

ประเด็นทางกฎหมาย ที่ กสทช. พิจารณาวัง
กรณี (ร่าง) มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา

วีรพัฒน์ ปริยวงศ์

อนุกรรมการ กสทช. ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการถือครองคลื่นความถี่ฯ

verapat@post.harvard.edu

ในวันที่ 15 กันยายน 2556 สัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่บนคลื่น 1800 MHz ระหว่าง กสท โทรคมนาคม กับ ทรู มูฟ และ ดีพีซี จะสิ้นสุดลง โดยทาง คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ได้เสนอร่างประกาศเรื่อง “มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาฯ” ซึ่งกำลังอยู่ในช่วงการปรับปรุงร่างประกาศฯ ขึ้นสุดท้ายก่อนประกาศใช้ ซึ่งมีประเด็นควรพิจารณาดังนี้

1. ร่างประกาศฯ ฉบับนี้มีข้อดีหลายประการ เช่น

- 1.1 การสร้างความชัดเจนว่าเมื่อสัมปทานสิ้นสุดลง คลื่น 1800 MHz จะไม่ตกไปที่รัฐวิสาหกิจ แต่จะต้องถูกกำกับดูแลโดย กสทช.
- 1.2 การกำหนดให้ผู้ให้บริการ เช่น ทรูมูฟ หรือ ดีพีซี ต้องเสนอแผนคุ้มครองผู้ใช้บริการให้ กสทช. พิจารณา ‘ล่วงหน้า’ ก่อนสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง
- 1.3 การเร่งรัดการโอนย้ายผู้ใช้บริการ และแจ้งข้อมูลให้ผู้ให้บริการทราบเกี่ยวกับการสิ้นสุดการให้บริการ
- 1.4 การดูแลผู้ใช้บริการในเรื่องมาตรฐานการบริการ หรือค่าใช้จ่ายของค้าง
- 1.5 การให้ความสำคัญกับเตรียมการประมูลคลื่น 1800 MHz

2. การประมูลอาจไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นทันที แต่ควรเกิดขึ้นเร็วที่สุดตามที่ กสทช. เห็นว่าเกิดประโยชน์สูงสุด

ผู้เขียนเห็นพ้องกับคำอธิบายของ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ หนึ่งใน กสทช. ซึ่งเขียนบทความลงหนังสือพิมพ์ มติชน ฉบับวันที่ 23 ก.ค. ในประเด็นที่ว่า แม้สัญญาสัมปทานจะสิ้นสุดลงในวันที่ 15 กันยายนนี้ แต่กฎหมายก็ได้บังคับไว้ว่า กสทช. จะต้องประมูลคลื่นความถี่ในวันรุ่งขึ้นทันที เพราะกฎหมายได้มอบดุลพินิจแก่ กสทช. ที่จะวางแผนการประมูลโดยพิจารณาปัจจัยหลายอย่างประกอบกัน สิ่งที่ กสทช. พึงทำ ก็คือการเร่งเตรียมความพร้อมและจัดประมูลให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อสาธารณะ เพราะหากประมูลเร็วเกินไป ก็คงมีผู้จ้องจะเอาผิดกับ กสทช. เหมือนที่ผ่านมา

สิ่งที่ กสทช. ควรเร่งดำเนินการ คือ การทำให้การเตรียมการประมูลมีการดำเนินการที่ปรากฏชัดเจนต่อสาธารณะ เช่น การให้ข้อมูล หรือรับฟังความคิดเห็นจากสาธารณะแม้จะยังไม่มีการประกาศการประมูลก็ตาม

3. อย่างไรก็ดี การที่ร่างประกาศฯ ‘ยึดเวลาการให้บริการ’ ออกไปไม่เกิน 1 ปี เพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการให้มีเวลาย้ายค่ายหรือรอการประมูลภายหลังสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงแล้วนั้น เป็นการขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ?

3.1 ผู้เขียนเห็นว่าการยึดเวลาข้อมทำให้ กสทช. ตุ่มเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องทั้งทางปกครองและทางอาญา เพราะตัวบทกฎหมาย เช่น มาตรา 84 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ องค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ก็ใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนว่า **“[ทรมูฟและดีพีซีนั้น] ประกอบกิจการต่อไปได้เฉพาะในช่วงเวลาที่เหลืออยู่ตามการอนุญาต สัมปทาน หรือตามสัญญานั้น”**

3.2 ประเด็นทางกฎหมายก็คือ ร่างประกาศฯ ฉบับนี้ถือเป็นการให้มีการ **“ประกอบกิจการ”** ต่อไปหรือไม่ ?

- การตีความคำว่า “ประกอบกิจการ” ข้อมต้องตีความทั้งในทางข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย
- การตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงสภาพความเป็นจริง (de facto)
 - เห็นได้ว่ายังมีบริการให้บริการไปยังผู้ใช้บริการต่อเนื่องกว่า 17-18 ล้านเลขหมาย
 - มีการดูแลการให้บริการ มีการรับชำระค่าบริการ มีการหักค่าใช้จ่ายในการให้บริการ
 - มีการใช้คลื่นความถี่และอุปกรณ์โทรคมนาคม ตลอดจนใช้เครื่องหมายการประกอบกิจการตามเดิม
 - กล่าวคือ แท้จริงแล้ว ทรมูฟ และ ดีพีซี ยังมีนิติสัมพันธ์ต่อผู้ใช้บริการให้บริการอย่างต่อเนื่อง
- การตีความกฎหมายคำนึงถึงสภาพในทางกฎหมาย (de jure)
 - หาก ทรมูฟ และ ดีพีซี ไม่ได้ “ประกอบกิจการ” หลังวันที่ 15 กันยายน ก็จะเป็นการตีความที่ขัดแย้งกันเอง เพราะหากไม่มี “การประกอบกิจการ” แล้วไซ้ กสทช. จะไม่อาจมีอำนาจ “กำกับดูแลการประกอบกิจการ” ตามกฎหมายและ ร่างประกาศฯ เห็นได้จาก**ฐานทางกฎหมายที่ร่างประกาศฯอ้างถึง** ส่วนเป็นเรื่องการกำกับดูแลการประกอบกิจการทั้งสิ้น กล่าวคือ พระราชบัญญัติ องค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2553

- มาตรา 27 (4) “พิจารณาอนุญาตและ**กำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่และเครื่องวิทยุคมนาคมในการประกอบกิจการ...กิจการ โทรคมนาคม...**”
- มาตรา 27 (6) “พิจารณาอนุญาตและ**กำกับดูแลการประกอบกิจการ**กระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรม...”
- มาตรา 27 (13) “คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้**ประกอบกิจการ...**”

3.3 ยิ่งไปกว่านั้น ร่างประกาศฯ ในข้อ 7 เอง ยอมรับว่าระยะเวลาที่ยึดออกไปไม่เกิน 1 ปีนั้น ถือว่า ทรมูฟ และ ดีพีซี มี **“สิทธิ หน้าที่ และ ความรับผิดชอบ เช่นเดียวกับผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการ”**

ดังนั้น ประเด็นของ ร่างประกาศฯ จึงไม่ใช่การ “ขยายอายุสัมปทาน” แต่เป็นประเด็นว่า เมื่อร่างประกาศฯ ไป ‘กำหนดหน้าที่’ ให้ โทรูมฟและดีพีซี ให้บริการพร้อมเก็บค่าบริการต่อไปได้หลังหมดอายุสัมปทาน ถึงแม้จะรับลูกค้าใหม่ไม่ได้ แต่ก็ย่อมถูกตีความให้เข้าลักษณะการ “ประกอบกิจการ” ซึ่งคุ้มครองการทำผิดกฎหมายอย่างยิ่ง

กรณีดังกล่าวอาจนำมาซึ่งการฟ้องคดีที่ทำให้การประมูลคลื่นต้องล่าช้า อีกทั้ง กสทช. ทั้ง 11 ท่านเองยังอาจเสี่ยงต่อการถูกฟ้องทางอาญาซึ่งมีอายุความอีกหลายปี โดยแม้ผู้เขียนจะเชื่อว่า กสทช. จะพยายามแก้ปัญหาให้ประชาชนอย่างสุดจิต แต่ก็คงไม่พ้นข้อครหาจากฝ่ายอื่นที่จะอ้างข้อกฎหมายเรื่อง “พฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่า” กสทช. ได้เอื้อประโยชน์ให้เอกชนหารายได้ต่อไปได้แม้จะสิ้นสุดอายุสัมปทาน หรือเอื้อให้เอกชนลดต้นทุนในแง่เวลาและความพร้อมในการโอนย้ายผู้ให้บริการ ฯลฯ

4. แนวทางแก้ไขปัญหา

ปัญหาที่กล่าวมานี้ ในทางหนึ่งก็น่าเห็นใจ กสทช. เพราะหากนั่งเฉยและปล่อยให้มีเหตุ ‘จิมดับ’ จนผู้ให้บริการเดือดร้อนเสียหาย ก็คงจะมีคนมาหาทางเอาผิดกับ กสทช. เช่นเดียวกัน การยกเลิกร่างประกาศฯ จึงอาจไม่ได้แก้ปัญหาตรงจุด

ผู้เขียนเสนอว่า กสทช. ควรปรับปรุง ร่างประกาศฯ โดยคงหลักการไว้เฉพาะในส่วนที่ให้เอกชนผู้ให้บริการต้องมีแผนมาตรการ ‘ล่วงหน้า’ ในการคุ้มครองผู้ให้บริการ แต่เอกชนจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวให้เสร็จสิ้น ‘ล่วงหน้า’ ก่อนสิ้นสุดอายุสัมปทานเช่นกัน เช่น ร่างประกาศฯ ควรส่งผลให้ โทรูมฟ และ ดีพีซี ต้องติดต่อไปยังผู้ให้บริการเพื่อให้ผู้ให้บริการ “เลือก” ว่าประสงค์จะรับการอำนวยความสะดวกโดยรับบริการต่อเนื่องหลังวันที่ 15 ก.ย. หรือไม่ ทั้งนี้โดยใช้ช่องทางสื่อสารที่สะดวกรวดเร็ว เช่น ผ่านระบบข้อความ sms หรือ ระบบข้อความเสียงอัตโนมัติ ซึ่งผู้ให้บริการสามารถแจ้งความประสงค์กลับมาโดยสะดวก ซึ่งเมื่อทราบความประสงค์ของผู้ให้บริการแล้ว โทรูมฟ และ ดีพีซี อาจดำเนินการต่อได้อย่างน้อยสองแนวทาง คือ

- (1) **ใช้วิธีย้ายผู้ให้บริการ** ให้ โทรูมฟ และ ดีพีซี อำนวยความสะดวกโดยการถ่ายโอนฐานข้อมูลเลขหมายพร้อมกัน (lot transfer) ซึ่งผู้เขียนได้สอบถามจากผู้เชี่ยวชาญด้านวิศวกรรมทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และภาควิชาการ ก็ได้คำตอบตรงกันว่าสามารถดำเนินการได้รวดเร็วกว่าการโอนเลขหมายผ่านระบบ clearing house ทั้งนี้ ย่อมเป็นสิทธิโดยชอบที่ โทรูมฟ และ ดีพีซี จะเสนอทางเลือกให้ออนไปผู้ให้บริการในเครือบริษัทตน ส่วนหากย้ายไปแล้วมีปัญหาเรื่องอุปกรณ์หรือสัญญา ก็ย่อมเป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการที่รับโอนจะต้องดูแลผู้ให้บริการโดยมี กสทช. กำกับดูแล (แต่ไม่ใช่ กสทช. ไปยึดเวลาเพื่อแก้ปัญหาแทน)
- (2) **ใช้วิธีเปลี่ยนตัวผู้ให้บริการ** ให้ โทรูมฟ และ ดีพีซี ทำความตกลงกับ กสท. และ ดีแทค เพื่อให้มีการ roaming ไปยังคลื่น 1800MHz ที่ยังไม่สิ้นสุดสัมปทาน โดยให้ โทรูมฟ และ ดีพีซี ให้บริการช่วงต่อ หรือ ในลักษณะ MVNO

ส่วนหากผู้ให้บริการรายใด “ไม่ประสงค์” ได้รับการอำนวยความสะดวกตามวิธีดังกล่าว ก็ย่อมต้องมีสิทธิรับทราบวิธีการสำหรับย้ายเลขหมายของตนไปค่ายอื่นด้วยวิธีอื่นก่อนวันที่ 15 ก.ย. และหากผู้ใดไม่ดำเนินการย้ายโอนก่อนกำหนดเวลา ก็ย่อมถือเป็นความยินยอมที่จะยุติการรับบริการหลังสิ้นสุดสัญญาสัมปทานบนพื้นฐานของข้อมูลที่ได้รับทราบเสมอกัน

หาก ร่างประกาศฯ ถูกแก้ไขในแนวทางนี้ นอกจากจะทำได้ในทางเทคนิคแล้ว ยังมีฐานทางกฎหมายรองรับชัดเจน เช่น มาตรา 27 และ มาตรา 32 แห่งกฎหมายจัดตั้ง กสทช. อีกทั้งไม่เป็นการยึดเวลาประกอบกิจการที่เสี่ยงผิดกฎหมายอีกด้วย

แม้เวลาจะเหลือน้อยเต็มที แต่หาก กสทช. หันมาเอาจริงกับเอกชนผู้ให้บริการตามแนวทางที่เสนอนี้ ก็ย่อมเป็นการตอบโจทก์ด้วยวิธีที่ถูกต้องตามกฎหมาย ชัดเจนว่าไม่เอื้อเอกชน โดยให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องต่างต้องแบ่งรับผิดชอบทำหน้าที่ตนเองอย่างเป็นธรรม แทนที่ กสทช. จะต้องแบกรับความเสี่ยงและเสียค่าไถ่แต่เพียงผู้เดียว.