

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures

ปกรณ์ นิลประพันธ์*

ความเห็น

กิจการ Joint Ventures ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในประเทศไทยว่า “กิจการร่วมค้า” หรือ “กิจการร่วมลงทุน” นั้น เป็นกรณีที่เอกชนร่วมกันประกอบกิจการได้กิจการหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์ ในอันที่จะลดอัตราความเสี่ยงในการประกอบกิจการ การประกอบธุรกิจในลักษณะนี้ มีวิวัฒนาการที่ค่อนข้างยาวนานในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหรัฐอเมริกา กลุ่มประเทศประชาคมยุโรป และออสเตรเลีย แต่เพิ่งก้าวเข้ามาเมื่อทศวรรษที่ 70 ในประเทศไทยเมื่อไม่นาน

มานี้เอง เมื่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงไปจากระบบที่พึ่งพาเกษตรกรรมเป็นระบบเศรษฐกิจที่มุ่งเน้นทางด้านอุตสาหกรรม เนื่องจากการประกอบธุรกิจอุตสาหกรรมนั้นจำเป็นที่จะต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากรวมทั้งต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงซึ่งเป็นสิ่งที่นักลงทุนไทยยังคงขาดแคลนอยู่มากอย่างไรก็ตาม การประกอบกิจการในรูปแบบของ Joint Ventures ในประเทศไทยก็ยังไม่แพร่หลายนัก โดยยังคงจำกัดอยู่เฉพาะแต่กิจการที่มีความเสี่ยงสูงมาก กล่าวคือต้องลงทุนสูงมากหรือต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงมากเท่านั้น

* น.บ. (ธรรมศาสตร์), LL.M. (Sydney), นิติกร 5 ปฏิบัติหน้าที่ผู้ช่วยเลขานุการประจำคณะกรรมการวินิจฉัยร่องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

อย่างไรก็ตี มีแนวโน้มว่าการประกอบธุรกิจรูปแบบนี้น่าที่จะขยายตัวอย่างรวดเร็วในอนาคตอันใกล้ ทั้งนี้เนื่องจากปัจจัยที่สำคัญสองประการ ประการแรกเป็นปัจจัยภายในอันสืบเนื่องมาจากปัญหาทางเศรษฐกิจและการเงินของประเทศไทยไม่ก่อผลเสียที่จะลงทุนประกอบกิจการได้กิจการหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว ประการที่สองเป็นปัจจัยภายนอก โดยหลังจากที่ได้มีการจัดตั้งองค์กรการการค้าโลก (World Trade Organisation : WTO) ขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2538 รูปแบบของการประกอบการค้าและให้บริการได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กฎเกณฑ์ทางการค้าที่ WTO กำหนดขึ้นมีวัตถุประสงค์หลักในอันที่จะส่งเสริมและสนับสนุนระบบการค้าเสรี (Free Trade) โดยมีการกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ เพื่อขัดอุปสรรคทางการค้า (Trade Barriers) รูปแบบต่างๆ ลง รวมทั้งได้วางมาตรฐานในการบังคับให้สมาชิกต้อง “เปิดตลาด” ของตน และจะต้องปฏิบัติต่อผู้ประกอบการค้าจากประเทศสมาชิกเช่นเดียวกับชาวต่างด้าว National Treatment เพื่อให้การค้าเสรีเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม หลักการดังกล่าวมีผลให้การผ่านเข้าออกของสินค้าและบริการต่างๆ ระหว่างประเทศไทยและสมาชิกมีความสะดวกยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้ สินค้าหรือบริการที่ผลิตจากต่างประเทศก็จะเข้าไปมีส่วนแบ่งในตลาดของแต่ละประเทศมากขึ้น โดยนัยนี้เอง การแข่งขันในตลาดของประเทศไทยจะทวีความรุนแรงมากขึ้น และสินค้าหรือบริการที่ด้อยคุณภาพจะไม่มีโอกาสที่จะเข้าไปมีส่วนแบ่งตลาดได้ ดังนั้น หากสินค้าหรือบริการที่ผลิตในประเทศไทยมีคุณภาพ ไม่ตัดเทียมกับสินค้า

หรือบริการที่นำเข้ามาจากการต่างประเทศแล้ว ก็เป็นที่แน่นอนว่าสินค้าหรือบริการที่ผลิตในประเทศไทยจะต้องสูญเสียตลาดที่เคยครองอยู่ให้แก่สินค้าหรือบริการที่มาจากต่างประเทศ กรณีจึงกล่าวได้ว่าตลาดการค้าในอนาคตจะเป็นตลาดของผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้าและบริการในอนาคตก็จะเป็นการแข่งขันกันในด้าน “คุณภาพ” แต่โดยที่การพัฒนาคุณภาพของสินค้าจึงเป็นการเพิ่มอัตราความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจแก่ผู้ประกอบการไปด้วยในตัว การประกอบกิจการในรูปแบบของ Joint Ventures ซึ่งเป็นการกระจายความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจจึงเป็นทางเลือกที่สำคัญอีกทางหนึ่งของนักลงทุนในอนาคต

อย่างไรก็ตาม โดยที่แนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ในประเทศไทยยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าเข้าลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท หรือเป็นสัญญาไม่มีชื่อที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น บทความนี้จะได้ศึกษาถึงปัญหานี้โดยเฉพาะเจาะจง เริ่มจากการศึกษาความเข้าใจทั่วไปเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ข้อความคิดเกี่ยวกับการประกอบกิจการดังกล่าวที่เป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ และวิจัยจะมาพิจารณาว่ากิจการดังกล่าวควรมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร

ความเข้าใจก้าวไปเกียวกับกิจการ Joint Ventures

เมื่อกล่าวถึงกิจการ Joint Ventures หรือ ที่รู้จักกันในชื่อ “กิจการร่วมค้า” หรือ “กิจการร่วมลงทุน”² นั้น คนทั่วไปมักจะนึกถึงและเข้าใจ ว่าเป็นกิจการที่เกิดขึ้นจากการร่วมลงทุนตาม สัญญาระหว่างเอกชนเพื่อนำผลกำไรมาแบ่งปัน กันในระหว่างผู้ร่วมลงทุนนั้นเอง โดยที่สัญญา ร่วมลงทุนดังกล่าวนั้นจะได้กำหนดสัดส่วนและ ประเภทของทุนที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะนำมาลง ในการประกอบกิจการนั้น สำนักควบคุมกิจการ ที่ร่วมลงทุน ความรับผิดชอบคู่สัญญาต่อบุคคลภายนอก รวมทั้งหลักทรัพย์และวิธีการในการ แบ่งปันผลกำไรที่จะได้รับจากการประกอบ กิจการนั้น ทั้งนี้ ไม่ว่ากิจการที่เกิดขึ้นจากการ ร่วมลงทุนนั้นจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลขึ้นใหม่ หรือไม่ ซึ่งหากนำความเข้าใจทั่วไปเกียวกับ กิจการ Joint Ventures ดังกล่าวมาพิจารณาใน กรอบของกฎหมายแล้ว จะเห็นว่าการประกอบ ธุรกิจประเภทนี้แทบจะไม่แตกต่างไปจากการ ประกอบกิจการในรูปของห้างหุ้นส่วน (Partnership) หรือบริษัท (Company) ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ประการใด กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากัน

เพื่อกระทำการใดกิจการหนึ่งร่วมกัน โดยมี วัตถุประสงค์ในอันที่จะนำผลกำไรอันพึงได้จาก กิจการนั้นมาแบ่งปันกัน³

เป็นที่น่าสนใจว่าความเข้าใจทั่วไปกิจการ Joint Ventures มีลักษณะเป็นการประกอบ การค้าในรูปของห้างหุ้นส่วนบริษัทด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ เป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปแม้ในวงการนักกฎหมาย และคำ พิพากษาศึกษา ที่ 3848/2531 ก็อาจทำให้เข้าใจ ไปได้ว่าศาลเองก็ยอมรับว่ากิจการ Joint Ventures เป็นห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแพ่งด้วย โดยข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวปรากฏว่า รถยนต์ ของโจทก์ตกลงไปในหลุมที่ “สาธรบริดจ์ จอย เวนเจอร์” ชุดໄวโตรามได้ติดตั้งเครื่องหมายหรือ สัญญาณใด ๆ เพื่อให้ทราบว่าเป็นเขตก่อสร้าง ซึ่ง ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องขอ ให้จำเลยซึ่งร่วมกันจัดตั้งกิจการ Joint Ventures ดังกล่าวรับผิดฐานละเมิดและต้องชดเชยค่าเสียหาย ในทางพิจารณา ศาลฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยที่ 1 กับบริษัท ด. และบริษัท อ. ซึ่งเป็นในต่าง ประเทศ ได้จดทะเบียนการค้า สำหรับงานก่อสร้าง สะพานไว้กับกรมสรรพากรว่า “สาธรบริดจ์ จอยเวนเจอร์” โดยมี อ. เป็นผู้ทำการแทน แต่ มีได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย จาก ข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลเห็นว่า “สาธรบริดจ์

² ปิยะดา สุจิริตกุล และมานิดา ชิมเมอร์แมน, “กิจการร่วมค้าในประเทศไทย: มุมมองจากนักลงทุนฝ่ายไทย” ใน รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ติงศักดิ์ (มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์: กรุงเทพฯ), 2536, หน้า 202

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1012 อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลง เข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประسنค์จะแบ่งปันกำไรอันพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น

จอยเงนเจอร์” ก็คือห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ซึ่งจำเลยที่ 1 กับบริษัทต่างประเทศอีกสองของบริษัทร่วมกันทำในประเทศไทยนั่นเอง อย่างไรก็ได้มีข้อสังเกตว่า ศาลเมืองพิพากษาในคดีนี้โดยพิเคราะห์ข้อเท็จจริง เพียงว่าเป็นกรณีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงกันเพื่อกำกิจการใดกิจการหนึ่งร่วมกัน แต่มิได้พิเคราะห์ลงไปในรายละเอียดว่าการตกลงเข้ากันของจำเลยที่ 1 กับบริษัท ต. และบริษัท อ. นั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะนำผลกำไรสุทธิ (net profits) หรือเงินรายรับของกิจการซึ่งหักรายจ่ายออกแล้วมาแบ่งปันกัน หรือว่าวัตถุประสงค์เพียงเพื่อแบ่งปันรายได้ (gross returns)

ที่เกิดจากกิจการนั้นในระหว่างผู้ร่วมลงทุน ซึ่งตามหลักกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทนั้น นอกจาก

การรวมทุนเข้าด้วยกันแล้ว การแบ่งปันผลกำไรสุทธิระหว่างผู้ร่วมทุนถือเป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งของหุ้นส่วนบริษัท⁴ แม้จะได้มีการร่วมทุนประกอบกิจการกันแต่หากการเข้าร่วมทุนหรือร่วมประกอบกิจการดังกล่าวมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรมาแบ่งปันกันแล้ว กรณีก็ไม่อาจถือว่ากิจการนั้นเป็นห้างหุ้นส่วน⁵ คงเป็นเพียง “กิจการเจ้าของร่วม” เท่านั้น⁶ นอกจากนี้ การร่วมกันประกอบกิจการโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อที่จะแบ่งความรับผิดชอบให้เกิดขึ้นจากกิจการนั้นก็ไม่เป็นห้างหุ้นส่วนเช่นกัน⁷ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ยังไม่อาจ

ถือเป็นบรรทัดฐานได้ว่ากิจการ Joint Ventures เข้าลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมาย

⁴E.R. Hardy Ivamy, *Underhill's Principles of the Law of Partnership* (11th ed.), Butterworth : London (1981), pp. 6-8.

⁵Kay v Johnston (1865) 21 Beav. 536 per Sir John Romilly M.R. และคุณวงศ์ปรีชาธรรมปารุสก์, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2503 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม, แผนกคำสอน ม.ธ. : กรุงเทพฯ, 2503, หน้า 28-29; นอกจากนี้ศาลมฎีกาเองก็ได้มีคำพิพากษาไว้บรรทัดฐานในเรื่องนี้ไว้หลายคำพิพากษา เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 969/2484 คำพิพากษาฎีกาที่ 258/2494 เป็นต้น

⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 258/2494

⁷Campbell v Pownall (1844) 3 LTOS 1822

แนวความคิดทาง กฎหมายเกี่ยวกับ กิจการ Joint Ventures ใน ประเทศไทยยังไม่ เป็นที่ชัดเจนว่า เข้าลักษณะเป็น ห้างหุ้นส่วน....หรือ เป็นสัญญาไม่มีชื่อ

แฟพและพาณิชย์ นักวิชาการบางท่าน⁸ เห็นว่า ศาลในคำพิพากษานี้เพียงแต่นำกฎหมายหุ้นส่วนมาใช้บังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างซึ่งมากกว่าที่จะสรุปว่ากิจกรรมร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วน⁹

เหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่อาจทำให้นักกฎหมายเข้าใจว่ากิจการ Joint Ventures มีลักษณะเช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแฟพก็คือ บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรซึ่งได้นิยามความหมายของคำว่า “กิจกรรมร่วมค้า” อันเป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงกิจการ Joint Ventures ว่า ได้แก่ “กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นทางการค้าหรือทำกำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหรือระหว่างบริษัทและ/หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มิใช่นิติบุคคล หุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น”¹⁰ ซึ่งจะเห็นได้จากนิยามดังกล่าวว่ากิจกรรมร่วมค้านั้นแทบจะไม่แตกต่างจากห้างหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมายแฟพ

และพาณิชย์แต่อย่างใด แต่นักกฎหมายบางท่านใช้ข้อ妄ของกิจการร่วมค้าตามประมวลรัษฎากรในการจำแนกความแตกต่างระหว่างกิจการ Joint Ventures กับห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแฟพว่า Joint Ventures เป็นการร่วมลงทุนระหว่างนิติบุคคล หรือระหว่างนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดายังคงเป็นการร่วมลงทุนกันระหว่างบุคคลธรรมดาก็¹¹ อย่างไรก็ดี มีที่น่าพิจารณาอยู่ว่าตามมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแฟพ และพาณิชย์นั้น การตั้งห้างหุ้นส่วนเป็นสัญญาระหว่าง “บุคคล” ตั้งแต่สองคนขึ้นไป¹² และบุคคลตามประมวลกฎหมายแฟพและพาณิชย์เองก็มีสองประเภท คือ บุคคลธรรมดานิติบุคคล ตั้งนั้น คำว่า “บุคคล” ที่มีความสามารถจะทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนตามมาตรา 1012 ตั้งกล่าวจึงน่าที่จะหมายรวมถึงห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล นอกจากนี้ กฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นต้นแบบของกฎหมายหุ้นส่วนของไทยนั้น ถือว่าผู้เป็นหุ้นส่วนอาจเป็นนิติบุคคลก็ได้¹³

⁸พิเศษ เสดเดสตีเยร์, “บริษัทมหาชนเป็นเจ้าของกิจกรรมร่วมค้า (Joint Ventures) ได้หรือไม่”, วารสารกฎหมาย ปีที่ 16 ฉบับที่ 2 เมษายน 2539

⁹อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหากจะถือว่าศาลมีริบบีเทียบเคียง (analogy) กฎหมายหุ้นส่วนมาใช้แก่กรณีของสัญญา Joint Ventures แล้ว ก็เท่ากับถือว่าไม่มีแนวปฏิบัติหรือประเพณีทางการค้าที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการค้าในรูป Joint Ventures ในประเทศไทย เทย ทั้งที่จริงๆ แล้วการประกอบกิจการค้าในรูปของ Joint Ventures ก็มีในประเทศไทยมานานพอสมควรแล้ว

¹⁰มาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร

¹¹Chanvitaya SUVARNPUNYA, *Joint Ventures in Thailand* ใน รพี 39, คณะนิติศาสตร์: มหาวิทยาลัยรามคำแหง (2539), หน้า 133–137.

¹²มาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแฟพและพาณิชย์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 3

¹³Charles D. DRAKE, *Law of Partnership*, Sweet & Maxwell : London (1972), pp.10-12.

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าแม้ในทางรูปแบบจะทำให้ดูเหมือนว่ากิจการร่วมค้าตามประมวลรัษฎากรนั้นเป็นห้างหุ้นส่วน เพราะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคล แต่หากพิจารณาในแง่เนื้อหาแล้วจะเห็นว่า กิจการร่วมค้าตามที่นิยามไว้ในประมวลรัษฎากรนั้นกลับมีความหมายที่กว้างขวางกว่าห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแพ่งนี้ของจากมีได้กำหนดไว้แต่โดยเฉพาะเจาะจงว่า ต้องเป็นการร่วมทุนกัน “เพื่อนำกำไร (net profits) มาแบ่งปันกัน” โดยประมวลรัษฎากรกำหนดไว้เพียงกว้าง ๆ ว่าเป็นการร่วมทุนกัน “เป็นทางการค้าหรือทำกำไร” เท่านั้น ซึ่งอาจเป็นการลงทุนร่วมกันเพื่อนำกำไร (net profits) มาแบ่งปันกันโดยตรงหรืออาจเป็นการร่วมกันผลิตสินค้าเพื่อประโยชน์ในการลดต้นทุน แล้วแบ่งสินค้าที่ผลิตได้ให้ผู้ร่วมลงทุนแต่ละรายตามส่วนเพื่อให้ผู้ร่วมลงทุนแต่ละรายนั้นนำไปขาย เอาเองก็ได้ ซึ่งการที่ประมวลรัษฎากรนิยามความหมายของคำว่ากิจการร่วมค้าไว้อย่างกว้าง ๆ เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีอากร จึงเป็นธรรมดاإอยู่ของที่บทบัญญัติของกฎหมาย ดังกล่าวจะต้องครอบคลุมถึงกิจการทุกประเภทที่สร้างรายได้ในประเทศไทย และวิธีการที่เหมาะสมที่สุดก็คือการให้คำนิยามโดยใช้ลักษณะร่วมของกิจการเป็นหลัก เนื่องจากการที่จะกำหนด

ประเภทของกิจการที่ต้องเสียภาษีอากรลงไปโดยเฉพาะเจ้าของน้ำใจทำให้เกิดช่องโหว่ในการจัดเก็บภาษีอากรขึ้นได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าแนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ในประเทศไทยนั้นยังไม่สู้ที่จะมีความชัดเจนเท่าไน้ก ดังนั้น สมควรที่จะพิจารณาข้อความคิดของต่างประเทศเกี่ยวกับกิจการ ดังกล่าวเสียก่อน เพราะการประกอบธุรกิจรูปแบบนี้เกิดขึ้นในต่างประเทศและมีวิวัฒนาการมาเป็นเวลากว่าแล้ว

■ ข้อความคิดเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ของต่างประเทศ

ความยากในการศึกษาเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures นั้น เป็นผลมาจากการที่ยังไม่เคยมีการให้คำนิยามที่ชัดเจนเกี่ยวกับกิจการประเภทนี้ว่าเป็นอย่างไร แม้ในต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างเช่นสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดของกิจการ Joint Ventures นั้น ก็มีได้มีการให้คำนิยามของกิจการดังกล่าวเอาไว้ แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึงการที่เอกชนตั้งแต่สองรายขึ้นไปร่วมทุนเข้ากันตามสัญญาเพื่อจัดตั้งองค์กรธุรกิจองค์กรใหม่ขึ้นเพื่อประโยชน์ในการ

¹⁴ John P. Karalis, *International Joint Ventures : A Practical Guide*, West Publishing : St. Paul, Minn. (1992), pp. 6-7

¹⁵ 326 U.S.I.

¹⁶ 441 U.S.I. (1979)

¹⁷ 629 F. 2d 1351 (5th Cir. 1980)

¹⁸ *Lane v Phillips*, 509 S.W. 2d 894.

สร้างหรือเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตสินค้า หรือให้บริการอย่างโดยอย่างหนึ่งโดยใช้เงินลงทุน ต่ำและเพื่อให้มีความคล่องตัวในการดำเนินการ ทั้งนี้ โดยไม่ประสงค์ให้องค์กรธุรกิจที่ตั้งขึ้นมา ใหม่นั้นมีสภาพเป็นนิติบุคคล¹⁴ ในคดี Associated Press v United States¹⁵ และคดี Broadcast Music, Inc. v CBS¹⁶ ศาลสูงของสหรัฐฯ ได้ วางแนวทางทัดฐานไว้ว่ากิจการที่ตั้งขึ้นใหม่ ระหว่างผู้ร่วมลงทุนเป็นกิจการ Joint Ventures เนื่องจากเป็นการตั้งองค์กรใหม่เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการให้บริการเบิลทีวี และในคดี United States v Realty Multi-List, Inc.¹⁷ ศาลเห็น ว่าองค์กรที่จำเลยร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งขึ้นเพื่อ สร้างระบบฐานข้อมูลธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เพื่อ เพิ่มประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจอสังหา ริมทรัพย์เป็นกิจการ Joint Ventures และมีข้อ สังเกตว่าการเกิดขึ้นของกิจการ Joint Ventures นั้นเป็นไปตามหลักสัญญาทั่วไป กล่าวคือ จะ เกิดขึ้นเมื่อคำเสนอคำสนองของคู่กรณีถูกต้อง ตรงกันโดยไม่ต้องจำเป็นทำสัญญาเป็นลายลักษณ์ อักษร¹⁸

ในแห่งของการร่วมทุน เอกชนผู้ร่วมลงทุน แต่ละรายนั้นจะเป็นผู้ได้ดี ส่วนทุนที่จะนำมา รวมเข้ากันนั้นก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเงิน อาจ เป็นเครื่องมือ ทรัพย์สินอื่นหรือเทคโนโลยีการ

ผลิตก็ได้¹⁹ สำหรับวัตถุประสงค์ของการเข้า ร่วมทุนกันนั้นก็เพื่อลดต้นทุน (cost saving) ซึ่ง เป็นความเสี่ยงในการผลิตสินค้าหรือให้บริการ โดยการร่วมลงทุนนั้นจะทำให้ต้นทุนต่าง ๆ ของ แต่ละฝ่ายลดลง ไม่ว่าจะเป็นต้นทุนการผลิต ต้นทุนในการวิจัยและพัฒนาคุณภาพของสินค้า หรือบริการ หรือต้นทุนในการแทรกแซงตลาด²⁰ เพราะแทนที่แต่ละฝ่ายจะต้องลงทุน 100% ก็ อาจลงทุนเพียง 50% เท่านั้น นอกจากนี้ การ ร่วมลงทุนเช่นนี้ก็จะก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยน เทคโนโลยี (technical knowhow) ในระหว่าง ผู้ร่วมลงทุนด้วย ซึ่งจะทำให้กระบวนการผลิตมี ประสิทธิภาพสูงขึ้นทั้งในแง่คุณภาพและปริมาณ สินค้าที่ผลิตขึ้นตามสัญญา Joint Ventures จึง เข้าลักษณะเป็น “ของดี ราคาถูก” ซึ่งมีประโยชน์ อย่างมากในการแทรกแซงและครอบคลุมตลาด²¹ ด้วย เหตุผลดังกล่าว ทุนที่ผู้ร่วมลงทุนแต่ละฝ่ายจะ นำมาร่วมจึงต้องมีจำนวนมากเพียงพอที่จะให้ หน่วยธุรกิจใหม่นั้นสามารถดำเนินการไปได้อย่าง มีประสิทธิภาพ²²

ส่วนการแบ่งปันรายได้ กำไร หรือ ผลิตผลที่จะเกิดขึ้นจากการที่ร่วมลงทุนนั้น จะเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาที่ได้ตกลง กันไว้ แต่การที่ผู้ร่วมประกอบกิจการรายได รายหนึ่งจะอนุสิทธิ์ตามสัญญา Joint Ventures

¹⁹Robert Hovenkamp, *Economic and Federal Antitrust Law*, West Publishing : St.Paul, Minn. (1985), p. 111.

²⁰J.D. Heydon, *Trade Practices Law*, Law Books Company : Sydney (1989), p. 2321.

²¹Robert Pitofsky, *Joint Ventures under the Antitrust Law: Some Reflections on the Significance of Penn-Olin*, 82 Harvard Law Review 1007 (1969)

²²Joseph F. Broadley, *Joint Ventures and Antitrust Policy*, 95 Harvard Law Review 1526 (1982)

ให้แก่บุคคลภายนอกนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ร่วมประกอบกิจการรายอื่นเสียก่อน เนื่องจากศักยภาพของผู้ร่วมประกอบการแต่ละรายมีความแตกต่างกัน และเป็นประเด็นสำคัญที่ผู้ร่วมประกอบการรายอื่นต้องคำนึงถึงหากว่าจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ร่วมประกอบการรายใดรายหนึ่งขึ้นมา เพราะแทนที่จะเป็นการลดภาระความเสี่ยงในการลงทุนก็อาจเป็นการเพิ่มภาระความเสี่ยงขึ้นก็ได้ โดยปกติการให้ความเห็นดังกล่าวผู้ร่วมประกอบการจะพิจารณาถึงความเหมาะสมของผู้ร่วมประกอบการรายใหม่²³ ความรู้และประสบการณ์ในการประกอบกิจการที่ร่วมประกอบการนั้น²⁴ ตลอดจนความมั่นคงของผู้ที่จะรับโอนสิทธิให้เข้าร่วมประกอบการด้วย²⁵

■ สาณะทางกฎหมายของกิจการ Joint Ventures

จากข้อความคิดเห็นกับกิจการ Joint Ventures ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า กิจการ Joint Ventures มีลักษณะร่วมกับห้างหุ้นส่วนหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการเกิดขึ้นตาม

สัญญาระหว่างบุคคลเพื่อจัดตั้งองค์กรธุรกิจขึ้นใหม่และทุนที่จะนำลงทุนมาจำต้องเป็นเงินอย่างไรก็ตาม หากนำสัญญาจัดตั้งกิจการ Joint Ventures มาพิจารณาประกอบกับข้อความคิดเห็น กฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนแล้ว จะเห็นได้ว่า กิจการ Joint Ventures มีความแตกต่างจากห้างหุ้นส่วนอย่างน้อยที่สุดสามประการ

ประการแรก กิจการ Joint Ventures เป็นการเข้าร่วมลงทุนกันระหว่างเอกชนเพื่อประโยชน์ในการสร้างหรือเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าหรือบริการอย่างโดยย่างหนึ่ง²⁶ และเพื่อนำกำไร (net profits) หรือผลผลิตที่ได้ (outputs) หรือรายได้ที่เกิดขึ้นแต่กิจการนั้น (gross returns) มาแบ่งปันกันตามส่วนที่กำหนดไว้ในสัญญา²⁷ แต่ห้างหุ้นส่วนจะต้องเป็นการนำกำไรมาแบ่งปันกันเท่านั้น ดังนั้น ถ้าเป็นการร่วมลงทุนเพื่อนำกำไรมาแบ่งปันกันก็อาจเป็นได้ทั้งห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแห่งและกิจการ Joint Ventures ซึ่งต้องพิจารณาลักษณะพิเศษประการอื่นต่อไป

ประการที่สอง กฎหมายห้างหุ้นส่วน

²³Ibid.

²⁴Ibid.

²⁵Ibid.

²⁶John P. Karalis, op. cit., pp. 6-7.

²⁷Greer v McCrory, App., 192 S.W. 2d 431, 439; Stogden v Charleston Transit Co., 32 S.E. 2d 276, 279 อวย่างไรก็ได้ มีข้อน่าสังเกตว่าหลักการนี้เป็นที่ยอมรับในสหรัฐอเมริกา แต่ในออสเตรเลียถือว่าต้องเป็นการร่วมลงทุนเพื่อนำ “ผลผลิตหรือรายได้” จากกิจการนั้นมาแบ่งปันกันตามส่วนเท่านั้น ใช้การรวมกันผลิตและจำหน่ายแล้ว จึงนำกำไรมาแบ่งปันกัน โปรดดู United Dominions Corp Ltd v Brian Pty Ltd (1985) 59 ALJR 676 per Dawson J ; ARM Constructions Pty Ltd v Federal Cmr of Taxation (1987) 19 ATR 337 at 354

ห้ามมิให้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญและผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัด ความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด ประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีสภาพเดียวกับกิจการของห้างหุ้นส่วนและเป็นการแข่งขันกับกิจการของห้างหุ้นส่วนนั้น ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ของตนหรือประโยชน์ของผู้อื่นโดยมิได้รับความยินยอมจากหุ้นส่วนคนอื่น²⁸ และในการพิจารณาว่าการที่หุ้นส่วนดังกล่าวประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของห้างหุ้นส่วนหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงสภาพของกิจการ เวลาและสถานที่ประกอบกิจการด้วย²⁹ แต่กรณีของ Joint Ventures ไม่มีข้อจำกัดเช่นนี้ ผู้เข้าร่วมกิจการดังกล่าวอาจเป็นคู่แข่งขันทางการค้าระหว่างกันก็ได้ เช่น กรณีนาย ก.

ในสหรัฐอเมริกาเดิม ศาลเห็นว่ากิจการ **Joint Ventures** เป็นห้างหุ้นส่วน รูปแบบพิเศษ (informal partnerships) และอยู่ ภายใต้บังคับ กฎหมายว่าด้วย ห้างหุ้นส่วน แต่แนวความคิด ดังกล่าวได้ เปลี่ยนแปลงไปใน ปลายศตวรรษที่ 19

และนาย ข. ร่วมลงทุนด้วย
โรงงานผลิตตู้เย็น โดยที่นาย ก. และนาย ข. อาจเป็นพ่อค้าตู้เย็นในกรุงเทพฯ ด้วยกันซึ่งถือได้ว่าเป็นคู่แข่งทางการค้าในตลาดเดียวกัน (same geographic market) หรือนาย ก. อาจเป็นพ่อค้าตู้เย็นในเขตภาคกลาง และนาย ข. เป็นพ่อค้าตู้เย็นในเขตภาคอีสานซึ่งเป็นการค้าในตลาดที่แตกต่างกัน (different geographic markets) ที่สามารถประกอบกิจการ Joint Ventures ในระหว่างกันได้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ร่วมลงทุนจะเป็นไปตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในสัญญา³⁰ อย่างไรก็ได้ผู้ร่วมลงทุนอาจตกลงกันไว้เป็นพิเศษเพื่อห้ามมิให้ผู้ร่วมลงทุนรายใดรายหนึ่งหรือทุกรายประกอบการค้าแข่งขันกับกิจการ Joint Ventures หรือประกอบกิจการใดกิจการหนึ่งที่อาจ

28 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1038 และมาตรา 1066

29 ประภาคน อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หจก. คุณพินอักษรกิจ : กรุงเทพฯ, 2526, หน้า 89–91 และหน้า 141–143.

30 Joseph F. Broadley, op.cit.

ส่งผลกระทบต่อการค้าที่ร่วมลงทุนก็ได้ แต่ข้อห้ามดังกล่าวจะต้องไม่ขัดขวางต่อการแข่งขันทางการค้า (Restraint of Trade)³¹ ข้อจำกัดมีเพียงว่าผู้ร่วมลงทุน (Joint Ventures or Parents) จะต้องไม่มีอำนาจควบคุมระหว่างกันหรืออยู่ในอำนาจครอบงำเดียวกัน เพราะมีฉะนั้นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ร่วมลงทุนกับหน่วยธุรกิจที่ตั้งขึ้นใหม่จะมีลักษณะเหมือนบริษัทแม่-บริษัทลูก (Parent-Subsidiary Relationship) ไป³²

ประการที่สาม ในเรื่องของการประกอบธุรกิจ การประกอบธุรกิจของห้างหุ้นส่วนจะมีลักษณะที่ต่อเนื่อง ไม่สิ้นสุดลงเมื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ อีกทั้งการประกอบธุรกิจจะเป็นไปในทางกว้าง (horizontal axis) กล่าวคือ ห้างหุ้นส่วนสามารถที่จะประกอบธุรกิจที่เกี่ยวเนื่องได้ด้วยนอกจากธุรกิจเฉพาะของห้างหุ้นส่วน ส่วนการประกอบกิจการ Joint Ventures จะเป็นไปในทางลึก (vertical axis) คือ จะอยู่ในกรอบที่ตกลงกันไว้เท่านั้น จะดำเนินธุรกิจอื่นที่เกี่ยวเนื่องไม่ได้เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นพิเศษ และจะยุบเลิกไปเมื่อการดำเนินกิจการบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้³³

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น เรายังไม่สามารถที่จะเข้าใจการที่ใช้ชื่อว่า Joint Ventures จะเป็นหุ้นส่วนธรรมดายหรือเป็นกิจการ Joint Ventures โดยแท้จริงกว่าจะได้ศึกษาราย

ละเอียดของแต่ละสัญญาว่ามีลักษณะพิเศษของ Joint Ventures ดังที่กล่าวไว้แล้วหรือไม่ และปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือหากกิจการดังกล่าวเป็นกิจการ Joint Ventures แล้วกิจการนั้นควรอยู่ภายใต้กฎหมายใด ผู้เขียนเห็นว่าแม้การประกอบกิจการดังกล่าวจะไม่เข้าลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนบริษัทและไม่มีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่งโดยเฉพาะตามที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่โดยที่กิจการดังกล่าวเกิดขึ้นจากการที่ผู้ร่วมประกอบกิจการตกลงเข้ากันในอันที่จะสร้างองค์กรหรือหน่วยธุรกิจที่เรียกว่า Joint Ventures ขึ้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ร่วมประกอบกิจการจึงเป็นความสัมพันธ์ที่อยู่บนพื้นฐานของสัญญา การประกอบกิจการในรูปแบบของ Joint Ventures ทั้งในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาและความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอกจึงควรที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยสัญญา นอกจากนี้ ในทางการค้านั้น เมื่อได้มีการพัฒนาสัญญารูปแบบใหม่ๆ ขึ้นมาแล้วก็จะมีการพัฒนาประเด็นปฏิบัติทางการค้าเกี่ยวกับสัญญานั้นๆ ขึ้นมาพร้อมกันไปด้วยเสมอ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากมีกรณีบัญญาขึ้นกับสัญญา Joint Ventures และหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญามิครอบคลุมถึงบัญหาเหล่านั้น กรณีก็อาจนำประเด็นปฏิบัติทางการค้ามาใช้ในการ

³¹ *Noranda Australia Ltd v Laoilan Resources NL (NL) 14 NSWLR 1 at 17, - 22*

³² Joseph F. Broadley, *op. cit*

³³ Arnold O. Ginnow (editor), *Corpus Juris Secundum*, Vol. 48A, West Publishing : Minn (1981), pp. 401-402.

อุดซ่องว่างดังกล่าวได้³⁴ ส่วนการตรากฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจประเภทนี้เป็นการเฉพาะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น เพราะพัฒนาการของการประกอบธุรกิจในปัจจุบันได้สร้างสัญญาไม่มีรูปแบบใหม่ๆ ขึ้นอย่างมาก many และรวดเร็วซึ่งรวมถึงสัญญาการประกอบธุรกิจแบบ Joint Ventures นี้ด้วยซึ่งทำให้การตรากฎหมายขึ้นมาให้ทันใช้บังคับรูปแบบสัญญาใหม่ๆ แบบนี้แทบจะเป็นไปไม่ได้

ในสหรัฐอเมริกา เดิมศาลเห็นว่ากิจการ Joint Ventures เป็นห้างหุ้นส่วนรูปแบบพิเศษ (informal partnerships) และอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วน แต่แนวความคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปในตอนปลายศตวรรษ

ที่ 19 เมื่อศาลได้พิจารณาถึงลักษณะพิเศษของกิจการ Joint Ventures ดังกล่าว ศาลงงไม่ถือว่าสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายห้างหุ้นส่วนแต่ปฏิบัติต่อสัญญา Joint Ventures เสมือนสัญญาไม่มีชื่อ โดยอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายสัญญาทั่วไป³⁵ และไม่มีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับกับกิจการประเภทนี้เป็นพิเศษ อย่างไรก็ตาม หากกิจการ Joint Ventures นั้นก่อให้เกิดสภาพการผูกขาดตัดตอน อันเป็นการทำลายสภาพการแข่งขันทางการค้า กิจการ Joint Ventures จะถูกตรวจสอบภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับป้องกันการผูกขาดทางการค้า



³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 4 กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามด้วยหรือตามความนุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับลดได้ ให้วินิจฉัยคดีอีกครั้งตามเจตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีเจตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอีกครั้งโดยนบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

³⁵ John P. Karalis, *op. cit.*