

การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายในกิจการ
โทรคมนาคมของไทย

นางสาวนันทินี สุนทรพิมล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

Application of Essential Facility Doctrine and Interconnection Regulation in
Telecommunication Business in Thailand

Miss Nantinee Sunthonpimol

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการ
เชื่อมต่อโครงข่ายในกิจการโทรคมนาคมของไทย

โดย

นางสาวนันท์นี่ สุนทรพิมล

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัย
หนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

..... กรรมการ

(อาจารย์ ดร. อรดา เทพายน)

..... กรรมการ

(อาจารย์ ดร. สุานิสร์ ฟอร์ดเลิศ)

นันทินี สุนทรพิมล: การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการ
 เชื่อมต่อโครงข่ายในกิจการโทรคมนาคมของไทย (APPLICATION OF
 ESSENTIAL FACILITY DOCTRINE AND INTERCONNECTION
 REGULATION IN TELECOMMUNICATION BUSINESS IN THAILAND)
 อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก:ศ.ดร.ศักดา ธนิตกุล, 125 หน้า.

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีวัตถุประสงค์หลัก เพื่อศึกษาการปรับใช้หลัก Essential
 Facility Doctrine หรือหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และหลักเกณฑ์ของ
 กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับการเชื่อมต่อ
 โครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อเปรียบเทียบ และวิเคราะห์กับกรณีการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังกล่าวในบริบทของการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในประเทศไทย

ผลของการวิจัย ผู้วิจัยพบการกำกับดูแลเกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่าย
 โทรคมนาคมของประเทศไทยแตกต่างจากหลักการเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น
 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป และแตกต่างจากการกำกับดูแลเรื่องการ
 เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปด้วย โดย
 หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และการกำกับดูแลการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่าย
 โทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปมีลักษณะร่วมกันคือมีการ
 กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการทั่วไป
 อันเป็นลักษณะของการกำกับดูแลแบบ Asymmetric Regulation ในขณะที่การกำกับ
 ดูแลเกี่ยวกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการทุก
 รายทั้งนี้ เป็นผลมาจากพัฒนาการและสภาพแวดล้อมของการประกอบการที่ต่างกัน
 และการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกันไม่เหมาะสมกับสภาพการประกอบกิจการ
 โทรคมนาคมของไทยในปัจจุบัน

สาขาวิชานิติศาสตร์.....

ลายมือชื่อนิติ

ปีการศึกษา.....2556.....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5485991734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : ESSENTIAL FACILITY/ ASYMMETRIC / INTERCONNECTION/
TELECOMMUNICATION

NANTINEE SUNTHONPIMOL: APPLICATION OF ESSENTIAL FACILITY
DOCTRINE AND INTERCONNECTION REGULATION IN
TELECOMMUNICATION BUSINESS IN THAILAND: ADVISOR: PROF.SAKDA
THANITCUL, 125 pp.

The purpose of this thesis is to conduct a comparative study on the Essential Facility Doctrine and the regulation regarding Interconnection under the law of the United States of America (USA) and the law of the European Union (EU) in comparison with the Interconnection regulation under Thai law.

Briefly the researcher has realized that the Interconnection regulations under Thai law differ from the Essential Facility Doctrine and the Interconnection regulations of USA and EU. Under the Interconnection regulations of USA and EU, the researcher found that the regulations impose asymmetric obligations to the operators. On the contrary, Thai Interconnection regulations do not impose asymmetric obligation to the operators. From the study, the asymmetric regulation is not suitable for the present situation in the telecommunication market in Thailand.

Field of Study :Law.....

Student's Signature.....

Academic Year :2013.....

Advisor's Signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลงได้ เนื่องด้วยความกรุณาของท่าน ศ.ดร.ศักดา ธนิตกุล ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยคอยให้คำแนะนำช่วยเหลือ ในการทำวิทยานิพนธ์ติดตามความก้าวหน้า เอาใจใส่ทั้งที่ภาระงานของท่านนั้นก็มีมากมายเป็นผลให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จสมบูรณ์ ผู้เขียนขอกราบขอพระคุณท่านเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอพระคุณท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำ และความช่วยเหลือต่อผู้เขียนตั้งแต่เริ่มทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ขอกราบขอพระคุณท่านอาจารย์ดร. อรดา เทพยายน และท่านอาจารย์ ดร. สุานิสร์ พอลเลิศที่ท่านได้กรุณาได้รับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ซึ่งทุกท่านต่างสละเวลาอันมีค่าแนะนำและชี้แจงแนวทางในการเขียนวิทยานิพนธ์ ตั้งแต่เริ่มต้นจนวิทยานิพนธ์มีความสมบูรณ์ อีกทั้งสละเวลาอันมีค่ามาเพื่อดำเนินการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน ผู้เขียนขอกราบขอพระคุณทุกท่านเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอพระคุณครอบครัวของผู้เขียน ที่คอยให้การสนับสนุน และเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนเสมอมา นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆ ของผู้เขียนโดยเฉพาะนางสาวสิปปวันต์ แสงรุ่งเรือง นางสาวรมิตา ไรจน์สราญรมย์ นางสาวนวนินดา ภู่วุฒิมกุล นางสาวกฤตยา วุฒิสันต์ นางสาวดวงพร ปิยวิทย์และนายถิรายุส ทองเดชะ ที่คอยช่วยผู้เขียนในการพิสูจน์อักษร ช่วยเป็นธุระในการประสานงานในเรื่องต่างๆ ตลอดจนให้กำลังใจ ได้ตามถึงความก้าวหน้าของวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุดและเจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัยคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนและให้คำแนะนำ ขั้นตอนในการทำวิทยานิพนธ์เป็นอย่างดี

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้พอจะเป็นประโยชน์และมีคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียน ขอขอบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดามารดา คณาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องมีความไม่สมบูรณ์ประการใด ผู้เขียนขออ้อมรับความบกพร่องไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า	
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	10
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	11
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	11
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	11
1.6 วิธีการวิจัย.....	12
บทที่ 2 หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และการกำกับดูแลแบบ ไม่เท่าเทียมกัน(Asymmetric Regulation).....	13
2.1 หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine).....	13
2.1.1 หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นภายใต้กฎหมายของ ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	13
2.1.2 การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยศาลของ ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	14
2.1.2.1 Terminal Railroad.....	17
2.1.2.2. Aspen Skiing.....	18
2.1.3 ข้อวิจารณ์การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น.....	25
2.1.4 หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจากคำพิพากษาของศาล ในสหภาพยุโรป.....	30

2.1.4.1 คดี Commercial Solvent.....	32
2.1.4.2 คดี Bronner.....	33
2.1.5 เปรียบเทียบการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวก ที่จำเป็นของสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป.....	36
2.2 การกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation)	37
บทที่ 3 หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นและการเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคม.....	42
3.1 การประกอบกิจการโทรคมนาคม และการบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวก ที่จำเป็นในบริบทของการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม.....	46
3.1.1 ประวัติความเป็นมาของกิจการโทรคมนาคมในประเทศ สหรัฐอเมริกา.....	46
3.1.2 การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	51
3.1.3 การบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับ การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	52
3.1.3.1 คดี MCI ศาลปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวก ที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม.....	52
3.1.3.2 ศาลปฏิเสธการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวก ที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมหลัง การประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคม 1996.....	55

3.1.4 วิเคราะห์การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น กับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมใน ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	61
3.2 การประกอบกิจการโทรคมนาคมและการบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ในบริบทของการเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมในสหภาพยุโรป.....	63
3.2.1 พัฒนาการของการประกอบกิจการโทรคมนาคม ในสหภาพยุโรป.....	64
3.2.2 การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อ โครงข่ายโทรคมนาคมของสหภาพยุโรป.....	70
3.2.3 การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในสหภาพยุโรป.....	72
3.2.3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมของสหภาพยุโรป.....	75
3.2.4 ลักษณะการกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ในสหภาพยุโรป.....	80
บทที่ 4 ความเป็นมาของการกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และโครงสร้างของตลาดในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทย.....	81
4.1 สภาพการประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทย.....	81
4.1.1 สภาพการประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทยภายใต้ สภาพแวดล้อมของการผูกขาด.....	81
4.1.1.1 ปัจจัยสนับสนุนการผูกขาดในกิจการ โทรคมนาคม.....	84
4.1.2 การเปิดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทย.....	85
4.1.2.1 ปัจจัยสนับสนุนการเปิดเสรีในกิจการ โทรคมนาคม.....	86

4.1.2.2 การดำเนินการเปิดเสรีโทรคมนาคมของไทย.....	87
4.1.2.3 สภาพตลาดการประกอบกิจการโทรคมนาคม ของไทยในปัจจุบัน.....	91
4.2 การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทย.....	94
4.2.1 ความสำคัญของการเชื่อมต่อโครงข่าย.....	94
4.2.2 การกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทย.....	94
4.2.2.1 การกำกับดูแลการแบบเท่าเทียมกัน (Symmetric Regulation) ของไทย.....	96
4.2.3 เปรียบเทียบการกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายของไทย กับต่างประเทศ.....	97
4.2.3.1 การกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายของ สหรัฐอเมริกา.....	97
4.2.3.2 การกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายของ สหภาพยุโรป.....	101
4.2.4 วิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างการกำกับดูแล การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทย และต่างประเทศ.....	102
4.2.4.1 การกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกันของ สหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป และการกำกับ ดูแลอย่างเท่าเทียมกันของไทย.....	102
4.2.4.2 ความแตกต่างของหลักสิ่งอำนวยความสะดวก ที่จำเป็นของไทย และหลักสิ่งอำนวยความสะดวก ที่จำเป็น.....	105
4.2.4.3 เหตุผลสนับสนุนการกำกับดูแลแบบเท่าเทียมกัน ของไทย.....	105

	หน้า
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	111
รายการอ้างอิง.....	117
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	122

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กิจการโทรคมนาคม คือ กิจการที่ให้บริการการส่ง การแพร่ หรือการรับ เครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือการอื่นใดซึ่งสามารถให้ เข้าใจความหมายได้¹ ในปัจจุบันกิจการโทรคมนาคมมีความสำคัญอย่างมากเนื่องจาก เป็นสื่อกลางในการติดต่อสื่อสารทั้งในชีวิตประจำวันของประชาชน และการ ติดต่อสื่อสารทางธุรกิจ กิจการโทรคมนาคมจึงจัดเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่มีความ สำคัญต่อชีวิตประจำวันของประชาชนโดยทั่วไปในการติดต่อสื่อสารกัน และและ ในขณะเดียวกันก็มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอีกด้วย² กิจการโทรคมนาคมในเกือบทุกประเทศพัฒนาขึ้นในสภาพแวดล้อมที่ผูกขาด³ รัฐมีสิทธิ

¹ พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 3 บัญญัติว่า กิจการโทรคมนาคม คือ กิจการที่ให้บริการการส่ง การแพร่ หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือการอื่นใดซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้โดยระบบสาย ระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการโทรคมนาคมตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือตามที่คณะกรรมการร่วมกำหนดให้เป็นกิจการโทรคมนาคม

² คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งที่ ร.308/2553 คำร้องที่ ร.475/2552 วินิจฉัยว่า “เดิมผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตาม พ.ร.บ. องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497 ต่อมาได้แปรรูปองค์กร เป็นบริษัทตาม พ.ร.บ. ทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับการให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมทุกชนิด ทุก ประเภท อันมีลักษณะเป็นการได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการของรัฐ ในการให้บริการสาธารณะทางการสื่อสารโทรคมนาคม

³ สถาบันการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. นโยบาย การแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม Competition Policy in Telecommunication. กรุงเทพฯ: แอ็บปี้า พรินติ้ง กรุ๊ป, 2552, หน้า 2

ขาดแต่เพียงผู้เดียวในการประกอบกิจการโทรคมนาคม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยภาครัฐนั่นเอง

สำหรับการประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทยนั้นในยุคแรกอยู่ในรูปของกิจการโทรเลข และโทรศัพท์ซึ่งตามพระราชบัญญัติโทรเลข และโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 มาตรา 5 กำหนดให้กรมไปรษณีย์และโทรเลขเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในการประกอบกิจการโทรเลขและโทรศัพท์ในประเทศไทย ต่อมาอำนาจผูกขาดการดำเนินกิจการดังกล่าวได้ถูกโอนไปยังรัฐวิสาหกิจ 2 หน่วยงาน คือ องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทย โดยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยรับผิดชอบการให้บริการโทรศัพท์พื้นฐานภายในประเทศและประเทศใกล้เคียง⁴ และการสื่อสารแห่งประเทศไทยรับผิดชอบการให้บริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศ⁵

เอกชนเริ่มเข้ามามีส่วนในการดำเนินกิจการโทรคมนาคมเมื่อภาครัฐไม่สามารถดำเนินการให้บริการโทรคมนาคมแก่ประชาชนได้อย่างเพียงพอเนื่องจากความต้องการในการใช้โทรศัพท์ของประชาชนเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วประกอบกับข้อจำกัดด้านงบประมาณและเทคโนโลยีของภาครัฐ รัฐจึงต้องให้ภาคเอกชนเข้าร่วมในการประกอบกิจการดังกล่าวโดยการให้สัมปทาน เช่น องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (TOT) ให้

⁴ พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497 มาตรา 6 บัญญัติว่า “ให้จัดตั้งองค์การองค์การหนึ่งเรียกว่า องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการโทรศัพท์ เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับกิจการโทรศัพท์และธุรกิจอื่นที่ต่อเนื่องใกล้เคียงกับ หรือซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการโทรศัพท์” และมาตรา 16 บัญญัติว่า “ให้องค์การโทรศัพท์ได้รับสิทธิและหน้าที่ต่างๆ บรรดาที่กฎหมายให้ไว้แก่กรมไปรษณีย์โทรเลขในส่วนที่ว่าด้วยกิจการโทรศัพท์”

⁵ พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ให้จัดตั้งการสื่อสารขึ้น เรียกว่า การสื่อสารแห่งประเทศไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคม และธุรกิจอื่นที่ต่อเนื่องใกล้เคียงกัน หรือซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคม ทั้งนี้เว้นแต่จะมีกฎหมายให้เป็นอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคลอื่นโดยเฉพาะ” และมาตรา 16 บัญญัติว่า “ให้การสื่อสารแห่งประเทศไทยได้รับสิทธิและหน้าที่ต่างๆ บรรดาที่กฎหมายให้ไว้แก่กรมไปรษณีย์โทรเลขในส่วนที่ว่าด้วยการให้บริการและการปฏิบัติการด้านไปรษณีย์และโทรคมนาคม”

สัมปทานในการประกอบกิจการโทรคมนาคมแก่ บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) (AIS) การสื่อสารแห่งประเทศไทย (CAT) ให้สัมปทานการประกอบกิจการโทรคมนาคมแก่บริษัทโทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด(มหาชน) (DTAC) และ บริษัท ทู คอรัปอเรชั่น จำกัด(มหาชน) (TRUE) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามประเทศไทยในฐานะภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) มีพันธกรณีในการเปิดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคมมาก่อนสิ้นปี พ.ศ. 2549 เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันทางการค้า และการลงทุน รัฐบาลจึงได้กำหนดนโยบายที่ชัดเจนในการเปิดตลาดการค้าบริการในกิจการโทรคมนาคมอย่างเป็นทางการเป็นขั้นเป็นตอน และสอดคล้องกับแนวคิดของนานาประเทศ โดยมุ่งส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมเพื่อการพัฒนาประสิทธิภาพ และคุณภาพของบริการโทรคมนาคม ซึ่งการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมตามแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคมที่ได้กำหนดแผนไว้ตั้งแต่ปี 2540 มีสาระสำคัญ ดังนี้⁶

- (1) ยกเลิกการผูกขาดในกิจการโทรคมนาคม
- (2) ให้มีการแข่งขันเสรีในกิจการโทรคมนาคม
- (3) ให้มีองค์กรทำหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ภายหลังมีคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติหรือ กทช. เกิดขึ้น และได้เปลี่ยนเป็นคณะกรรมการกิจการวิद्यุกระจายเสียง วิद्यุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือ กสทช. ในปัจจุบัน)
- (4) ให้แปรสภาพรัฐวิสาหกิจที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมเป็นบริษัทมหาชน กล่าวคือ ให้มีการแปรรูปองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นบริษัทมหาชน ดังนั้นจึงมีการแปรสภาพ

⁶ แผนแม่บทการพัฒนากิจการโทรคมนาคม ฉบับที่ 1

องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเป็นบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ซึ่งต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็น บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ในปัจจุบัน และได้มีการแปรสภาพการสื่อสารแห่งประเทศไทย เป็นบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน)

เมื่อมีการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมก็มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่เป็น ผู้ดูแลกิจการโทรคมนาคม ซึ่งปัจจุบันคือคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ในขณะที่เดียวกันองค์การโทรศัพท์ แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทยซึ่งแต่เดิมมีฐานะเป็นผู้กำกับดูแล (Regulator) และผู้ประกอบการ (Operator) ก็ไม่มีอำนาจกำกับดูแลอีกต่อไป และมี ฐานะเป็นเพียงผู้ประกอบการ (Operator) เช่นเดียวกับเอกชนรายอื่นๆ เท่านั้น ซึ่งใน ประเด็นสถานะของบริษัท ทีโอที จำกัด(มหาชน) และบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ในฐานะผู้ประกอบการนั้นได้มีคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินยืนยัน ว่ารัฐวิสาหกิจซึ่งประกอบกิจการโทรคมนาคมที่จากเดิมมีฐานะเป็นผู้ควบคุมการ ประกอบกิจการโทรคมนาคม และมีอำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม นั้น เมื่อมีการเปิดเสรีโทรคมนาคมแล้ว และมีการตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อกำกับดูแลการ ประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยเฉพาะแล้วรัฐวิสาหกิจดังกล่าวก็ไม่มีอำนาจในการ กำกับดูแลอีกต่อไป⁷ โดยศาลได้ตัดสินว่า บริษัท ทีโอที จำกัด(มหาชน) ได้ระงับการใช้ อำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามสัญญาความร่วมมืองานและร่วม ลงทุนในส่วนซึ่งเป็นอำนาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ศาล ปกครองระบุว่า เมื่อมี พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการ วิทย์กระจายเสียง วิทย์โทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 แล้ว ตามมาตรา

⁷ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขดำที่ อ.405/2548 หมายเลขแดงที่ อ 535/2551

51 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบัญญัติให้ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติมีอำนาจพิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม และมาตรา 78 วรรค 4 บัญญัติให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมของบริษัท ทีโอที จำกัด(มหาชน) รวมทั้งผู้ที่ได้รับการอนุญาตสัมปทาน หรือสัญญาจากบริษัท ทีโอที จำกัด(มหาชน) ให้อยู่ในการกำกับดูแลของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ดังนั้น อำนาจของการสื่อสารแห่งประเทศไทย หรือบริษัท ทีโอที จำกัด(มหาชน) ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมจึงหมดสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย และทำให้ข้อตกลงใดในสัญญาว่ารวมการงานฯ ที่ปัจจุบันเป็นอำนาจกำกับดูแลของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาอีกต่อไป ส่วนข้อตกลงใดที่มีใช้เป็นการใช้อำนาจกำกับดูแลของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติข้อตกลงนั้นยังคงมีผลผูกพันคู่สัญญาที่ต้องปฏิบัติตามต่อไป

อย่างไรก็ตามเนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกิจการอื่นๆโดยลักษณะของการประกอบกิจการเป็นกิจการที่มีการผูกขาดโดยธรรมชาติ กล่าวคือ เป็นกิจการที่การผลิตสินค้า หรือบริการนั้นโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวจะทำให้ต้นทุนการผลิตสินค้า หรือบริการนั้นต่ำที่สุด^๑ นอกจากนั้นการประกอบกิจการโทรคมนาคมยังต้องใช้ต้นทุนจำนวนมหาศาล ดังนั้นแม้จะมีการเปิดเสรีโทรคมนาคมแล้วผู้ประกอบการรายเดิมส่วนใหญ่ก็ยังคงมีอำนาจเหนือตลาดอยู่ เนื่องจากผู้ประกอบการรายเดิมมักเป็นผู้ครอบครองโครงข่ายโทรคมนาคม และโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นอื่นๆ ซึ่งในการสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมให้ครอบคลุมทุกพื้นที่ หรือการสร้างโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นขึ้นมาใหม่นั้นไม่สามารถทำได้ใน

^๑ ศักดา ธนิตกุล. แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษากฎหมายธุรกิจ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552, หน้า185-

ระยะเวลาอันสั้น เป็นไปได้ยากในทางเทคนิค อีกทั้งไม่คุ้มค่าในการเศรษฐกิจ อำนาจควบคุมโครงข่ายโทรคมนาคม และโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นทำให้ผู้ประกอบการรายเดิมได้เปรียบมากเมื่อเทียบกับผู้ประกอบการรายใหม่โดยทั่วไป เนื่องจากผู้ประกอบการรายใหม่มีความจำเป็นที่จะต้องเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ประกอบการรายเดิม และเข้าถึงโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นอื่น ๆ จึงจะสามารถเข้าสู่ตลาดกิจการโทรคมนาคม และสามารถแข่งขันได้ ดังนั้นหากผู้ประกอบการรายเดิมซึ่งเป็นผู้ครองครองโครงข่ายโทรคมนาคม และโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เชื่อมต่อ หรือใช้โครงข่ายโทรคมนาคม หรือไม่ให้ใช้โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ย่อมไม่สามารถเข้าสู่ตลาดกิจการโทรคมนาคม และแข่งขันได้เลย⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมที่มีความสำคัญอย่างมากในการประกอบกิจการโทรคมนาคม ผู้ประกอบการรายเก่าที่ครองครองโครงข่ายโทรคมนาคมมักจะปฏิเสธ หรือสร้างข้อจำกัดไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เชื่อมต่อ หรือใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตน เพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่ได้เข้าสู่ตลาดโทรคมนาคม

ปัญหาการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมมิใช่เพียงเป็นปัญหาระหว่างผู้ประกอบการเท่านั้น แต่ยังเป็นปัญหาที่กระทบต่อผู้ใช้บริการในกิจการโทรคมนาคมด้วย ดังนั้นเพื่อให้การใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอยู่บนพื้นฐานของหลักการแข่งขันโดยเสรี และเป็นธรรมเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการแข่งขัน และการพัฒนาอุตสาหกรรมโทรคมนาคมให้ยั่งยืน และมีประสิทธิภาพจากเหตุผลดังกล่าวรัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่าย โดย

⁹ สถาบันการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. นโยบายการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม Competition Policy in Telecommunication. กรุงเทพฯ: แอ็บีปา พรินติ้ง กรุ๊ป, 2552, หน้า 17-19

คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติได้ออกประกาศ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการว่าด้วยการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม

โดยทั่วไปในการประกอบธุรกิจต่างๆ ผู้ประกอบการย่อมมีเสรีภาพในการเลือกคู่ค้าของตน กล่าวคือมีอำนาจ และอิสระในการเลือกที่จะทำ หรือไม่ทำธุรกิจกับผู้ใดก็ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการเข้าทำนิติกรรม ผู้ประกอบการย่อมมีเสรีภาพที่จะปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ หรือกับคู่แข่งทางการค้าของตน อย่างไรก็ตามสำหรับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นอาจส่งผลให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถแข่งขันอยู่ในธุรกิจดังกล่าวได้อีกต่อไป เช่น ในคดี Terminal Railroad¹⁰ สมาคมผู้ประกอบการรถไฟในมลรัฐ St. Louise ในประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการที่ไม่เป็นสมาชิกของสมาคมฯ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการทำลายการแข่งขัน และก่อให้เกิดการผูกขาดทางการค้า (รายละเอียดจะได้อธิบายในบทที่ 3 ต่อไป) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility) ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจนั้นๆ และผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกขึ้นใหม่โดยใช้ต้นทุนที่เหมาะสม เช่น กรณีธุรกิจการรถไฟผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถสร้างทางรถไฟใหม่ได้โดยใช้ต้นทุนที่เหมาะสม และไม่สามารถสร้างได้ในระยะเวลาอันสั้น ดังนั้นหากผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถเข้าถึง และใช้ทางรถไฟของผู้ประกอบการรายเดิมได้ ผู้ประกอบการรายใหม่ย่อมไม่สามารถเข้าสู่ตลาดกิจการรถไฟได้ ดังนั้นเพื่อเป็นส่งเสริม

¹⁰ United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912)

ให้มีการแข่งขัน และป้องกันไม่ให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาดกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ให้เข้าสู่ตลาด และคงไว้ซึ่งอำนาจในการผูกขาดศาลในสหรัฐอเมริกาจึงได้สร้างหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) ขึ้นมาเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility) ของตนแม้ผู้ประกอบการรายอื่นจะเป็นคู่แข่งทางการค้ากับตนก็ตาม โดยหลักการพิจารณามีดังนี้

- (1) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดจะต้องเป็นผู้มีอำนาจควบคุมเหนือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้น (Control of the essential facility by a monopolist)
- (2) ผู้ประกอบการแข่งขันไม่อาจสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นขึ้นใหม่โดยอาศัยทรัพยากรและค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล (Competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility)
- (3) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดได้ปฏิเสธที่จะให้ผู้ประกอบการแข่งขันเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าว (The denial of the use of the facility to a competitor) และ
- (4) ผู้ประกอบการผูกขาดนั้นสามารถอนุญาตให้มีการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวได้อย่างสมเหตุสมผล (The feasibility of providing the facility to competitors)

ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมโครงข่ายโทรคมนาคมอาจถือได้ว่าเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จะเป็นอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การเชื่อมต่อโครงข่ายที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการว่าด้วยการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมนั้นมีความแตกต่างจากหลัก

เรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ข้อ 4 กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ดังนี้

- (1) ต้องให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน
- (2) ต้องให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตน เพื่อเป็นการเข้าถึง และใช้โครงข่ายโทรคมนาคมได้
- (3) ต้องให้บริการผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมผ่านโครงข่ายโทรคมนาคมของตน
- (4) ...

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นว่าหน้าที่ในการให้ใช้ และให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่ได้รับใบอนุญาตเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย ในขณะที่หากพิจารณาจะองค์ประกอบของหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจะเห็นว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามกฎหมายของต่างประเทศจะกำหนดให้เป็นหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้หรือเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตนเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น นอกจากนี้กรกำกับดูแลเกี่ยวกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปก็มีการกำกับดูแลโดยกำหนดหน้าที่ในการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆ อันเป็นลักษณะของการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) ซึ่งแตกต่างจากลักษณะการกำกับดูแลการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทยผู้วิจัยจึงมีความสนใจที่จะศึกษาในประเด็นดังกล่าวว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเชื่อมต่อโครงข่ายของไทยมีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร

การศึกษาเปรียบเทียบหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของต่างประเทศประกอบด้วยหลักเกณฑ์ และสภาพในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยเปรียบเทียบกับสภาพในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ เช่น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ตลอดจนคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องจะสามารถนำมาวิเคราะห์ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเชื่อมต่อโครงข่ายของไทยมีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- (1) เพื่อเข้าใจที่มาของการกำกับดูแลการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทยที่แตกต่างจากหลัก Essential Facility และการกำกับดูแลการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป
- (2) เพื่อเข้าใจเกี่ยวกับหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) ภายใต้ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลในสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้อง
- (3) เพื่อทราบถึงความแตกต่างของหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) ในบริบทของการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป
- (4) สามารถวิเคราะห์ได้ว่าการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในบริบทการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทยในปัจจุบันเหมาะสม หรือไม่ อย่างไร

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาปัญหาการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าในกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยในบริบทของการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และศึกษาหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จะเป็น และการปรับใช้หลักการดังกล่าวในกฎหมายแข่งขันทางการค้า และแนวคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และในสหภาพยุโรป

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในบริบทของการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทยแตกต่างจากหลักกฎหมายเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของต่างประเทศ เนื่องจากสภาพของตลาดในการประกอบกิจการโทรคมนาคมต่างกัน โดยแนวทางการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกันไม่เหมาะสมกับกิจการโทรคมนาคมของไทย

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (1) ได้เข้าใจที่มาของการกำกับดูแลการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทยที่แตกต่างจากหลัก Essential Facility และการกำกับดูแลการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป
- (2) ได้เข้าใจเกี่ยวกับหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลในสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้อง

- (3) ได้ทราบถึงความแตกต่างของหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) ในบริบทของการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป

บทที่ 2

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation)

2.1 หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine)

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นหรือ Essential Facility Doctrine คือ หลักการที่บังคับให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด และครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตน ทั้งนี้เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาด โดยหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นได้ถูกนำมาใช้ครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา และถูกนำไปใช้ในประเทศต่างๆ เช่น ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และสหภาพยุโรป โดยหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ส่วนใหญ่แล้วจะถูกนำมาปรับใช้กับกิจการที่มีลักษณะการผูกขาดธรรมชาติ เช่น กิจการโทรคมนาคม กิจการไฟฟ้า หรือกิจการที่เกี่ยวข้องกับการคมนาคมขนส่ง เป็นต้น

2.1.1 หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

คดีแรกที่มีการทำหลักการนี้มาใช้คือ คดีของศาลสูงของสหรัฐ *United States v Terminal Railroad Association of St. Louis* ซึ่งศาลได้ปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับกิจการรถไฟซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจำต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือได้เข้าถึงสิ่งที่ถือว่าเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตน แม้ว่าผู้ประกอบการรายอื่นจะเป็นคู่แข่งทาง

การค้าของตนก็ตาม เนื่องจากเชื่อว่าหากผู้ประกอบการรายอื่นไม่ได้ใช้ หรือเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ผู้ประกอบการรายอื่นย่อมไม่สามารถดำเนินธุรกิจ และแข่งขันต่อไปได้

2.1.2. การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา

การปฏิเสณมิให้ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ถือเป็นการกระทำอันเป็นการผูกขาดทางการค้าตามมาตรา 2 ของ Sherman Antitrust Act(1890) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้าของสหรัฐอเมริกา¹ซึ่งบัญญัติว่า “ Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of felony.....”

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ได้รับการพัฒนาและขยายความต่อมาโดยศาลต่างๆ ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลในยุคหลังได้ปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยลดความเข้มงวดลงโดยในการกำหนดว่าสิ่งใดถือเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ศาลในยุคหลังจะพิเคราะห์ข้อเท็จจริงว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นเมื่อผู้ประกอบการแข่งขันซึ่งต้องการสิทธิในการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นไม่อาจสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวขึ้นใหม่ภายใต้ต้นทุนที่สมเหตุสมผล นอกจากนั้น ในการพิเคราะห์หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นศาลยังอาจอาศัยข้อเท็จจริงอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น สิ่งอำนวยความสะดวกอาจถือเป็นสิ่ง

¹Sherman Antitrust Act (1890),Section 2 Monopolizing Trade a felony penalty

อำนาจความสะดวกที่จำเป็นหากผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดที่ครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวสามารถควบคุมตลาดล่างหรือตลาดการผลิตในระดับอื่นโดยอาศัยความได้เปรียบอันเกิดจากการครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าว ซึ่งทฤษฎีการพิเคราะห์สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยอาศัยข้อเท็จจริงในกรณีนี้ เรียกอีกอย่างว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกคอขวด (The Bottleneck Facility Doctrine) ในบางกรณีศาลจะพิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงว่าการปฏิเสธไม่ให้มีการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อต้นทุนของผู้ประกอบการแข่งขันและประโยชน์ของผู้บริโภคหรือไม่ประกอบกันด้วย

ศาลล่างได้นำหลัก Essential Facility Doctrine มาปรับใช้กับการประกอบการโทรคมนาคมเป็นครั้งแรกในคดี MCI Communications Corporation v AT&T² เมื่อปี 1983 โดยประเด็นที่ต้องพิจารณาคือบริษัท AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่มีอำนาจผูกขาดตลาดโทรคมนาคมในช่วงนั้นจำเป็นต้องเปิดให้ผู้ประกอบการแข่งขันเข้าถึงตลาดโทรศัพท์ทางไกลและตลาดโทรศัพท์ท้องถิ่นหรือไม่ ซึ่งศาลได้กำหนดข้อเท็จจริง 4 ประการ ที่ใช้ในการพิเคราะห์ว่าโครงข่ายโทรศัพท์ของบริษัท AT&T เป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นหรือไม่ โดยองค์ประกอบที่ศาลใช้ในการพิจารณา คือ

- (1) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจะต้องเป็นผู้มีอำนาจควบคุมเหนือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้น
- (2) ผู้ประกอบการแข่งขันไม่อาจสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นขึ้นใหม่โดยอาศัยทรัพยากรและค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล

² MCI Communications Corporation v AT&T, 708 F.2d 1081 (7th Cir 1983)

- (3) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ปฏิเสธที่จะให้ผู้ประกอบการแข่งขันเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังกล่าว และ
- (4) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นสามารถอนุญาตให้มีการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังกล่าวได้อย่างสมเหตุสมผล

ในคดีนี้ แม้ศาลจะชี้ขาดว่าโครงข่ายโทรศัพท์ทางไกลมิใช่สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น แต่บริษัท MCI ก็ประสบความสำเร็จในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโครงข่ายโทรศัพท์ภายในท้องถิ่นเป็นโครงข่ายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในการเข้าถึงผู้ใช้บริการปลายทางโดยหลักการพิจารณาที่สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นสำหรับตลาดการประกอบการโทรคมนาคมได้รับการยึดถือ โดยรายละเอียดของคดีและคำพิพากษาผู้วิจัยจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

ในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลเห็นว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้สอดคล้องกับนโยบายการแข่งขันทางการค้าซึ่งจำกัดดุลพินิจและพฤติกรรมบางประการของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเพื่อรักษาและกระตุ้นให้มีการแข่งขันทางการค้า โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ให้เข้าสู่ตลาด และคงไว้ซึ่งอำนาจในการผูกขาดทางการค้าโดยปฏิเสธมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตน อย่างไรก็ตามเนื่องจากหลักการนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ว่าผู้ประกอบการมีเสรีภาพที่จะเลือกคู่ค้าของตนได้โดยไม่ถูกจำกัด (A company which has monopoly power over an essential facility may not refuse to make the facility available to others where there is no legitimate business reason for the refusal) ดังนั้นในการปรับใช้หลักดังกล่าวจึงต้องมีองค์ประกอบต่างๆตามที่ศาลได้เคยวางแนวไว้ ดังนี้

2.1.2.1 Terminal Railroad³

คดีนี้ Terminal Railroad Association ของ St. Louis ซึ่งประกอบด้วย บริษัทผู้ประกอบการรถไฟ 38 บริษัท ได้ถูกฟ้องว่าได้กระทำการอันเป็นการจำกัดทางการค้า (Restraint of Trade) และการผูกขาดทางการค้า (Monopoly) โดยจำเลยหลักในคดีนี้คือ Terminal Railroad Company ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ความตกลงของบริษัทรถไฟต่างๆใน St. Louis โดยมีวัตถุประสงค์ในการร่วมกันดำเนินกิจการรถไฟภายใต้ระบบเดียวกัน โดยบริษัทต่างๆ ซึ่งมีทางรถไฟของตนเองได้นำเอาทางรถไฟของตนมารวมกันเพื่อบริหารให้เป็นระบบเดียวกัน โดยในการนำทรัพย์สินมารวมกันนี้รวมถึง The Great Union Station ซึ่งเป็นสะพานรถไฟ (Railroad Bridge) ซึ่งมีอยู่เพียงแห่งเดียว และเนื่องจากสมาคมดังกล่าวได้ควบคุมทางรถไฟที่เชื่อมกับสะพานรถไฟ ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของสมาคมย่อมไม่สามารถใช้สะพานรถไฟดังกล่าวได้ สมาคมรถไฟดังกล่าวได้ถูกฟ้องว่าได้กระทำการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยเรียกเก็บอัตราค่าบริการผูกขาดซึ่งทำลายการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่มีได้เป็นสมาชิกสมาคม ศาลในคดีดังกล่าวได้ตัดสินให้สมาคมเปิดให้ผู้ประกอบการที่มีได้เป็นสมาชิกสามารถเข้าถึง (access) และใช้สิ่งอำนวยความสะดวก (facility) ทั้งหมดโดยศาลเห็นว่าการที่ผู้ประกอบการรายอื่นจะสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวของตนเองนั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ในทางพฤตินัย นอกจากนั้นการที่ผู้ประกอบการแข่งขันจะสามารถให้บริการรถไฟ และสามารถแข่งขันได้จำเป็นจะต้องมีการผ่านสะพานรถไฟซึ่งเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นซึ่งสมาคมมีอำนาจควบคุมอยู่นั้น⁴

³ United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912).

⁴ Robert Pitofsky, *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*, pp.1-2

2.1.2.2. Aspen Skiing⁵

เป็นคดีที่ Aspen Highlands Skiing ฟ้อง Ski Co. ซึ่งเป็นผู้ให้บริการสกีหลักในบริเวณ Aspen โดยแต่เดิมในบริเวณภูเขาแอสเพนมีผู้ให้บริการสกีหลัก ราย 3 คือ Aspen Mountain (Ajax) , Aspen Highlands Skiing และ Buttermilk โดย Ski Co. เป็นบริษัทที่ดำเนินกิจการ Aspen Mountain (Ajax) ต่อมา Ski Co. ได้ซื้อ Buttermilk และทำการเปิดกิจการสกีเพิ่มอีก กิจการคือ 1 Snowmass Ski Co. จึงกลายเป็นผู้ให้บริการสกีรายใหญ่ในบริเวณดังกล่าว

ในการให้บริการสกีผู้ให้บริการได้เสนอขายบัตรเล่นสกีประเภทต่างๆ ดังนี้

- (1) บัตรประเภท 1 วัน หรือครึ่งวันสำหรับเล่นสกีในบริเวณรีสอร์ทของแต่ละรีสอร์ท (day or half-day ticket)
- (2) บัตรประเภท 6 วัน สำหรับเล่นสกีภายในระยะเวลา 6 วัน โดยผู้ถือบัตรสามารถเลือกสกีที่ใดก็ได้ระหว่างบริเวณรีสอร์ทของผู้ให้บริการทั้ง 4 ราย (All Aspen ticket)

โดยตลอดหลายปีที่ผ่านมากิจการสกีทั้ง 4 แห่งได้ร่วมกันขาย All Aspen ticket และแบ่งรายได้ระหว่างผู้ให้บริการโดยคิดการจากใช้บริการของลูกค้าให้แก่ละบริเวณ กล่าวคือได้มีการจ้างผู้ทำการเก็บข้อมูลการใช้บริการในแต่ละบริเวณ และนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ในการแบ่งรายได้จากการขาย All Aspen ticket

ในระหว่างปี 1973 – 1977 Aspen Highlands Skiing มีส่วนแบ่งรายได้จากการขาย All Aspen ticket โดยประมาณ ดังนี้ 17.5% ในปี 1973-1974 , 18.5% ในปี 1974-1975, 16.8 % ในปี 1975-1976 และ 13.2% ในปี 1976-1977

⁵ Aspen Skiing V. Aspen Highlands Skiing-472 U.S.585(1985)

ในปี 1977- 1978 Ski Co. ได้แจ้งแก่ Aspen Highlands Skiing ว่าตนต้องการเปลี่ยนวิธีการแบ่งรายได้ในการขาย All Aspen ticket โดย Ski Co. จะร่วมขาย All Aspen ticket ต่อไปหาก Aspen Highlands Skiing ยอมรับการแบ่งรายได้ในอัตราคงที่ คือ 13.2 % จากรายได้การขาย All Aspen ticket โดยอ้างว่าการแบ่งรายได้โดยการเก็บข้อมูลการใช้ไม่ถูกต้อง โดยอัตรา 13.2 % ของรายได้จากการขาย All Aspen ticket นั้นเป็นส่วนแบ่งรายได้ของ Aspen Highlands Skiing ในปี 1976-1977 อย่างไรก็ตาม Aspen Highlands Skiing ได้อ้างว่ารายได้ของตนในปีดังกล่าวไม่สามารถใช้ในการอ้างอิงได้เนื่องจากในปีดังกล่าว Aspen Highlands Skiing ประสบปัญหาด้านสภาพอากาศ และในปีดังกล่าวจำนวนนักท่องเที่ยวที่ใช้บริการก็ต่ำกว่าปกติมาก นอกจากนั้น Aspen Highlands Skiing ยังคงต้องการให้ใช้วิธีแบ่งรายได้ตามการใช้บริการจริงต่อไป อย่างไรก็ตามในปีนั้น Aspen Highland Skiing จำต้องยอมรับวิธีการแบ่งรายได้ตามที่ Ski Co. กำหนดเนื่องจากกลัวว่า Ski Co. จะยกเลิกการขาย All Aspen ticket โดยยอมรับการแบ่งรายได้ในอัตราคงที่ 15% ของรายได้จากการขาย All Aspen ticket ทั้งหมด

อย่างไรก็ตามในปี 1978-1979 กรรมการบริหารของ Ski Co. ยืนยันให้ Aspen Highlands Skiing ต้องยอมรับการแบ่งรายได้ในอัตราคงที่ 12.5% ซึ่งอัตราดังกล่าวต่ำกว่าส่วนแบ่งรายได้ที่ Aspen Highlands Skiing เคยได้รับมาในอดีต โดยกรรมการบริหารของ Ski Co. ยืนยันว่าหาก Aspen Highlands Skiing ไม่ยอมรับอัตราดังกล่าว Ski Co. จะยกเลิกการขาย All Aspen ticket

เนื่องจากการแบ่งรายได้ในอัตราคงที่ 12.5% เป็นอัตราที่ต่ำกว่ารายได้ที่ Aspen Highlands Skiing เคยได้รับมาในอดีตอย่างมาก Aspen Highlands Skiing จึงไม่อาจยอมรับข้อเสนอของ Ski Co. ได้ ดังนั้น Ski Co. จึงยกเลิกการขาย All Aspen ticket

เมื่อ Ski Co. ได้ยกเลิกการขาย All Aspen ticket แล้ว Ski Co. ได้ดำเนินการโฆษณาไปทั่วประเทศโดยจากการโฆษณาดังกล่าวทำให้ผู้ที่ไม่คุ้นเคยกับการเล่นสกีในบริเวณภูเขาแอสเพนเข้าใจว่า Ajax, Buttermilk และ Snowmilk เท่านั้นที่เป็นภูเขาสำหรับเล่นสกีในบริเวณภูเขาแอสเพน

ภายหลังจากถูกยกเลิกการขาย All Aspen ticket Aspen Highlands Skiing ได้พยายามทำรายการส่งเสริมการขายโดยการออกผลิตภัณฑ์ Adventure Pack โดยผู้ซื้อ Adventure Pack สามารถเล่นสกีในบริเวณ Highlands ได้ในระยะเวลา 3 วัน พร้อมกันนี้ผู้ซื้อ Adventure Pack ยังได้รับบัตรกำนัลซึ่งมีมูลค่าเท่ากับราคาตั๋วเล่นสกีประเภทรายวันของ Ski Co. โดยบัตรกำนัลดังกล่าวได้ทำการรับรองโดยฝากเงินไว้กับธนาคารแอสเพน (Aspen Bank) อย่างไรก็ตาม Ski Co. ปฏิเสธที่จะรับบัตรกำนัลดังกล่าว Aspen Highlands Skiing จึงต้องเปลี่ยนจากการให้บัตรกำนัลมาเป็นการให้ Traveler's Checks ของ American Express หรือเงินสดแทน ซึ่ง Adventure Pack ไม่ได้รับความนิยม และถูกต่อต้านโดยบริษัททัวร์ และนักท่องเที่ยวที่คุ้นเคยกับ All Aspen ticket

ภายหลังจากการยกเลิก All Aspen ticket ส่วนแบ่งรายได้ของ Aspen Highlands Skiing ลดลงอย่างรวดเร็วคือ จากส่วนแบ่งรายได้ 20.5% ในปี 1976-1977 ลดลงมาเป็น 15.7% ในปี 1977-1987 ,13.1% ในปี 1978-1979 ,12.5 % ในปี 1979-1980 และ 11% ในปี 1980-1981

Aspen Highlands Skiing จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลในโคโรลาโดว่า Ski Co. ได้ทำการผูกขาดตลาดการให้บริการสกีในบริเวณภูเขาแอสเพน โดยการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดมาตรา 2 แห่ง Sherman Act

คดีนี้ได้ตัดสินโดยคณะลูกขุน ซึ่งในการตัดสินนั้นศาลได้อธิบายให้คณะลูกขุนเข้าใจว่าตามข้อกล่าวหาของ Aspen Highlands Skiing ว่า Ski Co. ได้กระทำ

ผิดมาตรา 2 แห่ง Sherman Act คณะลูกขุนจะต้องพิจารณาองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

- (1) Ski Co. เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง (the possession of monopoly power in a relevant market)
- (2) Ski Co. มีเจตนาที่จะคงไว้ หรือได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาด หรือการใช้ อำนาจเหนือตลาดโดยการกีดกันการแข่งขัน หรือทำลายการแข่งขัน หรือ มีวัตถุประสงค์ในการกีดกันการแข่งขัน หรือทำลายการแข่งขัน (the willful acquisition , maintenance or use of that power by anticompetitive or exclusionary means or for anticompetitive or exclusionary purpose)

สำหรับองค์ประกอบที่ 2 นั้นศาลได้อธิบายว่าโดยหลักการมีอำนาจเหนือตลาด หรือการได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดไม่ใช่สิ่งที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตามหากวิธีการที่ได้มีซึ่งอำนาจเหนือตลาด หรือการคงไว้ซึ่งอำนาจดังกล่าวไม่ได้มาจากการประสบความสำเร็จทางธุรกิจจากการผลิตสินค้า หรือบริการที่มีคุณภาพเหนือกว่าผู้ประกอบการรายอื่น (Superior Product) การดำเนินธุรกิจที่ประสบความสำเร็จ (Well-run business) หรือโชค (Luck) หากแต่ได้มาโดยวิธีอื่นย่อมเป็นการผิดกฎหมายตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act

นอกจากนั้นศาลได้อธิบายว่าสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ได้อำนาจเหนือตลาดมาโดยชอบนั้นสามารถใช้ประโยชน์จากอำนาจดังกล่าวได้ เช่น การสร้างโรงงานที่ใหญ่ และมีประสิทธิภาพ การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดกฎหมาย นอกจากนั้นโดยหลักผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่ถูกบังคับให้ต้องให้ความร่วมมือทางธุรกิจแก่คู่แข่งทางธุรกิจคนอื่นๆ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่งทางการค้ากับตนนั้นโดยหลักไม่ถือเป็นการละเมิดมาตรา 2 แห่ง Sherman Act

หากการปฏิเสธดังกล่าวมีเหตุผลทางธุรกิจประกอบเพื่อสนับสนุน (If valid business reasons exist for that refusal) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือแม้จำเลย (Ski Co.) ซึ่งเป็นผู้มีโอกาสเหนือตลาดมีเหตุผลทางธุรกิจในการตัดสินใจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับ Aspen Highlands Skiing การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดกฎหมาย (If there were legitimate reasons for the refusal, then the defendant, even if he is found to possess monopoly power in relevant market, has not violated the law) อย่างไรก็ตาม ตามคณะลูกขุนชี้ว่า Ski Co. กระทำการละเมิดมาตรา 2 แห่ง Sherman Act

Ski Co. ได้อุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าว อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ได้พิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นโดยให้เหตุผลว่า

- (1) ศาลได้อ้างถึงคดี United States V. Terminal Railroad Assn of St. Louis (1912) โดยตัดสินว่า Multiarea ticket เป็น Essential Facility หรือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นที่ Ski Co. มีหน้าที่ในการร่วมกับผู้ประกอบการรายอื่นให้บริการบัตรเล่นสกีประเภทดังกล่าว (The Multiarea ticket could be characterized as an Essential Facility that Ski Co. had a duty to market jointly with Highlands)
- (2) เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ต่างๆ ประกอบกันศาลเห็นว่าสาเหตุที่ Ski Co. ยกเลิกการขาย All Aspen ticket เพื่อได้มา หรือคงไว้ซึ่งอำนาจเหนือตลาด (There was sufficient evidence to support a finding that Ski Co.'s intent in refusing to market the 4-area ticket, "considering together with its other conduct", was to create or maintain a monopoly.)

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าการปฏิเสธไม่ร่วมขาย All Aspen ticket ทำให้ Ski Co. กลายเป็นผู้ประกอบการเพียงรายเดียวในบริเวณภูเขาแอสเพนที่ทำการขาย

Multiarea ticket นอกจากนี้การปฏิเสธไม่ร่วมขาย All Aspen ticket ยังเป็นการปฏิเสธไม่ร่วมธุรกิจที่เคยทำกันมานานระหว่าง Ski Co. และ Aspen Highlands Skiing มิใช่เป็นเพียงการปฏิเสธข้อเสนอในการทำธุรกิจใหม่จาก Aspen Highlands Skiing การปฏิเสธดังกล่าวจึงเป็นการปฏิเสธที่ไม่มีเหตุผลทางธุรกิจสนับสนุน (No valid business reason)

จากการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นศาลอุทธรณ์เห็นว่าการกระทำของ Ski Co. จึงเป็นการกระทำเพื่อกีดกัน หรือทำลายการแข่งขันอันเป็นการละเมิดมาตรา 2 แห่ง Sherman Act

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเป็นข้อยกเว้นของหลักการทั่วไปที่ว่าผู้ประกอบการมีอิสระในการเลือกคู่ค้าของตน ดังนั้นโดยหลักแล้วผู้ประกอบการย่อมไม่ถูกบังคับให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งทางการค้าของตน อย่างไรก็ตามสำหรับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นอาจเป็นการกีดกัน หรือทำลายการแข่งขัน ดังนั้นศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงสร้างหลัก Essential Facility ขึ้นมาเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจำต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ “Facility” ของตน ซึ่ง “Facility” นี้อาจเป็นสินค้า หรือบริการใดๆก็ได้ เช่น ในคดี Aspen Skiing Facility คือ All Aspen ticket, ในคดี MCI Facility คือโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่น เป็นต้น

อย่างไรก็ตามศาลได้ยืนยันว่าในหลักการที่ว่าการเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมิได้ละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า หากการได้อำนาจเหนือตลาดนั้นเป็นการได้มาโดยชอบ กล่าวคือได้อำนาจเหนือตลาดมาจากการผลิตสินค้า หรือบริการที่มีคุณภาพกว่าผู้ประกอบการรายอื่น หรือการประสบความสำเร็จทางธุรกิจ อย่างไรก็ตามหากวิธีการที่ได้มา หรือคงไว้ซึ่งอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่ชอบยอมเป็นการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า สำหรับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นโดย

หลักการยังคงมีสิทธิในการเลือกคู่ค้าของตน โดยสามารถตัดสินใจที่จะเข้าทำธุรกิจหรือไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นอย่างไรก็ได้ ซึ่งสิทธิเช่นนี้รวมถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการรายหนึ่งรายได้ก็ได้หากการปฏิเสธเช่นนั้นจะมีเหตุผลทางธุรกิจที่ชอบธรรม (Legitimate Business Reason)

จากคำพิพากษาที่ได้อธิบายข้างต้นจะพบว่าศาลได้นำหลัก Essential Facility มาปรับใช้กับกรณีผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้สินค้า หรือบริการ หรือปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่น โดยจากคำพิพากษาในคดีต่างๆสามารถสรุปเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาปรับใช้หลัก Essential Facility ได้ดังนี้

- (1) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจะต้องเป็นผู้มีอำนาจควบคุมเหนือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้น (Control of the Essential Facility by a monopolist)
- (2) ผู้ประกอบการแข่งขันไม่อาจสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นขึ้นใหม่โดยอาศัยทรัพยากรและค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล (A competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility)
- (3) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ปฏิเสธที่จะให้ผู้ประกอบการแข่งขันเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังกล่าว (The denial of the use of the facility to a competitor)และ

- (4) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นสามารถอนุญาตให้มีการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังกล่าวได้อย่างสมเหตุสมผล (The feasibility of providing the facility to competitors)

2.1.3 ข้อวิจารณ์การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

แม้ว่านักวิชาการด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าจะอธิบายหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility Doctrine) ไปในทางเดียวกันดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้วก็ตามการบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นยังถูกวิพากษ์วิจารณ์โดย Professor Philip Areeda โดย Professor Areeda ได้เขียนบทความชื่อ Essential Facilities : An Epithet in need of limiting principle โดย Professor Areeda เห็นว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จะเป็นไม่ใช่หลักการอ้างที่ทุกคนเข้าใจโดยไม่ใช่เป็นหลักที่ถูกสร้างขึ้นโดยคำพิพากษาในคดีต่างๆ ดังที่มักมีนักวิชาการอ้างถึง เช่น คดี Terminal Railroad ,คดี Associated Press และ คดี Aspen Skiing โดยหลักดังกล่าวเกิดจากการตีความจากคำพิพากษาของศาลเท่านั้น และไม่มีคำพิพากษาคดีใดที่พูดถึง หรือให้การยอมรับหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจริงๆ หรือให้เหตุผลที่สอดคล้องกับหลักดังกล่าว รวมทั้งไม่มีการวิเคราะห์ถึงต้นทุนในการบังคับหลักการดังกล่าวด้วย Professor Areeda ได้วิเคราะห์คำพิพากษาคดีต่างๆ ที่มักมีการอ้างประกอบการอธิบายหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ดังนี้⁶

คดี Terminal Railroad combination case

Professor Areeda เห็นว่า คดี Terminal Railroad Combination เป็นคดีเกี่ยวกับการรวมตัวของผู้ประกอบการรถไฟในมลรัฐ St. Louise โดยกลุ่มของ

⁶ Philip Areeda. Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal* (1989), pp. 841-853

ผู้ประกอบการที่รวมตัวกันนี้เป็นผู้มีอำนาจควบคุมทางรถไฟจุดสำคัญของมลรัฐ กล่าวคือเป็นทางรถไฟเข้า และออกจากมลรัฐ St. Louise ดังนั้นกลุ่มของผู้ประกอบการรถไฟจึงสามารถผูกขาดในกิจการรถไฟในมลรัฐ St. Louise ได้ อย่างไรก็ตาม Professor Areeda เห็นว่าอำนาจผูกขาดดังกล่าวเกิดจากการรวมตัวของผู้ประกอบการรถไฟดังกล่าว ไม่ได้เกิดจากทางรถไฟแต่อย่างใด นอกจากนั้นกลุ่มของผู้ประกอบการรถไฟก็ไม่ได้สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกใดๆ เพียงแต่ใช้ประโยชน์จากทางรถไฟที่มีอยู่แล้วกรณีนี้จึงไม่ใช่กรณี Essential Facility

คดี Associated Press

Professor Areeda เห็นว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีที่มีการกล่าวหาว่า Associated Press ได้กระทำการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยสมาคมดังกล่าวเป็นการรวมตัวกันของผู้ประกอบการหนังสือพิมพ์ประมาณ 1,200 ราย สามารถเข้าถึงข่าวซึ่งรายงานจากสมาชิกรายอื่นได้ เช่น ผู้ประกอบการหนังสือพิมพ์ในชิคาโกจะได้รับรายงานข่าวจากผู้ประกอบการหนังสือพิมพ์ในนิวยอร์ก สมาคมนี้เปิดรับผู้ประกอบการหนังสือพิมพ์เข้าเป็นสมาชิกเว้นแต่ผู้ประกอบการหนังสือพิมพ์ที่เป็นคู่แข่งกับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ศาลตัดสินว่า Associated Press กระทำการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า และสั่งให้ Associated Press เปิดรับสมาชิกอื่นโดยไม่เลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามศาลมิได้บังคับให้ Associated Press ต้องยอมรับผู้ประกอบการทุกรายเข้าเป็นสมาชิก Professor Areeda ชี้ให้เห็นว่าคำตัดสินในคดีนี้ไม่ได้เป็นไปตามหลัก Essential Facility เนื่องจาก Justice Douglas ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ได้ชี้ให้เห็นว่าที่ศาลตัดสินว่า Associated Press ได้กระทำความผิดนั้นเนื่องจากศาลไม่ต้องการให้มีการเลือกปฏิบัติในการรับสมาชิกแต่ศาลไม่ได้บังคับให้ Associated Press ต้องรับผู้ประกอบการทุกรายที่สมัครเข้าเป็นสมาชิก (the Court

was not requiring the Associated Press to admit anybody ,but was simply banning its practice of discriminating against competitors)

Justice Frankfuter เป็นผู้พิพากษาในคดีนี้เพียงท่านเดียวที่เขียนคำพิพากษาที่อาจถือได้ว่าเป็นเหตุผลสนับสนุนหลัก Essential Facility โดย Justice Frankfuter เห็นว่ากิจการหนังสือพิมพ์เป็นบริการสาธารณะดังนั้นจึงต้องให้บริการแก่ทุกคนเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตามความเห็นของ Justice Frankfuter เป็นไปตามหลักการเรื่องบริการสาธารณะ (Public Utility Concept) มิได้เป็นการตัดสินภายใต้หลัก Essential Facility แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม Professor Areeda ได้วิจารณ์ว่าหลักการดังกล่าวไม่อาจนำมาปรับใช้กับการกระทำของผู้ประกอบการเพียงรายเดียวได้ โดยกรณีดังกล่าวข้างต้นเป็นกรณีของการรวมกลุ่มระหว่างผู้ประกอบการ อย่างไรก็ตามหากการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ทรัพย์สิน หรือบริการเป็นการกระทำโดยผู้ประกอบการรายเดียวแล้ว การบังคับใช้หลัก Essential Facility อาจมีปัญหาในการบังคับใช้ ดังนี้

- (1) การรวมตัวกันของผู้ประกอบการหลายรายในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นสิ่งที่สังเกตเห็นได้ง่าย แต่หากเป็นกรณีของผู้ประกอบการเพียงรายเดียวแล้วย่อมเป็นสิ่งที่พบเห็นได้โดยทั่วไป
- (2) การเยียวยาในกรณีการรวมตัวของผู้ประกอบการหลายราย และกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการบางรายเข้าร่วมเป็นสมาชิคนั้นสามารถทำได้โดยง่าย โดยศาลสามารถกำหนดเงื่อนไขในการให้ผู้ประกอบการที่ถูกกีดกันได้เข้าถึงทรัพย์สิน หรือบริการของกลุ่มผู้ประกอบการได้โดยกำหนดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่เท่าเทียมกับผู้ประกอบการรายอื่นๆที่เป็นสมาชิกอยู่ แต่หากการปฏิเสธไม่ใช้ทรัพย์สิน หรือบริการนั้นมาจากผู้ประกอบการเพียงรายเดียวแล้ว ย่อมเป็นการยากที่ศาลจะสามารถกำหนดเงื่อนไขที่

เหมาะสมในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าใช้ทรัพย์สิน หรือบริการที่ศาลเห็นว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นได้

- (3) การเยียวยาโดยการให้ผู้ประกอบการที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของกลุ่มผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้เข้าเป็นสมาชิกนั้นเป็นการเยียวยาเพียงครั้งเดียวซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการกำกับดูแลรายวัน ซึ่งในประเด็นการกำกับดูแลแบบรายวันนี้ศาลฎีกาในคดี Trinko ได้หยิบยกเอาความเห็นของ Professor Areeda ไปใช้เพื่อสนับสนุนในคำพิพากษาเพื่อไม่บังคับใช้หลัก Essential Facility กับคดี Trinko ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป
- (4) การรวมกลุ่มของผู้ประกอบการเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึง “ความจำเป็น” (Essentiality) โดยตัวของมันเองกล่าวคือแสดงให้เห็นว่าการรวมตัวกันเป็นสิ่งที่จำเป็น และเป็นเรื่องสำหรับผู้ประกอบการเพียงรายเดียวไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งกรณีจะต่างกันหากเป็นกรณีของการกระทำโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวเนื่องจากไม่มีสิ่งชี้ให้เห็นถึงความจำเป็น ดังเช่นกรณีการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการ

นอกจากนั้น Professor ยังได้อธิบายถึงความไม่เหมาะสมในการปรับใช้หลัก Essential Facility ในอีกหลายกรณีรวมถึงการพิจารณาว่าการกระทำใดของผู้ประกอบการเป็น Exclusionary Conduct หรือการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขัน เนื่องจากหากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้วการกระทำของผู้ประกอบการทุกรายย่อมมีผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่น โดย Professor Areeda ได้เปรียบเทียบว่าผู้ประกอบการทุกรายมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันในการสร้าง Mousetrap หรือกับดักหนูในทางเปรียบเทียบคือผู้ประกอบการทุกรายมีสิทธิโดยเท่าเทียมกันในการ

สร้างสิ่งที่ส่งเสริมให้ตนสามารถดึงดูดลูกค้าได้มากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งการกระทำเช่นนี้ก็ถือว่าเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นเช่นกัน ดังนั้นจึงเป็นการยากในการปรับใช้หลักการดังกล่าว

Professor Areeda จึงได้เสนอความเห็นว่าการกำหนดว่าสิ่งใด หรือบริการใดสมควรจะบังคับให้ผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของต้องแบ่งให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้นั้นเป็นสิ่งที่ยากจึงไม่ควรอยู่ภายใต้การตัดสินของ Unqualified Hand เช่น คณะลูกขุน โดยควรมีกฎหมายเพื่อกำหนดในประเด็นดังกล่าว โดยเฉพาะ *ศาลไม่ควร* “บังคับใช้หลัก *Duty to Deal* หากศาลไม่สามารถอธิบาย หรือจัดให้มีการกำกับดูแลที่เพียงพอได้ นอกจากนั้นศาลยังไม่สามารถกำกับดูแลการบังคับตาม *Compulsory Access* ซึ่งต้องการการกำกับดูแลแบบรายวันได้” หน้าดังกล่าวเป็นหน้าที่ขององค์กรหรือหน่วยงานกำกับดูแล “ซึ่งประเด็นนี้ Justice Scalia ได้หยิบยกขึ้นเขียนไว้ในคำพิพากษาคดี *Trinko* โดยกล่าวว่าความเห็นดังกล่าวของ Professor Areeda เป็นความเห็นที่ถูกต้อง ดังนั้นศาลในคดี *Trinko* จึงได้ยกฟ้องโจทก์ รายละเอียดผู้วิจัยจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

จะเห็นได้ว่าจากความเห็นของ Professor Areeda นั้นการกำหนดว่าสิ่งใด หรือบริการใดที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ครอบครองจะต้องแบ่งให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้นั้นเป็นเรื่องที่กำหนดได้ยาก และไม่ควรให้อยู่ในอำนาจการชี้ขาดของคณะลูกขุน หรือศาลเป็นคดีๆไป ควรจะมีกฎหมายเพื่อกำหนดว่าสิ่งใด หรือบริการใดที่ผู้ประกอบการจะต้องถูกบังคับให้แบ่งให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ ซึ่งสำหรับกิจการโทรคมนาคมนั้นดังที่เคยได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่าเป็นกิจการที่มีความสำคัญ และมีการลงทุนในมูลค่ามหาศาล อีกทั้งยังเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางเทคนิคที่ซับซ้อน โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการประกอบกิจการโทรคมนาคมซึ่งควรมีการเชื่อมต่อกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อให้

ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถให้บริการผู้ใช้บริการได้อย่างทั่วถึง และครอบคลุมในอดีตก่อนที่จะมีการออกพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 ศาล ใช้หลัก Essential Facility เพื่อบังคับให้ผู้ประกอบการที่มีอาเจเหนือตลาดต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึง และได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตน โดยคดีสำคัญที่ศาลได้ตัดสินในเรื่องนี้คือคดี MCI อันเป็นการนำหลัก Essential Facility ซึ่งเป็นหลักของกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั่วไปมาบังคับใช้กับกิจการโทรคมนาคม อย่างไรก็ตามเมื่อมีการออกพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 แล้ว หน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการ การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจึงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายโทรคมนาคมซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษศาลในคดีพิพาทดังกล่าวไม่ปรับใช้หลัก Essential Facility อีกต่อไป เนื่องจากประเด็นเรื่องการเชื่อมโครงข่ายโทรคมนาคมอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายพิเศษ และหน่วยงานที่ถูกสร้างขึ้นมาจากกฎหมายพิเศษแล้ว โดยรายละเอียดผู้วิจัยจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

2.1.4 หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจากคำพิพากษาของศาลในสหภาพยุโรป

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกิจการประเภทอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเป็นกิจการที่มีการผูกขาดธรรมชาติกล่าวคือ เป็นกิจการที่มีต้นทุนคงที่มูลค่ามหาศาล นอกจากนี้ยังเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ซับซ้อน ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมผู้ประกอบการจำเป็นต้องมีเงินลงทุนจำนวนมากในขณะที่การคืนทุนจะต้องใช้เวลานาน ดังนั้นโดยสภาพแล้วแม้มีการเปิดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคมแล้วแต่ผู้ประกอบการรายใหม่ก็ยังไม่สามารถเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมได้โดยง่าย นอกจากนั้นยังปรากฏอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดอื่นๆ เช่น

- (1) กฎเกณฑ์ หรือข้อกำหนดของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม เช่น เงื่อนไขในการขอรับใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการโทรคมนาคม
- (2) ต้นทุนคงที่ในการประกอบกิจการในจำนวนที่สูง (High fixed/Capital Cost)
- (3) ข้อจำกัดในสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตรเกี่ยวกับเทคโนโลยีโทรคมนาคม
- (4) การควบคุมโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ประกอบการรายเดิม เป็นต้น

ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนการประกาศใช้ Telecommunication Act 1996 ศาลได้ปรับใช้หลัก Essential Facility กับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นในคดี MCI Communications Corporation v AT&T ในปี 1983 สำหรับสหภาพยุโรปนั้นไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายที่บัญญัติถึงหลัก Essential Facility ว่าเป็นการเฉพาะ หากแต่มีการปรับใช้หลัก Essential Facility ทั้งโดยศาลภายใน และใน European Court of Justice หรือศาลยุติธรรมแห่งยุโรป อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่ามี การบังคับใช้หลัก Essential Facility กับการใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม อย่างชัดเจนดังเช่นปรากฏในศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ตามได้มีบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นอย่างกว้างขวาง ในหลายประเภทธุรกิจ โดยในหลักการหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปมีสอดคล้องกับหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเป็นหลักที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้ที่เป็นเจ้าของสิ่งอำนวยความสะดวกในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าใช้สิ่งอำนวยความสะดวกของตน ซึ่งภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรปหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นอยู่ภายใต้มาตรา 86

ของ Rome Treaty ซึ่งต่อมาคือมาตรา 82 ของ Treaty Establishing the European Community และต่อมากลายเป็นมาตรา 102 ของ Treaty on the Functioning of the European Union ซึ่งเป็นมาตราที่ห้ามการกระทำอันเป็นการกีดกัน หรือทำลายการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือเป็นข้อกำหนดที่ห้ามไม่ให้ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ (Abuse of Dominant power)

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป หรือ European Court of Justice: ECJ ได้ปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในคดีต่างๆ ดังที่จะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

2.1.4.1 คดี Commercial Solvent⁷

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป ได้ปรับใช้หลัก Refusal to deal ครั้งแรกในคดี Commercial Solvent อย่างไรก็ตามศาลได้พูดถึงหลัก Essential Facility Doctrine แต่อย่างใด โดยคดี Commercial Solvent มีข้อเท็จจริง และคำพิพากษาของศาลดังนี้

Commercial Solvent เป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดในการผลิตวัตถุดิบที่ใช้เป็นส่วนประกอบในการผลิต Ethambutol โดย Commercial Solvent เป็นผู้ผลิตวัตถุดิบดังกล่าวเพียงรายเดียวใน EEC

Commercial Solvent ได้ขายสินค้าให้แก่บริษัท Zoja มาตั้งแต่ปี 1966 โดย Zoja จะนำสินค้านี้ไปใช้ในการผลิต Ethambutol ต่อมาในช่วงฤดูหนาวของปี 1970 Commercial Solvent ได้ปฏิเสธไม่ขายสินค้าให้แก่ Zoja และตัดสินใจเริ่มทำการผลิต Ethambutol เองซึ่งการปฏิเสธไม่ขายสินค้านี้ดังกล่าวให้แก่ Zoja ก็เพื่ออำนวยความสะดวกให้ตนเองในการเข้าสู่ตลาดการผลิต Ethambutol นั้นเอง

⁷ Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co.KG, Case C-7/97, 1998 E.C.R. I-7791, [1999]

ศาลภายในได้ตัดสินว่า Commercial Solvent ได้กระทำการ abuse of dominant power โดยศาลได้ตัดสินว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่ในการ Deal กับผู้ประกอบการรายอื่นใน downstream Market

Commercial Solvent ได้อุทธรณ์ตัดสินดังกล่าวไปยัง European Court of Justice อย่างไรก็ตามศาลได้ยืนตามคำตัดสินของศาลภายใน โดยศาลเห็นว่าการที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดขายวัตถุดิบปฏิเสธไม่ขายวัตถุดิบให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่นเพื่ออำนวยความสะดวกให้ตนในการผลิตสินค้าตัวเองเป็นการ Abuse of dominant position นอกจากนี้ Commercial Solvent เองก็มีความสามารถเพียงพอที่จะขายสินค้าให้แก่บริษัท Zoja ได้

จากคำพิพากษาในคดี Commercial Solvent แสดงให้เห็นว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นเป็นหลักที่ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขัน และป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายการแข่งขัน โดยเฉพาะการคงไว้ซึ่งการแข่งขันใน Downstream Market

2.1.4.2 คดี Bronner⁸

คำพิพากษาของศาลยุโรปที่สำคัญ และถือเป็นคำพิพากษาที่วางหลักในการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในสหภาพยุโรปก็คือคำพิพากษาในคดี Oscar Bronner โดยก่อนที่จามีคำตัดสินในคดี Bronner ในการพิจารณาปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ศาลจะพิจารณาถึงอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการเท่านั้นโดยไม่มีวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์อื่นๆ เช่นการวิเคราะห์ถึง

⁸ European Court of Justice, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG (1998)

ความเป็นไปได้ในการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกอื่นแทนสิ่งอำนวยความสะดวกที่พิพาทกันในคดี ส่วนแบ่งในตลาด Downstream ของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง หรือผลกระทบต่อราคาสินค้า อย่างไรก็ตามแนวคำตัดสินว่าผู้ประกอบการรายใดมีอำนาจเหนือตลาดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบอื่นๆ นั้นอาจส่งผลกระทบต่อแรงจูงใจของผู้ประกอบการตั้งนั้นศาลในคดี Bronner จึงได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังนี้

Mediaprint เป็นผู้ผลิตหนังสือพิมพ์สองฉบับซึ่งมียอดขายรวมกันคิดเป็นร้อยละ 46.8 ของหนังสือพิมพ์รายวันของออสเตรีย และมีรายได้จากการโฆษณาคิดเป็นร้อยละ 42 ของการธุรกิจการโฆษณาในหนังสือพิมพ์ โดย Mediaprint ได้สร้างระบบการส่งหนังสือพิมพ์มีโครงข่ายไปทั่วประเทศทำให้ Mediaprint สามารถจัดส่งหนังสือพิมพ์ได้ทั่วประเทศในตอนเช้า Oscar Bronner เป็นผู้ผลิตหนังสือพิมพ์รายวันซึ่งเป็นคู่แข่งของ Mediaprint โดยมีสัดส่วนยอดขายในตลาดประมาณร้อยละ 3.6 ของการขายหนังสือพิมพ์รายวันในประเทศออสเตรีย และมีรายได้ประมาณร้อยละ 6

Bronner ได้ขอใช้ระบบการส่งหนังสือพิมพ์ร่วมกับ Mediaprint เพื่อจัดส่งหนังสือพิมพ์รายวันทั่วประเทศโดยจ่ายค่าตอบแทนให้อัตราที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม Mediaprint ปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าว Bronner จึงนำคดีขึ้นฟ้องศาลในประเทศออสเตรียโดยขอให้พิพากษาให้ Mediaprint จะต้องยอมให้บริการ Bronner ในการส่งหนังสือพิมพ์ทั่วประเทศโดยยอมรับค่าตอบแทนที่เหมาะสม

ศาลภายในได้ส่งประเด็นไปให้ Court of Justice ซึ่งขาดในประเด็นที่ว่า การปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้โครงข่ายการจัดส่งหนังสือพิมพ์รายวันนั้นเป็นการ abuse of dominant position หรือไม่

Court of Justice ได้ตัดสินว่าศาลภายในต้องพิจารณาว่าขอบเขตตลาด การจัดส่งหนังสือพิมพ์รายวัน โดยจำต้องพิจารณาว่าการขายหนังสือพิมพ์ตามแผงขาย หนังสือ การจัดส่งหนังสือพิมพ์ทางไปรษณีย์ หรือการจัดส่งในระดับภูมิภาคสามารถ ทดแทนหนังสือพิมพ์รายวันได้หรือไม่ กล่าวคือเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดเดียวกันหรือไม่ ถ้าศาลภายในเห็นว่ากรณีนี้เป็นกรณีของการจัดส่งหนังสือพิมพ์ทั่วประเทศเท่านั้น กรณี นี้ Mediaprint จะถือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งในการพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ ให้บริการแก่ Bronner เป็น abuse of dominant position หรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณา ตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้⁹

- (1) การปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้สิ่งอำนวยความสะดวก นั้นเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดขายหนังสือพิมพ์ รายวัน
- (2) การปฏิเสธนั้นเป็นการปฏิเสธที่ไม่มีเหตุผลที่ชอบธรรม
- (3) สิ่งอำนวยความสะดวกนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างขาดไม่ได้ในการ ประกอบธุรกิจหนังสือพิมพ์รายวัน

โดยในคดีนี้ศาลตัดสินว่ากรณีไม่ครบเงื่อนไขข้างต้น เนื่องจากยังปรากฏว่า Bronner ยังสามารถใช้ช่องทางอื่นในการจัดส่งหนังสือพิมพ์ได้ แม้ว่าช่องทาง หรือ วิธีการดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่ Bronner น้อยกว่าการใช้โครงข่ายการจัดส่ง หนังสือพิมพ์ของ Mediaprint ก็ตาม นอกจากนี้ยังไม่มีอุปสรรคทางเทคนิค ทาง เศรษฐกิจ หรือทางกฎหมายสำหรับ Bronner ในการสร้างโครงข่ายในการจัดส่ง หนังสือพิมพ์ของตนเอง

⁹ Jones Day. *Essential Facilities in the European Union Bronner and Beyond*. LL.M, Columbia Law School,

จากคำพิพากษาในคดี Bronner ได้สร้างหลักการสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาหน้าที่ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยการเปรียบเทียบกับคำพิพากษาในคดีก่อนๆ จะพบว่าในการตัดสินคดีดังกล่าวศาลจะพิจารณาเฉพาะเงื่อนไขข้อที่ 1 และข้อที่ 2 เท่านั้น สำหรับเงื่อนไขในข้อที่ 3 เป็นเงื่อนไขที่ได้ถูกกำหนดขึ้นมาครั้งแรกในคดี Bronner

2.1.5 เปรียบเทียบการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป

หากเปรียบเทียบการบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปจะเห็นได้ว่า หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาคือเป็นข้อยกเว้นของหลักการทั่วไปที่ว่าผู้ประกอบการไม่มีหน้าที่ในการติดต่อ หรือทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการรายอื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ประกอบการแต่ละรายมีสิทธิในการเลือกคู่ค้าของตน อย่างไรก็ตามในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในการเข้าทำธุรกรรมบางอย่างกับผู้ประกอบการรายอื่น เนื่องจากหาวิธีอื่นไม่ทำธุรกรรมดังกล่าวจะกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

อย่างไรก็ตามหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในสหภาพยุโรปมีความแตกต่างจากหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice) ได้พัฒนา Duty to deal และหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นเป็นหลักการทั่วไป หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปจึงแตกต่างจากหลักสิ่งอำนวยความสะดวกทั่วไปของสหรัฐอเมริกา¹⁰

โดยหลักแล้วการที่ผู้ประกอบการที่ได้สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกใดๆ ขึ้นมาเพื่อใช้ในกิจการของตนมีสิทธิที่จะสงวนสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นไว้ใช้ในกิจการของตนเท่านั้นเป็นสิ่งที่ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขัน เนื่องจากหากปรากฏว่าสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวสามารถส่งเสริมความสามารถในการแข่งขันให้แก่ผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของได้ผู้ประกอบการรายอื่นย่อมต้องพยายามสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกของตน หรือพัฒนาวิธีในการดำเนินธุรกิจของตนอันเป็นการผลักดันให้เกิดการแข่งขันในตลาด

2.2 การกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation)

ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ผู้ประกอบการแต่ละรายควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจากภาครัฐ และควรอยู่ภายใต้เงื่อนไขทางกฎหมาย และการกำกับดูแลอย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามในหากพิจารณาจากหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นจะพบว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นเป็นการกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมแก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโดยให้มีหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตนซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด และครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆ¹¹

¹⁰ Vassilis Hatzopoulos. *The EU essential facilities doctrine*. LL.M, University of Michigan

¹¹ Marc Bourreau. *Regulation and Innovation in the Telecommunication Industry*. [Online] Available from <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308596100000872> [2013, October 9]

การกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการหนึ่งในหลาย ๆ ประเทศมีการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกัน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 1996 (Telecommunication Act 1996) ได้มีปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายของตน เช่น ในคดี MCI Communication ศาลได้ปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับบริษัท AT&T โดยบังคับให้บริษัท AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโทรคมนาคมต้องให้บริษัท MCI เชื่อมต่อกับโครงข่ายโทรคมนาคมของตน จากการปรับใช้หลักดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าหน้าที่ของผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคมแต่ละรายไม่เท่ากัน ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 1996 (Telecommunication Act 1996) พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น โดยเฉพาะหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายกับโครงข่ายโทรคมนาคมของตน จึงกล่าวได้ว่าการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยมีลักษณะของการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation)

สหภาพยุโรปโดยกฎหมายเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมของสหภาพยุโรปได้มีลักษณะของการกำกับดูแลที่ไม่เท่าเทียมกัน ในระหว่างผู้ประกอบการโทรคมนาคม เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยปรากฏใน Interconnection and Access Directive เช่น การกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญ (Significant Market Power :SMP) มีหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมของตน และรวมถึงอุปกรณ์โทรคมนาคมต่างๆด้วย โดยแนวความคิดในเรื่องการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกันนี้มาจากแนวความคิดที่ว่า

ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นผู้ประกอบการที่มีอิทธิพลต่อตลาด และอาจกระทำการอันเป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้า หรือทำลายการแข่งขันจึงต้องมีการกำกับดูแลผู้ประกอบการบางกลุ่มมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น เช่น ในกรณีของบริษัท AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อมีการเปิดตลาดโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรากฏว่าบริษัท AT&T ได้มีพฤติกรรมในการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาดตลอดจนการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการประกอบกิจการโทรคมนาคม ดังนั้นจึงมีการฟ้องบริษัท AT&T เป็นจำเลยในหลายๆคดี และศาลได้บังคับใช้มาตรการต่างๆกับบริษัท AT&T ซึ่งรวมถึงการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นด้วย ต่อมาเมื่อมีการออกพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 1997 (Telecommunication Act 1997) ก็ได้มีการกำหนดหน้าที่ของบริษัท AT&T มากกว่าผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคมอื่นๆ เป็นต้น

หากพิจารณาถึงแนวความคิดที่สนับสนุนให้มีการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) ในเรื่องการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจะพบว่าผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมจะเชื่อมต่อโครงข่ายระหว่างกันด้วยความสมัครใจก็ต่อเมื่อผู้ประกอบการนั้นไม่ได้เป็นคู่แข่งทางการค้ากัน ทั้งนี้เนื่องจากผู้ประกอบการต่างรู้ดีว่าการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างกันจะเพิ่มขีดความสามารถในการให้บริการ โดยจะทำให้สามารถให้บริการลูกค้าได้กว้างขวางขึ้น¹²

อย่างไรก็ตามสำหรับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดย่อมมีแรงจูงใจน้อยในการเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ประกอบการรายอื่นเนื่องจากตนเองมีฐานลูกค้า และ

¹² World Bank. Telecommunications Handbook. [Online] Available from <http://www.infodev.org/articles/10th-anniversary-telecommunications-regulation-handbook> [2013] [2013 October 9]

ขอบเขตการให้บริการที่กว้างขวางอยู่แล้ว ดังนั้นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจึงมีแนวโน้มที่จะจำกัดการแข่งขันโดยการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมของตน หรือการกำหนดราคาการเชื่อมต่อโครงข่ายในอัตราที่ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถแข่งขันได้ หรือการให้บริการการเชื่อมต่อโครงข่ายที่มีคุณภาพต่ำกว่าการให้บริการตนเอง หรือบริษัทในเครือของตน จากเหตุผลดังกล่าวการกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจึงมีความสำคัญอย่างมากในการส่งเสริมให้มีการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม

การกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมนั้นสามารถกำกับกับดูแลแบบเท่าเทียมกัน (Symmetric Regulation) ซึ่งเป็นการกำกับดูแลผู้ประกอบการทุกรายอย่างเท่าเทียม ไม่มีการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการบางกลุ่มเป็นการเฉพาะ หรืออาจเป็นการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) ซึ่งเป็นการกำกับดูแลที่มีการกำหนดหน้าที่ระหว่างผู้ประกอบการที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) เป็นการกำกับดูแลที่มีการใช้อย่างกว้างขวาง โดยประเทศต่างมักใช้การกำกับดูแลแบบฉบับนี้เพื่อกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นทั่วไป เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา และแคนาดาที่มีการกำหนดหน้าที่ทั่วไปแก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคม (Telecommunication Carrier) และมีการกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมแก่ผู้ประกอบการที่เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Incumbent)¹³

หากพิจารณาหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และการกำกับดูแลอย่างเท่าเทียมกันจะพบว่ามีจุดเชื่อมโยงกัน กล่าวคือหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นได้

¹³ibid, p.121-122

กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นอันสะท้อนให้เห็นถึงการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่ไม่เท่าเทียมกันนั่นเอง

อย่างไรก็ตามมีประเด็นที่จำเป็นต้องพิจารณาประกอบการบังคับใช้มาตรการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกันคือ การกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นนั้นแม้จะเป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมได้ง่ายขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็อาจทำลายแรงจูงใจของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในการพัฒนา หรือคิดค้นเทคโนโลยีด้วยเช่นกัน จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงความจำเป็นในการใช้การกำกับดูแลแบบในลักษณะดังกล่าว การกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกันอาจมีความจำเป็นต่อการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมในช่วงที่มีการเปลี่ยนผ่านจากตลาดโทรคมนาคมที่มีการผูกขาดมาเป็นตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเสรี เนื่องจากผู้ประกอบการรายเดิมที่มีอำนาจผูกขาดย่อมได้เปรียบผู้ประกอบการรายใหม่ที่กำลังจะเข้าสู่ตลาดอย่างมาก อย่างไรก็ตามเมื่อพ้นช่วงเปลี่ยนผ่านดังกล่าวแล้วเมื่อตลาดโทรคมนาคมมีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการแล้วการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) ก็อาจไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป

บทที่ 3

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นและการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม

กิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการประเภทหนึ่งที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ เนื่องจากการประกอบกิจการโทรคมนาคมต้องใช้ต้นทุนมหาศาล เป็นกิจการที่ต้องมีการลงทุนขนาดใหญ่ ใช้เงินลงทุนสูง และต้องทำการผลิตขนาดใหญ่เพื่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาด กล่าวคือต้นทุนต่อหน่วยลดลง การปล่อยให้เป็นผู้ผลิตหลายรายโดยแต่ละรายผลิตในปริมาณที่ต่ำย่อมเกิดปัญหาการประกอบการไม่ถึงจุดคุ้มทุนแก่ผู้ประกอบการแต่ละราย แม้การผูกขาดโดยธรรมชาติจะเกิดในกรณีที่มีการผลิตขนาดใหญ่โดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวจะก่อให้เกิดต้นทุนที่ต่ำที่สุดก็ตาม หากไม่มีการกำกับดูแลโดยภาครัฐผู้ประกอบการที่มีอาจผูกขาดก็อาจลดปริมาณการผลิต และขึ้นราคาสินค้าหรือบริการตามอำเภอใจดังนั้นรัฐจึงต้องเข้ามากำกับดูแลกิจการประเภทนี้

ในยุคแรกของการประกอบกิจการโทรคมนาคมเกือบทุกประเทศในโลกอยู่ภายใต้การผูกขาดทางการค้า เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกากิจการโทรคมนาคมถูกผูกขาดโดยบริษัท AT&Tโดยเชื่อว่าการให้บริการโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวจะมีประสิทธิภาพมากที่สุด และให้บางประเทศรัฐเป็นผู้ผูกขาดในการดำเนินกิจการโทรคมนาคมโดยรัฐบาลจะเป็นผู้ผูกขาดเป็นเจ้าของ และผู้ให้บริการในกิจการโทรคมนาคม ในรูปแบบของหน่วยงานของรัฐ หรือในรูปแบบของรัฐวิสาหกิจ เช่น ในประเทศอังกฤษก่อนที่จะมีการแปรรูปกิจการโทรคมนาคมจากกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐเป็นกิจการที่ประกอบการโดยภาคเอกชน (Privatization) การประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่ภายใต้การดำเนินการของกระทรวงไปรษณีย์ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียวในการ

ให้บริการไปรษณีย์ และโทรคมนาคม โดยการที่รัฐเป็นผู้ผูกขาดในกิจการโทรคมนาคม มีเหตุผลสำคัญดังนี้

(1) เป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดธรรมชาติซึ่งเชื่อว่ารัฐเท่านั้นที่จะเข้ามาดูแลให้บริการแก่ประชาชนอย่างทั่วถึง และในราคาที่เป็นธรรม

(2) เป็นโครงสร้างพื้นฐานที่กระทบโดยตรงต่อความมั่นคงของประเทศ อย่างไรก็ตาม ต่อมาทั่วโลกได้มีแนวคิดในการเปิดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยการเปิดเสรีโทรคมนาคมเริ่มต้นในช่วงต้นทศวรรษ 1980 ประเทศต่างๆ เช่น อังกฤษ นิวซีแลนด์ ญี่ปุ่น ซิลิ แม็กซิโก ฯลฯ โดยเริ่มมีแนวคิดที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจในหลายสาขาหลายกิจการ รวมถึงกิจการโทรคมนาคมขึ้น อันเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญและเป็นรากฐานของการเปิดเสรีต่อมา โดยสาเหตุในการเปิดเสรีโทรคมนาคมนั้นมีสาเหตุที่สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวหลายประการดังนี้

(1) เกิดความล้มเหลวของการให้บริการ ซึ่งรวมถึงความไม่เพียงพอ ไม่ครอบคลุมทั่วประเทศ คุณภาพไม่ได้มาตรฐานและไม่สามารถเป็นที่พึ่งพาได้

(2) ขาดประสิทธิภาพและไม่ดูแลเอาใจใส่ต่อประชาชนผู้บริโภคเท่าที่ควร ไม่สามารถพัฒนาทันความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เนื่องจากขาดเงินทุนที่เพียงพอในการปรับปรุงและขยายบริการ

(3) ราคาบริการอยู่ในระดับสูง เนื่องจากไม่สามารถพัฒนาบริการด้วยเทคโนโลยีที่ทันสมัย มีประสิทธิภาพและสมรรถนะที่สูงกว่า

(4) อีกทั้งเงื่อนไขความมั่นคงของทั้งชาติ และการผูกขาดโดยธรรมชาติในบางสาขา บางกิจการ เริ่มถูกทำลายลงโดยเทคโนโลยี เช่น เทคโนโลยีใหม่ๆสามารถทำให้โครงข่ายที่ให้บริการหนึ่งๆสามารถนำไปให้บริการอีกบริการหนึ่งได้ไม่ยาก จึงทำให้เกิดการแข่งขันง่ายขึ้น

นอกจากนี้องค์การการค้าโลก (World Trade Organization :WTO) ก็ส่งเสริมให้มีการเปิดเสรีในตลาดการค้าบริการซึ่งรวมถึงการเปิดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย ประเทศต่างๆที่เป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจึงมีพันธกรณีในการเปิดเสรีการค้าบริการในกิจการโทรคมนาคม

เมื่อมีการเปิดเสรีโทรคมนาคมแล้วโดยหลักผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคมจะต้องสามารถแข่งขันกันได้อย่างเสรี และผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมต้องสามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่าย อย่างไรก็ตามเนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีลักษณะพิเศษกว่ากิจการอื่นๆ โดยลักษณะของกิจการโทรคมนาคมนั้นสร้างความได้เปรียบให้แก่ผู้ประกอบการรายเดิมเป็นอย่างมาก และก่อให้เกิดอุปสรรคแก่ผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดเนื่องจากผู้ประกอบการรายเดิมนอกจากจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่เดิมแล้ว ยังมักเป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น เช่น โครงข่ายโทรคมนาคม ดังนั้นโดยทั่วไปผู้ประกอบการรายใหม่มีความจำเป็นในเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นหรือโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นเหล่านี้เพื่อที่จะสามารถเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมและแข่งขันกับผู้ประกอบการรายเดิมได้¹ ดังนั้นรัฐบาลในประเทศต่างๆจึงต้องมีมาตรการเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว

สิ่งอำนวยความสะดวกที่จะเป็นตามคำนิยามขององค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งปรากฏในเอกสารอ้างอิงของความตกลงขององค์การการค้าโลกว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ในเอกสารอ้างอิง (Reference Paper) ว่าสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

¹สถาบันการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. นโยบายการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม Competition Policy in Telecommunication. กรุงเทพฯ: แอ็บีป่า ฟรินติง กรุ๊ป, 2552 หน้า 17

(Essential Facility) หมายความว่า² โครงสร้างพื้นฐานที่เป็นโครงข่ายสำหรับการขนส่ง สัญญาณของบริการโทรคมนาคมสาธารณะซึ่ง

- (1) มีผู้ให้บริการเพียงรายเดียวหรือน้อยรายโดยผู้ให้บริการมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาด และ
- (2) ไม่สามารถทดแทนได้ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือเหตุผลทางเทคนิค

ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายโทรคมนาคม (Telecommunication Act 1996) ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการทั้งหลายจัดให้มีการเข้าถึงและมีการเชื่อมต่อระหว่างกัน ทั้งทางตรงหรือทางอ้อม นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาในคดีต่างๆที่ตัดสินถึงกรณีการ ปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นอีกด้วยโดยจาก แนวคำพิพากษากฎหมายจะพิสูจน์ว่าจำเลยมีพฤติกรรมปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่น เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ดังต่อไปนี้

- (1) จำเลยเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด และเป็นผู้มีอำนาจควบคุมเหนือ สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้น
- (2) ผู้ประกอบการรายอื่นไม่อาจสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นขึ้นใหม่โดยอาศัย ทรัพยากรและค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล
- (3) จำเลยได้ปฏิเสธที่จะให้ผู้ประกอบการแข่งขันเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวก ดังกล่าว
- (4) จำเลยสามารถจัดให้มีการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวได้

จึงอาจกล่าวได้ว่าการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมถือเป็นกลไกหนึ่งที่มีความสำคัญในการสนับสนุนให้มีการเปิดเสรี และมีการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม โดยประเทศต่างๆได้มีมาตรการบังคับให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่าง

² World Trade Organization, Annex on Telecommunication (GATS), para 1

ผู้ประกอบการโดยผ่านกลไกทางกฎหมายต่างๆ เช่น การบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และการกำหนดให้หน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม โดยเงื่อนไขในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมนั้นแตกต่างกันไปในแต่ละยุค และในแต่ละประเทศ ดังปรากฏในพัฒนาการของกิจการโทรคมนาคมของประเทศต่างๆ โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยได้ศึกษาตัวอย่างของกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป

3.1 การประกอบกิจการโทรคมนาคม และการบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในบริบทของการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 ประวัติความเป็นมาของกิจการโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกา

กิจการโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกพัฒนาขึ้นมาภายใต้สภาพแวดล้อมของการผูกขาดเช่นเดียวกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศอื่นๆ และดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้วว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดธรรมชาติ (Natural Monopoly) กล่าวคือในช่วงเริ่มต้นประกอบการจะมีต้นทุนคงที่จำนวนมหาศาล เช่น ต้นทุนในการวางโครงข่ายโทรคมนาคมในพื้นที่ต่างๆของประเทศ และต้นทุนในการจัดหาอุปกรณ์โทรคมนาคม อย่างไรก็ตามต้นทุนในส่วนที่เพิ่มขึ้นนั้นมีจำนวนต่ำ (High Fixed Cost and Low Marginal Cost) ดังนั้นต้นทุนที่สำคัญในการประกอบกิจการโทรคมนาคมคือต้นทุนในช่วงเริ่มประกอบกิจการโทรคมนาคมนั่นเอง สำหรับกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาในยุคเริ่มแรกของการประกอบกิจการโทรคมนาคมนั้นบริษัท American Telephone

and Telegraph หรือบริษัท AT&T เป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในตลาดโทรคมนาคมของประเทศ กล่าวคือเป็นผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคมเพียงรายเดียวในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งในยุคนั้นเนื่องจากมีข้อจำกัดด้านเทคโนโลยี และต้นทุนในการประกอบการดังนั้นการประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวจึงดีกว่าการประกอบการโดยผู้ประกอบการหลายรายซึ่งจะสิ้นเปลืองมากกว่า นอกจากนั้นผู้ประกอบการแต่ละรายยังต้องใช้ทุนในการประกอบการจำนวนมากมหาศาลในขณะที่ได้ผลตอบแทนอาจไม่คุ้มค่ากับการลงทุน³

AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายแรก และเป็นผู้ครอบครองตลาดโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างผูกขาดนั้นมีอิทธิพลอย่างมากในอุตสาหกรรมโทรคมนาคม โดย AT&T นอกจากจะเป็นผู้ผูกขาดตลาดโทรคมนาคมแล้วยังเป็นผู้ถือครองสิทธิบัตรระบบโทรศัพท์อีกด้วย โดยบริษัท AT&T ได้ซื้อสิทธิบัตรระบบโทรศัพท์เบลล์ (the Bell System) และได้จัดตั้งบริษัทลูกชื่อ The Bell Company ขึ้นมาเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับระบบโทรศัพท์ดังกล่าว ซึ่งการถือสิทธิบัตรระบบโทรศัพท์นี้ยิ่งเป็นการส่งเสริมให้ AT&T เป็นผู้ประกอบการผูกขาดในอุตสาหกรรมโทรคมนาคม และเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมได้ โดยตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นผู้ถือสิทธิบัตรการประดิษฐ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการใช้สิทธิบัตรดังกล่าวได้ในระยะเวลา 20 ปี ดังนั้นในระยะเวลา 20 ปีดังกล่าว The Bell Company จึงเป็นผู้ประกอบการแต่เพียงผู้เดียวที่สามารถใช้ระบบโทรศัพท์ดังกล่าวได้ ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถที่จะสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมภายใต้ระบบเบลล์ได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของ

³ พรเพ็ญ อินทร์ไทยวงศ์. กฎเกณฑ์การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เหมาะสมกับตลาดโทรคมนาคมในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545., หน้า 78

สิทธิบัตร หากผู้ประกอบการรายอื่นสร้าง หรือทำซ้ำซึ่งระบบโทรศัพท์ดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของ The Bell Company⁴

นอกจากนั้นในยุคแรกของการประกอบกิจการโทรคมนาคมไม่มีบทบัญญัติ หรือข้อกำหนดใดที่กำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการในการต้องยินยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อ ได้เข้าถึง หรือได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตน AT&T จึงไม่จำเป็นต้องให้ผู้ประกอบการรายอื่นเชื่อมต่อ ได้เข้าถึง หรือได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตน และหากผู้ประกอบการรายใดทำการสร้างระบบโทรศัพท์ หรือโครงข่ายโทรคมนาคม AT&T ก็จะทำเนคตึละเมิดสิทธิบัตรแก่ผู้ประกอบการรายนั้น ดังปรากฏว่าในช่วงระยะเวลา 20 ปี ตามระยะเวลาคุ้มครองของกฎหมายสิทธิบัตร บริษัท AT&T ได้ดำเนินการฟ้องคดีแก่ผู้ประกอบการรายอื่นกว่า 600 คดี⁵ ดังนั้นการถือสิทธิบัตรการประดิษฐ์ระบบโทรศัพท์ของ The Bell Company จึงเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมโดยปริยาย และเมื่อพ้นช่วงเวลาการคุ้มครอง 20 ปีตามกฎหมายสิทธิบัตร AT&T โดย The Bell Company ก็ได้สร้างโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกว่าครึ่งประเทศแล้ว ผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมเพื่อแข่งขันกับ AT&T ย่อมไม่สามารถสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมของตนให้ครอบคลุมเท่ากับ AT&T ได้ในระยะเวลาอันสั้น

ในปี 1934 ได้มีการออกพระราชบัญญัติการสื่อสาร (Communication Act 1934) โดยผู้ร่างพระราชบัญญัติการสื่อสารนี้เชื่อว่ากิจการโทรศัพท์เป็นกิจการที่มีการผูกขาดธรรมชาติ ดังนั้นหากกิจการประเภทนี้ดำเนินการโดยผู้ประกอบการรายเดียว จะมีประสิทธิภาพมากที่สุด นอกจากนั้นพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ก่อตั้ง Federal

⁴ Ian Walden. *Telecommunications Law and Regulation*. United States: Oxford University Press, 2009, pp.213

⁵ พรเพ็ญ อินทร์ไทยวงศ์. กฎเกณฑ์การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เหมาะสมกับตลาดโทรคมนาคมในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545., หน้า 82

Communication Commission หรือ FCC ซึ่งเป็นองค์กรที่กำกับดูแลด้านการสื่อสาร เป็นองค์กรแรกของสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตามแม้จะมีการตั้ง FCC ขึ้นมาเป็นองค์กรกำกับดูแลด้านการสื่อสารแล้วก็ตาม AT&T ยังคงเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดตลาดโทรคมนาคมอยู่โดย FCC อนุญาตให้ AT&T เป็นผู้ประกอบการผูกขาดในกิจการโทรคมนาคมเพื่อรักษาไว้ซึ่งการให้บริการโทรคมนาคมทั่วประเทศที่รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพในอัตราค่าบริการที่สมเหตุสมผล⁶

อย่างไรก็ตามการผูกขาดธรรมชาติของ AT&T ได้ถูกท้าทายโดยองค์กรตุลาการ และสภา คองเกรส โดยศาล และสภาคองเกรสได้พยายามทำให้เกิดการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมอย่างเป็นทางการเป็นขั้นตอนดังนี้

- (1) การส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมทางไกล
(Introduction of competition into the long-distance market)
- (2) การแตกบริษัทประกอบการเบลล์ (The Divestiture of the Bell Operating Company) จาก AT&T
- (3) การส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมท้องถิ่น
(Introduction of competition into local exchange market)

การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในการประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกาคือเมื่อบริษัท Microwave Communication Incorporated หรือบริษัท MCI ได้ขออนุญาต FCC การประกอบกิจการโทรคมนาคม โดย MCI ได้รับอนุญาตจาก FCC ให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในปี 1971 โดย MCI เป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ให้บริการโทรศัพท์ทางไกล อย่างไรก็ตามดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบการรายแรกในกิจการโทรคมนาคมของประเทศ

⁶ Ian Walden. *Telecommunications Law and Regulation*. United States: Oxford University Press, 2009,

สหรัฐอเมริกาและเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดตลาดโทรคมนาคมโดยมีโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของตนอยู่ทั่วประเทศได้พยายามกีดกันไม่ให้บริษัท MCI สามารถเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมได้ MCI ได้พยายามเจรจากับ AT&T เพื่อขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายท้องถิ่นของ AT&T และเนื่องจากในยุคนั้นไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อ ได้เข้า หรือได้เข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมของตน AT&T จึงปฏิเสธ และขัดขวางไม่ให้ MCI ได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเข้ากับโครงข่ายท้องถิ่น (Local Loop) ของตน การเจรจาขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่าง MCI และ AT&T จึงไม่ประสบความสำเร็จ และส่งผลให้ MCI ประสบปัญหาในการประกอบการโทรคมนาคมอย่างมากเนื่องจากไม่สามารถเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนเข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของ AT&T ได้ ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวได้นำไปสู่การฟ้องร้องว่า AT&T ได้ ละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า⁷ โดยรายละเอียดของคดี และคำพิพากษา ผู้วิจัยจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

นอกจากบริษัท MCI ได้ยื่นฟ้อง AT&T ว่าได้กระทำการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าแล้ว The Department of Justice หรือกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาได้ยื่นฟ้องบริษัท AT&T ว่าได้กระทำการผูกขาดในตลาดโทรคมนาคมเช่นกันซึ่งผลจากการฟ้องคดีดังกล่าวส่งผลต่อการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกา โดยบริษัท AT&T ต้องแยกบริษัทประกอบการเบลล์ (The Bell Operating Companies) ออกไป นอกจากนั้นยังต้องยินยอมให้ผู้ประกอบการโทรคมนาคมทางไกลเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของตนอย่างไม่เลือกปฏิบัติ กล่าวคือได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมภายใต้

⁷ Ibid, pp. 215-217

เงื่อนไขที่เท่าเทียมกันกับ AT&T ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้สามารถเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมได้

นอกจากนั้น หลังจากคดีดังกล่าว AT&T ในฐานะผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโทรคมนาคม (Common Carrier) ได้ถูกควบคุมโดยรัฐทั้งด้านราคาค่าบริการ ตลอดจนการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมของ AT&T ด้วย ซึ่งการควบคุม หรือการกำกับดูแลดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างจากผู้ประกอบการรายอื่น กล่าวคือเป็นการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน หรือ Asymmetrical Regulation นั้นเอง^๘

3.1.2 การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกา

หน้าที่ในเชื่อมต่อโครงข่ายนั้นเป็นหน้าที่ตามพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 หรือ Telecommunication Act 1996 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคม และลดการกำกับดูแลเพื่อให้อัตราค่าบริการอยู่ในอัตราที่ต่ำ และมีคุณภาพการให้บริการที่สูงขึ้น รวมทั้งส่งเสริมให้เทคโนโลยีด้านโทรคมนาคมพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว (To promote competition and reduce regulation in order to secure lower price and higher quality services for American Telecommunications consumers and encourage the rapid deployment of new telecommunications technologies) โดยกฎหมายเห็นว่าการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการเป็นสิ่งจำเป็นต่อการประกอบกิจการโทรคมนาคม และเนื่องจากพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 ได้เกิดขึ้นในช่วงที่รัฐสนับสนุนให้มีการแข่งขันอย่างเสรีในกิจการโทรคมนาคม โดยรัฐได้เริ่มเข้ามากำกับดูแลพฤติกรรมในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของผู้ประกอบการที่

^๘ พรเพ็ญ อินทร์ไทยวงศ์. กฎเกณฑ์การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เหมาะสมกับตลาดโทรคมนาคมในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545., หน้า 82

มีอำนาจเหนือตลาดโทรคมนาคมซึ่งผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโทรคมนาคม ในยุคนั้นคือบริษัท AT&T ดังนั้นพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 มาตรา 251 จึงได้ กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (Incumbent Local Exchange Carrier) ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่าย ของตนเมื่อได้รับการร้องขอจากผู้ประกอบการรายอื่น และต้องให้บริการแก่ ผู้ประกอบการรายอื่นในคุณภาพที่เท่ากับตนเอง หรือให้บริการแก่บริษัทในเครือของตน นอกจากนี้ยังต้องให้บริการในอัตราที่เป็นธรรม สมเหตุสมผล และไม่เลือกปฏิบัติ

นอกจากนี้พระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการที่มี อำนาจเหนือตลาดต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงอุปกรณ์ของโครงข่าย โทรคมนาคมของตนอย่างไม่เลือกปฏิบัติ บนพื้นฐานของ Unbundle Basis กล่าวคือ เป็นการคิดอัตราค่าบริการโดยการจำแนกต้นทุนในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ตามที่แท้จริงโดยจะแยกโครงข่ายโทรคมนาคมออกเป็นส่วนประกอบต่างๆ และเก็บ อัตราค่าบริการตามส่วนที่ได้มีการใช้จริง

3.1.3. การบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อ โครงข่ายโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.3.1 คดี MCI ศาลปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับ การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม

คดีสำคัญที่มีการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับกรณี การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมคือคดี MCI Communication ซึ่งเป็นกรณีพิพาท เรื่องการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของบริษัท MCI เข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคม ท้องถิ่นของบริษัท AT&T ซึ่งศาลได้นำหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาปรับใช้ โดยศาลเห็นว่าโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น หรือ

Essential Facility ซึ่ง AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด และเป็นผู้ครอบครองโครงข่ายโทรคมนาคมดังกล่าวจะต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึง และได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของตนโดยคดี MCI เป็นคดีที่ตัดสินก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 หรือ Telecommunication Act 1996 ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจำต้องให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเข้ากับโครงข่ายของตน และต้องให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงอุปกรณ์โครงข่ายโทรคมนาคมของตนด้วย โดยมีรายละเอียดดังนี้

MCI เป็นผู้ให้บริการโทรคมนาคมโดยในปี 1971 MCI ได้รับอนุญาตจาก FCC ให้ประกอบกิจการโทรศัพท์ทางไกล อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบกับ AT&T MCI ถือเป็นผู้ประกอบการที่เพิ่งเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคม ในการให้บริการแก่ลูกค้า MCI จำเป็นต้องเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนเข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของ AT&T ที่มีอยู่ทั่วประเทศ

MCI ได้พยายามเจรจากับ AT&T เพื่อขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนเข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของ AT&T อย่างไรก็ตามการเจรจาไม่ประสบความสำเร็จ MCI จึงยื่นฟ้อง AT&T หลายคดีรวมถึงการฟ้องว่า AT&T กระทำการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยปฏิเสธไม่ให้ MCI เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอย่างไม่เป็นธรรมทำให้ MCI ไม่สามารถให้บริการลูกค้าของตนได้

คดีนี้ได้ตัดสินโดยคณะลูกขุนซึ่งคณะลูกขุนได้ตัดสินว่าการที่ AT&T ปฏิเสธไม่ให้ MCI เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของตนนั้นเป็นการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดย AT&T ในฐานะผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่ตามหลัก Essential Facility ในการให้

ผู้ประกอบกรรายอื่นได้เข้าถึง หรือเข้าใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตน โดยเงื่อนไขในการปรับใช้หลัก Essential Facility คือ

- (1) AT&T มีอำนาจควบคุมสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นที่ MCI ต้องการเชื่อมต่ออย่างสมบูรณ์
- (2) อาจจะเป็นไปไม่ได้ในเชิงเศรษฐกิจสำหรับ MCI ที่จะสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นอย่างเดียวกันขึ้นมาได้อีก
- (3) AT&T ปฏิเสธไม่ให้ MCI เชื่อมต่อสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ทั้งที่สามารถจะดำเนินการให้ได้
- (4) การปฏิเสธไม่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายของ AT&T ไม่ปรากฏว่ามีเหตุผลทางธุรกิจหรือเหตุผลทางเทคนิคที่ขอบด้วยกฎหมาย

ศาลได้พิจารณาโดยอ้างถึงคดี Terminal Railroad Association และคดี Otter Tail โดยในคดี Otter Tail เป็นคดีที่ผู้ประกอบกรได้รับอนุญาตให้ผลิตไฟฟ้าที่มีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธไม่ขายส่งไฟฟ้าให้แก่เทศบาลซึ่งจะนำไฟฟ้างดกลงไปขายปลีกให้แก่ผู้ใช้ไฟฟ้า โดยศาลตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ขายไฟฟ้าให้แก่เทศบาลนั้นเป็นการละเมิดมาตรา 2 แห่ง Sherman Act เนื่องจากผู้ประกอบกรที่มีอำนาจเหนือตลาดขายส่งไฟฟ้า (Transmission) ต้องการใช้อำนาจเหนือตลาดของตนในการกีดกันผู้ประกอบกรรายอื่นในตลาดการขายปลีกไฟฟ้า (Retail distribution) โดยศาลได้เปรียบเทียบคดี Otter Tail กับคดี MCI โดยเห็นว่า AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบกรที่มีอำนาจเหนือตลาดโทรคมนาคมท้องถิ่นมีอำนาจในการควบคุมสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ ในกิจการโทรคมนาคมท้องถิ่น ซึ่งโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นนี้เป็นสิ่งจำเป็นในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของ MCI โดยบริษัท MCI ไม่สามารถสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นได้ โดยเมื่อพิจารณาถึงเทคโนโลยีที่มีในขณะนั้นการสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นเพิ่มเป็นการ

สิ้นเปลืองทางเศรษฐกิจดังนั้นโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นจึงเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

นอกจากนั้น AT&T ยังไม่มีเหตุผลทางธุรกิจที่ชอบธรรมในการปฏิเสธไม่ให้ MCI เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของตน การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า

ศาลอุทธรณ์พิจารณาเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว จึงมีคำสั่งให้ AT&T จัดให้ MCI เชื่อมต่อโครงข่ายสัญญาณตามที่จำเป็นเพื่อที่จะให้บริการโทรศัพท์ทางไกลภายใต้หลักการสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น⁹

3.1.3.2 ศาลปฏิเสธการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 1996

สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เกิดขึ้นภายหลังการบังคับใช้พระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 และมีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับหลัก Essential Facility คือคดีระหว่างบริษัท Verizon และ Trinko โดยมีรายละเอียดดังนี้

Verizon Communications Inc. ซึ่งเป็นผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่มีอำนาจเหนือตลาด(Incumbent Local Exchange Carrier) ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ถูกฟ้องว่าได้กระทำการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดย Verizon ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่ตามพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 (Telecommunication Act 1996) มาตรา 251(c) ในการให้ผู้ประกอบการ

⁹ MCI Communications Corporation v AT&T, 708 F2d 1081 (7th Cir 1983)

รายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมของตน (The duty to provide , for the facilities and equipment of any requesting telecommunication carrier, interconnection with the local exchange carrier's network....)รวมทั้งให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงอุปกรณ์โครงข่ายโทรคมนาคมของตนภายใต้หลัก Unbundled Basis โดยในการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมของ Verizon ผู้ประกอบการรายอื่นจะต้องสามารถเข้าถึงระบบสนับสนุนการปฏิบัติการ หรือ Operations Support Systems (OSS) ของ Verizon ได้

ในปี 1999 ผู้ประกอบการรายอื่นได้ร้องเรียนว่าไม่สามารถเข้าถึงระบบสนับสนุนการปฏิบัติการได้ทำให้ไม่สามารถให้บริการลูกค้าของตนได้ จากการร้องเรียนดังกล่าวหน่วยงานกำกับดูแล คือ Public Service Commission (PSC) และ Federal Communication Commission (FCC) ได้เปิดการสอบสวนในข้อร้องเรียนดังกล่าว และเห็นว่า Verizon กระทำผิดจริงตามที่ถูกร้องเรียนจึงได้ลงโทษปรับแก่ Verizon

ต่อมาสำนักงานกฎหมายในมลรัฐนิวยอร์กชื่อ Trinko ลูกค้าของ AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งของ Verizon ในมลรัฐนิวยอร์กได้ยื่นฟ้อง Verizon ต่อศาลว่า Verizon ได้ให้บริการแก่ลูกค้าของผู้ประกอบการรายอื่นอย่างเลือกปฏิบัติ ซึ่งการกระทำดังกล่าวส่งผลให้ลูกค้าของผู้ประกอบการรายอื่นไม่ต้องการใช้บริการของผู้ประกอบการรายอื่นต่อไป อันเป็นการลดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมท้องถิ่น โดยการฟ้องคดีของ Trinko นี้เป็นการฟ้องภายใต้มาตรา 2 แห่ง Sherman Act และมาตรา 202 (a) แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสาร 1934 (The Communication Act 1934)

ศาลชั้นต้นยกฟ้องโดยตัดสินว่าตามฟ้องของ Trinko ยังฟังไม่ได้ว่า Verizon ได้กระทำการละเมิดมาตรา 2 แห่ง Sherman Act อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ได้กลับคำสั่งยกฟ้องของศาลชั้นต้นรวมทั้งคำฟ้องในส่วนขอขอละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าด้วย

ประเด็นที่ศาลฎีกาตัดสินคือการที่ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นให้รับฟ้องในส่วนขอขอละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นชอบหรือไม่

ศาลฎีกาเห็นว่าในการที่จะวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวศาลจะต้องวินิจฉัยในผลของการบังคับใช้พระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 ก่อนว่าการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีผลต่อหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั่วไปอย่างไร ซึ่งในประเด็นนี้ศาลเห็นว่าพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 ได้กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนอกเหนือไปจากหน้าที่ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั่วไปหลายประการโดยเฉพาะหน้าที่ที่จะต้องให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และได้เข้าถึงอุปกรณ์โครงข่ายโทรคมนาคมตามมาตรา 251 (c)

ศาลเห็นว่าสภาองเกรสได้ออกพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 และได้กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดไว้ อย่างไรก็ตามสภามีได้เจตนาให้การบังคับตามบทบัญญัติเหล่านี้เป็นไปตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า ในทางตรงกันข้ามพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 ได้สร้างหน่วยงานกำกับดูแลเฉพาะขึ้นมาเพื่อบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

เมื่อพิจารณาฟ้องของ Trinko ซึ่งเป็นการฟ้องตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act ซึ่งเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั่วไป ศาลได้พิจารณาถึงหลัก Essential Facility ซึ่งได้รับการปรับใช้ในศาลล่างหลายคดี เช่น คดี Aspen Skiing อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่ากรณีนี้ต่างจากกรณีอื่นๆที่ศาลล่างได้ปรับใช้หลัก

Essential Facility เนื่องจากหน้าที่ในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมนี้เป็นหน้าที่ตามพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 กล่าวคือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายศาลเห็นว่ากรณีนี้ไม่อาจปรับใช้หลัก Essential Facility เหมือนคดีอื่นๆได้ นอกจากนั้นกรณีตามข้อกล่าวหาขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม นอกจากนั้นกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับโทรคมนาคมนี้มีกลไกในการบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 อยู่แล้ว เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดโทรศัพท์ทางไกล โดยหาก Verizon ต้องการเข้าสู่ตลาดโทรศัพท์ทางไกล Verizon จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติต่างๆที่กฎหมายกำหนดสำหรับธุรกิจโทรศัพท์ท้องถิ่นของตนก่อน

นอกจากนั้นการเยียวยาผลจากการละเมิดหน้าที่ตามมาตรา 251 (c) แห่งพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 นั้นเป็นเรื่องยากที่ศาลจะพิจารณาได้เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี และเป็นเรื่องเฉพาะทางที่มีความซับซ้อน และศาลได้อ้างถึงความเห็นของ Professor Areeda ว่าศาลเห็นด้วยกับความเห็นของ Professor Areeda ที่ว่าศาลไม่ควรบังคับใช้หลัก Duty to Deal หากศาลไม่สามารถอธิบาย หรือจัดให้มีการกำกับดูแลที่เพียงพอได้ นอกจากนั้นศาลยังไม่สามารถกำกับดูแลการบังคับตาม Compulsory Access ซึ่งต้องการการกำกับดูแลแบบรายวันได้ หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ขององค์กร หรือหน่วยงานกำกับดูแล ซึ่งศาลเห็นว่าศาลไม่ใช่ผู้ที่จะสามารถบังคับตามหน้าที่ตามมาตรา 251 (c) แห่งพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 อย่างรายวันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ดังนั้นศาลจึงตัดสินว่าคำฟ้องของ Trinko ไม่ใช่กรณีตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act กรณีจึงไม่อยู่ในอำนาจศาล

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การประกอบกิจการโทรคมนาคม นอกจากจะอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับโทรคมนาคม เช่น The

Telecommunication Act 1996 แล้วยังอยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า เช่นเดียวกับการประกอบกิจการประเภทอื่นๆ โดยในทางทฤษฎีแล้วหากผู้ประกอบการโทรคมนาคมกระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า ย่อมเป็นการละเมิดกฎหมายเฉพาะในกิจการโทรคมนาคมที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าด้วย อย่างไรก็ตามในคดี Verizon Communication Inc v Law Offices of Curtis V Trinko, LLP นั้นศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่าโครงสร้างการกำกับดูแลได้ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกัน และเยียวยาเมื่อมีการกระทำที่เป็นการทำลายการแข่งขันในตลาด โทรคมนาคมแล้วดังนั้นจึงไม่นำกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้ กล่าวคือเมื่อมีการกำกับดูแลในกิจการโทรคมนาคมเพื่อป้องกัน และเยียวยาการผูกขาดทางการค้าแล้วจึงไม่นำกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้อีกเนื่องจาก Verizon ซึ่งเป็นผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคมอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ FCC และ New York State PSC และทั้งสองหน่วยงานได้ทำการกำกับดูแลโดยการบังคับใช้กฎหมายกับ Verizon อยู่แล้วซึ่งศาลเห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าจะต้องพิจารณาถึงต้นทุนในการบังคับใช้ด้วย ซึ่งในคดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ซึ่งมีประเด็นทางเทคนิคเกี่ยวข้องด้วย โดยในการพิจารณา Unbundled Network Elements (UNEs) นั้นเป็นสิ่งที่ยากที่ศาลจะกำหนดให้ได้ซึ่งจากคำพิพากษาดังกล่าวสามารถตีความได้ว่าการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับโทรคมนาคมนั้นควรเป็นเรื่องของหน่วยงานกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณา และบังคับใช้กฎหมาย โดยหน่วยงานเกี่ยวกับโทรคมนาคม คือ FCC และ PUC เป็นหน่วยงานกำกับดูแลที่มีความชำนาญมากกว่าศาล

คดี Trinko นี้แม้ว่าจะจะเป็นคดีที่เกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเหมือนดังเช่นคดี MCI ก็ตามอย่างไรก็ตามศาลไม่นำหลัก Essential

Facility หรือหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาปรับใช้ซึ่งจากคำพิพากษา และ เหตุผลของคำพิพากษาที่เขียนโดย Justice Scalia จะเห็นได้ว่าศาลได้ให้นำหนัก กับการกำกับดูแลโดยหน่วยงาน หรือองค์กรเฉพาะที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแล กิจการโทรคมนาคมมากกว่า โดยในคดี MCI นั้นเกิดก่อนที่จะมีการบังคับใช้ พระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษที่กำกับดูแลเกี่ยวกับ กิจการโทรคมนาคมโดยเฉพาะ อีกทั้งยังไม่มีกฎหมายเฉพาะอื่นที่กำหนดหน้าที่ใน การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมดังนั้นศาลในคดี MCI จึงต้องพิจารณาโดยใช้ หลักการทั่วไปของกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยการปรับใช้หลัก Essential Facility ดังนั้นในการพิจารณาคดีดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของ AT&T เข้าองค์ประกอบของหลัก Essential Facility 4 ประการหรือไม่

อย่างไรก็ตามดังที่ Professor Areeda ได้แสดงความเห็นไว้ในบทความ เรื่อง Essential Facilities : An Epithet in need of limiting principle ว่า “ศาลไม่ ควรบังคับใช้หลัก Duty to Deal หากศาลไม่สามารถอธิบาย หรือจัดให้มีการกำกับ ดูแลที่เพียงพอได้ นอกจากนั้นศาลยังไม่สามารถกำกับดูแลการบังคับตาม Compulsory Access ที่ต้องการการกำกับดูแลแบบรายวัน หน้าที่ดังกล่าวเป็น หน้าที่ขององค์กร หรือหน่วยงานกำกับดูแล” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมควรอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรกำกับดูแลที่มีความเชี่ยวชาญ ทางเทคนิคในกิจการโทรคมนาคม และเรื่องการเชื่อมต่อโครงข่าย อีกทั้งต้องเป็น องค์กรที่สามารถกำกับดูแลแบบ day-to-day หรือรายวันได้ ซึ่งศาลไม่อาจทำหน้าที่ ดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงได้มีการนำหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการ รายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ โทรคมนาคม 1996 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ พร้อมกันนี้ได้สร้างองค์กรขึ้นมากำกับ ดูแลเพื่อบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว ดังนั้นภายหลังจากการบังคับใช้

พระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 จึงไม่มีการนำหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาบังคับใช้กับกรณีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม เนื่องจากการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตกอยู่ในบังคับของกฎหมายเฉพาะแล้ว และการพิจารณาเรื่องการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจึงไม่อยู่ภายใต้องค์ประกอบ 4 ประการของหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังเช่นในคดี MCI อีก หากแต่ในการพิจารณาเรื่องการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจะต้องพิจารณาอยู่ในกรอบของพระราชบัญญัติโทรคมนาคม 1996 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ ซึ่งศาลในคดี Trinko ได้ยืนยันในหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน

3.1.4 วิเคราะห์การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกา

การบังคับให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วง คือช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 1996 และช่วงภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 1996

ช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 1996 ศาลได้ปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการ โดยบังคับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจำต้องให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคมของตน เช่นในคดี MCI ศาลได้ปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจำต้องให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งถือเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตน

ต่อมาภายหลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 1996 ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการไว้ ดังนั้นศาลในคดีต่อมาจึงไม่ได้ปรับใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอีกต่อไป แต่ได้อ้างถึงกฎเกณฑ์ และเงื่อนไขตามที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมดังกล่าวดังเช่นกรณีคดี Trinko ศาลฎีกาได้ปฏิเสธการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม โดยได้ให้เหตุผลว่าการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะคือพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมแล้วจึงไม่นำหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาปรับใช้อีก

อย่างไรก็ตามหากพิจารณากฎเกณฑ์ในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมจะพบว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวได้สะท้อนถึงหลักการเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น กล่าวคือได้มีการกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่มากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึง และใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตน อันเป็นลักษณะของสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และมีลักษณะของการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกัน หรือ Asymmetric Regulation ดังที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น

3.2 การประกอบกิจการโทรคมนาคมและการบังคับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในบริบทของการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปเป็นสหภาพทางเศรษฐกิจและการเมือง โดยเสาหลัก หรือหลักการสำคัญในการรวมตัวของกลุ่มประเทศต่าง ๆ นี้มี 3 ประการ (The Three Pillar of the European Union) ดังนี้

- (1) การรวมตัวด้านเศรษฐกิจ (Economic Integration) โดยมีเป้าหมายในการทำให้สหภาพยุโรปเป็นตลาดเดียว (Single Market) โดยให้มีการเคลื่อนที่ปัจจัย 4 ประการอย่างเสรี คือ การเคลื่อนย้ายบุคคล การเคลื่อนย้ายสินค้า การเคลื่อนย้ายบริการ และการเคลื่อนย้ายทุน
- (2) การใช้นโยบายด้านการต่างประเทศ และความมั่นคง (CFSP) และนโยบายด้านความมั่นคงและการป้องกันประเทศร่วมกัน (Common Security and Defense Policy)
- (3) ความร่วมมือด้านกระบวนการยุติธรรมและกิจการภายใน (มหาดไทย) รวมทั้งการตรวจคนเข้าเมือง การปราบปรามอาชญากรรมและยาเสพติด การจัดตั้งกองตำรวจร่วม (Europol) และการดำเนินการร่วมด้านความมั่นคงภายใน เป็นต้น

ในทางเศรษฐกิจซึ่งสหภาพยุโรปต้องการให้เกิดการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีในปัจจัย 4 ประการซึ่งรวมถึงการเคลื่อนย้ายบริการด้วยนั้น เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมถือเป็นบริการอย่างหนึ่งซึ่งจะต้องมีการเคลื่อนย้ายอย่างเสรี และเพื่อให้เป็นไปตามเป้าหมายดังกล่าวสหภาพยุโรปจึงได้ออกกฎหมายต่างๆ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามเป้าหมายที่ตั้งไว้

3.2.1 พัฒนาการของการประกอบกิจการโทรคมนาคมในสหภาพยุโรป

ในอดีต แม้ว่าสหภาพยุโรปจะมีวัตถุประสงค์ในการเปิดการค้าเสรีระหว่างประเทศสมาชิก และให้มีการเคลื่อนย้ายบุคคล สินค้า บริการ และทุนอย่างเสรี ในระหว่างประเทศสมาชิกก็ตาม กิจการโทรคมนาคมในสหภาพยุโรปยังเป็นกิจการที่อยู่ภายใต้การผูกขาด โดยปัจจัยที่สนับสนุนให้กิจการโทรคมนาคมอยู่ภายใต้การผูกขาดคือเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมในยุคนั้นถือเป็นกิจการที่มีลักษณะของการผูกขาดธรรมชาติซึ่งเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์นี้เป็นเหตุผลร่วมกันของประเทศต่างๆในอดีตที่ปล่อยให้กิจการโทรคมนาคมอยู่ภายใต้การผูกขาด นอกจากนี้ยังมีปัจจัยเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะอีกด้วย ดังนั้นกิจการโทรคมนาคมในสหภาพยุโรปถูกพัฒนาขึ้นมาภายใต้การผูกขาดทางการค้าเช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่จะแตกต่างจากกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาคือส่วนใหญ่กิจการโทรคมนาคมในสหภาพยุโรปจะถูกผูกขาดโดยรัฐ รัฐเป็นผู้ดำเนินกิจการโทรคมนาคม เช่น ในประเทศอังกฤษกระทรวงไปรษณีย์ (The Post Office) เป็นหน่วยงานรัฐที่เป็นผู้ดำเนินกิจการโทรคมนาคม เป็นต้น โดยสิ่งที่สนับสนุนให้กิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่ผูกขาดคือลักษณะของกิจการโทรคมนาคมที่โดยลักษณะเป็นกิจการผูกขาดธรรมชาติและกิจการโทรคมนาคมถือเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ประเทศสมาชิกโดยจึงมีสิทธิในการประกอบกิจการดังกล่าว หรือมีสิทธิในการควบคุมการประกอบกิจการดังกล่าวโดยใช้มาตรการเฉพาะ และนอกจากนั้นในอดีตกิจการโทรคมนาคมยังเป็นกิจการที่ไม่ตกอย่างภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าดังเช่นกิจการอื่นๆอีกด้วย

อย่างไรก็ตามต่อมาเมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีด้านโทรคมนาคม และเห็นว่าอาจเป็นให้มีการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมได้เช่นเดียวกับกิจการอื่นๆ สหภาพยุโรปจึงเริ่มมีแนวความคิดที่จะเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคม โดยในปี 1987 ได้เริ่มมีความพยายามในการเปิดเสรีในกิจการโทรคมนาคมอย่างจริงจังโดยให้มีการ

แข่งขันในกิจการโทรคมนาคม ตลาดอุปกรณ์ (Equipment) และการให้บริการโครงข่าย (Network Operation) และเนื่องจากในขณะนั้นมีความพยายามที่จะพัฒนาสหภาพยุโรปให้เป็นสังคมแห่งข้อมูลข่าวสาร (Information Society) จึงมีความจำเป็นในการพัฒนากิจการโทรคมนาคมควบคู่ไปด้วยโดยเห็นว่าการพัฒนาให้สหภาพยุโรปเป็นสังคมแห่งข้อมูลข่าวสารนั้นการพัฒนากิจการโทรคมนาคมมีความสำคัญอย่างมาก ดังนั้นสหภาพยุโรปจึงมีความพยายามในการเปิดเสรีในกิจการโทรคมนาคม โดยมีเป้าหมายที่จะเปิดเสรีในกิจการโทรคมนาคมในวันที่ 1 มกราคม 1998 โดยมีความพยายามนำกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้กับกิจการโทรคมนาคม และกำหนดให้ Commission of the European Communities เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกิจการโทรคมนาคม

พัฒนาการของกิจการโทรคมนาคมในสหภาพยุโรปอาจแบ่งได้เป็น 3 ช่วง ดังนี้¹⁰

- (1) ช่วงแรก (ระหว่างปี 1987-1993) เป็นช่วงที่เริ่มมีการเปิดเสรีโทรคมนาคม โดยมีการเปิดเสรีในส่วนของอุปกรณ์โทรคมนาคม อย่างไรก็ตามยังไม่มี การเปิดเสรีในส่วนของโครงข่ายโทรคมนาคม และโทรศัพท์พื้นฐาน โดย คณะกรรมาธิการแห่งสหภาพยุโรปได้มีความพยายามในการส่งเสริมให้ มีการเปิดเสรีในกิจการโทรคมนาคมอย่างเต็มรูปแบบเพื่อสร้างตลาด เดี่ยว (Single market) ในกิจการโทรคมนาคมจึงได้มีการออก Green Paper of 1987 (Council Resolution of 30 June 1988 on the Development of the Common Market for Telecommunications

¹⁰ Piyabutr Bunaramrueang. Thailand and Its Shortcut towards General Competition in Telecommunications Industry(2007) [Online] Available from:http://works.bepress.com/piyabutr_bunaramrueang/6/[2013, October 9]

Services and Equipment) โดยมีการกำหนดกรอบการเปิดเสรีใน
กิจการโทรคมนาคมในประเด็นต่างๆ อาทิ เช่น¹¹

- ก. รัฐสมาชิกอาจปล่อยให้โครงสร้างพื้นฐานด้านโทรคมนาคมอยู่
ภายใต้การผูกขาดทางการค้าได้
- ข. สำหรับบริการโทรคมนาคมที่รัฐสมาชิกอาจปล่อยให้มีการ
ผูกขาดในบริการโทรคมนาคมได้เฉพาะบริการโทรคมนาคม
เกี่ยวกับโทรศัพท์พื้นฐาน
- ค. รัฐสมาชิกต้องเปิดเสรีในบริการด้านโทรคมนาคมอื่นๆ
- ง. รัฐสมาชิกต้องเปิดเสรีในกิจการโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้อง
Terminal Equipment หรืออุปกรณ์ที่จุดสิ้นสุดของปลายทางใน
การส่งสัญญาณโทรคมนาคม
- จ. รัฐสมาชิกต้องนำกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้กับ
บริการด้านโทรคมนาคม

สำหรับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้นโดยหลักได้
กำหนดไว้ใน Rome Treaty เช่น มาตรา 85 ได้กำหนดพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นสิ่งขัดกับ
หลักเกณฑ์ของตลาดร่วม คือการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการในการกระทำการอัน
อาจกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า เช่น การตั้งราคาซื้อขาย หรือเงื่อนไขในการ
ค้าขาย , การจำกัด หรือควบคุมการผลิต จำกัดการพัฒนาเทคนิคการลงทุน และ
การตลาด , การใช้เงื่อนไขที่เป็นการเลือกปฏิบัติ เป็นต้น นอกจากนั้นมาตรา 86 ยังได้
กำหนดเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดที่ถือเป็นการใช้
อำนาจโดยไม่ชอบ (Abuse of dominant position) เช่น การตั้งราคาซื้อขายที่ไม่เป็น

¹¹Council Resolution of 30 June 1988 on the Development of the Common Market for Telecommunications
Services and Equipment

ธรรม หรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม การจำกัดปริมาณการผลิต ตลาด หรือการพัฒนาเทคนิคการผลิตที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค เป็นต้น ซึ่งต่อมา เมื่อได้มีการบังคับใช้ Treaty Establishing the European Community¹² และต่อมา กลายเป็น Treaty on the Functioning of the European Union¹³ ก็ได้มีการนำ หลักการเรื่องการป้องกันการผูกขาดทางการค้าดังกล่าวมาบัญญัติไว้เช่นกัน

(2) ช่วงที่สอง (1993-2002) เป็นช่วงที่แนวความคิดเรื่องการเปิดเสรีใน กิจกรรมโทรคมนาคมได้รับการยอมรับอย่างเต็มรูปแบบโดย Council of Ministers ได้ตั้งเป้าว่าจะมีการเปิดเสรีโทรคมนาคมอย่างเต็มรูปแบบซึ่ง รวมถึงการเปิดเสรีในการให้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับโทรศัพท์พื้นฐาน และโครงข่ายโทรคมนาคมในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปในวันที่ 1 มกราคม 1998

(3) ช่วงที่ 3 เป็นช่วงที่มีการเปิดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคมอย่าง เต็มรูปแบบโดยได้มีการออกกฎหมายต่างๆ เพื่อกำกับดูแลกิจการ โทรคมนาคมโดยส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเสรี และป้องกันการ ผูกขาดทางการค้า โดยกฎหมายที่มีการออกใหม่มีดังนี้

ก. Directive on the Authorization of Electronic Communication Networks and Services (The Authorization Directive)

ข. Directive on Access to, and Interconnection of, Electronic Communications Network and Services (The Access and Interconnection Directive)

¹²Treaty Establishing the European Community [C 321 E/7]

¹³Treaty on the Functioning of the European Union [C83/47]

- ค. Directive on Universal Service and users' rights relating to Electronic Communications Network and Services (The Universal Services and Users' Rights Directive)
- ง. Directive concerning the processing of personal data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector (The Communication Privacy Directive)

ประเทศต่างๆ ซึ่งเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปได้ทำการเปิดเสรีโทรคมนาคมอย่างเป็นขั้นเป็นตอน เช่นกรณีของประเทศอังกฤษนั้นก่อนที่จะมีการเปิดเสรีโทรคมนาคมรัฐเป็นผู้มีสิทธิขาดในการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยรัฐดำเนินการให้บริการโทรคมนาคมผ่านหน่วยงาน Post Office Telecommunication กิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ผูกขาดโดย BBC และ Independent Broadcasting Authority: IBA ต่อมา British Telecom เป็นผู้ผูกขาดในกิจการโทรคมนาคมในประเทศอังกฤษ

ต่อมาเมื่อประเทศต่างๆ เริ่มในแนวคิดในการเปิดเสรีโทรคมนาคม ประเทศอังกฤษได้เริ่มดำเนินการเปิดเสรีโทรคมนาคมเช่นเดียวกันประเทศอื่นๆ โดยในปี 1984 ได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาประกอบกิจการโทรคมนาคม (The 1984 Telecommunication Act) เพื่อเป็นกรอบในการเปิดเสรีโทรคมนาคม โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ยกเลิกสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียวของ British Telecommunication (BT) ในการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยได้มีการแปรรูป BT ให้เป็นบริษัทเอกชน โดยในปี 1984 หุ้นจำนวนร้อยละ 50.2 ของ BT ได้ถูกขายแก่ภาคเอกชน นอกจากนั้นยังได้จัดตั้งหน่วยงานกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม คือ The Office of Telecommunication: OFTEL

ในช่วงปี 1980-1990 มีผู้ประกอบการเพียงสองรายเท่านั้นที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคม คือ BT และ Mercury

ในช่วงแรกของการประกอบกิจการโทรคมนาคม Mercury ซึ่งเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ต้องใช้ความพยายามอย่างมากในการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคม โดยถูกกีดกันจาก BT รวมถึงการกีดกันการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของ BT โดย Mercury ต้องใช้เวลาถึง 4 ปีหลังจากได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมถึงจะสามารถเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของ BT ได้

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าพัฒนาการในกิจการโทรคมนาคมของอังกฤษในช่วงเปลี่ยนถ่ายจากการประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบผูกขาดมาเป็นกิจการที่มีการแข่งขันอย่างเสรี ผู้ประกอบการรายเดิมซึ่งเป็นผู้ผูกขาดในกิจการดังกล่าวมีความพยายามที่จะกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาดได้โดยง่าย รวมถึงการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมของตน กรณีของ BT อาจเทียบได้กับการกระทำของ AT&T ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่พยายามกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาดโทรคมนาคม รวมถึงการใช้วิธีปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมด้วย

กรณีของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาแตกต่างจากกรณีของประเทศไทยอย่างชัดเจน สภาพในช่วงที่มีการเปลี่ยนถ่ายจากกิจการที่มีการผูกขาดมาเป็นกิจการที่มีการแข่งขัน กรณีของประเทศไทยไม่ปรากฏการกีดกันของผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดดังเช่นเกิดกับประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ

3.2.2 การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการ เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของสหภาพยุโรป

จากคดี Bronner แม้จะไม่ใช่คดีที่ปรับใช้หลัก Essential Facility กับ
กิจการโทรคมนาคมโดยตรงแต่ก็สามารถเทียบเคียงได้ โดยหลักสิ่งอำนวยความสะดวก
ที่จำเป็นนี้มักถูกนำมาปรับใช้กับกิจการที่มีลักษณะของการผูกขาดธรรมชาติ
โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการที่จำเป็นต้องมีการใช้โครงข่าย (Network) เช่น กิจการรถไฟ
ท่าเรือ และกิจการไฟฟ้า เป็นต้น โดยกิจการซึ่งจำเป็นต้องใช้โครงข่ายเหล่านี้มักมีส่วนที่มี
การผูกขาดทางการค้า และไม่มีการผูกขาดทางการค้า โดยส่วนที่มีการผูกขาดก็คือส่วน
ของโครงข่ายนั่นเอง ดังจะเห็นได้จากตารางเปรียบเทียบกิจการที่จำเป็นต้องใช้โครงข่ายใน
การประกอบกิจการ ดังนี้

กิจการ	ส่วนที่มีการผูกขาด	ส่วนที่มีการแข่งขัน
กิจการโทรคมนาคม	โครงข่ายโทรคมนาคม ท้องถิ่น (Local Loop)	โทรคมนาคมทางไกล และ โทรคมนาคมระหว่าง ประเทศ (Long-distance, International)
กิจการไฟฟ้า	ระบบส่งไฟฟ้า (Transmission Grid)	การผลิตไฟฟ้า (Generation)
กิจการเกี่ยวกับก๊าซ	ระบบท่อก๊าซ (Pipeline)	การแยกก๊าซ (Extraction)
กิจการรถไฟ	รางรถไฟ และสถานีรถไฟ (Track, Station)	การรับส่งผู้โดยสาร (Passenger and Freight)

		Services)
กิจการไปรษณีย์	ระบบส่งไปรษณีย์ท้องถิ่น (Local Delivery Network)	สำนักงานไปรษณีย์ (Presort Bureau)

จากตารางดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากิจการโทรคมนาคมมีจุดเชื่อมโยงกับกิจการไฟฟ้า กิจการเกี่ยวกับก๊าซ กิจการรถไฟ และกิจการไปรษณีย์ กล่าวคือเป็นกิจการที่มีการผูกขาดในโครงข่ายที่จำเป็นต่อการประกอบกิจการ สำหรับผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมย่อมไม่สามารถสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมในท้องถิ่นต่างๆได้ภายในระยะเวลาอันสั้น นอกจากนั้นการสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมยังต้องใช้เงินลงทุนมูลค่ามหาศาล ซึ่งหากผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถเชื่อมต่อหรือเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่เดิมแล้วผู้ประกอบการรายใหม่ย่อมไม่สามารถเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคม และแข่งขันกับผู้ประกอบการรายเก่าได้ ดังนั้นก่อนที่จะมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมซึ่งกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อ และใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนนั้น หากปรากฏว่ามีคดีขึ้นสู่ศาลพิพาทกันเกี่ยวกับการเชื่อมต่อและการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมศาลย่อมนำหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาปรับใช้ดังเช่นที่มีการนำหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาปรับใช้กับกิจการอื่นๆเกี่ยวกับโครงข่าย อย่างไรก็ตามในปัจจุบันเมื่อมีการเปิดเสรีโทรคมนาคมอย่างเต็มรูปแบบแล้วได้มีกฎหมายเฉพาะสำหรับกิจการโทรคมนาคมที่กำหนดเกี่ยวกับการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไว้แล้ว คือ Directive on Access to, and Interconnection of, Electronic Communications Network and Services (The

Access and Interconnection Directive) ดังนั้นในปัจจุบันจึงไม่มีความจำเป็นในการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมอีก แต่สามารถใช้กฎหมายเฉพาะคือ The Access and Interconnection Directive กับกรณีพิพาทที่จะเกิดขึ้นได้เลย หากแต่หลักการของ Essential Facility ยังคงปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ของ The Access and Interconnection Directive

3.2.3 การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในสหภาพยุโรป

การใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม (Access and Interconnection) ถือเป็นปัจจัยสำคัญในการเปิดเสรีการประกอบกิจการโทรคมนาคม โครงข่ายโทรคมนาคมถือเป็นต้นทุนที่สำคัญในการประกอบกิจการโทรคมนาคม หากไม่มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม หรือการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมร่วมกับผู้ประกอบการรายอื่นผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมจะมีต้นทุนมหาศาลในการสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมให้ครอบคลุมทุกพื้นที่เพื่อให้บริการแก่ลูกค้าของตน ดังนั้นการกำหนดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่าย และการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการจึงเป็นการลดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมของผู้ประกอบการรายใหม่ โดยผู้ประกอบการรายใหม่ไม่จำเป็นต้องสร้างโครงข่ายโทรคมนาคม หรืออุปกรณ์โทรคมนาคมในทุกๆ ส่วนก่อนที่จะเริ่มให้บริการลูกค้าของตนได้ โดยผู้ประกอบการรายใหม่มีสิทธิได้รับการบริการจากผู้ประกอบการรายอื่นที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม และสามารถได้รับบริการบางอย่างจากผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในส่วนของบริษัทที่ตนไม่สามารถสร้างได้ เช่น

- (1) การเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคม เช่น การเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่น
- (2) การขายส่งเพื่อให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถขายปลีกการบริการด้านโทรคมนาคมต่อได้ (Wholesale Product for Resale)
- (3) การเข้าถึงบริการ และโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับการให้บริการโทรคมนาคม เช่น การใช้สถานประกอบการของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเพื่อติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคม (Co-location)

นอกจากนั้นการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการต่างโครงข่ายยังทำให้ผู้ใช้บริการของทั้งสองโครงข่ายสามารถติดต่อสื่อสารระหว่างกันได้อีกด้วย ซึ่งหากพิจารณาถึงแรงจูงใจของผู้ประกอบการในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างกันจะพบว่าแรงจูงใจคือการใช้บริการจากโครงข่ายโทรคมนาคมหนึ่งสามารถติดต่อกับผู้ใช้บริการในโครงข่ายโทรคมนาคมอีกโครงข่ายหนึ่งได้ เช่น ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในประเทศหนึ่งยอมมีแรงจูงใจในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับ ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ในอีกประเทศหนึ่งเพื่อให้ผู้ใช้บริการของตนสามารถติดต่อสื่อสารกับผู้ใช้บริการที่อยู่อีกโครงข่ายหนึ่งได้ การใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการจึงทำให้การให้บริการของผู้ประกอบการโทรคมนาคมกว้างขวางขึ้น (Wider range of services to user)

อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งทางการค้าที่ให้บริการโทรคมนาคมอยู่ในพื้นที่เดียวกัน ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดย่อมมีแรงจูงใจน้อยที่จะเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่น นอกจากนั้นสำหรับผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมรายเล็ก หรือสำหรับผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่

กำลังจะเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมหากไม่ได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่ครอบครองโครงข่ายโทรคมนาคมส่วนใหญ่ ผู้ประกอบการรายเล็ก หรือผู้ประกอบการที่กำลังจะเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมย่อมไม่สามารถให้บริการลูกค้าของตนได้ ดังนั้นการที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายเล็กๆ หรือผู้ประกอบการที่กำลังจะเข้าสู่ตลาดเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายของตนย่อมเป็นการก่อกวนอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายใหม่

การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างและคงไว้ซึ่งการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม อย่างไรก็ตามการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากเกินไปอาจส่งผลกระทบต่อแรงจูงใจในการประกอบธุรกิจ รวมถึงแรงจูงใจในการประดิษฐ์ หรือสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ เนื่องจาก ผู้ประกอบการย่อมกลัวว่าตนอาจจำต้องแบ่งสิ่งอำนวยความสะดวกเหล่านี้ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือเข้าถึงโดยผู้ประกอบการรายอื่นไม่จำเป็นต้องสร้างสิ่งเหล่านี้เอง ในการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจึงต้องมีความเหมาะสมเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการส่งเสริมการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคม และการสร้างแรงจูงใจแก่ผู้ประกอบการในการคิดค้น และพัฒนาเทคโนโลยี และสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ สำหรับกิจการโทรคมนาคม

3.2.3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของสหภาพยุโรป

ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมสามารถเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคม และสามารถแข่งขันได้ อยู่ภายใต้กฎหมายในสองส่วน ดังนี้

(1) กฎหมายแข่งขันทางการค้าทั่วไปซึ่งห้ามไม่ให้เกิดการรวมกลุ่มกันกระทำการ หรือมีข้อตกลงระหว่างกันอันเป็นการกีดกันทางการค้า หรือทำลายการแข่งขัน และห้ามไม่ให้เกิดการ abuse of dominant position

(2) กฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม

ดังนั้นผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคมจะต้องปฏิบัติตามทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้า และกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับโทรคมนาคม โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมมีดังนี้

(ก) กฎหมายแข่งขันทางการค้าทั่วไป

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปห้ามพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันใน 2 รูปแบบ

(1) พฤติกรรมการรวมกลุ่มระหว่างผู้ประกอบการในการกระทำการอันเป็นการกีดกันทางการค้า หรือการทำลายการแข่งขัน ตามมาตรา 85 ของ Rome Treaty ซึ่งต่อมาก็คือมาตรา 81 ของ Treaty Establishing the European Community และมาตรา 101 ของ Treaty on the Functioning of the European Union

(2) พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ (Abuse of dominant position) ตามมาตรา

86 ของ Rome Treaty ซึ่งต่อมาคือมาตรา 82 ของ Treaty Establishing the European Community และมาตรา 102 ของ Treaty on the Functioning of the European Union

การที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อ หรือใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนซึ่งถือเป็น Essential Facility โดยไม่มีเหตุผลทางธุรกิจที่ชอบธรรมย่อมเป็นถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบอันเป็นการละเมิด มาตรา 86 ของ Rome Treaty ซึ่งต่อมาคือมาตรา 82 ของ Treaty Establishing the European Community และมาตรา 102 ของ Treaty on the Functioning of the European Union โดยโครงข่ายโทรคมนาคมถือเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในการประกอบกิจการโทรคมนาคมเนื่องจากโครงข่ายโทรคมนาคมนั้นมีความจำเป็นต่อผู้ประกอบการรายอื่นในการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) ซึ่งผู้ประกอบการรายอื่นไม่มีโครงสร้างพื้นฐานอื่นที่สามารถใช้แทน Essential Facility เช่นว่านั้นได้

อย่างไรก็ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั่วไปไม่เพียงพอต่อการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายเฉพาะขึ้นมากำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม โดยสาเหตุที่ต้องมีกฎหมายเฉพาะมาควบคุมกิจการโทรคมนาคมคือ

- (1) กิจการโทรคมนาคมเดิมเป็นกิจการที่ดำเนินการโดยรัฐ หรือได้รับการสนับสนุนโดยรัฐ ดังนั้นผู้ประกอบการรายเดิมจึงสามารถผูกขาดในกิจการโทรคมนาคมได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ประกอบการรายเดิมจึงมักมีส่วนแบ่งในตลาดโทรคมนาคมในอัตราที่สูงมาก

- (2) ผู้ประกอบการที่จะเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมโดยการสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นเองทั้งหมด เช่น การสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมทั่วประเทศนั้นเป็นไปได้ทางเศรษฐกิจ
- (3) การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และการใช้ หรือการเข้าถึงโทรคมนาคมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นสิ่งที่จำเป็นในการให้บริการโทรคมนาคม

ดังนั้นจึงต้องมีกฎหมายเฉพาะเพื่อกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมเพื่อสนับสนุนการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมซึ่งกฎหมายเฉพาะที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของสหภาพยุโรปคือ Directive on Access to, and Interconnection of, Electronic Communications Network and Services หรือ The Access and Interconnection Directive

(ข) Access Directive

ก่อนที่จะมีบังคับใช้ Access Directive กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และการใช้ หรือการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมในแต่ละประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามเมื่อมีการบังคับใช้ Access Directive การใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะนี้

Access Directive ได้ยืนยันในหลักการการส่งเสริมการแข่งขันโดยได้ระบุไว้ในอารัมภบทของ Directive ว่าในตลาดโทรคมนาคมที่มีการแข่งขันอย่างเสรีไม่ควรจะมีข้อจำกัด หรือการขัดขวางในการเจรจาเพื่อเข้าถึง หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการโดยเฉพาะการเจรจาเพื่อเชื่อมต่อ หรือใช้โครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่คนละประเทศ และเพื่อให้มีการแข่งขันกันในกิจการโทรคมนาคม และการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการอย่างมีประสิทธิภาพการเจรจาเพื่อ

เชื่อมต่อ หรือใช้โครงข่ายระหว่างผู้ประกอบการจะต้องดำเนินไปโดยสุจริต และหากการเจรจาล้มเหลวรัฐจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงเพื่อให้การเจรจาประสบความสำเร็จ จากอาร์มภบทดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการที่มีต่อการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมอย่างมาก ภายใต้ Access and Interconnection Directive การใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมมีความหมายดังนี้

- (1) การใช้ หรือการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคม (Access) คือ การให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงบริการ หรือสิ่งอำนวยความสะดวกโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถให้บริการด้านการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยการเข้าถึงนี้ รวมถึงการเข้าถึงอุปกรณ์โครงข่ายโทรคมนาคม และสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นที่เกี่ยวข้อง การเข้าถึงโครงสร้างพื้นฐานทางกายภาพ เช่น เสาสื่อโทรคมนาคม อาคาร และหมายรวมถึงการเข้าถึง software เช่น Operational Support System หรือระบบสนับสนุนการปฏิบัติการ
- (2) การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม (Interconnection) คือ การเชื่อมต่อระหว่างโครงข่ายโทรคมนาคมหลายโครงข่ายเพื่อให้ผู้รับบริการของโครงข่ายหนึ่งสามารถติดต่อกับผู้รับบริการในอีกโครงข่ายหนึ่งได้

ภายใต้ Access and Interconnection Directive ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการโดยแบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือผู้ประกอบการที่เป็น Significant Market Power (SMP) หรือผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด และผู้ประกอบการอื่นๆ โดยผู้ประกอบการที่เป็น SMP จะมีหน้าที่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ และเชื่อมต่อ

โครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายของตนมากกว่าผู้ประกอบการทั่วไปที่ได้เป็น SMP โดยได้กำหนดว่าหน่วยงานกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปอาจกำหนดหน้าที่ตามมาตรา 9- 13 ของ Access and Interconnection Directive เป็นหน้าที่เพิ่มเติมแก่ผู้ประกอบการที่เป็น SMP ซึ่งหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมได้ระบุไว้ในมาตรา 12 โดยเป็น หน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคม และใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่เกี่ยวกับโครงข่ายโทรคมนาคม (Obligations of Access to, and use of , specific network facilities) โดยกำหนดว่าเมื่อได้รับการร้องขอที่สมเหตุสมผลจากผู้ประกอบการรายอื่นในการขอใช้ หรือขอเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคม และสิ่งอำนวยความสะดวกที่เกี่ยวของ ผู้ประกอบการ SMP จำต้องให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคม และสิ่งอำนวยความสะดวกที่เกี่ยวของของตน นอกจากนั้นมาตรา 12 ยังได้กำหนดหน้าที่อื่นๆ แก่ผู้ประกอบการที่เป็น SMP อีกด้วย เช่น

- (1) การให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงอุปกรณ์โครงข่ายโทรคมนาคม และหรือสิ่งอำนวยความสะดวก ซึ่งรวมถึงโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นด้วย (local loop)
- (2) การเจรจาอย่างสุจริตกับผู้ประกอบการรายอื่นที่ขอเข้าใช้ หรือเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมของตน
- (3) ไม่เพิกถอน หรือยกเลิกการอนุญาตให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมของตนตามที่ได้เคยอนุญาตไว้แล้ว
- (4) การให้ผู้ประกอบการรายอื่นร่วมใช้สถานที่ หรือโครงสร้างพื้นฐาน เช่น เสาโทรคมนาคม สิ่งปลูกสร้าง เป็นต้น

3.2.4 ลักษณะการกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ในสหภาพยุโรป

จาก Access Directive ได้ว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการที่เป็น SMP มากกว่าผู้ประกอบการอื่นๆทั่วไป ซึ่งกรณีนี้เป็นลักษณะการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกัน หรือ Asymmetric Regulation ซึ่งลักษณะการกำกับดูแลแบบนี้เหมือนกับกำกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดหน้าที่ระหว่างผู้ประกอบการโทรคมนาคมไม่เท่าเทียมกัน โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่มากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น เช่น หน้าที่ตาม 251(c) ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่มีอำนาจเหนือตลาด (Incumbent Local Exchange Carrier) มีหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนโดยต้องให้บริการด้วยคุณภาพที่เท่ากับที่ให้บริการแก่ตนเอง หรือบริษัทในเครือของตน นอกจากนั้นยังต้องให้บริการในอัตรา และเงื่อนไขที่เป็นธรรม สมเหตุสมผล และไม่เลือกปฏิบัติ ในขณะที่ผู้ประกอบการรายอื่นมีหน้าที่เฉพาะการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ประกอบการรายอื่นเพื่อให้ผู้ใช้บริการต่างโครงข่ายสามารถติดต่อกันได้เท่านั้น

บทที่ 4

ความเป็นมาของการกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และ โครงสร้างของตลาดในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทย

4.1 สภาพการประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทย

การประกอบกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยในอดีตตกอยู่ภายใต้การผูกขาดทางการค้าเช่นเดียวกับในประเทศอื่นๆ โดยในอดีตรัฐเป็นผู้มีสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียวในการประกอบกิจการโทรคมนาคมเช่นเดียวกับประเทศส่วนใหญ่ในสหภาพยุโรป เช่น ประเทศอังกฤษ ในอดีตกรมไปรษณีย์โทรเลขเป็นผู้มีอำนาจสิทธิขาดในการติดตั้ง บำรุงและทำการโทรเลขและโทรศัพท์ภายในประเทศไทย ต่อมาได้มีการจัดตั้งองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทยขึ้นมาเป็นรัฐวิสาหกิจที่ทำหน้าที่ดำเนินกิจการโทรคมนาคม โดยในอดีตเนื่องจากการประกอบกิจการโทรคมนาคมยังอยู่ภายใต้การผูกขาดทางการค้าขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทยจึงมีฐานะเป็นทั้งผู้ประกอบการโทรคมนาคม และผู้กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม

4.1.1 การประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทยภายใต้สภาพแวดล้อม ของการผูกขาด

การประกอบกิจการโทรคมนาคมในยุคเริ่มต้นของไทยนั้นรัฐเป็นผู้มีสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียวในการให้บริการโทรคมนาคม โดยกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยมีวิวัฒนาการ ดังนี้

ในปี พ.ศ. 2477 ได้มีการตราพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 ซึ่งตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติโทรเลข และโทรศัพท์ฯ ได้กำหนดว่า

“มาตรา 5 รัฐทรงไว้ซึ่งอำนาจสิทธิขาดที่จะตั้ง บำรุงและทำการโทรเลข และโทรศัพท์ภายในราชอาณาจักรสยาม อำนาจนี้ท่านมอบให้แก่ กรมไปรษณีย์โทรเลข”

ในปี พ.ศ. 2497 ได้มีการออกพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 โดยวัตถุประสงค์ของการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวตามที่ได้ระบุในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคือการแยกกิจการโทรศัพท์ออกมาให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยดำเนินการเพื่อความสะดวกในการติดต่อสื่อสารของประชาชนโดยปรับปรุงบริการโทรศัพท์ทุกประเภทให้กว้างขวาง และทันสมัย โดยมาตรา 6 ได้กำหนดให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยมีหน้าที่ในการดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับโทรศัพท์ และมาตรา 11 และมาตรา 16 ได้กำหนดให้องค์การโทรศัพท์จากกรมไปรษณีย์โทรเลขมาให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยดำเนินการ โดยบัญญัติว่า

“มาตรา 6 ให้จัดตั้งองค์การขึ้นขององค์การหนึ่ง เรียกว่าองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการโทรศัพท์ เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับกิจการโทรศัพท์และธุรกิจอื่นที่ต่อเนื่อง ใกล้เคียงกับ หรือซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการโทรศัพท์”

“มาตรา 11 ให้โอนบรรดาทรัพย์สิน สิทธิประโยชน์ ความรับผิดชอบ และธุรกิจของกองโทรศัพท์ กรมไปรษณีย์โทรเลข ให้แก่องค์การโทรศัพท์ดำเนินการต่อไป”

“มาตรา 16 ให้องค์การโทรศัพท์ได้รับสิทธิ แลหน้าที่ต่างๆบรรดาที่กฎหมายให้ไว้แก่กรมไปรษณีย์โทรเลข ในส่วนที่ว่าด้วยการโทรศัพท์”

ในปี พ.ศ.2519 ได้มีการตราพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงระบบการบริหารงานไปรษณีย์และโทร

เลขให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยแยกงานในส่วนที่ว่าด้วยการให้บริการและการปฏิบัติการด้านไปรษณีย์และโทรคมนาคมมาจัดตั้งเป็นการสื่อสารแห่งประเทศไทย 1 โดยมาตรา 7 และมาตรา 16 ได้กำหนดแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้มีการจัดตั้งการสื่อสารแห่งประเทศไทยขึ้นเพื่อดำเนินกิจการไปรษณีย์ และโทรคมนาคม และรับโอนสิทธิ และหน้าที่ของกรมไปรษณีย์โทรเลขที่เกี่ยวกับบริการไปรษณีย์ และโทรคมนาคมมาให้การสื่อสารแห่งประเทศไทยดำเนินการแทน โดยบัญญัติว่า

“มาตรา 7 ให้จัดตั้งการสื่อสารขึ้น เรียกว่าการสื่อสารแห่งประเทศไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคม และธุรกิจอื่นที่ต่อเนื่องใกล้เคียงกัน หรือซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคม ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจของนิติบุคคลอื่นโดยเฉพาะ”

“มาตรา 16 ให้การสื่อสารแห่งประเทศไทยได้รับสิทธิและหน้าที่ต่างๆ บรรดาที่กฎหมายให้ไว้แก่กรมไปรษณีย์โทรเลขในส่วนที่ว่าด้วยการให้บริการและการปฏิบัติการด้านไปรษณีย์และโทรคมนาคม”

จากพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 ,พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2497 และพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 ได้กำหนดให้รัฐเป็นผู้มีสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินกิจการโทรศัพท์ และกิจการโทรคมนาคมเอกชนไม่มีสิทธิในการประกอบกิจการโทรคมนาคม เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐเท่านั้น

¹ พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519

ต่อมาในช่วงปีพ.ศ. 2535 เอกชนเริ่มเข้ามามีบทบาทในการประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยเข้าร่วมทำสัญญาร่วมการงานกับหน่วยงานรัฐก็ตาม แต่เอกชนก็มีสถานะเป็นเพียงผู้ร่วมการงานกับรัฐเท่านั้นมิได้เป็นผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่ได้รับใบอนุญาตโดยตรง อีกทั้งเอกชนยังไม่สามารถมีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นของตนเอง เอกชนจึงสามารถประกอบกิจการโทรคมนาคมภายใต้กรอบเงื่อนไขของสัญญาร่วมการงานเท่านั้น อีกทั้งยังต้องจ่ายส่วนแบ่งรายได้ให้แก่หน่วยงานรัฐคู่สัญญา และเอกชนยังไม่สามารถเป็นเจ้าของโครงข่ายโทรคมนาคมที่ลงทุนสร้างได้เนื่องจากจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในโครงข่ายให้แก่หน่วยงานรัฐคู่สัญญาอีกด้วย ดังนั้นในตลาดโทรคมนาคมขณะนั้นผู้ประกอบการจึงมีเพียง 2 รายคือ องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทยเท่านั้น

4.1.1.1 ปัจจัยสนับสนุนการผูกขาดในกิจการโทรคมนาคม

ปัจจัยที่สนับสนุนให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทยตกอยู่ภายใต้การผูกขาดทางการค้ำนั้นเหมือนปัจจัยที่สนับสนุนให้กิจการโทรคมนาคมในประเทศอื่นๆอยู่ภายใต้การผูกขาดทางการค้ำนั้นคือ

- (1) ลักษณะพิเศษของกิจการโทรคมนาคมที่เป็นกิจการผูกขาดธรรมชาติ (Natural Monopoly) กล่าวคือเป็นกิจการที่การผลิตสินค้า หรือบริการโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวจะทำให้ต้นทุนในการผลิตสินค้า หรือบริการนั้นต่ำที่สุด² โดยกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่จำเป็นต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก โดยเฉพาะการสร้างโครงข่ายโทรคมนาคม ดังนั้นในยุคเริ่มแรก

² ศักดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553, หน้า185-187, และ ฅัญฐพงศ์ ทองภักดี. เศรษฐศาสตร์นโยบายสาธารณะ (Economics of Public Policy). กรุงเทพฯ: โครงการส่งเสริมและพัฒนาเอกสารวิชาการสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2552, หน้า 95

ของการประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศต่างๆจึงมักมีผู้ประกอบการเพียงรายเดียว หรือมีการดำเนินการโดยภาครัฐ เช่น ดำเนินการโดยหน่วยงานรัฐ หรืออยู่ในรูปของรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น

- (2) เหตุผลด้านความมั่นคง และประโยชน์สาธารณะ โดยกิจการโทรคมนาคมเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นต่อการติดต่อสื่อสารของประชาชนการให้บริการโทรคมนาคมจึงถือเป็นการให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่ง และ นอกจากนั้นการโทรคมนาคมยังเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศอีกด้วย

4.1.2 การเปิดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทย

การเปิดเสรีโทรคมนาคมเริ่มต้นในช่วงต้นทศวรรษ 1980 ประเทศ เช่น อังกฤษ นิวซีแลนด์ ญี่ปุ่น ซิลี เม็กซิโก ฯลฯ โดยเริ่มมีแนวคิดที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจในหลายสาขาหลายกิจการ รวมถึงกิจการโทรคมนาคมขึ้น อันเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญและเป็นรากฐานของการเปิดเสรีต่อมา

4.1.2.1 ปัจจัยสนับสนุนการเปิดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคม

ในการเปิดเสรีโทรคมนาคมนั้นมีสาเหตุที่สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวหลายประการดังนี้³

³มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย.การประมวลผลการแปรสัญญาณร่วมการทำงานในกิจการโทรคมนาคม (สิงหาคม 2542) หน้า 14-15

- (1) เกิดความล้มเหลวของการให้บริการ ซึ่งรวมถึงความไม่เพียงพอ ไม่ครอบคลุมทั่วประเทศ คุณภาพไม่ได้มาตรฐานและไม่สามารถเป็นที่พึ่งพาได้
- (2) ขาดประสิทธิภาพและไม่ดูแลเอาใจใส่ต่อประชาชนผู้บริโภคเท่าที่ควร ไม่สามารถพัฒนาทันความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เนื่องจากขาดเงินทุนที่เพียงพอในการปรับปรุงและขยายบริการ
- (3) ราคาบริการอยู่ในระดับสูง เนื่องจากไม่สามารถพัฒนาบริการด้วยเทคโนโลยีที่ทันสมัย มีประสิทธิภาพและสมรรถนะที่สูงกว่า
- (4) อีกรหัสเงื่อนไขความมั่นคงของทั้งชาติ และการผูกขาดโดยธรรมชาติในบางสาขาบางกิจการ เริ่มถูกทำลายลงโดยเทคโนโลยีที่เล็กที่ละ เช่น เทคโนโลยีใหม่ๆสามารถทำให้โครงข่ายที่ให้บริการหนึ่งๆสามารถนำไปให้บริการอีกบริการหนึ่งได้ไม่ยาก จึงทำให้เกิดการแข่งขันง่ายขึ้น

นอกจากนี้องค์การการค้าโลก (World Trade Organisation:WTO) ก็ส่งเสริมให้มีการเปิดเสรีในตลาดการค้าบริการซึ่งรวมถึงการเปิดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย ประเทศต่างๆที่เป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจึงมีพันธกรณีในการเปิดเสรีการค้าบริการในกิจการโทรคมนาคม

4.1.2.2 การดำเนินการเปิดเสรีโทรคมนาคมของไทย

สำหรับประเทศไทยจากในอดีตที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการโทรคมนาคมแต่เพียงผู้เดียว โดยดำเนินการผ่านรัฐวิสาหกิจ คือ องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทยต่อมาในประเทศไทยในฐานะสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) มีพันธกรณีที่จะต้องเปิดตลาดในการค้าบริการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคที่สำคัญบางสาขารวมถึง

กิจการโทรคมนาคมด้วยซึ่งเป็นการเปิดเสรีตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services: GATS)

สำหรับประเทศไทยเริ่มมีการรับแนวความคิดการแข่งขันเสรีในกิจการโทรคมนาคมในช่วงปี พ.ศ. 2540 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2540 ในมาตรา 40 ได้บัญญัติถึงการจัดสรรคลื่นความถี่ และการแข่งขันโดยเสรี และเป็นธรรมในกิจการโทรคมนาคม โดยได้บัญญัติว่า

“มาตรา 40 คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสอง ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติ และระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม”

หลักการตามมาตรา 40 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ.2540 ได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ.2550 ในมาตรา 47 ด้วย โดยได้บัญญัติว่า

“มาตรา 47 คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตาม
 วรรณคดี และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์
 และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสอง ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของ
 ประชาชนในระดับชาติ และระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความ
 มั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็น
 ธรรม รวมทั้งต้องจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อมวลชน
 สาธารณะ

การกำกับการประกอบกิจการตามวรรคสองต้องมีมาตรการเพื่อ
 ป้องกันมิให้มีการครอบงำ การครอบงำสิทธิข้ามสื่อ หรือการครอบงำ ระหว่าง
 สื่อมวลชนด้วยกันเองหรือโดยบุคคลอื่นใด ซึ่งจะมีผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพ
 ในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือปิดกั้นการได้รับข้อมูลข่าวสารที่หลากหลายของ
 ประชาชน”

สำหรับการปฏิบัติตามพันธกรณีในการเปิดเสรีการประกอบ
 กิจการโทรคมนาคมในฐานะประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกรัฐบาลไทย
 ได้ดำเนินการอย่างเป็นขั้นเป็นตอน โดยได้มีการออกพระราชบัญญัติองค์กร
 จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ
 โทรคมนาคม พ.ศ. 2543 เพื่อจัดตั้งองค์กรอิสระเพื่อทำหน้าที่ในการจัดสรรคลื่น
 ความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และ
 กิจการโทรคมนาคมตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 40 แห่งรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ.2540⁴ โดยพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ได้จัดตั้งคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว และต่อมารัฐบาลได้ออกพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดให้ยกเลิกพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 และฉบับที่ 2 พ.ศ.2517 ซึ่งหมายความองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทยไม่มีอำนาจผูกขาดในการประกอบกิจการโทรคมนาคมอีกต่อไป รัฐบาลจึงได้ดำเนินการแปรรูปองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทยให้เป็นบริษัทเอกชน โดยได้มีการแปรรูปองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเป็นบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ในปี 2545 และมีการแปรรูปการสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด(มหาชน) และบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด ในปี 2546 องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทยจึงได้ยุติบทบาทผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในการประกอบกิจการโทรคมนาคมคงเหลือเพียงฐานะผู้ประกอบการโทรคมนาคมดังเช่นผู้ประกอบการเอกชนรายอื่นๆ โดยในการเปิดเสรีโทรคมนาคมนี้เชื่อว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์มากมายหลายด้วย ดังนี้

- (1) ค่าบริการด้านโทรคมนาคมโดยรวมมีอัตราลดลง
- (2) ทำให้เกิดบริหารที่หลากหลายให้เลือกมากขึ้น อีกทั้งมีบริการใหม่ๆ เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว

⁴ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

- (3) ทำให้มีการลงทุนและสร้างงานเพื่อขยายและปรับปรุงโครงข่ายและบริการเพิ่มขึ้น และกว้างขวางขึ้น อีกทั้งมีคุณภาพและประสิทธิภาพการบริการที่สูงขึ้นอีกด้วย
- (4) ทำให้มีการใช้โครงข่ายที่ลงทุนไปแล้วอย่างมีประสิทธิภาพส่งผลให้ภาคการสื่อสารโทรคมนาคมมีประสิทธิภาพสูงขึ้น อีกทั้งยังช่วยกระตุ้นและส่งเสริมให้การขยายตัวของเศรษฐกิจโดยรวมมีอัตราสูงขึ้นตามมา
- (5) ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นจากการที่มีโครงข่ายและบริการที่เพียงพอ อย่างกว้างขวาง มีคุณภาพ และทางเลือกเพิ่มขึ้น ทั้งยังมีค่าใช้จ่ายบริการที่ต่ำลง ทำให้สามารถเชื่อมโยงกับโลกในประเทศและต่างประเทศสะดวกรวดเร็วและประหยัดขึ้น

อย่างไรก็ตามเนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีลักษณะแตกต่างจากกิจการประเภทอื่นๆ กล่าวคือเป็นกิจการที่พัฒนาภายใต้การผูกขาดโดยรัฐเป็นผู้ผูกขาดในการประกอบกิจการดังกล่าว นอกจากนั้นดังที่ได้อธิบายในข้างต้นว่ากิจการโทรคมนาคมมีลักษณะของการผูกขาดธรรมชาติ โดยเป็นกิจการที่ใช้ต้นทุนในการผลิตสินค้า หรือบริการนั้นโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวจะทำให้ต้นทุนการผลิตสินค้า หรือบริการนั้นต่ำที่สุดเนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่ใช้เงินลงทุนจำนวนมหาศาล เช่น กรณีของบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด(มหาชน) และบริษัทในเครือซึ่งได้ดำเนินกิจการโทรคมนาคมภายใต้สัญญาร่วมกิจการ จากข้อมูล ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2544 บริษัทฯ และบริษัทในเครือมีต้นทุนในการดำเนินการภายใต้สัญญาร่วมกิจการประมาณ 56,330.48 ล้านบาท นอกจากนั้นกิจการโทรคมนาคมยังเป็น

กิจการที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีที่ซับซ้อนดังนั้นก็แม้จะมีการเปิดเสรีโทรคมนาคม โดยเอกชนสามารถเข้าประกอบกิจการดังกล่าวได้โดยการขอรับใบอนุญาต อย่างไรก็ตามโดยสภาพของกิจการดังกล่าวผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่ายดังเช่นกิจการอื่นๆ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษเพื่อกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม โดยรัฐจึงจำเป็นต้องส่งเสริมการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม เช่น ส่งเสริมการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ รวมทั้งมีมาตรการป้องกันมิให้มีการผูกขาดในกิจการโทรคมนาคม⁵

4.1.2.3 สภาพตลาดโทรคมนาคมของไทยในปัจจุบัน

ปัจจุบันในตลาดโทรคมนาคมของไทยได้มีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการภาคเอกชนหลายราย และมีผู้ใช้บริการในกิจการโทรคมนาคมจำนวนมาก จากข้อมูล ณ สิ้นไตรมาส 3 ปี พ.ศ. 2555⁶ มีจำนวนผู้ใช้บริการโทรศัพท์พื้นฐานทั้งสิ้น 6,458,278 โดยเป็นผู้ใช้บริการในส่วนกรุงเทพมหานครจำนวน 3,423,118 และในส่วนภูมิภาคจำนวน 3,035,160 มีผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในส่วนขอโทรศัพท์พื้นฐาน และโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังนี้

- (1) ในเขตกรุงเทพ และปริมณฑลมีผู้ให้บริการ 2 ราย คือ บริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด(มหาชน) และบริษัท ทู คอรัปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)

⁵ พรเพ็ญ อินทร์ไทยวงศ์. กฎเกณฑ์การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เหมาะสมกับตลาดโทรคมนาคมในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545, หน้า 75

⁶ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. รายงานผลการปฏิบัติงาน กสทช. ประจำปี 2555

- (2) ในส่วนภูมิภาคมีผู้ให้บริการ 2 ราย คือ บริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด(มหาชน) และบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน)

ส่วนแบ่งของตลาดในการให้บริการโทรคมนาคมโทรศัพท์พื้นฐาน ณ ไตรมาส 3 ปี พ.ศ. 2555 มีดังนี้

- (1) ในเขตกรุงเทพ และปริมณฑล บริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด(มหาชน) มีส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 46 ในขณะที่บริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) มีส่วนแบ่งตลาดอยู่ประมาณร้อยละ 54
- (2) ในส่วนภูมิภาค บริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด(มหาชน) มีส่วนแบ่งตลาดอยู่ประมาณร้อยละ 75 ในขณะที่บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด(มหาชน) มีส่วนแบ่งตลาดอยู่ประมาณร้อยละ 25

ในส่วนของการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จากข้อมูล ณ ไตรมาส 3 ปี พ.ศ. 2555 ปรากฏว่ามีจำนวนผู้ใช้บริการประมาณ 80,871,333 โดยมีผู้ให้บริการ แบ่งเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

- (1) กลุ่มผู้ให้บริการที่มีสิทธิในโครงข่าย มีจำนวนทั้งสิ้น 6 ราย คือ
- ก. บริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด(มหาชน) (AIS)
 - ข. บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด(มหาชน) (DTAC)
 - ค. บริษัท ดิจิตอลโฟน จำกัด (DPC)
 - ง. บริษัท ทูมูฟ จำกัด (TMV)

- จ. บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (CAT CDMA)
 - ฉ. บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (TOT3G)
- (2) กลุ่มผู้ให้บริการที่เข้าใช้โครงข่ายโทรคมนาคม มีจำนวนทั้งสิ้น 5 ราย คือ
- ก. กลุ่มสามารถ ไอ-โมบาย
 - ข. กลุ่มลือกลีย์
 - ค. กลุ่มไอซีซี
 - ง. กลุ่มเอ็ม คอลซัลด์
 - จ. บริษัท 365 จำกัด

ส่วนแบ่งของตลาดในการให้บริการโทรคมนาคม โทรศัพท์เคลื่อนที่ ณ ไตรมาส 3 ปี พ.ศ. 2555 มีดังนี้ บริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด(มหาชน) (AIS) มีส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 44.37 บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด(มหาชน) (DTAC) มีส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 30.04 บริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด(มหาชน) มีส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 22.35 บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (CAT CDMA)มีส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 1.51 และบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (TOT3G) มีส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 0.25

4.2 การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทย

4.2.1 ความสำคัญของการเชื่อมต่อโครงข่าย

การใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการ เป็นปัจจัยที่มีความสำคัญอย่างมากในการสนับสนุนให้มีการแข่งขัน และป้องกันการผูกขาดในกิจการโทรคมนาคม โดยโครงข่ายโทรคมนาคมมีความสำคัญต่อการประกอบกิจการโทรคมนาคม นอกจากนั้นโครงข่ายโทรคมนาคมยังถือเป็นต้นทุนที่สำคัญในการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย ดังที่ได้อธิบายในข้างต้นว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีลักษณะของการผูกขาดธรรมชาติ โดยเป็นกิจการที่มีต้นทุนคงที่จำนวนมาก โดยต้นทุนคงที่นี้ส่วนหนึ่งมาจากความจำเป็นในการสร้าง และวางโครงข่ายโทรคมนาคมนั่นเอง ดังนั้นหากผู้ประกอบการรายใหม่ที่กำลังจะเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมสามารถใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ประกอบการรายอื่นได้ย่อมเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคม

4.2.2 การกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทย

การใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยนั้น ปัจจุบันอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 และสำหรับกรณีของโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งอยู่ภายใต้ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้โครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคมร่วมกันสำหรับโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ. 2556 นอกจากนั้นเนื่องจากโครงข่ายโทรคมนาคม

ถือเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในการประกอบกิจการโทรคมนาคม ดังนั้นจึงอยู่ภายในบังคับของประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 มาตรา 9(7) การปฏิเสธการให้บริการ สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในการประกอบกิจการโทรคมนาคมแก่ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นโดยเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วย ดังนั้นการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมของของตนนั้นนอกจากจะเป็นการละเมิดต่อประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 แล้วยังอาจเป็นการละเมิดต่อประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 มาตรา 9(7) อีกด้วย อย่างไรก็ตามเห็นว่ามาตรา 9 (7) อาจมีโอกาสในการปรับใช้น้อย เนื่องจากประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้กำหนดให้การให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายของตนอย่างชัดเจน ดังนั้นหากมีการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมย่อมเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม และประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอย่างชัดแจ้งจึงอาจไม่ต้องปรับใช้ประกาศเรื่อง มาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 มาตรา 9(7) อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่ไม่บัญญัติไว้ในประกาศเรื่องการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมก็อาจ

ปรับใช้บทบัญญัติอื่นๆตามประกาศเรื่องมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมได้ ซึ่งได้เคยมีตัวอย่างข้อพิพาทเรื่องการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่มีการใช้บทบัญญัติตามประกาศเรื่องมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 มาตรา 9(7) คือกรณีบริษัท ทูม มูฟ จำกัด ร้องเรียนว่าบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) และบริษัท โทเทิล แอ็ดเจ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ได้เรียกเก็บค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในอัตราที่ไม่เป็นธรรม โดยมีการกล่าวอ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิเสธการให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น⁷

4.2.2.1 การกำกับดูแลการแบบเท่าเทียมกัน (Symmetric Regulation) ของไทย

การให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย โดยพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้กำหนดหน้าที่ในการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการไว้โดยกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมทุกรายมีหน้าที่ในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ซึ่งการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมนี้หมายถึงการเชื่อมต่อระหว่างโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้ผู้ใช้บริการของผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งสามารถติดต่อสื่อสารกับผู้ใช้บริการของผู้ประกอบการอีกฝ่ายหนึ่งได้ นอกจากนั้นผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมทุกรายยังต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่น

⁷ รายงานการประชุมคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม ครั้งที่ 21/2556 (วันอังคารที่ 4 มิถุนายน 2556)

ได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนด้วย เว้นแต่จะเข้ากรณียกเว้นที่กฎหมายกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมสามารถปฏิเสธไม่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนได้ เช่น กรณีที่โครงข่ายโทรคมนาคมที่มีอยู่ไม่เพียงพอต่อการให้บริการ หรือกรณีหากให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนจะก่อให้เกิดการรบกวนกิจการโทรคมนาคม หรือเป็นเหตุขัดขวางการโทรคมนาคม เป็นต้น แม้ว่าจะไม่มีการนิยามคำว่า การใช้โครงข่ายโทรคมนาคมไว้แต่หากพอเทียบเคียงกับคำนิยามการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ข้อ 3 ซึ่งหมายถึงการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อใช้บริการโครงข่ายโทรคมนาคม หรือให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคมผ่านโครงข่ายโทรคมนาคมอื่น ดังนั้นคำว่า การใช้โครงข่ายโทรคมนาคมนี้จึงหมายถึง Access ตามความหมายของ Telecommunication Act of 1996 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Access Directive ของสหภาพยุโรป

4.2.3 เปรียบเทียบการกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายของไทย กับต่างประเทศ

4.2.3.1 การกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายของสหรัฐอเมริกา

(1) การกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม 1996

ประเทศต่างๆที่มีการเปิดเสรีโทรคมนาคมต่างเห็นความสำคัญของการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการ โดยสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้นก่อนที่จะมีการบังคับใช้ Telecommunication Act of

1996 หรือพระราชบัญญัติโทรคมนาคมซึ่งมีบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่เกี่ยวกับการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น หรือ Essential Facility Doctrine กับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นในคดี MCI Communications Corporation v AT&T ซึ่งในคดีนี้ AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นอยู่ทั่วประเทศปฏิเสธไม่ให้ MCI ซึ่งเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ที่กำลังจะเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมได้เชื่อมต่อกับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของตน นอกจากนั้น AT&T ยังได้ดำเนินการอื่นๆเพื่อกีดกันไม่ให้ MCI ได้เข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมได้ ศาลในคดีนี้ได้ปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นเป็นหลักการที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดต้องยินยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้หรือเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตน โดยหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมีหลักในการบังคับใช้ดังนี้

- (1) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นผู้มีอำนาจควบคุมเหนือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น
- (2) ผู้ประกอบการรายอื่นไม่อาจสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นขึ้นใหม่โดยอาศัยทรัพยากรและค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล
- (3) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ปฏิเสธที่จะให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าว และ
- (4) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดสามารถจัดให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตนดังกล่าวได้

จากองค์ประกอบข้อที่ 1 จะเห็นได้ว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้บังคับใช้กับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดไม่จำเป็นต้องถูกบังคับให้อยู่ภายใต้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ ดังนั้นหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงเป็นหลักการที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งโดยปกติภายใต้ระบบการค้าเสรีผู้ประกอบการแต่ละรายในกิจการประเภทเดียวกันควรจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ และการกำกับดูแลอย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามเนื่องจากศาลเห็นว่าผู้ประกอบการรายใหญ่ หรือผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดอาจกระทำการอันเป็นการกีดกันการแข่งขัน หรือเป็นการทำลายการแข่งขันได้ โดยเฉพาะการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตนทั้งที่ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นสามารถจัดให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึง หรือได้ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นได้ ศาลจึงกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการรายใหญ่หรือผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น

สำหรับการประกอบกิจการโทรคมนาคมผู้ประกอบการรายเดิม เช่น AT&T มักจะเป็นผู้ประกอบการที่ครอบครองตลาดอยู่ก่อน และเป็นผู้ประกอบการที่ครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต่อการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยเฉพาะโครงข่ายโทรคมนาคม ดังนั้นในคดี MCI ศาลจึงตัดสินให้ AT&T ต้องให้ผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของตน

**(2) การกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายหลังการ
ประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการ
โทรคมนาคม 1996**

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติโทรคมนาคม หรือ Telecommunication Act of 1996 ได้มีการกำหนดหน้าที่ในการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่จำเป็นต้องใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอีก

อย่างไรก็ตามแนวความคิดในการกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด หรือผู้ประกอบการรายใหญ่ในการมีหน้าที่เกี่ยวกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมยังคงปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติโทรคมนาคม โดยตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมทุกราย (Telecommunications Carrier) ในการเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ประกอบการรายอื่น โดยหน้าที่ในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมนี้เป็นหน้าที่ทั่วไปของผู้ประกอบการโทรคมนาคมทุกราย (General Duty of Telecommunications Carriers) ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นลูกค้าของผู้ประกอบการโทรคมนาคมต่างโครงข่ายสามารถติดต่อสื่อสารกันได้

อย่างไรก็ตามสำหรับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้น กฎหมายได้กำหนดหน้าที่เพิ่มเติมสำหรับผู้ประกอบการดังกล่าว (Additional Obligations of Incumbent Local Exchange) โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่เพิ่มเติมหลายประการซึ่งรวมถึงหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตน (Unbundled Access) ซึ่งรวมถึงการเข้าถึงอุปกรณ์โครงข่ายด้วย (Unbundled Access to Network Element) จากบทบัญญัติ

ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดหน้าที่ในการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือมีการกำกับดูแลเกี่ยวกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอย่างไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการ หรือ Asymmetric Regulation นั้นเอง ซึ่งการกำกับดูแลดังกล่าวได้เป็นการสะท้อนถึงหลักการของหลัก Essential Facility ซึ่งเป็นหลักการที่กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นเช่นกัน

4.2.3.2 การกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายของสหภาพยุโรป

สำหรับกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้นดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 เกี่ยวกับการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในสหภาพยุโรปจะพบว่าศาลภายใน และศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Justice) ได้มีการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับกิจการต่างๆ โดยเฉพาะกิจการที่มีการผูกขาดธรรมชาติ และกิจการที่จำเป็นต้องใช้โครงข่าย (Network) ในการประกอบกิจการ เช่น กิจการไฟฟ้าซึ่งจำเป็นต้องใช้ระบบส่งไฟฟ้าในการประกอบกิจการ โดยการปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ได้มีการปรับใช้กับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด เช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งต่อมาเมื่อมีการเปิดเสรีโทรคมนาคม และมีการออกกฎหมายเฉพาะขึ้นมากำกับดูแลการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา

การใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของสหภาพยุโรป อยู่ภายใต้ Directive on Access to, and Interconnection of, Electronic Communications Network and Services หรือ Access Directive ซึ่ง

กฎหมายนี้เป็นกรอบให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปนำไปออกเป็นกฎหมายภายในเพื่อกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม โดยได้กำหนดให้การเชื่อมต่อโครงข่ายเป็นหน้าที่สำหรับผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคมทุกราย อย่างไรก็ตามได้กำหนดอาจมีการกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมแก่ผู้ประกอบการที่เป็น Significant Market Power หรือ SMP และผู้ประกอบการประเภทอื่นตามที่ Directive กำหนดได้ซึ่งหน้าที่เพิ่มเติมนี้รวมถึงหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมด้วย

4.2.4 วิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างการกำกับดูแลการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของไทย และต่างประเทศ

4.2.4.1 การกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกันของสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป และการกำกับดูแลอย่างเท่าเทียมกันของไทย⁸

การกำกับดูแลการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปมีความใกล้เคียงกันคือมีการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) โดยกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด หรือผู้ประกอบการรายใหญ่มากกว่าผู้ประกอบการทั่วไปซึ่งการกำหนดหน้าที่เช่นนี้สอดคล้องกันหลัก Essential Facility ที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลต่างๆในประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป

หากพิจารณาหน้าที่ในการเชื่อมต่อโครงข่ายระหว่างผู้ประกอบการ (Obligation to Interconnect) จะพบว่าทั้งพระราชบัญญัติการ

⁸ Please see Piyabutr Bunaramrueang, *Thailand and its shortcut towards general competition in Telecommunications Industry*, (2007) [Online] Available from: http://works.bepress.com/piyabutr_bunaramrueang/6/ [2013, October 9]

ประกอบกิจการโทรคมนาคม และประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมฯ ของประเทศไทย และ Telecommunication Act of 1996 และ Access Directive หน้าดังกล่าวเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการทุกราย ทั้งนี้เพื่อให้มีการติดต่อสื่อสารกันได้ระหว่างผู้ใช้บริการต่างโครงข่ายโทรคมนาคมกันนั่นเอง อย่างไรก็ตามการกำหนดหน้าที่ดังกล่าวแตกต่างจากหลักการเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นซึ่งกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมแก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น

อย่างไรก็ตามหากเปรียบเทียบการกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทย กับหลักการเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และการกำกับดูแลการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปจะพบว่า ลักษณะการกำกับดูแลการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยมีความเหมือน และความแตกต่างจากหลักการดังกล่าว

หากพิจารณาถึงหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมแล้วจะพบว่าภายใต้ Telecommunication Act of 1996 และ Access Directive ไม่ได้กำหนดให้หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการทุกราย หากแต่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของ Incumbent ในกรณีของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา หรือผู้ประกอบการที่เป็น SMP ในกรณีของกฎหมายของสหภาพยุโรป ในขณะที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม และประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมฯ ของประเทศไทยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย กรณีจึงเป็นการกำหนดหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมที่แตกต่างจากกฎหมายของ

ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป และแตกต่างจากหลักการเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นซึ่งกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการกำกับดูแลเกี่ยวกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยมีการกำกับดูแลแบบเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ประกอบการทุกราย (Symmetric Regulation) ในขณะที่หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และการกำกับดูแลการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปเป็นการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นอันมีลักษณะของการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation)

นอกจากนี้เมื่อมีประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้โครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคมร่วมกันสำหรับโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นประกาศเกี่ยวกับการใช้โครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคมสำหรับโทรศัพท์เคลื่อนที่ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการก็ได้มีการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตทุกรายเช่นกัน ดังนั้นการกำกับดูแลเกี่ยวกับการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยจึงไม่มีลักษณะของการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น หรือมีการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกันเหมือนกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป

4.2.4.2 ความแตกต่างของหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของไทย และหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่ปรากฏในบริบทของกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยก็มีความแตกต่างจากหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป โดยดังที่กล่าวไปข้างต้นว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปนั้นเป็นการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น โดยกำหนดให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาดจำเป็นต้องให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงสิ่งซึ่งถือเป็นอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในการประกอบกิจการ อย่างไรก็ตามสำหรับสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของประเทศไทยนั้นได้มีการให้คำนิยามไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ข้อ 3 ซึ่งกำหนดว่า

“สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น” หมายความว่า สิ่งอำนวยความสะดวก การทำงานกระบวนการ หรือบริการของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม ซึ่งจำเป็นต้องใช้สำหรับการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม โดยพิจารณาจากเงื่อนไขดังนี้

- (1) ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจควบคุมการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกนั้น
- (2) ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจำเป็นต้องใช้สิ่งอำนวยความสะดวกนั้นในการให้บริการโทรคมนาคมของตน และ

- (3) ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไม่สามารถทำหรือจัดให้มีได้หากพิจารณาในทางเศรษฐศาสตร์หรือทางเทคนิค

จะเห็นว่าสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของไทยไม่มีเงื่อนไขในการบังคับใช้ว่าจะบังคับใช้กับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น ดังเช่นกรณีของหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป

4.2.4.3 เหตุผลสนับสนุนการกำกับดูแลแบบเท่าเทียมกันของไทย

หากพิจารณาถึงพัฒนาการของการประกอบกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยเปรียบเทียบกับพัฒนาการของกิจการโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปจะพบว่าพัฒนาการของกิจการโทรคมนาคมของไทยมีความแตกต่างจากกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป

แม้กิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปจะเริ่มต้นด้วยการผูกขาดทางการค้าเหมือนกันก็ตาม แต่พัฒนาการของกิจการโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้ปรากฏพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคม โดย AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะเดียวกันก็เป็นผู้ถือสิทธิในสิทธิบัตรระบบโทรศัพท์ และมีโครงข่ายโทรคมนาคมอยู่ทั่วประเทศได้ใช้ความพยายามในการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาด ซึ่งรวมทั้งการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการราย

อื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน และสร้างอุปสรรคในการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมของตน เช่น ในคดี MCI มีการกล่าวหาว่า AT&T ปฏิเสธไม่ให้ MCI ซึ่งเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ได้เชื่อมต่อเข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคมท้องถิ่นของตน และยังปรากฏพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันในรูปแบบอื่น ๆ อีกด้วย แต่ต่อมาแม้มีการประกาศใช้ Telecommunication Act of 1996 ซึ่งกำหนดหน้าที่ในการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายแก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมของตนแล้วก็ตาม ยังปรากฏว่ามีความพยายามของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในการสร้างอุปสรรคในการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมของตน หรืออุปสรรคในการเข้าถึงระบบสนับสนุนการปฏิบัติการ (Operation Support System) เช่น ในคดี Trinko มีการกล่าวหาว่า Verizon ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดการให้บริการโทรคมนาคมในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้สร้างอุปสรรคแก่ผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าถึงระบบสนับสนุนการปฏิบัติการทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถให้บริการลูกค้าของตนได้ หรือให้บริการล่าช้า

สำหรับกรณีของประเทศไทยในส่วนของกาการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมนั้นดังที่อธิบายไว้ข้างต้นว่าก่อนการเปิดเสรีในกิจการโทรคมนาคมรัฐเป็นผู้มีสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียวในการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยรัฐประกอบกิจการโทรคมนาคมผ่านรัฐวิสาหกิจ 2 องค์กร คือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และการสื่อสารแห่งประเทศไทย เอกชนเข้าประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยผ่านสัญญาความร่วมมือการงานกับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยเท่านั้น ก่อนที่จะมีการร่วมการงานกับเอกชน องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยซึ่งเป็นองค์กรที่ให้บริการโทรศัพท์พื้นฐานได้มีโครงข่ายโทรคมนาคมของตนทั้งประเทศต่อมาเมื่อมีการร่วมการงานกับเอกชน ซึ่ง

ตามสัญญาร่วมการทำงานซึ่งเป็นสัญญาร่วมการทำงานแบบ Build-Transfer-Operate คือเอกชนเป็นผู้ลงทุนสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมจากนั้นโอนโครงข่ายโทรคมนาคมให้เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ คือโอนให้เป็นขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยจากนั้นจึงให้บริการโทรคมนาคม ดังนั้นโครงข่ายโทรคมนาคมที่เอกชนที่เข้าร่วมการทำงานกับรัฐสร้างขึ้นจึงเป็นกรรมสิทธิ์ขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยแล้วแต่ว่าเป็นหน่วยงานใดที่เป็นผู้ให้สัมปทานจึงไม่ปรากฏว่ามีปัญหาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการโดยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยได้ให้เอกชนที่ร่วมการทำงานเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมโทรศัพท์พื้นฐานหลายจุดเท่าที่จะเป็นไปได้ทางเทคนิค หากจะมีข้อโต้แย้งระหว่างผู้ประกอบการบ้างมักจะเป็นเรื่องต้นทุนในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม แต่ไม่ปรากฏว่าองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือการสื่อสารแห่งประเทศไทยมีพฤติกรรมกีดกันการแข่งขัน หรือสร้างอุปสรรคในการเชื่อมต่อ หรือการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมดังเช่นกรณีของ AT&T ปัญหาเรื่องการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเท่าที่ปรากฏมักจะเป็นอัตราการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เรียกเก็บจากผู้ประกอบการแต่ละรายเท่านั้น ดังนั้นเมื่อมีการเปิดเสรีโทรคมนาคม และมีการออกพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ตลอดจนการออกประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 จึงไม่มีความจำเป็นต้องนำวิธีการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) มาใช้กับการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วภายใต้หลักการในการแข่งขันอย่างเสรี และเป็นธรรมซึ่งเป็นสิทธิที่บุคคลได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ นั้นผู้ประกอบการทุกรายในประเภทธุรกิจเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่า

เทียมกันโดยหน่วยงานรัฐ และอยู่ภายใต้กฎกติกา และการกำกับดูแลอย่างเท่าเทียมกัน เว้นแต่จะเป็นกรณีที่รัฐจำเป็นต้องกำกับดูแลผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเป็นพิเศษเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่ออํารงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาด จึงจะมีการนำเอาวิธีการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) มาบังคับใช้ได้

แม้การกำกับดูแลการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยจะไม่มี การนำเอาวิธีการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) มาบังคับใช้ แต่การกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกันนี้ ก็ปรากฏในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย เช่น กรณีการออกประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณา กำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2552 เพื่อป้องกันผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญมิให้ใช้อำนาจในการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขัน โดยเป็นมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรมในกิจการโทรคมนาคม โดยตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะของผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญ และวิธีการพิจารณา โดยอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญตามประกาศฉบับนี้หมายถึง ความสามารถของผู้รับใบอนุญาตที่อยู่ในตำแหน่งที่มีอำนาจตลาด (Market Power) ในลักษณะสามารถกีดกันการแข่งขันที่มีประสิทธิผล (Effective Competition) โดยใช้อำนาจของตนในเชิงพฤติกรรมในตลาดโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้อง เช่น กรณีของผู้รับใบอนุญาตที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 40 ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญ โดยสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญนี้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

อาจกำหนดมาตรการกำกับดูแลล่วงหน้า (Ex Ante Regulation) เพื่อกำกับดูแลผู้ประกอบการดังกล่าวได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ายังมีแนวความคิดเรื่องการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกันปรากฏอยู่ในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย อย่างไรก็ตามยังไม่มีหรือนำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้กับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ดังนั้นจึงถือว่าการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลแบบเท่าเทียมกัน

เมื่อพิจารณาถึงพัฒนาการ และสภาพของตลาดโทรคมนาคมของประเทศไทยในปัจจุบันจะเห็นได้ว่ายังไม่มีควมจำเป็นในการนำการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกันมาบังคับใช้ ซึ่งต่างจากกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปเนื่องจากสภาพแวดล้อม และพัฒนาการในกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยแตกต่างจาก สภาพแวดล้อม และพัฒนาการของกิจการโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และยุโรปนั่นเอง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีความสำคัญอย่างมากในปัจจุบัน โดยมีความสำคัญทั้งต่อชีวิตประจำวันของประชาชน และการพัฒนาด้านเศรษฐกิจ นอกจากนี้ในปัจจุบันพัฒนาการด้านโทรคมนาคมยังถือเป็นปัจจัยหนึ่งในการชี้วัดความเจริญของประเทศอีกด้วย ตามทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับในปัจจุบันนั้น เชื่อว่าระบบเศรษฐกิจแบบกลไกตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเสรีจะนำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด โดยภายใต้ความเชื่อนี้การแข่งขันมีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคม โดยภายใต้ระบบการแข่งขันผู้ประกอบการย่อมต้องพัฒนาศักยภาพของสินค้า และบริการของตนเพื่อให้สามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้ดีที่สุด และในราคาที่ถูกที่สุด ดังนั้นเพื่อสนับสนุนให้มีการพัฒนาอุตสาหกรรมโทรคมนาคมจึงจำเป็นต้องมีการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีในกิจการดังกล่าว

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 ถึงบทที่ 4 ถึงลักษณะพิเศษของกิจการโทรคมนาคม อันเป็นกิจการที่มีการผูกขาดธรรมชาติ ดังนั้นจำเป็นต้องมีการกำกับดูแลนอกเหนือจากการบังคับใช้หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั่วไปเพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขัน และป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดในกิจการโทรคมนาคมอย่างแท้จริง

ประเด็นเรื่องการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการเป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเนื่องจากเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อสภาพการแข่งขันในการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยหากพิจารณาในแง่ของผู้ประกอบการรายใหม่ที่กำลังจะเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นต้นทุนหลักในการประกอบกิจการโทรคมนาคมและเนื่องจากการวางโครงข่าย

โทรคมนาคมให้ครอบคลุมทุกพื้นที่การให้บริการนั้นจำเป็นต้องให้ต้นทุนจำนวนมหาศาลสำหรับผู้ประกอบการรายใหม่ที่ไม่มีทุนมากพอก็อาจไม่สามารถเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมได้ ดังนั้นสำหรับผู้ประกอบการรายใหม่โครงข่ายโทรคมนาคมนอกจากจะเป็นต้นทุนในการประกอบกิจการโทรคมนาคมแล้วยังอาจถือได้ว่าเป็นอุปสรรคแก่ผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมอีกด้วย ดังนั้นในประเทศต่างๆ รวมถึงองค์กรระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจจึงให้ความสำคัญกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการเพื่อเป็นการลดอุปสรรคแก่ผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาด และสนับสนุนให้มีการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม

โดยกิจการโทรคมนาคมในแต่ละประเทศมีการพัฒนาในสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกัน แต่ละประเทศจึงออกแบบการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมแตกต่างกันไป ซึ่งรวมถึงการกำกับดูแลการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันด้วย เช่น กิจการโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกพัฒนาภายใต้การผูกขาดของผู้ประกอบการที่เป็นบริษัทเอกชน คือ บริษัท American Telephone and Telegraph หรือ AT&T ซึ่งในอดีตปรากฏพฤติกรรมในการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมโดยการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมของตน นอกจากนี้ยังปรากฏว่ามีความพยายามในการสร้างอุปสรรคในการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคม ตลอดจนมีการเลือกปฏิบัติในการให้บริการแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นบริษัทในเครือของตน และผู้ประกอบการที่ได้เป็นบริษัทในเครือของตน ดังนั้นหน่วยงานกำกับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงพยายามใช้รูปแบบการกำกับดูแลวิธีการต่างๆ เพื่อมิให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกาในขณะนั้นสามารถใช้อำนาจเหนือตลาดในการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการแข่งขันในกิจการ

โทรคมนาคมได้ ดังนั้นการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมโดยเฉพาะการใช้ และ เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงอยู่ในลักษณะการกำกับดูแลที่ไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) กล่าวคือมีการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น โดยก่อนที่จะมีการประกาศใช้ Telecommunication Act of 1996 ได้มีการกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นผ่านหลัก Essential Facility หรือหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้ Telecommunication Act of 1996 มาตรา 251 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้ และ เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมก็ได้มีการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นเช่นกัน

สหภาพยุโรปเป็นอีกกลุ่มประเทศหนึ่งที่มีการกำกับดูแลการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการอย่างไม่เท่าเทียมกัน โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการที่เป็น Significant Market Power หรือผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญมีหน้าที่มากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นๆโดยทั่วไป เช่น มีหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เข้าถึง หรือใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตน หรือหน้าที่ในการเข้าถึงอุปกรณ์โครงข่าย (Network Element) เป็นต้น ซึ่งล้วนแล้วแต่สะท้อนให้เห็นถึงการกำกับดูแลที่กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น

สำหรับประเทศไทยแม้จะปรากฏการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกันในกิจการโทรคมนาคม โดยมีการออกประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณากำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2552 โดยคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติสามารถกำหนดให้มีการกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญโดยการใช้มาตรการกำกับดูแลล่วงหน้าได้

ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญใช้อำนาจดังกล่าวในการทำลายการแข่งขัน อย่างไรก็ตามยังไม่มีการนำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้กับการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ดังนั้นจึงถือว่าการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลแบบเท่าเทียมกัน

ทั้งนี้เนื่องจากพัฒนาการในเรื่องการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยไม่ปรากฏว่ามีผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดที่ได้กระทำการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ในทางกลับกันปรากฏว่ามีการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการอยู่ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม โดยผู้ประกอบการได้เจรจา และมีการทำความตกลงเรื่องการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างกันอย่างกว้างขวาง โดยแม้จะปรากฏข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการก็สามารถระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ สำหรับข้อพิพาทเรื่องการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในปัจจุบันเท่าที่ปรากฏมักเกี่ยวกับอัตราค่าใช้โครงข่ายโทรคมนาคม (Access Charge) หรืออัตราค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม (Interconnection Charge) หรือเป็นข้อพิพาทระหว่างบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) กับเอกชนที่เป็นคู่สัญญาร่วมการงานเกี่ยวกับการเก็บค่าใช้จ่าย และค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม หรือข้อพิพาทเรื่องการตีความเงื่อนไขของสัญญาร่วมการงานในส่วนของค่าบริการใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเท่านั้น ดังนั้นกรณีของประเทศไทยจึงแตกต่างจากกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป

การใช้ และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ. 2549 จึงมิได้กำหนดหน้าที่แก่

ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น หากแต่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมทุกรายมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมของตนเพื่อให้ผู้ใช้บริการที่อยู่ต่างโครงข่ายโทรคมนาคมสามารถติดต่อสื่อสารกันได้ และกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมทุกรายยังต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นได้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนด้วย เว้นแต่จะเข้ากรณียกเว้นที่กฎหมายกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมสามารถปฏิเสธไม่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนได้ เช่น กรณีที่โครงข่ายโทรคมนาคมที่มีอยู่ไม่เพียงพอต่อการให้บริการ เป็นต้น

ดังนั้นหลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศ ไทยจึงมิได้เป็นไปตามหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น หรือ Essential Facility และแตกต่างจากหลักการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศ สหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป โดยไม่ปรากฏลักษณะการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นอันเป็นลักษณะของการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน (Asymmetric Regulation) เนื่องจากสภาพตลาดโทรคมนาคมของประเทศไทย และพัฒนาการของกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย แตกต่างจากพัฒนาการของกิจการโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป จึงไม่จำเป็นต้องมีการกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกัน นอกจากนี้การกำกับดูแลแบบไม่เท่าเทียมกันเองก็มีผลกระทบต่อการแข่งขันเช่นกัน โดยการกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นอาจส่งผลให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดขาดแรงจูงใจในการพัฒนารัฐกิจ และเทคโนโลยี เนื่องจากตนถูกกำกับดูแลมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้ต้นทุนทางกฎหมายในการประกอบการมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น ในทางตรงกันข้ามการกำหนดให้หน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นหน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมทุกรายนั้นถือเป็นการสนับสนุนให้ผู้ประกอบ

การรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมได้ง่ายขึ้น ดังเช่นจะเห็นได้จากในปัจจุบันมีผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่ไม่มีโครงข่ายโทรคมนาคมของตนเองสามารถให้เช่าใช้โครงข่ายของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมได้ ดังนั้นหลักเกณฑ์เรื่องการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของประเทศไทยในลักษณะการกำกับดูแลอย่างไม่เท่าเทียมกันจึงไม่เหมาะกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมของไทยในปัจจุบัน

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ,

รายงานผลการปฏิบัติงาน กสทช. ประจำปี 2555

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งที่ ร.308/2553 คำร้องที่ ร.475/2552

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขดำที่ อ.405/2548 หมายเลขแดงที่ อ
535/2551

ณัฐพงษ์ ทองภักดี. เศรษฐศาสตร์นโยบายสาธารณะ (Economics of Public Policy). กรุงเทพฯ: โครงการส่งเสริมและพัฒนาเอกสารวิชาการสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2552

ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง. ประเด็นกฎหมายว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในธุรกิจ
โทรคมนาคมและข้อพิจารณาสำหรับประเทศไทย. วารสารวิชาการมหาวิทยาลัย
หอการค้าไทย (พฤษภาคม-สิงหาคม 2550)

แผนแม่บทการพัฒนากิจการโทรคมนาคม ฉบับที่ 1

พรเพ็ญ อินทร์ไทยวงศ์. กฎเกณฑ์การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เหมาะสมกับ
ตลาดโทรคมนาคมในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545

พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519

พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุ
โทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543

พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497

มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย. การประมวลผลการแปรสัญญาพร้อมการทำงาน
ในกิจการโทรคมนาคม (สิงหาคม 2542)

ฤทธิเดช เหมาะประสิทธิ์. หลักเศรษฐศาสตร์ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.
2542. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษากฎหมายธุรกิจ. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552

สถาบันการใช้และการเชื่อมต่อดิจิทัลโทรคมนาคม สำนักงานคณะกรรมการกิจการ
โทรคมนาคมแห่งชาติ นโยบายการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม Competition
Policy in Telecommunication. กรุงเทพฯ: เอเชีย ปรีนติ้ง กรุ๊ป, 2552

สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย โดยเดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และเสาวลักษณ์ ชิวสิทธิ
ยานนท์. การป้องกันการผูกขาดในตลาดโทรคมนาคม(การวิจัยในโครงการแนว
ทางการปฏิรูประบบโทรคมนาคมของประเทศไทย

สุธีร์ ศุภนิตย์. การบริหารและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า. วารสาร
นิติศาสตร์ (ธันวาคม 2545)

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าใน
ประเทศไทย: แนวทางพัฒนากฎหมายส่งเสริมการแข่งขันธุรกิจที่เป็นธรรม, 2536

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าใน
ประเทศไทย : เศรษฐศาสตร์กับกฎหมายป้องกันการผูกขาด, 2536

อนันต์ จันทโรภากร. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า. วารสาร
นิติศาสตร์ (กันยายน 2542)

อรดา เทพยายน. กรอบแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับองค์กรกำกับดูแลการให้บริการ
โทรคมนาคม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540

ภาษาอังกฤษ

Adam Smith. The Wealth of Nation. New York: Bantam Dell

Aspen Skiing V. Aspen Highlands Skiing-472 U.S.585(1985)

Council Resolution of 30 June 1988 on the Development of the Common
Market for Telecommunications Services and Equipment

Frank Fine. NDC/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine

Herbert Hovenkamp. Federal Antitrust policy The Law of Competition and its
practice

Ian Walden. Telecommunications Law and Regulation. United States: Oxford
University Press, 2009

James Kent Scholar ,and Walter Gellhorn Prize. The Organization for
Economic Co-operation and Development:OECD,The Essential Facilities
Concept

John Templelang. the Principle of Essential Facilities in European Community
Competition Law-The Position since Bronner. Copenhagen,2000

Jones Day. Essential Facilities in the European Union Bronner and
Beyond. LL.M.,Faculty of Law,Columbia University,2003

Marc Bourreau. Regulation and Innovation in the Telecommunication
Industry,[Online] Available

from www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308596100000872

[2013,October 9]

MCI Communications Corporation v AT&T, 708 F2d 1081 (7th Cir 1983)

Mehmet Bilal Unver. Essential Facilities Doctrine under EC Competition Law and Particularly implications of the Doctrine for Telecommunications Sections in EU and Turkey,2004

Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co.KG, Case C-7/97, 1998 E.C.R. I-7791, (1999)

Philip Areeda. Essential Facilities:An Epithet in Need of Limiting Principles. Antitrust Law Journal,(1989)

Piyabutr Bunaramrueang. Thailand and Its Shortcut towards General Competition in Telecommunications Industry(2007) [Online] Available from:http://works.bepress.com/piyabutr_bunaramrueang/6/[2013, October 9]

Robert Pitofsky,Harvey J. Goldschmid ,and Diane P.Wood. Trade Regulation Cases and Materials

Robert Pitofsky. The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law.

Sherman Antitrust Act (1890)

Treaty Establishing the European Community

Treaty on the Functioning of the European Union

United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912).

Vassilis Hatzopoulos. The EU Essential Facilities Dosctine. LL.M, University of Michigan

Verizon Communications Inc. V. Law Office of Curtis V. Trinko,LLP (2004)

World Bank. Telecommunications Handbook,[Online] Available from
<http://www.infodev.org/articles/10th-anniversary-telecommunications-regulation-handbook> [2013, October 9]

World Trade Organization, Annex on Telecommunication (GATS)

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวนันท์นที สุนทรพิมล เกิดเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ. 2531 สำเร็จ การศึกษาระดับปริญญานิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2553 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตร์ มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2554 ขณะทำงานในตำแหน่ง หนายความของบริษัทที่ปรึกษากฎหมายวิระวงค์ , ชินวัฒน์ และเพียงพะนอ ในส่วนงาน ระวังข้อพิพาท

ปัจจุบันอยู่ระหว่างการศึกษาค่าต่อในหลักสูตร LL.M in International and European Business Law ที่ Université de Jean Moulin Lyon III ณ ประเทศฝรั่งเศส ด้วยทุนรัฐบาลฝรั่งเศส