหนดขึ้นมาร่วมเจรจาด้วย และหากมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้นี้ จะไม่สามารถดำเนินการได้อย่างแน่นอน

๓. ผู้แทนกระทรวงการคลังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า คณะกรรมการประสานงานฯ มีหน้าที่ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินการตามที่กำหนดในสัญญา และรายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ ซึ่งหากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาก็จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการประสานงานฯ แต่อย่างใด และหากมีปัญหาในการดำเนินการโครงการอย่างใดเกิดขึ้น กระทรวงเจ้าสังกัดจะเป็นผู้พิจารณาสั่งการหน่วยงานคือ กทพ. โดยตรง และถ้าหากว่ามีประเด็นข้อกฎหมายใดที่ไม่ชัดเจนเกิดขึ้นจะต้องส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อตีความเป็นกรณีไป

กทพ. พิจารณาแล้วเห็นควรนำปัญหาข้อกฎหมายเรื่องการรวมกิจการดังกล่าว หรือคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามข้อสังเกตของคณะกรรมการประสานงานโครงการทางด่วนสายบางปะอิน – ปากเกร็ดข้างต้น โดยขอหารือในประเด็นปัญหาดังนี้

๑. หากมีการรวมกิจการระหว่างบริษัท NECL กับบริษัท BECL แล้วมีผลให้จะต้องมีการเปลี่ยนคู่สัญญาใหม่หรือต้องแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงในรายละเอียดของการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ การรวมกิจการของบริษัททั้งสองจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ อย่างไร

๒. หากจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ การรวมกิจการของบริษัททั้งสอง ซึ่งถือเป็นการดำเนินการในโครงการเดิมด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ จะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นตามมาตรา ๑๓ เพื่อทำหน้าที่เจรจาทกลงกับเอกชนคู่สัญญาก่อนหรือไม่ หรือจะสามารถให้คณะกรรมการประสานงานโครงการตามมาตรา ๒๒ เป็นผู้ดำเนินการหรือพิจารณาเสนอความเห็นได้หรือไม่ อย่างไร

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาปัญหาข้อหาหรือของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนกระทรวงคมนาคม (สำนักงานปลัดกระทรวง) และผู้แทนการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว มีความเห็นดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การรวมกิจการระหว่างบริษัท NECL ซึ่งเป็นบริษัทจำกัดกับบริษัท BECL ซึ่งเป็นบริษัทมหาชนจำกัดเป็นการดำเนินการที่อาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด แล้วแต่กรณี และอยู่ในอำนาจของ กทพ. ที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามที่กำหนดในข้อ ๒๐.๒ (ก) (๑)^๑ ของสัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ด ลงวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๓๙ การรวมกิจการของบริษัทเอกชนจึงไม่อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ อย่างไรก็ตาม หากการรวมกิจการระหว่างบริษัท NECL และบริษัท BECL ดังกล่าว มีผลทำให้ต้องมีการเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาใหม่หรือต้องแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงรายละเอียดของการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาที่ได้ดำเนินการโดยชอบด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และอยู่ในขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แล้ว กทพ. ซึ่งเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการก็ต้องเสนอให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒^๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวพิจารณาก่อน เนื่องจาก

^๑ ข้อ ๒๐ การเลิกสัญญา

ฯลฯ

ฯลฯ

๒๐.๒ การบอกเลิกสัญญาโดย กทพ.

(ก) สิทธิเลิกสัญญา

กทพ. มีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) เอ็นอีซีแอลจดทะเบียนเลิกบริษัท ชำระบัญชี เว้นแต่กระทำการดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของการรวมกิจการหรือเพื่อปรับโครงสร้างตามเงื่อนไขที่ กทพ. ได้ให้ความเห็นชอบล่วงหน้าเป็นหนังสือ หรือ

(๒) เอ็นอีซีแอลถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด หรือ

(๓) เอ็นอีซีแอลจงใจและผิดสัญญาในสาระสำคัญอย่างต่อเนื่องในการปฏิบัติตามเงื่อนไขความผูกพันตามสัญญานี้ หรือ

(๔) เอ็นอีซีแอลจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยไม่มีเหตุผลที่สมควรหยุดการก่อสร้างหรือดำเนินการทางด่วน

นอกจากกรณีตาม (๑) ถึง (๔) กทพ. ยังมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามที่ได้ระบุไว้ในข้อ ๓.๔

(ง)

ฯลฯ

ฯลฯ

^๒ มาตรา ๒๒ เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมีให้หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการ

เป็นกรณีที่คู่สัญญามีปัญหาในการดำเนินการตามสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ จึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวที่จะพิจารณาถึงผลดีและผลเสียของการรวมกิจการของบริษัทเอกชนทั้งสองบริษัทและรายงานต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบตามนัยมาตรา ๒๓^๓ (๒) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ โดยต้องพิจารณาฐานะทางการเงินและความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญาของบริษัทที่จะเข้าเป็นคู่สัญญาใหม่นั้นด้วย ส่วนกรณีต้องมีการแต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓^๔ เพื่อทำหน้าที่เจรจาตกลงกับคู่สัญญาหรือไม่นั้น ย่อมแล้วแต่ข้อเท็จจริงและรายละเอียดในการแก้ไขสัญญาว่าจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการหรือผลประโยชน์ของรัฐหรือไม่เพียงใดด้วย ดังนั้น หากคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ หรือรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เห็นว่าการรวมกิจการระหว่างบริษัท NECL และบริษัท BECL มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการหรืออาจเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐ ก็ชอบที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของการแก้ไขสัญญา แล้วจึงดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ เพื่อทำหน้าที่ดังกล่าวต่อไป

ประเด็นที่สอง เมื่อได้วินิจฉัยในประเด็นที่หนึ่งแล้ว จึงไม่ต้องวินิจฉัยในประเด็นนี้อีก

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กรกฎาคม ๒๕๕๑

หนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

^๓ มาตรา ๒๓ ให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ มีอำนาจและหน้าที่ดังนี้

(๑) ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา

(๒) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ

ระยะเวลาที่จะต้องรายงานตาม (๒) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด แต่ต้องไม่เกินหกเดือนต่อหนึ่งครั้ง

^๔ มาตรา ๑๓ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ พนักงานหน่วยงานอื่นของรัฐหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น แล้วแต่กรณี เป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนกระทรวงอื่นอีกสองกระทรวง กระทรวงละหนึ่งคน ผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสามคน เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคนเป็นกรรมการและเลขานุการ