

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง

ในบทนี้จะกล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ คือ ประเทศออสเตรเลีย และแคนาดา รูปแบบของการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในประเทศไทย รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าวรวมถึง นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางด้วย

3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประเทศไทยมีกฎหมายเพื่อการควบคุมกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการประกาศใช้ตามเหตุผลที่ปรากฏอยู่ท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 บางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน จึงสมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศ โดยส่วนรวมทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย

3.1.1 ความหมายของ “คนต่างด้าว”

ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัติฉบับนี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
 - (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
 - (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)
 - (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
- เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัด ที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

จากนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ดังกล่าว บุคคลธรรมดาตาม (1) และนิติบุคคลที่มีได้จดทะเบียนในประเทศไทยตาม (2) นั้นไม่มีปัญหาในการพิจารณาสัญชาติของบุคคล ทั้งนี้เพราะเป็นที่ชัดเจนอยู่แล้วว่าไม่มีสัญชาติไทย แต่นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยตาม (3) และ (4) นั้นจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอื่นประกอบว่าเป็น “คนไทย” หรือ “คนต่างด้าว” โดยพิจารณาจากจำนวน “หุ้น” หรือ “ทุน” จำนวนกึ่งหนึ่ง (ร้อยละ 50) ของทุนในนิติบุคคลนั้น¹ เป็นสำคัญ

คำว่า “ทุน” นั้น มาตรา 4 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง “ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกรับมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น”

จึงสรุปได้ว่า ในกรณีการพิจารณา “บริษัท” หรือ “บริษัทมหาชนจำกัด” ที่จดทะเบียนในประเทศไทยว่าเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ จะพิจารณาเพียงจำนวนการถือหุ้นที่ร้อยละ 50

¹ จากการตรวจสอบรายงานการประชุมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของรัฐสภา รวมถึงคณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่พบเหตุผลของการบัญญัติจำนวนการถือหุ้นร้อยละ 50 ให้ถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” แต่จำนวนการถือหุ้นดังกล่าวปรากฏอยู่ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ที่ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งก็ไม่ปรากฏที่มาของจำนวนการถือหุ้นร้อยละ 50 เช่นกัน.

ของทุนจดทะเบียนในกรณีของบริษัทจำกัด และร้อยละ 50 ของทุนชำระแล้วในกรณีของบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งจะพิจารณาเพียงชั้นเดียวเท่านั้น (เหมือนกันประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 หลังจากที่ได้มีการแก้ไขคำนิยามในปี พ.ศ. 2535) โดยจะไม่รวมถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นด้วย โดยคำว่า “หุ้น” หรือ “ทุน” นั้นจะหมายความรวมถึงทั้ง “หุ้นสามัญ” และ “หุ้นบุริมสิทธิ” โดยไม่คำนึงถึงอำนาจควบคุมว่าคนต่างด้าวที่ถือหุ้นอยู่ในนิติบุคคลนั้นจะมีอำนาจในการควบคุม บริหารจัดการ และจะได้รับผลตอบแทนเป็นจำนวนเท่าใด

สำหรับกรณีห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้น มาตรา 4 (3) (ข) นั้นไม่ได้พิจารณาสัดส่วนของทุนว่าเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ แต่จะพิจารณาว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนใดซึ่งมีหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาต่างด้าว ให้ถือว่าเป็นคนต่างด้าว แม้ว่าคนไทยจะมีสัดส่วนการถือหุ้นมากกว่าคนต่างด้าวก็ตาม ซึ่งเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลจะให้ความสำคัญกับสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนเป็นสำคัญ เมื่อมีข้อตกลงให้ผู้ใดเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการแล้ว หากไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การถอดถอนหุ้นส่วนผู้จัดการนั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนยินยอมพร้อมกัน นอกจากนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่น ๆ จะมีสิทธิเพียงใดถามถึงการทำงานของห้างหุ้นส่วน และมีสิทธิที่จะตรวจและคัดสำเนาสมุดบัญชีและเอกสารต่าง ๆ ของห้างหุ้นส่วนเท่านั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1037) แต่หาสิทธิในการครอบงำการจัดการของหุ้นส่วนผู้จัดการอย่างเช่นที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นไม่ หรือหากได้มีการตกลงกันไว้ว่าการทำงานของห้างหุ้นส่วนนั้นให้เป็นไปตามคะแนนเสียงข้างมาก ก็ให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งมีเสียงเป็นหนึ่งเสียง โดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนหุ้นที่ลงด้วย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1034) ดังนั้น สัดส่วนการถือหุ้นจึงไม่ใช่สิ่งสำคัญในการตัดสินใจ หรือลงมติเพื่อจัดการงานของห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด

คำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น แตกต่างจากคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 คือ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดให้ “นิติบุคคล” ที่มีจำนวนผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกตั้งแต่ร้อยละ 50 ของนิติบุคคลนั้นเป็นคนต่างด้าว ไม่ว่าจะคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดก็ตามด้วย แต่โดยรวมแล้ว คำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น แทบจะไม่ต่างจากคำนิยามเดิมที่ได้กำหนดไว้ในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 หลังจากที่ได้แก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2535

สำหรับในตอนท้ายของคำนิยาม “คนต่างด้าว” ที่บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้อีกกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” จากบทบัญญัติดังกล่าว หมายความว่า ถ้าเป็นใบหุ้นชนิด

ออกให้แก่ผู้ถือหุ้น ให้ถือว่าหุ้นนั้นเป็นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะมีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่ในขณะนี้ยังไม่มีการกำหนดตามบทบัญญัตินี้ออกมาใช้บังคับ²

3.1.2 ประเภทธุรกิจควบคุม

การกำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น มีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยการกำหนดประเภทธุรกิจที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบกิจการไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งธุรกิจต่าง ๆ เหล่านี้เป็นธุรกิจที่ต้องการสงวนไว้สำหรับคนไทย

มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และ มาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่า หากคนต่างด้าวประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจในประเทศไทยก็สามารถทำได้ ยกเว้นธุรกิจที่กำหนดตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ เท่านั้น ที่กฎหมายห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ ซึ่งบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ แบ่งออกได้เป็น 3 บัญชีดังนี้

บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ และไม่สามารถขออนุญาตได้ มี 9 ประเภท คือ

(1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือสถานี

² สกล หาญสุทธวารินทร์. (2548). คำอธิบายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ซี.พี.บุ๊ค สแตนดาร์ด. หน้า 14.

วิญญูโทษทัณฑ์

- (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน
- (3) การเลี้ยงสัตว์
- (4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ
- (5) การทำการประมง เฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย
- (6) การสกัดสมุนไพร
- (7) การค้าและการขายทอดตลาด โบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ
- (8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร
- (9) การค้าที่ดิน

บัญชีสอง ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งคนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองนี้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ธุรกิจตามบัญชีนี้นี้มีด้วยกัน 3 หมวด 13 ประเภท คือ

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

- (1) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง
 - (ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด
 - (ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด
 - (ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร
 - (ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท
- (2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน

- (1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม ทัศนกรรมของไทย
- (2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก
- (3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลาย

ผ้าไหมไทย

- (4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย
- (5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่องเงิน
- (6) การผลิตด้วยซามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

- (1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย
- (2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์
- (3) การทำเกลือหิน
- (4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน
- (5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่คนต่างด้าวนั้นจะได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 21 ประเภท คือ

- (1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่
- (2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ
- (3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด
- (5) การผลิตปูนขาว
- (6) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม
- (9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม
- (10) การก่อสร้าง ยกเว้น
 - (ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณสุขโลก หรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือเครื่องจักร เทคโนโลยี หรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป
 - (ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

- (ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์
 - (ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน
 - (ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป
 - (ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (12) การขายทอดตลาด ยกเว้น
- (ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใช้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือ โบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ
 - (ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้
- (14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค่าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท
- (15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค่าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท
- (16) การทำกิจการ โฆษณา
- (17) การทำกิจการ โรงแรม เว้นแต่บริการจัดการ โรงแรม
- (18) การนำเที่ยว
- (19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม
- (20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช
- (21) การธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

3.1.3. หน่วยงานที่ควบคุมดูแลและอำนาจหน้าที่

หน่วยงานที่ควบคุมดูแลหรือบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้แก่

1) คณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในฝ่ายบริหาร และเป็นผู้มีอำนาจในการอนุมัติให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง

2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง และมีอำนาจในการออกกฎกระทรวงต่าง ๆ ตามที่พระราชบัญญัตินี้ได้ให้อำนาจไว้

3) คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

(1) องค์ประกอบ (มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542)

ก. คณะกรรมการ โดยตำแหน่งมี 20 คน คือ ปลัดกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธานกรรมการ โดยตำแหน่ง อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กรรมการและเลขานุการ และผู้แทนจากหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน

ข. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งไม่เกิน 5 คน ประกอบด้วยผู้มีความรู้ความชำนาญด้านเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี สิ่งแวดล้อม การค้าการลงทุน การบริหารธุรกิจ หรือการอุตสาหกรรม ทั้งนี้ จะต้องไม่เป็นที่ปรึกษาพรรคการเมืองหรือดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(2) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542)

ก. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมิบทบาทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ที่สำคัญได้แก่ การให้ความเห็นชอบในการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสามแก่อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า การพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติอย่างน้อยหนึ่งครั้งใน

ทุกระยะรอบหนึ่งปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัติฯ มีผลใช้บังคับ แล้วทำความเห็นเสนอรัฐมนตรีฯ เป็นต้น

- ข. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนอกจากที่กล่าวไว้ข้างต้น ได้แก่ การให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีในเรื่องการตราพระราชกฤษฎีกา และการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัติฯ การกำหนดประเภทธุรกิจและท้องที่ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ และการขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 8 (2) แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ในกรณีที่รัฐมนตรีเสนอขออนุมัติต่อคณะรัฐมนตรีอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง

4) พนักงานเจ้าหน้าที่และนายทะเบียน

(1) คำนิยาม

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติฯ (มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542)

ปัจจุบันรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญตั้งแต่ระดับ 3 ขึ้นไป ในสังกัดกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่

“นายทะเบียน” หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้เป็นนายทะเบียนการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542)

ปัจจุบันรัฐมนตรีแต่งตั้งให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า รองอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า นิติกร 9 ชช. นักวิชาการพาณิชย์ 9 ชช. ผู้อำนวยการสำนักงานทะเบียนธุรกิจ ผู้อำนวยการสำนักบริการข้อมูล ผู้อำนวยการสำนักกำกับดูแลธุรกิจ ผู้อำนวยการกองนิติการ และข้าราชการพลเรือนสามัญตั้งแต่ระดับ 3 ขึ้นไป ในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและสำนักบริการข้อมูลธุรกิจกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เป็นนายทะเบียน

(2) อำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่

อำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ (มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542) ได้แก่

- ก. มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่มีความจำเป็นต่อการตรวจสอบ

ข้อเท็จจริง

- ข. เข้าไปในสถานที่ที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในระหว่างเวลาทำการ เพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้
- ค. ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ อธิบดี นายทะเบียน และพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีผลในกรณีที่ต้องรับผิดโดยอาจต้องรับผิดในฐานะเป็นเจ้าพนักงาน ในขณะที่เดียวกันก็ได้รับความความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะเป็นเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติกรตามหน้าที่ด้วย

3.1.4 มาตรการลงโทษ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติถึงมาตรการการลงโทษไว้ในมาตรา 34 – 42 ซึ่งความผิดและอัตราโทษแบ่งได้เป็น 3 ระดับ ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่กฎหมายกำหนดโทษไว้เป็นความผิดร้ายแรง

ความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นความร้ายแรง เป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำเพื่อการหลีกเลี่ยงกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตประกอบธุรกิจ ได้แก่ ความผิดในกรณีที่คนต่างด้าวถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนหรือระงับการประกอบธุรกิจ แต่คนต่างด้าวนั้นยังคงฝ่าฝืนประกอบธุรกิจนั้นต่อไป (มาตรา 34) หรือคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตแต่มีการกระทำเพื่อ使人ต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 35) หรือผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช่คนต่างด้าวให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือความผิดฐานนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรารรวมทั้งคนต่างด้าวที่ใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราร (มาตรา 36) หรือคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจโดยไม่มีสิทธิหรือไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา 37) ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท (และโทษปรับสำหรับการกระทำความผิดต่อเนื่อง รวมถึงการสั่งให้เลิกประกอบธุรกิจหรือร่วมประกอบธุรกิจ แล้วแต่กรณี)

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังบัญญัติให้กรรมการ หุ่นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดหรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 หรือมาตรา 37 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 41)

2) กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง

กฎหมายกำหนดแต่อัตราโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ โดยไม่มีโทษจำคุก (มาตรา 38) กล่าวคือ เป็นความผิดที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทุนขั้นต่ำ ได้แก่ การที่คนต่างด้าว ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องของจำนวนทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามมาตรา 14 กรณีหนึ่ง หรือการที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในกฎกระทรวงที่กำหนดถึงเงื่อนไขของจำนวนและระยะเวลาในการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศตามมาตรา 18 (3) อีกกรณีหนึ่ง

3) กรณีที่กฎหมายกำหนดโทษไว้เป็นกรณีความผิดเล็กน้อย

กฎหมายกำหนดเพียงโทษปรับไม่เกินห้าพันบาทเท่านั้น โดยกฎหมายกำหนดให้อธิบดีหรือผู้ที่อธิบดีมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามจำนวนที่อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายได้เปรียบเทียบปรับภายในสามสิบวัน นับแต่วันเปรียบเทียบ ให้คดีนั้นเป็นอันเลิกกัน (มาตรา 42) ความผิดดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 39 และมาตรา 40 ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

- (1) ผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองไม่แสดงใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองดังกล่าวไว้ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของตนในที่เปิดเผย
- (2) ใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองชำรุดเสียหาย แล้วผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองไม่ยื่นคำขอรับใบแทนต่อนายทะเบียนภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ทราบการชำรุดหรือสูญหาย
- (3) ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกของนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริง หรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐาน เมื่อนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่สอบถามหรือเรียกตรวจสอบหรือไม่ให้ความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่โดยไม่มีเหตุอันควร

3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงความหมายของนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง หลักเกณฑ์ของกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง รวมถึงรูปแบบของการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในประเทศไทย ดังต่อไปนี้

3.2.1 ความหมายของนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง³

คำว่า “นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง” ไม่ปรากฏความหมายตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน และตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทย มีเพียงคำว่า “ตัวแทน” ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง บุคคลที่มีอำนาจทำการแทนบุคคลอื่น สัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าตัวแทนมีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยบุคคลใดที่ถูกยกให้เป็นตัวแทนโดยชัดแจ้ง และแสดงออกว่าเป็นตัวแทนว่าถูกเป็นตัวแทนกรณีดังกล่าวถือเป็นตัวแทนชัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ผู้แต่งตั้งจะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน

สฤณี อาชวานันทกุล ได้อธิบายการใช้ นอมินี ในตลาดหุ้น ไทยว่า หมายถึง บุคคลหรือนิติบุคคลที่ถือหลักทรัพย์แทนบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริง และเป็นผู้ได้รับประโยชน์แท้จริงจากหลักทรัพย์นั้น โดยวัตถุประสงค์ของการใช้นอมินีสามารถมองได้สองทาง ทั้งที่เป็นไปในทางสุจริตและทุจริต โดยการใช้ นอมินี ในทางสุจริตจะใช้เพื่อดำเนินการบางประการโดยไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น ความสะดวกในการซื้อขายหุ้นในครอบครัวเดียวกัน เพื่อรักษาความลับในการลงทุน โดยเฉพาะนักลงทุนต่างชาติ เพื่อความสะดวกและคล่องตัวในการบริหารพอร์ตการลงทุน การเป็น นอมินี โดยธรรมชาติของการลงทุนธุรกิจ เป็นต้น ส่วนการใช้ นอมินี เพื่อการทุจริต เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย การปันหุ้น การฟอกเงิน เป็นต้น

ประสาธ บุญท้าว อธิบายความหมายของ “นอมินี (Nominee)” ว่าหมายถึง การที่บุคคลใดถือหุ้นและดำเนินการแทนนิติบุคคล โดยกำหนดเงื่อนไขโครงสร้างการถือหุ้นที่ซับซ้อนเพื่อนำไปสู่สัดส่วนการถือหุ้นที่มากกว่าที่กฎหมายกำหนด

สำหรับในต่างประเทศคำว่า ตัวแทนหรือตัวแทนชัด เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่มักจะสื่อความหมายในเชิงบวกที่บุคคลทั่วไปเข้าใจว่า หมายถึง ตัวแทนที่ถูกต้องตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ภัยที่แฝงตัวอยู่กับการดำเนินการที่มีลักษณะเป็นตัวแทนมีการใช้ถ้อยคำที่มีความหลากหลายแตกต่างกันไป เช่น Agent หรือ Nominee หรือ Straw Man หรือ Parking หรือ Pass-thru partner เป็นต้น

คำว่า Nominee ในภาษาอังกฤษที่ได้กล่าวมาข้างต้น หรือที่มักเรียกทับศัพท์ว่า นอมินี ภายใต้อรรถาธิบายของ Black’s Law Dictionary หรือพจนานุกรมกฎหมายของแบล็ก ซึ่งเป็นพจนานุกรมประเภทหนึ่งซึ่งจัดทำขึ้นเพื่อให้นิยามสำหรับบรรดาคำที่ใช้ในทางกฎหมาย ได้ให้นิยาม นอมินีว่าหมายถึง บุคคลที่ถูกกำหนดให้กระทำการแทนบุคคลอื่น ซึ่งโดยทั่วไปใช้ในกรณีเฉพาะ และอาจ

³ ปิยะนุช โปตะวณิช. (2554). *ตัวแทนอำพราง. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์*. กรุงเทพฯ: สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน. หน้า 5-9.

หมายถึงคู่สัญญาซึ่งถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายที่สำคัญเป็นพื้นฐานเพื่อประโยชน์สำหรับบุคคลอื่น⁴ หรือบุคคลซึ่งได้รับหรือจำหน่ายเงินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น หรือผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการเลือกตั้ง หรือบุคคลที่มีชื่อในการลงทะเบียนเป็นเจ้าของหลักทรัพย์แทนบุคคลอื่นที่เป็นเจ้าของตัวจริงอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม การใช้คำว่า นอมินี ในภาษาอังกฤษนั้น มีความหลากหลายขึ้นอยู่กับบริบทที่ใช้ในแต่ละเรื่อง ซึ่งอาจนำมาใช้ได้ทั้งในเชิงบวกและในเชิงลบได้เช่นกัน ทั้งนี้ พบว่ามีการใช้ นอมินี เพื่อเป็นเครื่องมือที่ส่อไปในทางทุจริต โดยเฉพาะการหลีกเลี่ยงการเสียภาษี การฟอกเงิน การถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน การเป็นตัวแทนถือหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

สำหรับในกรณีของการเสียภาษี ในสหรัฐอเมริกา มีการกล่าวถึง นอมินี ไว้อย่างชัดเจนในคู่มือการเสียภาษีของสรรพากร (Internal Revenue Manual) ซึ่งเป็นเอกสารที่สรรพากรจัดทำขึ้นเพื่ออธิบายระเบียบ หลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการเสียภาษีที่สอดคล้องกับประมวลรัษฎากร (Internal Revenue Code 1986) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่ใช้ในการบังคับจัดเก็บภาษีของอเมริกา โดยคู่มือดังกล่าวให้คำนิยามไว้ว่า นอมินี คือ บุคคลที่ถูกกำหนดให้กระทำการเพื่อบุคคลอื่น ซึ่งหากใช้

⁴ Nominee is defined by Black's Law Dictionary (9th ed. 2009) as

“a person designated to act in place of another, usu. in a very limited way” and as “a party who holds bare legal title for the benefit of others or who receives and distributes funds for the benefit of others.” as well as a person who is proposed for an office, membership, award, or like title or status.”

⁵ “Part 5. 5.17.2.5.7.2 (12-14-2007) Nominee Liens, Part 5. Collecting Process, Chapter 17. Legal Reference Guide for Revenue Officers, Section 2. Federal Tax Liens, IRS Internet Revenue Manual,

1. “A “nominee” is someone designated to act for another. As used in the federal tax lien context, a nominee is generally a third party individual who holds legal title to property of a taxpayer while the taxpayer enjoys full use and benefit of that property. In other words, the federal tax lien extends to property “actually” owned by the taxpayer even though a third party holds “legal” title to the property as nominee. Generally speaking, the third party in a nominee situation will be either another individual or a trust.

2. A nominee situation generally involves a fraudulent conveyance or transfer of a taxpayer's property to avoid legal obligations. To establish a nominee lien situation, it must be show that while a third party may have legal title to the property, it is really the taxpayer that owns the property and who enjoys its full use and benefit. No one factor determines whether a nominee situation is present, but a number of factors taken together may. The following list is neither exhaustive nor exclusive, but nominee situations typically involve one or more of the following:

- A. The taxpayer previously owned the property.
- B. The nominee paid little or no consideration for the property.

ในบริบทที่เกี่ยวกับภาษีของรัฐบาลกลางแล้ว โดยทั่วไปจะหมายถึงบุคคลธรรมดาภายนอกซึ่งถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายทรัพย์สินของผู้มีหน้าที่เสียภาษีในขณะที่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีนั้นได้ใช้ และได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่จากทรัพย์สินนั้น หรือกล่าวได้ว่าหมายความรวมถึงทรัพย์สินซึ่งผู้มีหน้าที่เสียภาษีเป็นเจ้าของโดยแท้จริง แม้ว่าบุคคลภายนอกดังเช่นนอมินีจะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายก็ตาม กล่าวโดยทั่วไปแล้วบุคคลภายนอกซึ่งอยู่ในสถานการณ์ที่มีการใช้นอมินีจะเป็นบุคคลธรรมดาอื่นหรือทรัสต์นั่นเอง ซึ่งในสถานการณ์ที่มีการใช้นอมินีเกี่ยวข้องกับการถือ โกงในการโอนกรรมสิทธิ์ หรือการโอนทรัพย์สินของผู้มีหน้าที่เสียภาษีเพื่อหลบเลี่ยงหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมาย

ในส่วนที่เกี่ยวกับการฟอกเงินนั้น ปัจจุบันมีองค์กรที่เรียกว่า Financial Action Task Force หรือ FATF เป็นองค์กรระดับรัฐบาลที่จัดตั้งโดยประเทศ G7 ในปี ค.ศ. 1989 เพื่อกำหนดมาตรฐานและพัฒนาส่งเสริมนโยบายในการต่อสู้กับการฟอกเงิน และการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้ายและใช้เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินอย่างเข้มงวด โดยกลุ่มประเทศที่เป็นสมาชิกของ FATF ล้วนเป็นกลุ่มประเทศแนวหน้าของโลกที่พัฒนาแล้ว และได้รับการรับรองจากประเทศต่าง ๆ มากกว่า 130 ประเทศ ภารกิจของ FATF เกี่ยวพันกับการดำเนินธุรกิจที่อาศัยการใช้นอมินีด้วย โดย FATF ได้กล่าวถึงประเภทของการใช้บัญชีนอมินีไว้ในเอกสารการฟอกเงิน และการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้ายในภาคหลักทรัพย์ ว่าหมายถึงบัญชีที่อยู่ในชื่อของบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นนอมินีเพื่อบุคคลอื่น โดยได้กระทำการใด ๆ ในนามของ

C. The taxpayer retains possession or control of the property.

D. The taxpayer continues to use and enjoy the property conveyed just as the taxpayer had before such conveyance.

E. The taxpayer pays all or most of the expense of the property.

F. The conveyance was for tax avoidance purposes.

3. The Service's NFTL in a nominee situation is identical to the standard NFTL, except that the nominee is identified as the name of the taxpayer. For example, if the taxpayer is TP, and My Brother-In-Law or My Trust is TP's nominee, then the name of the taxpayer on the nominee NFTL would be "My Brother-In-Law or My Trust, Nominee of TP. "Unlike the alter ego situation, nominee situation usually involve specific pieces of a taxpayer's property that were conveyed the nominee. Since the federal tax lien only attaches to property actually "owned" by the taxpayer, it may not reach all property that is, in fact, actually owned by the nominee. Therefore, the NFTL in a nominee situation will usually contain a notation in its face that the lien is filed to attach specifically to certain identified property." เข้าถึงได้จาก http://www.irs.gov/irm/part5/irm_05-017-002.html

บุคคลอื่นและมักจะใช้เพื่อปกปิดการระบุดังบุคคลอื่นนั้น และยังสามารถอ้างถึงการใช้อำนาจของนิติบุคคลอื่นไว้ใน ส่วนของจุดอ่อนในการฟอกเงิน และการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้าย ใน อุต ส า ห ก ร ร ม หลักทรัพย์ไว้ว่า บัญชีนิติบุคคลแสดงถึงจุดอ่อนของการฟอกเงิน และการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้ายที่แบ่งเป็นชั้น ๆ รวมกันอยู่ โดยหากการตั้งบัญชีนิติบุคคลไม่ได้กำหนดให้ต้องรวมข้อมูลของผู้รับผลประโยชน์แต่ละคนไว้มักก่อให้เกิดความเสี่ยง โดยเฉพาะเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจที่ศาล และกฎหมายควบคุมไปถึงได้⁶

ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจำนองในรัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกา Mortgage Elec. Registration Sys., Inc. (MERS) v. Johnston, No. 420-6-09 Rdcv (Cohen, J., Ocy. 28, 2009) ศาลสูงของเวอร์มอนต์ได้กล่าวไว้ในคดีว่า เมื่อไม่ได้มีคำนิยามคำว่า “nominee” ไว้ในสัญญาจำนองรวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่อาจนำไปเป็นประโยชน์ในการนิยามคำว่า “nominee” ก็ไม่มี กับทั้งไม่มีการให้นิยามภายใต้กฎหมายแห่งเวอร์มอนต์ จึงต้องตีความข้อสัญญาบนความหมายตามธรรมดาอย่างตรงไปตรงมา โดยในคดีนี้ศาลยังอ้างถึงอีกคดีหนึ่งที่ศาลสูงกล่าวว่า ในกรณีข้อสัญญาไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่าnomineeไว้ คู่สัญญาย่อมปล่อยให้เป็นการตีความตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งพจนานุกรมกฎหมายของแบล็ก หมายถึง บุคคลที่ถูกกำหนดให้กระทำการแทนบุคคลอื่นซึ่งโดยทั่วไปใช้ในกรณีเฉพาะและหมายถึงคู่สัญญาซึ่งถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายที่สำคัญเป็นพื้นฐานเพื่อประโยชน์สำหรับบุคคลอื่นหรือบุคคลซึ่งได้รับหรือจำหน่ายเงินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น⁷

⁶ The Financial Action Task Force, “Money Laundering and Terrorist Financing in the Securities Sector, October 2009”, Page 38. เข้าถึงได้จาก www.fatf-gafi.org/dataoccd/32/31/43948586.pdf

⁷ ดู Mortgage Elec. Registration Sys., Inc. (MERS) v. Johnston, No. 420-6-09 Rdcv (Cohen, J., Oct. 28, 2009) “The Mortgage deed stated that MERS functions “solely as nominee” for the lender and lender’s successors and assigns. The word “nominee” is defined nowhere in the mortgage deed, and the functional relationship between MERS and the lender, WMC, is likewise not defined. See Kesler, 216 P.3d at 165 (analyzing similar language in mortgage deed). The Vermont Supreme Court has not yet defined the term “nominee,” nor has it address whether a “nominee” has standing to bring a foreclosure action. In the absence of a contractual definition of the term “nominee,” or a definition under Vermont law, the contractual term is to be interpreted based on its plain meaning. In re Cole, 2008 VT 58, ¶ 9, 184 Vt. 64; see also Kesler, 216 P.3d at 165 (stating “in the absence of a contractual definition of the term “nominee,” the parties leave the definition to judicial interpretation.”). Black’s Law Dictionary defines nominee as “[a] person designated to act in place of another, usu. In a very limited way” and as “[a] party who holds bare legal title for the benefit of others or who receives and distributes funds for the benefit of others.” Black’s Law Dictionary (9th ed. 2009).”

3.2.2 หลักเกณฑ์ของกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานนอมินี (Nominee) หรือตัวแทน อำพราง

หลักเกณฑ์ของกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานนอมินี (Nominee) หรือตัวแทน อำพรางในประเทศไทยทั้งที่เกี่ยวเนื่องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวให้ถือว่ากิจการที่มีคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวมีหุ้นหรือถือหุ้นมากกว่าผู้มีสัญชาติไทย กิจการนั้นเป็นกิจการของคนต่างด้าว ทำให้เกิดภาวะที่คนต่างด้าวไม่สามารถดำเนินกิจการบางประเภทได้อย่างสะดวก จึงเป็นที่มาและสาเหตุที่ทำให้คนต่างด้าวดำเนินการทำธุรกรรมอำพรางผ่านตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยหรือที่เรียกว่า “นอมินี (Nominee)”

การจัดให้มีตัวแทนอำพรางในการทำธุรกรรมทางกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี ซึ่งเป็นได้ทั้งกรณีที่เกิดกฎหมายและไม่เกิดกฎหมาย การทำธุรกรรมโดยมีตัวแทนอำพรางที่ผิดกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่สำคัญปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากรัฐได้ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยกิจการบางประเภทไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจไม่ว่ากรณีใดก็ตาม แต่บางกรณีอาจอนุโลมให้คนต่างด้าวสามารถขออนุญาตประกอบธุรกิจได้แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น จึงเกิดกรณีที่คนต่างด้าวที่ไม่มีสิทธิได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ หรือไม่ประสงค์ที่จะขออนุญาตตามกฎหมายไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม หาทางฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อประกอบกิจการดังกล่าว โดยการจัดให้มีตัวแทนอำพรางขึ้นเพื่อไม่ให้ตนอยู่ในสถานะของคนต่างด้าวตามกฎหมาย เช่น การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในประเทศไทย โดยให้มีคนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ซึ่งเมื่อตรวจสอบหลักฐานเกี่ยวกับการถือหุ้นที่มีการแจ้งต่อหน่วยงานของรัฐก็จะทำให้บริษัทนั้นไม่มีสถานะเป็นคนต่างด้าว แต่ในความเป็นจริงผู้ถือหุ้นในสัดส่วนของคนไทยนั้นเป็นแต่เพียงการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว โดยอำนาจในการบริหารจัดการรวมทั้งการรับผลประโยชน์จากการประกอบธุรกิจตกอยู่กับคนต่างด้าวเป็นส่วนใหญ่หรือทั้งหมด การจัดตั้งบริษัทโดยการมีตัวแทน อำพรางในกรณีดังกล่าวจึงถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

การกำหนดคำนิยามของ “คนต่างด้าว” การกำหนด “ประเภทธุรกิจควบคุม” และ “มาตรการลงโทษ” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.1. ข้างต้นและจะได้กล่าวถึงรายละเอียดของรูปแบบของการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในประเทศไทยในหัวข้อต่อไป

3.2.3 รูปแบบของการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในประเทศไทย

3.2.3.1 การให้บุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

การให้บุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าว เป็นวิธีการที่นิยมใช้กันมาก โดยคนต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่ง หรือเป็นธุรกิจที่กฎหมายห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทย ก็จะใช้วิธีการให้บุคคลธรรมดาสัญชาติไทยหรือบริษัทไทยถือหุ้นในอัตราร้อยละ 51 หรือมากกว่านั้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจที่กฎหมายไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่ง หรือเป็นการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อไปถือหุ้นในบริษัทอื่นเพื่อให้บริษัทอื่นนั้นสามารถหลีกเลี่ยงข้อห้ามหรือข้อจำกัดการถือหุ้นตามกฎหมาย ซึ่งบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวดังกล่าวก็จะเป็นเพียงผู้ถือหุ้นทางนิตินัยเท่านั้น แต่มิได้มีอำนาจในการบริหารจัดการ หรือได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ตามสัดส่วนของการถือหุ้นทางนิตินัยนั้นแต่อย่างใด เช่น ในกรณีของบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ที่นอกจากจะจำกัดสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นคนไทยแล้ว ผู้ถือหุ้นคนไทย 2 รายที่ถือหุ้นรวมกันร้อยละ 51 กลับได้รับเงินปันผลเพียงร้อยละ 3 ของเงินลงทุนเท่านั้น ซึ่งเป็นอัตราที่ต่ำกว่าการลงทุนในทรัพย์สินที่มีความเสี่ยงน้อยกว่า เช่น พันธบัตรรัฐบาล ซึ่งมีอัตราดอกเบี้ยตอบแทนมากกว่าร้อยละ 4 ข้อบังคับของบริษัทดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นคนไทยอาจเป็นเพียงผู้ถือหุ้นแทนหรือนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางของผู้ถือหุ้นต่างด้าวเท่านั้น⁸

สำหรับการหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยการให้บุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางการถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวนี้อาจทำในระนาบเดียว กล่าวคือ เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่โดยมีสัดส่วนจำนวนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้ร้อยละ 51 แต่เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวโดยที่คนไทยนั้นไม่มีสิทธิในการบริหารจัดการบริษัท และไม่มีส่วนได้เสียในผลกำไรขาดทุนของบริษัทนั้นแต่อย่างใด และบริษัทนั้นก็ได้อำพรางธุรกิจที่กฎหมายห้ามไว้โดยตรง หรืออีกวิธีหนึ่ง คือ ทำเป็นสองระนาบ (Two Tier) กล่าวคือ การจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่อีกบริษัทหนึ่ง โดยบริษัทดังกล่าวนี้มีสัดส่วนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยหรือบริษัทไทยถือหุ้นร้อยละ 51 เพื่อเข้าไปถือหุ้นในบริษัทอื่นเพียงอย่างเดียว หรือที่เรียกว่า Holding Company เช่น การให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้เข้าถือหุ้นในบริษัทอื่น และให้บริษัทอื่นนั้นเป็นบริษัทที่ประกอบธุรกิจที่กฎหมายห้ามไว้ เพราะเมื่อ Holding Company ดังกล่าวมีบุคคลธรรมดาสัญชาติ

⁸ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุฉีพร ทวรรณกุล และสฤณี อาชวานันทกุล, (2549), *นอมินี* (พิมพ์ครั้งที่ 1) กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ openbooks, หน้า 49.

ไทยหรือบริษัทไทยถือหุ้นร้อยละ 51 (ซึ่งเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย) Holding Company ดังกล่าวยอมเป็นบริษัทไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และเมื่อ Holding Company นั้นไปถือหุ้นจำนวนร้อยละ 51 ในบริษัทอื่น บริษัทอื่นนั้นยอมได้สัญชาติไทยด้วย ซึ่งเป็นวิธีการหลบเลี่ยงข้อจำกัดของกฎหมายอีกวิธีหนึ่งเพื่อให้ดูซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ที่มีชื่อปรากฏในกรณีการขายหุ้นของบริษัท จีน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ให้แก่บริษัท เทมาเส็ก โฮลดิ้งส์ (ฟิทีอี) จำกัด ก็เกิดขึ้นภายใต้วิธีการดังกล่าวนี้

3.2.3.2 การถือหุ้นไขว้ (Cross Share Holding)

การถือหุ้นไขว้นั้น โดยทั่วไปแล้วหมายถึง การที่บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป ถือหุ้นระหว่างกัน โดยบริษัทแรกถือหุ้นในบริษัทที่สอง และบริษัทที่สองถือหุ้นในบริษัทแรก ไม่ว่าจะถือหุ้นในจำนวนเท่าใดก็ตาม ทั้งนี้รวมถึงการถือหุ้นโดยบริษัทที่สองถือหุ้นต่อ ๆ ไป เป็นลำดับชั้น และในกรณีที่มีบริษัทจำนวนมากถือหุ้นไขว้กันจะมีลักษณะเป็นเครือข่ายโยงใยการถือหุ้นร่วมกัน⁹ ซึ่งวิธีการถือหุ้นไขว้กันนี้อาจนำมาใช้เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ให้สามารถประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ หรือเข้าไปถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในลักษณะหนึ่ง โดยการให้บริษัทแม่เพื่อถือหุ้นในบริษัทอื่นแทนการถือหุ้นด้วยตนเอง ซึ่งเป็นการอำพรางการถือหุ้นที่แท้จริงได้ โดยวิธีการถือหุ้นไขว้นี้สามารถอำพรางความเป็นเจ้าของหรือการควบคุมธุรกิจที่แท้จริงได้ โดยใช้วิธีการให้บริษัทในกลุ่มโยงใยการถือหุ้นระหว่างกันเพื่อให้เกิดความซับซ้อนมากขึ้น ทำให้การพิจารณาความเป็นเจ้าของธุรกิจนั้นจะต้องพิจารณาโครงสร้างบริษัทในกลุ่มทั้งหมด

ตัวอย่างเช่น บริษัท A. มีผู้ถือหุ้นคนไทยร้อยละ 51 และผู้ถือหุ้นต่างด้าวร้อยละ 49 ถือว่าบริษัท A. เป็นนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และบริษัท A. เข้าถือหุ้นในบริษัท B. ร้อยละ 99 ซึ่งบริษัท B. นี้ถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยด้วย และต่อมาบริษัท B. ก็เข้าถือหุ้นของคนไทยในบริษัท A. กลับมาอีก ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยนั้นแทบจะไม่มีเลย

⁹ ภัทรวรรณ ศรีสุข. (2541). “การถือหุ้นไขว้: ศึกษาเฉพาะกรณีผลกระทบทางกฎหมายและการควบคุม”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 10.

ตัวอย่างกรณีการเข้ามาเป็น “กรรมการ” หรือ “ผู้มีอำนาจ” ในลักษณะการ “ถือหุ้นไขว้” (Cross Share Holding) เช่น กรณีผู้ถือหุ้นต่างด้าวในบริษัท AA. ซึ่งเป็นบริษัทคนไทย (มีคนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49) นำเงินทุนไปซื้อกิจการ หรือจัดตั้งบริษัท BB. ซึ่งเป็นบริษัทไทยที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ด้วย ก่อนที่จะนำเงินทุนเดิมจากบริษัท BB. ย้อนกลับไปซื้อหุ้นในบริษัท AA. อีกครั้งในรูปแบบนิติบุคคล บริษัท BB. จึงมีสถานะไม่ต่างจากบริษัทนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำนาจให้กับผู้ถือหุ้นต่างด้าวที่อยู่ในบริษัท AA. โดยที่คนต่างด้าวที่ถือหุ้นในบริษัท AA. ก็จะไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพราะคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 แต่เท่ากับว่าในทางปฏิบัติ บริษัท AA. มีสภาพไม่ต่างจากบริษัทต่างด้าวเช่นกัน ซึ่งการถือหุ้นไขว้ในลักษณะดังกล่าว พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังครอบคลุมไปไม่ถึง

3.2.3.3 การถือหุ้นหลายลำดับชั้น

วิธีการถือหุ้นหลายลำดับชั้น หรือหุ้นแบบสะสมนั้น เป็นกรณีการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายเพื่อให้สามารถประกอบธุรกิจที่กฎหมายไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจได้ หรือเข้าไปถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดในการถือหุ้นของคนต่างด้าว

ตัวอย่างเช่น บริษัท J. ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายประเทศไทย อยู่นอกทะเลเบียนตามกฎหมายญี่ปุ่น ถือหุ้นในบริษัท ก. ร้อยละ 49 ซึ่งบริษัท ก. นี้ถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และต่อมาบริษัท ก. ก็ไปถือหุ้นในบริษัท ข. ร้อยละ 51 และขณะเดียวกันบริษัท J. ก็เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท ข. ร้อยละ 49 ด้วย เมื่อกำหนดการถือหุ้นแล้วจะเห็น ได้ว่าผู้ที่เป็นหุ้นส่วนที่ถือหุ้นฝ่ายข้างมากในบริษัท ข. ก็คือ บริษัท J. ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างด้าวนั่นเอง

3.2.3.4 การควบคุมผู้ถือหุ้นคนไทย

การควบคุมผู้ถือหุ้นคนไทยนี้ เป็นการให้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในลักษณะหนึ่ง เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ต้องห้าม หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว ให้สามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งตามปกติแล้วมติใด ๆ ของที่ประชุมผู้ถือหุ้นต้องเป็นไปตามเสียงข้าง

มาก เว้นแต่กรณีของมติพิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1194¹⁰ ดังนั้น เพื่อให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยสามารถมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการในกิจการทุกเรื่อง จึงอาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้¹¹

1) การกำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยซึ่งถือหุ้นฝ่ายข้างมากในข้อบังคับของบริษัท

การควบคุมผู้ถือหุ้นโดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้คนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิออกเสียง (Voting Rights) ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยนี้ เป็นวิธีการหนึ่งที่คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในบริษัทสามารถมีอำนาจในการบริหารหรือมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ ในบริษัทได้ โดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้บริษัทมีหุ้น 2 ประเภท คือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ หรือเป็นหุ้นสามัญประเภทเดียวแต่แบ่งหุ้นออกเป็น 2 จำพวก (เช่น หุ้น ก. และหุ้น ข.) หรือมีการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยถือหุ้นบุริมสิทธิร้อยละ 49 แต่กำหนดในข้อบังคับให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการออกเสียง 1 หุ้นต่อ 10 เสียง ในขณะที่หุ้นสามัญมีสิทธิในการออกเสียง 1 หุ้นต่อ 1 เสียง หรือในทางกลับกันอาจกำหนดให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (ซึ่งเป็นคนต่างด้าว) ถือหุ้นสามัญร้อยละ 49 แต่กำหนดในข้อบังคับให้ผู้ถือหุ้นสามัญมีสิทธิในการออกเสียง 1 หุ้นต่อ 10 เสียง ในขณะที่หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการออกเสียง 1 หุ้นต่อ 1 เสียงก็ได้

จะเห็นได้ว่าแม้คนต่างด้าวจะถือหุ้นน้อยกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงสิทธิออกเสียงลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว คนต่างด้าวก็จะมีสิทธิออกเสียงลงมติมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย ทำให้การกำหนดหุ้นบุริมสิทธิเป็นวิธีการที่จะทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิออกเสียงลงมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่า ซึ่งเมื่อนับรวมคะแนนเสียงแล้วจะทำให้กลายเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก และมีสิทธิในการควบคุมจัดการบริษัทได้

2) การมอบฉันทะ (Proxy) ให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนแทนผู้ถือหุ้นคนไทยในการประชุมผู้ถือหุ้น

การมอบฉันทะให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวเข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนนแทนผู้ถือหุ้นคนไทยเป็นวิธีการหนึ่งในการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว

¹⁰ มาตรา 1194 บัญญัติว่า “การใดที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำโดยมติพิเศษที่ประชุมใหญ่ต้องลงมติในเรื่องนั้นโดยคะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน”.

¹¹ ศิริพงษ์ สุภกิจจานุสรณ์. (2533). “ผู้ถือหุ้นข้างน้อยควบคุมบริษัทได้อย่างไร”. *บทบัญญัติ* 46, 4 ธันวาคม 2. หน้า 70.

เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าว หรือเข้าถือหุ้นเกินสัดส่วน
ในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว

โดยวิธีการนี้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวจะให้ผู้ถือหุ้นคนไทยทำหน้าที่เสมือน
ฉันทะให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวเข้าประชุมและมีอำนาจในการออกเสียงลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแทน
(Proxy) ซึ่งทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวสามารถใช้สิทธิลงคะแนนเสียงไปในทางที่ตนต้องการได้ ซึ่งแม้
คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย คือ ถือหุ้นร้อยละ 49 ส่วนผู้ถือหุ้นคนไทยเป็นผู้ถือหุ้นฝ่าย
ข้างมาก คือ ถือหุ้นร้อยละ 51 ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงสิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว
ผู้ถือหุ้นต่างด้าวจะมีสิทธิในการออกเสียงมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย เนื่องจากผู้ถือหุ้นคนไทยได้ทำ
หนังสือมอบฉันทะล่วงหน้าให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้น
ทุกคราว ทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้นและสามารถ
ควบคุมเสียงข้างมากในการลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้อย่างเด็ดขาด และถูกต้องตามกฎหมาย

3) การกำหนดให้มติที่ประชุมผู้ถือหุ้นต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้
ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยเสมอ

การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่ามติทุกชนิดของที่ประชุม
ผู้ถือหุ้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยซึ่งเป็นคนต่างด้าวด้วยนั้น เป็นอีก
วิธีการหนึ่งของการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบ
เลี่ยงกฎหมายให้สามารถประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำ หรือเข้าถือหุ้นเกินสัดส่วนใน
นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว

การควบคุมผู้ถือหุ้น โดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่า
มติทุกชนิดของที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยซึ่งเป็นคนต่าง
ด้าวด้วย มีวิธีการดังนี้ โดยกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่ามติทุกชนิดของที่ประชุมผู้ถือหุ้น
จะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เป็นคนต่างด้าวด้วย การกำหนดเช่นนี้จะไม่นำ
หลักเกณฑ์เรื่องการผ่านมติโดยเสียงข้างมากตามมติธรรมดา (Simple Majority) มาใช้บังคับ เช่น
กำหนดให้มติทุกชนิดของบริษัทจะต้องได้รับคะแนนเสียงร้อยละ 60 ของทุนจดทะเบียน¹² เป็นต้น

3.2.3.5 การกำหนดให้กรรมการที่เป็นคนต่างด้าวมีจำนวนมากกว่ากรรมการคน
ไทยหรือประธานกรรมการจะต้องเป็นคนต่างด้าว หรือกำหนดให้กรรมการที่เป็นคนต่างด้าวเป็นผู้มี
อำนาจลงนามผูกพันบริษัท

การกำหนดให้กรรมการที่เป็นคนต่างด้าวมีจำนวนมากกว่ากรรมการคน

¹² ศิริพงษ์ ศุกกิจจานุสรณ์. *อ้างแล้ว* เจริญธรรม 11. หน้า 70.

ไทยหรือประธานกรรมการจะต้องเป็นคนต่างด้าว หรือกำหนดให้กรรมการที่เป็นคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท เป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้คนต่างด้าวสามารถอาศัยช่องว่างของกฎหมายเพื่อประกอบธุรกิจที่ห้ามให้คนต่างด้าวทำ หรือเข้าถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดในการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้เช่นเดียวกับคนไทยทุกประการ โดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่า จะต้องมีการกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวในสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการที่เป็นคนไทย หรือประธานกรรมการจะต้องเป็นคนต่างด้าว หรือกำหนดให้กรรมการที่เป็นคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท ซึ่งจะ使人ต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการบริษัท หรือเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจของบริษัท ซึ่งมีผลให้อำนาจในการออกเสียงและการบริหารกิจการต่าง ๆ ในที่ประชุมคณะกรรมการของบริษัทเป็นของคนต่างด้าว ทำให้คนต่างด้าวสามารถครอบงำการบริหารงานของบริษัทให้เป็นไปในทิศทางที่ตนต้องการได้ แม้ว่าคนต่างด้าวจะถือหุ้นน้อยกว่าคนไทยก็ตาม แต่อำนาจในการตัดสินใจของบริษัทนั้นอยู่ที่กรรมการซึ่งเป็นคนต่างด้าว ในท้ายที่สุดบริษัทนั้นซึ่งตามกฎหมายแล้วถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยแต่แท้ที่จริงแล้วถูกรอบงำโดยคนต่างด้าว เพราะในการบริหารกิจการของบริษัทนั้น กรรมการเป็นผู้ที่มีบทบาทมากที่สุดในการบริหารจัดการและควบคุมบริษัท โดยกรรมการมีหน้าที่ในการดำเนินการต่าง ๆ ในนามของบริษัทและการกระทำใด ๆ ของกรรมการก็จะมีผลผูกพันบริษัท ถ้าหากการกระทำของกรรมการอยู่ในกรอบวัตถุประสงค์ของบริษัท

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งได้กำหนดจำนวนกรรมการในนิติบุคคลสำหรับกรณีที่คนต่างด้าวต้องการที่จะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไว้ดังนี้

“คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดจำนวนกรรมการในนิติบุคคลสำหรับกรณีที่คนต่างด้าวต้องการประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เฉพาะในบัญชีสองเท่านั้น

ในทางปฏิบัตินักลงทุนต่างตัวก็จะใช้รูปแบบของการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางหลายรูปแบบประกอบกัน กล่าวคือ จะไม่ใช่เพียงรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งในการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง ดังจะเห็นได้จากกรณีของบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) จากผลการตรวจสอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่มีการร้องเรียนว่าการถือหุ้นในบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) หรือชินคอร์ป เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างตัว (นอมินี) ซึ่งเข้าข่ายเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยเริ่มตรวจสอบตั้งแต่วันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 และได้ผลสรุปเบื้องต้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2549 ก่อนที่กระทรวงพาณิชย์จะตั้งคณะกรรมการขึ้นตรวจสอบเพิ่มเติมโดยมีนายบรรยง พวงราช รองปลัดกระทรวงพาณิชย์ในขณะนั้นเป็นประธาน

การตรวจสอบมีขั้นตอนและรายละเอียดข้อเท็จจริง ดังนี้¹³

1) บริษัท ชินคอร์ป มีหุ้นซื้อขายอยู่ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ต่อมาวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2549 บริษัท ชีตาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัด และบริษัท แอสเพน โฮลดิ้งส์ จำกัด ได้เข้าถือหุ้นในบริษัท ชินคอร์ป จากผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และต่อมาบริษัท ชีตาร์ฯ และบริษัท แอสเพนฯ ได้ทำคำเสนอซื้อหุ้นทั้งหมดของบริษัท ชินคอร์ป ซึ่งผลจากการทำคำเสนอซื้อหุ้นเมื่อวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2549 ทำให้สัดส่วนการถือหุ้นของบริษัท ชีตาร์ฯ (นิติบุคคลไทย) เพิ่มขึ้นร้อยละ 51.98 และบริษัท แอสเพนฯ (คนต่างด้าว) เพิ่มขึ้นร้อยละ 44.14 ตามลำดับ ส่วนที่เหลือเป็นของผู้ถือหุ้นรายย่อยร้อยละ 3.88

ผู้ถือหุ้นที่เข้าถือหุ้นในบริษัท ชินคอร์ป มีการถือหุ้นที่เกี่ยวข้องกันหลายทอด ดังนี้

- (1) ผู้ถือหุ้นชั้นแรกในบริษัท ชินคอร์ป ประกอบด้วย บริษัท ชีตาร์ฯ และบริษัท แอสเพนฯ
- (2) ผู้ถือหุ้นชั้นที่ 2 ซึ่งถือหุ้นในบริษัท ชีตาร์ฯ ประกอบด้วย บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) บริษัท ไชเพรส โฮลดิ้งส์ จำกัด
- (3) ผู้ถือหุ้นชั้นที่ 3 ซึ่งถือหุ้นในบริษัท กุหลาบแก้วฯ ประกอบด้วย นายพงส์ สารสิน นายสุภเดช พูนพิพัฒน์ นายสุรินทร์ อุปพัทธกุล บริษัท ไชเพรสฯ (คนต่างด้าว) และผู้ถือหุ้นรายย่อยอื่น

2) หนังสือร้องเรียนได้ร้องเรียนว่าผู้ถือหุ้นในชั้นที่ 2 คือ บริษัท กุหลาบแก้วฯ อาจมีคนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ทำให้บริษัท กุหลาบแก้วฯ มีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย และส่งผลทำให้บริษัท ชีตาร์ฯ ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นชั้นแรก และบริษัท ชินคอร์ป เป็นนิติบุคคลไทยด้วย จึงได้ดำเนินการ

¹³ ผลสอบกุหลาบแก้ว ส่อเค้าเป็นนอมินีเทมาเส็ก. มติชนรายวัน วันที่ 12 กันยายน พ.ศ. 2549 ปีที่ 29 ฉบับที่ 10412.

ตรวจสอบบริษัท กุหลาบแก้วฯ โดยมีรายละเอียดและข้อเท็จจริงที่ได้จากการตรวจสอบ ดังนี้

(1) การตรวจสอบหลักฐานทางทะเบียนนิติบุคคลเกี่ยวกับการถือหุ้น การเพิ่มทุน และที่ตั้งสำนักงาน ปรากฏว่าบริษัท กุหลาบแก้วฯ จดทะเบียนเมื่อวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2549 โดยมีรายละเอียด ดังนี้

ก. จดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ครั้งแรกมีทุนจดทะเบียน 100,000 บาท (แบ่งออกเป็น 1,000 หุ้น) และมีผู้ถือหุ้น 8 คน ประกอบด้วย

1. นายสมยศ สุทธิพรชัย ถือหุ้นกลุ่ม ก. (หุ้นบุริมสิทธิ) 5,000 หุ้น
2. บริษัท ไชเพชรฯ ถือหุ้นกลุ่ม ข. (หุ้นสามัญ) 4,900 หุ้น
3. ผู้ถือหุ้นรายย่อยคนไทยอีก คนละ 1 หุ้น โดยถือหุ้นในกลุ่ม ก.

ข. เพิ่มทุนครั้งแรกเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 เพิ่มทุนอีก 164,300,000 บาท รวมเป็น 164,400,000 บาท (แบ่งเป็น 16,440,000 หุ้น) โดยมีผู้ถือหุ้น 7 คน ประกอบด้วย

1. นางพงส์ สารสิน ถือหุ้นกลุ่ม ก. (หุ้นบุริมสิทธิ) 5,096,396 หุ้น (รับโอนจากนายสมยศ 3,096 หุ้น และซื้อหุ้นเพิ่มทุน 5,093,300 หุ้น)
2. นายสุภเดช พุทธิพัฒน์ ถือหุ้นกลุ่ม ก. (หุ้นบุริมสิทธิ) 3,288,000 หุ้น (รับโอนจากนายสมยศ 2,000 หุ้น และซื้อหุ้นเพิ่มทุน 3,286,000 หุ้น)
3. บริษัท ไชเพชรฯ ถือหุ้นกลุ่ม ข. (หุ้นสามัญ) 8,055,600 หุ้น (ซื้อหุ้นเพิ่มทุน 8,050,700 หุ้น)
4. ผู้ถือหุ้นรายย่อยคนไทยอีก คนละ 1 หุ้น โดยถือหุ้นในกลุ่ม ก.

ค. เพิ่มทุนครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2549 เพิ่มทุนอีก 3,835,600,000 บาท รวมเป็น 4,000,000,000 บาท (แบ่งเป็น 400,000,000 หุ้น) โดยมีผู้ถือหุ้น 7 คน ประกอบด้วย

1. นางพงส์ สารสิน ถือหุ้นกลุ่ม ก. (หุ้นบุริมสิทธิ) 5,096,396 หุ้น
2. นายสุภเดช พุทธิพัฒน์ ถือหุ้นกลุ่ม ก. (หุ้นบุริมสิทธิ) 3,288,000 หุ้น
3. บริษัท ไชเพชรฯ ถือหุ้นกลุ่ม ข. (หุ้นสามัญ) 119,615,600 หุ้น
4. นายสุรินทร์ อุปพัทธกุล ถือหุ้นกลุ่ม ก. และ ข. 272,000,001 หุ้น
5. ผู้ถือหุ้นรายย่อยคนไทยอีก คนละ 1 หุ้น โดยถือหุ้นในกลุ่ม ก.

(2) ในการถือหุ้นของบริษัท กุหลาบแก้วฯ มีการแบ่งการถือหุ้นออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. (หุ้นบุริมสิทธิ) และผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. (หุ้นสามัญ) ซึ่งข้อบังคับของบริษัทกำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. ไว้แตกต่างจากหุ้นกลุ่ม ก. ดังนี้

ก. ยกเว้นผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. ผู้ถือหุ้นไม่อาจขาย โอนสิทธิ โอน จำนำ หรือ จำหน่ายโดยวิธีอื่น หรือก่อภาระผูกพันในหุ้นของบริษัท เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจาก คณะกรรมการ

ข. ในการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ ไม่ว่าจะเป็นการออกเสียง โดยวิธีชুমือหรือโดยการลงคะแนนลับ ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. แต่ละรายมีสิทธิออกเสียง 1 เสียงสำหรับ 10 หุ้น ซึ่งตนเองเป็นผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. แต่ละรายมีสิทธิออกเสียง 1 เสียง สำหรับ 1 หุ้น ที่ตนเอง เป็นผู้ถือหุ้น

ค. ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. จะได้รับเงินปันผลอันเป็นส่วนแบ่งผลกำไรของบริษัท ก่อนผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. ในอัตราร้อยละ 3 ตามจำนวนเงินที่ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. ได้ลงหุ้นไว้กับบริษัท

ง. เงินปันผลที่จ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. ในแต่ละปีนั้นจะจ่ายในอัตราที่ กำหนดไว้เท่านั้น และจะไม่มี การจ่ายเงินปันผลเพิ่มเติมอีกสำหรับหุ้นกลุ่ม ก.

จ. การคืนทุนให้แก่ผู้ถือหุ้นหลังจากบริษัทได้เลิกกันแล้ว ทรัพย์สินนั้น จะต้องได้รับการแจกจ่ายตามสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน ในระหว่างผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ดี สำหรับผู้ถือหุ้น กลุ่ม ก. จะได้รับคืนเงินไม่เกินสัดส่วนการลงทุนในหุ้นที่ได้ลงไว้กับบริษัท

(3) การตรวจสอบหลักฐานการชำระเงินค่าหุ้น ที่มาของเงินค่าหุ้น และอำนาจการเบิก จ่ายเงินในบัญชีธนาคารของบริษัท ซึ่งสรุปได้ดังนี้

บริษัทได้เปิดบัญชีกับธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) จำนวน 2 บัญชี คือ บัญชีเดินสะพัด และบัญชีออมทรัพย์ และบริษัทได้รับชำระค่าหุ้นจากนายพงส์ สารสิน และผู้ถือหุ้น คนไทยรายอื่นเป็นเงินสด ได้รับชำระค่าหุ้นจากบริษัท ไชเพรสฯ เป็นเงิน โอน ซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการรับชำระค่าหุ้นตามหลักฐานใบรับชำระเงินค่าหุ้น ไม่สอดคล้องกับใบแจ้งรายการบัญชีเดินสะพัด ของธนาคารที่บริษัทส่งมาพร้อมกัน ซึ่งปรากฏว่าการรับชำระเงินค่าหุ้นทั้งหมดเป็นเงิน โอนเข้าบัญชี บริษัทในยอดเดียวจำนวน 131,540,000 บาท

นอกจากนี้แหล่งที่มาของเงินที่เข้ามาในบัญชีของบริษัท ไชเพรสฯ และบริษัท ไช เพรสฯ โอนไปเข้าบัญชีของบริษัท กุหลาบแก้วฯ และเงินที่บริษัท ไชเพรสฯ ใช้ค้ำประกันเงินกู้ของ นายสุกเดช พูนพิพัฒน์ รวมทั้งเงินที่บริษัท ไชเพรสฯ จ่ายชำระค่าหุ้นในบริษัท ซีตาร์ฯ เป็นเงิน โอน มาจากแหล่งเดียวกัน คือ FULLERTON PRIVATE LIMITED ซึ่งเป็นบริษัทในกลุ่ม TEMASEK ประเทศสิงคโปร์

เงินค่าหุ้นของนายสุรินทร์ อุปพัทธกุล จำนวน 2,720,000,100 บาท เป็นเงิน โอน BATHNET TRN, LP BKHQ 48764 จากธนาคารฮ่องกงและเซี่ยงไฮ้แบงกิ้งคอร์ปอเรชั่น จำกัด ตาม คำสั่งของนายสุรินทร์ อุปพัทธกุล ต่อมาเมื่อวันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2549 ได้มีหนังสือสอบถาม

ธนาคารฮ่องกงและเซี่ยงไฮ้แบงกิงคอร์ปอเรชั่น จำกัด และเมื่อวันที่ 12 เมษายน พ.ศ. 2549 ธนาคารได้แจ้งให้ทราบว่าธนาคารได้รับคำสั่งโอนเงินดังกล่าวเมื่อวันที่ 10 มีนาคม พ.ศ. 2549 จากชื่อบัญชี Fairmont Investment Group Inc. (ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนจัดตั้งที่หมู่เกาะบริติช เวอร์จิน ไอส์แลนด์ โดยมีบริษัท กรีนแลนด์ จำกัด แต่ผู้เดียวมีอำนาจกระทำการแทนบริษัท และได้มอบอำนาจให้นายสุรินทร์เป็นผู้ดำเนินการกองทุนของบริษัท) ธนาคาร Credit Suisse, Singapore จำนวน 70 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ (เท่ากับ 2,730 ล้านบาท) เพื่อเข้าบัญชีของนายสุรินทร์ และในวันเดียวกันนายสุรินทร์ก็ได้สั่งโอนเงินจำนวน 2,720,000,100 บาท ผ่าน BATHNET เข้าบัญชีบริษัท กุหลาบแก้วฯ

ซึ่งตั้งแต่เปิดบัญชีเป็นต้นมา ผู้มีอำนาจสั่งจ่ายเงินในบัญชีธนาคารของบริษัท กุหลาบแก้วฯ บริษัท ชีตาร์ฯ และบริษัท ไชเพชรฯ เป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน คือ บุคคล 2 ใน 3 ดังต่อไปนี้

1. Mr. S. Isawaran
2. Ms. Tan Ai Ching
3. Mrs. Chie You Jeo

ซึ่งผู้มีอำนาจสั่งจ่ายเงินของบริษัท กุหลาบแก้วฯ และบริษัท ชีตาร์ฯ แตกต่างไปจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทตามที่จดทะเบียนไว้ กล่าวคือ บริษัท กุหลาบแก้วฯ มีกรรมการ 3 คน คือ นายพงษ์ สารสิน นายเอส ไอสุวรรณ และนางไซ ยู จู และกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท คือ กรรมการสองคนลงลายมือชื่อร่วมกันและประทับตราสำคัญของบริษัท ต่อมาได้เปลี่ยนแปลงกรรมการเป็นนายเอส ไอสุวรรณ นายสุรินทร์ อุปัทธกุล และนางสุธีรา อุปัทธกุล และกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท คือ กรรมการสองคนลงลายมือชื่อร่วมกันประทับตราสำคัญของบริษัท และต่อมาได้เปลี่ยนแปลงกรรมการเป็นนายฟุน ชิว เฮง นายสุรินทร์ อุปัทธกุล และนางสุธีรา อุปัทธกุล และกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท คือ กรรมการสองคนลงลายมือชื่อร่วมกันประทับตราสำคัญของบริษัท

บริษัท ชีตาร์ฯ มีกรรมการ ดังนี้ นายเอส ไอสุวรรณ และนายบดินทร์ อัสวานิชย์ และกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท คือ กรรมการสองคนลงลายมือชื่อร่วมกันและประทับตราสำคัญของบริษัท ต่อมาได้เปลี่ยนแปลงกรรมการเป็นนายเอส ไอสุวรรณ น.ส. ทาน ไอซิง นายบดินทร์ อัสวานิชย์ และนายสุรินทร์ อุปัทธกุล และกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท คือ กรรมการสองคนลงลายมือชื่อร่วมกันและประทับตราสำคัญของบริษัท ปัจจุบันกรรมการบริษัท คือ นายฟุน ชิว เฮง น.ส. ทาน ไอซิง นายบดินทร์ อัสวานิชย์ และนายสุรินทร์ อุปัทธกุล และกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท คือ กรรมการสองคนลงลายมือชื่อร่วมกันและประทับตราสำคัญของบริษัท

(4) บริษัท กุหลาบแก้วฯ บริษัท ซีคาร์ฯ บริษัท ไชเพชรฯ และบริษัท แอสเพนฯ ทั้ง 4 บริษัท ซึ่งเกี่ยวข้องกับในกรณีการเข้าถือหุ้นในบริษัท ซินคอร์ป มีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในที่เดียวกัน คือ เลขที่ 21/125-128 อาคารไทยวาทาวเวอร์ ชั้น 17 ถนนสาทรใต้ แขวงทุ่งมหาเมฆ เขตสาทร กรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นที่ตั้งของบริษัท ฮันตัน แอนด์ วิลเลียมส์ (ไทยแลนด์) จำกัด และต่อมาเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม พ.ศ. 2549 บริษัท ฮันตันฯ ได้จดทะเบียนย้ายสำนักงานไปอยู่เลขที่ 1 อาคารคิวเฮาส์ ลุมพินี ชั้น 34 ถนนสาทรใต้ แขวงทุ่งมหาเมฆ เขตสาทร กรุงเทพมหานคร

จากกรณีของบริษัท ซิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการใช้รูปแบบของการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในหลาย ๆ รูปแบบด้วยกัน ทั้งการให้บุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว การถือหุ้นหลายลำดับชั้น การควบคุมผู้ถือหุ้นคนไทยโดยการกำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยซึ่งถือหุ้นฝ่ายข้างมากในข้อบังคับของบริษัท การกำหนดให้กรรมการที่เป็นคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท รวมถึงกำหนดให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวได้รับผลประโยชน์มากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยด้วย

3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในต่างประเทศ

3.3.1 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่ถือได้ว่ามีเศรษฐกิจที่แข็งแกร่งแห่งหนึ่งของโลก โดยมีระบบเศรษฐกิจเสรีในการแข่งขันและพัฒนาอย่างไม่หยุดยั้งอันเป็นผลมาจากการบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพและการปฏิรูปโครงสร้างที่ได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งการมีภาคเอกชนที่ร่วมพัฒนาเพื่อพร้อมรับการแข่งขัน¹⁴ และเพื่อเป็นการตอบรับกับระบบเศรษฐกิจเปิดเสรีดังกล่าว รัฐบาลออสเตรเลียได้วางแนวทางและกำหนดนโยบายสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศมาโดยตลอด นอกจากนั้นยังได้บัญญัติมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับกับการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวในออสเตรเลีย เช่น กฎหมายการจัดตั้งบริษัทและลงทุนในออสเตรเลีย กฎหมายภาษีอากร กฎหมายคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อม กฎหมายแรงงาน เป็นต้น

¹⁴ สำนักอเมริกาและแปซิฟิก กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ (online). เข้าถึงได้จาก <http://www.dtn.go.th>. [2555, กุมภาพันธ์ 21]

3.3.1.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศออสเตรเลีย

มาตรการทางกฎหมายที่สำคัญซึ่งใช้บังคับในการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลีย ได้แก่

1) Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 หรือ FATA หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการปรับปรุงล่าสุดเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2553

2) Foreign Investment Policy Guidelines หรือแนวปฏิบัติที่เป็นนโยบายว่าด้วยการลงทุนของคนต่างด้าว และ

3) Foreign Acquisition and Takeover Regulations 1989 หรือระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว เป็นต้น

การเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวนี้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง (Australian Treasurer) โดยมีคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนของคนต่างด้าวของออสเตรเลีย (Foreign Investment Review Board หรือ FIRB) ซึ่งแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามกฎหมาย FATA คอยช่วยเหลือพร้อมทั้งให้คำปรึกษา

3.3.1.2 ประเภทการลงทุนของคนต่างด้าว

ประเภทการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลีย สามารถแบ่งได้ดังต่อไปนี้

1) ธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาตจากรัฐบาลออสเตรเลีย
เนื่องจากรัฐบาลออสเตรเลียให้ความสำคัญและมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนในธุรกิจขนาดเล็กให้เข้ามาประกอบธุรกิจในออสเตรเลีย ดังนั้น คนต่างด้าวจึงสามารถเข้ามาลงทุนสำหรับธุรกิจขนาดย่อมที่มีมูลค่าการลงทุนน้อยกว่า 10 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียได้โดยไม่ต้องขออนุญาต

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้เข้าทำความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (Thailand – Australia Free Trade Agreement: TAFTA) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2548 โดยความตกลงดังกล่าวเป็นไปตามนโยบายสนับสนุนการลงทุนในออสเตรเลียและเปิดโอกาสให้คนสัญชาติไทยเข้าไปลงทุนได้อย่างเสรี¹⁵ แต่หากลงทุนเกิน 10 ล้านดอลลาร์

¹⁵ ภาคผนวกที่ 8 ของความตกลงเขตการค้าเสรีไทย – ออสเตรเลีย โดยสามารถกำหนดหลักเกณฑ์และประเภท

ออสเตรเลียจะต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนของคนต่างด้าวของออสเตรเลียเสียก่อน

- 2) ธุรกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษและต้องยื่นคำเสนอขออนุญาตต่อรัฐบาลออสเตรเลีย
 - (1) ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ (National Security)
 - (2) ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติ (National Interest) ซึ่งโดยทั่วไป ได้แก่

ก. ธุรกิจที่มีความสำคัญสูง (Sensitive Sectors)¹⁶ ในแง่ที่เกี่ยวข้องหรือมีความสำคัญต่อชุมชน (Community Concern) เช่น

ก) ธุรกิจการสื่อสารมวลชน (Media) ได้แก่ หนังสือพิมพ์รายวัน โทรทัศน์ วิทยุ รวมถึงอินเทอร์เน็ตที่กระจาย ออกอากาศ หรือแสดงออกมาในรูปแบบเดียวกับการสื่อสารมวลชนไม่ว่าจะมีมูลค่าเท่าใด รวมถึงการลงทุนในตลาดหลักทรัพย์หรือที่เรียกว่า Portfolio Investment ตั้งแต่ร้อยละ 5 ขึ้นไป

ข) ธุรกิจการโทรคมนาคม (Telecommunications)

ค) ธุรกิจการคมนาคม (Transport) ซึ่งรวมถึง ท่า

ธุรกิจที่เชื่อมต่อคนสัญชาติไทยที่จะเข้าไปลงทุนตามความตกลงดังกล่าว ดังต่อไปนี้

(1) กลุ่มธุรกิจบริการวิชาชีพ เช่น บริการด้านภาษี บริการสถาปัตยกรรม บริการวิศวกรรม บริการออกแบบและตกแต่งภูมิทัศน์ บริการคอมพิวเตอร์ บริการค้นคว้าวิจัย บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ บริการโฆษณา วิทยุตลาด บริการจัดการและให้คำปรึกษา บริการที่เกี่ยวข้องกับวิทยาศาสตร์และที่ปรึกษาเทคนิคบริการ หอประชุม บริการถ่ายภาพ บริการถ่ายเอกสาร บริการแปลภาษา บริการออกแบบภายใน บริการซ่อมแซมยานพาหนะ

(2) กลุ่มธุรกิจบริการด้านโทรคมนาคม เช่น บริการด้านจดหมายทางอิเล็กทรอนิกส์ บริการวอยซ์เมล บริการให้ข้อมูลผ่านทางออนไลน์ บริการ EDI (Electronic Data Interchange)

(3) กลุ่มธุรกิจด้านการก่อสร้าง และที่เกี่ยวข้องกับบริการวิศวกรรม ได้แก่ บริการที่ปรึกษาด้านการก่อสร้าง บริการสร้างอาคาร

(4) กลุ่มธุรกิจบริการจัดจำหน่ายสินค้า ได้แก่ บริการตัวแทนขายหน้า บริการค้าปลีกค้าส่ง แฟรนไชส์

(5) กลุ่มธุรกิจบริการด้านสิ่งแวดล้อม ได้แก่ บริการบำบัดน้ำเสีย บริการให้ความคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ.

¹⁶ Australian Treasurer, *Prescribed Sensitive Sectors* (online). Available:

อากาศยาน การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับท่าเรือหรือท่าอากาศยาน โครงสร้างพื้นฐานของรถไฟ การบินระหว่างประเทศและภายในประเทศ และการให้บริการขนส่งทางเรือ ต่าง ๆ ภายในประเทศ หรือจากต่างประเทศมายังออสเตรเลีย หรือจากออสเตรเลียไปยังต่างประเทศ

ง) ธุรกิจจัดหาหรืออบรมบุคลากร การผลิตหรือจัดหาวัสดุหรืออุปกรณ์หรือเทคโนโลยีทางการทหารแก่กองทัพทหารแห่งออสเตรเลีย (Australian Defense Force) หรือกองทัพทหารอื่น

จ) ธุรกิจการผลิตหรือจัดหาสินค้า อุปกรณ์ หรือเทคโนโลยีที่สามารถใช้ในวัตถุประสงค์ทางการทหาร

ฉ) การพัฒนา การผลิต การจัดหา หรือการให้บริการที่เกี่ยวข้องกับระบบเทคโนโลยีและการสื่อสารในด้านรหัสและความมั่นคง

ช) การสกัด รวมทั้งสิทธิในการสกัดแร่ยูเรเนียม พลูโตเนียม หรือการปฏิบัติการใด ๆ เกี่ยวกับนิวเคลียร์

ข. ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

ก) การครอบครองผลประโยชน์บนที่ดินในตัวเมือง (Urban Land) รวมถึงผลประโยชน์ที่เกิดจากการให้เช่า การจัดการแบ่งปันผลประโยชน์และการเงิน และการครอบครองผลประโยชน์ในทรัสต์และบริษัทที่ดินในตัวเมือง

ข) การครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่พัฒนาเพื่อการค้าซึ่งไม่ใช่ที่อยู่อาศัย ในกรณีที่อยู่อาศัยอยู่ภายใต้การจัดการมรดก และมีมูลค่าตั้งแต่ 5 ล้านเหรียญออสเตรเลียขึ้นไป

ค) การครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่พัฒนาเพื่อการค้าซึ่งไม่ใช่ที่อยู่อาศัย ในกรณีที่อยู่อาศัยไม่อยู่ภายใต้การจัดการมรดก และมีมูลค่าตั้งแต่ 5 ล้านเหรียญออสเตรเลียขึ้นไป

ง) การครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับที่พักอาศัย ที่ดินเปล่าในเมือง (vacant urban real estate) และที่ดินที่เป็นที่อยู่อาศัย (residential real estate) เป็นต้น

ค. การเข้าครอบครอง (takeover) กิจการต่างชาติ ซึ่งมีบริษัทลูกในออสเตรเลีย หรือมีทรัพย์สินรวมในออสเตรเลียสูงกว่า 200 ล้านเหรียญออสเตรเลีย แต่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของทรัพย์สินโดยรวมทั่วโลก

ง. การลงทุนโดยตรงโดยรัฐบาลหรือหน่วยงานราชการต่างชาติ (Foreign Government and their related entities)

จ. การลงทุนในธุรกิจที่ให้บริการอยู่แล้วในประเทศ
ออสเตรเลีย และมีมูลค่ามากกว่า 50 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย

ฉ. การลงทุนในธุรกิจใหม่โดยมีมูลค่าทั้งหมดตั้งแต่ 10
ล้านเหรียญออสเตรเลียขึ้นไป

(3) ธุรกิจที่มีความสำคัญต่อประเทศออสเตรเลียซึ่งคนต่างด้าว
ไม่อาจเข้าไปลงทุนได้อย่างเสรี โดยต้องยื่นขออนุญาตจาก FIRB ก่อน หรือไม่อาจถือครองหุ้นเกิน
กว่าจำนวนที่กำหนดไว้ได้ ได้แก่

ก. ธุรกิจการธนาคาร โดยจะพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปตาม
กฎหมายว่าด้วยการธนาคาร (Banking Act 1959) และกฎหมายว่าด้วยภาคการเงิน (การถือหุ้น)
(Financial Sector (Shareholdings) Act 1998)

ข. ธุรกิจการคมนาคม ได้แก่

ก) ธุรกิจสายการบิน กรณีสายการบินภายในประเทศ
อาจถือครองหุ้นได้ทั้งหมด ในขณะที่สายการบินระหว่างประเทศนั้น คนต่างด้าวสามารถถือครอง
หุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ทั้งนี้ ไม่รวมถึงกรณีของการลงทุนในสายการบิน Qantas ซึ่งมีข้อกำหนดที่
แตกต่างออกไป กล่าวคือ เมื่อรวมจำนวนคนต่างด้าวทั้งหมดที่ถือหุ้นแล้ว ในส่วนของการให้บริการ
เส้นทางการบินระหว่างประเทศจะต้องไม่เกินร้อยละ 49 โดยคนต่างด้าวแต่ละรายซึ่งเป็นบุคคล
ธรรมดาต้องไม่เกินร้อยละ 25 และสายการบินต่างชาติดรวมกันแล้วต้องไม่เกินร้อยละ 35

ข) ธุรกิจท่าอากาศยาน โดยจะพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป
ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยท่าอากาศยาน (Airport Act 1996) ซึ่งกำหนดให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกิน
ร้อยละ 49

ค) ธุรกิจเรือส่งสินค้า กำหนดให้เรือที่จดทะเบียนใน
ออสเตรเลียต้องมีผู้ถือหุ้นใหญ่เป็นคนสัญชาติออสเตรเลีย ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัทที่จด
ทะเบียนภายใต้กฎหมายของประเทศออสเตรเลียก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยทะเบียน
การขนส่งทางเรือ (Shipping Registration Act 1981) ด้วย

3.3.1.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคน
ต่างด้าวรวมถึงนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง

พระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ.
1975 กำกับดูแลและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในออสเตรเลียโดยให้อำนาจรัฐบาล
ในการวิเคราะห์ตรวจสอบค่าของลงทุนของคนต่างด้าวไว้ ซึ่งหากพิจารณาตรวจสอบแล้วเห็นว่า การ

เข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจนั้นขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ (National Interest)¹⁷ รัฐบาลสามารถปฏิเสธคำขอของคนต่างด้าวนั้นได้

ในการพิจารณาว่ากรณีการขอลงทุนใดขัดต่อผลประโยชน์ของชาติหรือไม่ นั้น รัฐบาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบสำคัญต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับประโยชน์ที่จะได้รับการลงทุน โดยพิจารณาเป็นราย ๆ ไป รวมถึงพิจารณาขอบเขตปัจจัยและความสำคัญที่เกี่ยวข้องที่หลากหลาย ขึ้นอยู่กับลักษณะของกิจการที่มุ่งหมาย การลงทุนต่าง ๆ ในกิจการทั้งหลายที่มีลูกจ้างจำนวนมากหรือมีความสำคัญในด้านของตลาดหุ้นอาจถือว่ามีความสำคัญมากกว่าการลงทุนของกิจการขนาดเล็ก อย่างไรก็ตาม การลงทุนในกิจการขนาดเล็กที่มีทรัพย์สินพิเศษหรือมีความสำคัญทางอุตสาหกรรมอาจถือเป็นปัจจัยในการพิจารณาได้เช่นกัน

นอกจากนั้น ยังมีการนำผลกระทบที่ได้รับจากการลงทุนมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาการลงทุนที่ช่วยเพิ่มกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น การพัฒนาความสามารถในการผลิตหรือเทคโนโลยีใหม่ ๆ ให้เพิ่มขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ย่อมมีความเป็นไปได้น้อยที่จะถือว่าขัดแย้งกับผลประโยชน์ของชาติ

รัฐบาลออสเตรเลียจึงได้กำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมของคนต่างด้าวซึ่งสามารถแบ่งออกไป 2 กรณี คือ ก่อนการลงทุนและภายหลังการลงทุน ดังนี้

1) กรณีก่อนการลงทุน รัฐบาลจะพิจารณาและประเมินคำขอลงทุนของคนต่างด้าวก่อนการเริ่มต้นลงทุน โดยพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(1) ความมั่นคงของชาติ (National Security)

รัฐบาลจะพิจารณาไปถึงการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถของออสเตรเลียในการปกป้องผลประโยชน์ในทางยุทธศาสตร์และความมั่นคง โดยรัฐบาลจะอาศัยคำแนะนำจากหน่วยงานความมั่นคงแห่งชาติ ในการประเมินว่าการลงทุนนั้นก่อให้เกิดประเด็นในด้านความมั่นคงของชาติหรือไม่

(2) การแข่งขัน (Competition)

แม้รัฐบาลออสเตรเลียจะสนับสนุนความหลากหลายของการเป็นเจ้าของธุรกิจในด้านอุตสาหกรรมและธุรกิจภาคต่าง ๆ ในออสเตรเลีย เพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่สมบูรณ์ แต่รัฐบาลออสเตรเลียก็จะพิจารณาด้วยเสมอว่าการลงทุนนั้นอาจเป็นผลให้ผู้ลงทุนเข้าควบคุมราคาตลาดหรือการผลิตสินค้าหรือการให้บริการในออสเตรเลียได้หรือไม่

¹⁷ Australian Treasurer, *National Interest* (online). Available:

www.firb.gov.au/.../Australia's_Foreign_Investment_Policy_Jan_2011.rtf. [2555, กุมภาพันธ์ 21]

รัฐบาลอาจพิจารณาไปตลอดถึงผลกระทบจากธุรกิจการลงทุนที่ได้มีการยื่นเสนอมาในกรณีซัดเซหรือทดแทนกับอุตสาหกรรมทั่วโลกโดยรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการลงทุนดังกล่าวอาจนำไปสู่การบิดเบือนผลลัพธ์ในการแข่งขันทางการตลาด ทั้งนี้ สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษด้วยก็คือ การลงทุนนั้นอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เข้าลงทุนเข้าควบคุมการจัดหาผลิตภัณฑ์หรือการให้บริการโดยรวมทั่วโลกหรือไม่

นอกจากนั้น ยังมีหน่วยงานที่เรียกว่า คณะกรรมการการแข่งขันและการบริโภคแห่งออสเตรเลีย (The Australian Competition and Consumer Commission หรือ ACCC) ที่คอยตรวจสอบในประเด็นของการแข่งขันตามนโยบายการแข่งขันของออสเตรเลีย โดยการตรวจสอบนี้เป็นอิสระจากกฎหมายการลงทุนของคนต่างด้าวในออสเตรเลีย

(3) นโยบายอื่นของรัฐบาลออสเตรเลีย รวมถึงนโยบายด้านภาษี (Other Australian Government Policies Including Tax)

รัฐบาลจะพิจารณาผลกระทบของค่าของลงทุนของคนต่างด้าวที่มีต่อภาษีเงินได้ของออสเตรเลีย รวมถึงจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐบาลในประเด็นที่สำคัญ ๆ เช่น ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

(4) ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและชุมชน (Impact on the Economy and the Community)

รัฐบาลจะพิจารณาผลกระทบของการลงทุนที่มีต่อเศรษฐกิจทั่วไป โดยจะพิจารณาถึงผลกระทบของแผนการใด ๆ ที่จะเปลี่ยนโครงสร้างของกิจการหากได้เข้ามาลงทุนในออสเตรเลีย นอกจากนี้ ยังพิจารณาถึงลักษณะที่แท้จริงของเงินทุนของการลงทุน และระดับการเข้าร่วมของชาวออสเตรเลียที่คงอยู่ในกิจการภายหลังจากที่มีการลงทุนของคนต่างด้าวเกิดขึ้น รวมตลอดถึงผลประโยชน์ของลูกจ้าง เจ้าหนี้ และผู้ที่มีผลประโยชน์ร่วมทั้งหลาย

ยิ่งไปกว่านั้น รัฐบาลยังพิจารณาด้วยว่าผู้ลงทุนจะพัฒนาโครงการซึ่งทำให้แน่ใจได้ว่าประชาชนชาวออสเตรเลียจะได้รับความเป็นธรรม นอกจากนี้ การลงทุนนั้นควรจะต้องสอดคล้องกับเป้าหมายของรัฐบาลที่จะแน่ใจได้ว่าออสเตรเลียยังคงมีผู้ขายหรือผู้จัดหาสินค้าหรือวัตถุดิบที่เชื่อถือได้ให้กับลูกค้าในอนาคตอีกด้วย

(5) คุณลักษณะของผู้ลงทุน (Character of the Investor)

รัฐบาลจะพิจารณาด้วยว่าผู้ลงทุนจะต้องดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใสในทางการค้า โดยต้องมีการดำเนินการที่เพียงพอและโปร่งใสตามระเบียบและการกำกับดูแล รัฐบาลจะต้องพิจารณาตลอดถึงการดำเนินการบริหารจัดการในทางปฏิบัติของผู้ลงทุนต่างด้าวด้วย ในกรณีที่ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้จัดการกองทุนรวมถึงกองทุนความมั่นคงแห่งชาติ

(Sovereign Wealth Funds)¹⁸ รัฐบาลจะพิจารณาถึงนโยบายการลงทุนของกองทุนและการจัดการสิทธิในการออกเสียงที่เกี่ยวกับกิจการในออสเตรเลียที่ได้เสนอไว้ในส่วนของการได้รับผลประโยชน์

ค่าการลงทุนซึ่งมีเจ้าของโดยคนต่างด้าวหรือควบคุมโดยผู้ลงทุนต่างด้าวที่ได้ดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใสและเป็นไปในทางการค้าย่อมมีความเป็นไปได้น้อยที่จะก่อให้เกิดประเด็นเรื่องผลประโยชน์ของชาติหากเทียบกับค่าการลงทุนที่ไม่มีความโปร่งใส

2) กรณีภายหลังการลงทุน พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทจำกัด ค.ศ. 2001 (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 เน้นระเบียบการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในประเด็นต่าง ๆ โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท

โดยส่วนใหญ่แล้วคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนในรูปแบบธุรกิจที่มีขนาดเล็กมักนิยมจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็นประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

ก. อำนาจในการควบคุมการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power)¹⁹ และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ในเรื่องนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทจำกัด ค.ศ. 2001 (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 กำหนดให้อำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท หมายความว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม รวมถึงการควบคุมการดำเนินการซึ่งเป็นผลหรือมาจากการจัดการหรือการปฏิบัติไม่ว่าจะมีกฎหมายหรืออำนาจที่เท่าเทียมกันและไม่ว่าจะตั้งอยู่บนกฎหมายหรือสิทธิที่เท่าเทียมกันหรือไม่ก็ตาม

¹⁸ Sovereign Wealth Funds หรือที่เรียกว่า กองทุนบริหารเงินสำรองภาครัฐ หรือกองทุนความมั่นคงแห่งชาติ หรือกองทุนความมั่นคงแห่งชาติ เป็นกองทุนที่รัฐบาลจัดตั้งขึ้น โดยมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากหนึ่งหรือหลายแห่งต่อไปนี้รวมกัน เช่น ส่วนเกินดุลที่กระทรวงการคลังสะสมได้จากการส่งออกสินค้า เม็ดเงินที่ได้จากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ หรือส่วนเกินดุลการชำระเงิน เป็นต้น โดยเป็นกองทุนที่มีวัตถุประสงค์ในการบริหารเงินลงทุนสำรองภาครัฐเพื่อให้เกิดผลตอบแทนสูงสุดในระยะยาว.

¹⁹ Section 8 of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 “Control of voting power in a corporation is reference to control that is direct or indirect including control that is exercisable as a result or by means of arrangements or practices, whether or not having legal or equitable force, and whether or not based on legal or equitable rights”.

ข. จำนวนการออกเสียงในหุ้นส่วนสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของอำนาจการออกเสียงสำหรับหุ้นสามัญ และต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของสิทธิ ที่มีในหุ้นสำหรับหุ้นบุริมสิทธินั้น²⁰

ค. การได้รับผลประโยชน์จากหุ้น ในกรณีนี้พระราชบัญญัติ ว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 กำหนดไว้ชัดเจนว่าบุคคลที่จะถือว่ามี สิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นที่ตนถือในบริษัทนั้น ให้พิจารณาตลอดถึงสิทธิในผลประโยชน์จาก หุ้นของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าวด้วย²¹ โดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคล ดังกล่าว ได้แก่

ก) คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Spouse) และคู่สมรส ที่อยู่ด้วยกันโดยไม่ได้จดทะเบียนตามกฎหมาย (de factor partner) ซึ่งอยู่ในความหมายตามที่ พระราชบัญญัติการตีความ ค.ศ. 1901 (Interpretation Act 1901) กำหนดไว้ รวมตลอดถึงบุพการี ญาติ บุตร พี่ชายหรือน้องชาย พี่สาวหรือน้องสาวของบุคคลนั้น

ข) บุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนกับบุคคลนั้น

ค) บริษัทซึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้บริหารอยู่

ง) ในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นบริษัท บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลนั้น ได้แก่ ผู้บริหารของบริษัท

จ) ลูกจ้างหรือผู้ว่าจ้างของบุคคลนั้น

ฉ) ผู้บริหารในบริษัทซึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้บริหารอยู่

ช) ลูกจ้างของบุคคลธรรมดาซึ่งบุคคลนั้นเป็นลูกจ้างอยู่

ซ) บริษัทที่กรรมการของบริษัทนั้นมีความคุ้นเคยหรือมี

หน้าที่กับบุคคลนั้นไม่ว่าจะเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ ให้ต้องกระทำการตามแนวทางหรือตาม คำสั่งหรือตามที่บุคคลนั้นประสงค์ หรือในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นบริษัท ได้แก่ผู้ที่มีความคุ้นเคยกับ

²⁰ Section 9 (1) of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 "For the purpose of this Act, a person is taken to hold a substantial interest in a corporation if the person, alone or together with any associate or associates of the person:

(a) Is in a position to control not less than 15% of the voting power in the corporation; or

(b) Is in a position not less than 15% of the potential voting power in the corporation; or

(c) Holds interests in not less than 15% of the issued shares in the corporation; or

(d) Would hold interests in not less than 15% of the issued shares in the corporation, if shares in the corporation were issued as the result of the exercise of all rights of a kind mentioned in subsection 11 (2A)."

²¹ Section 6 of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975.

กรรมการของบริษัท

ฅ) บริษัทที่ได้ดำเนินการตามแนวทาง คำสั่ง หรือความประสงค์ของกรรมการบริษัทที่บุคคลนั้นมีความคุ้นเคยหรืออยู่ภายใต้หน้าที่ที่ต้องดำเนินการไม่ว่าจะเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ

ฉ) บริษัทซึ่งบุคคลนั้นถือผลประโยชน์เกี่ยวข้อ (Substantial Interest) ทั้งนี้ กรณีที่จะถือว่าบุคคลนั้นถือผลประโยชน์เกี่ยวข้อในบริษัท คือ เมื่อบุคคลดังกล่าวคนเดียวหรือกับบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ไม่ว่าคนเดียวหรือหลายคน²² หาก

(ก) อยู่ในฐานะที่มีอำนาจออกเสียง (Voting Power)²³ ในบริษัทได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของจำนวนการออกเสียงทั้งสิ้นในบริษัท

(ข) อยู่ในฐานะที่มีความสามารถในการออกเสียง (Potential Voting Power)²⁴ ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของสิทธิในการออกเสียงทั้งสิ้นในบริษัท

(ค) ถือผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่ออกจำหน่าย

(ง) จะถือผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่ออกจำหน่าย หากใบหุ้นในบริษัทเหล่านั้นได้ออกโดยผลจากการใช้สิทธิทั้งหลายที่ได้จากการเข้าทำสัญญาเพื่อซื้อหุ้น

ฉ) เมื่อบุคคลนั้นเป็นบริษัท บุคคลที่มีความสัมพันธ์หมายถึงบุคคลที่ถือผลประโยชน์เกี่ยวข้อในบริษัทนั้น

ฉ) บุคคลใด ๆ ที่ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กับบุคคลนั้น ๆ

(2) กรณีการลงทุนในหุ้นในตลาดหลักทรัพย์

พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทฯ กำหนดให้บุคคลที่ได้มาซึ่งหุ้นสำคัญ (Substantial Holding) ของบริษัทซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์มีหน้าที่เปิดเผยการถือ

²² Section 9 (1) of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 “Substantial and controlling interests in corporations.”

²³ Section 14 (1) of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 “...voting power in a corporation is a reference to the maximum number of votes that might be cast at a general meeting of the corporation...”

²⁴ Section 14 (2) of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 “...potential voting power in a corporation is a reference to the voting power in the corporation, on the assumption that the votes that might be cast a general meeting of the corporation...”

ครองหุ้นของตน (Substantial Shareholdings Disclosure) โดยต้องมีหนังสือบอกกล่าวแจ้งบริษัท และตลาดหลักทรัพย์แห่งออสเตรเลีย (Australia Security Exchange หรือ ASX) ภายในเวลา 2 วันทำการ ถึงการได้มาซึ่งหุ้นสำคัญนั้น โดยหุ้นสำคัญนั้นต้องมีจำนวนร้อยละ 5 หรือมากกว่าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงหรือผลประโยชน์ในบริษัทที่จดทะเบียนนั้น (และให้นับรวมผลประโยชน์ของบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องด้วย) และเมื่อบุคคลที่ได้มาซึ่งหุ้นนั้นกลายเป็นผู้ถือหุ้นสำคัญ (Substantial Holder) แล้ว บุคคลนั้นก็มีหน้าที่บอกกล่าวบริษัทและตลาดหลักทรัพย์แห่งออสเตรเลีย ภายใน 2 วันทำการ เมื่อมีการเคลื่อนไหวของหุ้นของตนเพียงร้อยละ 1 หรือมากกว่านั้น

3.3.2 ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาจัดเป็นหนึ่งในประเทศที่พัฒนาแล้วที่ยังคงต้องการเงินทุนจากต่างชาติ รัฐบาลแคนาดาจึงเปิดโอกาสให้กับคนต่างด้าวในการเข้ามาลงทุนในประเทศได้อย่างเสรี สำหรับธุรกิจที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติควบคุมไว้ และเพื่อให้สอดคล้องกับการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในแคนาดา รัฐบาลแคนาดาได้ปรับปรุงบรรยากาศการลงทุนให้มีความสะดวกและเอื้ออำนวยต่อการลงทุนของคนต่างด้าวตลอดเวลา รวมถึงการให้สิทธิประโยชน์เพื่อชักจูงการลงทุนจากต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนในกิจการการวิจัยและพัฒนาซึ่งเป็นกิจการเป้าหมายของแคนาดา นอกจากนี้แคนาดายังปรับปรุงโครงสร้างชั้นพื้นฐานและยกระดับเทคโนโลยีเพื่อรองรับความต้องการของต่างชาติในการเข้ามาลงทุน

อย่างไรก็ตาม แม้จะได้เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศได้อย่างเสรี แต่รัฐบาลแคนาดายังคงมีการกำกับดูแลและตรวจสอบการลงทุนทั้งหลายที่สำคัญและหลักการควบคุมที่เข้มงวดอย่างสูงในการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยคำนึงถึงเงินทุนที่เพิ่มขึ้นและประโยชน์ทางเทคโนโลยีที่คนต่างด้าวนำมายังแคนาดา รวมถึงความสำคัญที่จะปกป้องคุ้มครองความมั่นคงของประเทศ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการกระตุ้นการลงทุน ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและโอกาสในการจ้างงาน อีกทั้งเพื่อให้มีการตรวจสอบในการลงทุนที่อาจเป็นอันตรายร้ายแรงต่อความมั่นคงของแคนาดา²⁵

3.3.2.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศแคนาดา

การเข้ามาลงทุนประกอบกิจการของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหลายฉบับ ฉบับที่สำคัญซึ่งเป็นมาตรการในการกำกับดูแลและควบคุม

²⁵ Section 2 of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.).

เกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดา ได้แก่

- 1) Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.) หรือ ICA หรือที่เรียกว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในประเทศแคนาดา ค.ศ. 1985 ซึ่งพอเทียบเคียงได้กับพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย โดยกฎหมายฉบับนี้บัญญัติเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดา โดยใช้บังคับกับการตรวจสอบการลงทุนที่มีนัยสำคัญของคนต่างด้าวในแคนาดา เพื่อให้แน่ใจว่าการลงทุนนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์กับแคนาดา
- 2) Regulations Respecting Investment in Canada หรือกฎกระทรวงว่าด้วยการลงทุนในประเทศแคนาดา ซึ่งได้อธิบายข้อมูลทั้งหลายที่คนต่างด้าวต้องยื่นให้แก่รัฐตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในประเทศแคนาดา ค.ศ. 1985 กำหนดไว้ และกำหนดไว้ว่ากรณีใดบ้างที่จะต้องยื่นข้อมูลดังกล่าว รวมตลอดถึงกำหนดค่านิยามเฉพาะที่เกี่ยวข้องไว้ด้วย
- 3) National Security Review Investments Regulations หรือกฎกระทรวงว่าด้วยการตรวจสอบความมั่นคงของรัฐในการลงทุน กฎกระทรวงฉบับนี้ตราขึ้นเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 2009 กำหนดระยะเวลาต่าง ๆ ที่รัฐมนตรีกระทรวงอุตสาหกรรมและ/หรือผู้ว่าการรัฐโดยคำแนะนำของสภาองคมนตรี (Governor-in-Council หรือ GIC) แล้วแต่กรณีที่ต้องดำเนินการเพื่อเป็นการกระตุ่นการตรวจสอบเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศในการประกอบกิจการของคนต่างด้าวและเพื่อออกมาตรการใด ๆ เกี่ยวกับการลงทุนภายหลังจากการตรวจสอบแล้ว นอกจากนั้น กฎกระทรวงนี้ยังกำหนดรายชื่อหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยหน่วยงานเหล่านี้สามารถนำข้อมูลที่เป็นความลับต่าง ๆ มาใช้ร่วมกันหรือนำข้อมูลเหล่านั้นมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการสอบสวนของแต่ละหน่วยงานได้
- 4) The Competition Act หรือ TCA หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พระราชบัญญัตินี้บัญญัติขึ้นมาเพื่อรักษาการแข่งขันทางการค้าให้เป็นธรรมซึ่งจะทำให้ชาวแคนาดาได้รับประโยชน์จากราคาสินค้าที่ถูก การได้เลือกสินค้า และการได้รับบริการที่มีคุณภาพ
- 5) นอกจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยทั่วไปข้างต้นแล้ว ยังมีกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ที่บังคับใช้กับธุรกิจบางประเภทอีกด้วย เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่งแคนาดา (Canada Transportation Act (S.C. 1996, c. 10)) พระราชบัญญัติว่าด้วยการโทรคมนาคม (Telecommunications Act (S.C. 1993, c. 38)) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง (Broadcasting Act (S.C. 1991, c. 11)) เป็นต้น

3.3.2.2 ประเภทการลงทุนของคนต่างด้าว

การประกอบธุรกิจในแคนาดา (Canadian Business)²⁶ หมายถึง การประกอบธุรกิจในแคนาดาโดยมี

- 1) สถานประกอบการในแคนาดา
- 2) บุคคลหนึ่งคนหรือหลายคนในแคนาดาซึ่งถูกจ้างหรือประกอบธุรกิจส่วนตัวซึ่งเกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ประกอบนั้น
- 3) ทรัพย์สินในแคนาดาซึ่งใช้ในการประกอบกิจการ

3.3.2.3. หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าวรวมถึงโนมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง

การเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดาอยู่ภายใต้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในประเทศแคนาดา ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีหลายส่วนที่กำหนดไว้โดยเอื้อประโยชน์ต่อการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

- 1) กำหนดนิยามคำว่า “บุคคลที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา” หรือ Non-Canadian หรือที่เข้าใจว่า “คนต่างด้าว” โดยให้หมายถึงบุคคลธรรมดา รัฐบาล หรือหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา²⁷ (พลเมืองแคนาดา นิติบุคคลที่ควบคุมโดยแคนาดา รัฐบาลของแคนาดาในทุกระดับ ผู้มีถิ่นพำนักในแคนาดา) ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายของคนต่างด้าวไว้ให้กว้างเพื่อให้ครอบคลุมคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจการลงทุนในแคนาดาในหลายลักษณะ

²⁶ Section 3 of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.) last amended on 2009-03-12 defines “Canadian business” means a business carried on in Canada that has

- (a) A place of business in Canada,
- (b) An individual or individuals in Canada who are employed or self-employed in connection with the business, and
- (c) Assets in Canada used in carrying on the business.

²⁷ Section 3 of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.) last amended on 2009-03-12 defines “Non-Canadian” means an individual, a government or an agency thereof or an entity that is not a Canadian.

2) ในการกำหนดสัดส่วนของคนต่างด้าวในการลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ โดยไม่ระบุว่าเป็นธุรกิจประเภทใดนั้น เท่ากับเป็นการห้ามคนต่างด้าวเข้าไปลงทุนในธุรกิจทุกประเภทที่มีโอกาสจะแข่งขันได้ดีกว่าพลเมืองของแคนาดา ซึ่งเป็นเนื้อหากฎหมายที่เรียกได้ว่าไม่เปิดช่องสำหรับการลงทุนของคนต่างด้าวในเกือบทุกธุรกิจ

3) กำหนดห้ามหรือจำกัดคนต่างด้าว โดยเฉพาะการลงทุนในธุรกิจบางประเภทที่มีความสำคัญต่อประเทศ ได้แก่

(1) การประมง ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการประมง (Fisheries Act (R.S.C., 1985, c. F-14)) อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ในบริษัทแคนาดาที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการพาณิชย์การประมง ทั้งนี้ ไม่มีข้อห้ามคนต่างด้าวเป็นเจ้าของธุรกิจบริษัทแปรรูปปลาซึ่งไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการพาณิชย์การประมง

(2) การขนส่งทางอากาศ สำหรับการขนส่งทางอากาศอนุญาตเฉพาะคนท้องถิ่นในการเป็นเจ้าของกิจการและควบคุมสายการบินในการให้บริการภายในประเทศ ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่งแคนาดา ซึ่งอนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของตราสารทุนที่มีสิทธิออกเสียง

(3) การผลิตและการจำหน่ายหนังสือ (Foreign Investment Policy in Book Publishing and Distribution)

(4) การแพร่ภาพกระจายเสียง อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง ซึ่งจำกัดให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 46.7 โดยแบ่งเป็นคนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 20 ของหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัทที่ได้รับอนุญาต และไม่เกินร้อยละ 33 1/3 ของหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้นบริษัทอื่น (Holding Company)

อย่างไรก็ตาม ไม่มีข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจการแพร่ภาพกระจายเสียงสำหรับคนต่างด้าวที่ถือหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทที่ได้รับอนุญาตหรือบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้นบริษัทอื่น (Holding Company)

(5) การจัดจำหน่ายภาพยนตร์ (Film Distribution Investment Policy)

(6) การจำหน่ายสิ่งพิมพ์ที่ออกเป็นวารสาร (Periodical Publishing Investment Policy) แคนาดาห้ามไม่ให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งบริษัทแคนาดาหรือเข้าควบคุมบริษัทแคนาดาซึ่งประกอบธุรกิจการจัดจำหน่ายสิ่งพิมพ์ที่ออกเป็นวารสาร

(7) บริการด้านการเงิน (มีข้อจำกัดด้านการถือหุ้น แตกต่างตามขนาดของสถาบันการเงิน และขึ้นอยู่กับแต่ละเมือง)

(8) กิจการสื่อสารโทรคมนาคม อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการโทรคมนาคม ซึ่งจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 20 โดยคนต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 46.7 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในองค์กรทางธุรกิจซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการถ่ายทอดสัญญาณการสื่อสารโทรคมนาคมให้แก่ลูกค้าภายใต้การควบคุมของรัฐบาล โดยอัตราร้อยละ 46.7 นี้แบ่งเป็นคนต่างด้าวถือหุ้นโดยตรงไม่เกินร้อยละ 20 และถือหุ้นโดยอ้อมไม่เกินร้อยละ 33 1/3 ในหุ้นซึ่งให้สิทธิออกเสียงของบริษัทที่ถือหุ้นอยู่ (Holding Company) ในองค์กรทางธุรกิจนั้น

(9) กิจการอื่น ๆ เช่น เกษตรกรรม การจำหน่ายเครื่องคัมที่มีแอลกอฮอล์ พลังงานและการทำเหมืองโดยเฉพาะเหมืองแร่ยูเรเนียม กิจการน้ำมันและก๊าซ การวัดสายตา การขายยาและเภสัชกรรม ตัวแทนหลักทรัพย์ เครื่องกำเนิดและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า เป็นต้น

4) การกำหนดเงื่อนไขการลงทุนของคนต่างด้าว

การเข้ามาลงทุนในธุรกิจที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบกิจการในประเทศแคนาดาอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามแต่กรณีดังต่อไปนี้

(1) การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องแจ้ง (Notification)

ผู้ที่จะประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องแจ้งนี้ จะต้องมียุทธศาสตร์ในเวลาที่ใดก็ได้ก่อนเสร็จสิ้นการลงทุน (Completion of the Investment) หรือภายใน 30 วันหลังจากเสร็จสิ้นการลงทุน

(2) การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องตรวจสอบ (Reviewable)

ธุรกิจประเภทที่ต้องตรวจสอบนี้ จะต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐบาลกลางก่อนหากเข้ากรณีใดใน 3 กรณีดังต่อไปนี้

ก. การลงทุนในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดา (Non-Cultural Canadian Business)

ข) ผู้ลงทุนเป็นประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก และได้ลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์และอำนาจควบคุมในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดาโดยตรงซึ่งมีทรัพย์สินมากกว่า 312 ล้านดอลลาร์แคนาดา (เฉพาะสำหรับปี 2011) ทั้งนี้ข้อกำหนดเฉพาะในอัตราทรัพย์สินของประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะเปลี่ยนไปทุกวันที่ 1

มกราคมของทุกปี

ข) ผู้ลงทุนที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก และได้ลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์และอำนาจควบคุมในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดาโดยตรงซึ่งมีทรัพย์สินมากกว่า 5 ล้านดอลลาร์แคนาดาหรือมากกว่านั้น (เฉพาะสำหรับปี 2011) และสำหรับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและอำนาจควบคุมในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดาโดยอ้อมต้องมีทรัพย์สินมากกว่า 50 ล้านดอลลาร์แคนาดา²⁸

สำหรับธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดาที่กล่าวมาข้างต้นอาจได้รับอนุมัติให้ประกอบกิจการได้ หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมได้พิจารณาแล้วเห็นเป็นที่พอใจว่าการประกอบธุรกิจนั้นน่าจะเป็นประโยชน์สุทธิ (Net Benefit) ต่อประเทศแคนาดา โดยพิจารณาจากปัจจัยต่อไปนี้

- (ก) ผลกระทบของการลงทุนนั้น ๆ ต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจในแคนาดา
- (ข) ระดับความเข้มข้นของชาวแคนาดาที่มีส่วนร่วมในธุรกิจที่ขออนุมัตินั้น
- (ค) ผลกระทบของการลงทุนต่อการแข่งขันในธุรกิจ
- (ง) การลงทุนไปด้วยกันได้กับอุตสาหกรรมเศรษฐกิจ และนโยบายทางวัฒนธรรมของประเทศ และ
- (จ) การทำให้แคนาดามีความสามารถในการแข่งขันได้กับทั่วโลก

ข. มีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดา (Cultural Canadian Business)²⁹ โดยตรงซึ่งมีทรัพย์สิน 5 ล้านดอลลาร์

²⁸ Section 14 (3)-(4) of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.).

²⁹ “Cultural Business” หมายถึง ธุรกิจต่าง ๆ ของแคนาดาที่ประกอบกิจการในกิจกรรมดังต่อไปนี้

- (1) ตีพิมพ์ จำหน่าย หรือขายหนังสือ นิตยสาร วารสาร หรือหนังสือพิมพ์ที่พิมพ์หรืออยู่ในรูปของการใช้เครื่องที่อ่านได้ (machine-readable)
- (2) ผลิต จำหน่าย ขาย หรือจัดแสดงเครื่องบันทึกหรือวีดีโอผลิต จำหน่าย ขาย หรือจัดแสดงเครื่องบันทึกเสียงหรือวีดีโอเพลง
- (3) ผลิต จำหน่าย หรือขายเพลงซึ่งอยู่ในรูปของการพิมพ์หรือเครื่องที่อ่านได้ และ
- (4) วิทยุสื่อสารซึ่งส่งผ่านหรือถ่ายทอดโดยตั้งใจส่งโดยตรงถึงประชาชนทั่วไป วิทยุใด ๆ ที่วี เคเบิลทีวี ที่ดำเนินการกระจายเสียงออกอากาศ รายการดาวเทียมโคฟ และการให้บริการระบบเครือข่าย.

เหรียญแคนาดาหรือมากกว่า หรือเมื่อรัฐบาลแคนาดาพิจารณาแล้วว่าการลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมนั้นควรต้องตรวจสอบเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ

(3) รัฐบาลแคนาดาพิจารณาว่าการลงทุนนั้นอาจเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงของรัฐ อย่างไรก็ตาม ไม่มีการให้คำนิยามว่า “ความมั่นคงของรัฐ” ไว้ในพระราชบัญญัติการลงทุนของแคนาดาหรือในองค์ประกอบใดที่จะถือว่าเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงของรัฐ ซึ่งเป็นการยืดหยุ่นให้กับรัฐบาลในการใช้ดุลยพินิจ

การลงทุนของคนต่างด้าว การกำหนดให้การลงทุนโดยบุคคลที่ไม่ใช่ชาวแคนาดาในธุรกิจต่อไปนี้จะต้องแจ้งให้รัฐบาลทราบก่อนเริ่มดำเนินการธุรกิจได้แก่

ก. การลงทุนธุรกิจใหม่ ซึ่งไม่เคยมีการดำเนินการโดยชาวต่างชาติมาก่อนในแคนาดา และ

ข. การลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ ได้แก่ กิจการที่เกี่ยวกับวัฒนธรรม การเงิน การขนส่ง และบริการด้านโทรคมนาคม

5) กำหนดเกี่ยวกับอำนาจควบคุมธุรกิจ

การกำหนดอำนาจควบคุมธุรกิจโดยกำหนดว่ากรณีใดที่ถือได้ว่าคนต่างด้าวมียอำนาจควบคุมกิจการของหน่วยงาน³⁰ ดังนี้

(1) เมื่อองค์กร (Entity) หนึ่งมีอำนาจควบคุมอีกองค์กรหนึ่งให้ถือว่าเป็นการควบคุมองค์กรอื่นหรือองค์กรอื่น ๆ ทางอ้อม ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมขององค์กรหนึ่งนั้น

(2) กรณีที่หน่วยงานหนึ่งมีอำนาจควบคุมหน่วยงานอื่นทางตรง

ก. หน่วยงานซึ่งควบคุมหน่วยงานอีกหน่วยงานหนึ่งเป็นเจ้าของในประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงข้างมากในอีกหน่วยงานหนึ่งนั้น

ข. หน่วยงานอื่นเป็นบริษัทและบริษัทที่มีอำนาจควบคุมเป็นเจ้าของเสียงข้างน้อยในหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัท แต่ในความเป็นจริงมีอำนาจควบคุมบริษัทโดยอาศัยกรรมสิทธิ์ที่มีจำนวน 1 ใน 3 หรือมากกว่าหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงได้

(3) องค์กรทั้งหลายซึ่งอยู่ในอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยองค์กรเดียวกันให้ถือว่ามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน

³⁰ Section 28 (1), (2) of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.) on Rules and Presumptions Respecting Control of Entities.

(4) องค์กรทั้งหลายซึ่งเกี่ยวข้องกันตามข้อ ค. ถือกรรมสิทธิ์ใน ประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงในองค์กรเดียวกัน องค์กรที่เกี่ยวข้องกันนั้นอาจถือเป็นองค์กรหนึ่ง สำหรับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการควบคุมองค์กรทั้งหลายมี กรรมสิทธิ์ในประโยชน์ซึ่งให้สิทธิในการออกเสียง

6) การกำหนดเกี่ยวกับการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมธุรกิจ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดด้วยว่ากรณีใดบ้างที่ บุคคลต่างด้าวได้มาซึ่งอำนาจควบคุมในธุรกิจของแคนาดา³¹

(1) เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียง (Voting Shares) ร้อยละ 50 หรือเกินกว่าในบริษัทซึ่งจดทะเบียนและประกอบธุรกิจในแคนาดา หรือ ประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (Voting Interests) ในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือทรัสต์ เว้นแต่ในบางกรณี ที่แม้จะได้ประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงที่น้อยกว่าร้อยละ 50 อาจถือได้ว่าได้มาซึ่งอำนาจควบคุม

(2) เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (Voting Interests) ของหน่วยงาน

ก. ซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือ

ข. มีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในอีกกิจการ หนึ่งซึ่งประกอบกิจการในแคนาดาโดยไม่ได้มีอำนาจควบคุมในบริษัทอื่นอีก

(3) เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งทรัพย์สินทั้งหมดหรือส่วนที่สำคัญ ทั้งหมดของทรัพย์สินซึ่งใช้ในการประกอบกิจการในแคนาดา

(4) เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงใน หน่วยซึ่งควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในอีกหน่วยหนึ่งในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการใน แคนาดาในกรณีที่

ก. ไม่มีการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือ ทางอ้อมในบริษัทซึ่งจดทะเบียนที่อื่นนอกเหนือจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือ ทางอ้อมในหน่วยในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือ

ข. มีการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ในบริษัทซึ่งจดทะเบียนที่อื่นนอกจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมใน หน่วยในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา

³¹ Section 28 (1) of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.) on Manner of acquiring control.

7) การนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ามาใช้บังคับ
การบังคับใช้ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า
(Competition Act (R.S.C., 1985, c. C-34)) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านพฤติกรรมที่เป็นการ
แข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นการกีดกันหรือผูกขาดทางการค้า ซึ่งจะช่วยควบคุมและตรวจสอบการ
กระทำการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปที่อาจมีเหตุผลทางธุรกิจ หรืออาจ
เป็นยุทธศาสตร์ที่จะผูกขาดตลาดได้เช่นเดียวกับในกรณีของการใช้อำนาจเหนือตลาดระหว่าง
ผู้ประกอบการในตลาดสินค้าเดียวกัน