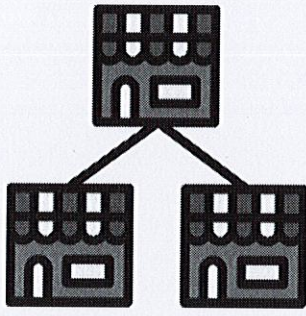


บริบทของ “สาขา” (branch) กับการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศ



โดยทั่วไป บทการลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement: FTA) จะมีขอบเขต (scope) ครอบคลุม 2 ส่วนหลัก คือ (1) มาตรการที่เกี่ยวข้องกับ**นักลงทุน** และ (2) มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่ครอบคลุม (covered investment) ซึ่งในส่วนของนักลงทุน สามารถแบ่งได้เป็น (1) บุคคลธรรมดา และ (2) นิติบุคคล (juridical person) ทั้งนี้ ในความตกลง FTA สมัยใหม่ อาทิ ความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP) จะมีการใช้คำว่า “ธุรกิจ” (enterprise) แทนคำว่า “นิติบุคคล” (juridical person) โดย เมื่อเปรียบเทียบคำนิยามระหว่าง “juridical person” และ “enterprise” แล้ว จะพบว่า “enterprise” มีความหมายที่กว้างกว่านิติบุคคล เนื่องจากจะรวมถึง “สาขา” (branch) ด้วย¹

สาขา คือ อะไร ? -- ในที่นี้ สาขาไม่ใช่การจัดตั้งนิติบุคคลหรือบริษัทอีกบริษัทหนึ่งแยกต่างหาก/เพิ่มเติมจากบริษัทแม่ หรือที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า subsidiary (บริษัทลูก) ซึ่งสามารถรับผิดชอบภาระหน้าที่ทางแพ่งของตนได้อย่างอิสระ แต่สาขามีลักษณะเป็นสำนักงานที่ได้รับมอบอำนาจจากบริษัทแม่ให้เป็นผู้แทนในการปฏิบัติหน้าที่ตามนโยบายของบริษัท/ ตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ สาขาจะไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ทำให้บริษัทแม่ต้องรับผิดชอบทุกอย่างของสาขา ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศสหรัฐฯ การที่สาขาของบริษัทต่างประเทศเข้ามาจัดตั้งในสหรัฐฯ เท่ากับว่า บริษัทนั้นได้มาประกอบธุรกิจในสหรัฐฯ ด้วย ทำให้ต้องคำนวณภาษีจากรายได้ทั้งหมดของบริษัท ไม่ใช่เฉพาะจากส่วนรายได้ที่เกิดจากสาขาในสหรัฐฯ² ส่วนในประเทศจีน องค์กรที่จัดตั้งตามกฎหมายของประเทศอื่น (สาขา) ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายจีน โดยบริษัทแม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งทั้งหมดของสาขา และสาขาต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของประเทศจีนก่อน โดยต้องระบุสัญชาติของบริษัทต้นทางในการขอใบอนุญาต และเมื่อต้องการยกเลิกกิจการจะต้องชำระบัญชีให้เรียบร้อย มิฉะนั้น จะไม่สามารถเคลื่อนย้ายสินทรัพย์ออกจากประเทศจีนได้³

สำหรับประเทศไทย ไม่มีกฎหมายที่ระบุถึงสาขาอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ “สาขา” ของนิติบุคคล/บริษัทต่างประเทศ อาทิ

1. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์** ได้กำหนดประเภทนิติบุคคลไว้ 5 ประเภท ได้แก่ บริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน สมาคม และมูลนิธิ แต่ไม่ได้กล่าวถึงสาขาของนิติบุคคลต่างประเทศ จึงสามารถอนุมานได้ว่า สาขาของนิติบุคคลต่างประเทศไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายไทย

2. **พ.ร.บ. ทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๕๙** ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมสถิติและหลักฐานของผู้ประกอบกิจการค้าที่เข้าข่าย “พาณิชย์กิจ” โดยกำหนดให้ผู้ประกอบพาณิชย์กิจจดทะเบียนพาณิชย์กับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ สำหรับสถานที่ในการจดทะเบียนพาณิชย์ ให้จัด ณ สำนักงานพาณิชย์ในท้องที่ซึ่งสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ หากสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ และมาประกอบพาณิชย์กิจในประเทศไทย ให้จัดทะเบียน ณ สำนักงานทะเบียนพาณิชย์ซึ่งสำนักงานสาขาใหญ่ตั้งอยู่⁴

¹ ความตกลง CPTPP ข้อบทที่ 9.1 (Definitions)

² เว็บไซต์ Harris Bricken. 2560. Doing Business In The United States: An Overview For Foreign Companies. (ออนไลน์). แหล่งที่มา: <https://harrisbricken.com/blog/business-united-states-overview-foreign-companies>. 17 กรกฎาคม 2561

³ กฎหมายบริษัทแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา 191

⁴ พ.ร.บ. ทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา 10

ปัจจุบันมีกิจการที่เข้าข่าย “การประกอบพาณิชย์” 16 ประเภท ดังนี้⁵

| | |
|--|---|
| (1) ผู้ประกอบกิจการโรงสีข้าวและโรงเลื่อยที่ใช้เครื่องจักร | (6) ขาย ให้เช่า ผลิต หรือรับจ้างผลิต แผ่นซีดี แถบบันทึก วีดีทัศน์ แผ่นวีดีทัศน์ ดีวีดี หรือแผ่นวีดีทัศน์ระบบดิจิทัล เฉพาะที่เกี่ยวกับการบันเทิง |
| (2) ผู้ประกอบกิจการขายสินค้าไม่ว่าอย่างใด ๆ อย่างเดียวหรือหลายอย่าง คิดรวมทั้งสิ้นในวันหนึ่งขายได้เป็นเงินตั้งแต่ 20 บาทขึ้นไป หรือมีสินค้าดังกล่าวไว้เพื่อขายมีค่ารวมทั้งสิ้นเป็นเงินตั้งแต่ 500 บาทขึ้นไป | (7) ขายอัญมณี หรือเครื่องประดับซึ่งประดับด้วยอัญมณี |
| (3) นายหน้าหรือตัวแทนค้าต่างซึ่งทำการเกี่ยวกับสินค้าไม่ว่าอย่างใด ๆ อย่างเดียวหรือหลายอย่างก็ตาม และสินค้านั้นมีค่ารวมทั้งสิ้นในวันหนึ่งวันใดเป็นเงินตั้งแต่ 20 บาทขึ้นไป | (8) ซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยวิธีการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต |
| (4) ผู้ประกอบกิจการหัตถกรรมหรืออุตสาหกรรมไม่ว่าอย่างใด ๆ อย่างเดียวหรือหลายอย่างก็ตาม และขายสินค้าที่ผลิตได้ คิดราคารวมทั้งสิ้นในวันหนึ่งวันใดเป็นเงินตั้งแต่ 20 บาทขึ้นไป หรือในวันหนึ่งวันใดมีสินค้าที่ผลิตได้มีราคารวมทั้งสิ้นตั้งแต่ 500 บาทขึ้นไป | (9) บริการอินเทอร์เน็ต |
| (5) ผู้ประกอบกิจการขนส่งทางทะเล การขนส่งโดยเรือกลไฟหรือเรือยนต์ประจำทาง การขนส่งโดยรถไฟ การขนส่งโดยรถราง การขนส่งโดยรถยนต์ประจำทาง การขายทอดตลาด การรับซื้อขายที่ดิน การให้กู้ยืมเงิน การรับแลกเปลี่ยนหรือซื้อขายเงินตราต่างประเทศ การซื้อหรือขายตัวเงิน การธนาคาร การโพงก๊วน การทำโรงรับจำนำ และการทำโรงแรม | (10) ให้เช่าพื้นที่ของเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่าย |
| | (11) บริการเป็นตลาดกลางในการซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยวิธีการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต |
| | (12) การให้บริการเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อใช้อินเทอร์เน็ต |
| | (13) การให้บริการฟังเพลงและร้องเพลงโดยคาราโอเกะ |
| | (14) การให้บริการเครื่องเล่นเกมส์ |
| | (15) การให้บริการตู้เพลง |
| | (16) โรงงานแปรรูปภาพ แกะสลัก และการหัตถกรรมจากงาช้าง การค้าปลีก การค้าส่งงาช้างและผลิตภัณฑ์จากงาช้าง |

ทั้งนี้ สำหรับสาขาของนิติบุคคลต่างประเทศ จะต้องตรวจสอบดูด้วยว่ากิจการค้าที่ดำเนินการนั้นได้รับอนุญาตตาม พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 หรือไม่ หากเป็นกิจการค้าที่ต้องได้รับอนุญาต ผู้ประกอบพาณิชย์จะต้องขอรับอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าก่อน จึงค่อยยื่นจดทะเบียนพาณิชย์⁵

3. **ประมวลกฎหมายรัชฎากร** มาตรา 66 วรรค 2 ระบุว่า “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและกระทำการกิจการในที่อื่น ๆ รวมทั้งในประเทศไทย ให้เสียภาษีในกำไรสุทธิจากกิจการหรือเนื่องจากกิจการที่ได้กระทำในประเทศไทยในรอบระยะเวลาบัญชี...” อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสาขายังคงมีสัญชาติตามบริษัทแม่ จึงยังสามารถใช้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายใต้ความตกลงที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศของบริษัทแม่ได้ อาทิ อนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งจะได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในประเทศไทย

4. **พ.ร.บ. ธุรกิจการเงิน พ.ศ. 2551** มาตรา ๓๒ ระบุข้อกำหนดเกี่ยวกับสาขา (branch) ของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจภายใต้ พ.ร.บ. ธุรกิจการเงิน ซึ่งแตกต่างจากการมาจัดตั้ง subsidiary ซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคล โดยสาขา (branch) จะต้องดำรงสินทรัพย์ไว้ในประเทศไทยหรือมีหลักทรัพย์ในต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด โดยถือว่าสินทรัพย์หรือหลักทรัพย์ดังกล่าวเป็นเงินกองทุน

บทวิเคราะห์:

จากการพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า สาขาของนิติบุคคล/บริษัทต่างประเทศสามารถมาจัดตั้งธุรกิจที่ประเทศไทยได้โดยที่ (1) ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายไทย (2) หากกิจการค้าเป็นกิจการที่ต้องขออนุญาตภายใต้ พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็จะต้องดำเนินการขออนุญาตก่อน (3) หากเข้าข่าย “พาณิชย์กิจ” ก็จะต้องจดทะเบียนพาณิชย์ และ (4) หากมีรายได้ก็ต้องดำเนินการยื่นแบบและชำระภาษี เว้นแต่จะใช้สิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อน

⁵ เว็บไซต์ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. 2561. ทะเบียนพาณิชย์ (ร้านค้า/บุคคลธรรมดา). http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=373. 17 กรกฎาคม 2561

ทั้งนี้ จะเห็นว่า กฎหมายไทยไม่ได้ให้การยอมรับสาขาในสถานะของนิติบุคคล ดังนั้น หากมีการรวม “สาขา” ไว้ในขอบเขตของคำนิยาม “นักลงทุน” ในบทลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรีย่อมมีนัยต่อการยอมรับข้อผูกพันของไทยที่เกี่ยวข้องกับ “สาขา” โดยเฉพาะในประเด็นการอนุญาตให้นักลงทุนสามารถฟ้องรัฐได้ (Investor-State Dispute Settlements) ซึ่งอาจทำให้เกิดความสับสนและตีความได้ว่า เมื่อมีการฟ้องร้องเกิดขึ้น สาขาซึ่งในที่นี้เป็น “นักลงทุน” สามารถฟ้องรัฐในนามของตนเองได้หรือไม่ และหากทำได้ บริษัทแม่สามารถร่วมฟ้องในฐานะที่สาขาถือเป็น “การลงทุน” ของตน (มีผู้ฟ้อง 2 คน) ได้หรือไม่ อย่างไรก็ดี จำนวนผู้ฟ้องไม่น่ามีผลต่อมูลค่าความเสียหายรวมที่อาจมีการเรียกร้อง ในทางตรงกันข้าม หากมีกรณีที่สาขากระทำความผิดและต้องชดใช้ บริษัทแม่ก็ยังคงต้องรับผิดชอบเช่นเดิม ทั้งนี้ หากยังไม่มี ความชัดเจนในประเด็นนี้สำหรับไทย ก็อาจจะยังไม่เหมาะสมในการยอมรับให้ขอบเขต “นักลงทุน” ครอบคลุมถึง “สาขา” ด้วย

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า ในความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหภาพยุโรปกับแคนาดามีการกำหนดนิยาม “นักลงทุน” ซึ่งใช้คำว่า “enterprise” แทน “juridical person” เช่นเดียวกัน แต่มีการระบุเพิ่มเติมว่า “ไม่รวมถึงสาขาหรือสำนักงานผู้แทน” (investor means a Party, a natural person or an enterprise of a Party, other than a branch or a representative office)⁶ ซึ่งการระบุในลักษณะนี้อาจเป็นวิธีการแก้ปัญหาที่ดีในประเด็นสาขา ที่อาจยังไม่มี ความชัดเจนว่าเป็นที่ยอมรับภายใต้กฎหมายของประเทศภาคีหรือไม่

นางสาวนาถวี เกรือรัตน์
นักวิชาการพาณิชย์ปฏิบัติการ
สำนักเจรจาการค้าบริการและการลงทุน
กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ
สิงหาคม 2561

⁶ ความตกลงการค้าเสรี EU - แคนาดา ข้อบทที่ 8.1 (Definitions)