

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การออกใบอนุญาตแก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน
หรือสัญญาจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทย*

สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ ทช ๗๓๐๐/๖๗๓ ลงวันที่ ๑๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๙ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้มอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติหรือชอ.กทช. เกี่ยวกับการอนุญาตและกำกับดูแลผู้ประกอบการโทรคมนาคมอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๔ ใช้บังคับ ที่ได้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทย ตามมาตรา ๗๙ และมาตรา ๘๐ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๔ เพื่อให้เกิดความชัดเจนด้านกฎหมายและเป็นแนวปฏิบัติที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติพิจารณาแล้วมีประเด็นข้อกฎหมาย ดังต่อไปนี้

๑. กทช. มีอำนาจออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่ได้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทยในบริการที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาร่วมการงานเดิมที่มีอยู่พร้อมกันกับการออกใบอนุญาตแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทย โดย กทช. ไม่ต้องรอให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยดำเนินการตาม มาตรา ๘๐ วรรคสี่ หรือไม่

๒. ผู้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญามีสิทธิยื่นคำขอใบอนุญาตทดแทน หรือซ้ำกับผู้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาที่ได้รับตามสัญญาร่วมการงานเดิม หรือไม่

๓. เมื่อออกใบอนุญาตให้แก่ผู้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทยแล้ว ตามมาตรา ๗๙ กฎหมายกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๔ ผู้ได้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวนั้นยังคงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาที่ทำไว้หรือไม่ และหากเงื่อนไขในสัญญาขัดหรือไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย หรือประกาศของ กทช. ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม กทช. จะสามารถสั่งหรือ

* ส่งพร้อมหนังสือ ที่ นร ๐๙๐๑/๐๖๒๐ ลงวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๕๙ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

กำหนดให้มีการแก้ไขสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายได้หรือไม่ หรือสัญญาเหล่านั้นสิ้นผลโดยปริยาย

๔. กรณีผู้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ที่ได้รับสิทธิในการประกอบกิจการโทรคมนาคม ตามมาตรา ๘๐ วรรคแรก และมีหน้าที่ความรับผิดชอบตามมาตรา ๘๐ วรรคสอง ดำเนินการขัดกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ หรือเงื่อนไขที่ กทช. กำหนด กทช. จะสามารถใช้อำนาจบังคับทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในหมวด ๙ การบังคับทางปกครอง โดยตรงแก่ผู้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ได้หรือไม่ หรือต้องดำเนินการตามมาตรา ๘๐ วรรคสอง แต่ประการเดียว

๕. หาก กทช. ใช้อำนาจภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ออกคำสั่งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่กระทำขึ้นระหว่างองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยหรือการสื่อสารแห่งประเทศไทย กับผู้ได้รับใบอนุญาต สัมปทานหรือสัญญา จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อผลของคำสั่งอาจกระทบสิทธิในการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ได้รับความคุ้มครอง ตามมาตรา ๓๓๕ (๒) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐

๖. หาก กทช. ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติมในการออกคำสั่งทางปกครองให้เพิกถอนการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้น ทำให้สัญญาสิ้นผลลงเมื่อใด ความสิ้นผลของสัญญาดังกล่าวจะมีผลเป็นประการใด และสามารถเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๒ ลักษณะ ๒ หมวด ๔ หรือหลักกฎหมายใด ได้หรือไม่

ต่อมา สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ ทช ๗๓๐๐/๒๓๖๑ ลงวันที่ ๙ พฤษภาคม ๒๕๔๙ ส่งข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อหาดังกล่าว สรุปได้ ๓ ประการ ดังนี้

(๑) ข้อร้องเรียนจากผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ได้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา

ขณะนี้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมหลายรายได้ร้องเรียนต่อ กทช. เกี่ยวกับการสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยซึ่งได้แปลงสภาพเป็นบริษัทเอกชน คือ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) และ บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ตามลำดับ และเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมจาก กทช. ได้ใช้อำนาจตามสัญญาร่วมการทำงาน ในการขอทราบข้อมูลบางประการหรือการขอเข้าดูงาน หรือการขอทราบความคิดเห็นการจัดฝึกอบรมตามสัญญา ซึ่งอาจเกี่ยวกับกรณีความล้มเหลวทางการค้า เป็นผลให้ทั้งสองหน่วยงานล่วงรู้ข้อมูลอันอาจเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันการประกอบกิจการโทรคมนาคม และเป็นการแทรกแซงกิจการของผู้ได้รับอนุญาตตามสัญญาร่วมการทำงาน ซึ่งมาตรา ๘๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ นั้น คู่สัญญาตามสัญญาร่วมการทำงาน ย่อมประกอบกิจการได้บนพื้นฐานของหลักการการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม โดยมี

มาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติห้ามกระทำการอันเป็นการผูกขาดหรือลดหรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการกิจการโทรคมนาคม นอกจากนั้น เงื่อนไขในสัญญาร่วมการทำงานหรือสัญญาสัมปทานที่ได้มีการกำหนดให้บริษัทร่วมการทำงานต้องดำเนินการในเรื่องต่างๆ เช่น การเรียกเก็บค่าใช้บริการและค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการต้องเสนอให้ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) หรือ บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ให้ความเห็นชอบ การจัดฝึกอบรมด้านเทคนิค ด้านการบริหาร และด้านอื่นๆ ให้แก่เจ้าหน้าที่ สิทธิการเข้าตรวจสอบการดำเนินงานการเงินและบัญชี และกรณีอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นการขัดกับบทบัญญัติให้ความคุ้มครองการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาตามมาตรา ๓๓๕ (๒) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

(๒) ข้อร้องเรียนจากสมาพันธ์องค์กรผู้บริโภคและกลุ่มองค์กรเอกชน

กรณีการขายหุ้นของ บริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) อันอาจส่งผลต่อสถานะการมีสัญชาติไทยของบริษัท แอดวานซ์อินโฟเซิร์ฟวิส จำกัด ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานตามมาตรา ๘๐ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ และต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยถือว่ามิสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ได้รับอนุญาต ดังนั้น หากผู้รับสัมปทานดังกล่าวดำเนินการอันเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ เช่นนี้ ผู้ร้องเรียนเห็นว่า กทช. มีอำนาจที่จะเพิกถอนการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวได้

(๓) คำพิพากษาของศาลปกครองกลาง

ศาลปกครองกลางได้มีคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ ๕๘๘/๒๕๔๘ ในกรณี บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) ฟ้องบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) สรุปได้ว่า “เมื่อพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ มีผลใช้บังคับ มาตรา ๕๑ กำหนดให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) มีอำนาจพิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม และมาตรา ๗๘ วรรคสี่ บัญญัติให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมของ ทศท. รวมทั้งผู้ที่ได้รับการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาจาก ทศท. ให้อยู่ในการกำกับดูแลของ กทช. ดังนั้น อำนาจของ ทศท. ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมจึงหมดสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย และมีบทเฉพาะกาลในมาตรา ๘๐ บัญญัติให้ในวาระเริ่มแรกที่การคัดเลือกและแต่งตั้ง กทช. ยังไม่แล้วเสร็จ ให้นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี อธิบดี หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลหรือควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยวิทยุคมนาคม กฎหมายว่าด้วยโทรเลขและโทรศัพท์ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติจนถึงวันพ้นกำหนดเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง กทช. ซึ่งขณะนี้ได้มีการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง กทช. แล้ว เมื่อ ทศท. ถูกยกเลิกและมีการโอนกิจการสิทธิ ความรับผิดชอบ และสินทรัพย์ทั้งหมดของ ทศท. ไปเป็นของผู้ถูกฟ้องคดี (บมจ. ทศท.) โดยผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีอำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมอีกต่อไป จึงถือว่า ทศท. ได้เปลี่ยนแปลงสถานภาพไปแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับโอนกิจการของ ทศท. จึงต้องโอนอำนาจการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมไปให้หน่วยงานอื่นที่มีอำนาจกำกับดูแลการประกอบ

กิจการโทรคมนาคมตามข้อสัญญาร่วมการทำงานฯ เมื่ออำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมของ ทศท. ได้อโอนมาเป็นของ กทช. โดยผลของกฎหมายแล้ว เป็นผลให้ข้อตกลงใดในสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนที่เป็นอำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมของ กทช. ข้อตกลงนั้นไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาอีกต่อไป ส่วนข้อตกลงใดที่มีใช้เป็นการใช้อำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมของ กทช. ข้อตกลงนั้นยังคงมีผลผูกพันคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามต่อไป ...”

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๒) ได้พิจารณาข้อหาหรือของ กทช. โดยมีผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า ปัญหาที่ กทช. หรือนี้เป็นประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่าง บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับผู้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา เดิมก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ใช้บังคับ เนื่องจากประเด็นข้อนี้ได้มีการอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองกลางในคดีระหว่างบริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) กับบริษัท ทีทีแอลดีที จำกัด (มหาชน) และคดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด คดีจึงยังไม่ถึงที่สุด ประกอบกับข้อหาหรือของสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติในประเด็นอื่นยังไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะพิจารณาดังนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๒) จึงไม่อาจรับข้อหาหรือนี้ไว้พิจารณาได้ตามข้อ ๙ (๑)^๑ ของระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒

(ลงชื่อ) พรทิพย์ จาละ

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กรกฎาคม ๒๕๕๙

^๑ ข้อ ๙ กรรมการกฤษฎีกาจะไม่พิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายในเรื่องดังต่อไปนี้

(๑) เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล