



บันทึกข้อความ

หน่วยงาน ส่วนงานเลขานุการ กสทช. ต่อพงศ์ เสลานนท์ โทร. ๑๑๙๘
ที่ สทช ๑๐๐๔/ ๒๖๕๒ วันที่ ๒๐ ตุลาคม ๒๕๖๕
เรื่อง บันทึกความเห็นข้อกฎหมายกรณีการรวมธุรกิจ

เรียน เลขาธิการ กสทช.

จากกรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ทูริ คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ข้าพเจ้ามีความเห็นข้อกฎหมาย ดังนี้

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.๒๕๖๐ มาตรา ๔ มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ (๔) ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น เมื่อ กสทช. มีประกาศเกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะตาม (๔) แล้ว กรณีการรวมธุรกิจระหว่างสองบริษัทดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

การรวมธุรกิจ ตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ข้อ ๕ วรรคหนึ่ง ที่ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตรวมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น แล้วเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การเข้าถือครองธุรกิจ ตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๕๙ ข้อ ๘ เพื่อจะเข้าควบคุมนโยบายหรือการบริหารธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น โดยการเข้าซื้อหรือถือหุ้นของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นหรือเพื่อเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น เห็นว่ากรณีนี้ ผู้รับใบอนุญาตทั้ง ๒ รายยังคงดำเนินธุรกิจต่อไปเหมือนเดิม

พฤติการณ์ดังกล่าวมีผลทำให้ผู้รับใบอนุญาตทั้ง ๒ ราย อาจจะบริหารธุรกิจโดยคนกลุ่มเดียวกัน จึงทำให้สามารถรวมหัวหรือสมรู้ร่วมคิดกันกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการดำเนินธุรกิจ อันอาจส่งผลให้เกิดการผูกขาด หรือลด หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการโทรคมนาคม จึงจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการก่อน

ส่วนการรวมธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ข้อ ๕ วรรคหนึ่ง มีความแตกต่างกับการถือครองธุรกิจรายอื่น คือ ไม่ได้จะเข้าควบคุมนโยบาย หรือการบริหารธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นแต่อย่างใด

วิธีการถือครองธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๕๙ ข้อ ๘ โอกาสจะมีผลกระทบต่อตลาดโทรคมนาคมรุนแรงเสียหายมากกว่าการรวมธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ข้อ ๕ วรรคหนึ่ง เพราะมีความประสงค์ชัดเจนตั้งแต่ต้นว่า กระทำเพื่อจะเข้าควบคุมนโยบาย หรือการบริหารธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น

การรวมธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ข้อ ๕ วรรคหนึ่ง จึงสามารถป้องกันผลกระทบความเสียหายล่วงหน้าได้ ตามข้อ ๑๒ ในประกาศดังกล่าว

ส่วนการถือครองธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๕๙ ไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการเฉพาะล่วงหน้าได้

มาตรการเฉพาะตาม หมวด ๔ จะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีผลกระทบเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว
เป็นมาตรการเฉพาะสำหรับใช้ลงโทษกรณีก่อให้เกิดผลกระทบมีความเสียหาย

เมื่อไม่เข้าข่ายข้อ ๘ ตามประกาศ กทช. ฉบับ พ.ศ. ๒๕๕๙ คณะกรรมการ กสทช. จึงไม่มี
อำนาจที่จะพิจารณานุญาตหรือไม่อนุญาตการรวมธุรกิจ แต่คงมีอำนาจที่จะกำหนดเงื่อนไขหรือนำมาตรการ
เฉพาะสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญ ตามข้อ ๑๒ ประกาศ กสทช. ฉบับ พ.ศ. ๒๕๖๑ ที่ออก
มาตรการตามความมาตรา ๒๗ (๑๑) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบ
กิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๕๓

ทั้งนี้ ข้าพเจ้าได้จัดทำความเห็นฉบับสมบูรณ์ ตามเอกสารที่ได้แนบมาด้วยแล้ว



(นายต่อพงศ์ เสนานนท์)

กสทช.

เรื่อง บันทึกความเห็นข้อกฎหมายกรณีการรวมธุรกิจ

ตามรายงานข้อมูลข้อเท็จจริงที่สำนักงาน กสทช. ได้นำเสนอในการประชุม กสทช. ครั้งที่ ๒๗/๒๕๖๕ วันที่ ๑๒ ตุลาคม พ.ศ.๒๕๖๕ วาระ ๕.๑ และเป็นวาระต่อเนื่องในการประชุม กสทช. นัดพิเศษ ๕/๒๕๖๕ วันที่ ๒๐ ตุลาคม พ.ศ.๒๕๖๕ เรื่องการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ทู คอรัปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) โดยรายงานต่อเลขานุการ กสทช. ตามข้อ ๕ ประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๖๑ เป็นกรณีที่ต้องรายงานล่วงหน้าก่อนดำเนินการในขั้นตอนต่างๆ ต่อไปตามที่กฎหมายกำหนด

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.๒๕๖๐ มาตรา ๔ มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ (๔) ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น เมื่อ กสทช. มีประกาศเกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจในกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะตาม (๔) แล้ว กรณีการรวมธุรกิจระหว่างสองบริษัทดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

การรวมธุรกิจ ตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ข้อ ๕ วรรคหนึ่ง ที่ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตรวมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น แล้วเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การเข้าถือครองธุรกิจ ตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๔๙ ข้อ ๘ เพื่อจะเข้าควบคุมนโยบายหรือการบริหารธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น โดยการเข้าซื้อหรือถือหุ้นของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นหรือเพื่อเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ซึ่งเห็นได้ว่า ผู้รับใบอนุญาตทั้ง ๒ รายยังคงดำเนินธุรกิจต่อไปเหมือนเดิม

พฤติการณ์ดังกล่าวมีผลทำให้ผู้รับใบอนุญาตทั้ง ๒ ราย อาจจะบริหารธุรกิจโดยคนกลุ่มเดียวกัน จึงทำให้สามารถรวมหัวหรือสมรู้ร่วมคิดกันกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งมิชอบด้วยกฎหมายในการดำเนินธุรกิจ อันอาจส่งผลให้เกิดการผูกขาด หรือลด หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการโทรคมนาคม จึงจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการก่อน

ส่วนการรวมธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ข้อ ๕ วรรคหนึ่ง มีความแตกต่างกับการถือครองธุรกิจรายอื่น คือ ไม่ได้จะเข้าควบคุมนโยบาย หรือการบริหารธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นแต่อย่างใด

วิธีการถือครองธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๔๙ ข้อ ๘ โอกาสจะมีผลกระทบต่อตลาดโทรคมนาคมรุนแรงเสียหาย มากกว่าการรวมธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ข้อ ๕ วรรคหนึ่ง เพราะมีความประสงค์ชัดเจนตั้งแต่ต้นว่า กระทำเพื่อจะเข้าควบคุมนโยบายหรือการบริหารธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น

การรวมธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ข้อ ๕ วรรคหนึ่ง จึงสามารถป้องกันผลกระทบความเสียหายล่วงหน้าได้ ตามข้อ ๑๒ ในประกาศดังกล่าว

ส่วนการถือครองธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๔๙ ไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการเฉพาะล่วงหน้าได้

มาตรการเฉพาะตามหมวด ๔ จะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีผลกระทบเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว เป็นมาตรการเฉพาะสำหรับใช้ลงโทษกรณีก่อให้เกิดผลกระทบมีความเสียหาย

เมื่อไม่เข้าข่ายข้อ ๘ ตามประกาศ กทช. ฉบับ พ.ศ. ๒๕๔๙ คณะกรรมการ กสทช. จึงไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตการรวมธุรกิจ แต่คงมีอำนาจที่จะกำหนดเงื่อนไขหรือนำมาตรการเฉพาะสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญ ตามข้อ ๑๒ ประกาศ กสทช. ฉบับ พ.ศ. ๒๕๖๑ ที่ออกมาตราการตามความมาตรา ๒๗ (๑๑) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๕๓

ซึ่งมีความเห็นว่า ตามข้อ ๘ ของประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๔๙ ข้อ ๙ ของประกาศฉบับ พ.ศ. ๒๕๖๑ ที่ให้ถือว่ารายงานดังกล่าวเป็นการขออนุญาตไปในตัวเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้รวบรวมธุรกิจที่จะได้ไม่ต้องยื่นคำขอซ้ำซ้อน เพราะในกรณีที่เข้าข่ายตามข้อ ๘ ของประกาศฉบับพ.ศ.๒๕๔๙ กสทช. ก็มีอำนาจอนุญาตตามข้อ ๘ นั้นได้อยู่แล้ว ดังนั้น การดำเนินการใดๆ ที่เป็นการรวมธุรกิจจึงต้องดำเนินการตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ซึ่งยังมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ ในการใช้อำนาจดังกล่าว กสทช. ต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วนระหว่างการคุ้มครองผู้บริโภคกับการพัฒนากิจการโทรคมนาคมด้วย

ข้าพเจ้าเห็นว่า เจตนารมณ์ของประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ได้จัดทำขึ้น โดยมีการยกเลิกประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๕๓ เพื่อไม่ให้ กสทช. มีอำนาจใช้ดุลยพินิจพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตการรวมธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตอีกต่อไป ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๖๐ ที่บัญญัติว่า รัฐพึงใช้ระบอบอนุญาตเฉพาะกรณีที่จำเป็น

แต่คงมีอำนาจที่จะกำหนดเงื่อนไขหรือนำมาตรการเฉพาะสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญในตลาดโทรคมนาคม ที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับเพื่อป้องกันความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้ ตามมาตรา ๒๗ (๑๑) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๕๓ กำหนดว่า กสทช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (๑๑) กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งการออกประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ก็อาศัยอำนาจตามความในมาตราดังกล่าวด้วย

ที่ผ่านมาเมื่อผู้รับใบอนุญาตขอรวมธุรกิจ จำนวน ๙ ราย ตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ กสทช. ไม่ได้ใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตแต่อย่างใด อีกทั้งคณะกรรมการฯ ไม่เคยจัดทำหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อที่จะใช้พิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตตามข้อ ๘ วรรคสองของประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๕๙

เรื่องอำนาจจะพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตการขอรวมธุรกิจตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ ศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ตามโครงการจ้างที่ปรึกษาวิเคราะห์การรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ทู คอรัปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) มีความเห็นว่า ตามประกาศฉบับ พ.ศ.๒๕๖๑ เรื่อง ผู้รับใบอนุญาตขอรวมธุรกิจ กสทช. ทำได้เพียงพิจารณากำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการเฉพาะสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญมาบังคับใช้เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตการรวมธุรกิจอีกต่อไป

การรวมธุรกิจของบริษัท ทู คอรัปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) จึงต้องดำเนินการให้เป็นไปตามประกาศ ฉบับปี ๒๕๖๑ ตามข้อ ๑๒ ที่ กสทช. มีอำนาจที่จะกำหนดเงื่อนไขหรือนำมาตรการเฉพาะสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญในตลาดโทรคมนาคม ที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับเพื่อป้องกันความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้ การกำหนดเงื่อนไขหรือนำมาตรการเฉพาะสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญในตลาดโทรคมนาคม คือ ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณากำหนดผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๕๗ ข้อ ๑๓

ดังนั้นภายหลังการรวมธุรกิจแล้ว อาจเกิดปัญหามีผลกระทบต่อไปนี้ คือ

๑. ผลกระทบต่อผู้บริโภค

- ๑.๑ ด้านอัตราค่าบริการ
- ๑.๒ ด้านคุณภาพการให้บริการ
- ๑.๓ ด้านสัญญาการให้บริการ

๒. ผลกระทบต่อการแข่งขัน

- ๒.๑ การถือครองคลื่นความถี่
- ๒.๒ การใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน (Infrastructure Sharing)
- ๒.๓ การขาดประสิทธิภาพในการแข่งขัน
- ๒.๔ ประเด็นการสนับสนุนผู้ประกอบการรายย่อย

๓. ประเด็นผลกระทบต่อรัฐและเศรษฐกิจภาพรวมของประเทศ

- ๓.๑ ผลกระทบต่อรัฐ
- ๓.๒ ผลกระทบต่อนวัตกรรมและเศรษฐกิจภาพรวมของประเทศ

ปัญหาดังกล่าวข้างต้น กสทช. สามารถใช้กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมากำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการเฉพาะตามข้อ ๑๒ ประกาศ พ.ศ.๒๕๖๑ ได้

ภายหลังการรวมธุรกิจแล้ว บริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จากการรวมธุรกิจไม่ปฏิบัติตามที่ กสทช. กำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการเฉพาะตามข้อ ๑๒ ของประกาศ พ.ศ.๒๕๖๑ ซึ่งส่งผลให้เกิดการผูกขาด หรือลดหรือจำกัดการแข่งขัน ในการให้บริการโทรคมนาคม กสทช. มีอำนาจสั่งห้ามการรวมกิจการหรือกำหนดมาตรการเฉพาะตามหมวด ๔ ของประกาศปี ๒๕๕๙ ได้

และประการสำคัญที่สุด กสทช. ยังมีอำนาจที่จะบังคับทางปกครองตามหมวด ๙ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๕๔

มาตรา ๖๔ มีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ได้

มาตรา ๖๖ มีอำนาจพิจารณากำหนดปรับตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งไม่ต่ำกว่าสองหมื่นบาทต่อวัน

กรณีมีความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ มีอำนาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้

ลงชื่อ

(นายต่อพงศ์ เสดานนท์)

กสทช.