

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่อง การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน)

บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กสท กม. (กม.๕)/๑๑ ลงวันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๕๖ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (กสท) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจภายใต้สังกัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร โดยในขณะที่ยังมีสถานะเป็นการสื่อสารแห่งประเทศไทย ได้ดำเนินธุรกิจโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ CDMA ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งแต่เดิมนั้น กสท ได้แยกการบริหารจัดการธุรกิจเป็น ๒ ส่วน คือ ในส่วนกลาง ๒๕ จังหวัด กสท เป็นผู้ให้บริการ และให้บริษัทอัสซิส ซีเอที ไวร์เลส มัลติมีเดีย จำกัด เป็นผู้ทำการตลาดบริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ Digital AMPS ๘๐๐ Band A โดย กสท เข้าเครื่องอุปกรณ์ในการให้บริการจากบริษัทบีเอฟเคที (ประเทศไทย) จำกัด และในส่วนภูมิภาค กสท เป็นผู้ดำเนินธุรกิจด้วยตนเอง ต่อมาเนื่องจากการดำเนินธุรกิจโดยแยกการบริหารจัดการโครงข่ายและตลาดออกเป็น ๒ ส่วน ทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ประกอบกับเทคโนโลยีโทรคมนาคมได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป กสท จึงได้ปรับเปลี่ยนเทคโนโลยีการให้บริการเป็นระบบ HSPA รวมทั้งปรับเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินธุรกิจให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๔ กสท ได้เข้าทำสัญญาดำเนินโครงการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ระบบ HSPA กับกลุ่มบริษัททรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ซึ่งประกอบด้วยสัญญาสองฉบับ ได้แก่

(๑) สัญญาเช่าเครื่องและอุปกรณ์วิทยุคมนาคมเพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ HSPA ซึ่งเป็นสัญญาเช่าและว่าจ้างให้เปลี่ยน ซ่อมแซม และบำรุงรักษาอุปกรณ์ HSPA ทั้งประเทศ และเช่าเสาโทรคมนาคมและระบบสื่อสารสัญญาณในส่วนกลาง ๒๕ จังหวัด โดย กสท เป็นผู้มีสิทธิใช้เครื่องอุปกรณ์ เสาโทรคมนาคม และระบบสื่อสารสัญญาณตามสัญญาเช่าเป็นระยะเวลาประมาณ ๑๔ ปี โดยผู้ให้เช่าได้รับค่าเช่าเครื่องอุปกรณ์ เสาโทรคมนาคม และระบบสื่อสารสัญญาณเป็นการตอบแทนในอัตราคงที่ โดยคำนวณจากจำนวนสถานีฐานที่นำออกให้บริการ และ กสท ในฐานะผู้ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่จะนำคลื่นความถี่มาใช้กับอุปกรณ์ที่เช่าตามสัญญา พร้อมทั้งเป็นผู้ขออนุญาตใช้คลื่นความถี่ ขออนุญาตตั้งและใช้สถานีวิทยุคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยวิทยุคมนาคม

(๒) สัญญาบริการขายส่งบนโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ HSPA ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาขายส่งบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การประกอบกิจการโทรคมนาคมประเภทการขายส่งบริการและขายต่อบริการ โดยในการขายส่งบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าว กสท ได้ตกลงขายส่งบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้แก่ผู้ประกอบการขายต่อบริการรายบริษัทเรียล มูฟ จำกัด ซึ่งมีความประสงค์ที่จะรับซื้อความจุ (Capacity) ในโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ HSPA ของ กสท โดยบริษัทเรียล มูฟ จำกัด ต้องชำระค่าตอบแทนขายส่งบริการให้แก่ กสท ตามจำนวนบริการที่รับซื้อ ไม่ว่าจะสามารถนำความจุดังกล่าว

ไปขายต่อเป็นบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้แก่ผู้ใช้บริการปลายทางได้หรือไม่ก็ตาม และสำหรับความจุของโครงข่ายในส่วนที่เหลือ กสท สามารถนำไปใช้ในการให้บริการเองหรือนำไปขายให้กับผู้ประกอบการขายต่อรายอื่นได้

เมื่อวันที่ ๑๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๔ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ได้มีหนังสือหารือสำนักงานอัยการสูงสุดเกี่ยวกับประเด็นข้อกฎหมายของสัญญาการดำเนินธุรกิจโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ของ กสท ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้มีหนังสือ ที่ อส ๐๐๒๖/๙๒๑๓ ลงวันที่ ๘ กรกฎาคม ๒๕๕๔ ให้ความเห็นสรุปได้ว่า การใช้คลื่นความถี่ไม่ถือเป็นการใช้ทรัพย์สินของรัฐ รวมถึงสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ของ กสท ก็ไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ส่วนกรณีมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติที่จะพิจารณาตามอำนาจหน้าที่

ต่อมา กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้มีหนังสือหารือกระทรวงการคลังเกี่ยวกับกรณีการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ของ กสท เข้าข่ายต้องดำเนินการตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ อย่างไร ซึ่งกระทรวงการคลังได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๘๐๓.๓/๗๘๖๒ ลงวันที่ ๑๐ พฤษภาคม ๒๕๕๔ แจ้งผลการพิจารณา สรุปความได้ว่า โครงการที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ จะต้องเป็นโครงการที่มีลักษณะเป็นกิจการของรัฐฯ ที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือเป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ประกอบกับมีลักษณะเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการกับเอกชน ไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว ไม่ว่าโดยวิธีการอนุญาต การให้สัมปทาน หรือการให้สิทธิในลักษณะใด และการลงทุนในกิจการของรัฐดังกล่าวจะต้องมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ดังนั้น หากการดำเนินโครงการดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้วก็ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ อย่างไรก็ตาม กระทรวงการคลังมีความเห็นว่า เมื่อเทียบเคียงแนวความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องเสร็จที่ ๕๔/๒๕๓๖ กับความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ยังมีความเห็นทางกฎหมายที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันว่า คลื่นความถี่เป็นทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐหรือไม่ อันเป็นเงื่อนไขของการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ จึงขอให้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในฐานะกระทรวงเจ้าสังกัดของ กสท พิจารณาส่งเรื่องดังกล่าวให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็นเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายต่อไป

กสท ได้พิจารณาความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องเสร็จที่ ๕๔/๒๕๓๖ แล้ว มีความเห็นว่า ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องดังกล่าวเป็นการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายในขณะนั้น ซึ่งยังมิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดสถานะของคลื่นความถี่ว่าเป็นอย่างไร จึงให้ความเห็นว่าการใช้คลื่นความถี่เป็นการใช้ทรัพย์สินของรัฐ ในขณะที่สำนักงานอัยการสูงสุดมีความเห็นเกี่ยวกับคลื่นความถี่ตามมาตรา ๔๗ ของรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งมีผลใช้บังคับในปัจจุบัน โดยมีความเห็นว่า คลื่นความถี่ เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ และมีได้เป็นทรัพย์สินของส่วนราชการ หรือหน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะ โดยมีคณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบ กิจการวิทยุกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ผู้ได้รับจัดสรรเป็นเพียง ผู้รับอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เท่านั้น โดยผู้ได้รับจัดสรรจะต้องใช้คลื่นความถี่เพื่อประกอบการ ด้วยตนเอง ซึ่ง กสท มีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดดังกล่าว นอกจากนี้ จากความเห็นของกระทรวงการคลังซึ่งเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายดังกล่าว กสท เห็นว่า ประเด็นปัญหาว่า การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ของ กสท จะเข้าข่ายต้องปฏิบัติตาม ขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่ เป็นปัญหาที่มีความเห็นแตกต่างกัน ซึ่งกระทรวงการคลังไม่สามารถพิจารณาตอบข้อหารือได้

เมื่อวันที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๕๕ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทค.) ได้พิจารณาสัญญาระหว่าง กสท กับกลุ่มบริษัททรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ที่เกี่ยวข้องกับ การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่แล้ว เห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นการทำสัญญาเพื่อประกอบ กิจการโทรคมนาคมที่ใช้คลื่นความถี่โดยตรงและเป็นการดำเนินการในส่วนของ Radio Network และในทางปฏิบัติ กสท ซึ่งเป็นผู้ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่ไม่สามารถควบคุมการใช้งานคลื่นความถี่ และรับผิดชอบต่อการกระทำต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับคลื่นความถี่ได้อย่างสมบูรณ์ กทค. จึงมีคำสั่งให้ กสท ในฐานะผู้ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติองค์กร จัดสรรคลื่นความถี่ฯ โดยต้องดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติดังกล่าว

ต่อมา กสท ได้มีการเจรจาแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญาดังกล่าวกับกลุ่มบริษัท ทรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ให้สอดคล้องกับมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรร คลื่นความถี่ฯ ตามที่ กทค. สั่งการ โดยมีแนวทางในการแก้ไขปรับเปลี่ยนบทบาทหน้าที่ของ กสท เพื่อให้ กสท เป็นผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการโครงข่ายด้วยตนเองอย่างสมบูรณ์ โดยให้ กสท เป็นผู้ดูแลควบคุมเครื่องอุปกรณ์ เสาโทรคมนาคม และระบบสื่อสารสัญญาณ (Transmission) ที่เข้า และบริหารจัดการคลื่นความถี่ รวมทั้งกำหนดเทคโนโลยี และดูแลควบคุมการบริหารจัดการ Configuration รวมทั้งดูแลคุณภาพการให้บริการเองทั้งหมด ในฐานะ กสท เป็นเจ้าของโครงข่าย ส่วนบริษัทบีเอฟเคที (ประเทศไทย) จำกัด ในฐานะผู้ให้เช่ามีหน้าที่เพียงดำเนินการจัดหาและติดตั้ง อุปกรณ์ เสาโทรคมนาคม และระบบสื่อสารสัญญาณ สนับสนุน กสท ในด้านการรักษาคุณภาพ การให้บริการ (SLA) ตลอดจนดำเนินการซ่อมแซมและบำรุงรักษา และจัดหาเครื่องอุปกรณ์ เสาโทรคมนาคม และระบบสื่อสารสัญญาณที่เข้าทดแทนให้แก่ กสท และเมื่อวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๕๕ กสท ได้มีหนังสือรายงานผลการดำเนินการแก้ไขข้อสัญญาที่ได้บรรลุข้อตกลงที่เป็นที่ยุติร่วมกันของ เงื่อนไขสัญญาที่ต้องดำเนินการแก้ไขตามคำสั่งของ กทค. แล้ว

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น กสท พิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อให้เกิดความชัดเจน ในประเด็นการใช้คลื่นความถี่ว่า เป็นการใช้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐหรือไม่ และการทำสัญญา การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ของ กสท ว่าอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอน ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่

เพื่อประโยชน์ในการนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติโครงการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ กสท จึงขอหารือในประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง สัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ของ กสท อยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่ อย่างไร

ประเด็นที่สอง จากแนวทางการแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญาให้สอดคล้องกับมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ สัญญาที่แก้ไขปรับปรุงแล้วอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่ อย่างไร

ประเด็นที่สาม หากการดำเนินการตามข้อหารือในประเด็นที่หนึ่งหรือประเด็นที่สอง อยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ แล้ว กสท ควรมีแนวทางในการดำเนินการอย่างไร

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหารือของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (สำนักงานปลัดกระทรวง) ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ และผู้แทนบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า สัญญาบริการขายส่งบริการบนโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ตามข้อหารือนี้เป็นการประกอบกิจการโทรคมนาคมในเชิงพาณิชย์รูปแบบหนึ่ง ซึ่งต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การประกอบกิจการโทรคมนาคมประเภทการขายส่งบริการและบริการขายต่อบริการ ลงวันที่ ๑๒ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งผู้ซื้อบริการขายส่งตามสัญญาฯ คือ บริษัทเรียล มูฟ จำกัด ตกลงจะรับซื้อบริการโทรคมนาคมจาก กสท โดยพิจารณาจากความสามารถของโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ของ กสท ในการให้บริการโทรคมนาคม (ความจุ : Capacity) ส่วนการคำนวณความสามารถของโครงข่ายจะคิดเป็นหน่วยของผู้ใช้บริการจำลอง (Nominal Subscriber) ทั้งนี้ บริษัทเรียล มูฟฯ ประสงค์จะรับซื้อบริการขายส่งเพื่อรองรับผู้ใช้บริการจำลองจำนวน ๑๓,๓๓๓,๖๙๘ ราย จากโครงข่ายที่ กสท ต้องดำเนินการจัดหาและขยายจำนวน ๑๓,๕๐๐ สถานี โดยเมื่อโครงข่ายดังกล่าวขยายได้ครบถ้วนแล้วจะสามารถรองรับการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการจำลองได้ จำนวน ๑๖,๖๖๗,๑๒๐ ราย คิดเป็นสัดส่วนประมาณร้อยละแปดสิบของความสามารถของโครงข่ายทั้งหมด เมื่อบริษัทเรียล มูฟฯ ได้รับซื้อบริการขายส่งจาก กสท แล้ว จะนำไปขายต่อบริการให้กับประชาชนผู้ใช้บริการปลายทาง (end user) อีกทอดหนึ่ง โดย กสท ยังคงเป็นผู้บริหารจัดการโครงข่ายและคลื่นความถี่ที่ได้รับจัดสรรด้วยตนเองทั้งหมด ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา ๔๖^๑ แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบ

^๑ มาตรา ๔๖ ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ได้รับใบอนุญาต จะโอนแก่กันมิได้

ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม ต้องประกอบกิจการด้วยตนเอง จะมอบการบริหารจัดการทั้งหมดหรือบางส่วนหรือยินยอมให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีอำนาจประกอบกิจการแทนมิได้

กิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ นอกจากนั้น หากมีความจุโครงข่ายเหลือ กสท. ก็มีสิทธินำไปใช้ในการให้บริการเองหรือนำไปขายให้กับผู้ประกอบการขายต่อรายอื่นได้ โดยมีได้จำกัดเฉพาะบริษัทเรียล มูฟฯ เท่านั้น

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหาดังกล่าวประกอบกับข้อเท็จจริงเพิ่มเติมแล้ว มีความเห็นดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง โดยที่การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รูปแบบใหม่ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (กสท) ประกอบด้วยสัญญาหลักสองสัญญา ได้แก่ สัญญาเช่าเครื่องและอุปกรณ์วิทยุโทรคมนาคมเพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ HSPA และสัญญาบริการขายส่งบริการบนเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ HSPA ซึ่งได้ลงนามสัญญาทั้งสองฉบับแล้วในวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๔ อันเป็นช่วงเวลาที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ยังมีผลใช้บังคับ ดังนั้น การพิจารณาว่าสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่ จึงต้องแยกการพิจารณาเป็นรายสัญญาเพื่อให้เกิดความชัดเจน ดังนี้

(๑) สัญญาเช่าเครื่องและอุปกรณ์วิทยุโทรคมนาคมเพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ HSPA

สัญญาเช่าเครื่องและอุปกรณ์วิทยุโทรคมนาคมเพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ HSPA ระหว่าง กสท กับบริษัทบีเอฟเคที (ประเทศไทย) จำกัด มีลักษณะเป็นการเช่าเครื่องและอุปกรณ์ และเช่าโทรคมนาคมของบริษัทบีเอฟเคทีฯ พร้อมทั้งซ่อมแซมและบำรุงรักษาอุปกรณ์ดังกล่าว^๒ โดย กสท เป็นผู้มีสิทธิใช้เครื่องอุปกรณ์ เสาโทรคมนาคม และระบบสื่อสารสัญญาณตามสัญญาเช่าเป็นระยะเวลาประมาณ ๑๔ ปี^๓ และผู้ให้เช่าได้รับค่าเช่าเป็นการตอบแทนในอัตราคงที่ โดยคำนวณจาก

^๒ ข้อ ๒ การเช่าเครื่องและอุปกรณ์ของบริษัทและเสาโทรคมนาคมของบริษัท

๒.๑ กสท ตกกลงเช่าและบริษัทตกลงให้เช่าเครื่องและอุปกรณ์ของบริษัทและเสาโทรคมนาคมของบริษัทแก่ กสท แต่เพียงผู้เดียว ซึ่งประกอบด้วย

๒.๑.๑ เครื่องและอุปกรณ์ระบบ HSPA ทั่วประเทศที่จะมีการติดตั้งโครงข่ายของ กสท นับจากวันเริ่มให้บริการสำหรับระบบ HSPA และ

๒.๑.๒ เสาโทรคมนาคมของบริษัท

ฯลฯ

ฯลฯ

๒.๓ บริษัทจะต้องดำเนินการให้เครื่องและอุปกรณ์ของบริษัทและเสาโทรคมนาคมของบริษัทที่ให้เช่าตามข้อ ๒.๑ สามารถให้บริการครอบคลุมทั่วทุกพื้นที่ ซึ่งสอดคล้องกับขนาดความจุเป้าหมายแรกและความจุขยายและสอดคล้องกับความต้องการที่เป็นจริงในการรับซื้อความจุเป้าหมายแรกและความจุขยายของผู้ประกอบกิจการขายต่อบริการทุกรายของ กสท

ฯลฯ

ฯลฯ

^๓ ข้อ ๑๕ วันที่สัญญามีผลใช้บังคับและการเช่าเครื่องและอุปกรณ์ภายหลังครบกำหนดระยะเวลาการเช่า

๑๕.๑ สัญญานี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ทำสัญญานี้ จนถึงเวลาเที่ยงคืนของคืนวันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๘ เว้นแต่จะมีการยกเลิกสัญญานี้ตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญานี้ก่อนถึงวันครบอายุสัญญานี้ดังกล่าว

ฯลฯ

ฯลฯ

จำนวนสถานีสถานที่นำออกให้บริการ^๔ ทั้งนี้ กสท ในฐานะผู้ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่จะนำคลื่นความถี่มาใช้กับอุปกรณ์ที่เข้าตามสัญญา

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า การดำเนินการตามสัญญาเช่าดังกล่าวเป็นการให้สิทธิแก่ กสท ในการใช้เครื่องและอุปกรณ์ รวมทั้งเสาโทรคมนาคมของบริษัทบีเอฟเคทีฯ ซึ่งเป็นทรัพย์สินของเอกชน เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของ กสท อันเป็นเรื่องการประกอบธุรกิจ ในเชิงพาณิชย์เช่นเดียวกับภาคเอกชน กรณีดังกล่าวจึงไม่เป็นกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือเป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยร่วมกันตามบทนิยามคำว่า “กิจการของรัฐ”^๕ ในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ อีกทั้งการกำหนดค่าตอบแทนในการเช่าโดยให้คำนวณจากจำนวนสถานีสถานที่นำออกให้บริการ ก็ได้มีลักษณะเป็นการแบ่งปันรายได้ กำไร หรือผลประโยชน์ใด ๆ หรือต้องร่วมรับผลกำไรหรือขาดทุนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมตามบทนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ”^๖ ในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น การดำเนินการตามสัญญาเช่านี้จึงไม่อยู่ในข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ

(๒) สัญญาบริการขายส่งบริการบนเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ HSPA

สัญญาบริการขายส่งบริการบนเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ HSPA ระหว่าง กสท กับบริษัทเรียล มูฟ จำกัด มีลักษณะเป็นการขายส่งบริการโทรคมนาคมให้แก่ผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมเพื่อขายต่อบริการ โดยบริษัทเรียล มูฟฯ ต้องชำระค่าตอบแทนขายส่งบริการเป็นรายเดือน ให้แก่ กสท ตามจำนวนบริการความจุของโครงข่ายที่ได้รับซื้อ ไม่ว่าจะสามารถนำความจุ

^๔ ข้อ ๔ ค่าเช่า ค่าปรับและหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา

๔.๑ กสท ตกลงชำระค่าเช่าให้แก่บริษัทเป็นรายเดือน โดยคำนวณจากจำนวนอุปกรณ์สถานีสถานที่เปิดใช้งาน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณค่าเช่าตามเอกสารแนบท้าย หมายเลข ๔ (หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณค่าเช่า)

๗๓๖

๗๓๖

^๕ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

๗๓๖

๗๓๖

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

๗๓๖

๗๓๖

^๖ มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

๗๓๖

๗๓๖

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

๗๓๖

๗๓๖

ดังกล่าวไปขายต่อเป็นบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้แก่ผู้ใช้บริการปลายทางได้หรือไม่ก็ตาม^๗ และ กสท สามารถนำความจุของโครงข่ายในส่วนที่เหลือไปใช้ในการให้บริการเองหรือนำไปขายให้กับ ผู้ประกอบการขายต่อรายอื่นได้^๘ ประกอบกับในการดำเนินการตามสัญญาบริการนั้น กสท ซึ่งเป็น ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่จะต้องประกอบกิจการด้วยตนเอง ตามเงื่อนไขที่กำหนดใน มาตรา ๔๖^๙ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า การขายส่งบริการตามสัญญานี้ กสท ไม่มีการมอบ คลื่นความถี่ของ กสท ไปให้บริษัทเรียล มูฟฯ บริหารจัดการแต่อย่างใด เพราะการใช้คลื่นความถี่ดังกล่าว กสท ต้องใช้ในการประกอบกิจการด้วยตนเองตามมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรร คลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมฯ กรณีจึงไม่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าคลื่นความถี่เป็นทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐหรือไม่ ประกอบกับการขายส่งบริการตามสัญญานี้มีลักษณะเป็นการขายบริการโทรคมนาคมให้แก่ ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมรายอื่นเพื่อนำไปให้บริการโทรคมนาคมในนามของผู้ซื้อ ซึ่งเป็นการซื้อขายบริการกิจการโทรคมนาคมที่กระทำเป็นปกติในธุรกิจดังกล่าว และเป็นกิจการ ที่เอกชนรายใดก็สามารถดำเนินการได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศคณะกรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การประกอบกิจการโทรคมนาคมประเภทการขายส่งบริการและบริการ ขายต่อบริการฯ นอกจากนี้ ข้อกำหนดในสัญญายังกำหนดให้ กสท ได้รับค่าบริการและค่าตอบแทน ในอัตราที่แน่นอนตายตัว โดยไม่มีการแบ่งปันรายได้ กำไร หรือผลประโยชน์ใด ๆ หรือร่วมรับผลกำไร หรือขาดทุนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม รวมทั้งมิได้กำหนดให้บริษัทเรียล มูฟฯ เป็นผู้ได้รับสิทธิแต่เพียง ผู้เดียวในการรับซื้อความจุของโครงข่ายจาก กสท ในลักษณะของการให้สัมปทาน สัญญาขายส่ง บริการในกรณีนี้จึงไม่มีลักษณะเป็นการ "ร่วมงานหรือดำเนินการ" ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้ เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ

^๗ ข้อ ๕ ค่าตอบแทนการบริการขายส่งบริการและหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา

๕.๑ ค่าตอบแทนการบริการขายส่งบริการ

บริษัทจะชำระค่าตอบแทนการบริการขายส่งบริการเป็นรายเดือน ตามหลักเกณฑ์การคิดค่าตอบแทน เอกสารแนบท้าย ๒ (ค่าตอบแทนการบริการขายส่งบริการ) (“ค่าตอบแทน การบริการขายส่งบริการ”) ค่าตอบแทนการบริการขายส่งบริการดังกล่าวอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามขอบเขต ที่กำหนดในสัญญานี้

ฯลฯ

ฯลฯ

^๘ ข้อ ๓ โครงข่ายและบริการ

ฯลฯ

ฯลฯ

๓.๑.๔ กสท สามารถนำความจุในโครงข่ายของ กสท ที่เหลือจากความจุตามสัญญา ไปทำการบริการขายส่งบริการให้แก่ผู้ประกอบการขายต่อบริการรายอื่นนอกเหนือจากบริษัทได้ ทั้งนี้ การบริการ ขายส่งบริการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่เท่าเทียมกับข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ระบุในสัญญานี้

ฯลฯ

ฯลฯ

^๙ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

ประเด็นที่สองและประเด็นที่สาม เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า การแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญาเป็นการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมฯ โดยในข้อสัญญาได้กำหนดให้ กสท เป็นผู้ดูแลควบคุมเครื่องอุปกรณ์ เสาโทรคมนาคม และระบบสื่อสารสัญญาณ (Transmission) ที่เช่า และบริหารจัดการคลื่นความถี่ รวมทั้งกำหนดเทคโนโลยี และดูแลควบคุมการบริหารจัดการ Configuration รวมทั้งดูแลคุณภาพการให้บริการเองทั้งหมดอย่างสมบูรณ์ จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นที่สองและประเด็นที่สามอีก

(นายอัษฎพร จารุจินดา)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
มิถุนายน ๒๕๕๖