

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ
ในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ กรณีบริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด
ลงทุนซื้อหุ้นเพื่อดำเนินโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำน้ำเญ็บ ๑
ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

สำนักงานนโยบายและแผนพลังงานได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ พน ๐๖๐๕/๔๘๖๐ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม ๒๕๕๕ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติได้มีมติเมื่อวันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๕๕ เห็นชอบให้บริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด เข้าลงทุนและร่วมทุนในบริษัทร่วมทุนชื่อ Nam Ngiep 1 Power Company Limited ในสัดส่วนร้อยละ ๓๐ ซึ่งมีมูลค่าการลงทุนและร่วมทุนเท่ากับ ๗๙ ล้านดอลลาร์สหรัฐ (หรือเท่ากับ ๒,๔๓๘ ล้านบาท) และมอบหมายให้กระทรวงพลังงานส่งเรื่องการลงทุนและร่วมทุนของบริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด ในโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำน้ำเญ็บ ๑ หรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า เป็นกรณีที่ต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือไม่ ก่อนเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติต่อไป

กระทรวงพลังงานโดยสำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน ได้สรุปข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนี้

๑. บริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด เป็นบริษัทที่ได้รับความเห็นชอบให้จัดตั้งตามมติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ ครั้งที่ ๗/๒๕๕๐ (ครั้งที่ ๑๑๖) โดยในการลงทุนและร่วมทุนในต่างประเทศของบริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด ให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ขอความเห็นชอบจากกระทรวงพลังงานก่อนเป็นรายโครงการ และโครงการที่มีประเด็นนโยบายพิเศษให้นำเสนอคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติให้ความเห็นชอบด้วย

ต่อมา กฟผ. ได้เสนอเรื่องให้กระทรวงพลังงานพิจารณาการลงทุนและร่วมทุนของบริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด กับ KANSAI Electric Power Company Limited หรือบริษัทในเครือ และบริษัท Lao Holding State Enterprise เพื่อจัดตั้ง Nam Ngiep 1 Power Company Limited ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เพื่อพัฒนาโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำน้ำเญ็บ ๑ คิดเป็นจำนวนเงินลงทุนเท่ากับ ๗๙ ล้านดอลลาร์สหรัฐ (หรือเท่ากับ ๒,๔๓๘ ล้านบาท) ตามสัดส่วนร้อยละ ๓๐ ทั้งนี้ ตามคำเชิญของ KANSAI Electric Power Company Limited ซึ่งเป็นเอกชนต่างประเทศ

๒. เนื่องจากการลงทุนและร่วมทุนในการพัฒนาโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำ น้ำเจียบ ๑ เป็นกรณีที่เอกชนต่างประเทศ คือ KANSAI Electric Power Company Limited หรือ บริษัทในเครือ เป็นผู้ริเริ่มโครงการ และได้รับสิทธิในการพัฒนาโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำน้ำเจียบ ๑ จากสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และได้เชิญให้บริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด เข้าลงทุนและร่วมทุน

๓. กระทรวงพลังงานเห็นว่า โครงการพัฒนาโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำน้ำเจียบ ๑ ซึ่งเป็นโครงการที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ และเป็นโครงการที่เอกชนต่างประเทศได้รับสิทธิในการพัฒนา โครงการจากรัฐบาลของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จึงไม่ใช่โครงการที่หน่วยงานรัฐของ ประเทศไทยเป็นผู้ได้รับสิทธิ อีกทั้งการลงทุนและร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำ น้ำเจียบ ๑ เป็นกิจการที่บริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด ไม่มีหน้าที่ที่ต้องทำตามกฎหมาย โดยได้พิจารณาตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นการตีความคำว่า “กิจการของรัฐ” ในเรื่องเสรีที่ ๔๐๘/๒๕๔๑ ซึ่งมีใจความสำคัญสรุปได้ว่า เป็นกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่น มีอำนาจต้องทำตามหน้าที่พิจารณากฎหมายจัดตั้ง ส่วนราชการหรือองค์การนั้น ๆ กำหนดไว้ หรือตามที่กฎหมายอื่นหรือกฎหมายเฉพาะที่กำหนด อำนาจหน้าที่ให้ส่วนราชการหรือองค์การนั้น ๆ ต้องทำด้วย แต่ไม่รวมถึงอำนาจหน้าที่ตาม วัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิของนิติบุคคล ซึ่งจัดทะเบียนจัดตั้งตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นนิติบุคคลส่วนแพ่ง แม้ว่านิติบุคคลนั้น จะมีสถานภาพเป็นรัฐวิสาหกิจ ตามกฎหมายวิธีการงบประมาณก็ตาม

นอกจากนี้ โครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำน้ำเจียบ ๑ ไม่ใช่กิจการที่ต้องใช้ ทรัพยากรธรรมชาติในประเทศไทย หรือใช้ทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการของ องค์การของรัฐในประเทศไทยตามกฎหมาย หรือเป็นการใช้อำนาจพิเศษของรัฐในประเทศไทย ที่เอกชนไม่สามารถมีได้ รวมทั้งมิใช่เป็นกิจการผูกขาดของรัฐ หรือเป็นสิทธิใด ๆ ของราชการ ในประเทศไทย และในทางปฏิบัติบริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด ก็ไม่อาจจะดำเนินการ พิจารณาคัดเลือกเอกชนเพื่อร่วมลงทุนและร่วมทุนด้วยได้ เนื่องจากบริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด มีใช้หน่วยงานที่เป็นเจ้าของโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำน้ำเจียบ ๑ ประกอบกับกิจการ พัฒนาโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเป็นโครงการที่เอกชน ทั่วไปสามารถขอสิทธิเพื่อดำเนินการลงทุนและร่วมทุนในการพัฒนาโครงการได้อย่างเสรี ซึ่งในประเด็นนี้กระทรวงพลังงานได้พิจารณาตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้เคยให้ ความเห็นเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ในเรื่องเสรีที่ ๑๕/๒๕๓๖ ว่า “...โครงการที่เอกชนเป็นผู้เริ่มขึ้นนั้น ไม่อยู่ในข่ายที่จะต้องปฏิบัติ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เพราะพระราชบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์ ที่จะใช้บังคับกับกิจการที่รัฐเป็นเจ้าของหรือเป็นผู้ริเริ่มเท่านั้น...” ดังนั้น กระทรวงพลังงาน จึงมีความเห็นว่า การที่บริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด เข้าร่วมถือหุ้นในโครงการโรงไฟฟ้า พลังงานน้ำน้ำเจียบ ๑ ไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

กระทรวงพลังงานจึงขอหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า ความเห็นของกระทรวงพลังงานถูกต้องหรือไม่ และหากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า การลงทุนและร่วมลงทุนของบริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด ในโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำน้ำเียบ ๑ เป็นกรณีที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ กระทรวงพลังงานจะต้องดำเนินการอย่างไร ก่อนที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหารือของสำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง และสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนกระทรวงพลังงาน (สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน) และผู้แทนบริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า กรณีข้อหารือนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การที่บริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด ซึ่งมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจนำเงินไปลงทุนซื้อหุ้นของ Nam Ngiep 1 Power Company Limited เป็นการให้เอกชนมาร่วมงานหรือดำเนินการกิจการของรัฐที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เห็นว่า โครงการที่จะอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ นั้น จะต้องเป็นโครงการที่รัฐประสงค์จะให้เอกชนเข้ามาร่วมงานหรือดำเนินการลงทุนในกิจการของรัฐตามนัยแห่งพระราชบัญญัตินี้^๑ แต่การที่หน่วยงานของรัฐลงทุนซื้อหุ้นในบริษัทเอกชนตามขอบอำนาจที่มีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยบริษัทเอกชนนั้นยังคงประกอบธุรกิจตามขอบวัตถุประสงค์ที่ระบุในหนังสือบริคณห์สนธิของนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเข้าไปร่วมลงทุนในธุรกิจของเอกชนเท่านั้น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า การดำเนินการตามข้อหารือนี้เป็นกรณีที่บริษัท กฟผ. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด ซึ่งมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจเป็นผู้นำเงินไปลงทุนซื้อหุ้นร่วมกับบริษัทเอกชนนอกประเทศไทย เพื่อจัดตั้ง Nam Ngiep 1 Power Company Limited ซึ่งจะจดทะเบียนในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และดำเนินโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำน้ำเียบ ๑ ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว การดำเนินโครงการดังกล่าวจึงเป็นการประกอบธุรกิจ

^๑ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

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

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

“ร่วมลงทุนหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ฯลฯ

ฯลฯ

โดยเอกชนที่กระทำนอกประเทศไทย โดยไม่มีการอนุญาตหรือให้สัมปทานหรือให้สิทธิใด ๆ ภายใต้อำนาจของประเทศไทย รวมทั้งไม่มีกรณีที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นอันเป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการนั้นแต่ประการใด^๒ กรณีจึงมิใช่การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ

(นายอัษฎพร จารุจินดา)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ธันวาคม ๒๕๕๕

^๒ บันทึก เรื่อง ธนาкарรัตนสิน จำกัด (มหาชน) หาหรือกรณีหาผู้ร่วมทุนรายใหม่โดยการออกหุ้นสามัญเพิ่มทุนและเสนอขายเฉพาะเจาะจงให้แก่ผู้ร่วมทุนรายเดียว ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๖๐๑/๕๖๔ ลงวันที่ ๑๗ กรกฎาคม ๒๕๕๑ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสร็จที่ ๔๐๘/๒๕๕๑)