

ระบอบการตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติของแคนาดา (Canada's Investment Review Regime) กับข้อบท 'การยกเว้น (Exclusions)' จากกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน

อาเซียนและแคนาดาเริ่มเชิญลูกบอลเปิดสนาม 'การเจรจาจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างอาเซียนและแคนาดา (ASEAN-Canada Free Trade Agreement: ACAFTA)' อย่างเป็นทางการไปเป็นที่เรียบร้อย เมื่อปลายเดือนสิงหาคม 2565 ที่ผ่านมา โดยในช่วงดังกล่าว 'บทลงทุน (Investment Chapter)' เป็นหนึ่งในองค์ประกอบที่ทั้งสองฝ่ายได้เริ่มหารือและแลกเปลี่ยนความคาดหวังเบื้องต้นระหว่างกัน โดยมีทีมเจรจาภายใต้ชื่อ 'คณะทำงานด้านการลงทุน (Working Group on Investment: WGI)' ที่รับผิดชอบการยกร่างบทนี้ในความตกลง ACAFTA

หนึ่งในประเด็นที่น่าสนใจสำหรับการเปิดสนามเจรจาบทลงทุนในรอบแรกนี้ คือ การโหวตให้เข้าและลีลาการเลี้ยงลูกบอลของทีมแคนาดาที่สะท้อนให้เห็นว่า แคนาดาต้องการความตกลงที่มี 'ข้อยกเว้น (Exclusions)' เพื่อให้การดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับ 'กระบวนการตรวจสอบการลงทุนภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในแคนาดา (Investment Canada Act) ค.ศ. 1985 และที่แก้ไขเพิ่มเติม' ไม่สามารถถูกประเทศสมาชิกอาเซียน หรือนักลงทุนของอาเซียน นำไปฟ้องร้องภายใต้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ (State-State Dispute Settlement: SSDS) และกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement: ISDS) ได้

ด้วยเหตุนี้ บทความขึ้นนี้จึงอยากชักชวนผู้อ่านมาทำความรู้จัก 'ระบอบการตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติของแคนาดา' ว่ามีสาระสำคัญอย่างไร มีพัฒนาการและทิศทางอย่างไร และมีนัยต่อแนวทางการจัดทำความตกลงการค้าเสรีอย่างไร

'Net Benefit' and 'National Security' ... การคัดกรองการลงทุนของแคนาดา

'ระบอบการตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติของแคนาดา' อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ 'พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในแคนาดา (Investment Canada Act)' โดยมีหน่วยงานการตรวจสอบการลงทุน (Investment Review Division) ภายใต้กระทรวงนวัตกรรม วิทยาศาสตร์และการพัฒนาเศรษฐกิจ (Ministry of Innovation, Science, Economic Development) เป็นผู้รับผิดชอบหลัก ซึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบและอนุมัติการลงทุนของต่างชาติ (non-Canadians) ในแคนาดา โดยมีเกณฑ์การพิจารณาตั้งอยู่บน 2 หลักการสำคัญ ดังนี้

1) 'ประโยชน์สุทธิที่แคนาดาจะได้รับจากการลงทุน (Net Benefit)' – พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนแคนาดากำหนดให้การลงทุนจากต่างชาติที่ส่งผลต่อ 'การเข้าควบคุม (acquisition of control)' ธุรกิจหรือกิจการของแคนาดาที่มีมูลค่าการลงทุนสูงถึงเกณฑ์ (financial threshold) ที่กำหนดไว้ (รายละเอียดตามตารางที่ 1) จะต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบและอนุมัติการลงทุนจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบ โดยแบ่งสาขาธุรกิจออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ (1) สาขาเศรษฐกิจ (economic sectors)¹ จะได้รับการอนุมัติโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนวัตกรรม วิทยาศาสตร์ และอุตสาหกรรม (Minister of Innovation, Science and

¹ หมายถึง ทุกสาขาธุรกิจที่ไม่เข้าข่ายค่านิยม 'ธุรกิจด้านวัฒนธรรม (cultural business)' ที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนแคนาดา กำหนดไว้ หรือสาขาธุรกิจที่ไม่ใช่ด้านวัฒนธรรม (non-cultural business)

Industry) และ (2) สาขาวัฒนธรรม (cultural sectors)^{2,3} จะได้รับการอนุมัติโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมรดกของแคนาดา (Minister of Canadian Heritage) ทั้งนี้ เกณฑ์สำคัญในการพิจารณาว่ามี ‘Net Benefit’ ต่อแคนาดาหรือไม่ คือ แผนการดำเนินธุรกิจ ซึ่งอาจรวมถึงแผนการจ้างงานชาวแคนาดาและแผนการมีส่วนร่วมของธุรกิจแคนาดา เป็นต้น ทั้งนี้ การลงทุนจากต่างชาติที่มีการลงทุนต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดในการเข้ารับการตรวจสอบและอนุมัติ ยังคงมีหน้าที่ต้องแจ้ง (notify) การลงทุนของตนไปยังหน่วยงานตรวจสอบการลงทุนของแคนาดาเพื่อทราบเป็นข้อมูลด้วย

ตารางที่ 1 - หลักเกณฑ์ด้านการเงิน (financial threshold) ที่การลงทุนจากต่างชาติ จะต้องยื่นขอรับการตรวจสอบการลงทุน (investment review)

การเข้าควบคุมกิจการ (Acquisition of Control)	สาขาธุรกิจ (Business Sectors)	สัญชาติของนักลงทุน (Nationality of Investor)	ประเภทของนักลงทุน (Type of Investor)	มูลค่าการลงทุน (Financial Threshold)
ทางตรง (direct)	สาขาธุรกิจด้านเศรษฐกิจ (Economic sectors)/ สาขาธุรกิจที่ไม่ใช่ด้านวัฒนธรรม (Non-cultural sectors)	เป็นภาคีความตกลงการค้าเสรี (FTAs) กับแคนาดา	นักลงทุนที่ไม่ใช่รัฐวิสาหกิจ (Non-SOEs)	1.565 พันล้านดอลลาร์แคนาดา (enterprise value) ⁴
			รัฐวิสาหกิจ (SOEs)	415 ล้านดอลลาร์แคนาดา (book value) ⁵
		เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO)	นักลงทุนที่ไม่ใช่รัฐวิสาหกิจ (Non-SOEs)	1.043 พันล้านดอลลาร์แคนาดา (enterprise value)
			รัฐวิสาหกิจ (SOEs)	415 million book value
	ไม่ได้เป็นภาคี FTAs กับแคนาดาและสมาชิก WTO	ทุกสัญชาติ	ทุกประเภท	5 ล้านดอลลาร์แคนาดา (book value)
			ทุกประเภท	5 ล้านดอลลาร์แคนาดา (book value)
ทางอ้อม (indirect)	สาขาธุรกิจด้านเศรษฐกิจ (Economic sectors)/ สาขาธุรกิจที่ไม่ใช่ด้านวัฒนธรรม (Non-cultural sectors)	เป็นภาคี FTAs กับแคนาดาหรือสมาชิก WTO	ทุกประเภท	ได้รับการยกเว้นจากการตรวจสอบการลงทุน
			ไม่ได้เป็นภาคี FTAs กับแคนาดา และสมาชิก WTO	ทุกประเภท
	สาขาธุรกิจด้านวัฒนธรรม (Cultural sectors)	ทุกสัญชาติ		ทุกประเภท

² พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในแคนาดา (ICA) กำหนดนิยาม ‘ธุรกิจด้านวัฒนธรรม (cultural business)’ หมายถึง ธุรกิจสิ่งพิมพ์ ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ เพลงและดนตรี และวิทยุและโทรทัศน์

³ ทั้งนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมรดกของแคนาดา มีอำนาจในการเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา กำหนดให้การลงทุนในรูปแบบการจัดตั้งธุรกิจ (establishment of business) ในสาขาธุรกิจด้านวัฒนธรรม ต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบการลงทุนได้

⁴ มูลค่าสุทธิของกิจการ (enterprise value) เท่ากับ ‘มูลค่าตลาด + หนี้สินรวม - เงินสดรวม’

⁵ มูลค่าทางบัญชี (Book Value) เท่ากับ ‘สินทรัพย์รวม - หนี้สินรวม’

2) ‘ผลกระทบต่อความมั่นคงของแคนาดา (National Security) – พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในแคนาดาให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนวัตกรรม วิทยาศาสตร์ และอุตสาหกรรม ในการพิจารณาตรวจสอบการลงทุนที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ ไม่ว่าจะในรูปแบบการจัดตั้งธุรกิจหรือการเข้าควบคุมกิจการของธุรกิจใดในแคนาดา หากมีเหตุผลที่เชื่อได้ว่า การลงทุนจากต่างชาติดังกล่าว ‘เป็นอันตรายต่อความมั่นคงแห่งชาติ (injurious to national security)’ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในแคนาดา ไม่ได้กำหนดคำนิยามการลงทุนที่เข้าข่ายเป็นอันตรายไว้อย่างชัดเจน ซึ่งส่งผลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีดุลพินิจที่กว้างมากในการคัดกรองการลงทุนที่จะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของแคนาดา

‘Enhanced Scrutiny’ ... แคนาดาเพิ่มความเข้มงวดการคัดกรองเพื่อความมั่นคง

ในช่วง 2-3 ปีที่ผ่านมา แคนาดามีความพยายามในการทบทวนนโยบายการตรวจสอบการลงทุนอย่างต่อเนื่อง โดยในปี 2563 แคนาดาได้มีการจัดตั้งกลไกเพื่อศึกษาและเสนอแนะการปรับปรุงระบอบการตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในแคนาดาถึง 2 ระดับ ได้แก่ คณะกรรมาธิการรัฐสภา (Parliamentary Committee) และคณะกรรมการเฉพาะกิจของรัฐบาล (Federal Government Task Force) ซึ่งมีส่วนสำคัญต่อการกำหนดทิศทางและพัฒนาการของ ‘ระบอบการตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติของแคนาดา’ ดังนี้

1) เมื่อวันที่ 18 เมษายน 2563 แคนาดาได้ออก ‘แถลงการณ์เชิงนโยบายว่าด้วยการตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติและโควิด-19 (Policy Statement on Foreign Investment Review and COVID-19)’ เพื่อยกระดับการตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติให้มีความเข้มข้นมากขึ้น (enhanced scrutiny) ในธุรกิจด้านสาธารณสุข หรือการจัดหาสินค้าและบริการที่จำเป็นต่อของแคนาดา โดยให้อำนาจในการตรวจสอบการลงทุนในธุรกิจดังกล่าวแบบไม่จำกัดมูลค่า และไม่จำกัดว่าการลงทุนของต่างชาติมีผลต่อการเข้าควบคุมธุรกิจใดในแคนาดาหรือไม่ ตลอดจนสามารถเรียกขอข้อมูลเพิ่มเติมจากนักลงทุน และขยายระยะเวลาในการตรวจสอบการลงทุนได้ เพื่อให้มั่นใจว่ารัฐบาลแคนาดาจะสามารถตรวจสอบการลงทุนได้อย่างละเอียดรอบคอบ และไม่ส่งผลให้เกิดความเสี่ยงเพิ่มเติมต่อเศรษฐกิจและความมั่นคงของแคนาดา ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้นักลงทุนต่างชาติฉวยโอกาสเข้าซื้อกิจการในช่วงที่มูลค่าทางธุรกิจถดถอยจากการระบาดใหญ่ของโควิด-19 โดยเฉพาะกิจการที่มีความอ่อนไหวของแคนาดา

2) ต่อมา เมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2564 แคนาดาได้ประกาศใช้ ‘แนวทางว่าด้วยการตรวจสอบความมั่นคงแห่งชาติของการลงทุนฉบับปรับปรุงปี 2564 (2021 Revised Guideline on the National Security Review of Investments)’ เพื่อเพิ่มความเข้มงวดในการตรวจสอบ (enhanced scrutiny) ทุกกิจกรรมการลงทุนที่ดำเนินการโดยรัฐวิสาหกิจ (State-owned Enterprises: SOEs) หรือนักลงทุนต่างชาติที่มีความสัมพันธ์หรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของรัฐบาลต่างประเทศ (State-influenced Investors: SOIs) นอกจากนี้ ยังระบุกิจกรรมที่ต้องได้รับการตรวจสอบด้านความมั่นคงแห่งชาติเป็นพิเศษ ได้แก่ (1) การถ่ายโอนเทคโนโลยีที่มีความอ่อนไหว (sensitive technology) เช่น การทหารและข่าวกรอง เป็นต้น (2) การเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว (sensitive personal data) เช่น สุขภาพและพันธุกรรม การเงิน โทรคมนาคม เป็นต้น และ (3) การครอบครอง แร่ธาตุที่จำเป็น (critical minerals) เช่น แร่โลหะหายาก (Rare Earth) เป็นต้น

3) ล่าสุด เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2565 แคนาดาได้ประกาศใช้ ‘กฎระเบียบว่าด้วยการทบทวนการลงทุนด้านความมั่นคงแห่งชาติฉบับแก้ไขปี 2565 (2022 amended regulations on the National Security Review of Investments)’ ซึ่งขยายกรอบเวลาให้แก่หน่วยงานในการเรียกตรวจสอบการลงทุนที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ จากเดิมภายใน 45 วัน เป็นภายใน 5 ปี ทั้งนี้

แคนาดาตั้งเป้าว่า กฎระเบียบดังกล่าวจะช่วยกระตุ้นให้การลงทุนขนาดเล็ก (minority investments) หรือ การลงทุนอื่น ๆ ที่ไม่ได้มีเจตนาจะเข้าควบคุมกิจการของแคนาดาสมัครใจยื่นขอรับการตรวจสอบมากขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนหรือความเสี่ยงจากการคุ้มครองตรวจสอบของหน่วยงานรัฐในภายหลัง ซึ่งการบังคับใช้ กฎระเบียบฉบับนี้ของแคนาดาเป็นไปในทิศทางเดียวกับระบบการทบทวนการลงทุนของประเทศอื่น ๆ เช่น ออสเตรเลียที่กำหนดไว้ 10 ปี และสหราชอาณาจักรที่กำหนดไว้ 5 ปี

'Policy Space' versus 'Investment Protection' ... เพื่อรักษาสมดุลทางเศรษฐกิจและความมั่นคง

ตั้งแต่เกิดวิกฤติการณ์การระบาดใหญ่ของโควิด-19 ในหลายประเทศทั่วโลก ประเทศพัฒนาแล้ว เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย สหภาพยุโรป และสหราชอาณาจักร มีแนวโน้มที่จะทบทวนและปรับปรุง นโยบายหรือมาตรการในการคัดกรองและตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติ (FDI Screening Regime) ให้เข้มงวดมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากวิกฤติการณ์โควิด-19 ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและการดำเนิน ธุรกิจหลายประเทศมีความเปราะบาง และเปิดโอกาสให้นักธุรกิจต่างชาติสามารถเข้ามาซื้อกิจการ ภายในประเทศได้ง่ายขึ้น ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและผลประโยชน์สาธารณะโดยรวมได้ ประเทศ เหล่านี้จึงต้องการผลักดันให้มีข้อยกเว้นสำหรับการใช้มาตรการดังกล่าวในการเจรจาจัดทำความตกลงการค้า เสรียุคใหม่

แคนาดาเป็นอีกหนึ่งประเทศที่ต้องการปกป้องเศรษฐกิจและความมั่นคงท่ามกลาง ความเปราะบางและความไม่แน่นอนที่มีจุดเริ่มต้นมาจากวิกฤติการณ์ด้านสาธารณสุขในครั้งนี้อย่างไรก็ดี แม้การทบทวนระบอบการตรวจสอบการลงทุนของแคนาดาจะเป็นการปรับปรุงอย่างค่อยเป็นค่อยไป ไม่ว่าจะ เป็นการระบุประเภทของนักลงทุนและกิจกรรมที่เข้าข่ายส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติให้มีความชัดเจน มากยิ่งขึ้น แต่การคัดกรองการลงทุนจากต่างชาติของแคนาดายังคงมีความไม่แน่นอนสูง เนื่องจากมีการให้อำนาจกับหน่วยงานที่สามารถใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธการลงทุนจากต่างชาติได้อย่างเหตุผลความมั่นคง และส่งผลให้แคนาดาสนับสนุนให้มีข้อยกเว้นสำหรับมาตรการตรวจสอบการลงทุนจากขอบเขตการฟ้องร้อง ภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (ISDS) และกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ (SSDS) ในความตกลง AFTA

ทั้งนี้ ข้อเสนอดังกล่าวของแคนาดาไม่ใช่ประเด็นใหม่ที่ไทยไม่คุ้นเคยเสียทีเดียว เนื่องจาก ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (RCEP) มีข้อบทที่ยกเว้นระบอบการคัดกรองการลงทุนจาก กระบวนการฟ้องร้องภายใต้กลไก SSDS ระหว่างรัฐกับรัฐ (ความตกลง RCEP ยังไม่มีกลไก ISDS ระหว่าง นักลงทุนกับรัฐ) และการเจรจากระดับความตกลงการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ (AANZFTA Upgrade) ก็ได้รับการผลักดันจากออสเตรเลียให้เพิ่มข้อยกเว้นในเรื่องนี้เช่นกัน

ในการนี้ ไทยควรศึกษาผลประโยชน์และผลกระทบจากการจัดทำ 'ข้อยกเว้น (Exclusions)' ภายใต้การเจรจาความตกลง AFTA ร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอย่างละเอียดและรอบด้าน โดยสำหรับมิติ การลงทุนจากต่างประเทศ (Inward FDI) ไทยอาจได้รับประโยชน์เนื่องจากการเพิ่มพื้นที่เชิงนโยบาย (policy space) ให้แก่รัฐในการใช้มาตรการเพื่อคัดกรองหรือตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติ และทำให้รัฐ สามารถปฏิเสธการลงทุนจากต่างชาติที่อาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ไทยได้ ในทางตรงกันข้าม สำหรับมิติการออกไปลงทุนในต่างประเทศ (Outward FDI) ไทยอาจได้รับผลกระทบ เนื่องจากนักลงทุนไทยอาจไม่ได้รับความคุ้มครอง หากประเทศผู้รับการลงทุนใช้มาตรการคัดกรองและ ตรวจสอบการลงทุนอย่างไม่เป็นธรรม หรือมีการเลือกปฏิบัติเพื่อกีดกันนักลงทุนต่างชาติหรือให้แต้มต่อกับ ผู้ประกอบการภายในประเทศ ดังนั้น ในการพิจารณากำหนดท่าทีต่อข้อเสนอของแคนาดาในเรื่องนี้ ไทยควร คำนึงถึงความสมดุลในการดำเนินนโยบายด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงแบบควบคู่กันไปเพื่อให้รัฐบาล

ไทยยังคงมีพื้นที่เชิงนโยบายอย่างเหมาะสม พร้อม ๆ กับการรักษาผลประโยชน์ของนักลงทุนไทย ในต่างประเทศที่ควรได้รับการคุ้มครองและปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

กล่าวโดยสรุป การได้เห็นผีเท้าและลีลาการเจรจาในบริบทเกี่ยวกับ ‘ระบอบการตรวจสอบการลงทุน’ และ ‘การยกเว้นจากกลไกระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน’ ในครั้งนี้ น่าจะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาเชิงลึกและวิเคราะห์กลยุทธ์หรือแผนการเล่นฟุตบอลของทีมแคนาดาได้ไม่มากนักน้อย ในการนี้ หากทีมอาเซียนต้องการที่จะทำประตูขึ้นมาและคว้าชัยชนะมาสู่ภูมิภาคในที่สุด ผู้เล่นแต่ละคนในทีมอาเซียนจำเป็นต้องกลับไปประเมินความพร้อมและศักยภาพของตนเองอย่างรอบคอบ และร่วมกันวางกลยุทธ์และแผนการเจรจาในเรื่องนี้เพื่อรับมือกับทีมแคนาดาในรอบต่อไป

นายธนนจ สิริยากุล
นักวิชาการพาณิชย์ชำนาญการ
สำนักเจรจาการค้าบริการและการลงทุน
กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ
กันยายน 2565

ข้อมูลอ้างอิงจาก :

- <https://www.whitecase.com/publications/insight/foreign-direct-investment-reviews-2021>
- <https://thelawreviews.co.uk/title/the-foreign-investment-regulation-review/canada#footnote-056>
- <https://www.jdsupra.com/legalnews/the-united-kingdom-germany-and-canada-4359771/>
- <https://iclg.com/practice-areas/foreign-direct-investment-regimes-laws-and-regulations/canada>
- <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/guides/2021/doing-business-in-canada-foreign-investments/>
- <https://www.osler.com/en/resources/regulations/2022/proposed-amendments-to-national-security-review-regime-voluntary-filings-and-substantially-expanded>
- <https://www.fasken.com/en/knowledge/doing-business-canada/2021/10/3-investment-policy#iframe>
- <https://www.fasken.com/en/knowledge/2022/07/canada-to-permit-voluntary-filings-under-national-security-provisions-of-its-investment-canada-act>
- <https://www.osler.com/en/resources/regulations/2022/investment-canada-act-voluntary-national-security-notification-process-for-non-controlling-investmen>
- https://insightplus.bakermckenzie.com/bm/international-commercial-trade/canada-updated-national-security-guidelines-canada-signals-focus-on-sensitive-technology-personal-information-and-critical-minerals_1