

§

รัฐวิสาหกิจไทยกับการแข่งขันทางการค้า: กรณีศึกษาของรัฐวิสาหกิจการสื่อสาร Thai State-Owned Enterprises and Trade Competition: A Case Study of the Telecommunications Business

- ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง
- คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
- E-mail: piyabutr__bun@utcc.ac.th

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายเกี่ยวกับสถานะของรัฐวิสาหกิจไทยกับระเบียบการแข่งขันทางการค้าโดยยกตัวอย่างของกิจการสื่อสาร เพื่อนำไปสู่ข้อพิจารณาว่ารัฐวิสาหกิจของไทยที่ผ่านการแปรรูปแล้วควรจะอยู่ภายใต้ระเบียบการแข่งขันทางการค้าของตลาดอย่างไร อันจะเป็นประโยชน์สำหรับการพิจารณาตีความเพื่อการกำกับดูแลการแข่งขันของกิจการการสื่อสารเป็นการเฉพาะ และเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาตีความเพื่อการกำกับดูแลการแข่งขันของรัฐวิสาหกิจในกิจการอื่นๆ ต่อไป

คำสำคัญ: รัฐวิสาหกิจ การแข่งขัน การสื่อสาร

Abstract

This article is aimed at explaining the legal status of State-Owned Enterprises (SOEs) in Thailand with the application of Thai competition laws, particularly by using examples of SOEs in the communications businesses. This is to explain specifically that SOEs in the communications sector will be operating under competition laws with no immunity, and to raise awareness that other SOEs, especially those already

privatized, are also likely to be operating with no immunity under competition laws according to similar considerations and interpretations from now on.

Keywords: State-Owned Enterprises, Competition, Communications

ความนำเกี่ยวกับความเป็นรัฐวิสาหกิจไทย

พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 4 กำหนดความหมายและลักษณะของรัฐวิสาหกิจไว้ ดังนี้

“รัฐวิสาหกิจ หมายความว่า

(ก) องค์การของรัฐบาลหรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(ข) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(ค) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ก) และ/หรือ

(ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(ง) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ค) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วย เกินกว่าร้อยละห้าสิบ

(จ) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ง) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) และ/หรือ (ค) มีทุนรวมอยู่ด้วย เกินกว่าร้อยละห้าสิบ”

ในเบื้องต้นผู้เขียนขอเสนอข้อสังเกต 3 ประการ เพื่อให้ผู้อ่านพิจารณาประกอบกับเนื้อหาต่อไปดังนี้ ประการแรก รัฐวิสาหกิจตามความหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินวิธีการทางงบประมาณของรัฐบาลเป็นสำคัญ ซึ่งหมายความว่าความหมายของรัฐวิสาหกิจนั้นอาจแตกต่างกันได้ในบริบทอื่นๆ ตามเจตนารมณ์โดยประการอื่น ประการ

ที่สองสถานะความเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายนี้พิจารณาตามสัดส่วนทุนของรัฐบาลหรือส่วนราชการซึ่งมีอยู่ในวิสาหกิจนั้น การพิจารณาตามสัดส่วนทุนดังกล่าวทำให้สถานะของรัฐวิสาหกิจสามารถเปลี่ยนแปลงได้และมีความยืดหยุ่นอย่างมากโดยขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐบาลในขณะนั้น อีกทั้งความหมายของทุนก็เปิดช่องให้ตีความได้อย่างกว้างขวางเกี่ยวกับทุนดังกล่าว เช่น เงินทุน ทรัพย์สิน หุ้น หุ้นกู้ เป็นต้น ทั้งนี้คงต้องพิจารณาตามความหมายอย่างกว้างที่สุดของทุนเพื่อประโยชน์ของรัฐบาล ประการที่สาม ไม่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจบริหารและควบคุมกิจการซึ่งเป็นข้อพิจารณาที่แยกต่างหากออกจากข้อพิจารณาเรื่องทุน เพราะไม่จำเป็นเสมอไปที่อำนาจควบคุมกิจการจะมีสัดส่วนมากขึ้นตามระดับของสัดส่วนทุนในวิสาหกิจมีหลายกรณีที่วิสาหกิจหนึ่งกำหนดให้สิทธิในการออกเสียงแก่หุ้นส่วนบางประเภทมากกว่าหุ้นส่วนอื่นๆทำให้แม้มีสัดส่วนหุ้นน้อยกว่าก็หนึ่งแต่อาจมีอำนาจควบคุมกิจการมากกว่าก็หนึ่งก็ได้

ตัวอย่างในเรื่องนี้จะเห็นได้จากในประเทศไทยเป็นที่ทราบกันดีถึงกระแสการแปรรูปรัฐวิสาหกิจนับตั้งแต่วิกฤติเศรษฐกิจปี พ.ศ. 2540 ที่ประเทศไทยต้องขอรับความช่วยเหลือทางการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ทำให้เกิดข้อพิจารณาที่ทราบกันทั่วไปในเวลาต่อมา 2 ประการ ประการแรก พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เกิดขึ้นตามเงื่อนไขในหนังสือแสดงเจตจำนงของรัฐบาลไทยที่มีต่อ IMF ที่ปรากฏเป็นเป้าหมาย

สำคัญที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจเพื่อเปิดตลาดการค้าเสรีตามที่ปรากฏในหนังสือแสดงเจตจำนงฉบับที่ 2, 5 และ 7 ทำให้เกิดกระแสต่อต้านว่าจะเป็นการถ่ายโอนสมบัติชาติอันมาจากภาษีของประชาชนให้เป็นประโยชน์แก่นักลงทุนเอกชนอย่างไม่เป็นธรรม (ไพศาล สุริยะวงศ์ไพศาล, 2549) ประการที่สองปรากฏแล้วในปัจจุบันว่าการแปรรูปรัฐวิสาหกิจภายใต้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ที่สุดแล้วเป็นการแปลง “สภาพ” องค์การของรัฐไปเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด กล่าวคือรัฐวิสาหกิจที่แปลงสภาพแล้วจะมีทุนเป็นหุ้นที่เมื่อใดสัดส่วนการถือหุ้นของรัฐลดน้อยลงไปกว่า 50% ก็จะเป็นผลให้รัฐวิสาหกิจสิ้นสภาพการเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณฯ ซึ่งที่ผ่านมาได้มีการดำเนินการแปลงสภาพรัฐวิสาหกิจไปแล้วหลายแห่ง แต่ยังไม่เห็นแห่งใดเลยที่ “ฟื้นสภาพ” การเป็นรัฐวิสาหกิจเพราะรัฐยังคงมีสัดส่วนในการถือหุ้นเกินกว่า 50% อยู่ (นันทวัฒน์ บรรมานันท์, 2548) กล่าวโดยเฉพาะในบทความนี้รัฐวิสาหกิจ 3 แห่งในกิจการสื่อสารได้แก่ (1) องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยได้แปลงสภาพเป็นบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (ต่อไปจะเรียกว่า ทีโอที) เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม 2545 ภายใต้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยรับโอนกิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ สินทรัพย์ และพนักงานทั้งหมดจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย โดยมีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมด (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน), 2550: 8) และ (2) การสื่อสารแห่งประเทศไทยได้แปลงสภาพเป็นบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (ต่อไปจะเรียกว่า กสท) เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2546 ภายใต้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยรับโอนกิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ

และพนักงานทั้งหมดจากการสื่อสารแห่งประเทศไทย โดยมีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมด (บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน), 2550: 2) และ (3) องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทยได้แปลงสภาพเป็นบริษัท อสมท จำกัด (มหาชน) (ต่อไปจะเรียกว่า อสมท) เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2547 ภายใต้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยรับโอนกิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ สินทรัพย์ และพนักงานทั้งหมดจากองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย โดยมีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้น 65.80% ในปัจจุบัน (บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน), 2550: 102) บริษัทมหาชนจำกัดทั้ง 3 แห่งจึงยังคงความเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายอย่างเต็มที่แม้ได้ผ่านขั้นตอนการแปรสภาพแล้วก็ตาม

ความเป็นรัฐวิสาหกิจนี้เองที่เป็นเงื่อนไขสำคัญในตลาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เพราะโดยหลักกระเบียบบการแข่งขันทางการค้าแล้วก็เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมในตลาด แต่ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 4(2) กำหนดไม่ให้นำบังคับความตามที่เป็นบัญญัติแก่รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณอันนำมาซึ่งข้อพิจารณาหลักในบทความนี้ กล่าวคือ รัฐวิสาหกิจประกอบกิจการและแข่งขันทางการค้าทั้งทางตรงและทางอ้อมกับผู้ประกอบการเอกชนอื่นๆ การตีความมาตรา 4(2) เพื่อยกเว้นไม่กำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าของรัฐวิสาหกิจจึงไม่น่าจะเป็นประโยชน์แก่สาธารณะและไม่น่าจะถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายดังจะได้อธิบายต่อไปซึ่งนักวิชาการบางท่านก็ได้แสดงความเห็นที่ไม่จำเป็นต้องมีข้อยกเว้นดังกล่าวเพราะไม่มีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันอย่างจริงจัง

มากนักอยู่แล้ว (Deunden Nikomborirak, 2006; Nipon Poapongsakorn, 2002) อีกทั้งเมื่อพิจารณาว่าความเป็นรัฐวิสาหกิจไทยนั้นขึ้นอยู่กับสัดส่วนหุ้นของรัฐบาลที่มีในกิจการแต่ละแห่งไม่ว่าจะอยู่ในองค์กรรูปแบบใด ความเป็นรัฐวิสาหกิจของไทยจึงเปลี่ยนแปลงได้ไปตามนโยบายของรัฐบาลที่อาจพิจารณาถือหุ้นหรือไม่ถือหุ้นเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่ควรจะเป็นเงื่อนไขของรัฐวิสาหกิจที่จะได้รับยกเว้นการกำกับดูแลดังจะได้อธิบายต่อไป

บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายเกี่ยวกับสถานะของรัฐวิสาหกิจไทยกับระเบียบการแข่งขันทางการค้าโดยยกตัวอย่างของกิจการสื่อสารเพื่อนำไปสู่ข้อพิจารณาว่ารัฐวิสาหกิจของไทยที่ผ่านการแปรรูปแล้วควรจะอยู่ภายใต้ระเบียบการแข่งขันทางการค้าของตลาดอย่างไร อันจะเป็นประโยชน์สำหรับการพิจารณาตีความเพื่อการกำกับดูแลการแข่งขันของกิจการสื่อสารเป็นการเฉพาะ และเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาตีความเพื่อการกำกับดูแลการแข่งขันของรัฐวิสาหกิจในกิจการอื่นๆ ต่อไป

ระเบียบการแข่งขันทางการค้า

เดิมทีเดียวประเทศไทยมีพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดและกำหนดราคาสินค้า พ.ศ. 2522 ซึ่งมีสาระสำคัญ 2 ส่วน คือ การกำหนดราคาสินค้า และป้องกันการผูกขาด ต่อมาได้ยกเลิกและมีการพัฒนาแบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (มนัส สร้อยพลอย, 2548) ปัจจุบันการแข่งขันทางการค้าในตลาดทั่วไปจึงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง

การค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ มาตรา 25 ว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม (abuses of market power) มาตรา 26 ว่าด้วยการควบรวมกิจการ (merger and acquisition) มาตรา 27 ว่าด้วยการสมคบคิดกัน (collusions) มาตรา 28 ว่าด้วยการมีข้อตกลงจำกัดผู้จำหน่ายต่างชาติไม่ขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อรายอื่นในประเทศ (exclusive dealing with foreign suppliers) และมาตรา 29 ที่รวมถึงพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันโดยประการอื่น นอกจากนี้ ยังอาจมีมาตรการพิเศษแก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจครอบงำตลาด (market dominance) ตามสมมติฐานของกฎหมายที่กำหนดให้แก่ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 75% ตามความในมาตรา 30

วัตถุประสงค์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ การจัดตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า คคค.) ในฐานะที่เป็นหน่วยงานกำกับดูแลการค้าในตลาดทั่วไป โดยประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบริหารธุรกิจหรือการบริหารราชการแผ่นดิน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 8 คนแต่ไม่เกิน 12 คนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยต้องแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นกรรมการ (**พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 6**) และผู้ทรงคุณวุฒิจะต้องไม่เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมือง กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบใน

การบริหารพรรคการเมือง (พระราชบัญญัติการ
แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 7) ข้อนี้
แสดงให้เห็นความเป็นห่วงเรื่องความเป็นอิสระของ
หน่วยงานได้ในระดับหนึ่ง แต่ก็ยังเรียกได้ว่ามี
โครงสร้างหน่วยงานที่อิงกับฝ่ายการเมืองอยู่มาก
ทีเดียว โดย คคค. ชุดแรกเริ่มมีมาตั้งแต่เดือน
เมษายน 2542 และนับเป็นชุดที่ 5 แล้วในปัจจุบัน
แต่โดยรวมแล้ว คคค. ไม่สามารถทำงานเพื่อส่งเสริม
การแข่งขันอย่างเต็มที่นัก กรณีที่เข้าสู่การวินิจฉัย
ของ คคค. มีอยู่น้อยและผลการวินิจฉัยก็ด้านสายตา
ในหลายกรณี ในเรื่องนี้มีงานของ นิพนธ์ พัวพงศกร
และเดือนเด่น นิคมบริรักษ์ ที่ได้อธิบายถึงปัญหา
การวินิจฉัยและการติดขัดของ คคค. ที่ไม่สามารถ
ทำงานได้อย่างเต็มที่เอาไว้จึงจะไม่ได้กล่าวซ้ำในที่นี้
อีก (Deunden Nikomborirak, 2006; Nipon
Poapongsakorn, 2002) อีกทั้งด้านการกำหนด
หลักเกณฑ์การแข่งขันไม่มีหลักเกณฑ์ในรายละเอียด
เกี่ยวกับการพิจารณาผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือ
ตลาดจนกระทั่งปี พ.ศ. 2550 และยังไม่มียกเว้น
การพิจารณาขอบเขตตลาด (relevant market) จน
ปัจจุบัน ความข้อนี้ น่าจะสะท้อนให้เห็นสถานการณ์
การกำกับดูแลการแข่งขันในตลาดทั่วไปที่ยังไม่
สามารถทำหน้าที่ได้อย่างเต็มที่

ระเบียบการแข่งขันในธุรกิจการสื่อสาร

ประเทศไทยได้ตรากฎหมายสำคัญ 3 ฉบับแก่
ธุรกิจการสื่อสาร ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์กร
จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจาย
เสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.
2543 อันมีเนื้อหาที่สำคัญเป็นการจัดตั้งหน่วยงาน
อิสระเพื่อกำกับดูแลเฉพาะภาคธุรกิจ ได้แก่ คณะ
กรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) และ
คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการ

โทรทัศน์แห่งชาติ (กสท.) ในประเด็นความเป็น
อิสระเชิงโครงสร้างองค์กรนั้นเรียกได้ว่ามีมากกว่า
คคค. หลายประการ ทั้งโดยขั้นตอนการคัดเลือก
คณะกรรมการตามความในมาตรา 9, 10, 49 และ
50 และคุณสมบัติของคณะกรรมการที่ไม่สามารถ
เกี่ยวข้องกับตำแหน่งทางการเมืองได้เลยตามความ
ในมาตรา 8 และ 48 และในด้านการดำเนินงานที่
ผ่านมา กทช. ก็ได้ออกมาตราการกำกับดูแลไป
แล้วมากกว่าหนึ่งร้อยฉบับ แม้ในปัจจุบันกำลังมีการ
ยกร่างพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่
และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์
และกิจการโทรคมนาคม... ฉบับใหม่เพื่อกำหนดให้มี
คณะกรรมการเพียงคณะเดียวตามความในรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 แต่ก็เชื่อว่า
เนื้อหาสำคัญอื่นๆ จะยังคงเดิม

ประการต่อมา ได้แก่ พระราชบัญญัติการ
ประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และ
พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง
และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ที่มีเนื้อหาสำคัญ
ที่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบกิจการ
โทรคมนาคม กิจการกระจายเสียงและกิจการ
โทรทัศน์ เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ กำหนดหลักเกณฑ์
การออกใบอนุญาต กำหนดหลักเกณฑ์การจัดสรร
คลื่นความถี่ กำหนดเงื่อนไขของการเชื่อมต่อโครงข่าย
กำหนดมาตรการกำกับดูแลแข่งขันและป้องกันการ
ผูกขาด กำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภค และ
กำหนดมาตรการกำกับดูแลรายการในกิจการ
กระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ประเด็นที่สำคัญ
ในที่นี้ก็คือ สถานะของทีโอที, กสท และ อสมท
ในฐานะผู้รับใบอนุญาตภายใต้กฎหมายทั้ง 2 ฉบับ
กล่าวคือ ทีโอที และ กสท มีสถานะเป็นผู้รับ
ใบอนุญาตตามความใน มาตรา 79 และ 80
พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ

และ อสมท จะมีสถานะเป็นผู้รับใบอนุญาตตามความใน มาตรา 74 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาตามความในมาตรา 21 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ ที่บัญญัติว่า “การประกอบกิจการโทรคมนาคม นอกจากต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าแล้ว ให้คณะกรรมการกำหนดมาตรการเฉพาะตามลักษณะการประกอบกิจการโทรคมนาคมมิให้ผู้รับใบอนุญาตกระทำการอย่างใดอันเป็นการผูกขาดหรือลด หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการกิจการโทรคมนาคม”

และตามความในมาตรา 32 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ที่บัญญัติว่า

“เพื่อส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม และป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ให้การประกอบกิจการของผู้รับใบอนุญาตอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและมาตรการเฉพาะที่คณะกรรมการประกาศกำหนดตามลักษณะการประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์”

ความข้อย่อมชี้ให้เห็นในเบื้องต้นได้ตามสมควรว่ารัฐวิสาหกิจในธุรกิจการสื่อสารทั้ง 2 ประเภทเป็นผู้รับใบอนุญาตตามกฎหมายซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาทางหลักกฎหมายที่สำคัญอีก 2 ประการ ได้แก่ หลักกฎหมายเฉพาะยกเว้นกฎหมายทั่วไป (*lex specialis derogat legi generali*) และหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า

(*lex posterior derogat legi priori*) ซึ่งทั้งสองหลักการต้องพิจารณาประกอบด้วยว่า กฎหมายใหม่จะมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายเก่าก็ต่อเมื่อกฎหมายทั้งสองนั้นขัดและแย้งกันจนไม่สามารถที่จะมีผลบังคับใช้ทั้งสองบทบัญญัติได้ ด้วยเหตุผลตามสมมติฐานที่ว่ากฎหมายที่ออกจากรัฐสภาไม่มีเจตนาให้ขัดหรือแย้งกันเอง ซึ่งความขัดแย้งในที่นี้คือการที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กำหนดมิให้ใช้บังคับแก่รัฐวิสาหกิจ แต่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ที่เกิดขึ้นภายหลังกำหนดให้รัฐวิสาหกิจเดิมที่แปรสภาพแล้วมีฐานะเป็นผู้รับใบอนุญาตภายใต้กฎหมายเฉพาะสาขาของตน

ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายเฉพาะสาขาแต่ละฉบับก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของตนเป็นการเฉพาะและมีบทบัญญัติที่อ้างอิงกลับไปยังพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ด้วย ดังนั้นจึงไม่อาจตีความตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ เพียงฉบับเดียวที่เป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนได้ว่า รัฐวิสาหกิจดังกล่าวจะต้องอยู่นอกการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้ การตีความแต่เพียงตามตัวอักษรในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ ก็ไม่เพียงพอที่จะอธิบายหลักการและเหตุผลในเรื่องนี้ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ได้ แต่ต้องอาศัยเหตุผลอื่นๆ ดังจะได้กล่าวต่อไป ประกอบการพิจารณาด้วยโดยจะได้แสดงให้เห็นแนวความคิดที่เห็นว่ารัฐวิสาหกิจควรอยู่ภายใต้การกำกับดูแลการแข่งขันเพื่อเป็นข้อพิจารณาของผู้สนใจถกเถียงกันให้กว้างขวางต่อไป

ทำไมรัฐวิสาหกิจจึงควรอยู่ภายใต้การกำกับดูแลการแข่งขัน

แนวความคิดที่สำคัญที่สนับสนุนให้รัฐวิสาหกิจในกิจการสื่อสารของไทยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลการแข่งขันเป็นแนวความคิดเดียวกันกับที่ต้องการให้มีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ กล่าวคือ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์หลักเพื่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ดังที่ปรากฏในหมายเหตุของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ที่ระบุว่า “การแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นไปเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินกิจการและเป็นพื้นฐานเบื้องต้นที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจให้เป็นองค์กรธุรกิจอย่างเต็มรูปแบบในอนาคต” ซึ่งการแปรรูปรัฐวิสาหกิจที่รัฐบาลได้ทำไปแล้วและที่กำลังจะทำต่อไปนั้นไม่ใช่การเปลี่ยนรัฐวิสาหกิจให้เป็นบริษัทเอกชน แต่เป็นเพียง “การแปลงสภาพรัฐวิสาหกิจ” ให้เป็นบริษัทมหาชนในตลาดหลักทรัพย์ โดยมีรัฐบาลถือหุ้นเป็นส่วนข้างมากเท่านั้น (พิชิต ลิขิตกิจสมบูรณ์, 2548) จึงยังไม่ได้เป็นการส่งเสริมความคล่องตัวหรือประสิทธิภาพในการดำเนินกิจการแต่อย่างใด แต่ระเบียบการแข่งขันทางการค้านี้เองจะเป็นตัวช่วยส่งเสริมประสิทธิภาพของรัฐวิสาหกิจตามเจตนารมณ์ดังกล่าว กล่าวคือ การแข่งขันในตลาดจะเป็นการประกันประโยชน์ส่วนรวม (total welfare) และ

ประโยชน์ของผู้บริโภค (consumer welfare)* ตามข้อพิจารณาที่แยกแยะพฤติกรรมที่กีดกันการแข่งขันออกจากพฤติกรรมที่ส่งเสริมการแข่งขัน กล่าวคือ พฤติกรรมที่กีดกันการแข่งขันจะเป็นผลให้ลดทอนประโยชน์ส่วนรวม ในขณะที่พฤติกรรมส่งเสริมการแข่งขันจะเป็นผลเพิ่มพูนประโยชน์ส่วนรวมดังกล่าว (United States v. Microsoft Corp., 2001) แรงขับเคลื่อนจากการแข่งขันจะผลักดันให้เกิดประสิทธิภาพใน 2 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะแรกคือ ประสิทธิภาพในการผลิต (productive efficiency) ที่จะได้จากการแข่งขันกันผลิตด้วยต้นทุนที่ต่ำที่สุดเพื่อที่จะได้ขายในราคาที่ต่ำกว่าคู่แข่งอันเป็นการแทนที่ผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการผลิตที่ไม่มีประสิทธิภาพ ลักษณะต่อมาคือประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (allocative efficiency) แรงขับเคลื่อนจากการแข่งขันจะเกิดจากการแลกเปลี่ยนและธุรกรรมทางการค้าที่ตลาดจะช่วยจัดสรรสินค้าและบริการหนีจากผู้บริโภคที่เห็นค่าของสินค้าและบริการต่ำไปสู่ผู้บริโภคที่เห็นค่าของสินค้าและบริการที่สูงกว่า (Areeda, Kaplow, and Edlin, 2004: 6) การกำกับดูแลการแข่งขันที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการกำกับพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมย่อมเหมาะสมที่จะใช้บังคับแก่รัฐวิสาหกิจได้ โดยมีข้อพิจารณาเฉพาะแก่รัฐวิสาหกิจ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

* ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจเป็นไปตามแนวคิดที่ตกทอดมาจากนักเศรษฐศาสตร์ที่ยิ่งใหญ่ชาวอังกฤษชื่อ Alfred Marshall (1842-1924) ที่เห็นว่า

$$\begin{aligned} \text{ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ} &= \text{ประโยชน์ผู้บริโภค} + \text{ประโยชน์ผู้ประกอบการ} \\ (\text{Economic Welfare}) &= (\text{Consumer Surplus}) + (\text{Producer Surplus}) \end{aligned}$$

ประโยชน์ทางเศรษฐกิจจึงเท่ากับผลรวมของ (1) ประโยชน์ผู้บริโภคที่พิจารณาได้จากส่วนต่าง (surplus) ของมูลค่าที่ผู้บริโภคเต็มใจจะจ่ายเพื่อให้ได้สินค้าที่ตนเองพอใจกับมูลค่าที่ผู้บริโภคได้จ่ายไปในความเป็นจริงบวกกับ (2) ประโยชน์ผู้ประกอบการที่พิจารณาได้จากส่วนต่างของรายได้กับต้นทุนในการผลิต เรียกรวมนี้อีกอย่างว่าเป็น “Marshallian Surplus”

(1) รัฐวิสาหกิจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดและครอบครองโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น

รัฐวิสาหกิจโดยปกติเป็นองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีอำนาจเหนือตลาด ตลาดของรัฐวิสาหกิจจึงเป็นตลาดที่มีผู้แข่งขันน้อยราย (oligopoly) และแข่งขันไม่สมบูรณ์ (imperfect competition) กล่าวโดยเฉพาะแก่กิจการสื่อสารก็จะพบว่ารัฐวิสาหกิจทั้งหลายต่างเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดและอาจกล่าวได้ถึงขนาดเป็นผู้ผูกขาดตลาด ยิ่งไปกว่านั้นก็มีการศึกษาชี้ให้เห็นว่ารัฐวิสาหกิจมีแนวโน้มที่จะมีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันสูงมาก (Sappington and Sidak, 2003) คดีตัวอย่างที่สำคัญ ได้แก่ คดีของรัฐวิสาหกิจไปรษณีย์ของเยอรมนีที่ใช้รายได้จากบริการผูกขาดไปรษณีย์ของตนอุดหนุนค่าบริการจัดส่งพัสดุทางธุรกิจที่ต้องแข่งขันกับเอกชน (**Case COMP/35.141, Deutsche Post AG**, 2001: 36) มีการศึกษามาก่อนแล้วพบว่าอำนาจเหนือตลาดเป็นสิ่งที่ต้องการการกำกับดูแล โดยองค์ความรู้ทางเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม (Industrial Organization) ที่ว่าด้วย โครงสร้างตลาด – พฤติกรรม – สภาพะตลาด (Structure – Conduct – Performance, or SCP) ได้อธิบายความสัมพันธ์ของตัวแปรทั้งสามและเสนอมาตรฐานการวิเคราะห์บนพื้นฐานข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาด (Kaysen and Turner, 1959) โดยเฉพาะในบริบทที่มีผู้ประกอบการน้อยรายซึ่งเป็นไปตามแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่มองเห็นแนวโน้มการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการที่จะผูกขาดตลาดร่วมกันโดยกำหนดราคาที่ทำให้ได้ประโยชน์สูงสุดระหว่างกันและไม่ทำร้ายตัวเองโดยการตัดราคาซึ่งจะนำมาสู่การตอบโต้ทางธุรกิจ (Chamberlin, 1956; Fellner, 1949) ในความหมายนี้โครงสร้างตลาด (market structure) ซึ่งหมายถึงจำนวนผู้ประกอบการและ

ขนาดของตลาดจึงเป็นตัวบ่งชี้สำคัญของสภาวะตลาด นอกจากนี้ ยังแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์กันอย่างตึงเครียดระหว่างระดับการกระจุกตัวของตลาด (market concentration) กับผลกำไรของผู้ประกอบการ (industry profit) (Bain, 1951) โครงสร้างตลาด (structure) จึงบ่งบอกพฤติกรรมในตลาด (conduct) และสะท้อนให้เห็นสภาวะตลาด (performance) ได้อย่างดี

เมื่อพิจารณาการประกอบกิจการของรัฐวิสาหกิจ การสื่อสารของไทยพบว่าทีโอทีเป็นผู้ประกอบการรายเดียวที่ให้บริการโทรศัพท์พื้นฐานทั่วประเทศ แม้จะมีบริษัท ทูรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด มหาชน (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ทูรู) เป็นผู้ร่วมดำเนินงานให้บริการ 2.6 ล้านเลขหมายและมีส่วนแบ่งตลาด 54% ในเขตปริมณฑล และมีบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด มหาชน (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ทีทีแอนด์ที) เป็นผู้ร่วมดำเนินงานให้บริการ 1.5 ล้านเลขหมายและมีส่วนแบ่งตลาด 36% ในเขตต่างจังหวัด (สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, 2551: 3) แต่ตามเงื่อนไขการร่วมงานที่กำหนดให้อินเทอร์เน็ตข่ายทั้งหมดเป็นของทีโอทีที่ยอมทำให้ทีโอทีเป็นเจ้าของโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น (ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, 2550: 210-211) ทางบริการโทรศัพท์พื้นฐานทั้งหมดอีกทั้งลักษณะการประกอบกิจการของทีโอทีก็เป็นการแข่งขันในระนาบเดียวกับ ทูรู และ ทีทีแอนด์ที มาโดยตลอด นอกจากนี้ ทีโอทียังมีสัญญาร่วมการงานที่สำคัญตามเงื่อนไขเดียวกันกับ บริษัท แอดวานซ์ อินโฟ เซอร์วิส จำกัด มหาชน (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า เอไอเอส) ที่ทำให้โครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ทั้งหมดเป็นของทีโอที ทำให้ทีโอทีมีลักษณะของผู้ประกอบการที่แข่งขันจริงในตลาดโดยมีอำนาจเหนือตลาดและครอบครองโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น

กสท เป็นผู้ประกอบการที่ให้บริการสื่อสารอื่นๆ นอกเหนือไปจากโทรศัพท์พื้นฐานภายในประเทศ ทั้งนี้เป็นไปตามขอบเขตการงานที่สืบทอดมาจากการสื่อสารแห่งประเทศไทยเดิม สถานะของ กสท แตกต่างจาก ทีโอที ประการสำคัญ คือ กสท ไม่ใช่ผู้ประกอบการผูกขาดในตลาดใดๆ เลย แต่ กสท ก็มีสัญญาร่วมการงานกับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่สำคัญ ได้แก่ บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด มหาชน (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ดีแทค) และ บริษัท ทรูมูฟ จำกัด มหาชน (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ทรูมูฟ) อันมีเงื่อนไขไอทีโครงสร้างทั้งหมดแก่ กสท ทำให้ กสท เป็นรัฐวิสาหกิจที่เป็นเจ้าของโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการสื่อสารไร้สายปัจจุบัน นอกจากนี้ กสท ยังดำเนินกิจการอื่นๆ ที่แข่งขันจริงในตลาดบริการอินเทอร์เน็ต ตลาดบริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศ และบริการเช่าโครงข่ายสื่อสาร เป็นต้น

อสมท เป็นผู้ประกอบกิจการกระจายเสียงที่มีสถานะคล้ายกันกับ กสท กล่าวคือ ไม่ใช่ผู้ประกอบการผูกขาดในตลาดใดๆ เลยในเบื้องต้น แม้ อสมท จะประกอบกิจการสถานีโทรทัศน์โมเดิร์นไนน์ แต่ อสมท ก็มีสัญญาร่วมการงานกับผู้ประกอบกิจการกระจายเสียงที่สำคัญ ได้แก่ บริษัท บางกอกเอ็นเตอร์เทนเมนต์ จำกัด ที่ดำเนินกิจการสถานีโทรทัศน์ไทยทีวีสีช่อง 3 อสมท ซึ่งเป็นผู้ประกอบการแข่งขันในระนาบธุรกิจโทรทัศน์ปกติเดียวกัน และ อสมท ก็มีสัญญาร่วมดำเนินการกับกลุ่มบริษัท ทรูวิชั่นส์ จำกัด ที่ดำเนินกิจการโทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิกระดับประเทศเพียงรายเดียวของประเทศ นอกจากนี้ อสมท ยังมีกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงทั่วประเทศ และกิจการสำนักข่าวไทย เมื่อพิจารณาประกอบกับสภาพการณ์ของตลาดที่มีการเปลี่ยนแปลงจากปรากฏการณ์หลอมรวมของสื่อต่างๆ (media

convergence) ทำให้มีแนวโน้มชัดเจนว่าจะไม่สามารถแบ่งแยกประเภทตามโครงสร้างตลาดแบบเดิมได้อีกต่อไป อสมท จึงเป็นผู้ประกอบการสำคัญที่จะเข้าข่ายการมีอำนาจเหนือตลาดตามความหมายนี้

จากข้อมูลการประกอบกิจการของรัฐวิสาหกิจ การสื่อสารของไทย เบื้องต้นแสดงให้เห็นได้ว่า ทีโอที กสท และ อสมท เป็นผู้ประกอบการในลักษณะที่เป็นทั้งผู้แข่งขันเองและเป็นผู้ร่วมดำเนินการกับผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นผู้แข่งขันของตน อีกทั้งมีลักษณะที่ครอบครองโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในตลาด แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าในทางปฏิบัติโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นไม่ได้อยู่ในครอบครองของรัฐวิสาหกิจดังกล่าวตามเงื่อนไขสัญญาร่วมดำเนินการ แต่ก็เป็นเรื่องที่ต้องวินิจฉัยเป็นรายกรณี ไม่น่าจะสามารถใช้เป็นข้อยกเว้นในการกำกับดูแลได้ แต่หากยกเว้นไม่กำกับพฤติกรรมการแข่งขันของรัฐวิสาหกิจ การสื่อสารดังกล่าวย่อมเป็นการส่งเสริมอำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่แล้วให้มีมากยิ่งขึ้นอันขัดต่อเจตนารมณ์ของการแปรสภาพรัฐวิสาหกิจที่ต้องการเพิ่มประสิทธิภาพของการดำเนินงาน ตัวอย่างที่ชัดเจนในเรื่องนี้ ได้แก่ กรณีในปี พ.ศ. 2548 ที่ทีโอทีอ้างตามสัญญาสัมปทานที่มีต่อผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ได้แก่ เอไอเอส, ดีแทค และ ทรูมูฟ ต่อปัญหาความขัดข้องในการเรียกสายข้ามโครงข่ายระหว่างผู้ให้บริการที่จะต้องเรียกผ่านทีโอทีตามสัญญา และทีโอทีเองก็ไม่สามารถขยายปริมาณการเชื่อมต่อโครงข่ายให้รองรับการใช้งานที่เพิ่มขึ้นได้และไม่ยอมให้ผู้ให้บริการรายอื่นดำเนินการเชื่อมต่อโครงข่ายระหว่างกันเอง ซึ่งทำให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนที่ใช้บริการ หากพิจารณาตามระเบียบการแข่งขันทางการค้าก็จะพบได้ไม่ยากว่าทีโอทีมีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันในกรณีดังกล่าว

(2) อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดมีอยู่สูง

ความรู้ด้านเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมยังได้ศึกษาพบว่า การกระจุกตัวของตลาดอาจไม่เป็นผลร้ายนักถ้าสามารถทำให้อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (barrier to entry) ไม่สูงจนเกินไป และยังพบว่า หากอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดมีอยู่สูงมากประสิทธิภาพระดับต่ำสุดจากการประหยัดเนื่องจากขนาด (economy of scales) มีระดับที่ต่ำกว่าขนาดของผู้ประกอบการรายใหญ่อยู่มากในความเป็นจริง (Bain, 1951) ทั้งหมดนี้สนับสนุนแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างตลาดที่กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การกำกับดูแลตลาด และการแทรกแซงตลาดที่มีลักษณะกระจุกตัว เช่น การห้ามควบรวมกิจการ การห้ามมีอำนาจเหนือตลาด หรือการแยกกิจการ เป็นต้น ก็จะไม่ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ

โดยทั่วไปแล้วการแข่งขันระดับการแข่งขันในตลาดและพฤติกรรมในตลาดมุ่งเน้นไปที่ความสามารถของผู้ประกอบการหนึ่งหรือสองรายขึ้นไปที่จะขึ้นราคาและคงไว้ได้นาน ซึ่งถ้าหากว่าผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่ายและทำให้มีสินค้าหรือบริการที่ทดแทนขึ้นมาได้ในเวลาไม่นาน ผู้ประกอบการรายเดิมนั้นก็จะต้องลงเลไม่กล้าขึ้นราคาในระยะยาว การขึ้นราคาดังกล่าวก็เท่ากับการเชื้อเชิญให้ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดและเพิ่มการแข่งขันที่เขาไม่ต้องการ อย่างไรก็ตาม หากมีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด พฤติกรรมการแข่งขันก็จะเปลี่ยนไป อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดมีหลายแบบแตกต่างกันไปตามลักษณะของตลาด ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะสำหรับตลาดการสื่อสารของไทยก็จะพบว่ามีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ (1) อุปสรรคจากระเบียบการกำกับดูแล กล่าวคือ ใบอนุญาตประกอบกิจการที่มีอยู่จำกัด และ (2)

อุปสรรคจากเงินลงทุนหรือต้นทุนการประกอบกิจการที่มีอยู่สูง ตัวอย่างเช่น การสร้างโครงข่ายโทรศัพท์ท้องถิ่นย่อมอาศัยเงินลงทุนเริ่มต้นมหาศาล และการประกอบกิจการโครงข่ายโทรศัพท์ท้องถิ่นต้องได้รับใบอนุญาตเสียก่อนซึ่งปัจจุบันกล่าวได้ว่ามีใบอนุญาตเฉพาะให้ทีโอทีเพียงรายเดียวและผู้ให้บริการรายอื่นประกอบการตามสัญญาร่วมดำเนินกิจการ นอกจากนี้ การเข้าสู่ตลาดโครงข่ายไร้สายก็มีอุปสรรคจากทรัพยากรคลื่นความถี่ที่มีอยู่จำกัด นอกจากนี้ ก็มีความเป็นไปได้ด้วยว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดก็สนใจที่จะสร้างอุปสรรคเพิ่มเติมขึ้นมาอีก เช่น การปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น และการปฏิเสธไม่เชื่อมต่อโครงข่ายสองตัวอย่างนี้เป็นตัวอย่างดั้งเดิมของพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันที่ผู้ประกอบการรายเดิมใช้กันมานานเพื่อลดทอนหรือป้องกันไม่ให้เกิดการเข้าสู่ตลาดและเป็นเหตุผลสำคัญที่ต้องมีการกำกับดูแลตลาดลักษณะนี้

(3) รัฐวิสาหกิจการสื่อสารไทยไม่ได้อยู่ในตลาดสงวนอีกต่อไป

โดยทั่วไปแล้วรัฐวิสาหกิจถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นพิเศษนอกไปจากการแสวงหากำไร การยกเว้นไม่กำกับดูแลการแข่งขันแก่รัฐวิสาหกิจก็เพื่อวัตถุประสงค์พิเศษเช่นว่านั้น เป็นไปได้ เช่น การให้บริการสื่อสารในพื้นที่ห่างไกล หรือการให้บริการเพื่อสาธารณประโยชน์ที่ไม่ทำกำไร ย่อมต้องการเงินอุดหนุนจากภาครัฐกิจอื่น ซึ่งเข้าข่ายพฤติกรรมอุดหนุนข้ามสาขา (cross-subsidization) ที่เป็นการกีดกันการแข่งขันรูปแบบหนึ่ง ในแง่ตลาดที่ไม่ทำกำไรดังกล่าวจึงถือเป็นตลาดสงวนของรัฐวิสาหกิจตามนโยบายของรัฐบาล เพราะไม่ต้องการให้มีการแข่งขันในตลาดดังกล่าว

ด้วยเหตุผลเฉพาะของประโยชน์สาธารณะ ดังเช่นกรณีของกิจการสื่อสารของไทยในอดีตที่จัดตั้งองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย การสื่อสารแห่งประเทศไทย องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย เพื่อให้มีบริการดังกล่าวให้ครอบคลุมทั่วประเทศแม้จะยังไม่สามารถทำกำไรมากพอที่เอกชนจะสนใจมาลงทุนเอง แต่ในปัจจุบันสถานการณ์ของตลาดกิจการสื่อสารแตกต่างออกไป รัฐวิสาหกิจการสื่อสารของไทยไม่อยู่ในตลาดสงวนที่มีวัตถุประสงค์พิเศษตามนโยบายของรัฐบาลอีกต่อไป ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคดีดังต่อไปนี้

กรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่าง ดีแทคกับทีโอที (คำชี้ขาดข้อพิพาท กทข ที่ 1/2550) และทรูมูฟกับทีโอที (คำชี้ขาดข้อพิพาท กทข ที่ 2/2550) เกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่มีต่อ กทข. ที่มีประเด็นโต้แย้งที่สำคัญ คือ การที่ทีโอทีเห็นดีแทคและทรูมูฟไม่มีสถานะเป็นผู้รับใบอนุญาตในระดับเดียวกับตน จึงไม่มีสิทธิและหน้าที่ในการเชื่อมต่อโครงข่ายตามกฎหมายกับทีโอที ซึ่งตามคำชี้ขาดของ กทข. ได้เน้นย้ำให้เห็นถึงปัญหาสถานะทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันของผู้รับใบอนุญาตทั้งสามตามความในมาตรา 80 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการฯ และโดยเฉพาะเน้นย้ำว่า

“...จากถ้อยคำตามมาตรา 80 วรรค 2 แห่ง พระราชบัญญัติการประกอบกิจการฯ... มีนัยที่ชัดเจนอันเป็นการวางกรอบ...โดยกำหนดให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ต้องกำกับดูแลผู้ที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาจากการสื่อสารแห่งประเทศไทย และองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยอยู่บนพื้นฐานของหลักการการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และต้องกำกับดูแลเช่นเดียวกับ

ผู้รับใบอนุญาต...” (คำชี้ขาดข้อพิพาท กทข ที่ 1/2550: 8)

ในคำวินิจฉัยยังได้เน้นย้ำหลักการการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมนี้ตลอดคำวินิจฉัยย่อมเป็นนัยที่แสดงให้เห็นชัดเจนแล้วว่ารัฐวิสาหกิจ ทีโอที และ กสท ต้องอยู่ภายใต้ระเบียบการแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลปกครองกลาง (คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีดำที่ 88/2550 และคดีดำที่ 123/2550) ในประเด็นเกี่ยวข้อว่าด้วยหน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายต้องให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อและใช้โครงข่ายของตนแม้ว่าในคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางพิจารณาตามหน้าที่ที่บัญญัติในกฎหมายว่า ทีโอทีมีหน้าที่ต้องให้ ดีแทค และทรูมูฟ เชื่อมต่อโครงข่ายแต่บทบัญญัติเรื่องหน้าที่การเชื่อมต่อโครงข่ายก็เป็นสาระสำคัญของระเบียบการแข่งขันทางการค้าโดยตรง (ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, 2550) จึงเป็นการเน้นย้ำสถานะของรัฐวิสาหกิจภายใต้ระเบียบการแข่งขันทางการค้าที่ไม่ได้อยู่ในตลาดสงวนของตนอีกต่อไป

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่เกี่ยวข้องที่น่าสนใจได้แก่ กรณีที่ กสท ได้ร้องต่อ กทข. ขอให้ได้สวนดีแทค ว่ามีพฤติกรรมที่เปลี่ยนผู้ให้บริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศ (slamming) ของผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของดีแทคจำนวนมากจากที่ใช้บริการหมายเลข 001 ของ กสท ไปใช้บริการหมายเลข 004 ซึ่งเป็นบริการในกลุ่มธุรกิจของดีแทคโดยไม่ได้มีการแจ้งโฆษณาและขอความยินยอมจาก กสท และผู้ใช้บริการล่วงหน้า เป็นพฤติกรรมการใช้อำนาจทางการตลาดที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ (หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติที่ ทข 3300/3554)

ข้อสังเกตในที่นี้ไม่ใช่กรณีว่าตีแตกมีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันหรือไม่ แต่นำสังเกตว่ารัฐวิสาหกิจได้มีคำร้องขอไต่สวนพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันภายใต้ระเบียบการแข่งขันทางการค้าของผู้แข่งขันในระนาบเดียวกันกับตน จึงเป็นการเน้นย้ำสถานะของรัฐวิสาหกิจภายใต้ระเบียบการแข่งขันทางการค้าที่ไม่ได้อยู่ในตลาดสงวนของตนอีกครั้งหนึ่ง

ประเด็นการพิจารณาในปัจจุบันจึงอยู่ที่พฤติกรรมกีดกันการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมเป็นหลักโดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นรัฐวิสาหกิจหรือไม่ และน่าจะเป็นที่ชัดเจนแล้วว่ารัฐวิสาหกิจในกิจการสื่อสารต้องอยู่ภายใต้ระเบียบการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ตามเจตนารมณ์การแปรสภาพรัฐวิสาหกิจและเหตุผลอย่างน้อย 3 ประการที่กล่าวมาแสดงให้เห็นแล้วว่าสถานการณ์ของกิจการสื่อสารของไทยไม่มีวัตถุประสงค์พิเศษนอกเหนือจากการแข่งขันทางการค้าอีกต่อไป

บรรณานุกรม

คำชี้ขาดข้อพิพาทคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม แห่งชาติที่ 1/2550 และที่ 2/2550.
คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีดำที่ 88/2550 และคดีคำที่ 123/2550.
นันทวัฒน์ บรมานันท์. 2548. ศาลปกครองสั่งระงับการขายหุ้น กฟผ. และการขายหุ้นกิจการไฟฟ้าของฝรั่งเศส [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก: <http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?PublawIDs=842>
บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน). 2550. รายงานประจำปี พ.ศ. 2550 [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก: http://www.cattelcom.com/web__data/uploads/annualreport/

annualreport__2550-th.pdf
บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน). 2550. รายงานประจำปี พ.ศ. 2550 [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก: http://www.tot.co.th/images/doc__report/report2550.pdf
บริษัท บีอีซี เวิลด์ จำกัด (มหาชน). 2550. รายงานประจำปี พ.ศ. 2550 [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก: http://www.becworld.com/download/bec__annual2007__th.pdf
บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน). 2550. รายงานประจำปี พ.ศ. 2550 [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก: <http://mcof.listedcompany.com/misc/ar/year2007.pdf>
ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง. 2550. “โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในอุตสาหกรรมโทรคมนาคมและข้อพิจารณาสำหรับประเทศไทย”. วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย 27, 2: 203-214.
พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542
พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาการระงับความผิด พ.ศ. 2502
พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543
พิชิต ลิขิตกิจสมบูรณ์. 2548. มองมุมใหม่ – เดินหน้าแปรรูปรัฐวิสาหกิจ [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก: <http://www.ftawatch.org/news/view.php?id=2774>
ไพศาล สุริยะวงศ์ไพศาล. 2549. แนวความคิดที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจดีจริงหรือ [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก: http://www.thaiworld.org/th/include/answer__search.php?question__id=255

- มนัส สร้อยพลอย. 2548. “กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: ประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภค” ใน การสัมมนาเรื่อง กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: ประโยชน์สู่สังคม กิจกรรมเสริมสร้างการแข่งขันทางการค้า (Competition Advocacy) เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2548 ณ โรงแรมเวสต์ดิน เกรด สุขุมวิท กรุงเทพมหานคร [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก: http://www.dit.go.th/otcc/upload/Competition__Advocacy.doc
- สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. 2551. รายงานสภาพตลาดและแนวโน้มบริการโทรคมนาคม ไตรมาส 3 ปี 2551 [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก: http://www.ntc.or.th/upload_files/02262009103446__3Q2008.pdf.
- หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติที่ ทช 3300/3554 ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2551.
- Areeda, Phillip, Kaplow, Louis, and Edlin, Aaron. 2004. **Antitrust Analysis – Problems, Texts, and Cases**. 6th ed. New York: Aspen.
- Bain, Joe S. 1951. “Relation of Profit Rate to Industry Concentration.” **Quarterly Journal of Economics** 65, 3: 293-324.
- Case COMP/35.141, Deutsche Post AG, C** (2001) 728, OJ. L 125/ 27, 5.5.2001
- Chamberlin, Edward H. 1956. **The Theory of Monopolistic Competition**. 7th ed. Cambridge: Harvard University Press.
- Deunden Nikomborirak. 2006. “The Political Economy of Competition Law: the Case of Thailand.” **Northwestern Journal of International Law and Business** 26, 3: 597-618.
- Fellner, William. 1949. **Competition among the Few: Oligopoly and Similar Market Structures**. New York: Alfred A. Knopf.
- Kaysen, Carl, and Turner, Donald F. 1959. **Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis**. Cambridge: Harvard University Press.
- Nipon Poapongsakorn. 2002. “The New Competition Law in Thailand: Lessons for Institution Building.” **Review of Industrial Organization** 21, 2: 305.
- Sappington, David E.M., and Sidak, J. Gregory. 2003. “Competition Law for State-Owned Enterprises.” **SSRN eLibrary** [Online Serial]. Available: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=357720.
- United States v. Microsoft Corp.**, 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001)



Mr. Piyabutr Bunaramrueang is pursuing his J.S.D. in Law & Technology at UC Berkeley under a UTCC scholarship. He received his B.Eng. in Telecommunications from KMITL, LL.B. and LL.M. in International Law from Thammasat University, and LL.M. from UC Berkeley. Following graduation, he will resume his appointment as a lecturer of Law & Technology in the UTCC Law School.

