

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การแปลงสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้เป็นใบอนุญาตประกอบกิจการ
โทรคมนาคมและใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๘๐๓.๒/๓๖๔๑ ลงวันที่ ๑๙ สิงหาคม ๒๕๕๓ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า ตามที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ รับทราบและเห็นชอบตามผลการประชุมคณะกรรมการรัฐมนตรีเศรษฐกิจ ครั้งที่ ๑๕/๒๕๕๒ เมื่อวันที่ ๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ที่มอบหมายให้กระทรวงการคลังและกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารรับไปพิจารณาแนวทางแก้ไขปัญหาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ระหว่างภาคเอกชนกับ บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (บมจ. ทีโอที) และบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท) ให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ และให้สอดคล้องกับแผนแม่บทการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (ฉบับที่ ๒) ที่ระบุให้มีการพิจารณาแนวทางการทำให้สัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่าง ๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบันสิ้นสุดลงภายในปี พ.ศ. ๒๕๕๓ โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๐ กรกฎาคม ๒๕๕๓ แต่งตั้งคณะทำงานพิจารณาแนวทางการพัฒนาอุตสาหกรรมโทรคมนาคมตามแผนแม่บทการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (ฉบับที่ ๒) ตามที่คณะกรรมการรัฐมนตรีเศรษฐกิจเสนอ ซึ่งคณะทำงานพิจารณาแนวทางการพัฒนาอุตสาหกรรมโทรคมนาคมฯ ได้ศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าว และเสนอแนวทางการดำเนินการ ดังนี้

- การให้คู่สัญญาตามสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่เข้าทำข้อตกลงเพื่อยุติสัญญาสัมปทานโดยสมัครใจ (การยุติสัญญาสัมปทาน)
- ภาคเอกชนที่ยังต้องการประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไปภายหลังยุติสัญญาสัมปทาน ดำเนินการขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สามและใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่จากคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.)
- บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท กับภาคเอกชนที่ยังต้องการประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไปเข้าทำสัญญาให้สิทธิในการใช้สินทรัพย์ร่วมการงานที่ บมจ. ทีโอที และบมจ. กสท ได้รับโอนภายใต้สัญญาสัมปทาน

ทั้งนี้ จากสภาพโครงสร้างทางธุรกิจของอุตสาหกรรมโทรคมนาคม ตลอดจนรูปแบบการกำกับดูแลของภาครัฐ ส่งผลให้เกิดปัญหาในด้านอุตสาหกรรมโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทย ๒ ประเด็นหลัก ดังนี้

๑. ปัญหาด้านการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม

๑.๑ ปัญหาความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญของสัญญาสัมปทานแต่ละฉบับ ทั้งนี้เนื่องจากโครงสร้างของสัญญาสัมปทานระหว่างบริษัทเอกชนกับ บมจ. ทีโอที หรือ บมจ. กสท แต่ละสัญญามีความแตกต่างกันทั้งในด้านอัตราส่วนแบ่งรายได้ ระยะเวลาของสัญญาสัมปทาน สาระและเงื่อนไขของสัญญาเชื่อมโยงโครงข่ายโทรคมนาคม

๑.๒ ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาสัมปทาน เนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาสัมปทานบางฉบับว่าเป็นการแก้ไขที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ

๑.๓ ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับ บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท ในฐานะผู้ให้สัมปทาน ดังนี้คือ ด้านการบริหารจัดการผลประโยชน์จากส่วนแบ่งรายได้ บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท จะเป็นผู้ควบคุมผลประโยชน์จากส่วนแบ่งรายได้ ภาครัฐจะได้รับผลประโยชน์จากบริษัททั้งสองในลักษณะของเงินปันผลเท่านั้น ดังนั้น จึงเกิดความไม่ชัดเจนและแน่นอนในการนำส่งผลประโยชน์สู่ภาครัฐ ประกอบกับเคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดียิตทรัพย์ของพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรียุติเมื่อวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๓ โดยพิพากษาว่าการแปลงสัญญาสัมปทานเป็นภาษีสรรพสามิต การแก้ไขสัญญาอนุญาตให้ดำเนินการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่กรณีปรับลดส่วนแบ่งรายได้จากการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบเติมเงินล่วงหน้า และการแก้ไขสัญญาอนุญาตให้ดำเนินการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เพื่้อนุญาตให้ใช้เครือข่ายร่วมและให้หักค่าใช้จ่ายจากรายรับ และการปรับลดอัตราค่าใช้เครือข่ายร่วม เป็นการกระทำที่ทำให้ บมจ. ทีโอที เสียประโยชน์

๒. ปัญหาด้านพัฒนาการทางธุรกิจ

เนื่องจากผลการพิจารณาของภาครัฐเกี่ยวกับประเด็นความถูกต้องของการแก้ไขสัญญาสัมปทานในอดีต การลงทุนที่ซ้ำซ้อนและผลตอบแทนในการลงทุน ซึ่งมีผลกระทบต่องานทางการเงินและการตัดสินใจลงทุนของผู้ลงทุนในระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ 3G

กระทรวงการคลังโดยสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจในฐานะผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ และผู้ถือหุ้นทั้งหมดของ บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท จึงหารือ สรุปได้ดังนี้

๑. กรณีสัญญาสัมปทาน ๔ ฉบับ ประกอบด้วย (๑) สัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ. ทีโอที และ บมจ. เอไอเอส (สัญญาอนุญาตให้ดำเนินการกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Cellular Mobile Telephone) ลงวันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๓๓ และที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม) (๒) สัญญาสัมปทาน ระหว่าง บมจ. กสท และบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (บมจ.

TAC) (สัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ ลงวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๓๓ และที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม) (๓) สัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ. กสท และบริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด (บจก. ดีพีซี) (สัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ Digital PCN (Personal Communication Network) 1800 ลงวันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๓๙ และที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม) และ (๔) สัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ. กสท และบริษัท ทรูมูฟ จำกัด (สัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ Digital PCN (Personal Communication Network) 1800 ลงวันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๓๙ และที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม) ซึ่งคู่สัญญาจะร่วมกันเข้าทำข้อตกลงโดยสมัครใจเพื่อให้สัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง โดยอาจมีการสงวนสิทธิเรียกร้องใด ๆ ของคู่สัญญาที่มีอยู่ ก่อนวันที่ข้อตกลงยุติสัญญาสัมปทานมีผลใช้บังคับ ซึ่งการเข้าทำข้อตกลงดังกล่าวเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนินโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนอย่างใดจึงจะถูกต้องและครบถ้วนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ และคณะรัฐมนตรีรวมถึงรัฐมนตรีเจ้าสังกัดของ บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบการทำข้อตกลงโดยสมัครใจเพื่อให้สัญญาสิ้นสุดลงหรือไม่ อย่างไร

๒. เมื่อคู่สัญญาตามสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่เข้าทำข้อตกลงเพื่อยุติสัญญาสัมปทานโดยสมัครใจ และสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวสิ้นสุดทางกฎหมายแล้ว หากบริษัทเอกชนคู่สัญญาที่ยังต้องการประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไปภายหลังการยุติสัญญาสัมปทาน ดำเนินการขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สามตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ ในกรณีดังกล่าว กทข. มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สามตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้แก่บริษัทเอกชนคู่สัญญารายเดิมหรือไม่ อย่างไร และหากบริษัทเอกชนคู่สัญญาดังกล่าวมีความประสงค์ที่จะใช้คลื่นความถี่เดิมที่บริษัทเอกชนคู่สัญญาแต่ละรายใช้อยู่ตามเงื่อนไขของสัญญาสัมปทานก่อนการสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน บริษัทเอกชนคู่สัญญาต้องดำเนินการขอรับใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่จาก กทข. ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ และ กทข. มีอำนาจในการอนุญาตให้บริษัทเอกชนคู่สัญญาดังกล่าวใช้คลื่นความถี่ที่บริษัทเอกชนคู่สัญญาแต่ละรายใช้อยู่เดิมเมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงหรือไม่

๓. เมื่อคู่สัญญาตามสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่เข้าทำข้อตกลงเพื่อยุติสัญญาสัมปทานโดยสมัครใจแล้ว คลื่นความถี่ดังกล่าวซึ่ง บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท ได้รับการจัดสรรจาก กทข. ตามใบอนุญาตซึ่งจะสิ้นสุดลงในปี พ.ศ. ๒๕๖๘ ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาทำข้อตกลงเพื่อยุติสัญญาสัมปทานแล้ว คลื่นความถี่จะกลับคืนไปอยู่ในอำนาจของ บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท ผู้ให้สัมปทาน หรือจะกลับคืนไปยัง กทข. ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ

๔. โดยที่มาตรา ๔๗ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ และบทบัญญัติมาตรา ๔๗ วรรคสอง บัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม และมาตรา ๓๐๕ (๑) บัญญัติว่า “มิให้นำบทบัญญัติมาตรา ๔๗ วรรคสอง มาใช้บังคับจนกว่าจะมีการตรากฎหมายตามมาตรา ๔๗ จัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งต้องไม่เกินหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันที่แถลงนโยบายต่อรัฐสภา...” ดังนั้น เมื่อยังไม่มีกฎหมายจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม และระยะเวลา ๑๘๐ วัน ได้ผ่านพ้นไปแล้ว กทช. ยังคงมีอำนาจในการอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคม รวมทั้งมีอำนาจในการจัดสรรและอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ หรือไม่ และการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมและใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ เข้าข่ายที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่ นอกจากนี้ กทช. ได้ประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ IMT ย่าน 2.1 GHz (ระบบ 3G) เมื่อวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๕๓ ซึ่งการออกประกาศดังกล่าวในข้อ ๙.๔ ปรากฏข้อเท็จจริงว่า กทช. ไม่ได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียแต่อย่างใด การออกประกาศของ กทช. ดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อย่างไร

๕. ภายหลังการทำข้อตกลงโดยความสมัครใจของคู่สัญญาเพื่อให้สัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่สิ้นสุดลง หาก บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท ให้บริษัทเอกชนคู่สัญญาที่ต้องการประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไปเข้าใช้สินทรัพย์ร่วมการทำงานที่ บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท ได้รับโอนตามสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งสิ้นสุดแล้วเพื่อประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ หากสินทรัพย์ที่จะให้บริษัทเอกชนคู่สัญญาเข้าใช้มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป การให้บริษัทเอกชนคู่สัญญาเข้าใช้สินทรัพย์ร่วมการทำงานดังกล่าวจะเข้าข่ายที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่

๖. มาตรา ๘๐ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ บัญญัติกรณีการตกลงเปลี่ยนสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมเท่านั้น หากดำเนินการตามมาตรา ๘๐ วรรคสี่ แล้ว สิทธิและหน้าที่อื่น ๆ (นอกจากสิทธิในการประกอบกิจการโทรคมนาคมซึ่งจะเปลี่ยนเป็นใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแทน) ของคู่สัญญาตามสัญญาสัมปทานจะยังคงอยู่ต่อไป แต่ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการยุติสัญญาสัมปทาน

โดยสมัครใจของคู่สัญญาจะเป็นการยุติสิทธิและหน้าที่ใด ๆ ของคู่สัญญาหลังจากสัญญาสัมปทานยุติ และหากบริษัทเอกชนคู่สัญญาต้องการจะประกอบกิจการโทรคมนาคมและใช้คลื่นความถี่แล้ว ต้องดำเนินการขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายและประกาศที่เกี่ยวข้อง การยุติสัญญาสัมปทานดังกล่าวจึงไม่ใช่ “การทำความตกลงเพื่อเปลี่ยนสัญญาสัมปทาน เป็นการได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ” ตามนัยของมาตรา ๘๐ วรรคสี่ ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาสัมปทานทำข้อตกลงเพื่อให้สัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่สิ้นสุดทางกฎหมายลง และหากบริษัทเอกชนคู่สัญญาที่ต้องการประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไป ดำเนินการขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สามและใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ต่อ กทช. กรณีนี้ กทช. จะมีอำนาจออกใบอนุญาตทั้งสองประเภทตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และหาก กทช. มีอำนาจออกใบอนุญาตแล้ว ใบอนุญาตที่ กทช. ออกให้จะมีระยะเวลาสูงสุดตามกฎหมายเท่าใด และจะเข้าข่ายต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขตามมาตรา ๘๐ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๒) ได้พิจารณาข้อหารือของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจโดยมีผู้แทนกระทรวงการคลัง (สำนักงานปลัดกระทรวง และสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (สำนักงานปลัดกระทรวง) ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ผู้แทนบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) และผู้แทนบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว มีความเห็น ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง กรณีที่ บมจ. ทีโอที หรือ บมจ. กสท และบริษัทเอกชนผู้ได้รับสัมปทานหรืออนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม (โทรศัพท์เคลื่อนที่) จาก บมจ. ทีโอที หรือ บมจ. กสท แล้วแต่กรณี จะร่วมกันเข้าทำข้อตกลงยุติสัญญาสัมปทานเพื่อให้สัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง โดยอาจมีการสงวนสิทธิเรียกร้องใด ๆ การดำเนินการดังกล่าวจะต้องดำเนินการอย่างใดจึงจะต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ เห็นว่า เมื่อคู่สัญญาตกลงโดยสมัครใจเพื่อให้สัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง ย่อมมีผลเป็นการเลิกสัญญา ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เคยให้ความเห็นไว้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ได้บัญญัติเฉพาะขั้นตอนเกี่ยวกับการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องปฏิบัติก่อนที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะทำสัญญากับเอกชน โดยไม่ได้กำหนดขั้นตอนเกี่ยวกับการเลิกสัญญาไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม หากเป็นสัญญาที่ได้ดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ กำหนดแล้ว เมื่อจะมีการเลิกสัญญาย่อมมีผลเป็นการยุติการดำเนิน

โครงการ ซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒^๑ เพื่อดำเนินการตามมาตรา ๒๓^๒ ประกอบกับมาตรา ๒๔^๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ในการเสนอปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาคือรัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือเสนอคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายพิจารณา หากสัญญาใดมิได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ มาตั้งแต่ต้น และเป็นกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่ประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามโครงการอีกต่อไป จึงไม่มีขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ดังนั้น หากหน่วยงานเจ้าของโครงการประสงค์จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา หรือหน่วยงานเจ้าของโครงการและบริษัทประสงค์ที่จะตกลงยกเลิกสัญญา ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ในสัญญา ทั้งนี้ ในการพิจารณายกเลิกสัญญา หน่วยงานเจ้าของโครงการสมควรพิจารณาถึงผลประโยชน์และความเสียหายของรัฐ และรายงานรัฐมนตรีผู้กำกับดูแลเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไปด้วย^๔ ตามประเด็นข้อหาข้อนี้จึงต้องพิจารณาสัญญาแต่ละฉบับเป็นรายฉบับว่าสัญญานั้นฉบับใด

^๑มาตรา ๒๒ เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

การประชุมของคณะกรรมการประสานงานตามวรรคหนึ่ง และองค์ประชุมให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด

^๒มาตรา ๒๓ ให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ มีอำนาจและหน้าที่ดังนี้

(๑) ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา

(๒) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ

ระยะเวลาที่จะต้องรายงานตาม (๒) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด แต่ต้องไม่เกินหกเดือนต่อหนึ่งครั้ง

^๓มาตรา ๒๔ ในกรณีที่ปรากฏว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญาที่ลงนามไปแล้ว ให้ผู้แทนกระทรวงการคลังในคณะกรรมการประสานงานทำรายงานเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป

^๔บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีการเลิกสัญญาปรับปรุงโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ 470 MHz ของบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๑/๐๙๘๘ ลงวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๕๑ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสร็จที่ ๖๖๓/๒๕๕๑)

ดำเนินการถูกต้องหรือไม่ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ

ประเด็นที่สอง เมื่อสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวได้ยุติลงโดยความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว หากบริษัทเอกชนคู่สัญญานั้นต้องการที่จะประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไป กทข. จะมีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สามให้บริษัทเอกชนดังกล่าวได้หรือไม่ และในกรณีที่บริษัทเอกชนนั้นประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เดิมที่เคยได้รับตามสัญญาสัมปทาน กทข. จะมีอำนาจอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ดังกล่าวได้หรือไม่ เห็นว่า การพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สาม และการอนุญาตให้บริษัทเอกชนใช้คลื่นความถี่เดิม เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ กทข. คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๒) จึงไม่อาจพิจารณาให้ความเห็นในประเด็นนี้ได้ตามข้อ ๙ (๒)^๕ แห่งระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒

ประเด็นที่สาม เมื่อคู่สัญญาตามสัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่เข้าทำข้อตกลงเพื่อยุติสัญญาสัมปทานโดยสมัครใจแล้ว คลื่นความถี่ที่ใช้ในการประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวจะกลับคืนไปอยู่ในอำนาจของ บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท ผู้ให้สัมปทาน หรือจะกลับคืนไปยัง กทข. ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ เห็นว่า การพิจารณาว่าคลื่นความถี่ที่ใช้ในการประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวจะกลับคืนไปอยู่ในอำนาจของ บมจ. ทีโอที และ บมจ. กสท ผู้ให้สัมปทาน หรือจะกลับคืนไปยัง กทข. นั้น ย่อมเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ กทข. ในฐานะผู้มีอำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่จะพิจารณาวินิจฉัย จึงไม่อาจพิจารณาให้ความเห็นในประเด็นนี้ได้เช่นเดียวกับประเด็นที่สอง

ประเด็นที่สี่ เมื่อระยะเวลา ๑๘๐ วันตามความในมาตรา ๓๐๕ (๑) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ้นไปแล้ว กทข. ยังคงมีอำนาจในการอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคม รวมทั้งมีอำนาจในการจัดสรรและอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่หรือไม่ และการออกใบอนุญาตดังกล่าวจะเข้าข่ายที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่ และการที่ กทข. ได้ประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ IMT ย่าน 2.1 GHz (ระบบ 3G) เมื่อวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๕๓ ซึ่งการออกประกาศดังกล่าวในข้อ ๙.๔ ปรากฏข้อเท็จจริงว่า กทข. ไม่ได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียแต่อย่างใด การออกประกาศของ กทข. ดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไร เห็น

^๕ข้อ ๙ กรรมการกฤษฎีกาจะไม่พิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายในเรื่องดังต่อไปนี้

(๑) เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล

(๒) เรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสถาบันอื่นอยู่แล้วตามกฎหมายและกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าสมควรให้มีการดำเนินการตามกฎหมายนั้นก่อนเพื่อประโยชน์แก่การบริหารราชการแผ่นดิน

ว่า ประเด็นข้อหานี้เป็นเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลปกครอง ดังนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๒) จึงไม่อาจพิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายตามประเด็นข้อหานี้ได้ตามข้อ ๙ (๑)^๖ แห่งระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒

ประเด็นที่ห้า เมื่อมีการยุติสัญญาสัมปทานแล้ว หากบริษัทเอกชนผู้ได้รับสัมปทานประสงค์จะประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไปโดยใช้สิทธิที่ บมจ. ทีโอที หรือ บมจ. กสท ได้รับโอนตามสัญญาสัมปทาน หากสิทธิที่จะให้บริษัทเอกชนคู่สัญญาเช่ามีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป การให้บริษัทเอกชนเช่าสิทธิดังกล่าวจะถือเป็นกิจการที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่ เห็นว่า คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้เคยให้ความเห็นเป็นบรรทัดฐานไว้แล้วว่า การเช่าทรัพย์สินจาก บมจ. กสท ในลักษณะที่ บมจ. กสท เป็นผู้ให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมแก่บุคคลอื่นทั่วไปตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ ย่อมไม่เข้าลักษณะเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามบทนิยามในมาตรา ๕^๗ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ^๘

ประเด็นที่หก ข้อตกลงยุติสัญญาสัมปทานที่บริษัทเอกชนจะตกลงกับ บมจ. ทีโอที หรือ บมจ. กสท นั้น จะเป็นการทำความตกลงเปลี่ยนสัญญาสัมปทานเป็นใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามมาตรา ๘๐ วรรคสี่^๙ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ หรือไม่

^๖โปรดดูเชิงอรรถที่ ๕, ข้างต้น

^๗มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายหรือกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

ฯลฯ

ฯลฯ

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ฯลฯ

ฯลฯ

“บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (การปรับปรุงการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ CDMA ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน))” ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๑/๐๕๓๙ ลงวันที่ ๖ พฤษภาคม ๒๕๕๑ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสร็จที่ ๓๖๘/๒๕๕๑)

^๘มาตรา ๘๐

ฯลฯ

ฯลฯ

และหากบริษัทเอกชนคู่สัญญาที่ต้องการประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไป ดำเนินการขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สามและใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ต่อ กทช. กรณีนี้ กทช. จะมีอำนาจออกใบอนุญาตทั้งสองประเภทดังกล่าวตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือไม่ และหาก กทช. มีอำนาจออกใบอนุญาตทั้งสองประเภทดังกล่าวแล้ว กทช. จะออกใบอนุญาตนั้นให้มีกรอบระยะเวลาขึ้นสูงสุดตามกฎหมายได้เท่าใด เห็นว่า การพิจารณาว่าระยะเวลาที่จะกำหนดในใบอนุญาตทั้งสองประเภทดังกล่าวจะมีระยะเวลาเท่าใดนั้น ย่อมเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ กทช. ในฐานะเป็นผู้มีอำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่จะพิจารณาวินิจฉัย จึงไม่อาจพิจารณาให้ความเห็นในประเด็นนี้เช่นเดียวกับประเด็นที่สองและประเด็นที่สาม

(ลงชื่อ) อัคร จารุจินดา

(นายอัคร จารุจินดา)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ธันวาคม ๒๕๕๓

ในกรณีที่ผู้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญารายใดทำความตกลงกับการสื่อสารแห่งประเทศไทย หรือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย เพื่อเปลี่ยนการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้น เป็นการได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้คณะกรรมการดำเนินการออกใบอนุญาตให้กับผู้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้น โดยให้ได้รับสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตการให้บริการเดิมที่คู่กรณีได้ตกลงกันและตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ของการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้น ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ การออกใบอนุญาตให้นำมาตรา ๗๙ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ฯลฯ

ฯลฯ