

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ

ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีสัญญาร่วมลงทุน

สร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ และสัญญาร่วมดำเนินการสร้างมูลค่าเพิ่ม

ให้กับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก)

กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้มีหนังสือ ที่ ทก ๐๒๐๑.๒/๗๔๒ ลงวันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๐ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (บมจ. ทีโอที) ซึ่งเดิมคือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เป็นรัฐวิสาหกิจภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร มีปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ระหว่าง บมจ. ทีโอที กับเอกชนที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ใช้บังคับ รวมทั้งสัญญาซึ่งจัดทำขึ้นใหม่ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ รวม ๗ สัญญา^๑ โดย บมจ. ทีโอที ขอหารือว่า การดำเนินการตามสัญญาดังกล่าวทั้ง ๗ สัญญาได้ปฏิบัติโดยถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ และในกรณีที่ไม่ถูกต้อง

๑. บมจ. ทีโอที จะมีแนวทางการปฏิบัติต่อไปอย่างไร

๒. บมจ. ทีโอที จะต้องเริ่มดำเนินการตามขั้นตอนใดของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

๓. บมจ. ทีโอที จะต้องดำเนินการอย่างไรกับการดำเนินการตามที่ได้มีการจัดทำสัญญาไปแล้ว รวมทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาไปแล้วและในระหว่างดำเนินการ เพื่อให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงขอหารือคณะกรรมการกฤษฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าว

ส่งพร้อมหนังสือ ที่ นร ๐๙๐๑/๐๑๔๓ ลงวันที่ ๒๕ มกราคม ๒๕๕๑ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^๑ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้ขอหารือเกี่ยวกับสัญญา รวมทั้งสิ้น ๗ สัญญา คือ ๑. สัญญาร่วมดำเนินการสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับโครงข่ายเคเบิลใยแก้วใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก ๒. สัญญาร่วมการลงทุนและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ ๑ ล้านเลขหมายในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค ๓. สัญญาร่วมลงทุนจัดตั้งโครงข่ายเคเบิลใยแก้วนำแสงตามเส้นทางรถไฟ ๔. สัญญาร่วมการลงทุนและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ ๕. สัญญาใช้ช่องสัญญาณดิจิทัลของดาวเทียมไอพีสตาร์ ๖. สัญญาปรับปรุงโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ 470 MHz และ ๗. สัญญาร่วมลงทุนสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหารือของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาร่วมลงทุนสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ (Submarine Optical Fibre Cable Project) ลงวันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๓๔ (สัญญาร่วมลงทุนฯ) และสัญญาร่วมดำเนินการสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก ลงวันที่ ๑ มีนาคม ๒๕๔๗ (สัญญาร่วมดำเนินการฯ) โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (สำนักงานปลัดกระทรวง) และผู้แทน บมจ. ทีโอที เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริง ปรากฏข้อเท็จจริงโดยสรุปตามเอกสารที่เกี่ยวข้องและตามคำชี้แจงของผู้แทน ดังนี้

๑. บมจ. ทีโอที เดิมคือ ทศท. ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๓๗ ต่อมา ทศท. ได้แปลงสภาพเป็นบริษัท โดยเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ และจดทะเบียนเป็นบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (บมจ. ทศท.) เมื่อวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๔๕ มีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมด และโดยผลแห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายุกเลิกกฎหมายว่าด้วยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๕ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๓๗ เป็นอันยกเลิกตั้งแต่วันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๔๕ เป็นต้นมา และต่อมาเมื่อวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๔๘ บมจ. ทศท. ได้จดทะเบียนเปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)

๒. เมื่อวันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๓๔ ก่อนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ บมจ. ทีโอที ในขณะที่เป็น ทศท. และบริษัทจัสมิน ซับมารีน เทเลคอมมิวนิเคชั่นส์ จำกัด (บริษัทจัสมินฯ) ได้ทำสัญญาร่วมลงทุนฯ เพื่อตกลงเข้าร่วมการงานในการสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ จากบริเวณพื้นที่ภาคตะวันออกของประเทศไปยังจังหวัดภาคใต้ชายฝั่งทะเลด้านอ่าวไทย โดยมีการกำหนดเงื่อนไขการดำเนินโครงการตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ดังนี้

๒.๑ บริษัทจัสมินฯ เป็นผู้ลงทุนจัดหา ติดตั้ง ควบคุม ตลอดจนบำรุงรักษาโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ เพื่อให้ ทศท. ดำเนินการให้บริการสนองความต้องการของประชาชนได้ตามกำหนดเวลาภายใต้สัญญาร่วมลงทุนฯ ดังกล่าว และเพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุน ทศท. ตกลงให้บริษัทจัสมินฯ มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งรายได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา มีกำหนดเวลา ๒๐ ปี นับแต่วันลงนามในสัญญาเป็นต้นไป (ข้อ ๑.)^๒

^๒ ข้อ ๑. ภายใต้เงื่อนไขสัญญานี้ และนับแต่วันที่ทำสัญญานี้เป็นต้นไป ทศท. และบริษัทตกลงเข้าร่วมการงานตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๓๗ ในการสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ โดยบริษัทจะลงทุนจัดหา ติดตั้ง ควบคุม ตลอดจนบำรุงรักษาโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ

๒.๒ เครื่องมือและอุปกรณ์ต่าง ๆ ตลอดจนทรัพย์สินอื่น ๆ ที่บริษัทฯ ได้ทำขึ้น หรือจัดหาไว้สำหรับการดำเนินการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ ให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ ทศท. ทั้งนี้ที่ติดตั้งเสร็จเรียบร้อยและผ่านการทดสอบตรวจรับ (ข้อ ๓.)^๓

๒.๓ ทศท. ตกลงแบ่งรายได้จากการให้บริการให้แก่บริษัทฯ ในแต่ละปีตามอัตราร้อยละของรายได้ตามที่กำหนดในสัญญา โดยใช้รายได้ที่เกิดขึ้นจากการให้บริการของ ทศท. หรือใช้สูตรในการคำนวณรายได้ของ ทศท. ตามที่กำหนดในสัญญา (ข้อ ๗.)^๔

๒.๔ ในระหว่างอายุสัญญา หาก ทศท. ประสงค์จะขยายจำนวนวงจรของ โครงข่ายเคเบิลใต้น้ำตามสัญญานี้ หรือบริษัทฯ ประสงค์จะเปลี่ยนแปลงรายการรายละเอียด ของเครื่องอุปกรณ์ที่กำหนดไว้ตามสัญญาร่วมลงทุนฯ คู่สัญญาจะต้องตกลงเจรจากัน ใน รายละเอียดและเจรจาอัตราการแบ่งรายได้บนพื้นฐานของความเป็นธรรม (ข้อ ๑๒.)^๕

๒.๕ บริษัทฯ อาจโอนสิทธิเรียกร้องในการรับเงินส่วนแบ่งรายได้จาก ทศท. ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุนฯ ให้แก่บุคคลอื่นได้ ส่วนสิทธิหน้าที่อื่น ๆ

เพื่อให้ ทศท. ดำเนินการให้บริการสนองความต้องการของประชาชนได้ตามกำหนดเวลาภายใต้สัญญานี้ และ เพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุนดังกล่าว ทศท. ตกลงให้บริษัทฯ มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งรายได้ตามหลักเกณฑ์และ เงื่อนไขภายใต้สัญญานี้ โดยมีกำหนดเวลา ๒๐ (ยี่สิบ) ปี นับแต่วันลงนามในสัญญาเป็นต้นไป

ฯลฯ

ฯลฯ

^๓ ข้อ ๓. บรรดาเครื่องมือและอุปกรณ์ต่าง ๆ ตลอดจนทรัพย์สินอื่น ๆ ที่บริษัทฯ ได้ทำขึ้น หรือ จัดหาไว้สำหรับดำเนินการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำตามภาคผนวกหมายเลข ๑ ของสัญญานี้ต้องเป็นของแท้ รุ่น ใหม่ล่าสุดและไม่เคยถูกใช้มาก่อน และสามารถใช้งานได้ดีตามวัตถุประสงค์ของ ทศท.

ทรัพย์สินต่าง ๆ ดังกล่าวในวรรคแรกให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ ทศท. ทั้งนี้ที่ติดตั้งเสร็จ เรียบร้อยและผ่านการทดสอบตรวจรับตามวิธีการในภาคผนวกหมายเลข ๔ แล้วโดยต้องสามารถใช้ได้ดีตาม วัตถุประสงค์ของ ทศท. อย่างไรก็ตาม หากปรากฏความชำรุดบกพร่องเกี่ยวกับเครื่องมือ และอุปกรณ์ตลอดจน ทรัพย์สินอื่น ๆ ดังกล่าว บริษัทฯ จะต้องรับผิดชอบตลอดระยะเวลาของสัญญานี้

^๔ ข้อ ๗. คู่สัญญาตกลงกันเกี่ยวกับการแบ่งรายได้ดังต่อไปนี้

๗.๑ ทศท. ตกลงจะแบ่งรายได้ที่ได้รับจากการให้บริการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำให้บริษัทฯ ในแต่ ละปี และตามอัตราส่วนของรายได้ในอัตราร้อยละดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

๗.๒ การคำนวณอัตราส่วนแบ่งของรายได้ดังกล่าวในข้อ ๗.๑ ทั้งสองฝ่ายตกลงใช้รายได้ที่ เกิดขึ้นจากการเปิดบริการของ ทศท. หรือใช้สูตรในการคำนวณรายได้ของ ทศท. ดังนี้

รายได้เป็นตัวจำนวนเงินทั้งหมดต่อปีเท่ากับ Ax365xBxC

ฯลฯ

ฯลฯ

^๕ ข้อ ๑๒. ในระหว่างอายุสัญญา หาก ทศท. มีความประสงค์จะขยายจำนวนวงจรของ โครงข่ายเคเบิลใต้น้ำตามสัญญานี้ หรือบริษัทฯ มีความประสงค์จะเปลี่ยนแปลงรายการรายละเอียดของเครื่อง อุปกรณ์ที่กำหนดไว้ตามสัญญานี้ เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการตลอดจนวิวัฒนาการทางเทคโนโลยี คู่สัญญาจะตกลงเจรจากันในรายละเอียดและเจรจาอัตราการแบ่งรายได้บนพื้นฐานของความเป็นธรรม

บริษัทจัสมินฯ จะโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจาก ทศท. ก่อน (ข้อ ๑๕.)^๖

๒. ต่อมา หลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับแล้ว ในขณะที่ บมจ. ทีโอที ยังเป็น ทศท. นั้น ได้มีการจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาฯ รวม ๔ ฉบับ ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

๒.๑ ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๑ จัดทำขึ้นเมื่อวันที่ ๗ มีนาคม ๒๕๓๗ ระหว่าง ทศท. กับบริษัทจัสมินฯ เนื่องจาก ทศท. ให้มีการย้ายจุดเชื่อมโยงและจุดขึ้นฝั่งเพื่อกระจายความหนาแน่นในการใช้งานจริง และมีสาระเป็นการแก้ไขเรื่องเกี่ยวกับการคำนวณอัตราส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ซึ่งเดิมได้กำหนดอัตราค่าบริการที่ใช้ในการคำนวณไว้เฉพาะอัตราค่าบริการโทรศัพท์ทางไกลอัตโนมัติเพียงกรณีเดียว เป็นให้ใช้อัตราค่าบริการแยกระหว่างกรณีโทรศัพท์ทางไกลและโทรศัพท์ภายในท้องถิ่น โดยบริษัทจัสมินฯ ตกลงที่จะรับส่วนแบ่งรายได้ในแต่ละปีตามอัตราส่วนที่กำหนดไว้แต่เดิมในสัญญาร่วมลงทุนฯ และยอดจำนวนเงินรวมตลอดอายุสัญญาไม่เกิน ๑๙,๐๑๔ ล้านบาท

๒.๒ ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ จัดทำขึ้นเมื่อวันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๒๕๓๙ ระหว่าง ทศท. กับบริษัทจัสมินฯ เพื่อลงทุนจัดสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตก (ด้านทะเลอันดามัน) เพิ่มเติมจากโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ที่มีอยู่เดิม และมีสาระสำคัญ ดังนี้

๑) แก้ไขข้อ ๑. ของสัญญาร่วมลงทุนฯ เพื่อขยายโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำให้ครอบคลุมถึงฝั่งทะเลด้านตะวันตก^๗ ซึ่งมีผลว่า ทศท. ตกลงให้บริษัทจัสมินฯ เป็นผู้ลงทุนจัดหา ติดตั้ง ควบคุม ตลอดจนบำรุงรักษาโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตก (ด้านทะเล

^๖ ข้อ ๑๕. บริษัทอาจโอนสิทธิเรียกร้องในการรับเงินส่วนแบ่งรายได้จาก ทศท. ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ให้แก่บุคคลอื่นได้ ส่วนสิทธิหน้าที่อื่น ๆ บริษัทจะโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจาก ทศท. ก่อน และถึงแม้บริษัทจะได้รับความยินยอมดังกล่าว บริษัทก็ยังคงต้องรับผิดชอบหน้าที่ที่โอนไปนั้นทุกประการ

^๗ ๒. ให้ยกเลิกข้อความในข้อ ๑. ของสัญญาร่วมลงทุนสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ข้อ ๑. ภายใต้เงื่อนไขสัญญานี้ และนับแต่วันที่ทำสัญญาฉบับนี้เป็นต้นไป ทศท. และบริษัทตกลงเข้าร่วมการงานตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๓๗ ในการสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ และนับแต่วันที่ ๑๓ เดือน พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๙ ทศท. และบริษัทตกลงขยายโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำให้ครอบคลุมฝั่งทะเลด้านตะวันตก โดยบริษัทจะลงทุนจัดหา ติดตั้ง ควบคุม ตลอดจนบำรุงรักษาโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ เพื่อให้ ทศท. ดำเนินการให้บริการสนองความต้องการของประชาชนได้ตามกำหนดเวลาภายใต้สัญญานี้ และเพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุนดังกล่าว ทศท. ตกลงให้บริษัทมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งรายได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขภายใต้สัญญานี้ โดยมีกำหนดเวลา ๒๐ (ยี่สิบ) ปี นับแต่วันที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๔๔ เป็นต้นไป

อันตามัน) และให้บริษัทจัสมินฯ มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งรายได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขภายใต้สัญญาร่วมลงทุนฯ นับแต่วันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๒๕๓๙ เป็นต้นไป

๒) เพิ่มข้อ ๗.๑ (ข) ของสัญญาร่วมลงทุนฯ เพื่อกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับส่วนแบ่งรายได้จากการให้บริการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตก แยกต่างหากจากกรณีโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก โดยบริษัทจัสมินฯ จะได้รับส่วนแบ่งรายได้ในแต่ละปีตลอดอายุสัญญา ซึ่งจำนวนปีที่นำมาคิดส่วนแบ่งรายได้ให้แก่บริษัทจัสมินฯ ลดลงเหลือเท่ากับจำนวนเวลาที่เหลือของโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก กล่าวคือ ตั้งแต่วันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๒๕๓๙ ถึงวันที่ ๓ ตุลาคม ๒๕๕๔

๓) อัตราส่วนแบ่งรายได้เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุนฯ โดยให้ใช้วิธีการคำนวณส่วนแบ่งรายได้ตามข้อ ๗.๒ ของสัญญาร่วมลงทุนฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๑ กับการคำนวณส่วนแบ่งรายได้จากโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตกด้วย แต่ในส่วนของสูตรการคำนวณนั้น ให้ใช้หลักเกณฑ์ตามที่กำหนดในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒

๔) การดำเนินโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตก ให้เป็นไปตามรายละเอียดที่กำหนดในเอกสารต่อท้ายข้อตกลงนี้ รวม ๑๑ ฉบับ โดยให้ถือว่าเอกสารดังกล่าวเป็นภาคผนวกของสัญญาร่วมลงทุนฯ

๕) เมื่อ ทศท. และบริษัทจัสมินฯ ลงนามในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ แล้ว บริษัทจัสมินฯ จะโอนสิทธิและหน้าที่ในการขยายโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตกให้แก่บริษัทไทย ลองดิสแทนส์ เทเลคอมมิวนิเคชันส์ จำกัด (บริษัทไทย ลองดิสแทนส์) ซึ่งเป็นบริษัทที่บริษัทจัสมินฯ เป็นผู้ถือหุ้นสามัญในนามของตนเองจำนวนร้อยละ ๙๔ ของจำนวนหุ้นทั้งหมด และในวันลงนามในข้อตกลงนี้ บริษัทจัสมินฯ ตกลงโอนหุ้นสามัญของบริษัทไทย ลองดิสแทนส์ จำนวนร้อยละ ๑๐ ของจำนวนหุ้นทั้งหมดของบริษัทไทย ลองดิสแทนส์ฯ ให้แก่ ทศท. โดยบริษัทจัสมินฯ ตกลงเป็นผู้ชำระราคาหุ้นทั้งหมดแทน ทศท.^๔

นอกจากนี้ ได้มีการจัดทำสัญญาโอนและรับโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ (Submarine Optical Fibre Cable Project) ลงวันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๒๕๓๙ ระหว่าง ทศท. บริษัทจัสมินฯ และบริษัทไทย ลองดิสแทนส์ฯ มีสาระสำคัญคือ บริษัทจัสมินฯ ตกลงโอนสิทธิและหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่ง

^๔ ๗. ในทันทีที่คู่สัญญาได้ลงนามในข้อตกลงต่อท้ายสัญญา ครั้งที่ ๒ ฉบับนี้แล้ว บริษัทจะโอนสิทธิและหน้าที่ในการขยายโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตกตามข้อตกลงต่อท้ายสัญญา ครั้งที่ ๒ ฉบับนี้ให้แก่บริษัทไทย ลองดิสแทนส์ เทเลคอมมิวนิเคชันส์ จำกัด ทะเบียนเลขที่ (๑) ๘๖๗/๒๕๓๙ ลงวันที่ ๒ เมษายน พ.ศ. ๒๕๓๙ (ซึ่งต่อไปในข้อตกลงต่อท้ายสัญญา ครั้งที่ ๒ ฉบับนี้ จะเรียกว่า “บริษัทไทย ลองดิสแทนส์ เทเลคอมมิวนิเคชันส์ จำกัด”) ซึ่งบริษัทเป็นผู้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นต่อกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ ให้แล้วเสร็จก่อนวันที่ลงนามในข้อตกลงต่อท้ายสัญญา ครั้งที่ ๒

ทะเลด้านตะวันตกตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ให้แก่บริษัทไทย ลองดิสแทนส์ฯ^๔ และ ทศท. ตกลงยินยอมให้บริษัทจัสมินฯ โอนสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวให้แก่บริษัทไทย ลองดิสแทนส์ฯ

๒.๓ ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๓ จัดทำขึ้นเมื่อวันที่ ๒๗ สิงหาคม ๒๕๔๔ ระหว่าง ทศท. กับบริษัทไทย ลองดิสแทนส์ฯ มีสาระสำคัญคือ บริษัทไทย ลองดิสแทนส์ฯ ยินยอมดำเนินการติดตั้งและส่งมอบวงจรให้ ทศท. ใช้งานก่อนกำหนด เนื่องจาก ทศท. มีความประสงค์ขอใช้วงจรในโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตกไปมาเลเซียก่อนกำหนดการส่งมอบเดิม โดยในการแบ่งรายได้ ให้ใช้สูตรคำนวณส่วนแบ่งรายได้ที่กำหนดในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ และ ทศท. ตกลงแบ่งส่วนแบ่งรายได้ให้บริษัทจัสมินฯ ในอัตราร้อยละ ๒๐ เฉพาะในช่วงเวลาที่ได้มีการใช้งานของวงจรถูกกำหนดส่งมอบ

๒.๔ ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๔ จัดทำขึ้นเมื่อวันที่ ๒๒ มีนาคม ๒๕๔๕ ระหว่าง ทศท. กับบริษัทจัสมินฯ มีสาระสำคัญคือ บริษัทจัสมินฯ ตกลงให้ความร่วมมือกับ ทศท. ในการปรับปรุงวงจรโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความเหมาะสมในบางเส้นทาง ซึ่งมีผลทำให้ ทศท. มีวงจรใช้งานเพิ่มขึ้นจากเดิม ๑๕,๓๖๐ วงจร เป็น ๒๒,๑๑๔ วงจร โดย ทศท. และบริษัทจัสมินฯ ยังคงใช้ช่องสัญญาณตามภาคผนวกหมายเลข ๖ แนบท้ายข้อตกลงต่อท้ายสัญญาฯ ครั้งที่ ๑ มาคำนวณในการแบ่งส่วนแบ่งรายได้ที่เกิดจากการให้บริการโครงข่าย และบริษัทจัสมินฯ ตกลงรับส่วนแบ่งรายได้ในแต่ละปีและยอดเงินรวมทั้งสัญญาเท่ากับยอดเงินไม่เกินจำนวน ๑๙,๐๑๔ ล้านบาท

ทั้งนี้ คณะกรรมการองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยได้อนุมัติการจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ทั้งสี่ฉบับดังกล่าว

๓. ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับแล้ว ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒^{๕๐} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เพื่อกำกับและติดตามผลการดำเนินการตามสัญญา ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๑ เป็นต้นมา

^๔ ข้อ ๑. บริษัททดลองโอนสิทธิและหน้าที่ทุกประการทั้งที่เกิดขึ้นแล้วและที่จะเกิดขึ้นในภายหน้าในส่วนที่เกี่ยวกับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตกตามสัญญาร่วมลงทุนฯ สร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ ให้แก่ผู้รับโอนตามเงื่อนไขในข้อ ๗. ของข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ สร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ ครั้งที่ ๒ และข้อ ๑๕. ของสัญญาร่วมลงทุนฯ สร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ การโอนสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวนี้มีผลเป็นการโอนโดยสมบูรณ์ในวันที่ที่ระบุในสัญญาฉบับนี้

^{๕๐} มาตรา ๒๒ เมื่อได้ลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

การประชุมของคณะกรรมการประสานงานตามวรรคหนึ่ง และองค์ประชุมให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด

๔. ต่อมาเมื่อวันที่ ๑ มีนาคม ๒๕๕๗ ในขณะที่ บมจ. ทีโอที ใช้ชื่อว่า บมจ. ทศท. ก็ได้มีการจัดทำสัญญาร่วมดำเนินการฯ กับบริษัทจัสมินฯ ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

๔.๑ ให้บริษัทจัสมินฯ นำวงจรในโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกที่มีวงจรที่บริษัทจัสมินฯ ส่งมอบตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ไปแสวงหาประโยชน์ในนาม บมจ. ทศท. และจำกัดเฉพาะการให้บริการวงจรเช่าเท่านั้น (ข้อ ๑.^{๑๑} และข้อ ๖.^{๑๒})

๔.๒ บริษัทจัสมินฯ เป็นผู้ดำเนินการจัดหา ติดตั้ง และบำรุงรักษาอุปกรณ์ตามรายละเอียดที่กำหนดไว้ในภาคผนวก ๑ ท้ายสัญญาร่วมดำเนินการฯ และเมื่อติดตั้งเสร็จเรียบร้อย กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกเป็นของ บมจ. ทศท. โดยบริษัทจัสมินฯ เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินเพื่อใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของสัญญาร่วมดำเนินการฯ (ข้อ ๓.)

๔.๓ อัตราค่าบริการวงจรเช่าต้องเป็นไปตามที่ บมจ. ทศท. กำหนด และเป็นอัตราเดียวกับที่ บมจ. ทศท. ให้บริการ ในกรณีที่บริษัทจัสมินฯ ประสงค์จะปรับลดอัตราค่าบริการจะต้องได้รับอนุญาตจาก บมจ. ทศท. (ข้อ ๙.)

๔.๔ บมจ. ทศท. ตกลงแบ่งรายได้จากการให้บริการให้แก่บริษัทจัสมินฯ ในอัตราร้อยละของค่าบริการก่อนคิดภาษีมูลค่าเพิ่มที่ บมจ. ทศท. ได้รับจริง ดังนี้

๑) กรณีผู้ใช้บริการที่ บมจ. ทศท. จัดหา บมจ. ทศท. ได้รับร้อยละ ๒๗ บริษัทจัสมินฯ ได้รับร้อยละ ๗๓ ตลอดอายุสัญญาร่วมดำเนินการฯ

๒) กรณีผู้ใช้บริการที่บริษัทจัสมินฯ จัดหา บมจ. ทศท. ได้รับร้อยละ ๒๒ บริษัทจัสมินฯ ได้รับร้อยละ ๗๘ ตลอดอายุสัญญาร่วมดำเนินการฯ

๔.๕ บริษัทจัสมินฯ สามารถพัฒนาปรับปรุงเทคโนโลยีได้ตามความเหมาะสม แต่ต้องมิใช่การปรับปรุงเพื่อขยายโครงข่ายหรือจำนวนวงจรตามสัญญาร่วมลงทุนฯ และต้องไม่สร้างโครงข่ายใดๆ ขึ้นจากโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำที่มีอยู่เดิม และการเชื่อมโยงเครือข่ายของผู้ใช้บริการจะต้องเข้าโครงข่ายของ บมจ. ทศท. ก่อน หาก บมจ. ทศท. ไม่สามารถจัดหาให้ได้ บริษัทจัสมินฯ จึงจะเช่าของเอกชนรายอื่นได้ และหากเป็นกรณีที่ไม่มีโครงข่ายทั้งสองกรณี บริษัทจัสมินฯ สามารถสร้างโครงข่ายท้องถิ่นเพื่อเชื่อมโยงระหว่างอุปกรณ์ของบริษัทจัสมินฯ ที่ติดตั้ง ณ ชุมสายของ ทศท. กับสถานที่ของผู้ใช้บริการเท่านั้น และโครงข่ายดังกล่าวต้องตกเป็นของ บมจ. ทศท. (ข้อ ๘.)

^{๑๑} ข้อ ๑. บมจ. ทศท. และบริษัทตกลงร่วมดำเนินการในการสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับโครงข่ายเคเบิลใยแก้วใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก โดยให้บริษัทนำวงจรในโครงข่ายเคเบิลใยแก้วใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกที่มีวงจรที่ส่งมอบตามสัญญาร่วมลงทุนไปแสวงหาประโยชน์ในนาม บมจ. ทศท. และ บมจ. ทศท. จะเป็นผู้แบ่งรายได้ให้บริษัท โดยมีกำหนดระยะเวลาตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญาฉบับนี้ จนถึงวันที่ ๓ ตุลาคม ๒๕๕๔

^{๑๒} ข้อ ๖. วงจรในโครงข่ายเคเบิลใยแก้วใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก ที่บริษัทจะนำไปแสวงหาประโยชน์และแบ่งรายได้กับ บมจ. ทศท. ต้องมิใช่วงจรที่บริษัทส่งมอบให้ บมจ. ทศท. ใช้งานตามสัญญาร่วมลงทุนฯ และจะต้องจำกัดเฉพาะการให้บริการวงจรเช่าเท่านั้น

๔.๖ อายุของสัญญาาร่วมดำเนินการฯ มีกำหนดเวลาประมาณ ๗ ปี ๗ เดือน (ตั้งแต่วันที่ ๑ มีนาคม ๒๕๔๗ ถึงวันที่ ๓ ตุลาคม ๒๕๕๔)

ทั้งนี้ คณะกรรมการ บมจ. ทศท. ได้มีมติในการประชุมเมื่อวันที่ ๑๘ ธันวาคม ๒๕๔๖ เห็นชอบให้สร้างมูลค่าเพิ่มให้กับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก โดยให้บริษัทจัสมินฯ เป็นผู้วางจรในโครงข่ายที่หลีกเลี่ยงการใช้งานไปหาประโยชน์เพิ่มเติม

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้วเห็นว่า โดยที่สัญญาาร่วมลงทุนฯ กำหนดเงื่อนไขสำคัญในการดำเนินการว่า บริษัทจัสมินฯ มีหน้าที่ลงทุนจัดหา ติดตั้ง ควบคุม ตลอดจนบำรุงรักษาโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ เพื่อให้ บมจ. ทีโอที (ซึ่งในขณะที่ทำสัญญาาร่วมลงทุนฯ เป็น ทศท.) ดำเนินการให้บริการสนองความต้องการของประชาชนได้ และมีข้อตกลงในการให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่บริษัทจัสมินฯ โดยตกลงให้บริษัทจัสมินฯ ได้รับส่วนแบ่งรายได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาาร่วมลงทุนฯ มีกำหนดเวลา ๒๐ ปี นับแต่วันลงนามในสัญญาเป็นต้นไป จึงเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ บมจ. ทีโอที ได้มอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดตามบทนิยาม “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามมาตรา ๕^{๑๓} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เมื่อการดำเนินโครงการดังกล่าวเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการที่ บมจ. ทีโอที ซึ่งในขณะที่ทำสัญญาาร่วมลงทุนฯ ยังเป็น ทศท. ย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา ๖^{๑๔} แห่งพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยฯ ดังนั้น การให้เอกชนดำเนินกิจการตามสัญญาาร่วมลงทุนฯ ดังกล่าว จึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ และ

^{๑๓} มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“หน่วยงานเจ้าของโครงการ” หมายความว่า ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของโครงการ

ฯลฯ

ฯลฯ

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือ กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือ ราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยร่วมกัน

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๑๔} มาตรา ๖ ให้จัดตั้งองค์การขึ้นขององค์การหนึ่ง เรียกว่า “องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย” มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการโทรศัพท์ เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับกิจการโทรศัพท์และธุรกิจอื่นที่ต่อเนื่อง ใกล้เคียงกับหรือซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการโทรศัพท์

เมื่อปรากฏว่าการลงทุนในโครงการมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

แต่โดยที่สัญญาร่วมลงทุนฯ ได้ลงนามไปแล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ ซึ่งมาตรา ๒๕ บัญญัติว่า “โครงการใดที่ได้ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการซึ่งได้กระทำไปแล้วในขั้นตอนใดก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้เป็นอันใช้ได้ แต่การดำเนินการในขั้นตอนต่อไปให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้” ดังนั้น การดำเนินการตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ในขั้นตอนต่อไปจึงคงเหลือแต่ขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล ทั้งนี้ ตามแนวความเห็นของที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายในเรื่องเสรีที่ ๒๙๑/๒๕๓๖^{๘๖} “บมจ. ทีโอที ในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการจึงต้องแต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒^{๘๗} ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ติดตามและกำกับดูแลให้มีการดำเนินการตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุนฯ และรายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดตามมาตรา ๒๓^{๘๘}”

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า ได้มีการจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ จำนวน ๔ ฉบับ และสัญญาร่วมดำเนินการฯ ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงเห็นว่า กรณีข้อหาข้อนี้มีประเด็นปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยให้ความเห็น รวมสองประเด็น คือ

ประเด็นที่หนึ่ง การจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ รวม ๔ ฉบับ และสัญญาร่วมดำเนินการฯ ระหว่าง บมจ. ทีโอที กับบริษัทจัสมินฯ ซึ่งกระทำภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ ได้ดำเนินการถูกต้องตามพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือไม่

ประเด็นที่สอง หากการจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ และสัญญาร่วมดำเนินการฯ ตามประเด็นที่หนึ่ง ไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ บมจ. ทีโอที จะมีแนวทางการปฏิบัติต่อไปอย่างไร

เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าวประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มีความเห็นดังนี้

^{๘๖} บันทึก เรื่อง การต่ออายุสัญญาของโครงการที่มีอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ใช้บังคับ ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๖๐๑/๖๕๘ ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๓๖ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^{๘๗} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๐, ข้างต้น

^{๘๘} มาตรา ๒๓ ให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ มีอำนาจและหน้าที่ดังนี้

(๑) ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา

(๒) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ

ระยะเวลาที่จะต้องรายงานตาม (๒) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด แต่ต้องไม่เกินหกเดือนต่อหนึ่งครั้ง

ประเด็นที่หนึ่ง ในส่วนของข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ทั้ง ๔ ฉบับนั้น จำเป็นต้องพิจารณาข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ แต่ละฉบับประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้วเห็นว่า

กรณีข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๑ เป็นการแก้ไขเรื่องอัตราส่วนแบ่งรายได้ ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีการคำนวณอัตราส่วนแบ่งรายได้ที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุนฯ จึงเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดในสัญญาร่วมลงทุนฯ ที่ได้ลงนามไปแล้ว ส่วนกรณีข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๔ เป็นการปรับปรุงเส้นทางของระบบวงจรโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำของสถานีต่าง ๆ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้งานของระบบ โดยยังคงจำนวนช่องสัญญาณและส่วนแบ่งรายได้ตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๑ จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนินงานของโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ที่ได้ลงนามไปแล้วเช่นกัน

เมื่อข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ทั้งสองฉบับ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดสัญญาร่วมลงทุนฯ และการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินงานของโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก จึงเป็นส่วนหนึ่งของโครงการเดิมตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

โดยที่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ พิจารณา หากคณะกรรมการดังกล่าวพิจารณาแล้วเห็นชอบด้วยจะต้องรายงานต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดตามมาตรา ๒๓ (๒)^{๑๔} และหากการแก้ไขทั้งสองกรณีดังกล่าวมีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการหรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐ รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดก็ชอบที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป และเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจึงจะลงนามแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้^{๑๕}

ดังนั้น เมื่อการดำเนินโครงการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกตามสัญญาร่วมลงทุนฯ อยู่ในขั้นตอนของการกำกับดูแลและติดตามผล ประกอบกับปรากฏข้อเท็จจริงว่า ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ การจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๑ และข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๔ ได้มีการเสนอต่อคณะกรรมการ ทศท. เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ และคู่สัญญาได้มีการลงนามในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ แต่ไม่ได้มีการดำเนินการตามขั้นตอนที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึง

^{๑๔} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๗, ข้างต้น

^{๑๕} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน)) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๑/๐๕๙๑ ลงวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๕๐ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสร็จ ๒๙๑/๒๕๕๐)

ถือว่า การจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๑ และข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๔ ตามกรณีข้อหาหรือ มิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

สำหรับข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ และครั้งที่ ๓ นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้วเห็นว่า โครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตกตามข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ มีขอบเขตการดำเนินการที่แยกออกจากโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก และมีการกำหนดส่วนแบ่งรายได้ในอัตราที่แตกต่างไปจากสัญญาร่วมลงทุนฯ อีกทั้งจำนวนเงินรายได้ที่บริษัทไทย ลองดิสแทนส์ฯ ได้รับในส่วนนี้ อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าไม่นับรวมในยอดจำนวนเงิน ๑๙,๐๑๔ ล้านบาท ที่กำหนดไว้ตามสัญญาร่วมลงทุนฯ นอกจากนี้ ในวันที่มีการลงนามในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ บริษัทจัสมินฯ ได้โอนสิทธิและหน้าที่ตามข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ ให้บริษัทไทย ลองดิสแทนส์ฯ ดำเนินการแทน ประกอบกับคำชี้แจงของผู้แทน บมจ. ทีโอที ที่ว่า โครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตกดำเนินการทางด้านฝั่งทะเลอันดามัน มิได้ดำเนินการต่อเนื่องหรือเชื่อมโยงกับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก เนื่องจากในขณะที่มีการจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ โครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกได้ดำเนินการจัดตั้งเสร็จเรียบร้อยแล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๓๖ โดยเป็นการดำเนินการจัดสร้างโครงข่ายที่แยกต่างหากจากกัน ดังนั้น โครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตกจึงเป็นการดำเนินโครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐอีกโครงการหนึ่ง แยกต่างหากจากโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกตามสัญญาร่วมลงทุนฯ และเมื่อเป็นโครงการที่กระทำภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ หากการลงทุนในกิจการของรัฐดังกล่าวในส่วนของรัฐและเอกชนที่เข้ามาร่วมลงทุนในโครงการซึ่งจะทำให้โครงการนั้นบรรลุผล มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ด้วย^{๒๐}

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๓ มีสาระเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนินโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตก มิใช่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินงานของโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกตามสัญญาร่วมลงทุนฯ หรือแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดสัญญาร่วมลงทุนฯ อันจะต้องดำเนินการในทำนองเดียวกับข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๑ และข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๔

^{๒๐} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีสัญญาปรับปรุงโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ 470 MHz ระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับกิจการร่วมค้า Consortium Starcom) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๐๑/๑๕๒๓ ลงวันที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๕๐ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสร็จที่ ๖๘๙/๒๕๕๐)

ดังนั้น โครงการจัดสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันตก จึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ที่แยกต่างหากจากโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกตามสัญญาร่วมลงทุนฯ หากโครงการมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และกรณียอมถือได้ว่า การจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ และข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๓ มิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

ในส่วนของสัญญาร่วมดำเนินการฯ นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เห็นว่า กรณีมีประเด็นต้องพิจารณาว่า การดำเนินการตามสัญญาร่วมดำเนินการฯ เป็นส่วนหนึ่งของโครงการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาขอบเขตการดำเนินงานตามสัญญาร่วมดำเนินการฯ อันได้แก่ การให้บริษัทจัสมินฯ สร้างมูลค่าเพิ่มให้กับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก โดยนำวงจรที่เหลือจากการใช้งานของ บมจ. ทีโอที ไปหาประโยชน์เพิ่มเติมในนาม บมจ. ทีโอที และ บมจ. ทีโอที เป็นผู้แบ่งรายได้ให้บริษัทจัสมินฯ ทั้งนี้ เป็นไปตามรายละเอียดและเงื่อนไขของการดำเนินการและผลประโยชน์ตอบแทนที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาร่วมดำเนินการฯ โดยอายุของสัญญาร่วมดำเนินการฯ สิ้นสุดในกำหนดเวลาเดียวกับสัญญาร่วมลงทุนฯ ในขณะที่สัญญาร่วมลงทุนฯ ซึ่งเป็นสัญญาจัดสร้างโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก ได้กำหนดให้บริษัทจัสมินฯ วางโครงข่ายที่รองรับการติดตั้งวงจรมากกว่าวงจรถูกต้องส่งมอบให้แก่ บมจ. ทีโอที ตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ตลอดจนยังเปิดโอกาสให้คู่สัญญามาเจรจาตกลงขยายจำนวนวงจรของโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำตามสัญญา หรือเปลี่ยนแปลงรายการรายละเอียดของเครื่องอุปกรณ์ตามสัญญาร่วมลงทุนฯ ในระหว่างอายุสัญญาได้ โดยคู่สัญญาจะต้องตกลงเจรจากันในรายละเอียดและเจรจาอัตราการแบ่งรายได้บนพื้นฐานของความเป็นธรรม^{๒๐} คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงเห็นว่า แม้ว่าการให้บริษัทจัสมินฯ สร้างมูลค่าเพิ่มให้กับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก จะได้จัดทำเป็นสัญญาร่วมดำเนินการฯ แยกต่างหากจากสัญญาร่วมลงทุนฯ แต่เมื่อพิจารณาขอบเขตการดำเนินงานแล้ว ก็เป็นการนำวงจรของโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินของ บมจ. ทศท. ที่ได้มาตามสัญญาร่วมลงทุนฯ เฉพาะในส่วนที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ตามสัญญาร่วมลงทุนฯ มาดำเนินการ การสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออก จึงมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขเกี่ยวกับการดำเนินการโครงการตามสัญญาร่วมลงทุนฯ และถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของโครงการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำฝั่งทะเลด้านตะวันออกที่อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ในขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล มิได้เป็นโครงการที่ให้สิทธิเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่แยกต่างหากจากโครงการดังกล่าวแต่อย่างใด

ดังนั้น จึงถือได้ว่า สัญญาร่วมดำเนินการฯ เป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนินโครงการที่กำหนดไว้เดิมตามสัญญาร่วมลงทุนฯ และเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า การดำเนินการในเรื่องนี้ได้เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการของบริษัทเพื่อพิจารณาอนุมัติเท่านั้น กรณีจึง

^{๒๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๕, ข้างต้น

มิได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ บัญญัติไว้ จึงชอบที่ บมจ. ทีโอที จะเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ พิจารณา เพื่อดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนตามนัยแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ประเด็นที่สอง สำหรับกรณีข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๑ และครั้งที่ ๔ และสัญญาร่วมดำเนินการฯ ซึ่งถือว่าเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการดำเนินโครงการและเป็นส่วนหนึ่งของโครงการตามสัญญาร่วมลงทุนฯ นั้น บมจ. ทีโอที จะต้องเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ พิจารณาและเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาต่อไป ส่วนกรณีข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ ครั้งที่ ๒ และครั้งที่ ๓ ซึ่งได้วินิจฉัยให้ความเห็นไว้แล้วว่า เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่แยกต่างหากจากโครงการตามสัญญาร่วมลงทุนฯ จึงเป็นเรื่องที่ บมจ. ทีโอที ในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องพิจารณารายละเอียดและข้อเท็จจริงเพื่อคำนวณมูลค่าการลงทุนของโครงการ และหากการลงทุนของโครงการเป็นการลงทุนที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ก็จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ต่อไป

อย่างไรก็ตาม กรณีที่ได้ดำเนินการไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เพราะ บมจ. ทีโอที ซึ่งเป็นคู่สัญญากระทำไปโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมายนั้น ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ และสัญญาร่วมดำเนินการฯ ที่ทำขึ้นนั้นยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือเหตุอื่น คู่สัญญาจึงยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กำหนดในข้อตกลงหรือสัญญานั้น ๆ ต่อไป และหากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายได้พิจารณาถึงเหตุแห่งการเพิกถอน ผลกระทบ และความเหมาะสม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะแล้วว่า การดำเนินการที่ไม่ถูกต้องนั้นมีความเสียหายอันสมควรจะต้องเพิกถอนข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ หรือสัญญาร่วมดำเนินการฯ ที่ทำขึ้น คณะรัฐมนตรีก็ชอบที่จะเพิกถอนข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ หรือสัญญาร่วมดำเนินการฯ แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วมีเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ และเพื่อความต่อเนื่องของการให้บริการ รวมทั้งวงเลเยขั้นตอนที่จะเริ่มต้นดำเนินการใหม่ตามกฎหมายได้ คณะรัฐมนตรีก็อาจใช้ดุลพินิจพิจารณาให้ความเห็นชอบในการดำเนินการตามข้อตกลงต่อท้ายสัญญาร่วมลงทุนฯ หรือสัญญาร่วมดำเนินการฯ นั้นได้ตามความเหมาะสม โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ เป็นผู้ดำเนินการเสนอข้อเท็จจริง เหตุผล และความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มกราคม ๒๕๕๑