

นำเสนองานวิจัย
ผลกระทบของความตกลงการค้าเสรี:
ศึกษากรณีการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ
เกี่ยวกับการลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม

ผศ.ดร.อำนาจ ตั้งศิรีพิมาน
คณะนิติศาสตร์ ม.ธรรมศาสตร์
14 ธันวาคม 2566



เค้าโครงงานวิจัย

- บทที่ 1 – บทนำ (ความสำคัญและที่มาของปัญหา ขอบเขตงานวิจัย ฯลฯ)
 - บทที่ 2 – ความทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนตามสนธิสัญญา
 - บทที่ 3 – การคุ้มครองการลงทุนตามสนธิสัญญาที่สำคัญเกี่ยวข้องกับประเทศไทย (CPTPP EU EFTA UK)
 - บทที่ 4 – ข้อพิพาทการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม
 - บทที่ 5 – บทเรียนจากคดีตัวอย่าง
 - บทที่ 6 – บทสรุปและข้อเสนอแนะ
-



FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY

บทที่ 1

Dr. Amnart Tangkiriphimarn





ขอบเขตการศึกษา

1. ศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (ISDS) ในร่างข้อตกลงทางการค้าหรือการค้าการันตีข้อเสนอในการเจรจาของคู่เจรจาของประเทศไทย 4 ความตกลง คือ CPTPP ไทย-EU ไทย-EFTA และ ไทย-UK
2. วิเคราะห์ผลกระทบต่อความเป็นไปได้ที่จะมีการใช้มาตรการ ISDS กรณีผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่มที่มีผลกระทบต่อสุขภาพ
3. ศึกษาตัวอย่างกรณีนักลงทุนฟ้องรัฐที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม
4. เสนอข้อแนะนำในการเตรียมความพร้อมเพื่อลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีของ ISDS



FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY

บทที่ 2

Dr. Amnart Tangkiriphimarn



© 2010 Postathorn Hanzathana
<https://www.flickr.com/photos/smpn>



ความทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนตามสนธิสัญญา

1. การคุ้มครองการลงทุนตามกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ
2. มาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนตามสนธิสัญญา
FET; expropriation
3. ISDS



FET & EXPROPRIATION

Known treaty-based ISDS cases:

Total: 1257
Pending: 343
Concluded: 890
Unknown: 24

Updated as of 31 December 2022

Breaches of IIA provisions alleged

All (755)

Direct expropriation (146)

Indirect expropriation (520)

Fair and equitable treatment/Minimum standard of treatment, including denial of justice claims (652)

Full protection and security, or similar (314)

Umbrella clause (190)

National treatment (167)

Breaches of IIA provisions found

All (273)

Direct expropriation (45)

Indirect expropriation (76)

Fair and equitable treatment/Minimum standard of treatment, including denial of justice claims (179)

Full protection and security, or similar (25)

Umbrella clause (22)

National treatment (9)

[UNCTAD Investment Policy Hub](#), 31 December 2022



FET

- NAFTA (1992), art. 1105(1)

“Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

- Thailand - Germany BIT (2002), art. 2(3)

“Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party and their returns fair and equitable treatment and full protection.”

- Thailand - Australia FTA (2004), art. 909

“Each Party shall ensure fair and equitable treatment in its own territory of investments.”



Waste Management v. Mexico

“98. The search here is for the Article 1105 standard of review, and it is not necessary to consider the specific results reached in the cases discussed above. But as this survey shows, despite certain differences of emphasis a general standard for Article 1105 is emerging. Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.”



Philip Morris v. Uruguay

“422. It is common ground in the decisions of more recent investment tribunals that the requirements of legitimate expectations and legal stability as manifestations of the FET standard do not affect the State’s rights to exercise its sovereign authority to legislate and to adapt its legal system to changing circumstances.

423. On this basis, changes to general legislation (at least in the absence of a stabilization clause) are not prevented by the fair and equitable treatment standard if they do not exceed the exercise of the host State’s normal regulatory power in the pursuance of a public interest and do not modify the regulatory framework relied upon by the investor at the time of its investment ‘outside of the acceptable margin of change.’”



CPTPP, art. 9.6

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with applicable customary international law principles, including fair and equitable treatment and full protection and security.
 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the **customary international law minimum standard of treatment of aliens** as the standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” **do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights**. The obligations in paragraph 1 to provide:
 - (a) “fair and equitable treatment” **includes** the obligation **not to deny justice** in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of **due process** embodied in the principal legal systems of the world; and [...]
 3. A determination that there has been **a breach of another provision** of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.
 4. For greater certainty, the mere fact that a Party **takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor’s expectations** does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.
 5. For greater certainty, the mere fact that **a subsidy or grant has not been issued, renewed or maintained, or has been modified or reduced**, by a Party, does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.
-



Expropriation

- TAFTA (2004), art. 912

1. Neither Party shall nationalise, expropriate or subject to **measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation** (hereinafter referred to as “expropriation”) the investments of investors of the other Party unless the following conditions are complied with:

1. the expropriation is for a public purpose related to the internal needs of that Party and under due process of law;
2. the expropriation is non-discriminatory; and
3. the expropriation is accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

[...]



Metaclad v. Mexico

“103. [...] expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has **the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.**”



Tecmed v. Mexico

“122. [...], the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that **the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality**. Although the analysis starts at the due deference owing to the State when defining the issues that affect its public policy or the interests of society as a whole, as well as the actions that will be implemented to protect such values, such situation does not prevent the Arbitral Tribunal, without thereby questioning such due deference, from examining the actions of the State in light of Article 5(1) of the Agreement **to determine whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation**. There must be a reasonable relationship of **proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure**.



Methanex v. U.S.A.

“[A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, *inter alios*, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.”

(Part IV Chapter D para. 7)



CPTPP Annex 9-B (3)

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a **case-by-case, fact-based inquiry** that considers, among other factors:

(i) the **economic impact** of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, **standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred**;

(ii) the extent to which the government action **interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations**;³⁶ and

(iii) the character of the government action.

(b) **Non-discriminatory** regulatory actions by a Party that are designed and applied to **protect legitimate public welfare objectives**, such as **public health**, safety and the environment, **do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances**.

36 For greater certainty, whether an investor's investment-backed expectations are reasonable depends, to the extent relevant, on factors such as whether the government provided the investor with **binding written assurances** and the **nature and extent of governmental regulation** or the **potential for government regulation in the relevant sector**.



FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY

บทที่ 3

Dr. Amnart Tangkiriphimarn





หัวข้อการศึกษา

1. CPTPP
 2. EU
 - EU-Singapore IPA
 - EU-Vietnam IPA
 3. EFTA
 - EFTA-Indonesia CEPA
 4. UK
 - UK-Vietnam FTA
-



CPTPP

- บทบัญญัติว่าด้วยการลงทุนของ CPTPP ปรากฏในบทที่ 9 โดยมีจำนวนทั้งสิ้น 30 มาตรา (มาตรา 9.1 ถึง 9.30) และปรากฏรายละเอียดเพิ่มเติมในภาคผนวกจำนวนทั้งสิ้น 12 ภาคผนวก (ภาคผนวก 9-A ถึง 9-L)
- บทนำของ CPTPP ระบุว่าการทำสนธิสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุน เพื่อนำมาซึ่ง “การเติบโตทางเศรษฐกิจ” (economic growth) และ “ประโยชน์ทางสังคม” (social benefit) โดยการสร้าง “กรอบกฎหมายที่คาดหมายได้” (predictable legal framework) โดยยังให้ความสำคัญกับ “สิทธิดั้งเดิมของรัฐในการกำกับดูแล” (inherent right to regulate) และ ความยืดหยุ่นในการบัญญัติกฎหมายเพื่อ “ปกป้องประโยชน์สาธารณะคุ้มครองวัตถุประสงค์อันชอบธรรมเพื่อสวัสดิภาพของสาธารณชน ในด้านต่าง ๆ เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย สิ่งแวดล้อม การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตที่ไร้แล้วหมดไป บุรณภาพและเสถียรภาพทางการเงิน และศีลธรรมอันดีของประชาชน”



CPTPP, art. 9.6 (FET)

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with applicable customary international law principles, including fair and equitable treatment and full protection and security.
 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the **customary international law minimum standard of treatment of aliens** as the standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” **do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights**. The obligations in paragraph 1 to provide:
 - (a) “fair and equitable treatment” **includes** the obligation **not to deny justice** in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of **due process** embodied in the principal legal systems of the world; and [...]
 3. A determination that there has been **a breach of another provision** of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.
 4. For greater certainty, the mere fact that a Party **takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor’s expectations** does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.
 5. For greater certainty, the mere fact that **a subsidy or grant has not been issued, renewed or maintained, or has been modified or reduced**, by a Party, does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.
-



CPTPP Annex 9-B (Expropriation)

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a **case-by-case, fact-based inquiry** that considers, among other factors:

(i) the **economic impact** of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, **standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred**;

(ii) the extent to which the government action **interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations**;³⁶ and

(iii) the character of the government action.

(b) **Non-discriminatory** regulatory actions by a Party that are designed and applied to **protect legitimate public welfare objectives**, such as **public health**, safety and the environment, **do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances**.

36 For greater certainty, whether an investor's investment-backed expectations are reasonable depends, to the extent relevant, on factors such as whether the government provided the investor with **binding written assurances** and the **nature and extent of governmental regulation** or the **potential for government regulation in the relevant sector**.



CPTPP (ISDS)

- บทบัญญัติว่าด้วย ISDS ปรากฏอยู่ในส่วน B ของบทที่ 9 ซึ่งกำหนดให้นำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก คือ การเจรจา และการอนุญาโตตุลาการมาใช้ โดยมาตรา 9.18 กำหนดให้คู่พิพาทต้องดำเนินการเจรจาหรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันก่อนเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และหากไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ภายใน 6 เดือน นักลงทุนมีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทว่ารัฐผู้รับการลงทุนได้ฝ่าฝืนมาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ตามมาตรา 9.19 โดยอาจเลือกการอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญา ICSID และขอบังคับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการของ ICSID การอนุญาโตตุลาการภายใต้ขอบังคับ ICSID Additional Facility การอนุญาโตตุลาการภายใต้ขอบังคับอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL หรือการอนุญาโตตุลาการภายใต้ขอบังคับอื่นใดที่คู่พิพาทตกลงกันได้ นอกจากนี้บทบัญญัติในประเด็นนี้ยังได้กล่าวถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการในขั้นตอนต่าง ๆ เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 9.22) การดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 9.23) และความโปร่งใสของกระบวนการ (มาตรา 9.24) เป็นต้น



EU

- ณ เวลาที่มีการเขียนวิจัยฉบับนี้ สหภาพยุโรปและไทยกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาอบแรก และยังไม่มีการเผยแพร่ร่างการเจรจาออกมา ดังนั้นผู้วิจัยจึงจะทำการศึกษาบนพื้นฐานของความน่าจะเป็นว่าความตกลงด้านการลงทุนระหว่างไทยและสหภาพยุโรปจะออกมาเป็นอย่างไร โดยศึกษาจากความตกลงในลักษณะเดียวกันที่สหภาพยุโรปได้ทำไว้กับประเทศสมาชิกอาเซียนสองประเทศ ได้แก่ สิงคโปร์ และเวียดนาม กล่าวคือ ความตกลงการคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหภาพยุโรปและสิงคโปร์ (EU-Singapore Investment Protection Agreement หรือ EUSIPA) และความตกลงการคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหภาพยุโรปและเวียดนาม (EU-Vietnam Investment Protection Agreement หรือ EUVIPA)



EU

- บทนำของ EUSIPA และ EUVIPA ยืนยันวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมความสัมพันธ์ทางการลงทุนระหว่างภาคี โดยมีเป้าหมายสุดท้ายเพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน ทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม และเน้นย้ำถึงความสำคัญของการกำหนดแนวทางส่งเสริมการลงทุนให้สอดคล้องกับมาตรฐานการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองแรงงาน และมาตรฐานสากลอื่น ๆ ทั้งนี้ในส่วนของ EUSIPA มีการกล่าวยืนยันสิทธิของภาคีในการกำหนดและบังคับใช้มาตรการเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ทางนโยบายอันชอบธรรม ซึ่งรวมถึงการส่งเสริมคุณค่าทางสังคม สิ่งแวดล้อม ความมั่นคง การสาธารณสุข และความปลอดภัย และปกป้องความหลากหลายทางวัฒนธรรม ในขณะที่ EUVIPA มีการเน้นย้ำถึงความประสงค์ของภาคีที่จะยกระดับคุณภาพชีวิต สนับสนุนการเจริญเติบโตและเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ สร้างโอกาสการจ้างงานใหม่ ๆ และปรับปรุงสวัสดิการโดยรวม และยืนยันความมุ่งมั่นในการส่งเสริมการลงทุนเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ซึ่งสามารถทำได้โดยการทำให้กรอบกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนมีความคาดหมายได้ ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า EUVIPA จะให้ความสำคัญกับเรื่องการส่งเสริมการลงทุนผ่านการคุ้มครองการลงทุนมากกว่า EUSIPA อยู่บ้าง
-



EUSIPA, art. 2.4 (FET)

1. Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party **fair and equitable treatment** and full protection and security in accordance with paragraphs 2 to 6.
 2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 **if its measure or series of measures constitute:**
 - (a) denial of justice in criminal, civil and administrative proceedings;
 - (b) a fundamental breach of due process;
 - (c) manifestly arbitrary conduct;
 - (d) harassment, coercion, abuse of power or similar bad faith conduct.
 3. In determining whether the fair and equitable treatment obligation, as set out in paragraph 2, has been breached, a Tribunal may take into account, where applicable, whether a Party made **specific or unambiguous representations** to an investor so as to induce the investment, that created **legitimate expectations** of a covered investor and which were reasonably relied upon by the covered investor, but that the Party subsequently frustrated.
 4. **The Parties shall**, upon request of a Party or recommendations by the Committee, **review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment**, pursuant to the procedure for amendments set out in Article 4.3 (Amendments), in particular, **whether treatment other than those listed in paragraph 2 can also constitute a breach of fair and equitable treatment.**
-



EUVIPA, art. 2.7 (Expropriation)

1. A Party shall not nationalise or expropriate the covered investments of investors of the other Party either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”), except:
 - (a) for a public purpose;
 - (b) under due process of law;
 - (c) on a non-discriminatory basis; and
 - (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation.
-



EUVIPA, Annex 4 (Expropriation)

2. The determination of whether a measure or series of measures by a Party, in a specific factual situation, constitutes an **indirect expropriation** requires a **case-by-case, fact-based inquiry** that considers, inter alia:

(a) the **economic impact** of the measure or series of measures, although the fact that a measure or series of measures by a Party has an **adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that such an expropriation has occurred;**

(b) the **duration** of the measure or series of measures or of its **effects**; and

(c) the **character** of the measure or series of measures, in particular its object, context and intent.

3. **Non-discriminatory** measures or series of measures by a Party that are designed to **protect legitimate public policy objectives do not constitute indirect expropriation, except in the rare circumstances** where the impact of such measure or series of measures is **so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive.**



EU (ISDS)

- บทบัญญัติว่าด้วย ISDS ปรากฏอยู่ในบทที่ 3 ส่วน A ของ EUSIPA และบทที่ 3 ส่วน B ของ EUVIPA โดยยังคงให้สิทธินักลงทุนของภาคีสามารถฟ้องร้องรัฐผู้รับการลงทุนได้โดยตรง โดยนักลงทุนจะต้องพยายามดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอย่างฉันทมิตร ไม่ว่าจะโดยการหารือ (consultation) หรือการไกล่เกลี่ย (mediation) กับรัฐผู้รับการลงทุนเสียก่อนช่วงระยะเวลาหนึ่งก่อนที่จะสามารถนำข้อพิพาทไปฟ้องได้ (มาตรา 3.2-3.6 ของ EUSIPA และมาตรา 3.29-3.33 ของ EUVIPA) โดยกระบวนการตัดสินข้อพิพาท จะไม่ได้นำอนุญาโตตุลาการมาใช้ แต่จะนำศาลการลงทุนทวิภาคีซึ่งประกอบด้วยองค์คณะชั้นต้นและองค์คณะอุทธรณ์มาใช้แทน (มาตรา 3.9-3.10 ของ EUSIPA และมาตรา 3.38-3.39 ของ EUVIPA) ซึ่งจะมีความแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการในสาระสำคัญอยู่หลายประเด็น เช่น สิทธิในการแต่งตั้งผู้ตัดสินคดีของนักลงทุน ที่มาของผู้ตัดสินคดี และคำตอบแทนขององค์คณะ เป็นต้น
-



EFTA

- ณ เวลาที่กำลังทำวิจัยชิ้นนี้ กระบวนการเจรจาระหว่าง EFTA และไทยยังไม่แล้วเสร็จ และยังไม่มีร่างข้อตกลงเผยแพร่สู่สาธารณชน จึงมีความจำเป็นต้องใช้ความตกลงอื่นที่มีความใกล้เคียงกันเป็นวัตถุในการศึกษา ซึ่งจากการสำรวจพบว่าภาคีของ EFTA และอินโดนีเซียได้ลงนามความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจที่ครอบคลุม (Comprehensive Economic Partnership Agreement หรือ CEPA) เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 2018 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 2021 โดยมีข้อบ่งชี้ว่าด้วยการลงทุนอยู่ในบทที่ 4 และข้อบ่งชี้ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทอยู่ในบทที่ 11



EFTA – Indonesia CEPA

- บทบัญญัติว่าด้วยการลงทุนของ CEPA เน้นไปที่การส่งเสริมการลงทุน (investment promotion) (มาตรา 4.3) และการเปิดเสรีการลงทุน (liberalization) (มาตรา 4.5)
- จากการพิจารณา พบว่าบทบัญญัติว่าด้วยการลงทุนใน CEPA มีเนื้อหาไม่ครอบคลุม เหมือนกับกรณีของ CPTPP EUSIPA และ EUVIPA โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการคุ้มครองนักลงทุนที่มีเนื้อหาน้อยกว่ามาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนที่มีอยู่อย่างจำกัด โดยไม่ปรากฏขอบทว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและมาตรฐานการเวนคืน นอกจากนี้ยังไม่ปรากฏขอบทว่าด้วย ISDS ที่ให้สิทธิให้นักลงทุนสามารถฟ้องคดีรัฐได้โดยตรงในกรณีที่เกิดข้อพิพาทการลงทุน



UK

- ปัจจุบันไทยยังคงอยู่ในระหว่างการเจรจาความตกลงการค้าเสรีกับสหราชอาณาจักร และยังไม่ปรากฏร่างเอกสารการเจรจา ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเอกสารอื่นเทียบเคียง ซึ่งในที่นี้ได้แก่ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหราชอาณาจักรและเวียดนาม (Free Trade Agreement Between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Socialist Republic of Viet Nam หรือ UKVFTA) ลงนามเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม 2563 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 31 ธันวาคม ปีเดียวกัน โดยมีเนื้อหาสำคัญคือการนำบทบัญญัติส่วนใหญ่ของความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหภาพยุโรปและเวียดนาม (EU-Vietnam Free Trade Agreement หรือ EUVFTA) มาเป็นส่วนหนึ่งของ UKVFTA เพื่อประกันความต่อเนื่องของความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจของทั้งสองประเทศภายหลังการออกจากสหภาพยุโรปของสหราชอาณาจักร ดังนั้นบทบัญญัติของ UKVFTA จึงเกี่ยวข้องกับเรื่อง การค้าสินค้า การค้าบริการ การเปิดเสรีการค้าและการลงทุน เป็นสำคัญ
- จากการพิจารณา พบว่าบทบัญญัติที่ UKVFTA นำมาปรับใช้ มีเพียงบทบัญญัติในส่วนของ EUVFTA เท่านั้น โดยไม่ได้ครอบคลุมถึงบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองนักลงทุน ซึ่งรวมถึง ISDS ตามที่ได้ระบุไว้เป็นการเฉพาะใน EUVIPA มาใช้



FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY

บทที่ 4

Dr. Amnart Tangkiriphimarn





ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหารและเครื่องดื่ม

1. การลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม
2. ข้อพิพาทเกี่ยวกับอาหารและเครื่องดื่มที่เคยเกิดขึ้น
3. มาตรการของรัฐเพื่อสุขภาพของประชาชนที่อาจนำมาซึ่งข้อพิพาทการลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม



การลงทุนด้านอาหารและเครื่องดื่ม

- FDI ช่วยให้อุตสาหกรรมสินค้าสูงชันกว่าการค้า
 - ลดต้นทุน (ขนส่ง การกระจายสินค้า); เข้าถึงวัตถุดิบ; เข้าถึงตลาด (fast food chain; supermarket); เลี่ยงกำแพงภาษี; ปรับลักษณะสินค้าให้เข้ากับท้องถิ่น
- คุณและโทษ (ผลกระทบต่อพฤติกรรมการกิน)
 - การเข้าถึงอาหารและเครื่องดื่ม ที่ถูกสุขลักษณะ ในราคาที่ถูกลง
 - การเข้าถึงอาหารและเครื่องดื่ม ที่ไม่ถูกสุขลักษณะ ในราคาที่ถูกลง
 - อาหารแปรรูป ผ่านกรรมวิธีต่าง ๆ เพื่อให้ผลิตได้ปริมาณมาก ในเวลาน้อย และต้นทุนต่ำ
 - โรคไม่ติดต่อ (NCDs) ได้แก่ มะเร็ง หัวใจและหลอดเลือด ทางเดินหายใจ เบาหวาน อ้วน
 - ไขมัน น้ำตาล โซเดียม สารให้พลังงาน



ข้อพิพาทเกี่ยวกับอาหารและเครื่องดื่มที่เคยเกิดขึ้น

- จากการตรวจสอบฐานข้อมูล UNCTAD Investment Policy Hub พบว่าฐานข้อมูลดังกล่าวมีการจัดแบ่งข้อมูลลักษณะของคดีที่เกี่ยวข้องกับอาหารและเครื่องดื่ม ทั้งที่อยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณา และเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาแล้ว (ไม่ว่าจะด้วยเหตุมีคำชี้ขาดแล้ว คู่พิพาทตกลงกันได้ หรือมีการขอให้ถอนคดี) ใน 3 ลักษณะตามประเภทของการลงทุน ได้แก่
 - (1) การลงทุนขั้นปฐมภูมิ (primary) อันเกี่ยวกับกิจการผลิตวัตถุดิบขั้นต้น ประกอบด้วยเกษตรกรรมและการประมง (agriculture and fishing) (30 คดี)
 - (2) การลงทุนขั้นทุติยภูมิ (secondary) อันเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการผลิต ประกอบด้วยการผลิตอาหารและเครื่องดื่ม (manufacture of food products and beverage) (40 คดี) และ
 - (3) การลงทุนขั้นตติยภูมิ (tertiary) อันเกี่ยวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวกับผู้บริโภค ประกอบด้วย การให้บริการด้านอาหารและเครื่องดื่ม (food and beverage service activities) (1 คดี)



ข้อพิพาทเกี่ยวกับอาหารและเครื่องดื่มที่เคยเกิดขึ้น

- ข้อพิพาทส่วนใหญ่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับมาตรการเพื่อสุขภาพ (การเวนคืนกิจการ การยึดที่ดิน การป้องกันการบุกรุกกิจการ การผัดนัดไม่ชำระราคา การดำเนินคดีอาญากับนักลงทุน การยกเลิกการยกเว้นสิทธิประโยชน์ การจัดสรรโควต้า ฯลฯ)
- Canadian Cattlemen v. U.S.A. (2008)
 - ห้ามนำเข้าเนื้อวัว เพื่อป้องกันการระบาดของโรควัวบ้า (คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจ)
- ADM v. Mexico (2007) และอื่น ๆ
 - มาตรการทางภาษีสำหรับเครื่องดื่มประเภทน้ำอัดลมที่มีส่วนผสมของน้ำตาลฟรุคโตสที่ทำจากข้าวโพด (เลือกปฏิบัติเป็นคุณกับผู้ผลิตอ้อยภายในประเทศ)



มาตรการของรัฐเกี่ยวกับอาหารและเครื่องดื่ม

- มาตรการบังคับ
 - มาตรการทางการเงิน (ภาษี)
 - ควบคุมการโฆษณา
 - ฉลาก (การให้ข้อมูล)
 - กำหนดส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ (reformulation)
- มาตรการสมัครใจ
 - ให้การศึกษา สร้างความรับรู้ นำเสนอข้อเสนอแนะ



กรณีของประเทศไทย

- ฉลากแบบสัญญาฉ้อฉล

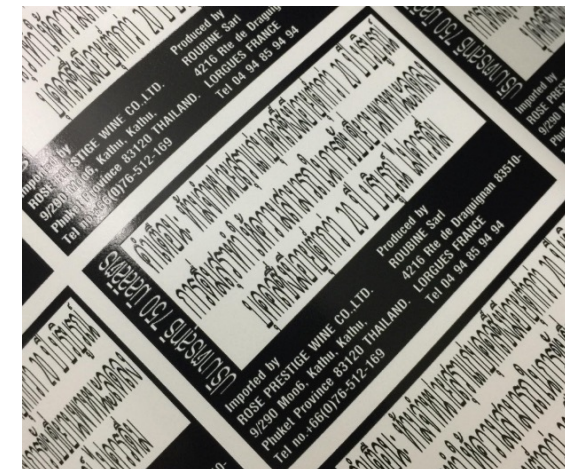
คุณค่าทางโภชนาการต่อ
ควรแบ่งกิน ครั้ง

ช่วงที่ ๑	พลังงาน	น้ำตาล	ไขมัน	โซเดียม
ช่วงที่ ๒	กิโลแคลอรี	กรัม	กรัม	มิลลิกรัม
ช่วงที่ ๓	*.....%	*.....%	*.....%	*.....%

* คิดเป็นร้อยละของปริมาณสูงสุดที่บริโภคได้ต่อวัน



- ฉลากเตือนอันตรายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์





FACULTY OF LAW THAMMASAT UNIVERSITY

In response to these diet-related health concerns, in March 2020, Mexico amended a food packaging regulation called NOM-51. The amendment provided that, as of April 2021, certain unhealthy products would be prohibited from putting children’s characters, animations, and other marketing materials on their packages – images specifically designed to appeal to and establish unhealthy habits among young children.

Academics, public health advocates and experts, and civil society organizations [supported](#) these new research-backed labeling rules. Similar labeling requirements adopted in Chile have succeeded in reducing purchases of sugary beverages. In contrast, Mexico’s previously adopted, softer, and industry-backed strategy toward displaying nutritional information in the form of “Guideline Daily Amounts” (GDAs) had produced [disappointing results](#).

Yet, even after successfully adopting the new measure, the battle is not over. [Having lost two challenges against NOM-51](#) before Mexican courts, food industry players with a vested interest in the status quo are now employing another tactic to pressure the government to abandon its public health measures.

Cereal Company v. Mexico and the Sustainable Development Stakes of ISDS

In September 2021, an “unidentified manufacturer of children’s cereals” reportedly notified Mexico that it would invoke protections under the US-Mexico-Canada Free Trade Agreement (USMCA) to challenge the NOM-51 before an arbitral tribunal.

Children’s Cereal Company v. Mexico & the Corporate Use of Investor-State Dispute Settlement to Influence Policymaking

By Nora Mardirossian and Lise Johnson
November 30, 2021

<https://ccsi.columbia.edu/news/childrens-cereal-company-v-mexico-corporate-use-investor-state-dispute-settlement-influence>



FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY

บทที่ 5

Dr. Amnart Tangkiriphimarn





บทวิเคราะห์

1. การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติและการดำเนินมาตรการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ
2. การพิสูจน์และหลักฐานทางวิทยาศาสตร์
3. บทเรียนจากกรณีมาตรการด้านผลิตภัณฑ์ยาสูบ



การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ v มาตรการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ

- investment protection & right to regulate
 - Proportionality
 - regulatory chill
 - แก้ไขหรือลดทอน ล่าช้า ยกเลิก
 - พัฒนาการเกี่ยวกับสนธิสัญญา
 - FET & expropriation
 - General exception
 - Public interest clause
 - Carved-out
-



General Exception Clause

- India Model BIT 2015, Article 32(1)

“Nothing in this Treaty shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures of general applicability applied on a nondiscriminatory basis that are necessary to:

(i) protect public morals or maintaining public order;

(ii) protect human, animal or plant life or health;

(iii) ensure compliance with law and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement;

(iv) protect and conserve the environment, including all living and nonliving natural resources;

(v) protect national treasures or monuments of artistic, cultural, historic or archaeological value.”



Public Interest Clause

- CPTPP, Article 9.16 (Investment and Environmental, Health and other Regulatory Objectives)

“Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental, health or other regulatory objectives.”



Carved-out

- CPTPP, Article 29.5 (Tobacco Control Measures)

“A Party may elect to deny the benefits of Section B of Chapter 9 (Investment) with respect to claims challenging a tobacco control measure of the Party. Such a claim shall not be submitted to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment) if a Party has made such an election. If a Party has not elected to deny benefits with respect to such claims by the time of the submission of such a claim to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment), a Party may elect to deny benefits during the proceedings. For greater certainty, if a Party elects to deny benefits with respect to such claims, any such claim shall be dismissed.”



การพิสูจน์และหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

- หลักฐานทางวิทยาศาสตร์
 - ไม่ได้ทำตามอำเภอใจ ทำเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย มีการศึกษา
 - ภาระการพิสูจน์ มาตรฐานการพิสูจน์ (ระเบียบวิธีวิจัย ความถูกต้อง)
 - ความยากในการพิสูจน์ผลสัมฤทธิ์ (ระยะเวลา causation)
- สนธิสัญญา แนวปฏิบัติระหว่างประเทศ
 - FCTC
 - WHO guidelines and recommendations / reports
 - มาตรการที่ประเทศอื่น ๆ ใช้
 - มาตรการที่ไม่เคยมีใครทำมาก่อน



Methanex v. U.S.A.

“101. Having considered all the expert evidence adduced in these proceedings by both Disputing Parties, the Tribunal accepts the UC Report as reflecting a serious, objective and scientific approach to a complex problem in California. Whilst it is possible for other scientists and researchers to disagree in good faith with certain of its methodologies, analyses and conclusions, the fact of such disagreement, even if correct, does not warrant this Tribunal in treating the UC Report as part of a political sham by California. In particular, the UC Report was subjected at the time to public hearings, testimony and peer-review; and its emergence as a serious scientific work from such an open and informed debate is the best evidence that it was not the product of a political sham engineered by California, leading subsequently to the two measures impugned by Methanex in these arbitration proceedings. Moreover, in all material respects, the Tribunal is not persuaded that the UC Report was scientifically incorrect: the Tribunal was much impressed by the scientific expert witnesses presented by the USA and tested under cross- examination by Methanex; and the Tribunal accepts without reservation these experts’ conclusions.”



Chemtura v. Canada

“153. Third, the Claimant further argues that the scientific basis for the outcome of the Special Review was insufficient, a fact that suggests that the underlying reasons explaining the outcome are to be found in the political pressures exerted on the PMRA (PHB Cl., para. 106 ff). The Tribunal has already discussed the reasons why the PMRA launched the Special Review, rejecting the arguments of the Claimant in that regard. It adds, in this connection that the Claimant itself acknowledges that it is not for the Tribunal to judge the correctness or adequacy of the scientific results of the Special Review, not even those questioned by the Board of Review. Thus, such divergence cannot, under the present circumstances, constitute a basis for a finding of unfair or bad faith treatment.”



บทเรียนจากกรณีมาตรการด้านผลิตภัณฑ์ยาสูบ

- Philipp Morris v. Australia
- Philipp Morris v. Uruguay
 - Expropriation
 - FET
 - FCTC and Scientific Evidence
 - Process



Expropriation

- “284. In any case, the effects of the SPR were far from depriving Abal of the value of its business or even causing a “substantial deprivation” of the value, use or enjoyment of the Claimants’ investments [...]”
 - “287. [...] There is however an additional reason in support of the same conclusion that should also be addressed in view of the Parties’ extensive debate in that regard. In the Tribunal’s view, the adoption of the Challenged Measures by Uruguay was a valid exercise of the State’s police powers, with the consequence of defeating the claim for expropriation under Article 5(1) of the BIT.”
 - “306. [...] But the fact remains that the incidence of smoking in Uruguay has declined, notably among young smokers, and that these were public health measures which were directed to this end and were capable of contributing to its achievement. In the Tribunal’s view, that is sufficient for the purposes of defeating a claim under Article 5(1) of the BIT.”
-



FET

- “423. On this basis, changes to general legislation (at least in the absence of a stabilization clause) are not prevented by the fair and equitable treatment standard if they do not exceed the exercise of the host State’s normal regulatory power in the pursuance of a public interest and do not modify the regulatory framework relied upon by the investor at the time of its investment ‘outside of the acceptable margin of change.’”
 - “430. On the contrary, in light of widely accepted articulations of international concern for the harmful effect of tobacco, the expectation could only have been of progressively more stringent regulation of the sale and use of tobacco products. Nor is it a valid objection to a regulation that it breaks new ground. Provisions such as Article 3(2) of the BIT do not preclude governments from enacting novel rules, even if these are in advance of international practice, provided these have some rational basis and are not discriminatory. Article 3(2) does not guarantee that nothing should be done by the host State for the first time.”
-



FCTC and Scientific Evidence

- “393. For a country with limited technical and economic resources, such as Uruguay, adherence to the FCTC and involvement in the process of scientific and technical cooperation and reporting and of exchange of information represented an important if not indispensable means for acquiring the scientific knowledge and market experience needed for the proper implementation of its obligations under the FCTC and for ensuring the fulfilment of its tobacco control policy. [...]”
 - “394. [...] Uruguay’s measures were adopted based on the substantial body of evidence that had been made available in the course of its active participation in the FCTC negotiations and in the drafting of implementing guidelines through the newly created Advisory Commission. As indicated by the WHO, such guidelines are “evidence-based,” the working groups relying on available scientific evidence. Material used in their development was released publicly.”
 - “396. In the Tribunal’s view, in these circumstances there was no requirement for Uruguay to perform additional studies or to gather further evidence in support of the Challenged Measures. Such support was amply offered by the evidence-based FCTC provisions and guidelines adopted thereunder. [...]”
-



Novel Idea - Process

- “404. At the time it was introduced, the SPR was without precedent in the practice of other States. It is not specifically mentioned in the FCTC [...]”
 - “407. The Tribunal’s conclusions on the evidence would be as follows: (1) the SPR was not the subject of detailed prior research concerning its actual effects, which would in any case have been difficult to conduct since it involved a hypothetical situation; (2) there was consideration of the proposal by the Tobacco Control Program in consultation with the Advisory Commission of the MPH, although the paper trail of these meetings was exiguous; (3) the SPR was in the nature of a “bright idea” in the context of a policy determination to discourage popular beliefs in “safer” cigarettes but, as held by the WHO, “the rationale for this action [was] supported by the evidence.”
-



Dissenting Opinion

- “174. As noted above, I find significant the lack of evidence of any other international use or consideration of a single presentation requirement and of any meaningful study deliberation, or consultation regarding the single presentation requirement. If the single presentation requirement made serious regulatory sense, it would have been included in the FCTC’s lengthy catalogue of regulatory measures or in the Guidelines’ supplementation of those measures. Or, even if not, the measure would have been recommended in the extensive literature on anti-smoking regulations or, alternatively, would have been the product of study and deliberations counselling in favor of its adoption.”
 - “175. As already discussed, however, the single presentation requirement was none of these things: it was instead an inherently and inevitably arbitrary proposal that was never previously recommended, discussed, or adopted and that was adopted hastily without serious study, debate, or consideration.”
-



FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY

บทที่ 6

Dr. Amnart Tangkiriphimarn

© 2019 Postathorn Hanjatsathata
<https://www.flickr.com/photos/smpn/>



๒ บทสรุปและขอเสนอแนะ

- ผลกระทบของ ISDS ต่อมาตรการเพื่อสุขภาพ
 - การคำนึงถึงคุณค่าที่เกี่ยวข้องอย่างรอบด้าน
 - เศรษฐกิจ v. สุขภาพ; การพัฒนา (อย่างยั่งยืน)
- ความสำคัญของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์
- ความร่วมมือกันระหว่างภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง (ธุรกิจ กฎหมาย สุขภาพ; รัฐ NGO นักวิชาการ)
 - การร่างสนธิสัญญา
 - การออกแบบ / กำหนดนโยบายที่สอดคล้องกับเป้าหมาย
 - กระบวนการออกมาตรการ
 - การมีส่วนร่วม / การปรึกษาหารือผู้มีส่วนได้เสีย
 - กระบวนการต่อสู้คดี



**FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY**

Q&A

amnart@tu.ac.th

Dr. Amnart Tangkiriphimarn