

เอกสารประกอบการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนทั่วไป
ต่อ (ร่าง) ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ
เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ.

.....

๑. ความเป็นมา

เนื่องจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งมีเหตุผลในการประกาศ คือ โดยที่กิจการโทรคมนาคมบางลักษณะหรือบางประเภท เป็นกิจการที่ต้องใช้ทุนเป็นจำนวนมากในการดำเนินการและต้องใช้เทคโนโลยีสูง ซึ่งปัจจุบันการพึ่งพา ทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศยังมีความจำเป็น การกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาต ประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สองและแบบที่สาม โดยให้มีสัดส่วนการถือหุ้นของบุคคลผู้มีสัญชาติ ไทยไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้าเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการระดมทุนจากผู้ลงทุนต่างประเทศ หรือหากจะร่วมทุนกับต่างประเทศก็จะติดขัดกับปัญหาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวดังกล่าว ส่งผลให้ผู้รับใบอนุญาตทั้งรายเดิมและรายใหม่ไม่สามารถพัฒนาโครงข่ายหรือเทคโนโลยีโทรคมนาคม เพื่อจัดการให้บริการแก่ประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพได้เท่าที่ควร สมควรแก้ไขสัดส่วนการถือหุ้น เสียใหม่เพื่อเอื้อต่อการระดมทุนจากนักลงทุนต่างประเทศ

จากการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๙ ดังกล่าว มีผลเป็นการปรับปรุงแก้ไขข้อจำกัดในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว ข้อจำกัดการแต่งตั้งกรรมการและผู้มีอำนาจกระทำการนิติบุคคลที่เป็นคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคม ใหม่ โดยยกเลิกสัดส่วนการถือหุ้นของผู้มีสัญชาติไทยจากเดิมไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้าของทุน ทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น ยกเลิกข้อกำหนดให้มีกรรมการไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการ ทั้งหมด และผู้มีอำนาจกระทำการผูกพันนิติบุคคลนั้นต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย และผลจากการ เปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลทำให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเข้ามาลงทุนในกิจการโทรคมนาคมแบบ ที่สองหรือแบบที่สามได้หากไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นทั้งหมดของนิติบุคคลที่รับใบอนุญาต ซึ่งอาจ เป็นการจูงใจให้เกิดมีการลงทุนจากต่างประเทศมากขึ้น แต่การประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบ กิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๙ ดังกล่าวนั้น ยังคงหลักการเดิมของกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีใช้เป็นคนต่างด้าวตามกฎหมาย ว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่ กสทช. ในการกำหนดเงื่อนไข โดยอาจกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็น นิติบุคคลจะต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวด้วยก็ได้

เนื่องจากการลงทุนหรือการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ต้องอยู่ ภายใต้อำนาจการควบคุมหรือการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่างๆ โดยมีข้อจำกัด ในการประกอบธุรกิจค่อนข้างมาก โดยเฉพาะในเรื่องข้อจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมีการหลีกเลี่ยงข้อจำกัดทางกฎหมายดังกล่าว ประกอบกับการประกอบธุรกิจ

โทรคมนาคมมีลักษณะเช่นเดียวกับการทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งกฎหมายห้ามต่างชาติประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาด และเมื่อพิจารณาคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๙ ซึ่งไปอิงกับคำนิยาม คำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ ย่อมหมายความว่า การคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวจะนับเพียงทอดเดียวหรือชั้นเดียวเท่านั้น

ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายได้ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ปฏิบัติหน้าที่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) จึงได้ออกประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๘ ตอนพิเศษ ๙๘ ง ลงวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๕๔ และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๕๔ เป็นต้นมา โดยมุ่งเน้นให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมกำกับดูแลตนเอง (Self-regulation) ตลอดจนเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมมีการปรับตัวเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม

๒. เหตุผลและความจำเป็น

๒.๑ นับแต่ประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ มีผลใช้บังคับ ประกาศฯ ฉบับดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในวงกว้าง ไม่ว่าจะในแง่มุมมองของข้อกฎหมายก็ดี นโยบายก็ดี หรือเรื่องการนำไปใช้หรือปฏิบัติก็ดี และประกาศฯ ดังกล่าวอยู่ในความสนใจของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม สื่อมวลชน นักลงทุนต่างชาติ และประชาชนทั่วไปเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากได้สร้างบรรทัดฐานใหม่ในการกำกับดูแลให้กับวงการโทรคมนาคม ทั้งยังเป็นเรื่องที่มีส่วนคาบเกี่ยวกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมของคนต่างด้าวในประเทศไทย และเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประชาชนชาวไทยโดยตรง สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) โดยมติที่ประชุมคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทค.) จึงได้จัดการเสวนาและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นที่มีต่อประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ เมื่อวันศุกร์ที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๔ ณ โรงแรมเซ็นทาราแกรนด์และบางกอกคอนเวนชันเซ็นเตอร์ เซ็นทรัลเวิลด์ โดยการเสวนาและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นดังกล่าวได้เชิญนักวิชาการ ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม หน่วยงานราชการ บุคคลที่เกี่ยวข้อง สื่อมวลชน และประชาชนทั่วไป เข้าร่วมการเสวนาและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นด้วย และมีวัตถุประสงค์เพื่อรับฟังแนวคิด ข้อเสนอแนะ และข้อสังเกต จากผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนทั่วไป และเพื่อนำความรู้ดังกล่าวไปใช้ประกอบการพิจารณาที่เกี่ยวกับการบังคับใช้ประกาศฯ ฉบับดังกล่าว ให้เกิดการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมที่ดี และเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ตลอดจนสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคม อันจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนต่อไป

๒.๒ จากการจัดเสวนาและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายตามประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ ซึ่งมีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับประกาศฯ ดังนั้น คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมจึงได้มอบหมายให้สำนักงาน กสทช. จัดทำความคิดเห็นต่อการบังคับใช้ประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ และแนวทางการดำเนินการแก้ไขปรับปรุงประกาศฯ ดังกล่าว โดยให้ยกร่างประกาศฯ ฉบับแก้ไขปรับปรุงพร้อมทั้งจัดทำหลักการและเหตุผล และตารางเปรียบเทียบระหว่างประกาศฯ ฉบับเดิมที่ยังมีผลบังคับใช้และร่างประกาศฯ ฉบับใหม่ที่จัดทำขึ้น และให้เสนอเข้าที่ประชุม กทค. ต่อไป

๒.๓ ต่อมาที่ประชุม กทค. ได้มีมติในคราวประชุม ครั้งที่ ๑๒/๒๕๕๕ เมื่อวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๕๕ เห็นชอบตามข้อเสนอของสำนักงาน กสทช. ให้มีการปรับปรุงประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ โดยในการดำเนินการดังกล่าว ให้คำนึงถึงหลักการ ดังต่อไปนี้

๑) การแก้ไขปรับปรุงประกาศฯ จะต้องคำนึงถึงการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่มีประสิทธิภาพ โดยเสรีอย่างเป็นธรรมด้วย

๒) ควรปรับปรุงแก้ไขตามความจำเป็นเพื่อให้เกิดความชัดเจนและช่วยให้ กสทช. สามารถบังคับใช้ประกาศฯ ภายใต้กรอบการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสม

๓) การพิจารณาว่าพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงใดเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศฯ นี้ ควรให้เป็นดุลพินิจของ กสทช. โดยไม่ต้องส่งเรื่องไปให้หน่วยงานภายนอกเป็นผู้ตัดสินใจแล้วบังคับให้ กสทช. ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการก้าวก้าวในการปฏิบัติหน้าที่ของ กสทช.

๔) มอบหมายให้คณะกรรมการบูรณาการและปรับปรุงกฎหมายและระเบียบด้านโทรคมนาคม ดำเนินการปรับปรุงประกาศฯ แล้วนำเสนอให้ที่ประชุม กทค. พิจารณาต่อไป

๕) มอบหมายให้สำนักงาน กสทช. จัดทำหนังสือแจ้งไปยังกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ และกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อสอบถามความเห็นเกี่ยวกับประกาศฯ ว่ามีประเด็นหรือบทบัญญัติข้อใดที่ไม่สอดคล้องหรือสุมเสี่ยงต่อการขัดต่อพันธกรณีของไทยที่เกี่ยวกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือความตกลงที่อยู่ภายใต้องค์การการค้าโลก ทั้งนี้ ให้ส่งเอกสารความเห็นจากหน่วยงานต่างประเทศและระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ไปด้วย

ในการนี้ ให้นำความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนทั่วไปที่จัดส่งให้ กสทช. และที่ได้รับจากการจัดเสวนาฯ มาประกอบการพิจารณาการแก้ไขประกาศฯ และกำหนดบัญญัติข้อห้ามท้ายประกาศฯ เพื่อให้มีความเหมาะสม เป็นธรรม และเกิดประสิทธิภาพ

๒.๔ สำนักงาน กสทช. ได้มีหนังสือไปถึงกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ และกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ เพื่อสอบถามความเห็นเกี่ยวกับประกาศฯ เรียบร้อยแล้ว เมื่อวันที่ ๒๙ มีนาคม ๒๕๕๕ ซึ่งกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ ได้มีหนังสือแสดงความคิดเห็นต่อประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ ว่า

การที่ประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้รับความเป็นข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจนในข้อ ๒ วรรคสอง ให้การบังคับใช้ความแห่งประกาศสามารถกระทำได้เพียงพอที่ไม่ขัดหรือแย้งกับความตกลงหรือสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ดังนั้น โดยหลักการแล้วความไม่สอดคล้องหรือความสับสนเสี่ยงที่จะขัดต่อพันธกรณีดังกล่าวจึงไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกำกับดูแล โดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาของ กสทช. และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องว่ากรณีจะเป็นการครอบงำทั่วไปหรือการครอบงำที่มีลักษณะอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อาจจะนำมาซึ่งการขาดคุณสมบัติของผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ได้รับใบอนุญาต และอาจเป็นเหตุให้ถูกปฏิเสธไม่รับคำขอ อาจต้องรับโทษทางปกครองพักใช้ใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาต นั้น หากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจและการพิจารณาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความสมเหตุสมผล (reasonable) มีลักษณะชัดเจนเป็นภาวะวิสัย (objective) และเสมอภาคไม่ลำเอียง (impartial) ย่อมก่อให้เกิดความโปร่งใสต่อสาธารณะผลส่งผลดีต่อภาคธุรกิจของประเทศ สอดคล้องกับแนวนโยบายในการเปิดเสรีทางการค้าของประเทศ อีกทั้งยังสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ ร่างประกาศ กสทช. ฉบับนี้ออกโดยฐานอำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งโยงไปสัมพันธ์กับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ รวมทั้งมาตรการบังคับหากมีการฝ่าฝืนก็โยงไปใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ ซึ่งหากมองว่าขัดพันธกรณีของประเทศไทยที่ให้ไว้ในองค์การการค้าโลกแล้วก็แสดงว่าพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขัดต่อพันธกรณีด้วยซึ่งมิได้เป็นเช่นนั้น เนื่องจากไม่เคยมีประเด็นว่ากฎหมายทั้งสองฉบับขัดหรือไม่สอดคล้องต่อพันธกรณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด

๒.๕ คณะอนุกรรมการบูรณาการและปรับปรุงกฎหมายและระเบียบด้านโทรคมนาคม ได้พิจารณาและแก้ไขปรับปรุงร่างประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ในคราวประชุมคณะอนุกรรมการฯ เมื่อวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๕๕ และวันที่ ๒ เมษายน ๒๕๕๕ ซึ่งสำนักงาน กสทช. ได้ดำเนินการประมวลและแก้ไขปรับปรุงร่างประกาศฯ ตามข้อสังเกตของที่ประชุมคณะอนุกรรมการฯ พร้อมทั้งได้จัดทำตารางเปรียบเทียบระหว่างประกาศฯ ฉบับเดิม และร่างประกาศฯ ฉบับใหม่ และได้นำเสนอต่อที่ประชุม กทค. ครั้งที่ ๑๕/๒๕๕๕ เมื่อวันที่ ๔ เมษายน ๒๕๕๕ และที่ประชุม กทค. ได้มีมติในคราวประชุม ครั้งที่ ๑๖/๒๕๕๕ เมื่อวันที่ ๒๓ เมษายน ๒๕๕๕ มอบหมายให้สำนักงาน กสทช. รายงานความคืบหน้าเกี่ยวกับการแก้ไขประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ ต่อที่ประชุม กสทช. ในการประชุม ครั้งที่ ๖/๒๕๕๕ เมื่อวันที่ ๒๕ เมษายน ๒๕๕๕ เพื่อทราบต่อไป ซึ่งที่ประชุม กสทช. ได้รับทราบรายงานความคืบหน้าดังกล่าวแล้ว

๒.๖ ที่ประชุม กทค. ได้มีมติในการประชุม ครั้งที่ ๑๗/๒๕๕๕ เมื่อวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๕๕ เห็นชอบร่างประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. โดยขอให้สำนักงาน กสทช. นำเสนอร่างประกาศฯ ดังกล่าวเพื่อขอความเห็นชอบจากที่ประชุม กสทช. เพื่อจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป

๒.๗ ที่ประชุม กสทช. ได้มีมติในการประชุม ครั้งที่ ๗/๒๕๕๕ เมื่อวันที่ ๑๖ พฤษภาคม ๒๕๕๕ รับทราบตามที่ที่ประชุม กทค. มีมติเห็นชอบในหลักการของร่างประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. และเห็นชอบให้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนทั่วไปตามมาตรา ๒๘ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. ๒๕๕๓ ตามแนวการดำเนินการที่สำนักงาน กสทช. เสนอ

๓. สรุปสาระสำคัญของร่างประกาศฯ

ร่างประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ได้มีการแก้ไขปรับปรุงจากประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ ฉบับเดิม โดยมีสาระสำคัญในการแก้ไขปรับปรุงสรุปได้ ดังนี้

๑) แก้ไขบทอาศัยอำนาจ โดยตัดบทอาศัยอำนาจตามมาตรา ๘๔ (๑๑) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ออก และให้เป็นการออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๒๗ (๖) (๒๔) ประกอบมาตรา ๘๑ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ และตามมาตรา ๘ มาตรา ๑๕ มาตรา ๒๑ มาตรา ๒๒ และมาตรา ๘๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๙

เพื่อให้มีความสอดคล้อง ถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และเนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๔ ซึ่งแก้ไขโดยพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๘ วรรคสาม (๑) กำหนดว่า ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีใช้เป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และ กสทช. อาจกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็นนิติบุคคลจะต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ โดยเฉพาะมาตรา ๒๗ (๖) ซึ่งกำหนดให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรม ประกอบกับตามมาตรา ๘๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม

พ.ศ. ๒๕๔๔ ได้กำหนดให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมของผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว และตามเงื่อนไขที่ กสทช. กำหนดบนพื้นฐานของ หลักการการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม ในกรณีนี้ ให้ถือว่าผู้นั้นมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบ เช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย และในการกระทำความผิดใดตามพระราชบัญญัตินี้ที่ถือเป็นเหตุให้ กสทช. มีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตได้ ถ้าเป็นการกระทำของผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ให้ กสทช. มีอำนาจสั่งเพิกถอนการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้นได้ ซึ่ง กสทช. มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม ทั้งกรณีที่เป็นผู้ขอรับใบอนุญาต ผู้รับใบอนุญาต และผู้ได้รับการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา บนพื้นฐานของหลักการ การแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม ดังนั้น ในการออกประกาศ เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำ ที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว จึงได้กำหนดให้ใช้บังคับกับทั้งผู้ขอรับใบอนุญาตและผู้รับใบอนุญาต ซึ่งหมายความรวมถึง ผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ด้วย

กรณีการออกประกาศฯ ใช้บังคับกับผู้รับใบอนุญาต ซึ่งหมายความรวมถึงผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ด้วยนั้น ไม่ใช่เป็นการออกประกาศฯ ให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังกับการ ประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่ให้มีผลใช้บังคับนับถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป โดยได้กำหนดช่วงเวลาให้ผู้รับใบอนุญาต ซึ่งหมายความรวมถึง ผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ดำเนินการกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว และยื่นต่อ กสทช. ภายใน ๑๘๐ วันนับแต่วันที่ประกาศมีผลใช้บังคับ และสามารถร้องขอขยายระยะเวลาดังกล่าว ออกไปอีก ๑๘๐ วัน ซึ่งการออกประกาศฯ ดังกล่าวไม่ได้ไปบังคับกับการมีพฤติกรรมหรือการกระทำ ซึ่งมีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวของผู้รับใบอนุญาต ซึ่งหมายความรวมถึงผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ในห้วงเวลาก่อนประกาศฯ มีผลใช้บังคับ แต่อย่างใด

กรณีประเด็นเหตุผลรองรับในการออกประกาศอันเป็นผลให้จำเป็นต้องคงประกาศ ฉบับนี้ไว้ แต่ให้มีการปรับปรุงแก้ไขให้ชัดเจน ก็เนื่องจาก มาตรา ๘ วรรคสาม (๑) แห่งพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๙ บัญญัติไว้ว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับ ใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีใช้เป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในกรณีนี้คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือ บางประเภทที่เป็นนิติบุคคลจะต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดย คนต่างด้าวด้วยก็ได้” ซึ่ง กสทช. มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามที่ กฎหมายบัญญัติไว้ กสทช. จึงได้ออกประกาศฯ ดังกล่าว

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นกฎหมายที่ ใช้เป็นการทั่วไปในการกำหนดขอบเขตและสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าว ขณะที่ตามร่างประกาศฯ เป็นการเสริมหรืออุดช่องว่างเรื่องการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคมเป็นการ เฉพาะอันเป็นอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการกำกับดูแลของ กสทช. อีกทั้ง สาระสำคัญของ ร่างประกาศฯ มีขึ้นเพื่อมุ่งให้เกิดการเปิดเผยข้อมูลและความโปร่งใสในการประกอบกิจการ โทรคมนาคมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การลงทุนในกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่ต้องใช้เงินลงทุนสูง (capital intensive industry) เพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ได้เปรียบทางการเงินสูงเข้ามาครอบงำกิจการโทรคมนาคม อันใช้คลื่นความถี่ซึ่งเป็นทรัพยากรสาธารณะของชาติที่มีอยู่อย่างจำกัด และมีผลกระทบต่อผู้ใช้บริการในวงกว้าง ดังนั้น การกำกับดูแลการลงทุนจากต่างชาติซึ่งมีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวตามร่างประกาศฯ จึงเป็นเรื่องที่จำเป็น

นอกจากนี้จากการรับฟังความคิดเห็น เสียงส่วนใหญ่มองเห็นประโยชน์ในการคงประกาศนี้ไว้ แต่เห็นควรให้ปรับปรุงเพื่อให้เกิดความชัดเจนและให้การบังคับใช้เกิดประสิทธิภาพ

๒) กำหนดนิยามคำว่า “การครอบงำกิจการ” หมายความว่า การมีอำนาจควบคุมหรือมีอิทธิพลไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมโดยคนต่างด้าวในการกำหนดนโยบาย การบริหารจัดการ การดำเนินงาน การแต่งตั้งกรรมการ การแต่งตั้งผู้บริหารระดับสูง อันอาจมีผลต่อการบริหารกิจการหรือการประกอบกิจการโทรคมนาคมของผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้รับใบอนุญาต ทั้งนี้ โดยการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมด การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือการแต่งตั้งหรือการถอดถอนกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด โดยยกเลิกนิยามคำว่า “อำนาจควบคุม” เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา ๘ วรรคสาม (๑) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อพิจารณาจากนิยามดังกล่าวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า การครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวตามร่างประกาศฯ ฉบับนี้ ต้องเข้าลักษณะครอบงำตามนิยาม “การครอบงำกิจการ” ก่อน ซึ่งเกิดขึ้นได้ ๓ กรณี กล่าวคือ กรณีแรก การถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมด กรณีที่สอง การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น และกรณีที่สาม การแต่งตั้งหรือการถอดถอนกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด ซึ่ง กสทช. จะต้องพิจารณาว่าการกระทำ พฤติการณ์ หรือข้อเท็จจริงใดตามบัญชีท้ายร่างประกาศฯ เข้าลักษณะ “ข้อห้าม” ตามร่างประกาศฯ โดยจะต้องพิจารณาก่อนว่า การกระทำ พฤติการณ์ หรือข้อเท็จจริงนั้น เกิดจากการที่คนต่างด้าวเข้าไปครอบงำกิจการตามนิยาม “การครอบงำกิจการ” หรือไม่ โดยอาจตรวจสอบได้จากรายงานการประชุมผู้ถือหุ้น โดยตามบัญชีท้ายประกาศฯ ได้กำหนดการกระทำ พฤติการณ์ หรือข้อเท็จจริงรวมทั้งสิ้น ๘ กรณี ซึ่งเป็นกรณีตัวอย่างเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว ดังนั้น จากเหตุผลข้างต้น ข้อกำหนดการครอบงำกิจการดังกล่าวข้างต้นจึงมีหลักเกณฑ์ และวิธีการพิจารณาที่ชัดเจนประกอบกับการพิจารณาว่ากรณีใดเข้าลักษณะการครอบงำกิจการหรือไม่ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจอย่างเลื่อนลอย เนื่องจากร่างประกาศฯ ดังกล่าวเป็นกรอบการใช้ดุลพินิจที่แน่นอน อ้างอิงได้ มีมาตรฐานเดียวกันในการบังคับใช้ต่อผู้ประกอบกิจการทุกราย

๓) ยกเลิกความในข้อ ๓ เดิมของประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ เนื่องจากได้มีการกำหนดนิยาม “การครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว” ไว้เพิ่มเติมแล้ว ซึ่งมีความชัดเจนต่อการพิจารณาว่า กรณีใดเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดซ้ำซ้อนอีก พร้อมทั้ง ตัดความในวรรคสองของข้อ ๓

ดังกล่าวออก ซึ่งเป็นประเด็นการใช้ดุลพินิจของ กสทช. ในการพิจารณาขบวนการบังคับใช้ประกาศฯ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เนื่องจากการกระทำที่เป็นแนวปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในทางธุรกิจไม่มีความชัดเจนว่ามีความหมายแคไหน อย่างไร และเป็นข้อกำหนดที่ให้ กสทช. ใช้ดุลพินิจที่กว้างเกินไป

๔) ยุบรวมข้อ ๙ และข้อ ๑๑ เดิม โดยตัดประเด็นขอความเห็นจากหน่วยงานด้านความมั่นคงออก และกำหนดให้ กสทช. ใช้อำนาจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยกำหนดมาตรการให้ผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้รับใบอนุญาตดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายในกำหนดเวลา แล้วแต่กรณี เนื่องจากการพิจารณาว่าพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงใดเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศฯ นี้ ควรให้เป็นดุลพินิจของ กสทช. โดยไม่ต้องส่งเรื่องไปให้หน่วยงานภายนอกเป็นผู้ตัดสินใจแล้วบังคับให้ กสทช. ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการก้าวล่วงในการปฏิบัติหน้าที่ของ กสทช.

ร่างประกาศฯ มีวัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลเรื่องการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับเรื่องด้านความมั่นคงของรัฐ ทั้งนี้ หาก กสทช. ขอความเห็นจากหน่วยงานด้านความมั่นคงว่าการฝ่าฝืนข้อห้ามตามประกาศฯ เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และหน่วยงานด้านความมั่นคงแจ้งว่ากรณีดังกล่าวไม่เป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีดังกล่าว กสทช. จะไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ต่อกรณีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการกำกับดูแลเรื่องการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว

ร่างประกาศฯ ฉบับใหม่ยังคงหลักการของประกาศเดิมไว้ คือ การกำกับดูแลเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวซึ่งประเด็นที่เป็นปัญหาของตัวประกาศเดิมก็คือการเข้าไปกำกับดูแลเกินเลยกว่ากรอบอำนาจของกฎหมายแม่ตามมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งเป็นฐานในการใช้อำนาจออกประกาศฉบับนี้และโยงไปเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น ร่างประกาศฉบับใหม่จึงจำเป็นต้องตัดประเด็นเรื่องความมั่นคงและการขอความเห็นจากหน่วยงานด้านความมั่นคงออก เพราะหากยังคงไว้ นอกจากจะเป็นการกำหนดกติกาเกินเลยไปจากกรอบของกฎหมายแม่แล้วยังไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของการออกประกาศฯ ซึ่งต้องการป้องกันการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว อันเป็นคนละประเด็นกับเรื่องความมั่นคงของรัฐ

ทั้งนี้แม้จะเห็นว่าประเด็นเรื่องความมั่นคงของชาติมีความสำคัญและมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจการโทรคมนาคมก็ตามแต่เนื่องจากกฎหมายแม่ที่ใช้เป็นฐานในการออกประกาศฯ มิได้ครอบคลุมไปถึงประเด็นเรื่องความมั่นคง จึงเห็นว่าประเด็นเรื่องความมั่นคงควรจะอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานด้านความมั่นคง ซึ่งมีกฎหมายรองรับอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจน อย่างไรก็ดี หากมีประเด็นเรื่องความมั่นคงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องกิจการโทรคมนาคมและต้องการสนับสนุนในเรื่องความรู้เฉพาะทางด้านนี้ กสทช. ก็ยินดีให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่

๕) แก้ไขเพิ่มเติมบัญชีท้ายประกาศฯ เดิม ดังนี้

- ยุบรวม (๑) และ (๒) เข้าด้วยกัน เนื่องจากเป็นการครอบงำกิจการในลักษณะเดียวกัน

- ตาม (๔) ถ้อยคำ “ในลักษณะที่มีการเลือกปฏิบัติ” นั้น ครอบคลุมเฉพาะกรณีการให้สินเชื่อก่อนหน้านั้น ดังนั้น เพื่อให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นและครอบคลุมในทุกกรณีจึงได้เพิ่มข้อความ “ดังนี้”

- ตัด (๑๐) ออก เนื่องจากเป็นข้อกำหนดที่มีความหมายกว้างเกินไป ไม่ชัดเจน และเป็นการเปิดให้ กสทช. ใช้ดุลพินิจที่กว้างเกินไปโดยไม่มีขีดจำกัด

- สำหรับความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีบัญชีท้ายร่างประกาศฯ นั้น เนื่องจากจะได้ใช้เป็นแนวทางให้ผู้ประกอบการกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการและเป็นกรอบในการพิจารณาของ กสทช. ว่ากรณีใดเป็นข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำ โดยคนต่างด้าว อย่างไรก็ตาม ตัวอย่างตามบัญชีท้าย มิใช่ข้อห้ามเด็ดขาดในตัวเอง (per se rule) กล่าวคือ มิใช่ว่ามีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงตามบัญชีท้ายขึ้นมาแล้วจะเข้าลักษณะครอบงำทันที หากแต่ต้องผ่านลักษณะครอบงำตามนิยาม “การครอบงำกิจการ” มาก่อน

นอกเหนือจากการแก้ไขปรับปรุงประกาศฯ ฉบับเดิมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญดังกล่าวแล้ว ยังได้มีการปรับถ้อยคำในบางส่วน จึงทำให้มีการแก้ไขปรับปรุงเกือบทุกข้อ แต่ทั้งนี้ การแก้ไขปรับปรุงดังกล่าวยังคงหลักการเดิมของการกำกับการใช้อำนาจควบคุมของคนต่างด้าวในนิติบุคคลไทย เพื่อให้ได้มาซึ่งการครอบงำกิจการของคนต่างด้าว ดังนั้น เพื่อประโยชน์ต่อการบังคับใช้และถือปฏิบัติในอนาคต และเพื่อมิให้เกิดความสับสน สำนักงาน กสทช. จึงได้เสนอให้ยกเลิกประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ และจัดทำร่างประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. เพื่อให้มีผลใช้บังคับแทน

ทั้งนี้ การเสนอขอแก้ไขปรับปรุงประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๔ ตามหลักการและเหตุผลดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว หรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม และจะทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กหรือรายใหม่ที่มีโครงข่ายเป็นของตนเองจะต้องรายงานการกระทำซึ่งเป็นข้อห้ามตามร่างประกาศฯ ทั้งหมดที่ชี้แจงว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการปฏิบัติตามทางการค้าทั่วไปเป็นปกติ มิได้เป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวเพื่อให้สมเจตนารมณ์ของกฎหมาย

อย่างไรก็ตามร่างประกาศฯ จะส่งเสริมให้เกิดการลงทุนและแข่งขันอย่างเป็นธรรมบนพื้นฐานเดียวกัน เพราะ player ทุกรายที่เข้ามาลงทุนจะอยู่ภายใต้กรอบกฎเกณฑ์เดียวกัน ไม่มีการปฏิบัติต่อผู้เล่นรายใดรายหนึ่งอย่างพิเศษเพื่อให้สมเจตนารมณ์ที่ต้องการให้การแข่งขันเสรี และเป็นธรรมอย่างแท้จริง นอกจากนี้ยังเป็นการส่งเสริม และสนับสนุนให้มีการพัฒนาอุตสาหกรรมโทรคมนาคมให้ไปอย่างยั่งยืนและมีประสิทธิภาพ จึงเป็นผลดีต่อผู้ประกอบการรายเล็กที่จะไม่ถูก

เอาเปรียบในแง่ธุรกิจโดยผู้ประกอบการรายอื่นที่อาศัยการหลบหลีกกฎหมายและให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำกิจการ ดังนั้น ร่างประกาศฯ จึงเป็นเรื่องการป้องกันการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว และมีใช้มาตรการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ที่อาจสนใจเข้ามาแข่งขันในการประมูลคลื่น 3G แต่อย่างไร

ร่างประกาศฯ นี้ ไม่ได้ไปกำกับบริษัทต่างด้าวแต่ไปกำกับบริษัทไทย เนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม อนุญาตให้นิติบุคคลสัญชาติไทยเท่านั้นที่ขออนุญาตได้ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ประเทศไทยแจ้งต่อองค์การการค้าโลกในช่วงที่เป็นภาคีสมาชิกแล้ว ซึ่งเป็นเงื่อนไขเดิม จึงไม่มีประเด็นการเลือกปฏิบัติต่อบริษัทต่างชาติและไม่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศที่ประเทศไทยไปผูกพันไว้

ร่างประกาศฯ นี้ ไม่ได้เกี่ยวข้องกับ การไปอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทย เนื่องจากร่างประกาศฯ ฉบับนี้ ไม่ได้กำกับดูแลในส่วนการประกอบอาชีพของบุคคลธรรมดา ในกรณีนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง โดยจำเป็นต้องพิจารณาว่าอาชีพที่คนต่างด้าวจะเข้ามาทำงานเป็นอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทยหรือไม่ ซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจของ กสทช.

ร่างประกาศฯ ฉบับนี้ ไม่ได้ไปห้ามการครอบงำโดยคนต่างด้าวโดยตรง แต่ไปกำกับดูแลบริษัทไทยที่อยู่หรือจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ กสทช. ให้ไปกำหนดลักษณะข้อห้ามการครอบงำโดยคนต่างด้าว และให้รายงานว่ามีกรณีฝ่าฝืนข้อห้ามที่บริษัทเองเป็นผู้กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งการกำหนดข้อห้ามนั้นเป็นดุลพินิจของบริษัทเอง ที่จะต้องทำตามแนวทางที่ กสทช. กำหนด หากมีกรณี que เห็นว่า อาจมีการฝ่าฝืนข้อห้ามที่กำหนดไว้ ก็ให้รายงานเข้ามาให้ กสทช. พิจารณา เมื่อ กสทช. พบว่า ไม่ถูกต้องก็จะแจ้งให้แก้ไขให้ถูกต้อง หากไม่ปฏิบัติตามก็เป็นกรณีที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ต่อไป

หลักการตามร่างประกาศฯ นี้ เป็นหลักการเดิมตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งกำหนดเงื่อนไขให้ กสทช. ดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงไม่มีประเด็นการสร้างข้อกีดกันในการมาลงทุนของคนต่างด้าวเพิ่มเติม แต่เป็นการทำให้หลักการที่มีอยู่เดิมมีการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ

ร่างประกาศฯ นี้ จะช่วยดูแลไม่ให้บริษัทไปฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ โดย กสทช. ไปกำกับดูแลผู้ประกอบการโทรคมนาคมตามอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมเป็นลักษณะการตัดไฟแต่ต้นลม เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ เพราะหากมีการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวมีบทลงโทษทางอาญาที่รุนแรง

ร่างประกาศฯ นี้ ไม่มีผลย้อนหลังต่อกรณีการกระทำหรือพฤติกรรมที่อาจเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว แต่จะใช้บังคับกับผู้ขอรับใบอนุญาตที่ยื่นขอรับใบอนุญาตและผู้รับใบอนุญาต เมื่อประกาศฯ นี้มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น

ทั้งนี้ ร่างประกาศฯ นี้ มุ่งหมายให้เกิดความโปร่งใสและมีธรรมาภิบาลในการประกอบธุรกิจในกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย และเพื่อสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุน โดยไม่กระทบต่อการตัดสินใจในการลงทุนของคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาลงทุนโดยสุจริต

๔. ประเด็นในการรับฟังความคิดเห็น

สำนักงาน กสทช. ประสงค์ที่จะรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนทั่วไป เพื่อนำความคิดเห็นที่ได้มาประกอบการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขร่างประกาศฯ ให้มีความเหมาะสมต่อไป

ประเด็นที่สำนักงาน กสทช. ต้องการรับฟังความคิดเห็น มีดังต่อไปนี้

๑. ความเหมาะสมของการกำหนดนิยาม “การครอบงำกิจการ”
๒. ความเหมาะสมกรณีไม่กำหนดให้ กสทช. ใช้ดุลพินิจในการพิจารณายกเว้นการบังคับใช้ประกาศฯ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
๓. ความเหมาะสมของการกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตกำหนดหรือทบทวนข้อห้ามพร้อมคำรับรอง ซึ่งลงนามโดยผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคล ภายหลังจากประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นประจำปี
๔. ความเหมาะสมกรณีตัดประเด็นเรื่องความมั่นคงออก
๕. ความเหมาะสมกรณี กสทช. ใช้อำนาจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตและผู้รับใบอนุญาตกำหนดข้อห้าม โดยไม่ส่งเรื่องไปให้หน่วยงานภายนอกเป็นผู้ตัดสินใจ
๖. ความเหมาะสมของระยะเวลากรณี กสทช. สั่งการให้ผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้รับใบอนุญาต ดำเนินการแก้ไขเมื่อ กสทช. พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อห้าม
๗. ความเหมาะสมของบัญชีข้อห้ามท้ายร่างประกาศฯ
๘. ประเด็นอื่น ๆ (ถ้ามี)

หากท่านประสงค์ที่จะเข้าร่วมการจัดรับฟังความคิดเห็นสาธารณะต่อร่างประกาศฯ ฉบับนี้ โปรดกรอกแบบตอบรับ และแจ้งส่งได้ที่ โทรสาร ๐๒ ๒๗๘ ๓๓๕๕ กลุ่มงานกฎหมายโทรคมนาคม สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ โทรศัพท์ ๐๒ ๒๗๑ ๐๑๕๑ ต่อ ๒๓๓ ทั้งนี้ ภายในวันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๕๕
