

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาในการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และการบังคับ หลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนตามพระราชบัญญัติ หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

ในบทนี้จะทำการศึกษาถึงปัญหาในการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และการบังคับหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เพื่อให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินเกิดการยอมรับเอาชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่ออย่างแพร่หลาย และเพื่อไม่ให้เป็นการอุปสรรคต่อการพิจารณารับชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจของธนาคารหรือสถาบันการเงิน อันรวมไปถึงเพื่อให้กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยจากการศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และการบังคับหลักประกันในบทที่ 2 และจากการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยและต่างประเทศในบทที่ 3 พบว่าชื่อโดเมนเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง และเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138¹ เพราะชื่อโดเมนถือเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง แต่มีราคาและถือเอาได้ ซึ่งหากมีการนำชื่อโดเมนไปใช้ประโยชน์ในเชิงธุรกิจพาณิชย์ ย่อมทำให้ชื่อโดเมนมีมูลค่าในตัวเอง และเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินทั่วไป

อย่างไรก็ตาม จากการที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ อันได้แก่ (1) กิจการ (2) สิทธิเรียกร้อง (3) สंहारิมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง หรือวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า (4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีและผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง (5) ทรัพย์สินทางปัญญา (6) ทรัพย์สินอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง² ในการนี้จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 8 (5) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ถือเป็นบทบัญญัติที่เปิด

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138.

² พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 8.

โอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนง่ายขึ้น โดยการนำทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจไม่มีการบัญญัติถึงวิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาไว้ให้ชัดเจน หากแต่เพียงบัญญัติถึงการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการเท่านั้น โดยได้มีการกำหนดถึงวิธีการบังคับหลักประกันไว้ อันได้แก่ การให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ และการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ซึ่งอาจทำให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินผู้รับหลักประกันเกิดความไม่มั่นใจว่าหากรับชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันแล้ว และต้องมีการบังคับหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนจะมีวิธีการบังคับอย่างไรที่เหมาะสมแก่ชื่อโดเมนที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ นอกจากนี้ ยังมีปัญหาในเรื่องของการเข้าครอบครองหลักประกันชื่อโดเมนที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวมีความไม่ชัดเจน เพราะชื่อโดเมนเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง และไม่สามารถจับต้องได้ อาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องการตีความได้ว่าการเข้าครอบครองหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนจะเข้าครอบครองสิ่งใด อีกทั้งยังรวมไปถึงปัญหาเรื่องการประเมินมูลค่าที่เหมาะสมกับทรัพย์สินทางปัญญาที่นำมาเป็นหลักประกัน ที่ไม่อาจใช้วิธีการประเมินมูลค่าดังเช่นทรัพย์สินที่มีรูปร่างทั่วไปได้ จึงควรมีวิธีการประเมินมูลค่าที่เหมาะสมเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงได้ทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาที่พบจากการศึกษา โดยทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ซึ่งถือเป็นต้นแบบของแนวทางการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทย ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันและข้อจำกัดของวิธีการบังคับหลักประกันในกรณีการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 36³ ที่บัญญัติว่า “ผู้รับหลักประกันอาจบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิหรือโดยจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้” จะเห็นได้ว่า กฎหมายหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดถึงวิธีการบังคับหลักประกันไว้ อันได้แก่ การให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ และการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันออกจำหน่ายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

³ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 36.

จากการศึกษาพบว่าในกฎหมายของต่างประเทศ โดยกฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกาตาม Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transactions ได้กำหนดให้ผู้รับหลักประกันสามารถทำการบังคับหลักประกันได้หลายวิธี อันได้แก่ การขาย การให้เช่า การอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เป็นต้น โดยการผ่านกระบวนการทางศาลหรือไม่ผ่านกระบวนการทางศาลก็ได้ และการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนี้ เจ้าหนี้จะนำออกขายพร้อมกันทั้งหมดหรือแบ่งขายก็ได้ โดยจะขายครั้งเดียวหรือหลายครั้งก็ได้ หรือขาย ณ สถานที่ใด เวลาใดก็ได้ ตามที่เจ้าหนี้เห็นสมควร แต่การจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้รูปแบบ วิธีการ พฤติการณ์ เวลา และสถานที่ของการจำหน่ายที่สมเหตุสมผลทางการค้ากับประเภทของทรัพย์สินที่จำหน่ายนั้น

ดังนั้น จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันสามารถเลือกวิธีการบังคับหลักประกันได้เองและหลากหลายรูปแบบมากกว่า ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับวิธีการบังคับหลักประกันเอาแก่ทรัพย์สินในแต่ละประเภทที่นำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจนั้น

ในส่วนของกฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศอังกฤษตาม Floating Charge นั้น ซึ่งการทำสัญญาหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ของประเทศอังกฤษ เมื่อมีเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเหตุการณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันผิดนัดชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน ลูกหนี้ล้มละลาย ลูกหนี้เลิกกิจการ หรือจำหน่ายกิจการ หรือมีเหตุการณ์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลให้มีการแปลงสภาพหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) กลายเป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) แล้วนั้น จากการศึกษพบว่ากฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศอังกฤษได้เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันสามารถเลือกวิธีการบังคับหลักประกันได้ เช่นเดียวกัน อันได้แก่ การจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นด้วยตนเอง หรือเข้าไปใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยการทำสัญญาอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในชื่อโฉนด และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในชื่อโฉนดนั้น ดังนั้น การที่กฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศอังกฤษได้เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันสามารถเลือกวิธีการบังคับหลักประกันได้เอง และหลากหลายรูปแบบนั้นย่อมก่อให้เกิดผลดีต่อทั้งเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันและลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันในกระบวนการบังคับหลักประกันนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การบังคับหลักประกันที่เป็นชื่อโฉนดตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทยที่ได้มีการกำหนดวิธีการบังคับหลักประกันไว้ดังกล่าว อาจไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้ และอาจทำให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินผู้รับหลักประกันได้รับความเสียหายได้ เพราะ

วิธีการบังคับหลักประกันโดยการให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ได้แก่ ลูกหนี้ต้องชำระอันเป็นเงินต้นเท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึง 5 ปี โดยไม่มีหลักประกันรายอื่นหรือบูริมสิทธิอื่นอันได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งเป็นเงื่อนไขเดียวกับการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงทำให้โอกาสในการที่ธนาคารหรือสถาบันการเงินจะเลือกวิธีการบังคับหลักประกันโดยการให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิกรณีหลักประกันที่เป็นชื่อ โดเมน มีโอกาสน้อยกว่าวิธีการบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย จึงทำให้สถาบันการเงินไม่สามารถเลือกวิธีการบังคับหลักประกันที่หลากหลายได้เช่นเดียวกับกฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษโดยธนาคารหรือสถาบันการเงินไม่สามารถใช้ประโยชน์จากชื่อโดเมนนั่นเองได้ เพราะธนาคารหรือสถาบันการเงินมิได้เป็นเจ้าของชื่อโดเมนที่เป็นหลักประกันนั้น จึงไม่มีสิทธิที่จะใช้หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้ชื่อโดเมนที่เป็นหลักประกันได้ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวถือเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของชื่อโดเมนเท่านั้น หากธนาคารหรือสถาบันการเงินต้องการมีสิทธิบังคับหลักประกันโดยการใช้หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้ ชื่อโดเมนที่เป็นหลักประกัน ธนาคารหรือสถาบันการเงินต้องเป็นเจ้าของชื่อโดเมนนั้นเสียก่อน โดยการเข้าร่วมประมูลชื่อโดเมนที่นำออกจำหน่ายโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย แต่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนว่าให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินสามารถเข้าร่วมประมูลทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเมื่อมีการนำทรัพย์สินนั้นออกจำหน่ายได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกาคตาม UCC Article 9-610(c)⁴ ที่ได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่สามารถซื้อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจากการจำหน่ายนั้นได้ โดยต้องเป็นทรัพย์สินที่จำหน่ายกันอยู่ทั่วไปในตลาด ซึ่งเป็นที่ยอมรับหรือเป็นทรัพย์สินที่มีราคาตลาดเป็นมาตรฐานซึ่งได้ใช้จำหน่ายกันในวงกว้าง

ดังนั้น จากการที่กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดรูปแบบการบังคับหลักประกันกรณีการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันไว้เพียงการให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ และการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้เท่านั้น โดยไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนว่าให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินสามารถเข้าร่วมประมูลทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเมื่อมีการนำทรัพย์สินนั้นออกจำหน่ายได้ด้วย ผู้ศึกษาเห็นว่าอาจทำให้กระบวนการบังคับหลักประกันไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร และอาจส่งผลกระทบต่อลูกหนี้ได้ เพราะลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในส่วนที่ยังขาดนั้นอยู่ หากราคาจากการจำหน่ายของชื่อโดเมนนั้นได้ราคาต่ำกว่ามูลค่าที่

⁴ Uniform Commercial Code. Article 9-610 (c).

แท้จริงของชื่อโดเมนนั้นควรได้รับ และอาจทำให้เจ้าหนี้ได้รับผลกระทบด้วย เนื่องจากธนาคารหรือสถาบันการเงินต้องการหาผู้ที่มีความต้องการประมูลชื่อหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนนั้นเพื่อให้การจำหน่ายชื่อโดเมนได้ราคาที่เหมาะสม อาจต้องใช้เวลาอันยาวนานจนกว่าจะได้รับการชำระหนี้ ซึ่งทำให้เสี่ยงต่อการที่ชื่อโดเมนนั้นอาจมีมูลค่าที่ลดลง

เพื่อให้เกิดความเหมาะสมสำหรับการบังคับหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมน ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า ควรที่จะทำการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ในส่วนของการบังคับหลักประกันเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับกฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศอังกฤษ หรือควรมีแนวทางในการบังคับหลักประกันสำหรับหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมน ทั้งนี้ เพื่อให้ความเหมาะสม เพราะหากกระบวนการบังคับหลักประกันเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว อาจส่งผลดีต่อทั้งเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันและลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน รวมถึงการทำให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินเกิดความมั่นใจ และเปิดใจยอมรับชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจอีกด้วย

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของการเข้าครอบครองหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมน เมื่อมีเหตุที่ลูกหนี้มีการผิดนัดชำระหนี้

เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มีความไม่ชัดเจนในเรื่องของการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยเฉพาะกรณีการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของธนาคารหรือสถาบันการเงินในการรับเอาชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจเพื่อขอสินเชื่อได้

เมื่อพิจารณาถึงมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558⁵ ที่บัญญัติว่า “เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และผู้รับหลักประกันได้มีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้ว ห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือกระทำการใดๆ อันทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันบุบสลายหรือเสื่อมค่าลง และให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

การใช้สิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามวรรคหนึ่ง ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการบังคับหลักประกันในกรณีการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ หรือมีเหตุบังคับหลักประกันอื่นตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา

⁵ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 38.

หลักประกันนั้น กฎหมายได้ให้สิทธิแก่ธนาคารหรือสถาบันการเงินในฐานะเจ้าหนี้สามารถเข้าครอบครองชื่อโดเมนที่เป็นหลักประกันนั้นได้ โดยการให้สิทธิเข้าครอบครองชื่อโดเมนที่เป็นหลักประกันต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เนื่องจากชื่อโดเมนเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง และไม่สามารถจับต้องได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องการตีความว่าการเข้าครอบครองหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนจะเข้าครอบครองสิ่งใด ซึ่งแตกต่างจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ เพราะการเข้าครอบครองทรัพย์สินประเภทนี้สามารถเห็นได้ชัดเจน และทำได้ง่ายกว่า อย่างไรก็ตาม ในกรณีการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ธนาคารหรือสถาบันการเงินในฐานะเจ้าหนี้จะสามารถยึดหรืออายัดสิ่งใดได้บ้าง จึงจะถือว่าเป็นการเข้าครอบครองชื่อโดเมนที่เป็นหลักประกันนั้นแล้ว เพราะการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีนัยสำคัญต่อกระบวนการบังคับหลักประกัน เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้มีการกำหนดให้เจ้าหนี้สามารถบังคับหลักประกันได้เองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลก็ต่อเมื่อลูกหนี้ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นให้แก่เจ้าหนี้

ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า จากการที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติให้ลูกหนี้สามารถนำทรัพย์สินที่หลากหลายที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งรวมไปถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ดังเช่นทรัพย์สินทางปัญญาด้วยมาเป็นหลักประกันได้ โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ และลูกหนี้ยังคงมีสิทธิใช้ประโยชน์จากชื่อโดเมนที่นำเป็นหลักประกันได้ตามปกตินั้น แต่หากมีกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้และธนาคารหรือสถาบันการเงินจะใช้สิทธิของตนในการเข้าครอบครองชื่อโดเมนที่เป็นหลักประกันนั้นอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติขึ้นได้ เนื่องจากธนาคารหรือสถาบันการเงินอาจไม่สามารถเข้าครอบครองสิทธิในการใช้ชื่อโดเมนที่ลูกหนี้นำมาเป็นหลักประกันให้แก่ธนาคารหรือสถาบันการเงินได้ เพราะสิทธิในการใช้ชื่อโดเมนเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างและจับต้องไม่ได้

ดังนั้น ในปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของการเข้าครอบครองหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนเมื่อมีเหตุที่ลูกหนี้มีการผิดนัดชำระหนี้ จึงควรมีการแก้ไข หรือมีการกำหนดคาน้ำยวมของการเข้าครอบครองทรัพย์สินประเภทชื่อโดเมน ซึ่งถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง และเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งมีราคาและถือเอาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138⁶ ให้มีความชัดเจนเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาเรื่องการตีความว่าการกระทำดังกล่าวของธนาคารหรือสถาบันการเงิน ถือว่าเป็นการเข้าครอบครองชื่อโดเมนเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้วหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจที่ได้เปิดโอกาสให้สามารถนำ

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138.

ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันได้ และเพื่อให้เกิดเป็นแนวทางแก่ธนาคารหรือสถาบันการเงินให้มีแนวปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพในเรื่องของการเข้าครอบครองชื่อโดเมนที่เป็นหลักประกัน เมื่อถูกหนีผิดนัดชำระหนี้ด้วย

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าชื่อโดเมน

การประเมินมูลค่าชื่อโดเมนถือว่าเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและทำได้ยาก เนื่องจากชื่อโดเมนเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง โดยถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ในการประเมินมูลค่าชื่อโดเมนจึงไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ได้ ดังนั้น การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาจึงต้องดำเนินการโดยผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ในเรื่องของการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ เพื่อให้การประเมินมูลค่าชื่อโดเมนเกิดความเหมาะสม และได้ราคาที่ถูกต้อง สมเหตุสมผลตรงตามจุดประสงค์ของการประเมินมูลค่านั้น

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันยังไม่มีสถาบันการเงินใดของไทยนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ อีกทั้ง การซื้อขายชื่อโดเมนระหว่างกันมักอยู่ในวงจำกัดของกลุ่มบุคคล และด้วยเหตุที่การประเมินมูลค่าชื่อโดเมนเป็นเรื่องยาก จึงทำให้เกิดการไม่แพร่หลายของการซื้อขายชื่อโดเมน ส่งผลให้การซื้อขายชื่อโดเมนเกิดความไม่คล่องตัวนัก อีกทั้ง ยังส่งผลกระทบต่อ การรับเป็นหลักประกันของธนาคารหรือสถาบันการเงินเพื่อขอสินเชื่ออีกด้วย อย่างไรก็ตาม ในกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนก่อนที่ธนาคารหรือสถาบันการเงินจะทำการประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อหาราคาตลาดของทรัพย์สินนั้น และเพื่อใช้เป็นราคาอ้างอิงสำหรับการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันว่าควรจะมีราคาที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินเป็นเท่าใด ดังจะเห็นได้จากในกรณีของทรัพย์สินทั่วไป อันได้แก่ ที่ดิน อาคารสิ่งปลูกสร้าง สินค้าที่มีไว้เพื่อจำหน่าย เครื่องจักรใช้ในการผลิต วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต ยานพาหนะที่ใช้ในการขนส่ง เป็นต้น ซึ่งการประเมินมูลค่าทรัพย์สินดังกล่าวนี้ทำได้ง่าย เพราะเป็นทรัพย์สินที่มีการซื้อขายกันตามปกติ และมีตลาดที่ทำการซื้อขายทรัพย์สินประเภทเหล่านี้กัน โดยทั่วไป และนอกจากนี้ ทรัพย์สินเหล่านี้ยังเป็นทรัพย์สินที่ผู้ประกอบการนำมาเป็นหลักประกันแก่ธนาคารหรือสถาบันการเงินตามปกติอยู่แล้ว ทำให้สถาบันการเงินหรือหน่วยงานที่ให้บริการด้านการประเมินมูลค่าราคาหลักทรัพย์มีข้อมูลเกี่ยวกับราคาตลาดของทรัพย์สินเหล่านี้อยู่พอสมควร จึงไม่ปัญหาสำหรับการหาราคาตลาดหรือราคาอ้างอิงของทรัพย์สินเหล่านี้ ซึ่งตรงกันข้ามกับกรณีการนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ อย่างไรก็ตาม การที่ชื่อโดเมนถือเป็นทรัพย์สิน

ทางปัญญาประเภทหนึ่ง จึงทำให้วัตถุแห่งสิทธิซึ่งเป็นสิทธิในตัวของชื่อโดเมนนั้น ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินเหมือนเอกเช่นทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นวัตถุแห่งสิทธิของชื่อโดเมนหรือสิทธิในชื่อโดเมนจึงเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งหากมีบุคคลใดทำการละเมิดสิทธิในชื่อโดเมนกฎหมายจึงให้สิทธิแก่เจ้าของชื่อโดเมนในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการละเมิดสิทธิในชื่อโดเมนของตนได้ ซึ่งอาจทำให้ชื่อโดเมนอันเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างมีคุณค่าหรือมีมูลค่าในตัวเอง และสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ แต่อาจมีปัญหาเรื่องการประเมินมูลค่าชื่อโดเมนเกิดขึ้น จากการที่ธนาคารหรือสถาบันการเงินรับชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจว่าจะทำการประเมินมูลค่าชื่อโดเมนนั้นอย่างไร เพื่อให้ธนาคารแห่งประเทศไทยยอมรับชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันสินเชื่อทางการเงินอีกประเภทหนึ่ง ดังนั้น จึงควรมีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนไม่เช่นนั้นแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อการที่ธนาคารหรือสถาบันการเงินจะพิจารณารับชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้

เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหา ธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลสถาบันการเงินจึงได้มีการกำหนดแนวทางการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับสถาบันการเงินออกมาประกาศใช้ เพื่อให้สถาบันการเงินใช้ถือปฏิบัติโดยสถาบันการเงินจะมีหน้าที่ในการตั้งเงินสำรองตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศไว้ และเพื่อที่สถาบันการเงินจะนำมูลค่าหลักประกันมาหักออกจากราคาตามบัญชีของลูกหนี้ในการคำนวณเงินสำรองของสินทรัพย์นั้นตามหลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรองของสถาบันการเงิน รวมถึงเพื่อให้สถาบันการเงินให้ความสำคัญกับกระบวนการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นการมุ่งหวังให้มูลค่าหลักประกันของสถาบันการเงินที่ใช้ในการกันเงินสำรองนั้นสามารถสะท้อนกระแสเงินสดรับที่แท้จริงที่คาดว่าจะได้รับคืน อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินทางปัญญาที่นำมาเป็นหลักประกันได้นั้นต้องถูกต้องตามกฎหมาย โดยต้องมีการประเมินมูลค่าได้อย่างน่าเชื่อถือ และสามารถยึดได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาให้ประเมินมูลค่าโดยยึดแนวปฏิบัติตามมาตรฐานสากลหรือแนวปฏิบัติที่หากภายหลังสมาคมผู้ประเมินราคาอิสระไทย หรือสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ประกาศใช้เป็นเกณฑ์ขั้นต่ำ ซึ่งโดยหลักแล้วการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญานั้น จะใช้หลักการในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาโดยวิธีพื้นฐานซึ่งมีการกำหนดอยู่ 3 วิธี อันได้แก่

(1) วิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาโดยพิจารณาจากต้นทุน (Cost Approach) ซึ่งมีรูปแบบในการประเมินแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การพิจารณาจากข้อเท็จจริงด้านต้นทุนที่ผ่านมา (Historical Cost Basis) และการพิจารณาจากต้นทุนในการแทนที่หรือผลิตขึ้นใหม่ (Replacement Reproduction Cost)

(2) วิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาโดยการเปรียบเทียบราคาตลาด (Market Value Approach)

(3) วิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาโดยพิจารณาจากรายได้ (Income Approach)

แต่การจะเลือกใช้วิธีใดก็ตาม ผู้ประเมินควรปรับใช้ให้เหมาะสมกับสถานการณ์และตรงตามวัตถุประสงค์ ซึ่งผู้ประเมินอาจประยุกต์ใช้วิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาพื้นฐานทั้ง 3 วิธีดังกล่าวข้างต้น โดยการเพิ่มตัวแปรในปัจจุบันที่เหมาะสมกับลักษณะของทรัพย์สิน และวัตถุประสงค์ในการประเมินเพื่อนำมาสู่ผลลัพธ์ คือ การสะท้อนมูลค่าที่แท้จริงของวัตถุประสงค์ที่ประเมินได้แก่ เช่นเดียวกับการใช้วิธีการเฉพาะต่างๆ ได้ และเพื่อให้ได้ผลการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมาตรฐาน และเป็นที่ยอมรับผู้ประเมินต้องรู้เงื่อนไข รู้ข้อเท็จจริง และปรับเปลี่ยนวิธีการประเมินให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่ถูประเมินมูลค่านั้นด้วย

ทั้งนี้ จากการพิจารณาผู้ศึกษามีความเห็นว่ายัง ไม่มีแนวทางที่ชัดเจนว่าจะยอมรับซื้อโดเมนเป็นหลักประกันทางการเงินไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ แม้ว่าสถาบันการเงินจะทำการประเมินมูลค่าของชื่อโดเมนและทราบถึงมูลค่าของชื่อโดเมนนั้นแล้วก็ตาม ทำให้เมื่อลูกหนี้มีการผิดนัดชำระหนี้ ธนาคารหรือสถาบันการเงินจะไม่สามารถนำมูลค่าหลักประกันที่เป็นชื่อโดเมนหักออกจากยอดต้นเงินที่ลูกหนี้ค้างชำระอยู่ได้ ซึ่งหมายความว่า ธนาคารหรือสถาบันการเงินต้องกันเงินสำรองเต็มตามจำนวนยอดต้นเงินที่คงเหลืออยู่ ณ ขณะที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดเป็นภาระและสร้างความเสียหายให้แก่สถาบันการเงินเป็นอย่างมาก เพราะเงินสำรองนี้ถือเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งของธนาคารหรือสถาบันการเงิน โดยแทนที่ธนาคารหรือสถาบันการเงินจะนำเงินดังกล่าวนี้ไปปล่อยกู้เพื่อหารายได้จากดอกเบี้ย แต่ต้องนำมาเป็นเงินสำรองเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ซึ่งไม่เป็นการสร้างรายได้หรือผลตอบแทนใดๆ ให้แก่ธนาคารหรือสถาบันการเงินแต่อย่างใด โดยปัญหาดังกล่าวนี้นี้ ย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการบังคับหลักประกันของธนาคารหรือสถาบันการเงิน และอาจสร้างความเสียหายให้แก่ธนาคารหรือสถาบันการเงินผู้รับหลักประกันได้ หากไม่สามารถจำหน่ายชื่อโดเมนหรือจำหน่ายชื่อโดเมนได้ในราคาที่ต่ำ ซึ่งหากยังไม่มีหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้นี้ให้ชัดเจน ย่อมอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของธนาคารหรือสถาบันการเงินในการที่จะรับชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อได้ และอาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนเพื่อที่จะนำเงินทุนมาประกอบธุรกิจหรือขยายกิจการด้วยเช่นกัน