

กฎหมายและนโยบายของต่างประเทศเกี่ยวกับสัญชาติของสายการบิน

เนื่องมาจากการมีข้อกำหนดเรื่องสัญชาติของสายการบินในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินว่าสายการบินที่กำหนดนั้นจะต้องมีรัฐหรือคนชาติของรัฐ หรือทั้งรัฐและคนชาติของรัฐถือ “กรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ” ในสายการบิน มิเช่นนั้นแล้ว รัฐคู่ภาคีความตกลงอาจไม่อนุญาต พักการอนุญาต หรือเพิกถอนการอนุญาตให้สายการบินที่กำหนดของรัฐภาคีอีกฝ่ายนั้นสามารถทำการบินมายังรัฐตนได้ ส่งผลให้ประเทศต่างๆ ได้มีข้อกำหนดเรื่องสัญชาติในสายการบินที่กำหนดของประเทศตน เพื่อให้สายการบินดังกล่าวสามารถที่จะได้รับการยอมรับจากประเทศคู่ภาคีและสามารถทำการบินระหว่างประเทศเข้าไปยังประเทศคู่ภาคีได้ ในการกำหนดข้อกำหนดเรื่องสัญชาติของสายการบินบางประเทศได้บัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมาย แต่บางประเทศเป็นการกำหนดนโยบายในการออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสายการบินรวมถึงการแต่งตั้งเป็นสายการบินที่กำหนด ซึ่งข้อกำหนดในเรื่องสัญชาติ ทุกประเทศจะกำหนดหลักเกณฑ์ในด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุม เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินสำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ แต่บางประเทศได้มีข้อกำหนดในเรื่องสถานประกอบการแห่งใหญ่ และสถานที่จดทะเบียนด้วย

ในบทนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงกฎหมายและนโยบายของต่างประเทศเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบิน โดยจะเน้นที่คุณสมบัติของผู้ประกอบกิจการสายการบินในด้านสัญชาติของสายการบินที่กำหนดเพื่อใช้สิทธิในการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ รวมถึงการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการพิจารณาคุณสมบัติของสายการบินในเรื่องความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติ ทั้งตั้งแต่มีการขออนุญาตประกอบกิจการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ และเมื่อได้รับใบอนุญาตแล้วมีการเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติด้านสัญชาติ โดยจะยกคำตัดสินของหน่วยงานที่รับผิดชอบในเรื่องนั้นขึ้นประกอบการศึกษาด้วย นอกจากนี้ในทางกลับกัน จะศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำมายังประเทศเหล่านั้นด้วย

กฎหมายฉบับแรกที่จะศึกษาคือกฎหมายของสหภาพยุโรป กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งสายการบินของสหภาพยุโรปมีลักษณะเป็นกฎหมายของประชาคม รัฐสมาชิกทุกรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนี้ สำหรับการอนุญาตประกอบกิจการสายการบิน จะเป็นไปตามข้อบังคับของคณะมนตรีที่ 2407/92 ซึ่งได้กำหนดข้อกำหนดเรื่องสัญญาที่สายการบินที่จะได้รับใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ จะต้องมีส่วนประกอบธุรกิจแห่งใหญ่และสำนักงานที่จดทะเบียน (ถ้ามี) อยู่ในรัฐสมาชิก และ รัฐสมาชิกหรือคนชาติของรัฐสมาชิก หรือทั้งรัฐสมาชิกและคนชาติของรัฐสมาชิกนั้นจะต้องถือและยังคงถือกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่และควบคุมสายการบินอย่างมีประสิทธิภาพ แต่หากเป็นการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศระหว่างสายการบินของรัฐสมาชิกกับประเทศที่สาม อาจมีการตกลงเป็นอย่างอื่นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และการควบคุมในความตกลงหรืออนุสัญญาที่สหภาพยุโรปเป็นภาคีได้ นอกจากนี้ ในการเจรจาทำความตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบินระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปกับประเทศที่สาม รัฐสมาชิกจะต้องเปลี่ยนข้อกำหนดเดิมเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมของคนชาติเป็นข้อกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมของประชาคม ส่วนการพิจารณาสัญญาของสายการบินต่างด้าวนอกเหนือจากสายการบินของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปจะเป็นเรื่องของแต่ละรัฐสมาชิกที่ได้เข้าทำความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบิน ดุลพินิจจึงขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจของแต่ละรัฐสมาชิกนั้น ผู้เขียนจึงไม่ขอกล่าวถึงการใช้อดุลพินิจของแต่ละรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปในการพิจารณาสัญญาของสายการบินต่างด้าวที่จะบินเข้ามายังรัฐตน

กฎหมายฉบับที่สองที่จะศึกษาคือกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะศึกษาประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code) ซึ่งได้นำพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2501 (Federal Aviation Act 1958) มาประมวลไว้ในกฎหมายนี้ และได้กำหนดให้ผู้ที่จะประกอบกิจการขนส่งทางอากาศต้องได้รับใบอนุญาตประกอบบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะ (Certificate of Public Convenience and Necessity) โดยกำหนดให้ผู้ที่จะได้รับใบอนุญาตจะต้องเป็น “พลเมืองของสหรัฐอเมริกา” (U.S. citizens) ดังนั้นข้อกำหนดในด้านสัญญาของสายการบินจึงได้รวมอยู่ในนิยามของคำดังกล่าว ในกรณีที่เป็นนิติบุคคล จะกำหนดคุณสมบัติด้านสัญญาไว้ 3 ประการ ได้แก่ สถานที่จดทะเบียน กรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ และการควบคุมอันแท้จริง (Actual Control) และจะศึกษาการตีความคุณสมบัติด้านความเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา ซึ่งกระทรวงคมนาคม (Department of Transportation: DOT) ของสหรัฐอเมริกาจะตีความคุณสมบัติดังกล่าวเป็นกรณีๆ ไป (on case by case basis) เช่นเดียวกับการพิจารณาสัญญาของสายการบินต่างด้าวที่จะทำการบริการเดินอากาศระหว่าง

ประเทศเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกา จะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปเช่นกัน แม้สายการบินต่างด้าว นั้นจะมีคุณสมบัติที่ไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดเรื่องสัญชาติในความตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบิน ก็ตาม

กฎหมายฉบับที่สามที่จะศึกษาคือกฎหมายของประเทศแคนาดา กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งสายการบินของประเทศแคนาดา ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง พ.ศ. 2539 (The Canada Transportation Act 1996) ในพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้บุคคลสัญชาติแคนาดาเท่านั้นที่สามารถประกอบธุรกิจสายการบินเป็นผู้ขนส่งของแคนาดาสำหรับการให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศได้ ดังนั้น ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินจึงอยู่ในนิยามของคำว่า “บุคคลสัญชาติแคนาดา” (Canadian) โดยได้กำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ด้านสถานที่จดทะเบียน กรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ และการควบคุม ส่วนการพิจารณาสัญชาติของสายการบินต่างด้าวที่จะบินเข้ามาในประเทศ หน่วยงานที่รับผิดชอบของประเทศแคนาดาจะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป โดยแบ่งเป็นกรณีที่สายการบินต่างด้าวนั้นเป็นสายการบินของประเทศที่มีความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินกับประเทศแคนาดา และกรณีที่สายการบินต่างด้าวเป็นสายการบินของประเทศที่ไม่ได้มีความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินกับประเทศแคนาดา

กฎหมายฉบับที่สี่ที่จะศึกษาคือกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์ ได้แก่ พระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 (The Civil Aviation Act 1990) กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเรื่องการออกใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำทั้งสำหรับสายการบินของนิวซีแลนด์เองและสายการบินของต่างด้าวที่จะบินเข้ามายังประเทศนิวซีแลนด์ด้วย ส่วนข้อกำหนดในเรื่องสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์นั้นจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 โดยใช้เกณฑ์กรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ สำนักงานแห่งใหญ่ และสถานประกอบการ นอกจากนี้ ยังมีความร่วมมือพิเศษกับประเทศออสเตรเลีย ที่เรียกว่า SAM Airline ซึ่งกำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการอนุญาตสายการบินที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศโดยทั่วไป และยังมีความตกลงน่านฟ้าเสรีระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศออสเตรเลีย ซึ่งได้ยกเลิกข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์ออกไปทั้งหมด แต่ยังคงมีการกำหนดเรื่องการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพและสถานประกอบการแห่งใหญ่

กฎหมายฉบับสุดท้ายที่จะศึกษาคือกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งสายการบินของประเทศออสเตรเลีย ได้แก่ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ.

2463 (Air Navigation Act 1920) กฎหมายฉบับนี้ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านกรรมสิทธิ์ของสายการบินของออสเตรเลียที่ให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศโดยใช้หลักเกณฑ์กรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ ส่วนเรื่องการควบคุมนั้นเป็นไปตามนโยบายในการแต่งตั้งเป็นสายการบินที่กำหนด โดยกำหนดเรื่องการควบคุมและสำนักงานแห่งใหญ่ แต่หลักเกณฑ์ทั่วไปเหล่านี้จะไม่ใช้กับสายการบินแควนตัส เนื่องจากสายการบินแควนตัสจะอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะคือพระราชบัญญัติสายการบินแควนตัส พ.ศ. 2535 (Qantas Sale Act 1992) ซึ่งใช้บังคับกับสายการบินแควนตัสเท่านั้น ส่วนข้อตกลงระหว่างประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ผู้เขียนจะไม่ขอกล่าวถึงเนื่องจากจะเป็นความซ้ำซ้อนกันกับที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์

3.1 กฎหมายและนโยบายของสหภาพยุโรป

การจัดตั้งสายการบินในสหภาพยุโรปและมีฐานะเป็นผู้ขนส่งของประชาคม (Community Air Carrier) ผู้ประกอบการต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการ (Operating Licence) จากรัฐสมาชิกก่อนที่จะสามารถใช้สิทธิการบินเสรีระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปได้ รวมทั้งเป็นสายการบินที่กำหนดในการเจรจาความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศกับประเทศที่สามตามกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ให้มีการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเรื่องสัญญาในความตกลงทวิภาคีและแทนที่ด้วยข้อสัญญาเรื่องกรรมสิทธิ์ของประชาคม

กฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องการจัดตั้งสายการบินและการได้รับใบอนุญาตประกอบการในฐานะที่เป็นผู้ขนส่งของประชาคม จะเป็นกฎหมายหมายฉบับเดียวกันไม่ว่าจะเป็นสายการบินที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศภายในสหภาพยุโรป หรือบริการเดินอากาศระหว่างประเทศระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปกับประเทศที่สาม เนื่องจากจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการเหมือนกัน แต่จะต่างกันที่กฎหมายเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด โดยกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดภายในรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจะเป็นไปตามข้อบังคับของคณะมนตรีที่ 2408/92 ส่วนกฎหมายเกี่ยวกับการเจรจาและทำความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศกับประเทศที่สามจะเป็นไปตามข้อบังคับของคณะมนตรีที่ 847/2004

ในการศึกษา ผู้เขียนจะอธิบายเกี่ยวกับความเป็นมาของสหภาพยุโรปพอสังเขป เพื่อให้เห็นภาพของการรวมตัวกันของสหภาพฯ จากนั้นจึงจะอธิบายความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการบินของสหภาพยุโรป กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งสายการบินของสหภาพยุโรป ซึ่งได้แก่สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป ค.ศ. 1965 (The Treaty of the European Community: The

EC Treaty 1965) และข้อบังคับของคณะมนตรีสหภาพยุโรปที่ 2407/92 ที่ได้กำหนดคุณสมบัติด้านสัญชาติของผู้ขออนุญาตประกอบการสายการบิน และการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการในการตรวจสอบคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบิน รวมถึงกฎหมายและนโยบายการบินระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปกับประเทศที่สาม

3.1.1 ความเป็นมาของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป (European Union หรือ EU) เป็นองค์การระหว่างประเทศของประเทศต่างๆในทวีปยุโรปที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการบูรณาการการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจและกระชับความร่วมมือกันระหว่างประเทศสมาชิก สหภาพยุโรปมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่กรุงบรัสเซลส์ ประเทศเบลเยียม ประกอบด้วยประเทศสมาชิก 27 ประเทศ¹ มีประชากรราว 491 ล้านคน²

ในช่วง 50 ปีที่ผ่านมา สหภาพยุโรปได้ถูกสร้างให้เป็นเขตแดนแห่งสันติภาพ ความมั่นคง ความก้าวหน้า และความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยตั้งมั่นอยู่บนพื้นฐานของการเคารพในสิทธิมนุษยชนและระบอบประชาธิปไตย ในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว สมาชิกของสหภาพยุโรปได้ก่อตั้งสถาบันอันร่วมกันได้แก่ คณะมนตรี (Council) คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) สภายุโรป (European Parliamentary Assembly ต่อมาเปลี่ยนมาเรียกว่า European Parliament) และศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) เพื่อบริหารงานร่วมกัน โดยมีองค์กรร่วมทำหน้าที่ตัดสินใจด้านต่างๆ อาทิ ด้านการค้า ด้านการเกษตร และด้านสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ดี สหภาพยุโรปไม่เพียงแต่พัฒนากิจการภายในของตนเท่านั้น แต่ยังมุ่งที่จะแบ่งปันความสำเร็จและคุณค่าต่างๆให้แก่ประชาชนและประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกอีกด้วย

สหภาพยุโรปจัดตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการเมื่อเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1993 โดยมีจุดเริ่มต้นมาจากความร่วมมือของประชาชาติยุโรป 6 ประเทศ คือ ฝรั่งเศส เยอรมนี อิตาลี เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ และลักเซมเบิร์ก ร่วมกันลงนามจัดตั้งประชาคมแห่งแรกคือ ประชาคมถ่านหิน

¹ ประเทศสมาชิก 27 ประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรีย เบลเยียม บัลแกเรีย ไชปรัส เช็ก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ อิตาลี ลัตเวีย ลิทัวเนีย ลักเซมเบิร์ก มอลต้า เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส โรมาเนีย สโลวาเกีย สโลวีเนีย สเปน สวีเดน อังกฤษ

² http://europa.eu/abc/european_countries/eu_members

และเหล็กกล้าแห่งยุโรป (The European Coal and Steel Community) ในปี ค.ศ. 1951 ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญากรุงปารีส นับเป็นก้าวแรกของการรวมประชาคมในยุโรป และต่อมาประชาคมแห่งที่สองและแห่งที่สามได้ก่อกำเนิดขึ้นคือ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community: EEC) และประชาคมพลังงานปรมาณูแห่งยุโรป (The European Atomic Energy Community: EAEC) ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty Establishing European Community: Treaty of Rome) ค.ศ. 1957 ทั้งสามประชาคมได้รวมกันเป็นประชาคมยุโรป (European Community: EC) เมื่อปีค.ศ. 1967 โดยขณะนั้นมีประเทศสมาชิก 12 ประเทศ ได้แก่ เบลเยียม เดนมาร์ก ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ไอร์แลนด์ อิตาลี ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส สหราชอาณาจักร และสเปน ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1991 รัฐบาลของทั้ง 12 ประเทศได้ร่วมกันลงนามสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรป (Treaty establishing the European Union: EU Treaty) หรือที่เรียกกันว่า สนธิสัญญามาสตริคต์ (The Maastricht Treaty) ซึ่งได้รับการให้สัตยาบันโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติของประเทศสมาชิกทั้งหมดและถือเป็นจุดกำเนิดของ “สหภาพยุโรป” ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน สาระสำคัญของการจัดตั้งสหภาพยุโรป นอกจากคงไว้ซึ่งโครงสร้างความร่วมมือเดิมภายใต้ประชาคมทั้งสามที่มีอยู่เดิมแล้ว ยังขยายความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกไปอีกสองด้าน คือ ด้านความร่วมมือด้านการต่างประเทศและความมั่นคง กับ ด้านความร่วมมือด้านมหาดไทยและยุติธรรม อย่างไรก็ตาม เนื่องจากทั้งสองด้านดังกล่าว เป็นเรื่องที่บางรัฐสมาชิกมีความกังวลเกี่ยวกับประเด็นด้านอธิปไตย จึงมิใช่ความร่วมมือในลักษณะ “ประชาคม” (หมายถึงการแบ่งอำนาจอธิปไตยมาบริหารร่วมกัน) แต่เป็นการร่วมมือและประสานนโยบายระหว่างรัฐบาล³

หลังจากที่สนธิสัญญามาสตริคต์ได้เปลี่ยนสถานภาพของประชาคมยุโรปมาเป็นสหภาพยุโรปแล้ว ในปี ค.ศ. 1995 ประเทศออสเตรีย ฟินแลนด์ และสวีเดน ก็ได้สมัครเข้าเป็นสมาชิกใหม่ จากนั้นสหภาพยุโรปได้ขยายตัวรับประเทศสมาชิกใหม่เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จนในปัจจุบันมีประเทศสมาชิกทั้งหมด 27 ประเทศ

การจัดตั้งสหภาพยุโรปนั้นมีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อส่งเสริมและขยายความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกในด้านเศรษฐกิจ การค้า สังคม นโยบายต่างประเทศ ความมั่นคง การป้องกัน และความยุติธรรม ภายใต้สนธิสัญญามาสตริคต์นี้ พลเมืองที่มีสัญชาติของสหภาพยุโรป

³ อภิญา เลื่อนฉวี, กฎหมายสหภาพยุโรป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 11-12.

จะได้รับการยอมรับในทุกๆประเทศสมาชิก การควบคุมการเข้าออกทางชายแดนจะได้รับการผ่อนปรน ข้อตกลงด้านภาษีศุลกากรและด้านการเข้าเมืองจะได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้พลเมืองของสหภาพยุโรปมีอิสระที่จะอาศัย ทำงาน และศึกษาได้ในทุกประเทศสมาชิก

3.1.2 ความเป็นมาของกฎหมายการบินของสหภาพยุโรป

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community: EEC) หรือสหภาพยุโรปในปัจจุบัน ได้ก่อตั้งขึ้นในปีค.ศ. 1957 โดยสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (Treaty Establishing European Economic Community: EEC Treaty) วัตถุประสงค์หลักของสนธิสัญญานี้คือเพื่อสร้างตลาดร่วม (common market) และกำหนดเป็นเป้าหมายอย่างหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงนโยบายร่วมกันในด้านการขนส่ง โดยสนธิสัญญานี้ได้กำหนดให้การขนส่งทางอากาศต้องอยู่ภายใต้กฎของสนธิสัญญาข้อ 84(2)⁴ แต่ภาคการขนส่งทางอากาศก็ไม่ได้อยู่ภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าว จนกระทั่งมีคำตัดสินครั้งสำคัญคือคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice: ECJ) ที่ 209-213/84 คดี Nouvelles Frontieres ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปถือว่าบทบัญญัติทั่วไปของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป บังคับใช้กับการขนส่งทางอากาศด้วยเช่นเดียวกับการขนส่งในรูปแบบอื่น⁵ คำตัดสินนี้มีความสำคัญเนื่องจากทำให้องค์กรผู้

⁴ EEC Treaty ข้อ 84(2) “The Council may, acting by a qualified majority, decide whether, to what extent and by what procedure appropriate provisions may be laid down for sea and air transport.”

⁵ ประเด็นสำคัญในคดีนี้คือการที่รัฐบาลแห่งประเทศฝรั่งเศสห้ามขายตัวเครื่องบินในราคาที่ต่ำกว่าราคาที่รัฐบาลกำหนดนั้นฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันและการผูกขาดของสนธิสัญญากรุงโรมหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายเหล่านี้ได้ห้ามให้มีการจำกัดการแข่งขัน เช่น การกำหนดราคา และเพื่อสนับสนุนให้มีการค้าเสรีภายในรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าการกระทำของรัฐบาลฝรั่งเศสนั้นเป็นการฝ่าฝืนสนธิสัญญาและกล่าวว่า “...like other means of transport, air transport remains subject to the general rules of the Treaty including those concerning competition.” see Daniel C. Hedlund, “Towards Open Skies: Liberalizing Trade in International Airline Services”, 3 Minnesota Journal of Global Trade 259, 287 (Summer 1994), see also Jacqueline Dutheil de la Rochere, Contribution of the

มีอำนาจของยุโรป (European Authorities) ตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อ 4 แห่งสนธิสัญญา⁶ ให้เป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการทำให้สนธิสัญญาบรรลุผล ซึ่งได้แก่ คณะมนตรี (Council of Ministers (Council))⁷ คณะกรรมาธิการ (Commission)⁸ สภายุโรป (Parliament)⁹ และศาลยุติธรรม (Court of Justice)¹⁰ สามารถที่จะเข้าไปมีส่วนในนโยบายการบินพาณิชย์ของรัฐสมาชิกได้

European Court of Justice to the Implementation of the EEC Treaty in the Field of Air Transport: Past and Future, in *Air and Space Law*, ed. International Institute of Air and Space Law, Leiden University (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), pp. 161-163.

⁶ EEC Treaty ข้อ 4 “1. The achievement of the tasks entrusted to the Community shall be ensured by: an Assembly, a Council, a Commission, a Court of Justice.

Each of these institutions shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty.”

⁷ คณะมนตรีมีอำนาจทั้งบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ จะตั้งขึ้นโดยตัวแทนของแต่ละรัฐสมาชิกซึ่งมีอำนาจที่จะร่วมรัฐบาลกับรัฐนั้น รวมถึงทำให้จุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรปสำเร็จ ซึ่งอาจทำโดยคำแนะนำที่ไม่มีผลผูกพัน (Non-Binding Recommendations) หรือคำตัดสินที่มีผลผูกพัน (Binding Decisions) และข้อบังคับ (Regulations) หรือคำสั่ง (Directives) ซึ่งในกระบวนการบัญญัติกฎหมายนั้นคณะมนตรีจะเป็นผู้ลงความเห็นสุดท้าย ส่วนการเสนอกฎหมายนั้นเป็นหน้าที่ของคณะกรรมาธิการ

⁸ คณะกรรมาธิการเป็นหน่วยงานอิสระ ซึ่งสมาชิกจะได้มาจากมติของรัฐสมาชิก อยู่ในวาระ 4 ปี คณะกรรมาธิการมีอำนาจทางบริหารในการจัดทำและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายของประชาคม หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นผู้สังเกตการณ์ (watchdog) ของประชาคม นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการยังเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการกำหนดนโยบายของประชาคมและเตรียมข้อเสนอเพื่อการออกกฎหมายโดยคณะมนตรี ความก้าวหน้าของนโยบายการขนส่งทางอากาศของประชาคมยุโรปสามารถอธิบายได้อย่างชัดเจนถึงปฏิกริยาระหว่างคณะมนตรีและคณะกรรมาธิการ

⁹ สภายุโรปประกอบไปด้วยผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชากรของรัฐโดยตรง หน้าที่ของรัฐบาลเกี่ยวกับอำนาจนิติบัญญัติของคณะมนตรีคือเป็นที่ปรึกษาหลัก เว้นแต่รัฐบาลจะ

ในปีค.ศ. 1986 คณะมนตรีได้ผ่านกฎหมายตลาดเดียวแห่งยุโรป (The Single European Act) ซึ่งเป็นหนึ่งในความตกลงที่สำคัญที่สุดในการทำให้การขนส่งทางอากาศเสรีภายในประชาคมยุโรป กฎหมายตลาดเดียวแห่งยุโรปได้กำหนดวันที่จะบรรลุผลในการดำเนินการภายในปีค.ศ. 1992 และเตรียมการสำหรับจัดตั้งตลาดเดียวแห่งยุโรปในภาคการขนส่งทางอากาศโดยเริ่มตั้งแต่เมื่อปีค.ศ. 1986 ณ การประชุมสุดยอดระดับผู้นำ ประเทศสมาชิกและประธานคณะมนตรียุโรป (European Council) ได้ประกาศใช้แผน 3 ขั้นตอนเพื่อทำให้อุตสาหกรรมการขนส่งทางอากาศเกิดความเสรีภายในประชาคม ในปีค.ศ. 1987 คณะมนตรีได้อนุมัติขั้นตอนแรก (First Package) ซึ่งได้รวมข้อบังคับของคณะมนตรี 2 ข้อบังคับ (ข้อบังคับที่ 3975/87 และ 3976/87 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎของประชาคมยุโรปเกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาดต่ออุตสาหกรรมการขนส่งทางอากาศ) คำสั่งของคณะมนตรี 1 คำสั่ง (คำสั่งที่ 87/601 ซึ่งกำหนดว่ารัฐบาลจะต้องอนุมัติค่าโดยสารที่สายการบินเสนอถ้าค่าโดยสารนั้นมีราคาเหมาะสมเมื่อเทียบกับต้นทุนของผู้ขนส่งทางอากาศ) และคำตัดสินของคณะมนตรี 1 คำตัดสิน (คำตัดสินที่ 87/602 ที่กล่าวถึงการแบ่งความจุระหว่างผู้ขนส่งทางอากาศในเส้นทางบินประจำ และการเข้าสู่ตลาดของผู้ขนส่งทางอากาศในเส้นทางประจำระหว่างรัฐสมาชิกประชาคมยุโรป และยังกำกวมข้อกำหนดที่ว่าผู้ขนส่งทางอากาศจะต้องมีการแบ่งความจุเท่าๆกันในเส้นทางบินระหว่างรัฐสมาชิก) แต่ขั้นตอนนี้แทบจะไม่ส่งผลใดๆต่อการแข่งขันภายในประชาคมยุโรปและมีผลเพียงการลดค่าโดยสารเพียงเล็กน้อย ต่อมาในปีค.ศ. 1989 คณะมนตรีก็ได้้อนุมัติขั้นตอนที่ 2 (Second Package) ซึ่งประกอบไปด้วยข้อบังคับของคณะมนตรี 3 ข้อบังคับ (ได้แก่ข้อบังคับที่ 2342/90 ซึ่งแทนที่คำสั่งของคณะ

ใช้อำนาจตามกฎหมายเรื่องงบประมาณประจำปีของประชาคม นอกจากนี้ยังมีอำนาจควบคุมเหนือคณะมนตรี รัฐบาลสามารถออกคำแนะนำที่ไม่มีผลผูกพันให้กับคณะมนตรี หรือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับข้อเสนอทางกฎหมาย ในกรณียกเว้น รัฐบาลจะมีสิทธิที่จะกระทำการในศาลยุติธรรมเพื่อต่อต้านคณะมนตรีในความล้มเหลวของการทำหน้าที่ภายใต้สนธิสัญญา ซึ่งการกระทำนี้ได้เกิดขึ้นในด้านการขนส่งและนำไปสู่การเปิดเผยคำตัดสินที่เรียกกันว่าคำตัดสินนโยบายการขนส่ง (Transport Policy decision)

¹⁰ ศาลยุติธรรมเป็นศาลสูงสุดของสหภาพยุโรป มีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อให้มั่นใจในการตีความ การบังคับใช้อย่างเป็นแบบแผน และการพัฒนากฎหมายของประชาคม ลักษณะเฉพาะของขอบเขตอำนาจของศาลคือสามารถที่จะแสดงความเห็นในการตีความกฎหมายของประชาคมได้

มนตรีที่ 87/601 โดยให้สายการบินมีความยืดหยุ่นมากขึ้นในการกำหนดราคาโดยสาร ข้อบังคับที่ 2343/90 แทนที่คำตัดสินของคณะมนตรีที่ 87/602 โดยผ่อนคลायกฎเกณฑ์การเข้าสู่ตลาดและการแบ่งความจุ และข้อบังคับที่ 2344/90 ได้แก้ไขวันที่ใช้บังคับข้อบังคับของคณะมนตรีที่ 3976/87 เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎเกณฑ์ของประชาคมยุโรปเรื่องการต่อต้านการผูกขาดกับอุตสาหกรรมการขนส่งทางอากาศ) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะผ่อนคลायภาระภาษี การแบ่งความจุ และการเข้าสู่ตลาดเพื่อเตรียมการสำหรับขั้นตอนที่ 3 ซึ่งจะสร้างตลาดเดียวสำหรับการขนส่งทางอากาศภายในประชาคมยุโรป¹¹ แต่อย่างไรก็ดีทั้งสองขั้นตอนนี้ก็ไม่ได้ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญต่อตลาดการบริการเดินอากาศของยุโรป

ต่อมาในปีค.ศ. 1992 คณะมนตรีได้นำเอาขั้นตอนที่ 3 (Third Package) มาใช้ โดยเป็นการผสมผสานระหว่างสามกฎเกณฑ์ได้แก่ ข้อบังคับของคณะมนตรีสหภาพยุโรปที่ 2407/92 เรื่องใบอนุญาตผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ (Air Carrier Licensing) ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่ได้มีข้อบังคับเรื่องใบอนุญาต¹² โดยมีข้อกำหนดคุณสมบัติของสายการบินของประชาคมยุโรปเรื่องสำนักงานแห่งใหญ่และกรรมสิทธิ์และการควบคุมของคนชาติของรัฐสมาชิก ข้อบังคับของคณะมนตรีสหภาพยุโรปที่ 2408/92 เรื่องการเข้าสู่ตลาด คือการมีอิสระในการจัดการดำเนินการของสายการบินที่มีใบอนุญาตที่ออกโดยรัฐสมาชิก และอนุญาตให้ใช้สิทธิรับขนการจราจรในเส้นทางภายในกลุ่มประชาคมได้อย่างไม่จำกัดรวมทั้งกาโบตาจ และข้อบังคับของคณะมนตรีสหภาพยุโรปที่ 2409/92 เป็นเรื่องความมีอิสระในการกำหนดราคา โดยขั้นตอนที่ 3 นี้บังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 1993 และนับว่าได้สร้างแนวคิดในการเปิดตลาดการบริการเดินอากาศโดยสมบูรณ์เป็นครั้งแรกภายในประชาคมยุโรป โดยไม่คำนึงถึงความตกลงทวิภาคีระหว่างรัฐสมาชิก แนวคิดนี้นับว่าทันสมัยมากเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าสองขั้นตอนแรกยังคงอยู่บนพื้นฐานของความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างรัฐสมาชิก ส่วนขั้นตอนที่ 3 ได้รวมข้อบังคับของคณะมนตรีที่ 2407/92 ว่าด้วยใบอนุญาตผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ ซึ่งได้กำหนดกฎเกณฑ์

¹¹ Seth M. Warner, "Liberalize Open Skies: Foreign Investment and Cabotage Restrictions Keep Noncitizens in Second Class", American University Law Review, (1993).

¹² Benoit M.J. Swinnen, "An Opportunity for Trans-Atlantic Civil Aviation: From Open Skies to Open Market?", 63 Journal of Air Law and Commerce 249, 261 (August-September 1997).

เฉพาะกับรัฐสมาชิกในการให้ใบอนุญาตการประกอบกิจการ (Operating Licence) และได้เปลี่ยนข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์ภายในสหภาพยุโรป เนื่องจากก่อนปีค.ศ. 1992 แต่ละรัฐสมาชิกได้สงวนสิทธิในการบริการเดินอากาศภายในประเทศไว้สำหรับผู้ขนส่งทางอากาศที่เป็นเจ้าของโดยรัฐสมาชิกหรือคนชาติของรัฐสมาชิคนั้น สถานการณ์นี้พบว่าเป็นความไม่สอดคล้องกับหลักสำคัญของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปข้อ 7¹³ เกี่ยวกับการห้ามให้มีการแบ่งแยกบนพื้นฐานเรื่องสัญชาติ แต่หลังจากมีการใช้ขั้นตอนที่ 3 แล้วกฎเกณฑ์ในยุโรปก็ไม่มี ความแตกต่างระหว่างบริการเดินอากาศภายในประเทศหรือต่างประเทศในตลาดร่วมยุโรปอีกต่อไป

การไม่เลือกปฏิบัติของผู้ขนส่งสหภาพยุโรปภายในสหภาพเป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดเจนมากขึ้นเนื่องจากเมื่อวันที่ 1 มกราคม 1997 ผู้ขนส่งของสหภาพยุโรปทั้งหมดสามารถประกอบการบริการเดินอากาศทั้งแบบประจำและไม่ประจำได้อย่างเสรีภายในตลาด รวมถึงบริการเดินอากาศภายในประเทศ ทั้งโดยตรงโดยการประกอบการของตนเองหรือโดยอ้อมโดยผ่านตัวแทน กฎเกณฑ์ใหม่นี้ได้สร้างตลาดเดียวซึ่งตลาดการบินภายในสหภาพยุโรปก่อนนั้นก่อให้เกิดความเสรีอย่างเต็มรูปแบบ และเห็นได้ชัดว่าแตกต่างกันอย่างชัดเจนจากกฎเกณฑ์ทวิภาคีที่ทั่วโลกได้ใช้กัน

3.1.3 กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งสายการบินของสหภาพยุโรป

เนื่องจากการจะประกอบกิจการสายการบินโดยใช้สิทธิการบินเสรีระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปได้นั้นจะต้องเป็นสายการบินที่เป็นผู้ขนส่งของประชาคม กล่าวคือ จะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการ (Operating Licence) จากรัฐสมาชิกเสียก่อนจึงจะถือเป็นผู้ขนส่งของประชาคมและสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้¹⁴ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งสายการบินของ

¹³ EEC Treaty ข้อ 7 “Within the scope of application of this Treaty, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited”

¹⁴ Council Regulation (EEC) No 2408/92 of 23 July 1992 on access for Community air carriers to intra-Community air routes ข้อ 3 “Subject to this Regulation, Community air carriers shall be permitted by the Member State(s) concerned to exercise traffic rights on routes within the Community.” และข้อ 2 “‘Community air carrier’ means

สหภาพยุโรปและมีความเกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาตประกอบการมี 2 ฉบับ ได้แก่ สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ค.ศ. 1957 และข้อบังคับของคณะมนตรีสหภาพยุโรปที่ 2407/92

3.1.3.1 สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ค.ศ. 1957 (European Economic Community: The EEC Treaty 1957)¹⁵

สนธิสัญญานี้มีบทบัญญัติพื้นฐานเกี่ยวกับการก่อตั้งสายการบินอยู่ในหมวดที่สองว่าด้วยเรื่องสิทธิการก่อตั้ง (Right of Establishment) ในข้อ 52¹⁶ ได้กำหนดให้คนชาติของรัฐสมาชิกรัฐหนึ่งมีอิสระในการตั้งบริษัท รวมถึงตัวแทน สาขา และบริษัทลูก ในรัฐสมาชิกอีกรัฐหนึ่งได้ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับที่บังคับใช้กับคนชาติของรัฐสมาชิกนั้น แสดงว่าคนชาติของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปนอกจากจะสามารถก่อตั้งบริษัทได้ในรัฐของตนเองแล้วยังสามารถก่อตั้งในรัฐอื่นที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรปได้ด้วย

an air carrier with a valid operating licence granted by a Member State in accordance with Council Regulation (EEC) No 2407/92 of 23 July 1992 of licensing of air carriers.”

¹⁵ สนธิสัญญานี้ได้มีการแก้ไขอีกหลายครั้ง ซึ่งข้อบทของสนธิสัญญาในการแก้ไขแต่ละครั้งจะไม่ตรงกัน แต่เนื้อหานั้นเหมือนกันในเรื่องหลักๆ สาเหตุที่ผู้เขียนได้ยกสนธิสัญญานี้ขึ้นอ้างเนื่องจากข้อบังคับของคณะมนตรีที่ 2407/92 ที่กำลังจะศึกษาต่อไปนั้น ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามสนธิสัญญานี้

¹⁶ EEC Treaty ข้อ 52 “Within the framework of the provisions set out below, restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State.

Freedom of establishment shall include the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings, in particular companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 48, under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected, subject to the provisions of the chapter relating to capital.”

นอกจากนี้ ข้อ 84(2) เป็นข้อบทที่ให้คณะกรรมการที่สามารถที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกับการขนส่งทางอากาศได้¹⁷

3.1.3.2 ข้อบังคับของคณะมนตรีสหภาพยุโรปที่ 2407/92 (Council Regulation (EEC) No. 2407/92 of 23 July 1992 on licensing of air carriers: the Council Regulation)

โดยอาศัยอำนาจตามข้อ 84(2) แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป คณะมนตรีสหภาพยุโรปได้ออกข้อบังคับของคณะมนตรีสหภาพยุโรปที่ 2407/92 ซึ่งแทนที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการอนุญาตและการคงไว้ซึ่งใบอนุญาตประกอบกิจการของผู้ขนส่งทางอากาศที่ก่อตั้งขึ้นในรัฐสมาชิก เนื่องจากข้อ 1 แห่งข้อบังคับฉบับนี้ได้กำหนดไว้ว่าข้อบังคับนี้เกี่ยวกับข้อกำหนดสำหรับการอนุญาตและการคงไว้ซึ่งใบอนุญาตประกอบกิจการสำหรับผู้ขนส่งทางอากาศที่ก่อตั้งขึ้นในชุมชนซึ่งออกโดยรัฐสมาชิก เว้นแต่การขนส่งคนโดยสาร ไปรษณีย์ภัณฑ์ หรือของโดยใช้อากาศยานที่ไม่ใช้กำลังขับเคลื่อน (Non-power driven aircraft) หรืออากาศยานน้ำหนักเบา (Ultra-light power driven aircraft) และการบินภายในประเทศที่ไม่เกี่ยวข้องกับการขนส่งระหว่างท่าอากาศยานที่ต่างกัน จะไม่อยู่ภายใต้ข้อบังคับฉบับนี้ ซึ่งในการประกอบการเหล่านี้ กฎหมายของประเทศที่เกี่ยวกับใบอนุญาตประกอบกิจการ (ถ้ามี) และกฎหมายของชุมชนและกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวกับใบอนุญาตผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator's Certificate: AOC) จะนำมาบังคับใช้¹⁸ ดังนั้นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบกิจการของรัฐนั้นๆ จึงไม่สามารถกำหนดข้อกำหนดหรือเงื่อนไขกับผู้ขอใบอนุญาตประกอบกิจการมากไปกว่าที่กำหนดในข้อบังคับนี้ แต่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบกิจการของรัฐยังคงมีหน้าที่ออกใบอนุญาตประกอบกิจการสำหรับผู้ขนส่งทางอากาศ

¹⁷ EEC Treaty ข้อ 84(2) อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4.

¹⁸ Council Regulation (EEC) No. 2407/92 Article 1 "This Regulation concerns requirements for the granting and maintenance of operating licences by Member States in relation to air carriers established in the Community.

The carriage by air of passengers, mail and/or cargo, performed by non-power driven aircraft and/or ultra-light power driven aircraft, as well as local flights not involving carriage between different airports, are not subject to this Regulation. In respect of these operations, national law concerning operating licences, if any, and Community and national law concerning the air operator's certificate (AOC) shall apply."

รวมทั้งตรวจสอบความสอดคล้องกับคุณสมบัติตามข้อบังคับฉบับนี้¹⁹ เนื่องจากข้อบังคับฉบับนี้ไม่ได้ตั้งคณะกรรมการกลางแห่งยุโรปในการทำหน้าที่นี้ไว้ สำหรับผู้ประกอบการที่ไม่ได้รับใบอนุญาตดำเนินกิจการ ผู้ประกอบการสามารถยื่นข้อซักถามต่อคณะกรรมการสหภาพยุโรปได้ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 13 วรรค 3²⁰

ข้อบังคับที่ 2407/92 นี้ได้ทำตามหลักในเรื่องสัญชาติของแต่ละประเทศเหมือนกันที่กำหนดในข้อบทที่ 17 แห่งอนุสัญญาชิคาโกเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของอากาศยานเป็นไปตามสัญชาติของรัฐที่จดทะเบียน²¹ แต่ได้ตั้งระบบกรรมสิทธิ์ของประชาคม ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติป้องกันการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานในเรื่องสัญชาติตามข้อบทที่ 7 แห่งสนธิสัญญาดังตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป²² ข้อบังคับได้อนุญาตให้สายการบินภายในสหภาพยุโรปมีความเป็นเจ้าของโดยคนชาติหรือบริษัทจากรัฐสมาชิกใดๆ ยกเว้นแต่ว่าผู้ขนส่งที่ได้รับใบอนุญาตก่อนที่จะมีการประกาศใช้ข้อบังคับนั้นก็ให้สามารถประกอบการต่อไปได้²³ วัตถุประสงค์เชิงกฎหมายของข้อกำหนดด้าน

¹⁹ Frank Laurent, "The Internal Aviation Market: Economic Regulation," <http://ec.europa.eu/transport/air_portal/international/events/doc/2006_09_13_eu_au_seminar/eu_au_internal_relation_en.pdf>, March 2008.

²⁰ Council Regulation (EEC) No. 2407/92 Article 13 "3. An undertaking whose application for an operating licence has been refused may refer the question to the Commission. If the Commission finds that the requirements of this Regulation have not been fulfilled it shall state its views on the correct interpretation of the Regulation without prejudice to Article 169 of the Treaty."

²¹ Chicago Convention 1944 Article 17 "Aircraft have the nationality of the State in which they are registered."

²² EEC Treaty ข้อ 7 อ้างแล้ว เชิงบรรพที่ 13.

²³ Council Regulation (EEC) No. 2407/92 Article 4 "3. (a) Notwithstanding paragraphs 2 and 4, air carriers which have already been recognized in Annex I to Council Regulation (EEC) No 2343/90 and Council Regulation (EEC) No 294/91 of 4 February 1991 on the operation of air cargo services between Member States(5) shall retain their rights under this and associated Regulations as long as they meet the other obligations in this Regulation and they continue to be controlled directly or

กรรมสิทธิ์ของประชาคมไม่เพียงแต่สอดคล้องกับข้อกำหนดของบทบัญญัติที่ต่อต้านการเลือกปฏิบัติเท่านั้น แต่ยังเป็นการป้องกันประเทศที่สามจากการถือเอาผลประโยชน์แต่ฝ่ายเดียวจากตลาดการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศที่เสรีภายในประชาคมด้วย กล่าวคือข้อบังคับนี้จะเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ขนส่งทางอากาศของประชาคมในสถานการณ์ที่ผู้ขนส่งเหล่านั้นไม่อาจใช้สิทธิการบินอย่างไม่จำกัดในประเทศที่สาม

สำหรับข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน ข้อบังคับฉบับนี้ได้กำหนดไว้ในข้อ 4 และนอกจากนี้ยังมีการตีความของคณะกรรมการสหภาพยุโรป เกี่ยวกับความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ด้านสัญชาติด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไป

1) ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน

ตามข้อ 4 แห่งข้อบังคับฉบับนี้ อาจสรุปได้ว่า การจะเป็นผู้ขนส่งของสหภาพยุโรปนั้น จะต้องประกอบด้วยจุดเกาะเกี่ยวอันแท้จริงกับสหภาพยุโรป 3 ประการ ได้แก่ กรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ และสถานประกอบการธุรกิจแห่งใหญ่

ก. ข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ (Majority Ownership) ข้อ 4 วรรคสอง ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตประกอบกิจการสายการบินจะต้องมีรัฐสมาชิกและ/หรือคนชาติของรัฐนั้นถือและยังคงถือกรรมสิทธิ์ทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในสายการบิน ทั้งนี้ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในความตกลงหรืออนุสัญญาซึ่งสหภาพยุโรปเป็นภาคี

ข. ข้อกำหนดด้านการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ (Effective Control) ข้อ 4 วรรคสอง ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตประกอบกิจการสายการบินจะต้องมีการควบคุมอย่างมี

indirectly by the same third countries and/or by nationals of the same third country as those exercising such control at the time of adoption of this Regulation. Such control may, however, be transferred to Member States and/or to Member State nationals at any time.

(b) The possibility of buying and selling shares under subparagraph (a) does not cover nationals who have a significant interest in an air carrier of a third country.”

ประสิทธิผลอยู่ตลอดเวลาโดยรัฐสมาชิกและ/หรือคนชาติของรัฐนั้น ทั้งนี้ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในความตกลงหรืออนุสัญญาซึ่งสหภาพยุโรปเป็นภาคี²⁴

และในข้อ 2(g) แห่งข้อบังคับ ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ”²⁵ ไว้ว่า

การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ หมายถึงความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยสิทธิ สัญญา หรืออื่นใด ไม่ว่าที่อยู่แยกกันหรือรวมกัน และโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาถึงความเป็นอิทธิพลในการตัดสินใจของผู้ประกอบการไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

(ก) สิทธิในการใช้ทรัพย์สินของผู้ประกอบการ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(ข) สิทธิ หรือสัญญาที่ก่อให้เกิดอำนาจเด็ดขาดในการก่อตั้ง การออกเสียง หรือการตัดสินใจในการบริหารงานของผู้ประกอบการ หรืออำนาจเด็ดขาดอื่นใดในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการ

ค. ข้อกำหนดด้านสถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่ (Principal Place of Business) ข้อ 4 วรรคหนึ่ง (a) ได้กำหนดว่า ไม่มีผู้ประกอบการใดที่จะได้รับใบอนุญาตประกอบการที่ออกโดยรัฐ

²⁴ Council Regulation (EEC) No. 2407/92 Article 4 “2. Without prejudice to agreements and conventions to which the Community is a contracting party, the undertaking shall be owned and continue to be owned directly or through majority ownership by Member States and/or nationals of Member States. It shall at all times be effectively controlled by such States or such nationals.”

²⁵ Council Regulation (EEC) No. 2407/92 Article 2(g) “‘effective control’ means a relationship constituted by rights, contracts or any other means which, either separately or jointly and having regard to the considerations of fact or law involved, confer the possibility of directly or indirectly exercising a decisive influence on an undertaking, in particular by:

(a) the right to use all or part of the assets of an undertaking;

(b) rights or contracts which confer a decisive influence on the composition, voting or decisions of the bodies of an undertaking or otherwise confer a decisive influence on the running of the business of the undertaking.”

สมาชิกเว้นแต่จะมีสถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่และสถานที่จดทะเบียน (ถ้ามี) อยู่ในรัฐสมาชิกที่ได้ออกใบอนุญาต²⁶

นอกจากนี้ ผู้ขนส่งทางอากาศ ยังต้องสามารถแสดงต่อรัฐสมาชิก ได้ตลอดเวลาว่ามีคุณสมบัติเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4 แล้ว และกรณีที่รัฐสมาชิกมีการยื่นคำร้อง คณะกรรมการสหภาพยุโรปจะต้องตรวจสอบความสอดคล้องกับข้อกำหนดตามข้อบนี้และจะต้องมีการตัดสินใจถ้าจำเป็นด้วย²⁷

2) การใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน

สำหรับการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ด้านสัญชาติ โดยปกติแล้วจะเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจของรัฐสมาชิกที่ได้ออกใบอนุญาตประกอบการ (Operating Licence) ให้กับผู้ขนส่งทางอากาศ แต่ในบางกรณีที่รัฐสมาชิกร้องขอให้คณะกรรมการสหภาพยุโรปตรวจสอบ คณะกรรมการดังกล่าวก็อาจมีดุลพินิจในการตีความข้อหาหรือเช่นนั้นได้ ซึ่งผู้เขียนจะยกตัวอย่างการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการสหภาพยุโรปซึ่งเป็นหน่วยงานกลางขึ้นพิจารณา และแนวทางการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการการบินพลเรือนของประเทศอังกฤษ ที่เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบเบื้องต้นถึงความสอดคล้องกับคุณสมบัติของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศและรายงานต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมของประเทศอังกฤษในกรณีที่มีเหตุผลเชื่อได้ว่าผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้ถือใบอนุญาตประกอบการมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับ

²⁶ Council Regulation (EEC) No. 2407/92 Article 4 “1. No undertaking shall be granted an operating license by a Member State unless:

(a) its principal place of business and, if any, its registered office are located in that Member State; and”

²⁷ Council Regulation (EEC) No. 2407/92 Article 4 “5. An air carrier shall at all times be able on request to demonstrate to the Member State responsible for the operating license that it meets the requirements of this Article. The Commission acting at the request of a Member State shall examine compliance with the requirements of this Article and take a decision if necessary.”

ข้อกำหนดตามข้อ 4²⁸ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่ามีความน่าสนใจ ส่วนประเด็นสำคัญที่ต้องมีการตีความเกี่ยวกับข้อกำหนดด้านสัญชาติมีอยู่ 2 ประเด็นด้วยกัน คือ ประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ และประเด็นเรื่องการควบคุม ส่วนสถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่ ถือเป็นคุณสมบัติสำคัญที่ผู้ขนส่งของสหภาพยุโรปต้องมี

ก. ประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ ตามข้อ 4 วรรคสอง แห่งข้อบังคับที่ 2407/92 ผู้ยื่นคำขอใบอนุญาตประกอบกิจการเป็นผู้ขนส่งทางอากาศต้องถือและยังคงถือกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่โดยคนชาติสหภาพยุโรปไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม แต่ตามข้อบังคับฉบับนี้ไม่ได้มีการให้คำนิยามของคำว่า “กรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่” ไว้แต่อย่างใดแต่มีการตีความคณะกรรมการสหภาพยุโรปที่ได้ใช้หลักเกณฑ์เรื่อง “แหล่งเงินทุน” (Equity capital) ดังนี้

คำตัดสินในกรณีระหว่างสายการบินสวิสแอร์ (สัญชาติสวิตเซอร์แลนด์) และสายการบินชาบีน่า (สัญชาติเบลเยียม) คณะกรรมการสหภาพยุโรปมองว่า สายการบินจะเป็นไปตามข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ได้หากว่ากรรมสิทธิ์อย่างน้อยร้อยละ 50 บวกกับอีกหนึ่งหุ้นถือโดยคนชาติสหภาพยุโรป ไม่ว่าคนชาติสหภาพยุโรปเพียงชาติเดียวหรือเป็นกลุ่มผู้ถือหุ้นหลากหลายชาติเมื่อผู้ถือหุ้นเหล่านั้นเป็นคนชาติสหภาพยุโรปและจะนับหุ้นเหล่านั้นรวมกันเพื่อเพิ่มเป็นกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตาม การกระจายของหุ้นระหว่างผู้ถือหุ้นที่ไม่ใช่คนชาติสหภาพยุโรปยังคงต้องมีการพิจารณาเพื่อนำมาประเมินความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านการควบคุม เพราะแม้ว่าจะมีการควบคุมการถือหุ้นเพื่อไม่ทำให้เกิดกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ แต่อาจมีอำนาจการควบคุมเหนือผู้ขนส่งได้ถ้าหุ้นทั้งหมดมีการกระจายออกไป นอกจากนี้ ถ้ากล่าวถึงกรรมสิทธิ์ จะนับเฉพาะการเข้าร่วมลงทุนในบริษัทเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียง ดังนั้นข้อ 4 วรรคสอง แห่งข้อบังคับที่ 2407/92 จึงหมายถึงเรื่องกรรมสิทธิ์บนพื้นฐานแนวคิดเรื่องแหล่งเงินทุน ซึ่งมีความ

²⁸ The Licensing of Air Carriers Regulations 1992 ข้อ 4 In any case where the CAA has reason to believe that - (a) an applicant for, or the holder of, a licence granted in accordance with the Council Regulation, or

(b) a carrier to whom article 16 of the Council Regulation for the time being applies, does not meet the requirements of paragraphs 2 to 4 of article 4 of the Council Regulation it shall be the duty of the CAA to inform the Secretary of State accordingly. In any such case the CAA shall make no determination as to whether the said requirements are met but shall await determination of the Secretary of State. ...”

หมายถึงสิทธิการเข้าร่วมในการตัดสินใจที่มีผลกระทบต่อการจัดการของบริษัท สิทธิในการได้รับส่วนแบ่งผลกำไรที่เหลือ หรือสภาพคล่องของบริษัท ดังนั้น หุ้นบุริมสิทธิแม้จะไม่มีสิทธิออกเสียงก็ยังนับว่าเป็นกรรมสิทธิ์ แต่หุ้นกู้แปลงสภาพ (Convertible Bonds) จะไม่นับว่าเป็นกรรมสิทธิ์ จนกว่าจะเปลี่ยนแปลงไปเป็นหุ้นสามัญ (Common Share) ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวจะสามารถถือหุ้นทั้งหมดได้มากที่สุดร้อยละ 49 โดยรวมทั้งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและไม่มีสิทธิออกเสียง ส่วนเรื่องหนี้สิน (Debt) โดยทั่วไปแล้วก็จะไม่นำมาพิจารณาเรื่องการควบคุม²⁹

คำตัดสินนี้นับเป็นครั้งแรกที่คณะกรรมการมีการมีโอกาสที่จะให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับข้อบังคับฉบับที่ 2407/92 นี้ และทำให้การตีความบางประเด็นนั้นกระจ่างขึ้น และในปีค.ศ. 1995 ประเทศเบลเยียมและสภายการบินสวิสแอร์ได้เข้าทำความตกลงตามที่สวิสแอร์ได้ถือหุ้นในสภายการบินชาปีนาร้อยละ 49.5 ถือว่าเป็นผู้ขนส่งที่ชักธงของประเทศเบลเยียม คณะกรรมการไม่ได้คัดค้านว่าสภายการบินชาปีนามีความไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่แต่อย่างใด³⁰

นอกจากนี้ ยังมีแนวทางการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการการบินพลเรือนของประเทศอังกฤษที่น่าสนใจเกี่ยวกับการตัดสินคุณสมบัติด้านกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ คณะกรรมการการบินพลเรือนของประเทศอังกฤษ ยังได้ตรวจสอบมูลค่าหุ้นในระดับต่างกัน และพิจารณาตามค่าที่ปรากฏในใบหุ้นหรือมูลค่าพาร์ของหุ้นและจำนวนที่ถืออยู่ ตัวอย่างเช่น ถือหุ้น 1000 หุ้น กับมูลค่าที่ปรากฏในใบหุ้นหุ้นละ 10 บาท อาจถือได้ว่าเป็นสัดส่วนเดียวกับผู้ที่ถือหุ้น 100 หุ้น หุ้นละ 100 บาท อย่างไรก็ตามวิธีการนั้นอาจต้องมีหลายวิธีเพราะหุ้นอาจมีการออกจำหน่ายในเวลาที่แตกต่างกัน และทำให้มูลค่าหุ้นแตกต่างกันด้วย แต่การเปลี่ยนแปลงของราคาหุ้นไม่อาจกระทบกับสัดส่วนของกรรมสิทธิ์ในเรื่องประเภทของหุ้น แต่จะเกี่ยวกับการนับรวมกับหุ้นประเภทอื่นเพื่อตรวจสอบว่ากรรมสิทธิ์นั้นมีมูลค่าที่แท้จริง ถ้าหุ้นนั้นมีมูลค่าเล็กน้อยซึ่งบ่งบอกได้จากราคาหุ้นที่ชำระแล้วหรือราคาที่สามารถได้รับชำระสำหรับหุ้นนั้นในตลาดเปิด อาจไม่นับหุ้นนั้น แม้จะปรากฏว่ามีความ

²⁹ คดี Swissair/Sabena ในคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 (Commission Decision of 19 July 1995 on a procedure relating to the application of Council Regulation (EEC) No 2407/92)

³⁰ Kristen Bohmann, "The Ownership and Control Requirement in U.S. and European Union Air Law and U.S. Maritime Law—Policy; Consideration; Comparison", 66 *Journal of Air Law and Commerce* 689, 720-721 (Spring 2001).

สอดคล้องกับมาตรการเรื่องแหล่งเงินทุนก็ตาม ส่วนในกรณีอื่นๆที่มูลค่าหุ้นปรากฏชัดเจน มูลค่าของหุ้นประเภทหนึ่งอาจมากกว่ามูลค่าของหุ้นประเภทอื่นๆ ในกรณีเช่นนี้อาจจะให้น้ำหนักกับหุ้นที่มีมูลค่ามากกว่าได้

สำหรับการประเมินคุณสมบัติด้านกรรมสิทธิ์ของสายการบินที่ได้รับใบอนุญาตในกรณีที่เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์หรือบริษัทที่มีสถาบันการลงทุนเป็นเจ้าของ ซึ่งหุ้นนั้นจะมีความหลากหลายในแต่ละวันและผู้รับประโยชน์อย่างแท้จริงอาจมีหลายระดับที่จะถอนการลงทุนในสายการบิน เช่น เป็นผู้รับประโยชน์จากกองทุนเงินสงเคราะห์ หรือผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุน (Unit Trust) ดังนั้นถ้าไม่มีกลไกการตรวจสอบเป็นพิเศษ อาจไม่ได้ทราบข้อมูลที่ชัดเจนเกี่ยวกับสัญชาติของผู้ถือหุ้นที่ได้รับประโยชน์ หรือความสามารถของบริษัทในการควบคุมระดับการถือหุ้นของบุคคลที่ไม่ได้มีสัญชาติของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป

คณะกรรมการการบินพลเรือนจะตรวจสอบบริษัทที่อยู่ในตลาดหลักทรัพย์ และการลงทุนของสถาบันการเงิน ตามวิธีการและข้อสันนิษฐานต่อไปนี้

- หุ้นที่ถือโดยผู้ถือหุ้นแทน (Nominee) หรือผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการแทน (trust) การใช้ดุลพินิจจะอยู่บนพื้นฐานเรื่องกรรมสิทธิ์ ซึ่งก็คือเรื่องสัญชาติของผู้ถือหุ้นที่ได้รับประโยชน์หรือผู้รับประโยชน์ ถ้าผู้ได้รับมอบหมายให้ถือแทนมีความเกี่ยวข้องด้วย ก็จะดูที่ข้อจำกัดในทางปฏิบัติเพื่อตัดสินว่าควบคุมโดยผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการแทนหรือผู้รับประโยชน์
- หุ้นที่ถือโดยกองทุน คณะกรรมการการบินพลเรือนได้ปรับใช้ข้อสันนิษฐานในเชิงกว้างว่า ผู้ถือหุ้นที่ได้รับประโยชน์จะเป็นพลเมืองของประเทศที่ผู้จัดการกองทุนมีภูมิลำเนา แต่อย่างไรก็ดี ข้อสันนิษฐานนี้จะไม่เป็นจริงในทุกกรณี
- กองทุนที่มีถิ่นฐานอยู่ที่ Channel Island³¹ หรือ Isle of Man³² การสันนิษฐานในกรณีที่ปรากฏหลักฐานในทางตรงกันข้าม อาจแสดงว่าไม่ใช่ผู้ลงทุนชาวสหภาพยุโรป

³¹ Channel Island เป็นกลุ่มของเกาะในช่องแคบอังกฤษ อยู่ติดกับประเทศฝรั่งเศส ด้านชายฝั่งนอร์ม็องดี แต่อยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษ แต่เกาะนี้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสหภาพยุโรป

³² Isle of Man เป็นเขตการปกครองตนเองแยกจากประเทศอังกฤษ แต่ด้านความสัมพันธ์กับภายนอก การป้องกันตนเอง และการปกครองที่ดี อยู่ในความรับผิดชอบของประเทศอังกฤษ แต่เกาะนี้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสหภาพยุโรป

- คณะกรรมการการบินพลเรือนจะตรวจสอบการถือหุ้นของบริษัทที่อยู่ในตลาดหลักทรัพย์ หรือมีบริษัทแม่อยู่ในตลาดหลักทรัพย์ ถ้ามีสิ่งสำคัญบ่งชี้ว่าไม่ใช่เป็นการถือหุ้นของพลเมืองสหภาพยุโรป แต่การตรวจสอบนี้อาจจะตรวจสอบสัดส่วนกรรมสิทธิ์ของผู้ที่ไม่ใช่พลเมืองสหภาพยุโรป

- บางกรณีจะต้องกำหนดให้มีบทบังคับในข้อบังคับของบริษัทที่อนุญาตให้ประธานบริษัทควบคุมสัญชาติของหุ้น และเพื่อกำหนดให้ทั้งผู้ถือหุ้น (Shareholder) และผู้ขายหุ้น (Divestment) แสดงสัญชาติ ไม่ว่าในสถานการณ์ใดก็ตามประธานต้องมีความรอบคอบในการใช้อำนาจเช่นนั้นในกรณีที่มีการซื้อขายหุ้นของบริษัท

อย่างไรก็ตาม ทั้งคณะกรรมการสหภาพยุโรปหรือศาลยุติธรรมแห่งยุโรปยังไม่ได้เคยมีการพิจารณาในเรื่องเกี่ยวกับประเด็นที่คณะกรรมการการบินพลเรือนของประเทศอังกฤษสันนิษฐานนี้ แต่สำหรับผู้ขนส่งทางอากาศของยุโรปที่เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นั้นมีแนวโน้มว่าประเด็นเรื่องการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพจะกลายเป็นสิ่งสำคัญในการพิจารณาสัญชาติของผู้ขนส่งมากกว่าเรื่องกรรมสิทธิ์

ข. ประเด็นเรื่องการควบคุม ตามข้อ 4 วรรคสอง แห่งข้อบังคับที่ 2407/92 ผู้ถือใบอนุญาตประกอบการต้องมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยคนชาติสหภาพยุโรป แนวคิดของสหภาพยุโรปหรือกรรมสิทธิ์ของประชาคมนั้นไม่เพียงต้องการให้มีการถือหุ้นส่วนใหญ่โดยรัฐสมาชิกหรือคนชาติของรัฐนั้นเท่านั้น แต่รัฐสมาชิกหรือคนชาติของรัฐนั้นยังคงต้องมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบินนั้นตลอดไปด้วย

แม้จะมีการกำหนดคำนิยามไว้อย่างชัดเจนในข้อ 2(g) แต่แนวคิดเรื่องการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพนั้นยังต้องอาศัยการตีความและการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องผลประโยชน์ของอุตสาหกรรมขนส่งทางอากาศของประชาคม และป้องกันประเทศที่สามจากการถือเอาผลประโยชน์แต่ฝ่ายเดียวจากตลาดการบินเสรีในสหภาพยุโรป คณะกรรมการสหภาพยุโรปได้ตีความเรื่องการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพว่าคนชาติสหภาพยุโรปจะต้องมีอำนาจจัดการในสายการบิน รวมทั้งต้องสามารถเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดในเรื่องหลักๆได้ (ไม่ว่าจะใช้อำนาจนั้นโดยตรงหรือทางอ้อม) เช่น แผนการทางธุรกิจของผู้ขนส่ง งบประมาณประจำปี การลงทุนครั้งใหญ่ โครงการต่างๆของบริษัท รวมถึงอำนาจที่จะกำหนดคณะกรรมการส่วนใหญ่ของบริษัท หรือเรื่องอื่นๆที่มีความสำคัญเทียบเท่ากัน (เช่น การตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ (the Supervisory Committee) ในประเทศเยอรมนี)

อย่างไรก็ดี การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพอาจไม่สัมพันธ์กับหุ้นส่วนใหญ่ได้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นส่วนน้อยอาจสามารถมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในผู้ขนส่งเมื่อผู้ขนส่งทั้งหมดมีการกระจายกรรมสิทธิ์กันออกไป นอกจากนี้ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตยังต้องพิจารณาว่ามีบทบังคับใดในข้อบังคับของบริษัทหรือบริษัทพันธมิตร (Alliance) ระหว่างผู้ถือหุ้นที่เป็นการป้องกันผู้ถือหุ้นชาวสหภาพยุโรปจากการควบคุมอย่างอิสระในบริษัทหรือไม่ เช่น การรวมตัวกันออกเสียง การออกเสียงส่วนใหญ่ หรือสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยที่สามารถยับยั้งการตัดสินใจของคนส่วนใหญ่ได้

นอกจากกรณีดังกล่าวแล้ว ยังมีข้อเท็จจริงอื่นๆที่ทำให้อาจต้องมีการตีความแตกต่างกันออกไป ซึ่งผู้เขียนจะยกตัวอย่างการตีความของคณะกรรมการการบินพลเรือนของประเทศอังกฤษ ที่ได้สรุปไว้ในบางกรณีต่อไปนี้³³

- กรณีที่การควบคุมกับสัดส่วนของหุ้นในการออกเสียงไม่ได้สัดส่วนกัน คณะกรรมการการบินพลเรือนจะตรวจสอบผู้ถือหุ้นรายที่มีสิทธิออกเสียงมากกว่าผู้อื่นอย่างรอบคอบ

- แรงจูงใจหรือความคาดหวังของนักลงทุน ในการที่จะใช้สิทธิควบคุมอาจแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ในกรณีของผู้จัดการกองทุน อาจคาดหวังเพียงเพื่อการได้รับผลตอบแทนจากการลงทุน ตรงกันข้ามกับในกรณีของบุคคลธรรมดาหรือบริษัทซึ่งไม่ใช่สถาบันการลงทุน โดยปกติจะต้องการอำนาจการตัดสินใจในบริษัทเป็นผลตอบแทนการที่ได้ซื้อหุ้นส่วนใหญ่ คณะกรรมการการบินพลเรือนจะพิจารณาข้อเสนอเพื่อการลงทุนในสายการบินที่ได้รับใบอนุญาตอย่างรอบคอบในกรณีที่ผู้ลงทุนนั้นเป็นสายการบินที่ไม่ใช่คนชาติสหภาพยุโรป ซึ่งอาจจะซื้อหุ้นเพื่อวัตถุประสงค์เชิงกลยุทธ์มากกว่าที่จะเป็นการลงทุนแบบเสี่ยงโชค

- ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่สุดรายเดียวอาจจะมีอิทธิพลอย่างมากในบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามีการกระจายหุ้นกันน้อยในระหว่างผู้ถือหุ้นอื่นๆ ซึ่งได้แก่นักลงทุนมืออาชีพหรือนักลงทุนรายย่อย หรือหากไม่มีสิ่งบ่งชี้ว่านักลงทุนมืออาชีพหรือนักลงทุนรายย่อนั้นสามารถใช้สิทธิออกเสียงในที่ประชุมได้ อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อตกลงอื่นที่ทำให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นรายย่อยจะใช้สิทธิออกเสียงไปในทางเดียวกันเพื่อที่จะรักษาเสียงส่วนใหญ่มากกว่าผู้ถือหุ้นรายใหญ่รายเดียว

³³ CAA, "Guidance on Criteria for Judging Nationality of Ownership and Control", Official Record Series 1, Annex 1 <http://www.caa.co.uk/docs/213/oac_guidance.pdf>.

- อาจมีเงื่อนไขรวมไว้ในสัญญากู้ยืมหรือสัญญาเช่า ซึ่งให้อำนาจผู้ให้กู้หรือผู้ให้เช่า ผลิตปกติ กรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้ให้ยืมหรือผู้ให้เช่ามีความเกี่ยวข้องกับสายการบิน คณะกรรมการการบินพลเรือนจะต้องตรวจสอบด้วยความรอบคอบเป็นพิเศษในข้อเสนอที่ให้นักลงทุนที่ไม่ใช่ นักลงทุนชาวสหภาพยุโรปถือหุ้นจำนวนน้อย แต่ต้องเตรียมเงินจำนวนมากโดยผ่านหุ้นกู้

- กรณีที่สายการบินมีบริษัทร่วม (Associated company) ที่ไม่ใช่คนชาติสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นสายการบินหรือกิจการอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการท่องเที่ยว คณะกรรมการการบินพลเรือนจะพิจารณาการดำเนินการบริการโดยปกติที่บริษัทร่วมนั้นได้ทำในกิจการสายการบิน เช่น การประกอบบริการหลักๆ เช่น แผนการดำเนินการและราคา และกลยุทธ์การบริการทางการเงิน เช่น งบประมาณและการควบคุมด้านการเงิน

- คณะกรรมการการบินพลเรือนจะตรวจสอบเอกสารทางกฎหมายหลักๆที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของบุคคลที่ไม่ใช่สหภาพยุโรป รวมถึงบันทึกความตกลง ข้อบังคับและข้อตกลงของผู้ถือหุ้นที่จะให้อำนาจกับผู้ลงทุนที่ไม่ได้มีสหภาพยุโรปในการคัดค้านเรื่องใดๆที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการบริษัทในการตัดสินใจ เช่น การอนุมัติในเรื่องงบประมาณ

- บางกรณี อำนาจการควบคุมอาจอยู่ในมือของลูกค้าหรือผู้จัดจำหน่าย หากว่าโดยทางการค้าปกติ สายการบินนั้นไม่สามารถที่จะทำการค้าต่อไปได้โดยปราศจากความร่วมมือของบริษัทของลูกค้าหรือผู้จัดจำหน่ายได้

ค. ประเด็นเรื่องสถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่ นอกเหนือจากข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์ ส่วนใหญ่และการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพจะต้องอยู่ในมือของคนชาติสหภาพยุโรปแล้ว ข้อบังคับที่ 2407/92 ข้อ 4 วรรคหนึ่ง ยังกำหนดให้ผู้ขนส่งต้องมีสถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่ภายในสหภาพยุโรปด้วย ดังนั้นถ้าผู้ขนส่งจากตลาดสหภาพยุโรปซึ่งถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญ และมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยผู้ขนส่งชาวสหภาพยุโรป แต่มีสถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่อยู่นอกสหภาพยุโรป เช่น สายการบินแอร์ไอร์แลนด์ อีร์เจเนติน่า ซึ่งเป็นผู้ขนส่งทางอากาศของประเทศไอร์แลนด์ แต่สายการบินไอบีเรีย ซึ่งเป็นผู้ขนส่งทางอากาศรายใหญ่ของประเทศสเปนถือกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ แม้จะถือกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่โดยบริษัทของผู้ขนส่งทางอากาศของสหภาพยุโรปก็ตาม สายการบินดังกล่าวก็ไม่อาจได้รับผลประโยชน์จากตลาดการจราจรทาง

อากาศเสรีภายในสหภาพได้ เว้นแต่จะตั้งสถานประกอบธุรกิจแห่งสำคัญ (Main Place of Business) ในสหภาพยุโรป³⁴

3.1.4 ความสัมพันธ์ด้านการบินระหว่างสหภาพยุโรปกับประเทศที่สาม

แม้ว่าความเสรีของตลาดการขนส่งทางอากาศภายในสหภาพยุโรปได้ผ่อนคลายข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์ไปอย่างมาก แต่ข้อกำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมยังคงมีอยู่ในความตกลงทวิภาคีหลายฉบับระหว่างรัฐสมาชิกและประเทศที่สาม และยังคงให้สิทธิประเทศที่สามที่จะยับยั้งหรือเพิกถอนการอนุญาตประกอบกิจการถ้าผู้ขนส่งไม่ได้ถือกรรมสิทธิ์และมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยรัฐคู่สัญญาของสหภาพยุโรปหรือคนชาติของรัฐนั้น กล่าวคือ ถ้าผู้ขนส่งจากรัฐสมาชิก ก. ได้เข้าครอบงำกิจการของผู้ขนส่งของรัฐสมาชิก ข. ประเทศที่สามก็สามารถยับยั้งหรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการได้และสามารถป้องกันผู้ขนส่งจากการใช้สิทธิการบินที่ได้รับอนุญาตให้กับผู้ขนส่งของรัฐสมาชิก ข. ดังนั้น ศักยภาพของผู้ขนส่งสหภาพยุโรปในการที่จะสร้างตลาดที่ยิ่งใหญ่โดยผ่านการควบรวมกิจการภายในยุโรปก็ยังคงจำกัดอยู่ แต่รัฐสมาชิกบางรัฐก็ได้ทำความตกลงทวิภาคีซึ่งจะพิจารณากรรมสิทธิ์ของสหภาพยุโรปและป้องกันไม่ให้ประเทศที่สามปฏิเสธสัญชาติของผู้ขนส่งที่กำหนดซึ่งได้มีการควบคุมโดยคนชาติสหภาพยุโรป เช่น ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศเยอรมนีและบรูไน กล่าวว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถปฏิเสธสิทธิที่ได้รับอนุญาตภายใต้ความตกลงทวิภาคีถ้าผู้ขนส่งที่กำหนดไม่ได้ถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยคนชาติของคู่สัญญาอีกฝ่าย ข้อสัญญาในความตกลงยังได้อนุญาตให้ประเทศบรูไนมีสิทธิที่จะคัดค้านสิทธิของผู้ขนส่งที่กำหนดโดยประเทศเยอรมนีถ้าผู้ขนส่งไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยคนชาติสหภาพยุโรป

ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศส่วนใหญ่ของรัฐสมาชิกยังคงมีข้อสัญญาเรื่องสัญชาติซึ่งขัดต่อสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรปเนื่องจากเป็นการแบ่งแยกผู้ขนส่งชาวยุโรปด้วยเรื่องสัญชาติและนับว่าเป็นการค่อยๆ ทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับโดยสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรปในเรื่องสิทธิการก่อตั้ง ข้อ 49 แห่งสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรปได้ให้สิทธิการก่อตั้งในรัฐสมาชิกอื่นๆ กับคนชาติของรัฐสมาชิกใดๆ และกำหนดให้รัฐสมาชิกอนุญาตให้ก่อตั้งได้

³⁴ Kristen Bohmann, *supra* note 30, pp.726.

ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันซึ่งใช้กับบริษัทที่ประกอบการในประเทศนั้น³⁵ ในภาคการบินสิทธิการประกอบกิจการได้กำหนดในข้อบังคับของคณะกรรมการที่ 2407/92 ซึ่งอนุญาตให้คนชาติของสหภาพยุโรปมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของและประกอบการเป็นผู้ขนส่งในแต่ละรัฐสมาชิก จึงเป็นที่เห็นได้ชัดว่ามีความขัดแย้งกันอย่างมากระหว่างข้อสัญญาเรื่องสัญชาติแบบเดิมในความตกลงทวิภาคีและสิทธิซึ่งคนชาติสหภาพยุโรปมีภายใต้ข้อบังคับที่ 2407/92 นอกจากนี้ข้อ 307 วรรคหนึ่ง แห่งสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรปได้กำหนดให้ความตกลงที่ได้ทำขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1958 ยังคงสมบูรณ์อยู่โดยไม่ต้องคำนึงถึงความขัดแย้งกับกฎหมายของประชาคม³⁶ แต่ยังมีข้อสงสัยว่าข้อ 307 แห่งสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรปจะยังบังคับใช้กับความตกลงซึ่งได้ทำขึ้นก่อนปีค.ศ. 1956 แต่ได้มีการแก้ไขหลังจากนั้นหรือกับความตกลงซึ่งได้เกิดขึ้นหลังปีค.ศ. 1956 แต่ประชาคมไม่มีความสามารถเจรจาความตกลงที่แน่นอนด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ยังไม่มีความเข้าใจไปในทางเดียวกันว่าประชาคมมีสิทธิที่จะเจรจาต่อรองความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศสำหรับสหภาพยุโรป ซึ่งคณะกรรมการสหภาพยุโรปได้อ้างว่าตนมีความสามารถแต่ผู้เดียวในการเจรจาและทำความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศฉบับใหม่ระหว่างประเทศที่สามและสหภาพยุโรปภายใต้ข้อ 307 วรรคสาม แห่งสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรป³⁷

³⁵ Consolidated Version of The Treaty Establishing the European Community Article 49 paragraph 1 “Within the framework of the provisions set out below, restrictions on freedom to provide services within the Community shall be prohibited in respect of nationals of Member States who are established in a State of the Community other than that of the person for whom the services are intended.”

³⁶ Consolidated Version of The Treaty Establishing the European Community Article 307 paragraph 1 “The rights and obligations arising from agreements concluded before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession, between one or more Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, shall not be affected by the provisions of this Treaty.”

³⁷ Consolidated Version of The Treaty Establishing the European Union Article 307 paragraph 3 “In applying the agreements referred to in the first paragraph, Member States shall take into account the fact that the advantages accorded under this Treaty by each Member State form an integral part of the establishment of the Community and

ภายหลังต่อมา ได้มีคำตัดสินครั้งสำคัญของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป ซึ่งเป็นคำตัดสินที่ทำให้เกิดบรรทัดฐานในเรื่องข้อสัญญาด้านสัญชาติในความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศที่รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปได้ทำกับประเทศที่สาม ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายพอสังเขป ดังนี้

คดี Open Skies³⁸ ในช่วงปี ค.ศ. 1990 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ริเริ่มและปฏิบัติตามนโยบายความพยายามที่จะทำความตกลงน่านฟ้าเสรีกับรัฐอื่น แม้ว่าจะไม่ใช่ความตกลงด้านการบินเสรีอย่างเต็มรูปแบบก็ตาม เนื่องจากยังคงมีข้อสัญญาเรื่องสัญชาติ ในครั้งแรกความตกลงนี้ สหรัฐอเมริกาได้ทำกับประเทศเนเธอร์แลนด์ในปี ค.ศ. 1992 ภายหลังต่อมาได้ทำความตกลงนี้กับอีก 10 รัฐสมาชิกประชาคมยุโรป คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรป จึงมีความกังวลเนื่องจากความตกลงเช่นนั้นเป็นปฏิปักษ์ต่อความกระตือรือร้นที่จะเจรจาและทำความตกลงด้านการบินในนามของประชาคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นคณะกรรมาธิการจึงออกกระบวนการทางกฎหมายต่อต้าน 7 รัฐสมาชิก (ออสเตรเลีย เบลเยียม เดนมาร์ก ฟินแลนด์ เยอรมนี ลักเซมเบิร์ก และสวีเดน) ที่ได้ทำความตกลงน่านฟ้าเสรีกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกล่าวหาว่าในการเจรจาและทำความตกลงเช่นนั้นขัดต่อกฎหมายของประชาคมยุโรปในเรื่องความสามารถในการทำความตกลง หรือข้อกำหนดเรื่องสัญชาติหรือทั้งสองเรื่อง กระบวนการนี้ได้เริ่มต้นขึ้นที่ประเทศอังกฤษด้วย แต่เฉพาะในแง่ข้อกำหนดเรื่องสัญชาติเท่านั้น (เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่ได้ทำความตกลงน่านฟ้าเสรีกับประเทศสหรัฐอเมริกา) และกระบวนการนี้ได้เริ่มที่จะต่อต้านรัฐสมาชิกอื่นในประชาคมยุโรปที่ได้ทำความตกลงน่านฟ้าเสรีกับประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย (ได้แก่ประเทศฝรั่งเศส อิตาลี เนเธอร์แลนด์ และโปรตุเกส)

ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2002 ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้มีคำตัดสินในเรื่องข้อสัญญาในความตกลงที่ได้ทำกับประเทศสหรัฐอเมริกา ที่กำหนดว่าประเทศสหรัฐอเมริกาอาจยับยั้งหรือเพิกถอนการอนุญาตประกอบการของผู้ขนส่งได้ถ้าผู้ขนส่งนั้นไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยรัฐหรือคนชาติของรัฐนั้น ว่าฝ่าฝืนข้อ 43 ของ

are thereby inseparably linked with the creation of common institutions, the conferring of powers upon them and the granting of the same advantages by all the other Member States.”

³⁸ Armand de Mestral, “The Consequence of the European Court of Justice’s Open Skies Decision,” <http://www.touchbriefings.com/pdf/12/avia031_p_mestral.pdf>, March 2004.

สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป (ข้อ 52 แห่งสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC Treaty)) ในเรื่องสิทธิการก่อตั้ง ที่กำหนดมิให้มีการห้ามคนชาติของรัฐสมาชิกหนึ่งในการตั้งบริษัท รวมทั้งตัวแทน สาขา หรือบริษัทลูก ในอีกรัฐสมาชิกหนึ่ง

หลังจากที่ได้มีคำตัดสิน คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปได้กำหนดให้รัฐสมาชิกให้การสิ้นสุดความตกลงทวิภาคีกับประเทศสหรัฐอเมริกาโดยทันที ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นเป็น 2 ประการ ประการแรก มองว่าคณะกรรมาธิการรีบเร่งเกินไปในการเรียกร้องให้รัฐสมาชิกสิ้นสุดความตกลงโดยเร็ว เนื่องจากยังมีอีกทางเลือกหนึ่งคือการแก้ไขความตกลงซึ่งควรจะลองพยายามให้มีการแก้ไขก่อนที่จะทำการสิ้นสุดสัญญา ประการที่สอง คณะกรรมาธิการกำลังแสดงความแข็งแกร่งเนื่องจากว่าได้เรียกร้องให้มีการสิ้นสุดความตกลงที่ทำกับประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วด้วยเหตุผลเดียวกันนี้จะต้องใช้บังคับกับความตกลงทวิภาคีทุกฉบับ ซึ่งรัฐสมาชิกต้องมีหน้าที่เดียวกันกับความตกลงอื่นๆ ที่มีลักษณะเช่นเดียวกับความตกลงที่ได้ทำกับประเทศสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ดี ยังมีความกังวลว่าบรรทัดฐานจากคำตัดสินของศาลอาจนำไปสู่การเกิดบริการข้ามมหาสมุทรแอตแลนติกโดยสายการบินของยุโรปจากสนามบินในรัฐสมาชิกที่ไม่ใช่รัฐเจ้าบ้าน เช่น เทียวบินโดยสายการบินลูฟท์ฮันซ่า (ซึ่งจดทะเบียนที่ประเทศเยอรมนี) ที่บินจากลอนดอนไปยังไมอามี แต่เรื่องนี้ไม่น่าจะเกิดเป็นคดีขึ้นเนื่องด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

เหตุผลแรก ความเสรีในเรื่องสิทธิการก่อตั้งไม่อนุญาตบริษัทจากรัฐสมาชิกหนึ่งให้บริการในที่ใดนอกเหนือจากในสหภาพยุโรป (ซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่แยกออกไปในสนธิสัญญาเรื่องความเสรีในการให้บริการ) แต่จะให้สิทธิในการก่อตั้งในอีกรัฐสมาชิกหนึ่งและให้บริการจากประเทศที่ได้ก่อตั้ง ดังนั้น ประเทศอังกฤษที่เห็นด้วยกับกฎเกณฑ์เรื่องความเสรีในการก่อตั้ง จึงสามารถที่จะปฏิเสธการอนุญาตให้สายการบินลูฟท์ฮันซ่าดำเนินบริการเดินอากาศระหว่างลอนดอนกับสหรัฐอเมริกาเนื่องจากไม่ได้มีการก่อตั้งสายการบินลูฟท์ฮันซ่าในประเทศอังกฤษ แม้กรณีนี้จะเป็นความเคร่งครัด แต่อาจก่อให้เกิดผลสำคัญเนื่องจากประเทศอังกฤษยืนยันว่าการก่อตั้งสายการบินในประเทศอังกฤษนั้น ผู้ประกอบการจะต้องมีใบอนุญาตประกอบกิจการของประเทศอังกฤษและต้องประกอบการโดยอากาศยานที่จดทะเบียนในประเทศอังกฤษ ซึ่งอาจเป็นความไม่สะดวกสำหรับสายการบินจากรัฐสมาชิกอีกรัฐหนึ่งซึ่งประสงค์ที่จะเข้ามาประกอบการในลอนดอน

เหตุผลที่สอง การให้สิทธิการก่อตั้งจะไม่ได้ให้กับผู้ที่มีคุณสมบัติไม่ครบในการประกอบกิจการ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับที่ได้บังคับใช้กับคนชาติ ดังนั้น ถ้ารัฐสมาชิกใช้

นโยบายที่จำกัดในการกำหนดคุณสมบัติ อาจยังคงใช้นโยบายนั้นต่อไปได้โดยไม่มีการแบ่งแยกในเรื่องสัญชาติ

เหตุผลที่สาม แม้ว่าจะไม่มีอุปสรรคดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น สายการบินก็มีความเป็นไปได้ว่าอาจจะยากที่จะเริ่มบริการใหม่ๆ จากที่ที่เป็นศูนย์กลางการบินในเวลาที่ต้องการจะทำการบิน เนื่องจากไม่มีที่ว่างสำหรับเครื่องบินในสนามบินใหญ่ๆ

เหตุผลสุดท้าย จะต้องตระหนักเสมอว่า ไม่ว่าเรื่องใดก็ตามที่กฎหมายของสหภาพยุโรปได้กล่าวถึงไว้ และแม้ว่าในความตกลงทวิภาคีจะไม่มีข้อสัญญาเรื่องสัญชาติก็ตาม จะไม่กระทบถึงความสามารถของประเทศที่สามในการใช้สิทธิในอธิปไตยเหนือห้วงอากาศเหนือดินแดนของรัฐตนและปฏิเสธที่จะอนุญาตให้สายการบินที่ไม่ได้มีกรรมสิทธิ์และควบคุมโดยรัฐหรือคนชาติของรัฐนั้นได้

อนึ่ง ในปัจจุบันนี้ สภายุโรป (European Parliament) และคณะมนตรีสหภาพยุโรป โดยอาศัยอำนาจตามข้อ 80(2) แห่งสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป³⁹ ได้ออกข้อบังคับที่ 847/2004 ว่าด้วยการเจรจาและการทำความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างรัฐสมาชิกและประเทศที่สาม (Regulation (EC) No 847/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Negotiation and Implementation of Air Service Agreements between Member States and Third Countries) เพื่อให้รัฐสมาชิกได้ทำการแก้ไขความตกลงเดิมหรือทำความตกลงฉบับใหม่ขึ้นเพื่อแทนที่ความตกลงทวิภาคีแบบเดิมที่มีข้อกำหนดในเรื่องสัญชาติของแต่ละรัฐสมาชิกซึ่งเป็นการขัดกับกฎหมายของสหภาพยุโรปในเรื่องสิทธิการก่อตั้ง⁴⁰ โดยกำหนดให้รัฐสมาชิกและคณะกรรมการธิการสหภาพยุโรปได้กำหนดข้อสัญญามาตรฐานที่จะใช้ในการเจรจาและทำความตกลงกับประเทศที่สามไว้ในภาคผนวก ซึ่งคณะกรรมการธิการสหภาพยุโรปได้มีคำตัดสินในวันที่ 29 มีนาคม 2548 เกี่ยวกับเรื่องการอนุมัติข้อสัญญามาตรฐานที่จะรวมเข้าไปในความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างรัฐสมาชิกและประเทศที่สามที่ได้ร่วมกันกำหนดขึ้นโดยคณะกรรมการธิการสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิก โดยได้

³⁹ EC Treaty ข้อ 80(2) "The Council may, acting by a qualified majority, decide whether, to what extent and by what procedure appropriate provisions may be laid down for sea and air transport."

⁴⁰ EUROPA, <<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l24260.htm>>, March 2008.

กำหนดข้อสัญญามาตรฐานในเรื่องการกำหนดสายการบินและการเพิกถอนการอนุญาตในความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศเป็น 4 รูปแบบ⁴¹ ดังต่อไปนี้

รูปแบบที่ 1 สำหรับสายการบินที่กำหนดโดยรัฐภาคี – สายการบินนั้นจะต้องก่อตั้งขึ้นในดินแดนของรัฐสมาชิก ภายใต้สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป และมีใบอนุญาตประกอบการที่ใช้ได้อยู่ตามกฎหมายของประชาคมยุโรป และ มีการควบคุมเชิงกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน โดยรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปที่เป็นผู้รับผิดชอบในการออกใบอนุญาตผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator's Certificate)

สำหรับการเพิกถอน พักใช้ หรือจำกัดการใช้สิทธิการประกอบการของสายการบินที่กำหนดของรัฐภาคี - ในกรณีที่สายการบินนั้นไม่ได้ก่อตั้งขึ้นในดินแดนของรัฐสมาชิก ภายใต้สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป หรือ ไม่มีใบอนุญาตประกอบการที่ใช้ได้อยู่ตามกฎหมายของประชาคมยุโรป หรือ การควบคุมเชิงกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน ไม่ได้ควบคุมโดยโดยรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปที่เป็นผู้รับผิดชอบในการออกใบอนุญาตผู้ดำเนินการเดินอากาศ

รูปแบบที่ 2 สำหรับสายการบินที่กำหนดโดยรัฐภาคี - สายการบินนั้นจะต้องก่อตั้งขึ้นในดินแดนของรัฐสมาชิก ภายใต้สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป และมีใบอนุญาตประกอบการที่ใช้ได้อยู่ตามกฎหมายของประชาคมยุโรป และมีการควบคุมเชิงกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน โดยรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปที่เป็นผู้รับผิดชอบในการออกใบอนุญาตผู้ดำเนินการเดินอากาศ และสายการบินนั้นจะต้องมีรัฐสมาชิกประชาคมยุโรป หรือสมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป และ/หรือ คนชาติของรัฐเหล่านั้น ถือกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน

สำหรับการเพิกถอน พักใช้ หรือจำกัดการใช้สิทธิการประกอบการของสายการบินที่กำหนดของรัฐภาคี - ในกรณีที่สายการบินนั้นไม่ได้ก่อตั้งขึ้นในดินแดนของรัฐสมาชิก ภายใต้สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป หรือ ไม่มีใบอนุญาตประกอบการที่ใช้ได้อยู่ตามกฎหมายของประชาคมยุโรป หรือ การควบคุมเชิงกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน ไม่ได้ควบคุมโดยโดยรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปที่เป็นผู้รับผิดชอบในการออกใบอนุญาตผู้ดำเนินการเดินอากาศ หรือ สายการบินนั้นไม่ได้มีรัฐสมาชิกประชาคมยุโรป หรือสมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป และ/หรือ คนชาติ

⁴¹ See Regulation (EC) No 847/2004 Annex 1 – Community standard clauses for inclusion in bilateral air service agreements

ของรัฐเหล่านั้น ถือกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน

รูปแบบที่ 3 ในด้านหน้าที่ทางกฎหมายของรัฐภาคีต่อประชาคมยุโรป รัฐคู่ภาคีอื่นเพียงแต่มีสิทธิที่จะพักการใช้สิทธิที่ได้รับอนุญาตภายใต้ข้อ ... แห่งความตกลงนี้ จากสายการบินใดก็ตามที่ได้ก่อตั้งในรัฐสมาชิกและได้รับการกำหนดโดยรัฐสมาชิคนั้น หากสายการบินเช่นนั้นไม่มีใบอนุญาตประกอบการที่ยังคงใช้ได้อยู่ตามกฎหมายของประชาคมยุโรปหรือการควบคุมเชิงกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพไม่ได้ควบคุมโดยรัฐสมาชิกของประชาคมยุโรปที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการออกใบอนุญาตผู้ดำเนินการเดินอากาศ

รูปแบบที่ 4 ในด้านหน้าที่ทางกฎหมายของรัฐภาคีต่อประชาคมยุโรป รัฐคู่ภาคีอื่นเพียงแต่มีสิทธิที่จะพักการใช้สิทธิที่ได้รับอนุญาตภายใต้ข้อ ... แห่งความตกลงนี้ จากสายการบินใดก็ตามที่ได้ก่อตั้งในรัฐสมาชิกและได้รับการกำหนดโดยรัฐสมาชิคนั้น หากว่า กรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่และการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบินนั้นไม่ได้เป็นของรัฐสมาชิกประชาคมยุโรป หรือสมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป และ/หรือ คนชาติของรัฐเหล่านั้น หรือ สายการบินเช่นนั้นไม่มีใบอนุญาตประกอบการที่ยังใช้ได้อยู่ตามกฎหมายของประชาคมยุโรป หรือ การควบคุมเชิงกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพนั้นไม่ได้มีการควบคุมโดยรัฐสมาชิกประชาคมยุโรปที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการออกใบอนุญาตผู้ดำเนินการเดินอากาศ

ในปัจจุบันนี้ นับว่ามีหลายประเทศแล้วที่ได้ยอมรับข้อสัญญาประชาคมยุโรปในการทำ ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศ เช่น ประเทศมัลดีฟ สหราชอาณาจักร เอมิเรต มาเลเซีย ปารากวัย อุรุกวัย ปานามา ชิลี ไทย สหรัฐอเมริกา เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป การจะเป็นผู้ขนส่งของสหภาพยุโรปซึ่งสามารถทำการบริการเดินอากาศได้เสรีในประชาคมและมีคุณสมบัติเป็นสายการบินที่กำหนดของสหภาพยุโรปในการบริการเดินอากาศไปยังประเทศที่สาม สายการบินนั้นจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการ (Operating Licence) จากรัฐสมาชิก ซึ่งเป็นไปตามข้อบังคับของคณะมนตรีที่ 2407/92 โดยจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐสมาชิกใดๆของสหภาพยุโรป 3 ประการ ได้แก่ กรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ และสถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่

3.2 กฎหมายและนโยบายของประเทศสหรัฐอเมริกา

การจะประกอบกิจการขนส่งทางอากาศและเป็นสายการบินของสหรัฐอเมริกา (U.S. Airline) ผู้ประกอบการต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะ⁴² (Certificate of Public Convenience and Necessity) หรือได้รับยกเว้นจากข้อกำหนดในใบอนุญาตจากกระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกา ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code) แล้วเท่านั้นจึงจะสามารถประกอบกิจการสายการบินได้ ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าว ได้กำหนดให้พลเมืองของสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่จะสามารถเป็นสายการบินของสหรัฐอเมริกาได้

ส่วนการบริการเดินอากาศเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกาของสายการบินต่างด้าวตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำกับต่างประเทศ สายการบินต่างด้าวที่เป็นสายการบินที่กำหนดนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกาก่อน ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

สำหรับการตีความคุณสมบัติความเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา รวมถึงการพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินต่างด้าวที่จะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจะตีความคุณสมบัติดังกล่าวเป็นกรณีไป

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงความเป็นมาของการกำหนดข้อกำหนดเรื่องสัญชาติของสายการบินในกฎหมายการบินของสหรัฐอเมริกาพอสังเขป ตามด้วยกฎหมายปัจจุบันที่ได้กำหนดคุณสมบัติของสายการบินของสหรัฐอเมริกาด้านความเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา และการใช้ดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมในการตีความคุณสมบัติดังกล่าว และสุดท้ายจะกล่าวถึงการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวสามารถทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งการใช้ดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมในการพิจารณาความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศด้วย

⁴² คำแปลโดยผู้เขียน เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าการบริการที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ต้องได้รับใบอนุญาตนี้ก่อนจึงจะสามารถประกอบการบินนั้นล้วนแต่เป็นบริการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะในหลายรูปแบบ เช่น บริการโทรศัพท์ บริการรถแท็กซี่ บริการเกี่ยวกับน้ำ เป็นต้น

3.2.1 ความเป็นมาของการกำหนดข้อกำหนดเรื่องสัญชาติของสายการบิน

กฎหมายปัจจุบันเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องสัญชาติที่กำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมในผู้ขนส่งทางอากาศของสหรัฐอเมริกาอยู่บนพื้นฐานแนวคิดทางการเมืองในช่วงปีค.ศ. 1920-1940 เนื่องจากการบินพาณิชย์ได้ก่อตัวเป็นรูปเป็นร่างขึ้นในช่วงกลางถึงปลายยุค 1920 ข้อกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าวเริ่มที่จะปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในการอภิปรายของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา รัฐบาลได้ริเริ่มให้มีข้อกำหนดด้านพลเมืองเพื่อให้อากาศยานมีความพร้อมเสมอเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันประเทศ สมาชิกของสภาและทหารได้สนับสนุนการแทรกแซงของรัฐบาลในการพัฒนาผู้ขนส่งทางอากาศเชิงพาณิชย์เพื่อวัตถุประสงค์สองประการ ได้แก่ เรื่องการฝึกนักบิน และการรักษากองหนุนของกองทัพอากาศเพื่อเป็นกองกำลังทางทหารของประเทศ ในช่วงที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน จากความกังวลด้านการทหารเหล่านี้ สมาชิกแห่งสภาและทหารจึงมีความต้องการที่จะให้มีข้อกำหนดด้านพลเมืองสำหรับผู้ขนส่งทางอากาศเพื่อที่จะป้องกันการควบคุมจากต่างด้าวเหนือกองหนุนของกองทัพอากาศของประเทศ รัฐบาลจึงได้ออกกฎหมายเพื่อประมวลเรื่องต่างๆเหล่านี้ดังนี้

1) พระราชบัญญัติการบินพาณิชย์ พ.ศ. 2469 (Air Commerce Act of 1926)

ข้อเสนอของรัฐบาลที่ทำให้มีการจำกัดการลงทุนจากต่างด้าวในผู้ขนส่งของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหนึ่งในการป้องกันประเทศ ในปีค.ศ. 1925 รัฐบาลมีความกังวลว่าต่างประเทศจะสามารถเพิ่มการควบคุมเหนือสายการบินของสหรัฐอเมริกาได้ และใช้เป็นเครื่องมือต่อต้านสหรัฐอเมริกา ดังนั้นรัฐบาลจึงรวบรวมข้อกำหนดด้านพลเมืองไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ เพื่อที่จะเตรียมกำลังทหารจากอากาศยานพาณิชย์ในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนของประเทศเพื่อเสริมกับฝูงบินอากาศยานทหาร

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการประกาศใช้เมื่อปีค.ศ. 1926 ซึ่งเป็นการวางกฎเกณฑ์ครั้งแรกของอุตสาหกรรมสายการบินทั้งหมด เพื่อวางข้อกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าวในการเป็นผู้ขนส่งทางอากาศของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดว่า พลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องถือกรรมสิทธิ์อย่างน้อยร้อยละ 51 ในหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดในผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของสหรัฐอเมริกา นอกจากนั้น ประธานและกรรมการอย่างน้อยสองในสามของคณะกรรมการบริษัทจะต้องเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา

2) พระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2481 (Civil Aeronautics Act of 1938)

ในปี ค.ศ. 1930 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำอย่างมาก ผู้บัญญัติกฎหมายจึงเลือกที่จะคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศเป็นครั้งแรกเพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมสายการบินของประเทศ จึงมีการออกพระราชบัญญัติฉบับนี้ในปี ค.ศ. 1938 แก่พระราชบัญญัติการบินพาณิชย์ในเรื่องกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าวในสายการบินของสหรัฐอเมริกา โดยเพิ่มร้อยละขั้นต่ำของพลเมืองของสหรัฐอเมริกาที่ถือหุ้นในสายการบินจากร้อยละ 51 เป็นร้อยละ 75 ส่วนเรื่องกรรมกรยังคงเดิม

นอกจากนั้นยังได้มีการตั้งหน่วยงานผู้มีอำนาจด้านการบินพลเรือน (Civil Aeronautics Authority: CAA) ให้เป็นหน่วยงานบริหารงานของรัฐบาล และต่อมา CAA ได้แตกออกเป็นคณะกรรมการการบินพลเรือน (Civil Aeronautics Board: CAB) ที่ได้ตั้งขึ้นมาเพื่อตัดสินว่าสายการบินควรบินไปที่ใดบ้าง ราคาที่สายการบินควรเรียกเก็บ และการต่อต้านการผูกขาดและทางปฏิบัติในธุรกิจ หน้าที่ของ CAA และ CAB ที่เชื่อมโยงกันเหล่านี้ทำให้หน่วยงานดังกล่าวมีอำนาจในการทบทวน และอนุมัติหรือปฏิเสธโอกาสของสายการบินในการบริการในตลาดของสหรัฐอเมริกาไม่ว่าสายการบินที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ ในการก่อตั้งสายการบิน ในการควบรวมกิจการกับสายการบินที่บริการอยู่แล้ว และตัดสินความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านพลเมืองของสหรัฐอเมริกามาตามพระราชบัญญัติฉบับนี้⁴³

3) พระราชบัญญัติการบินแห่งชาติ พ.ศ. 2501 (Federal Aviation Act of 1958)

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ออกมาแทนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการบินพลเรือนและยังมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันภายใต้หมวดที่ 49 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้เปลี่ยนแปลงข้อบังคับเกี่ยวกับสายการบินอย่างมากและได้ตั้งองค์การบริหารด้านการบิน (Federal Aviation Administration: FAA)⁴⁴ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่

⁴³ Christopher Furlan, "Foreign Ownership and Control Restrictions in United States Airlines: Barrier to Mergers and Restructuring," document resource from University of Miami School of Law.

⁴⁴ See Edmund Preston, "The Federal Aviation Administration and Its Predecessor Agencies," <http://www.centennialofflight.gov/essay/Government_Role/FAA_History/POL8.htm>, January 2008.

รับผิดชอบในด้านความปลอดภัยทางการบิน⁴⁵ และยังสามารถข้อกำหนดด้านพลเมืองของสหรัฐอเมริกาในสายการบินโดยกำหนดว่า “พลเมืองของสหรัฐอเมริกา”⁴⁶ หมายถึง

(ก) บุคคลธรรมดาที่เป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา หรือเมืองที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของสหรัฐอเมริกา

(ข) หุ้่นส่วนแต่ละคนต้องเป็นบุคคลตามข้อ (ก)

(ค) บริษัทหรือความร่วมมือที่ก่อตั้งหรือจัดตั้งภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา ของรัฐใดๆ ของดินแดน หรือของเมืองที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของสหรัฐอเมริกา ซึ่งประธานและคณะกรรมการมากกว่าสองในสาม และเจ้าหน้าที่จัดการอื่นๆ ต้องเป็นบุคคลตามข้อ (ก) และหุ้่นที่มีสิทธิออกเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 จะต้องถือหรือควบคุมโดยบุคคลธรรมดาสัญชาติสหรัฐอเมริกาหรือเมืองที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของสหรัฐอเมริกา

แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ปรับปรุงบทบัญญัติโดยการให้ผู้ขนส่งทางอากาศได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะ (Certificate of Public Convenience and Necessity) ซึ่งข้อกำหนดให้สายการบินต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะเช่นนี้ เป็นเครื่องมือที่กระทรวงคมนาคมใช้ในการพิจารณาและตัดสินในกรณีที่มีการสมมติของต่างด้าวและระดับการควบคุมไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดตามกฎหมาย⁴⁷

⁴⁵ See FAA Missions <<http://www.faa.gov/about/mission/activities/>>.

⁴⁶ Federal Aviation Act of 1958 Article 1301(16) “US citizen” means

(a) an individual who is a citizen of the U.S. or one of its possession, or

(b) a partnership of each member is such an individual, or

(c) a corporation or association created or organized under the laws of the U.S. or of any State, Territory, or possession of the U.S., of which the president and two-thirds or more of the board of directors and other managing officers thereof are such individuals and in which at least 75% of voting interest is owned or controlled by persons who are citizens of the U.S. or one of its possession.”

⁴⁷ Christopher Furlan, *supra* note 43.

3.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของสหรัฐอเมริกา

กฎหมายปัจจุบันที่ได้กำหนดให้การจะประกอบกิจการขนส่งทางอากาศและเป็นสายการบินของสหรัฐอเมริกาจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะจึงจะสามารถประกอบกิจการขนส่งทางอากาศได้⁴⁸ ได้แก่ ประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code)⁴⁹ ซึ่งประมวลกฎหมายนี้จะแบ่งออกเป็น 50 หมวด โดยหมวดที่ว่าด้วยการขนส่งจะอยู่ในหมวดที่ 49 และจะแบ่งออกเป็นส่วนย่อยที่เกี่ยวกับการขนส่งทางอากาศ ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะอธิบายเรื่องการขออนุญาตประกอบกิจการขนส่งทางอากาศ และการเพิกถอนการอนุญาตประกอบกิจการขนส่งทางอากาศ

3.2.2.1 การขออนุญาตประกอบกิจการขนส่งทางอากาศ

ประมวลกฎหมายของสหรัฐได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะให้กับพลเมืองของสหรัฐอเมริกาที่ได้ขออนุญาตประกอบกิจการขนส่งทางอากาศในฐานะที่เป็นผู้ขนส่ง⁵⁰ ในมาตรา 40102(a)(15) ได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่า “พลเมืองของสหรัฐอเมริกา”⁵¹ ไว้ว่าหมายถึง

⁴⁸ United States General Accounting Office (hereinafter GAO), “Foreign Investment in U.S. Airlines”, GAO-04-34R (Washington, D.C.: Oct. 30, 2003).

⁴⁹ 49 U.S.C. 41101 “(a) General - Except as provided in this chapter or another law

(1) an air carrier may provide air transportation only if the air carrier holds a certificate issued under this chapter authorizing the air transportation;

(3) an air carrier may provide all-cargo air transportation only if the air carrier holds a certificate issued under this chapter authorizing the all-cargo air transportation.”

⁵⁰ 49 U.S.C. 41102 “(a) Issuance - The Secretary of Transportation may issue a certificate of public convenience and necessity to a citizen of the United States authorizing the citizen to provide any part of the following air transportation the citizen has applied for under section 41108 of this title:

(1) air transportation as an air carrier.”

(ก) บุคคลธรรมดาที่เป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา

(ข) หุ้่นส่วนแต่ละคนจะต้องเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา

(ค) บริษัทหรือความร่วมมือที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา โดยประธานและคณะกรรมการบริษัทจำนวนอย่างน้อยสองในสาม และเจ้าหน้าที่จัดการอื่นๆ ต้องเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมอันแท้จริงของพลเมืองของสหรัฐอเมริกา และหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงอย่างน้อยร้อยละ 75 จะต้องถือหรือควบคุมโดยพลเมืองของสหรัฐอเมริกา

จากคำจำกัดความนี้ อาจสรุปได้ว่า ในกรณีที่เป็นนิติบุคคล จะมีคุณสมบัติสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านพลเมืองได้ในกรณีที่

- 1) เป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศสหรัฐอเมริกา และ
- 2) มีพลเมืองของสหรัฐอเมริกถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงอยู่อย่างน้อยร้อยละ 75 และ
- 3) ประธานและคณะกรรมการบริษัทจำนวนอย่างน้อยสองในสาม และเจ้าหน้าที่จัดการอื่นๆ เป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา ซึ่งพลเมืองของสหรัฐอเมริกามีการควบคุมอันแท้จริง

อย่างไรก็ดี การกำหนดข้อกำหนดด้านพลเมืองเช่นนี้ มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ว่ายังมีความคลุมเครือในแง่สำคัญ อย่างแรกคือ ข้อกำหนดเรื่องหุ้นส่วน ที่กำหนดให้หุ้นส่วนแต่ละคนต้องเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา ไม่ได้ตอบคำถามที่ว่าหุ้นส่วนนั้นจะหมายถึงบุคคลธรรมดาเท่านั้นหรือหมายความว่ารวมถึงการเข้าร่วมหุ้นกันด้วย อย่างที่สอง กฎหมายไม่ได้วางมาตรฐานไว้ว่าอะไรที่

⁵¹ 49 U.S.C. 40102(a)(15) “citizen of the U.S.” means

(A) an individual U.S. citizen,

(B) a partnership each of whose partners are U.S. citizens

(C) a corporation or association organized under the laws of the U.S. whereby the president and at least two-thirds of the board of directors and other managing officers are U.S. citizens, which is under the actual control of U.S. citizens, and at least 75 percent of the voting interest is owned or controlled by U.S. citizens.”

ให้เกิดการควบคุมอันแท้จริงในสายการบิน ดังนั้น ผู้บังคับใช้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาจึงมีอิสระอย่างมากในการตีความตามผลประโยชน์ของประเทศ⁵²

นอกจากนี้ ในการอนุญาต รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอาจกำหนดข้อกำหนดซึ่งเป็นวิธีการในการปฏิบัติตามเงื่อนไขในใบอนุญาตสำหรับการบริการเดินอากาศภายใต้มาตรา 41102 ได้⁵³

3.2.2.2 การเพิกถอนการอนุญาตประกอบการขนส่งทางอากาศ

ตามประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มาตรา 41110 นอกจากจะได้อำนาจให้ใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะสิ้นสุดลงตามระยะเวลาของใบอนุญาตแล้ว ยังได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมสามารถที่จะพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะได้ในกรณีที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามที่ประมวลกฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ แต่สำหรับการพักใช้หรือเพิกถอนการอนุญาตเนื่องจากสายการบินมีความไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านพลเมือง ในกรณีที่มีการยื่นคำร้องหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมีความเห็นหลังจากที่ได้แจ้งและได้มีโอกาสพิจารณาแล้ว หรือสำหรับการประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศหากว่าผู้ได้รับอนุญาตได้ร้องขอให้มีการพิจารณาโดยเปิดเผยหรือรัฐมนตรีเห็นว่าภายใต้ข้อเท็จจริงทั้งหมดและสถานการณ์ต่างๆ ที่จำเป็นต้องมีการพิจารณาโดยเปิดเผยเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอาจสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือพักใช้การอนุญาตในส่วนใดๆ ที่ได้อนุญาตไว้ในใบอนุญาตได้ หากรัฐมนตรีเห็นว่าใบอนุญาตเช่นนั้นควรได้รับการแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือพักใช้ แต่จะเพิกถอนในทันทีไม่ได้

⁵² Isabelle Lelieur, Law and Policy of Substantial Ownership and Effective Control of Airlines: Prospect for Change, (England: Ashgate Publishing Limited, 2003), p.33.

⁵³ 49 U.S.C. 41111 “(a) General Requirements - (1) The Secretary of Transportation shall prescribe regulations that simplify the procedure for

(A) acting on an application for a certificate to provide air transportation under section 41102 of this title;”

เนื่องจากกฎหมายไม่อนุญาตให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมสามารถเพิกถอนใบอนุญาตได้ในกรณีที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านพลเมือง⁵⁴

⁵⁴ 49 U.S.C. 41110 “(1) Each certificate issued under section 41102 of this title is effective from the date specified in it and remains in effect until -

(A) the Secretary of Transportation suspends or revokes the certificate under this section;

(B) the end of the period the Secretary specifies for an air carrier having a certificate of temporary authority issued under section 41102 (a)(2) of this title;

(2) On application or on the initiative of the Secretary and after notice and an opportunity for a hearing or, except as provided in paragraph (4) of this subsection, under section 41111 of this title, the Secretary may -

(A) amend, modify, or suspend any part of a certificate if the Secretary finds the public convenience and necessity require amendment, modification, or suspension; and

(B) revoke any part of a certificate if the Secretary finds that the holder of the certificate intentionally does not comply with this chapter, sections 41308–41310(a), 41501, 41503, 41504, 41506, 41510, 41511, 41701, 41702, 41705–41709, 41711, 41712, and 41731–41742, chapter 419 sections 41308–41310(a), 41501, 41503, 41504, 41506, 41510, 41511, 41701, 41702, 41705–41709, 41711, 41712, and 41731–41742, chapter 419, subchapter II of chapter 421, and section 46301 (b) of this title, a regulation or order of the Secretary under any of those provisions, or a term of its certificate.

(4) A certificate to provide foreign air transportation may not be amended, modified, suspended, or revoked under section 41111 of this title if the holder of the certificate requests an oral evidentiary hearing or the Secretary finds, under all the facts and circumstances, that the hearing is required in the public interest.”

3.2.3 การตีความข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินของสหรัฐอเมริกา

กระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกาจะประเมินสถานะพลเมืองของสายการบินหรือผู้ขนส่งทางอากาศสองช่วง ช่วงแรกคือตั้งแต่เมื่อขอรับใบอนุญาตประกอบการบริการที่เกี่ยวข้องกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มาตรา 41102(a) โดยดูจากข้อมูลของบริษัทที่เผยแพร่ต่อสาธารณะ และช่วงที่สอง เมื่อได้รับใบอนุญาตแล้วมีการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญในสายการบิน การจัดการ หรือการดำเนินการ ซึ่งการเสนอความต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในสายการบินเกี่ยวกับเรื่องการประกอบการ กรรมสิทธิ์ หรือการจัดการ จะต้องอยู่ภายใต้ Code of Federal Regulations (C.F.R.) มาตรา 204.5⁵⁵ และในการแก้ไขใบอนุญาต จะต้องมีการพิจารณาเพื่อให้แน่ใจว่าสายการบินยังคงมีความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านพลเมือง

⁵⁵ 14 C.F.R. Section 204.5 “(a) A certificated or commuter air carrier proposing a substantial change in operations, ownership or management shall file the data set forth in §204.3. These data must be submitted in cases where:

- (1) The proposed change requires new or amended authority, or
- (2) The change substantially alters the factors upon which its latest fitness finding is based, even if no new authority is required.

(b) Information which a carrier has previously formally filed with the Department, or with another Federal agency where they are available to the Department, which continues to reflect the current state of the carrier's fitness may be omitted. The carrier instead should identify the data and provide a citation for the date(s) and place(s) of filing. Prior to filing any data, the carrier may contact the Department (Air Carrier Fitness Division) to ascertain what data required by this section, if any, are already available to the Department or are not applicable to the substantial change in question and need not be included in the filing.

(c) Information filings pursuant to this section made to support an application for new or amended certificate authority shall be filed with the application and addressed to ...

การที่คนต่างด้าวจะควรรวมกิจการใดๆ เข้าถือสิทธิ หรือลงทุนครั้งใหญ่ในสายการบินของสหรัฐอเมริกาจะต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาของกระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะตีความและบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกรณีๆ ไป และเนื่องจากลักษณะของการควบคุมนั้นจะแตกต่างกันออกไป มาตรฐานการควบคุมจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละบริษัท ดังนั้นจึงต้องค้นหาว่าผลประโยชน์ของคนต่างด้าวนั้นอยู่ในสถานะที่สามารถที่จะใช้สิทธิในการควบคุมเหนือผู้ขนส่งได้หรือไม่ โดยกระทรวงคมนาคมได้แบ่งแยกการควบคุมของต่างด้าวออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การควบคุมโดยผ่านกรรมสิทธิ์ และการควบคุมโดยผ่านความสัมพันธ์ของบุคคล

1) การควบคุมโดยผ่านกรรมสิทธิ์

การใช้ดุลพินิจของกระทรวงคมนาคมในการพิจารณาคุณสมบัติของสายการบินของสหรัฐอเมริกาด้านการควบคุมโดยผ่านกรรมสิทธิ์นั้น กระทรวงคมนาคมจะดูที่สัดส่วนของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง กล่าวคือ จะมีการแบ่งแยกประเภทของหุ้นในการพิจารณาด้วย ดังนั้น แม้จะมีบุคคลต่างด้าวเข้าถือหุ้นในสายการบินเกินกว่าร้อยละ 25 แต่หากหุ้นนั้นมีหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงรวมอยู่ไม่เกินร้อยละ 25 แล้ว กระทรวงคมนาคมอาจยอมรับการถือหุ้นเช่นนั้นได้ ส่วนหนี้สิน (Debt) โดยปกติแล้วจะไม่นำมาพิจารณาเป็นกรรมสิทธิ์ ดังตัวอย่างคำตัดสินดังต่อไปนี้

คำตัดสินในกรณีของสายการบิน Page Avjet⁵⁶ ในสายการบิน Page Avjet CAB⁵⁷ ได้ยอมรับผู้ที่ไม่ได้เป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาในการถือหุ้นทุกระดับในผู้ขนส่งทางอากาศได้ร้อยละ 9 แต่ยังคงกล่าวไว้ด้วยว่าอิทธิพลสำคัญอาจแสดงออกโดยทางอื่นนอกจากผ่านการออกเสียงก็ได้ คดีนี้เกี่ยวข้องกับนักลงทุนต่างด้าวที่ถือหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงร้อยละ 100 ซึ่งให้สิทธิกับนักลงทุนดังกล่าวในเรื่องการออกเสียงในการควรรวมกิจการของบริษัท การเข้าถือสิทธิ การรวมบริษัท และ

(d) Information filed in support of a certificated or commuter air carrier's continuing fitness to operate under its existing authority in light of substantial changes in its operations, management, or ownership, including changes that may affect the air carrier's citizenship, shall be addressed to ..."

⁵⁶ Ved P. Nanda, "Substantial Ownership and Control of International Airlines in the United States", 50 The American Journal of Comparative Law 357, 367-368 (Autumn 2002).

⁵⁷ CAB เป็นหน่วยงานผู้มีอำนาจในการพิจารณาข้อกำหนดในด้านเศรษฐกิจของสายการบินในขณะนั้น และหน่วยงานนี้มีอยู่จนกระทั่งถึงปลายปี ค.ศ. 1984

การขายทรัพย์สินของบริษัทเพื่อเปลี่ยนเป็นเงินสดมาเพื่อชำระหนี้ CAB ได้สรุปว่าผู้ถือหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงนั้นมีสิทธิที่จะมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจที่สำคัญของบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีอำนาจที่จะยับยั้งข้อเสนอที่ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเสนอมาในประเด็นข้างต้น อย่างไรก็ตาม CAB ได้ยอมรับข้อตกลงหลังจากที่สายการบินนี้ได้จัดทำข้อตกลงที่ให้ผู้ใดก็ตามสามารถเพิ่มอำนาจการควบคุมในบริษัทได้โดยการซื้อหุ้นของบริษัททั้งหมดอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงสามารถที่จะซื้อคืนหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงได้ถ้าการถือหุ้นในบริษัททั้งหมดนั้นขัดขวางต่อการดำเนินการของ บริษัท

คำตัดสินในกรณีสายการบิน Intera Arctic Services ("IAS")⁵⁸ กระทรวงคมนาคมได้กล่าวว่า บริษัท IAS ไม่เพียงแต่ต้องมีความสอดคล้องกับตัวเลขที่กำหนดในข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการบินแห่งชาติเท่านั้น แต่ยังต้องมีการควบคุมโดยพลเมืองสหรัฐอเมริกาในความเป็นจริงด้วย กระทรวงคมนาคมได้ชี้ขาดว่า IAS ซึ่งได้ถือหุ้นทุกๆระดับรวมกันประมาณร้อยละ 82 ขาดคุณสมบัติที่แสดงให้เห็นว่ามีความเป็นอิสระจากการควบคุมของต่างด้าวในสองด้าน ด้านแรกคือ ข้อสัญญาพิเศษกับผู้ขนส่งว่าให้ผู้ถือหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงที่เป็นต่างด้าวสามารถกดดันให้บริษัทซื้อหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดได้ ด้านที่สอง ในกรณีที่ผู้ขนส่งมีกำไร ผู้ถือหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงที่เป็นต่างด้าวจะได้รับผลประโยชน์เกือบทั้งหมด

คำตัดสินในกรณีระหว่างสายการบินนอร์ทเวสต์และสายการบินเคแอลเอ็ม (The Northwest Airlines – KLM Royal Dutch Airlines)⁵⁹ ในปีค.ศ. 1989 ได้มีการขายหุ้นของสายการบินนอร์ทเวสต์ (ผู้ขนส่งของสหรัฐอเมริกา) สายการบินเคแอลเอ็ม (ผู้ขนส่งของประเทศเนเธอร์แลนด์) โดยบริษัทวิงส์ โฮลดิ้ง ซึ่งเป็นบริษัทลูก ได้เข้าซื้อหุ้นมูลค่า 400 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จากจำนวนมูลค่าหุ้นที่ออกจำหน่ายทั้งหมด 705 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ตามสัญญา บริษัทเคแอลเอ็มรวมกับผู้ถือหุ้นต่างด้าวรายอื่นทั้งหมดจะถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงได้น้อยกว่าร้อยละ 25 แต่จะต้องมีสิทธิที่ยับยั้งการแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิ (Certificate of Incorporation) และกำหนดกรรมการ 12 คนในบริษัทโฮลดิ้ง นอกจากนั้น สายการบินเคแอลเอ็มยังสามารถระบุชื่อคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านการเงินได้ 3 คนเพื่อให้คำปรึกษาสายการบินนอร์ทเวสต์เกี่ยวกับเรื่องการจัดการและการเงิน ทั้งที่ความจริงแล้วสายการบินเคแอลเอ็มถือกรรมสิทธิ์ในหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงได้เพียงน้อยกว่าร้อยละ 25 กระทรวงคมนาคมพบว่าสายการบินเคแอลเอ็มอยู่ในสถานะที่

⁵⁸ Ved P. Nanda, *supra* note 56, p. 368.

⁵⁹ Christopher Furlan, *supra* note 43, p. 14.

สามารถใช้สิทธิควบคุมเหนือสายการบินนอร์ทเวสต์ที่โดยผ่านบริษัทโฮลดิ้งซึ่งเป็นบริษัทลูกของสายการบินเคแอลเอ็มได้ และห้ามผู้ถือหุ้นทั้งหมดไม่ให้ดำเนินการภายใต้ข้อตกลงเดิม ในคำสั่งเห็นชอบ กระทรวงคมนาคมได้กล่าวว่า ในการตัดสินใจว่าผู้ขนส่งของสหรัฐอเมริกาสามารถที่จะรักษาสถานะความเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาไว้ได้ อาจต้องพิจารณาว่าผลประโยชน์ของต่างด้าวที่อาจอยู่ในสถานะที่จะใช้สิทธิในการควบคุมอันแท้จริงเหนือผู้ขนส่งได้หรือไม่ เช่น ผลประโยชน์ของต่างด้าวคือการมีอิทธิพลต่อกิจกรรมของผู้ขนส่ง กระทรวงคมนาคมยังได้กล่าวซ้ำอีกว่า จะนำเรื่องผลประโยชน์ของต่างด้าวมาตัดสินสถานภาพความเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาได้เป็นกรณีๆไป โดยอาจดูจากจำนวนครั้งของการติดต่อระหว่างคนต่างด้าวและผู้ขนส่งทางอากาศของสหรัฐอเมริกา กระทรวงคมนาคมเชื่อว่าหุ้นส่วนใหญ่ในหุ้นทั้งหมดของผู้ขนส่งก่อให้เกิดปัญหาด้านความเป็นพลเมือง แม้ว่าผลประโยชน์จะไม่ได้อยู่ในรูปของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงก็ตาม กล่าวคือ หุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงของสายการบินเคแอลเอ็มก็คือหุ้นที่มีกรรมสิทธิ์และแสดงถึงหุ้นที่มีกรรมสิทธิ์อย่างแท้จริง

ในการขจัดความกังวลของกระทรวงคมนาคม สายการบินนอร์ทเวสต์และบริษัทเคแอลเอ็ม (โดยบริษัท วิงส์) ตกลงกันที่จะลดหุ้นของสายการบินเคแอลเอ็มเป็นร้อยละ 25 และตกลงกันว่า จะยกเลิกสิทธิในการกำหนดคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านการเงินและลดจำนวนตัวแทนในคณะกรรมการของบริษัทโฮลดิ้งในสถานการณ์พิเศษ นอกจากนั้น ยังตกลงกันที่จะยื่นรายงานพิเศษเกี่ยวกับโครงสร้างกรรมสิทธิ์ของทั้งสองบริษัท ในที่สุด กระทรวงคมนาคมจึงได้อนุมัติสัญญา ระหว่างสองบริษัทนี้เนื่องจากว่าอิทธิพลของสายการบินเคแอลเอ็มเหนือสายการบินนอร์ทเวสต์ได้ลดลงอย่างมากแล้ว

ในปีค.ศ. 1991 บริษัทวิงส์ โฮลดิ้ง ได้เรียกร้องให้กระทรวงคมนาคมเปลี่ยนแปลงคำสั่งยินยอมฉบับเดิม โดยเรียกร้องให้กระทรวงคมนาคมอนุญาตให้สายการบินเคแอลเอ็มเพิ่มการลงทุนในหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงได้ถึงร้อยละ 49 เพิ่มการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงร้อยละ 10 จากเดิมที่ถืออยู่ และยังขออนุญาตให้สายการบินเคแอลเอ็มกำหนดกรรมการ 3 คนในคณะกรรมการบริษัทโฮลดิ้งเนื่องจากได้มีการเพิ่มคณะกรรมการจากเดิมสิบสองคนเป็นสิบห้าคน กระทรวงคมนาคมอนุญาตให้เปลี่ยนแปลงได้บนพื้นฐานของการเปลี่ยนแปลงนโยบายการประเมินใหม่เนื่องจากความซับซ้อนของบริษัทในทุกวันนี้และสถานะทางการเงิน การตรวจสอบความสัมพันธ์ใหม่ระหว่างหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงหรือหนี้สินและการควบคุมในเรื่องนี้ กระทรวงคมนาคมได้กำหนดว่าจะอนุญาตให้ต่างด้าวลงทุนในหุ้นทั้งที่มีสิทธิออกเสียงและไม่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดได้

ไม่เกินร้อยละ 49 ตราบใดที่หุ้นของต่างด้าวเป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงไม่เกินร้อยละ 25 และพลเมืองสหรัฐอเมริกายังคงควบคุมผู้ขนส่งทางอากาศอย่างแท้จริง

คำตัดสินในกรณีสัญญาระหว่างสายการบินยูเอสแอร์และสายการบินบริติชแอร์เวย์ (The USAir – British Airways: BA)⁶⁰ ในปีค.ศ. 1992 กระทรวงคมนาคมได้กล่าวถึงข้อตกลงระหว่างสายการบินยูเอสแอร์ (ผู้ขนส่งของสหรัฐอเมริกา) และสายการบินบริติชแอร์เวย์ (ผู้ขนส่งของประเทศอังกฤษ) ซึ่งสายการบินบริติชแอร์เวย์จะลงทุน 750 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เพื่อซื้อหุ้นเพิ่มร้อยละ 44 ของหุ้นในสายการบินยูเอสแอร์ทั้งหมด โดยร้อยละ 21 เป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และให้เป็นส่วนหนึ่งในคณะกรรมการของสายการบินยูเอสแอร์ ข้อเสนอทำให้เกิดความขัดแย้งอย่างรุนแรงเนื่องจากทำให้สายการบินบริติชแอร์เวย์สามารถเพิ่มการเข้าสู่ตลาดอย่างยิ่งใหญ่ในสหรัฐอเมริกาและสามารถควบคุมเหนือสายการบินของสหรัฐอเมริกาได้ ในขณะที่การที่ผู้ขนส่งของสหรัฐอเมริกาจะเข้าสู่ตลาดของประเทศอังกฤษนั้นยังคงเป็นไปได้อย่างจำกัดอยู่มาก นอกจากนั้น การเจรจาวิภาคิระระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษยังประสบกับความล้มเหลวในการที่จะให้ผู้ขนส่งของสหรัฐอเมริกาส่งสามารถเข้าสู่สนามบินเฮทโทรว์ในกรุงลอนดอนได้มากขึ้น หลังจากที่ได้มีการรายงานว่ากระทรวงคมนาคมจะไม่ยอมรับข้อตกลงเนื่องจากการเป็นการฝ่าฝืนข้อจำกัดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมของคนต่างด้าว สายการบินบริติชแอร์เวย์จึงได้ถอนข้อเสนอก่อนที่จะได้รับการปฏิเสธข้อตกลง

ในปีค.ศ. 1993 คู่สัญญาได้กลับมาพร้อมข้อตกลงด้านการลงทุนใหม่ โดยสายการบินบริติชแอร์เวย์จะลงทุนจำนวน 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นร้อยละ 19.9 ในสายการบินยูเอสแอร์ และไม่รวมถึงกรรมการเหมือนดังที่ได้เคยเสนอในความตกลงแรก และในครั้งนี้กระทรวงคมนาคมได้ยอมรับข้อตกลงนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต่อไปถ้าสายการบินบริติชแอร์เวย์จะลงทุนในสายการบินยูเอสแอร์ในอนาคต จะต้องได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงคมนาคม

แม้ว่ากระทรวงคมนาคมจะไม่ได้ชี้ขาดข้อเสนอแรก แต่อาจสันนิษฐานได้ว่ากระทรวงคมนาคมจะไม่เห็นชอบกับข้อเสนออื่น สิ่งสำคัญคือข้อความในสัญญาฉบับเดิม คือหุ้นทั้งหมดร้อยละ 44 โดยร้อยละ 21 เป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงนั้นไม่ได้มีจำนวนหุ้นมากไปกว่าจำนวนหุ้นในคำตัดสินของกระทรวงคมนาคมในกรณีระหว่างสายการบินเคแอลเอ็มและสายการบินนอร์ธเวสต์เมื่อปีค.ศ. 1992 ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทั่วไปของกระทรวงคมนาคมคือ หุ้นทั้งหมดร้อยละ 49 ต่างด้าวสามารถถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงได้เพียงร้อยละ 25 แต่ก็มีกรณีสันนิษฐานว่ากระทรวงคมนาคม

⁶⁰ Kristen Bohmann, *supra* note 30, pp.702-703.

ยังคงให้ความสนใจกับการเจรจาการค้าที่ตกไปแล้วระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษเกี่ยวกับการที่ผู้ขนส่งของสหรัฐอเมริกาจะเข้าสู่สนามบินเฮทโทโรได้มากขึ้น เช่นเดียวกับคำตัดสินในกรณีสายการบินเคแอลเอ็มและนอร์ธเวสต์ ซึ่งได้รับผลกระทบจากความตกลงน่านฟ้าเสรีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำกับประเทศนิวซีแลนด์ เช่นเดียวกับกรณีนี้ กระทรวงคมนาคมดูเหมือนว่าจะได้รับผลกระทบจากเหตุผลทางการเมือง จึงไม่ทำตามมาตรฐานที่พัฒนาขึ้นมาจากรณีระหว่างสายการบินเคแอลเอ็มและนอร์ธเวสต์ ดังนั้น แม้ว่าคำตัดสินในกรณีระหว่างสายการบินเคแอลเอ็มและนอร์ธเวสต์ดูเหมือนจะเป็นมาตรฐานที่แน่นอน แต่ก็ไม่อาจใช้ได้ในทุกกรณีเนื่องจากอาจต้องมีการพิจารณาถึงเหตุผลในด้านอื่นๆ ด้วย

คำตัดสินในคดีสายการบินดี เอช แอล (DHL Airways: DHLA)⁶¹ DHLA เป็นผู้ขนส่งสินค้าทางอากาศของสหรัฐอเมริกาที่มี DHL เป็นเจ้าของทั้งหมด ทำธุรกิจเกี่ยวกับตัวแทนผู้รับจัดการและขนส่งสินค้าทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ต่อมาในปี ค.ศ. 2002 Deutsche Post (Deutsche Post AG บริษัทไปรษณีย์เยอรมัน) ได้กลายเป็นเจ้าของ DHL แต่ผู้เดียวและเปลี่ยนชื่อเป็น DHLH (DHL Holdings) และยังเป็นเจ้าของ DHLWE (DHL Worldwide Express) (ที่ทำหน้าที่เป็นบริษัทที่ปฏิบัติการ) แต่ผู้เดียว DHLA ได้แจ้งกระทรวงคมนาคมถึงการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในเรื่องกรรมสิทธิ์และแผนการที่เสนอเกี่ยวกับการปรับปรุงโครงสร้างการถือหุ้น โดยจะขายหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงร้อยละ 75 และหุ้นทั้งหมดร้อยละ 55 ซึ่งมีมูลค่ารวม 42 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ให้กับ William Robinson (บุคคลธรรมดาที่เป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา) หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงอีกร้อยละ 25 และหุ้นอีกร้อยละ 45 ที่เหลือ DHLH ซึ่งเป็นบริษัทโฮลดิ้งที่มีต่างด้าวเป็นเจ้าของ จะยังคงเป็นผู้ถืออยู่ ดังนั้น DHLWE และ DHLA จึงได้เข้าทำสัญญา ACMI⁶² ซึ่ง DHLA จะจัดเตรียมให้บริการขนส่งสินค้าครั้งใหญ่ของ DHLWE และสัญญานี้เป็นรายได้ของ DHLA กว่าร้อยละ 90 ในครั้งนี้ FedEx (Federal Express Corporation) และ UPS (United Parcel Service)

⁶¹ Christopher Furlan, "Air Cargo Foreign Ownership Restrictions in the United States," <<http://www.tiaca.org/content/Chris%20Furlan%20TIACA%20Paper.pdf>>, January 2008.

⁶² ACMI ย่อมาจาก Aircraft, Crew, Maintenance and Insurance เป็นข้อสัญญามาตรฐานสำหรับใช้ในระหว่างคู่สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เช่าอากาศยานจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยเงื่อนไขที่อากาศยานนั้นจะต้องอยู่ในสภาพพร้อมบิน แต่ไม่รวมถึงค่าเชื้อเพลิง

ได้คัดค้านสถานะความเป็นพลเมืองของ DHLA เนื่องจากว่าข้อกำหนดตามกฎหมายเรื่องความเป็นพลเมืองนั้นใช้บังคับกับผู้ขนส่งทางอากาศทุกราย

เนื่องจากคำคัดค้านนี้ DHLA ได้ปรับเปลี่ยนโครงสร้างกรรมสิทธิ์ใหม่ โดยในแผนโครงสร้างใหม่นี้จะให้ John Dasburg CEO (Chief Executive Officer) คนเก่าของสายการบินนอร์ธเวสต์ และกลุ่มผู้ลงทุนเป็นผู้มีสิทธิควบคุมใน DHLA กระทรวงคมนาคมได้พิจารณาแผนโครงสร้างใหม่นี้และได้กล่าวว่าโครงสร้างกรรมสิทธิ์ในปัจจุบันเท่านั้นที่จะนำมาพิจารณา ไม่ใช่โครงสร้างกรรมสิทธิ์ในอดีต ในการเข้าถือสิทธิครั้งใหม่ Robinson ได้ขายหุ้นให้กับ Dasburg และหุ้นส่วนอีก 2 คน ซึ่งได้รับเงินทุนมาจากบริษัท Boeing (Boeing Capital Corporation) สัญญา ACMI ได้กลายเป็นจุดสำคัญที่ทำให้ FedEx และ UPS กล่าวหา DHLA ว่ายังคงอยู่ภายใต้การควบคุมของ DHLWE ที่เป็นต่างด้าว โดยได้ให้เหตุผลในการกล่าวหาดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง DHLA อยู่ภายใต้การควบคุมของ DHLWE อย่างแท้จริง เนื่องด้วย DHLWE เป็นบริษัทลูกของ DHLH

ประเด็นที่สอง ผู้ซื้อของ DHLA ได้รับผลจากการต่อรองที่ดีมากเป็นประวัติการณ์ โดยมีหลักฐานที่ขัดแย้งเกี่ยวกับมูลค่าของบริษัท

ประเด็นที่สาม การได้รับงานจากสัญญา ACMI เป็นการก่อให้เกิดการกักเงินส่วนใหญ่มากจาก Boeing และมี Deutsche Post เป็นผู้ค้าประกัน เป็นสิ่งบ่งชี้ได้ว่าเป็นการควบคุมของต่างด้าว

ประเด็นที่สี่ การขู่ว่าจะบอกเลิกสัญญา ACMI สามารถใช้เป็นข้อต่อรองที่จะให้มีการควบคุมใน DHLA

ประเด็นที่ห้า ข้อสัญญาหลายๆข้อใน ACMI ป้องกันไม่ให้มีการเปลี่ยนแปลงการควบคุม โดยการป้องกันไม่ให้ Dasburg และหุ้นส่วน ขายบริษัทโดยไม่ได้รับอนุญาตจาก DHLWE

ประเด็นที่หก เงื่อนไขทั้งหมดใน ACMI และความสัมพันธ์ระหว่างสองบริษัทใกล้ชิดกันอย่างมาก ซึ่งแสดงถึงการควบคุมอันแท้จริงโดย DHLWE ที่เป็นหุ้นส่วนต่างด้าว เนื่องด้วยการทำสัญญากับ DHLWE นับเป็นรายได้ของ DHLA ร้อยละ 90 ดังนั้นในทางกลับกัน ความที่ DHLWE เป็นลูกค้ารายใหญ่ของ DHLA จึงทำให้สามารถใช้สิทธิควบคุม DHLA ได้

ในการนี้ กระทรวงคมนาคมได้แต่งตั้ง ALJ (Administrative Law Judge) เพื่อให้พิจารณาและทำคำแนะนำ ในเรื่องเกี่ยวกับการควบคุมอันแท้จริง เนื่องจากไม่มีข้อโต้แย้งว่า DHLA ไม่เป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาจากการทดสอบเชิงเทคนิค

ALJ ได้พิจารณาข้อกล่าวหาของ FedEx และ UPS และได้มีความเห็นว่า DHLA ไม่ได้ อยู่ภายใต้การควบคุมอันแท้จริงของต่างดาว โดยให้เหตุผลตามแต่ละประเด็นข้างต้น ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ALJ พิจารณาถึงแรงจูงใจในการเข้าร่วมทำธุรกรรมและสรุปว่า เพียงแค่ การที่ DHLH เป็นผู้ควบคุมธุรกรรมและทำการปรับปรุงใหม่ ไม่ได้เป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่า จะเป็นผลให้ DHLH เป็นผู้ควบคุมสายการบิน

ประเด็นที่สอง ALJ ได้กล่าวว่าผู้กล่าวหานั้นไม่ได้พิจารณาถึงมูลค่าความเสี่ยงของผู้ซื้อที่ DHLA อาจไม่ได้รับการว่าจ้างนี้

ประเด็นที่สาม ALJ ได้พิจารณาว่าสิ่งที่ DHLA จะได้รับคือเงิน และ DHLA ได้รับเงิน ทั้งหมดและมีการจ่ายเงินโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่ DHLWE จะใช้เป็น เครื่องมือในการควบคุม DHLA

ประเด็นที่สี่ ALJ กล่าวว่า หาก DHLWE ขู่ว่าจะบอกเลิกสัญญานั้น จะทำให้เกิด ค่าใช้จ่ายในการเลิกสัญญาอย่างมาก และนอกจากนี้ข้อความในสัญญายังสามารถให้โอกาสกับ DHLA ในการเยียวยาอย่างเพียงพอ

ประเด็นที่ห้า ALJ พิจารณาว่าข้อสัญญาที่ให้ DHLA สามารถขายหุ้นมากเท่าไรก็ได้ ให้กับพลเมืองของสหรัฐอเมริกา กำหนดว่า กลุ่มของ Dasburg จะต้องคงไว้ซึ่งสิทธิออกเสียงอย่าง น้อยร้อยละ 50 ดังนั้นผลของข้อสัญญาเป็นเพียงการจำกัดในส่วนน้อยของสิทธิในการขาย DHLA

ประเด็นที่หก ALJ จะพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่า DHLA มีอิสระในการปฏิบัติการ หรือไม่ เช่น สามารถที่จะใช้ประโยชน์จากอากาศยานที่มีอยู่ หรือสามารถที่จะซื้ออากาศยานมา เพิ่ม หรือสามารถมีอิสระในการที่จะเติบโตในธุรกิจด้านอื่นนอกเหนือจากธุรกิจหลัก กล่าวคือผู้ ขนส่งสามารถที่จะกระทำการได้โดยอิสระจาก DHLWE และ Deutsche Post หรือไม่ ซึ่ง ALJ ได้ พิจารณาว่า DHLA นั้นมีการตัดสินใจในการลงทุนด้วยตนเอง และมีอำนาจในการควบคุมลูกจ้าง รวมถึงคำตอบแทนของลูกค้าเหล่านั้น และจัดสรรงบประมาณและมีหลักฐานทางการเงินของ ตนเอง

คำตัดสินในกรณีที่เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (Publicly Traded Companies)⁶³ ในกรณีที่ผู้ขนส่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์กรรมสิทธิ์ของผู้ขนส่ง

⁶³ Kristen Bohmann, *supra* note 30, pp.704, see also Angela Edwards, "Foreign Investment in the U.S. Airline Industry: Friend or Foe?,"9 *Emory International Law Review* 595, 611-613 (Fall 1995).

อาจกระจายกันออกไปและสัญชาติของผู้ถือหุ้นยังไม่ชัดเจน ซึ่งกรณีนี้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีกลไกสองประการที่จะติดตามสถานะกรรมสิทธิ์ของผู้ขนส่งที่เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

กลไกแรก ตามประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มาตรา 41110(e) ผู้ขนส่งต้องยังคงคุณสมบัติที่ทำให้มีการอนุญาตประกอบกิจการขนส่งทางอากาศและเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดตามกฎหมายนี้และตามกฎหมายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม⁶⁴ เมื่อผู้ขนส่งทางอากาศต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในการประกอบการ กรรมสิทธิ์ หรือการจัดการ ผู้ขนส่งต้องแจ้งให้กระทรวงคมนาคมทราบถึงการเสนอให้มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญด้วย เช่น การเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในกรรมสิทธิ์ได้มีการให้ความหมายว่าเป็นการเข้าถือกรรมสิทธิ์โดยผู้ถือหุ้นรายใหม่หรือการที่ผู้ถือหุ้นรายเดิมถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเพิ่มขึ้นร้อยละ 10 หรือมากกว่านั้น

การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างกรรมสิทธิ์ของผู้ขนส่งอาจเกิดขึ้นได้หลายครั้งด้วยหลายเหตุผล กระทรวงคมนาคมถือว่าการขายหุ้นหลายครั้งและการถือสิทธิในหุ้นจำนวนน้อยดังเช่นที่เกิดขึ้นกับบริษัทใหญ่ๆที่ได้มีการขายหุ้นต่อสาธารณะ มักจะไม่เป็นไปตามคำจำกัดความคำว่า “ส่วนสาระสำคัญ” ของกระทรวงคมนาคมและไม่ส่งผลในการเปลี่ยนแปลงการควบคุมของบริษัท อย่างไรก็ตามแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยเพียงแค่อ้อยละ 10 ของกรรมสิทธิ์ในหุ้นที่บริษัทถือ แต่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่อาจได้รับผลประโยชน์จากการควบคุมแม้เพียงการเปลี่ยนแปลงการถือหุ้นจำนวนน้อยในบริษัท ซึ่งสามารถนำไปสู่การมีอิทธิพลในการเปลี่ยนแปลงนโยบายของบริษัทและการตัดสินใจในการดำเนินการของบริษัทได้

กลไกที่สอง ตามพระราชบัญญัติการซื้อขายหลักทรัพย์ พ.ศ. 2477 (The Securities Exchange Act of 1934) ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปิดเผยจำนวนร้อยละของผู้ถือหุ้นรายย่อย มาตรา 13(g)(1)⁶⁵ แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดว่าบุคคลใดที่ถือกรรมสิทธิ์ไม่ว่าโดยตรงหรือ

⁶⁴ 49 U.S.C. 41110(e) “Continuing Requirements. - (1) To hold a certificate issued under section 41102 of this title, an air carrier must continue to be fit, willing, and able to provide the transportation authorized by the certificate and to comply with this part and regulations of the Secretary.”

⁶⁵ The Securities Exchange Act of 1934 Section 13(g)(1) “Any person who is directly or indirectly the beneficial owner of more than 5 per centum of any security of a class described in subsection (d)(1) of this section shall send to the issuer of the

โดยอ้อมที่ได้รับประโยชน์ในหลักทรัพย์มากกว่าร้อยละ 5 จะต้องส่งหลักฐานเกี่ยวกับหลักทรัพย์ให้กับบริษัทที่ขายและต้องยื่นแถลงการณ์ต่อคณะกรรมการควบคุมการซื้อขายหลักทรัพย์ (Securities Exchange Commission) เพื่อชี้แจงหลักฐานของบุคคล ถิ่นที่อยู่ และสัญชาติ ดังนั้น ผู้ถือหุ้นรายย่อยจะไม่นำมาพิจารณาว่าเป็นการก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการควบคุมจากต่างด้าว

2) การควบคุมโดยผ่านความสัมพันธ์ของบุคคล

ในด้านความสัมพันธ์ของบุคคล กระทรวงคมนาคมจะตรวจสอบโครงสร้างขององค์กรผู้ขนส่งทางอากาศ กล่าวคือความสัมพันธ์ของผู้บริหารและพนักงานกับผู้ขนส่งทางอากาศต่างด้าว หากความสัมพันธ์เหล่านี้ทำให้ผู้ขนส่งต่างด้าวมีสิทธิทั้งในทางตรงหรือทางอ้อมในระดับที่เหนือกว่าการควบคุมอื่น เนื่องจากมีกรณีที่ตามเอกสารที่เปิดเผยแล้วเป็นไปตามข้อกำหนดตามกฎหมายแต่ในทางปฏิบัติมีการควบคุมอันแท้จริงและดำเนินการโดยคนต่างด้าว ดังเช่นในกรณีตามคำตัดสินดังต่อไปนี้

คำตัดสินในกรณีของสายการบินดิสคัฟเวอรี (Discovery Airways)⁶⁶ เมื่อปี ค.ศ. 1989 กระทรวงคมนาคมไม่ได้คัดค้านผู้ถือหุ้นชาวอิตาลีที่ถือหุ้นทั้งที่มีสิทธิออกเสียงและไม่มีสิทธิออกเสียงในสายการบินดิสคัฟเวอรีประมาณร้อยละ 15 แต่เรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นดังกล่าวออกจากหน้าที่ทางบริหารทั้งหมดเพื่อลดอำนาจการควบคุมทางบริหาร

คำตัดสินในกรณีระหว่างสายการบินเคแอลเอ็มและสายการบินนอร์ทเวสต์⁶⁷ เมื่อปี ค.ศ. 1991 ได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับการลงทุนของสายการบินเคแอลเอ็มในสายการบินนอร์ทเวสต์ กระทรวงคมนาคมได้แสดงความชัดเจนว่าจะไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวอยู่ในตำแหน่งประธานคณะกรรมการ หรือไม่ให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนของจำนวนผู้ดำเนินการที่เป็นคนต่างด้าวในคณะกรรมการที่สำคัญๆ เช่น คณะกรรมการบริหาร คณะกรรมการสรรหา หรือคณะกรรมการด้านการเงิน

security and shall file with the Commission a statement setting forth, in such form and at such time as the Commission may, by rule, prescribe—

(A) such person's identity, residence, and citizenship; and

(B) the number and description of the shares in which such person has an interest and the nature of such interest.”

⁶⁶ Kristen Bohmann, *supra* note 30, pp.705.

⁶⁷ *Ibid.*

คำตัดสินในกรณี Executive Air Fleet⁶⁸ เมื่อปีค.ศ. 1992 กระทรวงคมนาคมคัดค้านอิทธิพลของผู้ถือหุ้นรายย่อยสัญชาติสวิส คือบริษัทเจท (Jet Aviation) เนื่องจากในการจัดการระดับสูง ประธานฝ่ายบริหารหลายคนเคยเป็นลูกจ้างของบริษัทเจทมาก่อนและทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของบริษัทเจทด้วย ยิ่งกว่านั้น ผู้บริหารและบริษัทเจทยังใช้พื้นที่สำนักงานและเบอร์โทรศัพท์เดียวกัน การจ้างงานข้ามบริษัทและความใกล้ชิดของผู้บริหารและบริษัทเจททำให้กระทรวงคมนาคมสรุปว่า การรายงานเรื่องเกี่ยวกับผู้บริหารไปยังบริษัทเจทนั้นเห็นได้ว่าบริษัทนี้ได้ให้บริษัทเจทควบคุมผู้บริหาร ดังนั้นในการตัดสินว่าใครจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา กระทรวงคมนาคมจะตรวจสอบอย่างละเอียดว่าพลเมืองของสหรัฐอเมริกา เช่น ผู้ถือหุ้น กรรมการ การจัดการ มีความเกี่ยวพันอย่างแน่นแฟ้นกับผลประโยชน์ต่างด้าวหรือไม่ และความเกี่ยวพันเหล่านี้ทำให้ความสามารถในการใช้สิทธิควบคุมอย่างอิสระเหนือผู้ขนส่งของสหรัฐอเมริกาน้อยลงหรือไม่ กระทรวงคมนาคมได้ยอมรับว่าความสัมพันธ์ของบุคคลระหว่างพลเมืองสหรัฐอเมริกาและคนต่างด้าวอาจมีการกำหนดวิธีการที่ซับซ้อนในการใช้สิทธิควบคุม กล่าวคือ คนต่างด้าวอาจไม่ได้ทำหน้าที่ในฐานะประธานกรรมการหรือหน้าที่สำคัญอื่นๆ แต่อาจมีความเชื่อมโยงประการอื่น เช่น มีสัญญาจ้างหรือมีความเกี่ยวพันกับนักลงทุนต่างด้าว ดังนั้นจึงต้องนำมาเปรียบเทียบกับสถานะความเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาด้วย

กล่าวโดยสรุป กระทรวงคมนาคมได้มีการตีความเรื่องกรรมสิทธิ์ โดยได้แยกความแตกต่างระหว่างหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียง ซึ่งปรากฏให้เห็นครั้งแรกในคำตัดสินระหว่างสายการบินนอร์ธเวสต์และเคแอลเอ็ม⁶⁹ แต่ข้อเท็จจริงที่สำคัญที่สุดในการตัดสินเรื่องสถานะของกรรมสิทธิ์ในระบบของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไม่ใช่หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในจำนวนที่ยอมรับได้ แต่เป็นอำนาจการควบคุมอันแท้จริงในบริษัท ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำตัดสินของกระทรวงคมนาคม อาจสรุปได้ว่าข้อเท็จจริงต่อไปนี้อาจกระทบต่อความเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา

1. อำนาจการออกเสียงส่วนใหญ่ การห้ามออกเสียง หรืออำนาจการคัดค้านในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Christopher Mbay, "Airline Deregulation Deserves Another Shot: How Foreign Investment Restrictions and Subsidies Actually Hurt the Airline Industry," 72 *Journal of Air Law and Commerce* 173, 179 (Winter 2007).

2. ความตกลงของผู้ถือหุ้นที่ให้สิทธิกับผู้ถือหุ้นต่างด้าวเกินส่วนของหุ้นที่ผู้ถือหุ้นถือ
3. จุดเกาะเกี่ยวอันแน่นแฟ้นของผู้ถือหุ้น ผู้อำนวยการ หรือการจัดการ กับนักลงทุน

ต่างด้าว

นอกจากข้อเท็จจริงเหล่านี้แล้ว กระทรวงคมนาคมยังได้พิจารณาข้อเท็จจริงด้านการเมืองด้วย ดังที่เห็นได้จากคดีระหว่างสายการบินนอร์ธเวสต์และเคแอลเอ็ม และสายการบินยูเอสแอร์และบริติชแอร์เวย์ เช่น เจตจำนงของประเทศอื่นในการเข้าสู่ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศ ดังนั้นมาตรฐานของคำตัดสินในปีค.ศ. 1992 ในคดีสายการบินนอร์ธเวสต์และเคแอลเอ็มที่อนุญาตให้ต่างด้าวถือหุ้นทั้งหมดร้อยละ 49 ได้ตราบไต่ที่หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงมีจำนวนไม่เกินร้อยละ 25 แต่อย่างไรก็ดี กรณีเหล่านี้ยังไม่สามารถที่จะใช้เป็นมาตรฐานทั่วไปในทุกกรณีโดยไม่คำนึงถึงสถานการณ์พิเศษได้

3.2.4 กฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวบินเข้ามาในประเทศ

การที่สายการบินต่างด้าวจะทำการบินมายังประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากสายการบินต่างด้าวนั้นจะเป็นสายการบินที่กำหนดตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำกับต่างประเทศแล้ว สายการบินต่างด้าวนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมด้วยตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มาตรา 41302 ที่ได้กำหนดเงื่อนไขว่า สายการบินต่างด้าวนั้นจะต้องมีความเหมาะสม ตั้งใจ และสามารถที่จะบริการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศเพื่อที่จะเป็นผู้ใช้สิทธิตามที่ได้รับอนุญาต และเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องและข้อบังคับต่างๆที่รัฐมนตรีออก และสายการบินต่างด้าวนั้นต้องมีคุณสมบัติและเป็นสายการบินที่กำหนดโดยรัฐบาลของประเทศที่กำหนดสายการบินเพื่อที่จะประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงที่ได้ทำกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกา หรือการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนั้นได้รับอนุญาตด้วยเหตุผลในเรื่องผลประโยชน์สาธารณะ⁷⁰

⁷⁰ 49 U.S.C. 41302 “The Secretary of Transportation may issue a permit to a person (except a citizen of the United States) authorizing the person to provide foreign air transportation as a foreign air carrier if the Secretary finds that -

3.2.5 การพิจารณาสัญชาติของสายการบินต่างด้าวที่บินเข้ามาในประเทศ

ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินมีบทบาทที่สำคัญอย่างมากในความตกลงทวิภาคี ภายใต้เนื้อหาของความตกลงทวิภาคี ประเทศสหรัฐอเมริกา มีสิทธิที่จะยับยั้งหรือเพิกถอนสิทธิของผู้ขนส่งต่างด้าวได้ถ้าผู้ขนส่งเหล่านั้นไม่ได้ถือกรรมสิทธิ์ส่วนสวาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยคนชาติของรัฐคู่สัญญาที่กำหนดให้สามารถใช้สิทธิการบินที่ได้รับอนุญาต ภายใต้ความตกลงทวิภาคี อย่างไรก็ตาม กระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกาได้สละสิทธิเหล่านี้ในคำตัดสินหลายๆกรณี ดังตัวอย่างของคำตัดสินดังต่อไปนี้

คำตัดสินในกรณีสายการบินแอร์จาไมกา (Air Jamaica Ltd.) ในปีค.ศ. 1969 CAB ได้สละสิทธิยับยั้งหรือเพิกถอนสิทธิของผู้ขนส่งต่างด้าวเนื่องจากได้พิจารณาว่าผู้ที่ยื่นคำขอเป็นประเทศเพื่อนบ้านและเป็นพันธมิตรที่ดีโดยไม่ปรากฏว่าเป็นการคุกคามต่อความมั่นคงของชาติ ซึ่งคณะกรรมการให้เหตุผลว่านโยบายของคณะกรรมการนั้นจะต่อต้านกรรมสิทธิ์ที่ไม่มีตัวตนและจะสละสิทธิเมื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่กำหนด

คำตัดสินในกรณีสายการบินแอร์โรไวโลเนียส อาร์เจนตินา (Aerolineas Argentinas)⁷¹ กรณีนี้เกี่ยวข้องกับความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอาร์เจนตินา สายการบินไอบีเรีย ของประเทศสเปน ได้ถือกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ (ร้อยละ 85) ในสายการบินแอร์โรไวโลเนียส อาร์เจนตินา ทำให้สามารถควบคุมผู้ขนส่งได้อย่างแท้จริง สายการบินแอร์โรไวโลเนียส อาร์เจนตินามีสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ที่บัวโนสไอเรสและจะตั้งสำนักงานหลักในกรุงแมดริด ดังนั้น

(1) the person is fit, willing, and able to provide the foreign air transportation to be authorized by the permit and to comply with this part and regulations of the Secretary; and

(2)

(A) the person is qualified, and has been designated by the government of its country, to provide the foreign air transportation under an agreement with the United States Government; or

(B) the foreign air transportation to be provided under the permit will be in the public interest."

⁷¹ Isabelle Lelieur, *supra* note 52, p.39.

กระทรวงคมนาคมจึงไม่ได้โต้แย้งเรื่องสัญชาติของสายการบินแอร์โรว์โลเนียส อาร์เจนตินาและกระทรวงคมนาคมได้ยอมรับว่าสายการบินแอร์โรว์โลเนียส อาร์เจนตินายังคงเป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศอาร์เจนตินาอยู่ภายใต้ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอาร์เจนตินา แม้ว่าผู้ขนส่งจะเสียสัญชาติอาร์เจนตินาอย่างชัดเจนและมีการควบคุมอันแท้จริงโดยประเทศสเปน

คำตัดสินในกรณีสายการบินทรานซลักซ์ อินเตอร์เนชันแนล (Translux International Airlines SA d/b/a Cargo Lion: Cargo Lion) สำหรับสายการบินทรานซลักซ์ กระทรวงคมนาคมได้ส่งข้อกำหนดด้านพลเมืองภายใต้ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศลักเซมเบิร์ก และอนุญาตให้ผู้ขนส่งสามารถประกอบการเช่าเหมาเครื่องบินมายังประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทั้งที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของสายการบินทรานซลักซ์เป็นคนชาติเยอรมันซึ่งได้ถือกรรมสิทธิ์ในหุ้นร้อยละ 49 คนชาติสวิสถือกรรมสิทธิ์ในหุ้นร้อยละ 41 คนชาติอังกฤษถือร้อยละ 5 และคนชาติแคนาดา ถือร้อยละ 5⁷² กระทรวงคมนาคมให้เหตุผลว่าเป็นสิ่งสมควรแล้วที่จะส่งข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมเนื่องจากไม่มีสัญชาติใดที่ถือกรรมสิทธิ์และควบคุมอยู่ในสายการบินนี้ที่เป็นปฏิปักษ์กับนโยบายหรือผลประโยชน์ทางการบินของสหรัฐอเมริกา

จากคำตัดสินเหล่านี้ได้ทำให้ปรากฏรากฐานของการใช้เหตุผลในการตัดสินของกระทรวงคมนาคมในการปฏิเสธที่จะสละสิทธิในข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินต่างดาวในความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศขึ้นบางประการ ได้แก่

1. เหตุผลด้านการเมือง การคำนึงถึงหลักความเป็นเพื่อนบ้านที่ดี กล่าวคือ กระทรวงคมนาคมจะพิจารณาว่าประเทศที่เป็นผู้ถือหุ้นหรือผู้ควบคุมในสายการบินที่แท้จริงนั้นเป็นประเทศที่มีเจตนาร้ายต่อประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ถ้ามิได้เป็นเช่นนั้น กระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกาอาจสละสิทธิที่จะใช้สิทธิพักใช้หรือเพิกถอนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามความตกลงได้
2. เหตุผลด้านเศรษฐกิจ เนื่องจากข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินในความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศนั้นทำให้เกิดข้อแลกเปลี่ยน ซึ่งกระทรวงคมนาคมจะพิจารณาว่าการสละสิทธิปฏิเสธในความตกลงนั้นจะทำให้ผู้ขนส่งของสหรัฐอเมริกามีโอกาสมากขึ้นที่จะเข้าสู่ตลาดของประเทศนั้นๆหรือไม่ ดังเช่นคำตัดสินในกรณีระหว่างสายการบินนอร์ทเวสต์และเคแอลเอ็ม และสายการบินยูเอสแอร์และบริติชแอร์เวย์ นอกจากนี้ยังมีความตกลงนำพาเสรีตัวอย่างที่

⁷² Brian F. Havel, "A New Approach to Foreign Ownership of National Airlines," White Paper, document source from Depaul University, p. 14.

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำกับประเทศเยอรมนี เมื่อปีค.ศ. 1996 (พิธีสารปี 1996) เนื่องจากพิธีสารปี 1996 ได้แก้ไขข้อสัญญาเรื่องสัญชาติ ซึ่งจะแตกต่างจากความตกลงน่านฟ้าเสรีทวิภาคีอื่นๆ ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำกับประเทศในแถบยุโรป โดยในข้อ 3(3) ทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะสละสิทธิยับยั้งหรือเพิกถอนการอนุญาตประกอบกิจการของผู้ขนส่งของประเทศที่สามภายใต้ข้อบทที่บังคับใช้ในความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศที่เกี่ยวข้องระหว่างคู่สัญญา โดยในข้อบทดังกล่าวได้กำหนดว่า ในกรณีที่คนชาติของรัฐคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายถือกรรมสิทธิ์ในสายการบินน้อยกว่าร้อยละ 50 และมีสถานประกอบการแห่งใหญ่ในประเทศที่สาม คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะสละสิทธิในการยับยั้งหรือเพิกถอนการอนุญาตให้ประกอบกิจการสายการบินนั้นภายใต้บทบัญญัติของความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศที่เกี่ยวข้องระหว่างรัฐคู่สัญญานั้นกับประเทศที่สามบนพื้นฐานด้านกรรมสิทธิ์หรือกรรมสิทธิ์ที่ก่อให้เกิดการควบคุมหรือการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ⁷³ การกำหนดเช่นนี้ทำให้เห็นได้ชัดเจนว่าทั้งสายการบินของประเทศสหรัฐอเมริกาและ

⁷³ Air Transport Agreement Between the Federal Republic of Germany and the United States of America (Current version of the Agreement of 7 July 1955 (275 UNTS 3, U.S.T. 527, TIAS No. 3536, German Law Gazette II, 1956, at 403), as amended by Protocols between the United States of America and the Federal Republic of Germany, of April 25, 1989, of May 23, 1996 and of October 10, 2000, to Amend the Air Transport Agreement of July 7, 1955) Article 3(3) "Where nationals of either contracting party hold an ownership interest of less than 50 percent in an airline incorporated and having its principal place of business in a third state, each contracting party waives its right to withhold or revoke operating permission from that airline under the applicable article(s) of the relevant bilateral air services arrangements between that contracting party and the third state solely on the basis of that ownership interest or on the basis that the ownership interest constitutes control or effective control, provided that, with respect to an ownership interest of less than 50 percent, the third state permits airlines of both contracting parties to invest in airlines incorporated and having the principal place of business in that third state on an equal basis, and provided further that the relevant bilateral air services arrangements between each contracting party and that third state are "Open Skies" agreements or the equivalents thereof. For purposes of this provision:

ประเทศเยอรมนีจะสามารถทำการลงทุนน้อยกว่าร้อยละ 50 ในผู้ขนส่งของประเทศอื่นๆในสหภาพยุโรปได้โดยไม่มีความเสี่ยงว่าผู้ขนส่งต่างด้าวนั้นจะอนุญาตให้มีการลงทุนหรือไม่ภายใต้ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมนี ดังนั้น ถ้าสายการบินลูฟท์ฮันซ่า (สายการบินของประเทศเยอรมนี) ถือหุ้นร้อยละ 49 ในสายการบินออลิตาเลีย (สายการบินของประเทศอิตาลี) ประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะไม่มีสิทธิที่จะคัดค้านสัญชาติของสายการบินออลิตาเลียภายใต้ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอิตาลี แต่อย่างไรก็ดีข้อกำหนดด้านสัญชาติยังคงเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนี ซึ่งทำให้แต่ละฝ่ายมีอำนาจที่จะปฏิเสธการประกอบการโดยสายการบินที่กำหนดโดยอีกฝ่ายหนึ่งถ้าสายการบินนั้นไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยคนชาติของฝ่ายนั้น ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ขนส่งของประเทศที่สามจะเข้าถือสิทธิในสายการบินลูฟท์ฮันซ่า ตามพิธีสารปี 1996 ก็จะไม่ได้เป็นการป้องกันไม่ให้ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างได้ว่าสายการบินลูฟท์ฮันซ่าได้สูญเสียสิทธิการบินภายใต้ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนี⁷⁴

กล่าวโดยสรุปสำหรับกฎหมายและนโยบายด้านการบินของสหรัฐอเมริกา สำหรับการพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของผู้ขนส่งของสหรัฐอเมริกา กระทรวงคมนาคมจะตรวจสอบคุณสมบัติด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุม โดยจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงของแต่ละบริษัทเป็นกรณีไป ด้านกรรมสิทธิ์นั้นจะเน้นที่ทุนของคนต่างด้าวที่ก่อให้เกิดสิทธิในการออกเสียงของบริษัทว่าจะต้องไม่เกินร้อยละ 25 ตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนเรื่องการควบคุมจะต้องมีพลเมืองของสหรัฐอเมริกาควบคุมสายการบินอย่างแท้จริง รวมทั้งจะต้องมีการจดทะเบียนในประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนการพิจารณาสัญชาติของสายการบินต่างด้าว กระทรวงคมนาคมจะพิจารณาข้อกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในลักษณะที่ยืดหยุ่น

(a) the air services arrangements between Germany and other members of the European Union are deemed equivalents of Open Skies agreements; and (b) the current European Union legislation governing investment in European Union airlines is deemed to permit airlines of both contracting parties to invest in airlines incorporated and having their principal place of business in European Union states on an equal basis with respect to an ownership interest of less than 50 percent.”

⁷⁴ Kristen Bohmann, *supra* note 30, pp.710-711.

มากกว่า เนื่องจากเหตุผลด้านเศรษฐกิจและการเมืองนั้นจะสำคัญกว่าการใช้สิทธิพิเศษสายการบินที่ได้กำหนดไว้ตามความตกลง

3.3 กฎหมายและนโยบายของประเทศแคนาดา

การศึกษากฎหมายและนโยบายของประเทศแคนาดา ผู้เขียนจะกล่าวถึงวิวัฒนาการด้านกฎหมายและนโยบายของรัฐบาลเกี่ยวกับสายการบินของประเทศแคนาดา และจะศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งสายการบินของประเทศแคนาดาในเรื่องคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินที่ให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ ผลของการที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติ และการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานที่มีอำนาจในการตีความคุณสมบัติด้านดังกล่าว นอกจากนี้ยังศึกษากฎหมายที่ให้สายการบินต่างด้าวสามารถทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังประเทศแคนาดาตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศด้วย

3.3.1 วิวัฒนาการด้านกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับสายการบินของแคนาดา

อุตสาหกรรมการบินของประเทศแคนาดาในยุคแรกนั้นจะมีรัฐบาลเข้าร่วมในเกือบทุกทาง เริ่มตั้งแต่ปีค.ศ. 1930 รัฐบาลของประเทศแคนาดาได้กำหนดเงื่อนไขในการกำหนดราคาค่าโดยสารและเงื่อนไขในการบริการ เช่น ความถี่ของการบริการและขนาดของเครื่องบิน โดยจะให้เกิดมีสายการบินใหม่ๆ ได้ถ้ามีความต้องการอย่างชัดเจนให้มีบริการ ซึ่งผู้เข้ามาใหม่จะต้องเตรียมบริการและต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลกลางในการเข้าร่วมในเส้นทางบินใดๆ นอกจากนี้ รัฐบาลยังเป็นเจ้าของและประกอบการทุกๆ สนามบินในประเทศและยังเป็นผู้ควบคุมระบบการจราจรทางอากาศด้วย และท้ายที่สุด รัฐบาลก็มีอิทธิพลต่ออุตสาหกรรมการบินโดยการเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในสายการบินแอร์แคนาดา (ผู้ขนส่งรายหลักของประเทศแคนาดา)⁷⁵

⁷⁵ Edward Iacobucci, Michael Trebilcock and Palph A. Winter, "The Canadian Experience with Deregulation", 56 University of Toronto Law Journal, 1, 48-49 (Winter 2006).

ประเทศแคนาดาได้เริ่มมีการขจัดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสายการบินตั้งแต่ช่วงต้นๆของยุค 1980 แต่สิ่งสำคัญที่มีผลต่อการบินของประเทศแคนาดาอย่างมากคือเมื่อปีค.ศ. 1987 ที่ได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง พ.ศ. 2530 (National Transportation Act of 1987) ซึ่งมีการขจัดกฎเกณฑ์สำคัญๆสำหรับผู้ที่จะริเริ่มจัดตั้งสายการบิน คือเพียงแค่มีคุณสมบัติเป็นไปตามมาตรฐานเกี่ยวกับการประกันภัย อากาศยานที่มีใบรับรอง นักบินที่มีใบอนุญาต และกรรมสิทธิ์ร้อยละ 75 ถือโดยพลเมืองของแคนาดา (ซึ่งการกำหนดสัดส่วนของกรรมสิทธิ์เช่นนี้มีแรงบันดาลใจมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา) ก็สามารถที่จะประกอบการบินได้ ซึ่งข้อกำหนดด้านพลเมืองในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่งนั้นอยู่ในมาตรา 67(1) ในกรณีที่ผู้ขนส่งทางอากาศเป็นบริษัท ต้องมีพลเมืองของแคนาดาถือกรรมสิทธิ์และควบคุมหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงอย่างน้อยร้อยละ 75 หรือน้อยกว่านั้นตามประกาศที่ประธานสภากำหนดไว้เป็นการเฉพาะ และพลเมืองของแคนาดาจะต้องควบคุมผู้ขนส่งตามความเป็นจริง (control in fact) ด้วย⁷⁶

จากนั้น ก้าวสำคัญที่นำไปสู่ความสำเร็จในอุตสาหกรรมการบินของประเทศมากยิ่งขึ้นคือ การทำให้สายการบินแอร์แคนาดาเป็นของเอกชนอย่างสมบูรณ์ในปีค.ศ. 1988 ทำให้สายการบินแอร์แคนาดาสามารถทำการแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพภายใต้สภาวะที่เพิ่งเริ่มมีการผ่อนคลายข้อจำกัดต่างๆ และยังทำให้สายการบินแอร์แคนาดาสามารถเข้าสู่ตลาดทุนได้โดยตรงเพื่อนำเงินมาลงทุนในแผนการปรับปรุงฝูงบินใหม่

3.3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งสายการบินของแคนาดา

กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งสายการบินของประเทศแคนาดา ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง พ.ศ. 2539 (The Canada Transportation Act of 1996) กฎหมายฉบับนี้ได้ออกมาแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง พ.ศ. 2530 ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้ที่

⁷⁶ National Transportation Act of 1987 Section 67(1) "... Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the Immigration Act, a government in Canada or an agent thereof or any other person or entity that is controlled in fact by Canadians and of which at least seventy-five per cent, or such lesser percentage as the Governor in Council may by regulation specify, of the voting interests are owned and controlled by Canadians..."

ประกอบบริการเดินอากาศไม่ว่าภายในหรือระหว่างประเทศจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์การขนส่งแห่งประเทศแคนาดา (Canadian Transportation Agency)⁷⁷ ก่อน กล่าวคือ สำหรับผู้ประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในฐานะสายการบินของแคนาดาจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ (License for Scheduled International Service) จึงจะสามารถประกอบบริการเดินอากาศได้ ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินที่จะบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ และผลของการที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านดังกล่าวไว้ ดังต่อไปนี้

3.3.2.1 ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน

การประกอบกิจการสายการบินในฐานะผู้ขนส่งของประเทศแคนาดาในการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศกำหนดให้เฉพาะบุคคลสัญชาติแคนาดาเท่านั้นที่สามารถประกอบบริการดังกล่าวได้ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง พ.ศ. 2539 มาตรา 69⁷⁸ ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ จะกำหนดคำนิยามของคำว่า “บุคคลสัญชาติแคนาดา” (Canadian) ไว้ ดังนั้นคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินของแคนาดาจึงเป็นไปตามคำนิยามของคำดังกล่าวในมาตรา 55 ที่ได้กำหนดว่า “บุคคลสัญชาติแคนาดา” หมายถึง

⁷⁷ องค์การขนส่งแห่งประเทศแคนาดา แต่เดิมเรียกว่า องค์การขนส่งแห่งชาติ (National Transportation Agency) ซึ่งภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง พ.ศ. 2530 ได้กำหนดให้บุคคลที่จะถือหุ้นหรือเพิ่มหุ้นในผู้ประกอบการขนส่งในประเทศแคนาดาต้องยื่นข้อเสนอให้องค์การขนส่งแห่งชาติพิจารณา และในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง พ.ศ. 2539 ก็ได้ยืนยันอำนาจนี้ไว้

⁷⁸ The Canada Transportation Act Article 69. “(1) On application to the Agency and on payment of the specified fee, the Agency shall issue a licence to operate a scheduled international service to the applicant if

(a) the applicant establishes in the application to the satisfaction of the Agency that the applicant:

(i) is pursuant to subsection (2), eligible to hold the licence.

(2) The Minister may, in writing to the Agency, designate any Canadian as eligible to hold a scheduled international licence and, while the designation remains in force, that Canadian remains so eligible.”

พลเมืองของแคนาดา หรือผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ถาวรตามความหมายในมาตรา 2(1) แห่งพระราชบัญญัติการป้องกันการอพยพและการเข้าเมืองอย่างผิดกฎหมาย รัฐบาลในประเทศแคนาดาหรือหน่วยงานของรัฐบาลนั้น หรือบริษัท หรือเป็นลักษณะอื่นซึ่งมีการร่วมมือหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศแคนาดาหรือกฎหมายท้องถิ่นซึ่งมีการควบคุมตามความเป็นจริง (controlled in fact) โดยบุคคลสัญชาติแคนาดา และ หุ่นที่มีสิทธิออกเสียงอย่างน้อยที่สุดร้อยละ 75 หรือน้อยกว่านั้นตามที่ประธานสภากำหนดไว้เป็นการเฉพาะ จะต้องถือและควบคุมโดยบุคคลสัญชาติแคนาดา⁷⁹

จากบทบัญญัติมาตรานี้ อาจสรุปได้ว่า ความเป็นบุคคลสัญชาติแคนาดาของนิติบุคคลนั้นหมายถึง

1. นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศแคนาดาและ
2. มีบุคคลสัญชาติแคนาดาควบคุมนิติบุคคลตามความเป็นจริงและ
3. มีบุคคลสัญชาติแคนาดาถือและควบคุมหุ่นที่มีสิทธิออกเสียงอย่างน้อยที่สุดร้อยละ

75

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจะเป็นหนังสือไปยังองค์การขนส่งแห่งประเทศแคนาดา กำหนดว่าบุคคลสัญชาติแคนาดาใดที่เป็นผู้เหมาะสมที่จะได้รับใบอนุญาตประกอบการบินบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ และตราบใดที่ที่กำหนดเช่นนั้นยังคงมีผลอยู่ บุคคลสัญชาติแคนาดาผู้นั้นก็ยังคงเป็นผู้เหมาะสมในการได้รับใบอนุญาตต่อไป

3.3.2.2 ความไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน

หากองค์การขนส่งแห่งประเทศแคนาดาตรวจพบว่าผู้ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบการบินบริการเดินอากาศระหว่างประเทศฝ่าฝืนข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน หรือข้อกำหนด

⁷⁹ The Canada Transportation Act Article 55 “‘Canadian’ means a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the Immigration and Refugee Protection Act, a government in Canada or an agent of such a government or a corporation or other entity that is incorporated or formed under the laws of Canada or a province, that is controlled in fact by Canadians and of which at least seventy-five per cent, or such lesser percentage as the Governor in Council may by regulation specify, of the voting interests are owned and controlled by Canadians”

ด้านพลเมือง องค์การขนส่งแห่งประเทศแคนาดาอาจสั่งให้ยับยั้งหรือยกเลิกใบอนุญาตนั้นได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72(1)⁸⁰

3.3.2.3 การพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินของแคนาดา

หน่วยงานที่มีอำนาจออกใบอนุญาตและตรวจสอบคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินได้แก่ องค์การขนส่งแห่งประเทศแคนาดา (ต่อไปนี้จะเรียกว่า องค์การฯ) จะตรวจสอบคุณสมบัติทั้งตั้งแต่เมื่อขอรับใบอนุญาตและได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำแล้ว ซึ่งในการตีความ องค์การฯจะพิจารณาคุณสมบัติด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมตามความเป็นจริงเป็นสำคัญ ดังตัวอย่างคำตัดสินดังต่อไปนี้

คำตัดสินในกรณีสายการบิน Minerve Canada (ค.ศ. 1989) กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีคำตัดสินนี้คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง พ.ศ. 2530 (The National Transportation Act of 1987) ในขณะนั้นหน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการออกใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศและตรวจสอบคุณสมบัติในด้านความเป็นพลเมืองของผู้ขอและผู้ถือใบอนุญาตตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว คือ องค์การการขนส่งแห่งชาติ (National Transportation Agency ต่อไปนี้จะเรียกว่า องค์การ)

คำตัดสินนี้เกี่ยวกับการตรวจสอบขององค์การ เพื่อตัดสินสถานะความเป็นพลเมืองของแคนาดาของสายการบิน Minerve Canada (ต่อไปนี้จะเรียกว่า ผู้ถือใบอนุญาต) ซึ่งเป็นผู้ถือใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบไม่ประจำ กล่าวคือ องค์การจะตรวจสอบว่าผู้ถือใบอนุญาตยังคงมีคุณสมบัติสำหรับการออกใบอนุญาตตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 94(1)(a) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง โดยจะต้องมีความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านความเป็นพลเมืองตามที่ได้มีการจำกัดความไว้ในมาตรา 67(1) แห่งพระราชบัญญัติ

มาตรา 94(1)(a) บัญญัติว่า “(1) ในการยื่นคำขอใบอนุญาตต่อองค์การขนส่งแห่งชาติ และในการชำระค่าธรรมเนียมตามความเหมาะสม ในกรณีที่เป็นการประกอบธุรกิจสาธารณะ องค์การขนส่งแห่งชาติจะออกใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบไม่ประจำให้กับผู้ขออนุญาตถ้าผู้ขออนุญาตได้ยื่นคำขอที่น่าพอใจว่าผู้ขออนุญาตนั้น

⁸⁰ Canada Transportation Act Article 72 “(1) The Agency shall suspend or cancel a scheduled international licence where the Agency determines that, in respect of the service for which the licence was issued, the licensee ceases to meet any of the requirements of subparagraph 69(1)(a)(i) to (iii).”

(a) เป็นพลเมืองของแคนาดา หรือในกรณีที่ไม่ใช่พลเมืองของแคนาดา จะต้องมีการเอกสารที่ออกโดยรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐบาลของประเทศผู้ขออนุญาต จึงจะถือว่าเทียบเท่ากับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบไม่ประจำที่กำลังยื่นคำขออยู่ ...”⁸¹

มาตรา 67(1) บัญญัติว่า “บุคคลสัญชาติแคนาดา หมายถึง พลเมืองหรือผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ถาวรในความหมายของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง รัฐบาลแคนาดาหรือหน่วยงานของรัฐบาลแคนาดา หรือบุคคลอื่น หรือหน่วยงานอื่นที่มีการควบคุมตามความเป็นจริงโดยพลเมืองของแคนาดา และ หุ่นที่มีสิทธิออกเสียงอย่างน้อยที่สุดร้อยละ 75 หรือน้อยกว่านั้นตามที่ประธานสภากำหนดไว้เป็นการเฉพาะ จะต้องถือและควบคุมโดยพลเมืองของแคนาดา”⁸²

ข้อเท็จจริงคือ ในวันที่ออกใบอนุญาต ผู้ถือใบอนุญาตมีคุณสมบัติเป็นไปตามข้อกำหนดด้านพลเมืองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 67(1) หลังจากที่ได้รับใบอนุญาตประมาณ 9 เดือน องค์การ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 35(2) แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้มีการตรวจสอบ

⁸¹ National Transportation Act of 1987 Section 94 “(1) On application to the Agency and on payment of the appropriate fee, the Agency shall, where it determines that it is in the public interest to do so, issue a non-scheduled international licence to the applicant if the applicant establishes in the application to the satisfaction of the Agency that the applicant

(a) is a Canadian or holds, where the applicant is a non-Canadian, a document issued by the government of the applicant's state or an agent thereof that, in respect of the service to be provided under the document, is equivalent to the non-scheduled international licence for which the application is being made;”

⁸² National Transportation Act of 1987 Section 67 “(1) “Canadian” means a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the Immigration Act, a government in Canada or an agent thereof or any other person or entity that is **controlled in fact by Canadians** and of which at least seventy-five per cent, or such lesser percentage as the Governor in Council may by regulation specify, of the voting interests are owned and controlled by Canadians;”

คุณสมบัติด้านความเป็นพลเมืองของผู้ถือใบอนุญาตอีกครั้งหนึ่งว่าผู้ถือใบอนุญาตยังคงมีคุณสมบัติเป็นไปตามข้อกำหนดตามกฎหมายหรือไม่

องค์การได้ตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือใบอนุญาตและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งก็คือ บริษัท Minerve Compagnie Francaise de Transports Aeriens, S.A. (ต่อไปนี้จะเรียกว่า บริษัท Minerve S.A.) เป็นบริษัทของประเทศฝรั่งเศส แล้วพบว่าบริษัทดังกล่าวมีอิทธิพลอย่างมากต่อความอิสระในการประกอบการของผู้ถือใบอนุญาต และยังพบว่านับแต่มีการออกใบอนุญาต ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในธุรกิจของบริษัทของผู้ถือใบอนุญาตและในความสัมพันธ์กับผู้ถือหุ้นของบริษัท Minerve S.A. โดยหลักฐานทางการเงิน สัญญาเช่า และเอกสารเชิงพาณิชย์อื่นๆอีกหลายอย่างที่เปิดเผยว่าผู้ถือใบอนุญาตถูกควบคุมตามความเป็นจริงโดยบริษัท Minerve S.A. องค์การพบว่าบริษัท Minerve S.A. อยู่ในสถานะที่มีอิทธิพลต่อคณะกรรมการบริษัทและพนักงานบริษัทผู้ถือใบอนุญาตจึงก่อให้เกิดการควบคุมตามความเป็นจริง เนื่องจากความสัมพันธ์ของบริษัท Minerve S.A. มีมากกว่าผู้ถือหุ้นที่ไม่มีการควบคุม โดยองค์การได้ตรวจสอบความสัมพันธ์ทางการเงินในส่วนสำคัญที่มีอยู่ระหว่างสองบริษัท พบว่าบริษัท Minerve S.A. ได้เตรียมการสนับสนุนด้านการเงินให้กับผู้ถือใบอนุญาตบนพื้นฐานที่ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้ยืมและผู้ให้ยืมทั่วไป ความช่วยเหลือด้านการเงินของผู้ถือหุ้นที่เป็นพลเมืองของแคนาดานับว่าน้อยมากเมื่อเทียบกับความช่วยเหลือจากบริษัท Minerve S.A. นอกจากนี้ องค์การยังดูถึงหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและไม่มีสิทธิออกเสียงที่ถือโดยผู้ถือหุ้นแต่ละคนรวมทั้งที่ถือโดยบริษัท Minerve S.A. ด้วย

องค์การจึงตัดสินใจว่า ผู้ถือใบอนุญาตฝ่าฝืนคุณสมบัติด้านความเป็นพลเมืองซึ่งเป็นคุณสมบัติที่จำเป็นในการออกใบอนุญาต ดังนั้นจึงสั่งยกเลิกใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบไม่ประจำที่ได้ออกให้แก่ผู้ถือใบอนุญาต แต่เนื่องจากเพื่อผลประโยชน์สาธารณะ องค์การได้ให้เวลาผู้ถือใบอนุญาต 30 วัน ในการที่จะสรุปกิจการทั้งหมดเพื่อหาทางที่มีผลกระทบน้อยที่สุดกับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องซึ่งรวมถึงด้านการขนส่งมวลชน นอกจากนี้ องค์การยังได้ให้ความเห็นว่าผู้ถือใบอนุญาตควรจะถ่ายโอนผู้โดยสารที่กำลังจะเดินทางทั้งหมดก่อนวันยกเลิกใบอนุญาต

3.3.3 กฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวบินเข้ามาในประเทศ

การบริการเดินอากาศของสายการบินต่างด้าวมายังประเทศแคนาดา อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ ประการแรกคือ กรณีที่สายการบินต่างด้าวนั้นเป็นสายการบินที่กำหนด

ของประเทศที่มีความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินกับประเทศแคนาดา ประการที่สอง เป็นกรณีที่สายการบินต่างด้าวนั้นเป็นสายการบินของประเทศที่ไม่ได้มีความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินกับประเทศแคนาดา

3.3.3.1 กรณีที่สายการบินต่างด้าวเป็นสายการบินของประเทศที่มีความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินกับประเทศแคนาดา

สำหรับสายการบินต่างด้าวที่จะทำการบริการเดินอากาศมายังประเทศแคนาดาตามความตกลงหรือความร่วมมือว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ประเทศแคนาดาได้ทำกับต่างประเทศสายการบินต่างด้าวนั้นจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่ง พ.ศ. 2539 ด้วย กล่าวคือ ตามมาตรา 69(3) ได้กำหนดไว้สำหรับบุคคลที่ไม่ใช่บุคคลสัญชาติแคนาดาจะถือว่าบุคคลนั้นสมควรที่จะได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำหากว่าบุคคลที่ไม่ใช่บุคคลสัญชาติแคนาดานั้น

ก. ได้รับการกำหนดจากรัฐบาลต่างประเทศหรือหน่วยงานของรัฐบาลต่างประเทศให้ประกอบการบริการเดินอากาศภายใต้เงื่อนไขของความตกลงหรือความร่วมมือระหว่างรัฐบาลนั้นและรัฐบาลของประเทศแคนาดา และ

ข. มีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการบริการเดินอากาศที่ออกโดยรัฐบาลต่างประเทศหรือหน่วยงานของรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งเอกสารนั้นจะต้องเกี่ยวกับการเตรียมการบริการ จึงจะถือว่าเทียบเท่ากับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ⁸³

⁸³ The Canada Transportation Act Article 69. “(1) On application to the Agency and on payment of the specified fee, the Agency shall issue a licence to operate a scheduled international service to the applicant if

(a) the applicant establishes in the application to the satisfaction of the Agency that the applicant:

(i) in pursuance to subsection (3), eligible to hold the licence.

(3) A non-Canadian is eligible to hold a scheduled international licence if the non-Canadian

นอกจากนี้ หากองค์การขนส่งแห่งประเทศแคนาดาตรวจพบว่าผู้ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศขาดคุณสมบัติด้านใดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 69(1)(a)(i) องค์การขนส่งแห่งประเทศแคนาดาอาจสั่งให้ยับยั้งหรือยกเลิกใบอนุญาตนั้นได้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72(1)⁸⁴

ส่วนการพักหรือเพิกถอนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามความตกลงของสายการบินต่าง ๆ ด้วยเรื่องสัญญาของสายการบินต่าง ๆ นั้น ประเทศแคนาดาสามารถใช้สิทธิดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ได้ทำกับต่างประเทศได้ด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่สายการบินที่กำหนดของประเทศภาคีความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญหรือการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยรัฐหรือคนชาติของรัฐ หรือทั้งรัฐ และคนชาติของรัฐนั้น รัฐบาลแคนาดาจะมีสิทธิที่จะปฏิเสธการใช้สิทธิของสายการบินที่กำหนดตามความตกลงได้ ซึ่งประเทศแคนาดาได้พิจารณาการเข้าถึงสิทธิของต่าง ๆ อื่นในสายการบินต่าง ๆ ที่เป็นสายการบินที่กำหนดตามความตกลงที่ได้ทำกับประเทศแคนาดาเป็นกรณีไป⁸⁵

3.3.3.2 กรณีที่สายการบินต่าง ๆ เป็นสายการบินของประเทศที่ไม่ได้มีความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินกับประเทศแคนาดา

ภายใต้นโยบายการด้านการเดินอากาศระหว่างประเทศของแคนาดาที่เรียกว่า Foreign Carrier Access (FCA) ได้กำหนดให้รัฐบาลต่างประเทศสามารถที่จะยื่นคำขอให้ผู้ขนส่งของประเทศนั้นประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำจากต่างประเทศมายังที่หมายปลายทางจุดหนึ่งหรือหลายจุด (นอกเหนือจากโตรอนโต) ในประเทศแคนาดาได้ ในกรณีที่

(a) has been designated by a foreign government or an agent of a foreign government to operate an air service under the terms of an agreement or arrangement between that Government and the Government of Canada; and

(b) holds, in respect of the air service, a document issued by a foreign government or agent that, in respect of the service to be provided under the document, is equivalent to a scheduled international licence.”

⁸⁴ Canada Transportation Act Article 72, *supra* note 80.

⁸⁵ Department of Transport of Canada, “A New International Air Transportation Policy: Consultation with Stakeholders,” <<http://www.tc.gc.ca/pol/en/ace/consultations/airTransportationPolicy.pdf>>, February 2008.

รัฐบาลต่างประเทศนั้นไม่ได้ทำความเข้าใจว่าด้วยการขนส่งทางอากาศกับประเทศแคนาดา และในกรณีที่ไม่มีผู้ขนส่งของประเทศแคนาดามีความสนใจที่จะทำการบินในตลาดต่างประเทศนั้น ซึ่งนับจากวันที่ประเทศแคนาดาได้ประกาศใช้นโยบายนี้ในปี ค.ศ. 1994 มีรัฐบาลต่างประเทศเพียงสองประเทศเท่านั้นที่ได้ใช้ประโยชน์จากนโยบายนี้ และมีเพียงสายการบินเดียวเท่านั้นที่ยังคงให้บริการอยู่ภายใต้นโยบายนี้⁸⁶

กล่าวโดยสรุป การกำหนดหลักเกณฑ์ด้านสัญญาติของสายการบินของแคนาดาใช้หลักเกณฑ์กรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ และการควบคุมตามความเป็นจริง และสถานที่จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคล ส่วนการพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญญาติของสายการบินต่างด้าวที่จะทำการบินมายังประเทศแคนาดา ประเทศแคนาดาจะพิจารณาเป็นกรณีๆไป

3.4 กฎหมายและนโยบายของประเทศนิวซีแลนด์

การประกอบกิจการสายการบินที่ให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศในฐานะผู้ขนส่งของประเทศนิวซีแลนด์ รวมทั้งสายการบินต่างด้าวที่ต้องการจะทำการบินมายังประเทศนิวซีแลนด์ ผู้ประกอบการนั้นจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ (International Air Services Licensing) หรือใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด (Open Aviation Market Licence) ก่อนจึงจะสามารถเริ่มดำเนินการได้ โดยจะต้องมีคุณสมบัติสอดคล้องตามที่กฎหมาย ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 (The Civil Aviation Act 1990) และเงื่อนไขที่ผู้มีอำนาจของประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งได้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมกำหนดไว้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับนี้

ข้อกำหนดด้านสัญญาติของสายการบินของนิวซีแลนด์ที่จะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศจะเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมไว้สอดคล้องกับข้อสัญญามาตรฐานของความตกลงดังกล่าว เว้นแต่ได้มีความตกลงหรือความร่วมมืออื่นๆที่ประเทศนิวซีแลนด์ได้ทำกับ

⁸⁶ *Ibid*, see also Foreign Carrier Access <<http://www.tc.gc.ca/pol/en/ace/consultations/foreignCarrier.htm>>, March 2008.

ต่างประเทศที่ยอมรับการกำหนดข้อกำหนดด้านสัญญาที่ต่างออกไป สายการบินนั้นก็ได้รับใบอนุญาตภายใต้ความตกลงเช่นนั้น ส่วนการพิจารณาสายการบินต่างด้าวที่จะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังประเทศนิวซีแลนด์ จะมีหลักเกณฑ์การอนุญาตเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 ด้วยเช่นกัน

การศึกษาในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงวิวัฒนาการของกฎหมายและนโยบายด้านการบินของประเทศนิวซีแลนด์ซึ่งในปัจจุบันนี้ถือว่ามีความเสรีมากที่สุดพอสังเขป และศึกษากฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์ โดยเน้นไปที่ข้อกำหนดในด้านสัญญาของสายการบินของนิวซีแลนด์ที่ประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ และผลของการที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญญา รวมทั้งตัวอย่างการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญญาของสายการบินของนิวซีแลนด์ นอกจากนี้ จะศึกษากฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญญาของสายการบินต่างด้าวที่จะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังประเทศนิวซีแลนด์ด้วย

3.4.1 วิวัฒนาการของกฎหมายและนโยบายด้านการบินของประเทศนิวซีแลนด์

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์ แต่เดิมผู้ขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศที่เป็นผู้ขนส่งของชาติคือสายการบินแอร์นิวซีแลนด์ เป็นของรัฐบาล โดยขณะนั้นยังไม่มีนโยบายที่เปิดให้เอกชนเข้ามาให้บริการเนื่องจากเห็นว่าเป็นเรื่องผลประโยชน์ของชาติ ต่อมาในช่วงปีค.ศ. 1960-1970 รัฐบาลได้ออกนโยบายที่จะพัฒนาการบินพลเรือนในรูปแบบผสมระหว่างรัฐกับเอกชน แต่ในทางปฏิบัติ ผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศยังคงตัดสินใจคุณสมบัติในลักษณะป้องกันผู้ขนส่งของชาติอยู่ และหลังจากนั้นสายการบินแอร์นิวซีแลนด์ก็กลายเป็นผู้ประกอบการรายหลักที่ประกอบการในลักษณะผูกขาด และเป็นผู้ดำเนินการแข่งขัน⁸⁷

กระทั่งในปีค.ศ. 1986 รัฐบาลได้มีนโยบายที่จะกอบโกยผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจให้ได้มากที่สุดจากการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ โดยได้เปิดให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในสายการบินได้ จึงทำให้เกิดการแข่งขันกันอย่างมา สายการบินแอร์นิวซีแลนด์จึงต้อง

⁸⁷ "Public and Private Ownership," <<http://www.teara.govt.nz/EarthSeaAndSky/SeaAndAirTransport/Aviation/10/en>>, February 2008.

เผชิญกับการแข่งขันอย่างหนัก จึงได้ขายหุ้นบางส่วนให้กับเอกชน แต่หลังจากการออกนโยบายนี้ ทำให้ตลาดการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศของนิวซีแลนด์มีชื่อเสียงอย่างมาก มีการแข่งขันอย่างแท้จริง และทำกำไรได้มหาศาล⁸⁸

จนถึงในปัจจุบันนี้ ประเทศนิวซีแลนด์นับว่ามีการเตรียมการสู่ความสำเร็จด้านการบินมากที่สุด รัฐบาลของประเทศนิวซีแลนด์ได้เตรียมที่จะจัดข้อจำกัดทั้งหมดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมในบางความตกลงทวิภาคี ดังนั้นจะทำให้สายการบินที่มีคนต่างด้าวเป็นเจ้าของสามารถดำเนินการโดยใช้เส้นทางบินภายในและระหว่างประเทศได้ ซึ่งจะแสดงถึงว่าได้บรรลุผลในความสำเร็จแล้ว อย่างไรก็ตาม สิ่งที่สำคัญสำหรับการตัดสินใจของประเทศนิวซีแลนด์คือผลประโยชน์ของคนชาติ (National interest) ในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ทั้งหมดในสายการบิน

3.4.2 กฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของนิวซีแลนด์

กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์ได้แก่ พระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 (The Civil Aviation Act 1990) กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการและการแบ่งแยกความรับผิดชอบภายในระบบการบินพลเรือนของประเทศนิวซีแลนด์เพื่อเพิ่มระดับความปลอดภัยทางการบิน และเพื่อให้แน่ใจว่าหน้าที่ของประเทศนิวซีแลนด์ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศนั้นสมบูรณ์ และเพื่อรวบรวมและแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบินพลเรือนในประเทศนิวซีแลนด์ โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1990

การประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังหรือออกจากประเทศนิวซีแลนด์ (รวมถึงโดยวิธีการใช้รหัสร่วมกับอากาศยานของอีกสายการบินหนึ่งด้วย) สายการบินจะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ในหมวดที่ 8A คือต้องถือใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ (International Air Service Licence) หรือใบอนุญาตประกอบการ

⁸⁸ Hon. Maurice Williamson, Minister of Transport <http://www.executive.govt.nz/96-99/minister/williamson/air_trans/index.html>, March 2008.

บริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด (Open Aviation Market Licence)⁸⁹ และเนื่องจากว่า การกำหนดคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์ในการได้รับใบอนุญาตทั้งสองชนิดนั้นมีความแตกต่างกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงจะแยกพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์สำหรับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ ประการหนึ่ง และ คุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์สำหรับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด อีกประการหนึ่ง

3.4.2.1 ใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำสำหรับสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์ (Scheduled International Air Service Licence for New Zealand International Airlines)

กรณีที่สายการบินจะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังหรือออกจากประเทศนิวซีแลนด์ สายการบินนั้นจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำสำหรับสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์ (เว้นแต่เป็นการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศหรือดินแดนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมกำหนด ในกรณีนั้นจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด) ซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาต และต้องมีคุณสมบัติสอดคล้องกับกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ต่างๆที่กำหนดไว้ รวมถึงข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน และหากสายการบินนั้นมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดดังกล่าว อาจได้รับผลกระทบกับการให้บริการได้

1) ผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาต

พระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 ได้กำหนดผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำสำหรับสายการบินของ

⁸⁹ Civil Aviation Act of 1990 Article 87B “No person shall carry on in New Zealand any scheduled international air service otherwise than pursuant to and in conformity with the terms of a scheduled international air service licence or, as the case may be, an open aviation market licence.”

ประเทศนิวซีแลนด์ไว้ใน มาตรา 87D⁹⁰ ซึ่งได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม แต่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมไม่อาจเรียกได้ว่ามีอำนาจนี้อย่างเต็มที่ เนื่องจากยังคงมีการ จำกัดการใช้อำนาจ เพราะว่าทุกคำขออนุญาตจะต้องส่งไปยังเลขาธิการกระทรวงคมนาคม หรือ หน่วยงานในกระทรวงที่เลขาธิการมอบหมายให้ดูแลเรื่องการบินทางอากาศ ดังที่ได้กำหนดไว้ใน มาตรา 87C(1)⁹¹ เช่นเดียวกับการแก้ไขและการทำใบอนุญาตใหม่ รัฐมนตรีสามารถสั่งได้เมื่อ ได้รับมอบหมายจากเลขาธิการกระทรวงคมนาคมหรือรองเลขาธิการกระทรวงคมนาคมแล้วเท่านั้น ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 87I(2)⁹²

2) ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์

สำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญชาติของสายการบิน พระราชบัญญัติว่าด้วยการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ในกรณีนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการบินพลเรือน มาตรา 87F(1)(f)⁹³ ได้ออกเงื่อนไขซึ่งมี

⁹⁰ Civil Aviation Act of 1990 Article 87D “The Minister shall be the licensing authority to grant scheduled international air service licences to New Zealand international airlines and to exercise jurisdiction in respect of those licences in accordance with this Part of this Act”

⁹¹ Civil Aviation Act of 1990 Article 87C(1) “(1) Every application for a licence under this Part of this Act shall be lodged with the Secretary.”

⁹² Civil Aviation Act of 1990 Article 87I(2) “Every application for the renewal of a scheduled international air service licence granted under section 87G of this Act shall be lodged with the Secretary not less than 3 months before the date on which the licence expires.”

⁹³ Civil Aviation Act of 1990 Article 87F “(1) In considering any application for a scheduled international air service licence made by a New Zealand international airline the Minister shall take into account the following matters:

(a) Any relevant international agreement, convention, or arrangement to which New Zealand is a party:

(b) The safety and security requirements of the Director:

(c) The financial ability of the applicant to carry on the proposed service:

ข้อกำหนดคุณสมบัติด้านสัญชาติสำหรับสายการบินที่จะขอรับใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้ใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำจะไม่มีออกให้กับสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์ เว้นแต่สายการบินนั้นจะมีพลเมืองของนิวซีแลนด์ ถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมสายการบินอย่างมีประสิทธิภาพ แต่สิทธิของสายการบินในการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศอาจเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ภายใต้ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ประเทศนิวซีแลนด์ได้ทำไว้ กล่าวคือ ตามเงื่อนไขนี้ได้กำหนดให้สายการบินของนิวซีแลนด์จะต้องมี

(a) บุคคลธรรมดาสัญชาตินิวซีแลนด์

(1) ถือกรรมสิทธิ์อย่างน้อยร้อยละ 51 ของทุนที่ชำระแล้วในสายการบิน

(2) มีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน โดยเป็นกรรมกรส่วนใหญ่ในคณะกรรมการบริหารรวมถึงประธานด้วย (นอกจากนี้ ถ้าเป็นบริการที่จะบินไปยังประเทศออสเตรเลีย จะต้องมีบุคคลธรรมดาสัญชาติออสเตรเลียหรือบุคคลธรรมดาสัญชาตินิวซีแลนด์หรือทั้งบุคคลธรรมดาสัญชาติออสเตรเลียและบุคคลธรรมดาสัญชาตินิวซีแลนด์ ดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการบริหารอย่างน้อยสองในสามของจำนวนคณะกรรมการ)

(b) สายการบินต่างด้าว (หรือผลประโยชน์ของสายการบินต่างด้าว) มีกรรมสิทธิ์อยู่ไม่เกินร้อยละ 25 ในสายการบิน และสายการบินต่างด้าว (หรือผลประโยชน์ของสายการบินต่างด้าว) มีกรรมสิทธิ์รวมกันไม่เกินร้อยละ 35

(c) มีสำนักงานแห่งใหญ่ และสถานประกอบกิจการในประเทศนิวซีแลนด์

(d) The likelihood of the applicant carrying on the proposed service satisfactorily:

(e) Any written representations received by the Minister in relation to the application:

(f) Such other matters as the Minister thinks fit.

(2) If the granting of the licence would be contrary to any agreement, convention, or arrangement referred to in subsection (1)(a) of this section, the Minister shall refuse to grant the licence.”

(d) ไม่ว่าความร่วมมือเกี่ยวกับการดำเนินการบริการที่เสนอจะส่งผลกับการควบคุมสายการบินในด้านผลประโยชน์ของต่างดาวหรือไม่⁹⁴

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มีความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ประเทศนิวซีแลนด์ได้ทำไว้กำหนดคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินเป็นอย่างอื่น จะเป็นไปตามความตกลงที่ประเทศนิวซีแลนด์ได้ทำไว้ เช่น ความตกลงน่านฟ้าเสรีระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศออสเตรเลีย (New Zealand – Australia Open Skies Agreement) ความตกลงนี้เปรียบเสมือนความตกลงครั้งสำคัญในประวัติศาสตร์ที่ทำให้การเดินทางทางอากาศนั้นมีความเสรีทั้งระหว่างสองประเทศและอาจไปถึงประเทศอื่นๆด้วย เนื่องจากความตกลงนี้จะส่งผลให้สายการบินของทั้งสองประเทศสามารถขยายบริการและในอนาคตอาจรวมเป็นอุตสาหกรรมการบินเดียวกันได้ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดการแข่งขันมากขึ้นและทำให้ราคาค่าโดยสารถูกลง นอกจากนี้ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินภายใต้ความตกลงน่านฟ้าเสรีระหว่างสองประเทศนี้มีความแตกต่างจากความตกลงอื่นๆทั่วไปที่มักกำหนดความเชื่อมโยงกับรัฐที่กำหนดสายการบินในการให้บริการตามสิทธิการบินที่ได้รับโดยใช้หลักว่าสายการบินนั้นต้องมีกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและ

⁹⁴ Ministry of Transport, Scheduled International Air Service Licences: Information for New Zealand International Airlines (Pamphlet) paragraph 3.4 “(a) New Zealand nationals-

(i) own at least 51% of the paid-up capital of the airline, and

(ii) have effective control of the airline by holding a majority of the positions on the board, including that of chairperson (in addition, if services are to be provided to Australia, at least two-thirds of the board positions must be held by Australian and/or New Zealand nationals);

(b) that not more than 25% of the airline is owned by a foreign airline (or foreign airline interest), and not more than 35% in aggregate is owned by foreign airlines (or foreign airline interests);

(c) that the airline’s head office and operational base will be in New Zealand; and

(d) whether or not arrangements relating to the operation of the proposed service in effect vest control of the airline in a foreign interest.”

การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยรัฐหรือคนชาติของรัฐนั้น แต่สำหรับข้อกำหนดตามความตกลงฉบับนี้ ได้ยกเลิกข้อจำกัดด้านการลงทุนจากต่างด้าวออกไปทั้งหมด แต่ยังคงไว้ซึ่งข้อกำหนดด้านการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพว่าจะต้องอยู่ในมือของรัฐหรือคนชาติของรัฐที่กำหนดสายการบิน และมีข้อกำหนดเรื่องสถานประกอบการธุรกิจแห่งใหญ่ (principal place of business) ว่าต้องอยู่ในประเทศนิวซีแลนด์หรือประเทศออสเตรเลีย

3) ผลของการฝ่าฝืนข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์

การฝ่าฝืนข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์ ส่งผลให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำสำหรับสายการบินของนิวซีแลนด์ได้ กล่าวคือ แม้ได้รับใบอนุญาตนี้แล้ว สายการบินยังคงต้องมีคุณสมบัติด้านพลเมืองเป็นไปตามข้อกำหนดที่กำหนดไว้ในตอนที่ขออนุญาตด้วย มิเช่นนั้นแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตที่ได้ออกให้ได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 มาตรา 87ZC และ 87ZD

การพักใช้ใบอนุญาต เป็นไปตามมาตรา 87ZC⁹⁵ ที่ได้กำหนดว่า เมื่อรัฐมนตรีเห็นว่าผู้ถือใบอนุญาตได้ทำผิดเงื่อนไขของใบอนุญาตที่ได้รับอนุญาตภายใต้หมวด 8A แห่งพระราชบัญญัตินี้ รัฐมนตรีอาจยับยั้งใบอนุญาตเป็นการชั่วคราวได้ตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร

ส่วนการเพิกถอนใบอนุญาต เป็นไปตามมาตรา 87ZD(b)⁹⁶ ที่ได้กำหนดว่า รัฐมนตรีมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกภายใต้พระราชบัญญัติการบินพลเรือนได้หากรัฐมนตรีเห็นว่าการบริการตามบริการที่ได้รับใบอนุญาตไม่เป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของใบอนุญาต แต่รัฐมนตรีไม่มีอำนาจสั่งให้สายการบินแก้ไขคุณสมบัติเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดแต่อย่างใด

⁹⁵ Civil Aviation Act of 1990 Section 87ZC “Where the Minister is satisfied that a licensee has willfully committed a breach of any of the conditions of a licence granted under this Part of this Act, the Minister may suspend the licence for such period as the Minister thinks fit.”

⁹⁶ Civil Aviation Act Section 87ZD “The Minister may revoke a licence granted under this Part of this Act if -

(b) The Minister is satisfied that the service authorised by the licence is not being carried on in conformity with the terms and conditions of the licence;”

3.4.2.2 ใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด (Open Aviation Market Licence)

ใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิดนี้มีไว้สำหรับสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์และสายการบินต่างด้าวที่บินระหว่างประเทศมายังหรือออกจากประเทศหรือดินแดนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมกำหนดเพื่อทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำและเที่ยวบินระหว่างประเทศแบบไม่ประจำที่ได้ทำการขนส่งคนโดยสาร สินค้า หรือไปรษณียภัณฑ์เพื่อค่าตอบแทนหรือสินจ้าง ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 87R⁹⁷ แห่งพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 และในปัจจุบันนี้ประเทศที่รัฐมนตรีกำหนดให้ใช้ใบอนุญาตนี้ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย บรูไน ดารุซาลาม ซิลี คุก ไชล์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก มาเลเซีย เปรู ซามัว สิงคโปร์ ตองก้า ยูไนเต็ด อาหรับ อิมิเรต และ/หรือ สหรัฐอเมริกา ดังนั้นในการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศเหล่านี้ สายการบินจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาต และต้องมีคุณสมบัติสอดคล้องกับกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ต่างๆที่กำหนดไว้ ซึ่งรวมถึงข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน และหากสายการบินนั้นมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดดังกล่าว อาจได้รับผลกระทบกับการให้บริการได้

1) ผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาต

ผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด รวมถึงการใช้อำนาจเกี่ยวกับใบอนุญาตนั้นด้วย ได้แก่ เลขาธิการกระทรวงคมนาคม ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 87S⁹⁸ แห่งพระราชบัญญัติการบินพลเรือน

⁹⁷ Civil Aviation Act of 1990 Section 87R “The Minister may from time to time, by notice in the Gazette, designate any one or more countries or territories in respect of which - (a) Scheduled international air services; and

(b) Non-scheduled international flights engaged in the carriage of passengers, cargo, or mail for remuneration or hire may be carried on pursuant to and in conformity with an open aviation market licence.”

⁹⁸ Civil Aviation Act of 1990 Section 87S “The Secretary shall be the licensing authority to grant open aviation market licences to New Zealand international airlines

2) ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์

พระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินไว้ ดังนั้น เลขานุการกระทรวงคมนาคมจึงได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 87T(1)(C)⁹⁹ กำหนดข้อกำหนดในด้านดังกล่าว แต่ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินนี้มีความแตกต่างกันระหว่างใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิดสำหรับสายการบินที่จะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศหรือดินแดนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมกำหนดให้ต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด และสายการบินที่เป็น SAM airlines¹⁰⁰ ที่ต้องการจะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศออสเตรเลีย ดังนั้น ผู้เขียนจึงจะแยกอธิบายข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินสำหรับสายการบินที่จะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศหรือดินแดนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมกำหนดให้ต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด และข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินสำหรับสาย

and foreign international airlines and to exercise jurisdiction in respect of those licences in accordance with this Part of this Act.”

⁹⁹ Civil Aviation Act of 1990 Section 87T “(1) In considering an application for an open aviation market licence made by a New Zealand international airline or a foreign international airline the Secretary shall take into account the following matters:

(a) Any relevant air services agreement and associated arrangements, and any other international agreement, convention, or arrangement to which New Zealand is a party:

(b) The safety and security requirements of the Director:

(c) Such other matters as the Minister thinks fit and has determined in writing should be taken into account.”

¹⁰⁰ SAM Airlines เป็นสายการบินที่อยู่ภายใต้ความร่วมมือในตลาดการบินตลาดเดียวระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศออสเตรเลีย (New Zealand – Australia Single Aviation Market Arrangement: SAM) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1996

การบินที่เป็น SAM airlines ที่จะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศออสเตรเลีย

ก. สำหรับสายการบินทั่วไปในตลาดการบินแบบเปิด

เลขาธิการกระทรวงคมนาคมกำหนดให้ใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิดจะไม่อนุญาตให้กับสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์ เว้นแต่พลเมืองของนิวซีแลนด์จะถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน ดังนั้น คำขอใบอนุญาตจะต้องมีรายละเอียดที่แสดงว่า

(a) บุคคลธรรมดาสัญชาตินิวซีแลนด์

(i) ถือกรรมสิทธิ์อย่างน้อยร้อยละ 51 ของทุนที่ชำระแล้วทั้งหมดในสายการบิน และสำหรับสายการบินที่ขนส่งคนโดยสาร ทุนที่ชำระแล้วทั้งหมดจะต้องได้สัดส่วนกับระดับของการประกอบการที่เสนอ และ

(ii) มีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบินโดยมีตำแหน่งส่วนใหญ่ในคณะกรรมการบริษัท รวมถึงประธานกรรมการ

(b) ซึ่งสายการบินต่างด้าว (หรือผลประโยชน์ของสายการบินต่างด้าว) มีกรรมสิทธิ์ในสายการบินไม่เกินร้อยละ 25 ในสายการบิน และสายการบินต่างด้าว (หรือผลประโยชน์ของสายการบินต่างด้าว) มีกรรมสิทธิ์รวมกันทั้งหมดไม่เกินร้อยละ 35 ในสายการบิน

(c) ซึ่งสายการบินจะก่อตั้งสภาพบุคคลและมีสำนักงานแห่งใหญ่และสถานประกอบการในประเทศนิวซีแลนด์ และ

(d) ไม่ว่าความร่วมมือเกี่ยวกับการดำเนินการบริการที่เสนอจะส่งผลกับการควบคุมสายการบินในด้านผลประโยชน์ของต่างด้าวหรือไม่¹⁰¹

¹⁰¹ Ministry of Transport, Open Aviation Market Licences: Information for International Airlines (Pamphlet) paragraph 3.5 “(a) that New Zealand nationals -

(i) own at least 51% of the paid-up capital of the airline, and that, for passenger airlines, the total paid-up capital is commensurate with the scale of the operation proposed, and

(ii) have effective control of the airline by holding a majority of the positions on the Board, including that of chairperson;

ข. สำหรับสายการบินที่เป็น SAM airlines

ก่อนอื่น ผู้เขียนจะอธิบายถึงสายการบินที่เป็น SAM airlines สายการบินนี้อยู่ภายใต้ความร่วมมือในตลาดการบินตลาดเดียวระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศออสเตรเลีย (New Zealand – Australia Single Aviation Market Arrangement: SAM) ซึ่งสองประเทศนี้มีความสัมพันธ์กันทางด้านเศรษฐกิจเรื่อยมา และเป็นสองประเทศที่เปิดการค้าเสรีระหว่างกันอย่างแท้จริง โดยความร่วมมือนี้จะใช้กับสายการบินที่บริการรับขนส่งผู้โดยสารและสินค้าแบบประจำภายในและระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศออสเตรเลีย “SAM airline” มีความหมายว่าสายการบินที่มีคุณสมบัติเป็นไปตามข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมตามที่กำหนดไว้ในความร่วมมือนี้ หรือ ได้รับความเห็นชอบร่วมกันจากรัฐมนตรีของทั้งสองประเทศที่มีหน้าที่รับผิดชอบด้านการบินพลเรือน และยังต้องได้รับการรับรองในด้านความปลอดภัยในการบิน การประกันภัย อากาศยาน และการดำเนินการ

ภายใต้ความร่วมมือนี้ ได้กำหนดข้อกำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมของ “SAM airline” ไว้ว่า

(1) ในการที่จะดำเนินการบริการในตลาดการบินตลาดเดียว ผู้ขนส่งจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- ต้องมีคนชาตินิวซีแลนด์หรือคนชาติออสเตรเลีย หรือทั้งคนชาตินิวซีแลนด์และคนชาติออสเตรเลีย ถือกรรมสิทธิ์อย่างน้อยร้อยละ 50 และมีการควบคุมคณะกรรมการอย่างมีประสิทธิภาพ

- ต้องมีคนชาตินิวซีแลนด์หรือคนชาติออสเตรเลีย หรือทั้งคนชาตินิวซีแลนด์และคนชาติออสเตรเลีย เป็นกรรมการในคณะกรรมการอย่างน้อยสองในสาม

- ประธานคณะกรรมการต้องเป็นคนชาตินิวซีแลนด์หรือคนชาติออสเตรเลีย

(b) that not more than 25% of the airline is owned by a foreign airline (or foreign airline interest), and not more than 35% in aggregate is owned by foreign airlines (or foreign airline interests);

(c) that the airline will be incorporated, and its head office and operational base will be, in New Zealand; and

(d) whether or not arrangements relating to the operation of the proposed service in effect vest control of the airline in a foreign interest.”

- มีสำนักงานแห่งใหญ่ของสายการบินอยู่ในประเทศนิวซีแลนด์หรือออสเตรเลีย และ

- มีสถานประกอบการอยู่ในประเทศนิวซีแลนด์หรือออสเตรเลีย

(2) หากทั้งสองประเทศไม่พอใจว่าผู้ขนส่งที่จะประกอบบริการหรือผู้ขนส่งที่ได้บริการในตลาดการบินตลาดเดียวนี้แล้ว จะมีความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมตามที่กำหนดไว้ อาจเรียกร้องให้มีการหารือกันได้¹⁰²

หาก SAM airlines ต้องการที่จะมาขอใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด รัฐมนตรีได้กำหนดข้อกำหนดต่างๆสำหรับประเทศออสเตรเลียเพื่อการพิจารณาของเลขาธิการกระทรวงคมนาคมในการออกใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิดให้กับ SAM airlines โดยเฉพาะเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุม รัฐมนตรีได้กำหนดไว้ในข้อ 3.5 เกี่ยวกับการที่จะแสดงว่าผู้ขออนุญาตมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ภายใต้ข้อบทของ SAM ในความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศออสเตรเลีย โดยคำขออนุญาตจะต้องประกอบไปด้วยหลักฐานที่แสดงว่า

(a) คนชาตินิวซีแลนด์ หรือคนชาติออสเตรเลีย หรือทั้งคนชาตินิวซีแลนด์และคนชาติออสเตรเลีย

¹⁰² Australia-New Zealand Single Aviation Market Arrangements paragraph 8

“(1) In order to operate services in the SAM, carriers must meet the following criteria:

- at least 50% ownership and effective board control by Australian and/or New Zealand nationals;

- at least two-thirds of the Board members are Australian and/or New Zealand nationals;

- the Chairperson of the Board is an Australian or New Zealand national;

- the airline's head office is in Australia or New Zealand; and

- the airline's operational base is in Australia or New Zealand.

(2) If either country is not satisfied that a prospective or existing carrier operating in the SAM meets the above criteria, it may request consultations.”

(i) ถือหุ้นที่ชำระแล้วส่วนใหญ่ในสายการบิน และสำหรับสายการบินที่ทำการรับขนคนโดยสาร ที่ชำระแล้วทั้งหมดนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับระดับการบริการที่เสนอ และ

(ii) มีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน โดยมีตำแหน่งในคณะกรรมการอย่างน้อยสองในสาม รวมถึงประธานด้วย

(b) สำนักงานแห่งใหญ่และสถานประกอบกิจการอยู่ในประเทศนิวซีแลนด์หรือประเทศออสเตรเลีย และ

(c) ไม่ว่าความร่วมมือที่เกี่ยวกับการดำเนินการบริการที่เสนอนั้นจะมีผลกระทบต่อ การควบคุมสายการบินในด้านผลประโยชน์ของต่างด้าวหรือไม่¹⁰³

นอกจากนี้ แม้สายการบินจะไม่เป็นไปตามข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุม เลขาธิการอาจออกใบอนุญาตให้ได้ถ้าสายการบินได้รับการยอมรับร่วมกันจากรัฐมนตรีที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการบินพลเรือนตามความร่วมมือในตลาดการบินเดียวระหว่างสองประเทศ¹⁰⁴

¹⁰³ Ministry of Transport, Open Aviation Market Licences (Australia): Information for international airlines (Pamphlet) paragraph 3.5 “In order to demonstrate that the applicant meets eligibility criteria under the SAM provisions of the Australia - New Zealand Air Services Agreement, an application for an open aviation market licence must include affidavits with details showing:

(a) that Australian and/or New Zealand nationals -

(i) own a majority of the paid-up capital of the airline, and that, for passenger airlines, the total paid-up capital is commensurate with the scale of the operation proposed, and

(ii) have effective control of the airline by holding at least two-thirds of the positions on the board, including that of chairperson;

(b) that the airline’s head office and operational base are in Australia or New Zealand; and

(c) whether or not arrangements relating to the operation of the proposed service in effect vest control of the airline in a foreign interest.”

3) ผลของการฝ่าฝืนข้อกำหนดด้านสัญชาติ

การฝ่าฝืนข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์ ส่งผลให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิดสำหรับสายการบินของนิวซีแลนด์ได้ กล่าวคือ แม้ได้รับใบอนุญาตนี้แล้ว สายการบินยังคงต้องมีคุณสมบัติด้านพลเมืองเป็นไปตามข้อกำหนดที่กำหนดไว้ในตอนที่ขออนุญาตด้วย มิเช่นนั้นแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตที่ได้ออกให้ได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 มาตรา 87ZC และ 87ZD ซึ่งเป็นเช่นเดียวกับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ

3.4.3 การพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์

การใช้ดุลพินิจการตีความคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินของนิวซีแลนด์ ผู้เขียนจะยกตัวอย่างการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาข้อเสนอในการที่มีคนต่างด้าวขอเข้าร่วมการถือหุ้นเพิ่มขึ้นในสายการบินของนิวซีแลนด์ จากตัวอย่างดังที่ได้ยกขึ้นต่อไปนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ผู้มีอำนาจมีการพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปโดยคำนึงถึงเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจมากกว่าความเคร่งครัดในตบฏกฎหมาย ซึ่งเป็นเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ที่ได้ศึกษามา

กรณีนี้เป็นการตัดสินใจของรัฐบาลของประเทศนิวซีแลนด์เกี่ยวกับข้อเสนอของสายการบินแอร์นิวซีแลนด์และสายการบินแควนตัส (สายการบินของประเทศออสเตรเลีย) ที่จะเข้าร่วมเป็นพันธมิตรสายการบิน โดยในการประกอบกิจการร่วมกันของสายการบิน จะให้สายการบินแอร์นิวซีแลนด์เป็นผู้บริหารจัดการ รวมถึงเที่ยวบินทั้งหมดของสายการบินแอร์นิวซีแลนด์และเที่ยวบินของสายการบินแควนตัสทั้งหมดที่บินเข้าไป ออกจาก และภายในประเทศนิวซีแลนด์ และให้สาย

¹⁰⁴ Ministry of Transport, Open Aviation Market Licences (Australia): Information for international airlines (Pamphlet) paragraph 3.6 “An airline that does not meet these ownership and control requirements may be granted an open aviation market licence if the airline is jointly approved as a “SAM airline” by both the Australian and New Zealand Ministers responsible for civil aviation in accordance with the Single Aviation Market Arrangements between the two countries.”

การบินแควนตัสเข้าถือหุ้นเพิ่มอีกร้อยละ 4.99 ในสายการบินแอร์นิวซีแลนด์ ซึ่งถ้าได้รับอนุญาตสายการบินแควนตัสจะถือหุ้นในสายการบินแอร์นิวซีแลนด์รวมทั้งสิ้นร้อยละ 22.5 ดังนั้นรัฐบาลของประเทศนิวซีแลนด์ยังคงเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ร้อยละ 64

ในมุมมองเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงครั้งนี้ แบ่งออกเป็นสองมุมมอง มุมมองแรก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้มองว่าข้อเสนอนี้ดี นอกจากจะช่วยให้เกิดประโยชน์กับบริษัทและผู้ถือหุ้นแล้ว ยังเป็นทางที่จะทำให้สายการบินแอร์นิวซีแลนด์ที่ให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศเป็นผู้นำส่งชั้นนำของโลก อีกมุมมองหนึ่ง ซึ่งเป็นข้อพิจารณาของรัฐบาลในการตัดสินใจข้อเสนอคือการคงไว้ซึ่งการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบินแอร์นิวซีแลนด์โดยคนชาตินิวซีแลนด์ และคงไว้ซึ่งความสามารถของสายการบินแอร์นิวซีแลนด์ในการใช้สิทธิการบินที่ประเทศนิวซีแลนด์มีอยู่และจะมีต่อไปในอนาคต

จากข้อเสนอของสายการบินแอร์นิวซีแลนด์และสายการบินแควนตัส ได้กำหนดว่า คณะกรรมการของสายการบินแอร์นิวซีแลนด์จะยังคงมีอำนาจเด็ดขาดเหนือสายการบินแอร์นิวซีแลนด์และบริหารจัดการการดำเนินกิจการร่วมกัน สายการบินแควนตัสจะใช้อำนาจในเรื่องสำคัญๆโดยผ่านคณะที่ปรึกษาด้านพันธมิตรเชิงยุทธศาสตร์ (ซึ่งจะประกอบด้วยตัวแทนสามคนที่มาจากแต่ละบริษัท) โดยสายการบินแควนตัสจะเสนอผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการจำนวนสองคนในสายการบินแอร์นิวซีแลนด์ และสายการบินแอร์นิวซีแลนด์จะเสนอผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการจำนวนหนึ่งคนในสายการบินแควนตัส

และสุดท้ายแล้ว รัฐบาลของประเทศนิวซีแลนด์ได้ยอมรับข้อเสนอ¹⁰⁵

3.4.4 กฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวบินเข้ามาในประเทศ

กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์ได้แก่ พระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 (The Civil Aviation Act 1990) เช่นเดียวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสายการบินของนิวซีแลนด์ ซึ่งสายการบินที่จะประกอบบริการเดินอากาศระหว่าง

¹⁰⁵ Michael Cullen, "Government approves Air NZ Qantas Proposal Proceeding to Commerce Commission," <<http://www.beehive.govt.nz/release/govt+approves+air+nz+qantas+proposal+proceeding+commerce+commission>>, February 2008.

ประเทศมายังหรือออกจากประเทศนิวซีแลนด์ (รวมถึงโดยวิธีการใช้รหัสร่วมกับอากาศยานของอีกสายการบินหนึ่งด้วย) สายการบินจะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ในหมวดที่ 8A คือต้องถือใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ (International Air Service Licence) หรือใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด (Open Aviation Market Licence)¹⁰⁶ และเนื่องจากว่า การพิจารณาอนุญาต คุณสมบัติด้านสัญญาติของสายการบินต่างตัวในการได้รับใบอนุญาตทั้งสองชนิดนั้นมีความแตกต่างกันบางประการ ดังนั้น ผู้เขียนจึงจะแยกพิจารณาสายการบินต่างตัวที่จะได้รับใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ ประการหนึ่ง และการพิจารณาสายการบินต่างตัวที่จะได้รับใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิดอีกประการหนึ่ง

3.4.4.1 ใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ (Scheduled International Air Service Licence for Foreign International Airline)

1) ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต

ผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำสำหรับสายการบินต่างตัวและเป็นผู้ใช้อำนาจเกี่ยวกับใบอนุญาต ได้แก่ เลขาธิการกระทรวงคมนาคม ในกรณีที่สายการบินนั้นเป็นสายการบินที่ได้รับการกำหนดให้เป็นผู้ใช้สิทธิตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศหรือความร่วมมือที่ได้ทำกับรัฐบาลของนิวซีแลนด์ แต่หากผู้ขออนุญาตประกอบบริการเดินอากาศระหว่างประเทศเป็นสายการบินต่างตัวที่ทำการบินระหว่างประเทศของประเทศหรือรัฐที่ประเทศนิวซีแลนด์ไม่ได้มีความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศหรือความร่วมมืออย่างอื่นที่คล้ายคลึงกัน จะต้องโอนคำขอไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเพื่อตัดสินใจ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 87L แห่งพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533¹⁰⁷

¹⁰⁶ Civil Aviation Act of 1990 Section 87B “No person shall carry on in New Zealand any scheduled international air service otherwise than pursuant to and in conformity with the terms of a scheduled international air service licence or, as the case may be, an open aviation market licence.”

¹⁰⁷ Civil Aviation Act of 1990 Section 87L “(1) Subject to subsection (2) of this section, the Secretary shall be the licensing authority to grant scheduled international air

2) การพิจารณาคำขออนุญาต

การพิจารณาคำขอใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศของสายการบินต่างด้าว เลขาธิการจะพิจารณาในเรื่องต่างๆตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 87M(1)¹⁰⁸ แห่งพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 ได้แก่

ก. ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศใดๆที่เกี่ยวข้อง รวมถึงบทแก้ไขเพิ่มเติม และความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ อนุสัญญา หรือความร่วมมือที่ประเทศนิวซีแลนด์เป็นภาคี

ข. ข้อกำหนดของประธานคณะกรรมการการบินพลเรือนด้านความปลอดภัยและความมั่นคง

ค. เรื่องอื่นๆตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร

ภายใต้มาตรา 87M(1)(c) รัฐมนตรีได้ออกนโยบายกำหนดข้อกำหนดเรื่องสัญชาติของสายการบินต่างด้าวไว้ว่า “ผู้ขออนุญาตต้องเตรียมเอกสารเกี่ยวกับสัญชาติของการควบคุมของสายการบิน และหลักฐานด้านสัญชาติของกรรมสิทธิ์หรือสถานประกอบการแห่งใหญ่และสถาน

service licences to foreign international airlines and to exercise jurisdiction in respect of those licences in accordance with this Part of this Act.

(2) Where the applicant for a scheduled international air service licence is a foreign international airline of a country or territory with which New Zealand does not have an air service agreement or similar arrangement, the application shall be referred to the Minister for determination in accordance with sections 87M to 87O of this Act as if the references in those sections to the Secretary were references to the Minister.”

¹⁰⁸ Civil Aviation Act of 1990 Section 87(M)(1) “In considering any application for a scheduled international air service licence made by a foreign international airline the Secretary shall take into account the following matters:

(a) Any relevant air services agreement and associated arrangements, and any other international agreement, convention, or arrangement to which New Zealand is a party:

(b) The safety and security requirements of the Director:

(c) Such other matters as the Minister thinks fit and has determined in writing should be taken into account.”

ประกอบการด้วย (ภายใต้ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศส่วนใหญ่ สัญชาติของกรรมสิทธิ์และการควบคุมของสายการบินอาจมีผลกระทบกับการได้สิทธิตามความตกลง ในบางความตกลง สถานประกอบการแห่งใหญ่และสถานประกอบการของสายการบินอาจจะเกี่ยวข้องในการพิจารณาเรื่องสัญชาติด้วย)”¹⁰⁹

3.4.4.2 ใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด (Open Aviation Market Licence)

สายการบินต่างด้าวที่เป็นสายการบินของประเทศออสเตรเลีย บรูไน ดารุซาลาม ซิลิคูท ไอซ์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก มาเลเซีย แปรู ซามัว สิงคโปร์ ตองก้า ญูโนเต็ด อาหรับ อิมิเรส หรือสหรัฐอเมริกา หากจะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังหรือออกจากประเทศนิวซีแลนด์ จะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิด จึงจะสามารถทำการบินมายังประเทศนิวซีแลนด์ได้ ในการออกใบอนุญาตและการพิจารณาสายการบินต่างด้าวเพื่อประกอบการบริการเดินอากาศ จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต

ผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิดสำหรับสายการบินต่างด้าว รวมถึงการใช้อำนาจเกี่ยวกับใบอนุญาตนั้นด้วย ได้แก่ เลขาธิการกระทรวงคมนาคม ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 87S¹¹⁰ แห่งพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533

¹⁰⁹ Ministry of Transport, Scheduled International Air Services Licences: Information for Foreign International Airlines (Pamphlet) paragraph 3.5 “An applicant may be required to supply evidence of the nationality of the control of the airline, and either evidence of the nationality of its ownership or its principal place of business and place of incorporation. (Under most bilateral air services agreements, the nationality of the ownership and control of an airline can affect its entitlement to exercise the rights accorded by the agreement. In some agreements the principal place of business and place of incorporation of the airline may also be relevant.)”

¹¹⁰ Civil Aviation Act of 1990 Section 87S, *supra* note 98.

2) การพิจารณาคำขออนุญาต

ในการพิจารณาคำขอสำหรับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศในตลาดการบินแบบเปิดสำหรับสายการบินต่างดาว เลขานุการจะพิจารณาในเรื่องต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 87T(1) ได้แก่

ก. ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศใดๆที่เกี่ยวข้อง และความร่วมมือ และความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ อนุสัญญา หรือความร่วมมือที่ประเทศนิวซีแลนด์เป็นภาคี

ข. ข้อกำหนดของประธานคณะกรรมการการบินพลเรือนด้านความปลอดภัยและความมั่นคง

ค. เรื่องอื่นๆตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร¹¹¹

ภายใต้มาตรา 87T(1)(C) แห่งพระราชบัญญัติการบินพลเรือน พ.ศ. 2533 รัฐมนตรีได้ออกนโยบายกำหนดข้อกำหนดในการออกใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศในตลาดการบินแบบเปิดว่าเลขานุการจะไม่ออกใบอนุญาตนี้ให้หากการอนุญาตจะเป็นการขัดแย้งกับความร่วมมือเกี่ยวกับบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือกับความตกลงระหว่างประเทศ อนุสัญญา หรือความร่วมมืออื่นๆ ซึ่งประเทศนิวซีแลนด์เป็นภาคี

ส่วนการพิจารณาสัญชาติของสายการบินต่างดาว ได้กำหนดข้อกำหนดว่าสายการบินต่างดาวนั้นจะต้องเป็นสายการบินที่กำหนดของรัฐตามที่มีความร่วมมือเกี่ยวกับบริการเดินอากาศระหว่างประเทศนิวซีแลนด์และประเทศนั้นกำหนดไว้ โดยเลขานุการอาจเรียกให้ผู้ขออนุญาตส่งหลักฐานที่แสดงว่ามีความสอดคล้องกับข้อเรียกร้องสำหรับการเป็นสายการบินที่กำหนดภายใต้ความร่วมมือเกี่ยวกับบริการเดินอากาศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะแยกพิจารณาดังนี้

1. สายการบินที่กำหนดของประเทศลักเซมเบิร์ก จะต้องยื่นหลักฐานแสดงสัญชาติของกรรมสิทธิ์และการควบคุม

2. สายการบินที่กำหนดของประเทศออสเตรเลีย บรูไน ซิลี เดอะคูก ไอล์แลนด์ มาเลเซีย เปรู ซามัว สิงคโปร์ ตองก้า และสหรัฐอเมริกา จะต้องยื่นหลักฐานแสดงสัญชาติของกรรมสิทธิ์และการควบคุมรวมถึงสถานประกอบการ สถานประกอบการแห่งใหญ่ และรายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างการควบคุมของสายการบินด้วย

3. สายการบินที่กำหนดของสาธารณรัฐอาหรับ เอมิเรต จะต้องยื่นหลักฐานแสดงสัญชาติของกรรมสิทธิ์และการควบคุม สถานประกอบการ สถานประกอบการแห่งใหญ่

¹¹¹ Civil Aviation Act of 1990 Section 87T, *supra* note 99.

รายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างการควบคุมของสายการบิน และกรรมสิทธิ์ของสายการบินที่รัฐบาลของสาธารณรัฐอาหรับ เอมิเรตส์ สุลต่านโอมาน และรัฐบาห์เรนและการตาร์ หรือคนชาติของรัฐเหล่านั้นยังคงมีอยู่

กล่าวโดยสรุป การกำหนดข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินของประเทศนิวซีแลนด์จะเป็นไปตามความตกลงแต่ละรูปแบบต่างกันออกไป อาจกล่าวได้ว่า ประเทศนิวซีแลนด์เน้นความสำคัญของการที่ต่างประเทศจะสามารถยอมรับสายการบินของนิวซีแลนด์ได้ ในการกำหนดสัดส่วนกรรมสิทธิ์และการควบคุม หรือจุดเกาะเกี่ยวอื่น ๆ เช่น สถานประกอบการแห่งใหญ่ มากกว่าที่จะเน้นความเคร่งครัดในข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศส่วนใหญ่

3.5 กฎหมายและนโยบายของประเทศออสเตรเลีย

การศึกษาในหัวข้อนี้จะแบ่งออกเป็นกฎหมายและนโยบายของประเทศออสเตรเลียที่ใช้บังคับกับสายการบินของออสเตรเลียที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2463 (Air Navigation Act 1920) และพระราชบัญญัติสายการบินแควนตัส พ.ศ. 2535 (Qantas Sale Act 1992) ซึ่งจะใช้เฉพาะกับสายการบินแควนตัสเท่านั้น โดยจะเน้นที่การกำหนดข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน และกฎหมายและนโยบายที่ใช้บังคับกับสายการบินต่างด้าวที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศในการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวเหล่านั้นสามารถทำการบินมายังหรือออกจากประเทศออสเตรเลียได้

3.5.1 กฎหมายและนโยบายที่ใช้บังคับกับสายการบินของออสเตรเลียที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ

กฎหมายที่ใช้บังคับกับสายการบินของออสเตรเลียที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศที่ไม่ใช่สายการบินแควนตัส ได้แก่ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2463 รวมถึงเงื่อนไขที่ได้ ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับนี้ด้วย ส่วนสายการบินแควนตัส จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติสายการบินแควนตัส พ.ศ. 2535

3.5.1.1 พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2463 (Air Navigation Act 1920)

พระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้ สายการบินของออสเตรเลียที่เสนอบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ รวมถึงสายการบินที่เสนอบริการใช้รหัสร่วมด้วย (Code share arrangements) จะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ (International Airline Licence: IAL) ก่อน จึงจะทำการบินได้¹¹² ซึ่งสายการบินของออสเตรเลียที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ (Australian international airline) หมายถึง สายการบินที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ (ยกเว้นสายการบินแควนตัส) ซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการขนส่งคนโดยสารหรือสินค้า หรือทั้งคนโดยสารและสินค้าภายใต้ความร่วมมือทวิภาคีในฐานะสายการบินที่กำหนดโดยประเทศออสเตรเลียในการประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ¹¹³

ดังนั้น จากพระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศให้กับสายการบินของออสเตรเลียที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินที่ได้รับอนุญาต และผลของการฝ่าฝืนเงื่อนไขตามข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน

1) ผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาต

ผู้มีอำนาจในการพิจารณาออกใบอนุญาตสายการบินที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ รวมถึงกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในใบอนุญาตคือเลขาธิการกระทรวงโยธาธิการและคมนาคม

¹¹² Air Navigation Act of 1920 Section 12 “(1) Subject to subsection (1B), an international airline shall not operate a scheduled international air service over, into or out of Australian territory except in accordance with an international airline licence issued by the Secretary in accordance with the regulations.”

¹¹³ Air Navigation Act of 1920 Section 11A(4) “In this section: **Australian international airline** means an international airline (other than Qantas) that may be permitted to carry passengers or freight, or both passengers and freight, under a bilateral arrangement as an airline designated by Australia to operate a scheduled international air service.”

(Department for Infrastructure, Transport, Regional Development and Local Government) ตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 12¹¹⁴

2) ข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน

สายการบินของประเทศออสเตรเลียที่ต้องการจะได้รับใบอนุญาตสายการบินที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศจะต้องแสดงให้เห็นว่าสายการบินนั้นมีคุณสมบัติเป็นไปตามข้อกำหนดในความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ระหว่างประเทศออสเตรเลียและประเทศที่สายการบินนั้นต้องการที่จะบินไป ซึ่งเรื่องสำคัญที่สุดนั่นคือเรื่องความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพที่ต้องอยู่ในมือของชนชาติออสเตรเลีย ประเทศที่จดทะเบียน และสถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่

บทบัญญัติที่กำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์จะอยู่ในมาตรา 11A(2)¹¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ โดยกำหนดให้สายการบินของออสเตรเลียที่ก่อตั้งขึ้นจะมีความสอดคล้องกับกฎหมายถ้าได้จำกัดการขายหุ้นและการถือกรรมสิทธิ์ในหุ้น (รวมถึงการถือกรรมสิทธิ์ร่วม) ในสายการบิน

¹¹⁴ Air Navigation Act of 1920 Section 12, *supra* note 112.

¹¹⁵ Air Navigation Act of 1920 Section 11A(2) "The Constitution of an Australian International Airline complies with this subsection if it:

(a) imposes restrictions on the issue and ownership (including joint ownership) of shares in the Australian international airline so as to prevent foreign persons having relevant interests in shares in the Australian international airline that represent, in total, more than 49% of the total value of the issued share capital of the Australian international airline; and

(c) confers the following powers on the directors of the Australian international airline to enable the directors to enforce the restrictions referred to in paragraph (a):

(i) the power to do anything necessary to effect the transfer of shares held by a person;

(ii) the power to remove or limit the right of a person to exercise voting rights attached to voting shares;

(iii) the power to end the appointment of a person to the office of director of the Australian international airline."

ของออสเตรเลียสำหรับบุคคลต่างด้าว¹¹⁶ ไม่เกินร้อยละ 49 ของมูลค่าหุ้นทุนทั้งหมดที่ออกจำหน่าย ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลประโยชน์เกี่ยวข้อในหุ้นของสายการบินของออสเตรเลียมากเกินไป

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้อำนาจกับประธานของสายการบินของออสเตรเลียให้สามารถออกข้อจำกัดเกี่ยวกับการออกจำหน่ายหุ้นและการถือกรรมสิทธิ์ในหุ้นได้ ซึ่งได้แก่ อำนาจในการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้ส่งผลกับการโอนหุ้นที่บุคคลถือ อำนาจที่จะยกเลิกหรือจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้สิทธิออกเสียงตามหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และอำนาจในการสิ้นสุดการแต่งตั้งบุคคลให้ไปทำงานในสำนักงานที่กรรมการของสายการบินควบคุมอยู่

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติการเดินอากาศฉบับนี้จะไม่ได้นำข้อกำหนดในด้านการควบคุมในสายการบินไว้แต่อย่างใด ซึ่งในเรื่องนี้เป็นเงื่อนไขของรัฐบาลเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การกำหนดสายการบิน กล่าวคือ สายการบินที่จะได้รับอนุญาตให้แบ่งสรรความจุ จะต้องได้รับการกำหนดโดยประเทศออสเตรเลียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศได้ โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

ก. อย่างน้อยสองในสามของสมาชิกในคณะกรรมการของสายการบินจะต้องเป็นพลเมืองของออสเตรเลีย

ข. ประธานคณะกรรมการต้องเป็นพลเมืองของออสเตรเลีย

ค. สำนักงานใหญ่ของสายการบินจะต้องอยู่ในประเทศออสเตรเลีย

ง. สถานประกอบการของสายการบินจะต้องอยู่ในประเทศออสเตรเลีย และ

จ. บุคคลต่างด้าวสามารถถือหุ้นทุนได้ไม่เกินร้อยละ 49 ของมูลค่าหุ้นทุนที่ออกจำหน่ายทั้งหมด

นอกจากนี้ ภายใต้มาตรา 11A(1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงโยธาธิการและการขนส่งอาจกำหนดให้สายการบินที่เป็นสายการบินที่กำหนดหรือกำลังขอเป็นสายการบินที่กำหนดส่งข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลต่างด้าวที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในหุ้นของสายการบินได้ และรัฐมนตรีอาจยับยั้งหรือเพิกถอนการเป็นสายการบินที่กำหนดได้หากสายการบินนั้นมีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่มากกว่าร้อยละ 49 ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 13(c)

¹¹⁶ บุคคลต่างด้าว ตามที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการเดินอากาศจะหมายถึงสายการบินต่างด้าว หรือ บุคคล (นอกเหนือจากสายการบินต่างด้าว) ซึ่งไม่ใช่บุคคลสัญชาติออสเตรเลีย

3) ความไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน

สายการบินของออสเตรเลีย นอกจากจะต้องมีคุณสมบัติในตอนที่ได้รับอนุญาตเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายและนโยบายกำหนดแล้ว เมื่อได้รับใบอนุญาตแล้ว ยังคงต้องคงไว้ซึ่งคุณสมบัติเช่นนั้นด้วย การที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินนั้นถือว่าเป็นการที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่ตรงตามที่พระราชบัญญัติการเดินอากาศหรือข้อบังคับที่ออกภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดไว้ ซึ่งทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงโยธาธิการและการขนส่งอาจใช้สิทธิในการเปลี่ยนแปลง พักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตที่ได้ออกให้ไว้¹¹⁷

3.5.1.2 พระราชบัญญัติสายการบินแควนตัส พ.ศ. 2535 (Qantas Sale Act 1992)

พระราชบัญญัติสายการบินแควนตัสฉบับนี้จะใช้บังคับกับสายการบินแควนตัสเท่านั้น ตามพระราชบัญญัติได้กำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับข้อบังคับของสายการบินแควนตัสที่ต้องมีในเรื่องเกี่ยวกับการจำกัดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมในสายการบินเพื่อกงความเป็นสายการบินที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศที่กำหนดของประเทศออสเตรเลีย โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมไว้ในมาตรา 7 ซึ่งในเรื่องกรรมสิทธิ์นั้นกำหนดให้สายการบินแควนตัสต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

1. สายการบินแควนตัสต้องกำหนดข้อจำกัดในการออกจำหน่ายหุ้นและกรรมสิทธิ์ (รวมถึงกรรมสิทธิ์ร่วม) ในหุ้นของสายการบินแควนตัสเพื่อที่จะป้องกันบุคคลต่างด้าว (Foreign persons) จากการมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในหุ้นของสายการบินแควนตัสมากกว่าร้อยละ 49 ของมูลค่าหุ้นทั้งหมดที่สายการบินแควนตัสออกจำหน่าย และ
2. สายการบินแควนตัสต้องกำหนดข้อจำกัดในการออกจำหน่ายหุ้นและกรรมสิทธิ์ (รวมถึงกรรมสิทธิ์ร่วม) ในหุ้นของสายการบินแควนตัสเพื่อที่จะป้องกันสายการบินต่างด้าว

¹¹⁷ Air Navigation Act of 1920 Section 13 “The Minister may vary, suspend or cancel the international airline if and only if:

(a) the airline or any aircraft operated by the airline fails to comply with a provision of this Act, the regulations ... or the terms of its licences;

(c) in the opinion of the Minister: the airline or an aircraft operated by the airline is likely to fail to comply with this Act, the regulations, ... or the terms of its licence;”

(Foreign airlines) จากการมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในหุ้นของสายการบินแควนตัสมากกว่าร้อยละ 35 ของมูลค่าหุ้นทั้งหมดที่สายการบินแควนตัสออกจำหน่าย และ

3. สายการบินแควนตัสต้องกำหนดข้อจำกัดในการออกจำหน่ายหุ้นและกรรมสิทธิ์ (รวมถึงกรรมสิทธิ์ร่วม) ในหุ้นของสายการบินแควนตัสเพื่อที่จะป้องกันบุคคลต่างด้าวคนเดียว จากการมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในหุ้นของสายการบินแควนตัสมากกว่าร้อยละ 25 ของมูลค่าหุ้นทั้งหมดที่สายการบินแควนตัสออกจำหน่าย และ

4. สายการบินแควนตัสต้องกำหนดข้อจำกัดในการนับคะแนนออกเสียงในเรื่องการแต่งตั้ง การโยกย้าย และการถอดถอนกรรมการของสายการบินแควนตัสในสถานการณ์พิเศษเพื่อป้องกันการนับหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงที่ถือโดยบุคคลต่างด้าวและสายการบินต่างด้าวในเรื่องการแต่งตั้ง โยกย้าย ถอดถอน กรรมการที่ควบคุมสำนักงานของสายการบินแควนตัสมากกว่าหนึ่งในสาม

5. สายการบินแควนตัสต้องให้อำนาจต่อไปนี้กับกรรมการของสายการบินแควนตัส เพื่อให้กรรมการสามารถที่จะออกข้อจำกัดที่กล่าวถึงในข้อ 1 ข้อ 2 และข้อ 3 ได้

5.1 อำนาจในการทำสิ่งใดที่จำเป็นเพื่อให้มีผลต่อการโอนหุ้นที่บุคคลถือ

5.2 อำนาจที่จะยกเลิกหรือจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้สิทธิออกเสียงตามหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง

5.3 อำนาจที่จะสิ้นสุดการแต่งตั้งบุคคลให้ไปทำงานในสำนักงานที่กรรมการของสายการบินแควนตัสควบคุมอยู่

นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้กำหนดเกณฑ์การตัดสินใจบางประการเกี่ยวกับผลประโยชน์ของต่างด้าวด้วย ในกรณีที่บุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของออสเตรเลีย แต่มีถิ่นฐานอยู่ในประเทศออสเตรเลียเพียงช่วงระยะเวลาหนึ่ง จะได้รับการตัดสินใจเช่นเดียวกับที่ได้มีการตัดสินใจภายใต้พระราชบัญญัติการอนุญาตให้ต่างด้าวเข้าถือสิทธิและครอบงำกิจการ พ.ศ. 2518 (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975) นอกจากนี้ ยังกำหนดให้มีความเกี่ยวข้องกับหุ้นของต่างด้าวในส่วนสาระสำคัญคือการกล่าวถึงหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงร้อยละ 15 หรือมากกว่านั้นในสายการบินแควนตัสซึ่งบุคคลต่างด้าวมียุทธประโยชน์เกี่ยวข้อง

สายการบินแควนตัสมีหน้าที่จะต้องโฆษณาหนังสือแจ้งในราชกิจจานุเบกษาของรัฐบาล (Gazette) โดยระบุวันแรกที่สายการบินแควนตัสได้สงสัยว่าบุคคลนอกเหนือจากเครื่องจักรภาพหรือตัวแทนของเครื่องจักรภาพได้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในสายการบินแควนตัสด้วย

ส่วนข้อกำหนดด้านการควบคุม ได้กำหนดไว้ให้พลเมืองของออสเตรเลีย (Australian citizen) เป็นกรรมการในคณะกรรมการของสายการบินแควนตัสอย่างน้อยสองในสาม และในการประชุมคณะกรรมการของสายการบินแควนตัส กรรมการที่เป็นผู้นำในการประชุมจะต้องเป็นพลเมืองของออสเตรเลีย

และพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังกำหนดให้สายการบินแควนตัสจะต้องมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศออสเตรเลียเสมอ

3.5.1.3 การใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบิน

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนจะยกตัวอย่างเกี่ยวกับข้อเสนอในการลงทุนของต่างด้าวในสายการบินของออสเตรเลีย ซึ่งรัฐบาลได้อนุมัติข้อเสนอการลงทุนโดยมีเงื่อนไขต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ ดังนี้

กรณีนี้เกี่ยวกับการอนุมัติของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (Treasurer)¹¹⁸ และรองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมและบริการภูมิภาค (Deputy Prime Minister, Minister for Transport and Regional Services) ซึ่งในปัจจุบันนี้เป็นกระทรวงโยธาธิการและคมนาคม Department of Infrastructure, Transport, Regional Development and Local Government) ในข้อเสนอที่สายการบินแอร์นิวซีแลนด์ (Air New Zealand Limited) ยื่นข้อเสนอเกี่ยวกับการเข้าถือหุ้นร้อยละ 50 ในบริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง จำกัด (Ansett Holding Limited) ซึ่งเป็นสายการบินของประเทศออสเตรเลีย โดยบริษัทนิวส์ คอร์ปอเรชั่น จำกัด (News Corporation Limited) การทำคำตัดสินนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้ปรึกษากับรองนายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับข้อกำหนดในนโยบายที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ และพิจารณาข้อเสนอที่ยื่นเข้ามาด้วย

คำตัดสินของรัฐบาลเกี่ยวกับข้อเสนอนี้ตามเงื่อนไขที่กำหนดว่า

1. บริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง และบริษัทแอนเซท อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด จะยังคงประกอบกิจการในประเทศออสเตรเลีย

¹¹⁸ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นรัฐมนตรีที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับคณะกรรมการพิจารณาทบทวนการลงทุนจากต่างด้าว (The Foreign Investment Review Board (FIRB)) ซึ่งคณะกรรมการนี้มีหน้าที่ในการพิจารณาทบทวนการลงทุนจากต่างด้าวในประเทศออสเตรเลีย หรือบริษัทออสเตรเลีย รวมทั้งสายการบินของออสเตรเลียด้วย ดูรายละเอียดได้ที่ www.firb.gov.au.

2. บริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง จะยังคงมีสำนักอำนวยการแห่งใหญ่ (substantial headquarters) และสถานประกอบการแห่งใหญ่ (operations headquarters) ในประเทศออสเตรเลีย

3. เกี่ยวกับเรื่องระดับของกรรมสิทธิ์ในบริษัทแอนเซท อินเตอร์เนชันแนล สายการบินแอร์นิวซีแลนด์จะสนับสนุน

3.1 โอกาสในการเติบโตของกลุ่มบริษัทแอนเซท โฮลดิ้งและแอร์นิวซีแลนด์ ทั้งในและนอกประเทศออสเตรเลียซึ่งบริษัทแอนเซท อินเตอร์เนชันแนลใช้สิทธิอยู่

3.2 บริษัทแอนเซท อินเตอร์เนชันแนลเพิ่มความจุของเที่ยวบินระหว่างประเทศที่ว่างอยู่โดยเป็นไปตามโอกาสทางการค้าในฐานะที่เป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศออสเตรเลียในการเดินอากาศระหว่างประเทศ

4. ไม่มีการลดการจ้างงานในประเทศออสเตรเลียในหน้าที่ที่ต้องใช้ทักษะสูงในบริษัทแอนเซท อินเตอร์เนชันแนล ด้วยผลของกลยุทธ์การจัดการอย่างรอบคอบ

5. ไม่มีการลดการจ้างงานในสายการบินระดับภูมิภาค (Regional airline) ที่เป็นผลจากการเปลี่ยนแปลงไปสู่เครือข่ายภูมิภาคของบริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง หรือด้วยผลของกลยุทธ์การจัดการอย่างรอบคอบในช่วงสามปีข้างหน้า

6. ไม่มีปลายทางใดในภูมิภาคที่บริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง หรือบริษัทลูกได้ให้บริการในเส้นทางนั้นอยู่ที่จะเสียสิทธิในการให้บริการไปแม้ว่าการบริการจะมีการเปลี่ยนแปลงไปภายในเครือข่ายของบริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง

7. จะต้องมีพลเมืองของออสเตรเลียเป็นกรรมการอย่างน้อยที่สุดหนึ่งในสี่ในคณะกรรมการของกลุ่มบริษัทแอนเซทและแอร์นิวซีแลนด์

8. สายการบินแอร์นิวซีแลนด์จะต้องทำรายงานประจำปีแต่ละปีในช่วงสามปีข้างหน้าโดยชี้แจงโครงสร้างให้สอดคล้องกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ข้างต้น โดยคำชี้แจงนี้จะมีการทบทวนในเวลาสิ้นสุดช่วงระยะเวลานั้น

นอกจากนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้อนุมัติข้อเสนอที่ให้สายการบินแอร์นิวซีแลนด์ถือหุ้นร้อยละ 50 ในบริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง ภายใต้เงื่อนไขต่อไปนี้

1. บริษัทแอนเซท อินเตอร์เนชันแนล จะยังคงมีพลเมืองของประเทศออสเตรเลียถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในบริษัท

2. สำนักงานแห่งใหญ่และสถานประกอบการแห่งใหญ่ของบริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง ยังคงอยู่ในประเทศออสเตรเลีย

3. อย่างน้อยสองในสามของจำนวนกรรมการในคณะกรรมการ และประธานกรรมการของบริษัทแอนเซท อินเตอร์เนชันแนลจะต้องเป็นพลเมืองของออสเตรเลีย

เงื่อนไขข้างต้นนี้ได้กำหนดขึ้นเพื่อให้มั่นใจว่ากิจกรรมของบริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง ยังคงมีศูนย์กลางอยู่ในประเทศออสเตรเลีย และทำให้เกิดการแข่งขันอย่างมากในตลาดสายการบินของประเทศออสเตรเลีย และการทำสัญญานี้จะไม่ส่งผลในการลดการบริการในเครือข่ายของบริษัทแอนเซท โฮลดิ้งในส่วนภูมิภาคของประเทศออสเตรเลีย และจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศออสเตรเลียด้วยผลแห่งข้อผูกพันของสายการบินแอร์นิวซีแลนด์ที่จะดำเนินตามโอกาสที่กลุ่มบริษัทแอนเซทและแอร์นิวซีแลนด์จะเติบโตทั้งในและนอกประเทศออสเตรเลียโดยผ่านบริษัทแอนเซท อินเตอร์เนชันแนล

รัฐบาลได้กล่าวกับสายการบินแอร์นิวซีแลนด์ว่าการอนุมัติข้อเสนอนี้เป็นารยอมรับเจตนาที่สายการบินแอร์นิวซีแลนด์ได้แสดงออกมาเพื่อที่จะสนับสนุนและพัฒนาบริษัทแอนเซท โฮลดิ้ง และบริษัทแอนเซท อินเตอร์เนชันแนลให้เป็นสายการบินระดับโลกและเป็นสายการบินคู่แข่งภายในกลุ่มบริษัทแอนเซท โฮลดิ้งและแอร์นิวซีแลนด์ ดังนั้น รัฐบาลจึงได้สนับสนุนเจตนา

3.5.2 กฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวบินเข้ามาในประเทศ

กฎหมายที่ใช้ในการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวสามารถทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังประเทศออสเตรเลียได้ ได้แก่ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2463 (Air Navigation Act 1920) ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้กำหนดว่า สายการบินต่างด้าวที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ (Foreign Airline) หมายถึง บริษัทขนส่งทางอากาศที่นอกเหนือจากสายการบินของออสเตรเลียที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ สายการบินแควนตัส หรือ บริษัทขนส่งทางอากาศที่เสนอหรือดำเนินการบริการเดินอากาศภายในดินแดนออสเตรเลียเท่านั้น¹¹⁹

¹¹⁹ Air Navigation Act of 1920 Section 11A “(4) In this section: **foreign airline** means an air transport enterprise other than:

(a) an Australian international airline; or

(b) Qantas; or

(c) an air transport enterprise offering or operating an air service solely within Australian territory.”

สายการบินต่างด้าวที่ต้องการจะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ จะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ (International Airline Licence: IAL) ก่อน จึงจะทำการบินได้เว้นแต่ สายการบินนั้นได้ประกอบการภายใต้ความตกลงระหว่างสายการบินที่เดินอากาศระหว่างประเทศและผู้ถือใบอนุญาตสายการบินที่เดินอากาศระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการอนุมัติจากเลขาธิการเป็นลายลักษณ์อักษร และได้เตรียมการบริการไว้สำหรับสายการบินที่จะประกอบการบริการเดินอากาศตามใบอนุญาต หรือ เงื่อนไขที่เลขาธิการกำหนด (ถ้ามี) ในการอนุมัติ แต่การออกใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศให้กับสายการบินต่างด้าว สายการบินต่างด้าวนั้นต้องเป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศที่เป็นคู่สัญญาความตกลงว่าด้วยการผ่านแดนทางอากาศ หรือความตกลงหรือความร่วมมืออื่น ที่ได้ทำกับประเทศออสเตรเลียด้วย¹²⁰

¹²⁰ Air Navigation Act of 1920 Section 12 “(1) Subject to subsection (1B), an international airline shall not operate a scheduled international air service over, into or out of Australian territory except in accordance with an international airline licence issued by the Secretary in accordance with the regulations.

(1B) Subsection (1) does not apply to the operation of a scheduled international air service by an international airline if it is operated in accordance with:

(a) an agreement, between the international airline and the holder of an international airline licence, that:

(i) has been approved in writing by the Secretary; and

(ii) provides for the airline to operate the service for which the licence was issued; and

(b) the conditions (if any) imposed by the Secretary in giving the approval referred to in subparagraph (a)(i).

(2) An international airline licence shall not be granted to an international airline of a country other than Australia unless that country and Australia are parties to the Air Transit Agreement, or to some other agreement or arrangement, whether bilateral or multilateral, under which scheduled international air services of that other country

ส่วนการยื่นขอรับใบอนุญาตประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ จะต้องแสดงว่าสายการบินนั้นมีความสอดคล้องกับข้อกำหนดตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศออสเตรเลียและประเทศที่สายการบินนั้นก่อตั้งบริษัทและจดทะเบียนซึ่งจะเกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุม การก่อตั้งบริษัท และสถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่นอกจากนี้ยังอาจต้องแสดงว่าสายการบินนั้นมีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขภายใต้กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้โดยผู้มีอำนาจเกี่ยวกับการบินของออสเตรเลีย ซึ่งบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับการประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศด้วย

กล่าวโดยสรุป การกำหนดหลักเกณฑ์ด้านสัญชาติของสายการบินของออสเตรเลียที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ ประเทศออสเตรเลียใช้หลักเกณฑ์เรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่ การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ และสถานประกอบการแห่งใหญ่

3.6 บทสรุป

จากการศึกษาในบทนี้ พบว่า ประเทศต่างๆ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในด้านสัญชาติของสายการบินของตนในการประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศไม่ว่าจะอยู่ในรูปของกฎหมาย หรือนโยบายคล้ายคลึงกัน เนื่องจาก ทุกประเทศนั้นจะคำนึงถึงความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติในความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศ ที่กำหนดให้สายการบินที่กำหนดของรัฐบาลมีความตกลงจะต้องมีกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยรัฐหรือคนชาติของรัฐ หรือทั้งรัฐและคนชาติของรัฐนั้น มิเช่นนั้นแล้ว รัฐบาลก็อีกฝ่ายอาจปฏิเสธไม่ให้สายการบินนั้นสามารถประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่าน มาয়้ง หรือออกจากรัฐนั้นได้ ส่วนการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศมายังประเทศตน รัฐต่างๆ มักจะพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินที่กำหนดตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศเป็นกรณีๆ ไป โดยการใช้สิทธิปฏิเสธหรือการละสิทธิปฏิเสธสายการบินต่างด้าวที่จะทำการบินมายังประเทศตนด้วยเหตุผลด้านความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาตินั้น รัฐต่างๆ มักจะพิจารณาถึงเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจและการเมืองระหว่างประเทศมากกว่าเรื่องความเคร่งครัดตามกฎหมาย

may, subject to the agreement or arrangement, be operated over or into Australian territory."

สำหรับหลักเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาติของสายการบินที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำของประเทศต่างๆ อาจสรุปข้อกำหนดในด้านจุดเกาะเกี่ยวอันแท้จริงระหว่างรัฐกับสายการบินที่ประเทศต่างๆ กำหนดไว้ให้สายการบินจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์นั้นได้ตามตารางดังต่อไปนี้

จุดเกาะเกี่ยว กับรัฐ ประเทศต่างๆ	กรรมสิทธิ์ของ คนชาติ	การควบคุมโดย คนชาติ	สถาน ประกอบการแห่ง ใหญ่	สถานที่จด ทะเบียนก่อตั้งนิติ บุคคล
สหภาพยุโรป	อย่างน้อยร้อยละ 50	การควบคุมอย่าง มีประสิทธิภาพ	ในรัฐสมาชิก	ในรัฐสมาชิก
สหรัฐอเมริกา	อย่างน้อยร้อยละ 75	จำนวนกรรมการ ประธาน เจ้าหน้าที่ และ การควบคุมอัน แท้จริง	ไม่กำหนด	ในประเทศ สหรัฐอเมริกา
แคนาดา	อย่างน้อยร้อยละ 75	การควบคุมตาม ความเป็นจริง	ไม่กำหนด	ในประเทศ แคนาดา
นิวซีแลนด์	อย่างน้อยร้อยละ 51	จำนวนกรรมการ ประธาน และการ ควบคุมอย่างมี ประสิทธิภาพ	ในประเทศ นิวซีแลนด์	ไม่กำหนด
ออสเตรเลีย	อย่างน้อยร้อยละ 51	จำนวนกรรมการ ประธาน	ในประเทศ ออสเตรเลีย	ไม่กำหนด