

## มาตรการป้องกันปัญหาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

### กับการเจรจาสนธิสัญญา FTA กับสหรัฐอเมริกา

#### ความสำคัญของปัญหา

การเปิดเสรีทางการลงทุนระบุกว้าง<sup>1</sup> เป็นประเด็นใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อน ในอดีต ไม่ว่า จะเป็นระดับระหว่างประเทศ (เพิ่งจะเริ่มนี้ที่ได้เข้าสู่ยุคที่หลายประเทศทั่วโลกได้ทำ และกำลัง ทำ FTA กว่า 300 ฉบับ) หรือ ภายในประเทศไทย แม้ว่าในอดีตจะ pragmatism ว่ามีการทำ สนธิสัญญาอื่นๆ กับการลงทุน เช่น สนธิสัญญาทิว谷คี ว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุน ที่ ประเทศต่างๆ ได้ทำระหว่างกันในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน และประเทศที่ไปลงทุนทั้งนี้ เพื่อ คุ้มครองการลงทุนระหว่างกันก็ตาม (ซึ่งไม่ใช่ สนธิสัญญาเปิดเสรีทางการลงทุน) ซึ่งรวมทั้ง ประเทศไทยมีสนธิสัญญาดังกล่าวกับประเทศต่างๆ มากรายกว่า 30 ประเทศ โดยเฉพาะอย่าง ยิ่งกับสหรัฐอเมริกา FNC แต่สิ่งที่สำคัญอย่างยิ่งที่ควรจะทราบ คือ สนธิสัญญาที่ เคยทำมาก่อน นั้นทั้งหมด แตกต่างโดยนัยอันสำคัญกับ FTA ที่ไทยกำลังทำอยู่

บริบทของ FTA ซึ่งมุ่งประสงค์ที่จะเปิดเสรีทั้งทางการค้า การลงทุน การค้าบริการ ใน ระบุกว้าง และระบุลึก โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งประเทศมหาอำนาจทาง เศรษฐกิจและเป็นประเทศที่ส่งออกเงินลงทุนได้พยายามทำความตกลงพหุภาคีทางการลงทุน มาแล้ว หรือ Multilateral Investment Agreement หรือ Multilateral Agreement on Investment (MAI) แต่ประสบความล้มเหลวมาแล้วใน OECD จึงได้พยายามแปลงมาในรูปของ สนธิสัญญา ทิว谷คี ซึ่งง่ายต่อการเจรจาต่อรองในระดับทิว谷คี กับคู่เจรจาที่เป็นประเทศที่รับ การลงทุน จึงพบว่าในความตกลง FTA มีลักษณะที่สอดคล้องกับ MAI มา กว่า สิ่งที่ประเทศที่กำลัง พัฒนา หรือแม้แต่ในประเทศที่พัฒนาแล้วบางองค์กร ตลอดจน NGO ที่เคยหาดกลั่นต่อผล ของ MAI ก็ยอมจะต้องหาดกลั่น และเกรงว่า FTA จะเกิดผลกระทบในแง่ลบ ต่อบางส่วนของ สังคมในลักษณะเดียวกัน (โปรดดู การวิเคราะห์ผลกระทบของ MAI) ดังนั้นการที่เราจะพึงสังวร พิจารณาโดยรอบคอบ และหาทางป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจึงเป็นสิ่งที่ดี กว่าการ ประมาณ เป็นที่แนอนว่าการเปิดเสรีทั้งทางการค้า และการลงทุน ตลอดจนการบริการ ย่อมมีผู้ ได้รับผลประโยชน์แนอน แต่จะเป็นใคร และจะ ส่งผลดีต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศมาก น้อย เพียงใด และใครจะเสียเปรียบบ้าง ก็ยอมเกิดขึ้นแนอนเช่นกัน ผลดี ผลเสียนั้นอย่างใดจะ มากน้อยกว่ากันและกระทบต่อสังคมโดยรวมเพียงใด

<sup>1</sup> โปรดดู รูปแบบต่างๆ ของการเปิดเสรีทางการลงทุนกับทางเลือกนโยบายเศรษฐกิจของชาติ

ปัญหาพื้นฐานของการลงทุนระหว่างประเทศ นั้น เป็นที่ทราบกันเป็นอย่างดีว่าเป็นปัญหาที่สับซับซ้อนและยุ่งยาก เป็นหัวใจสำคัญของทุกประเทศ ที่ต้องการรักษาอำนาจอธิบดีของรัฐ อย่างยิ่ง เช่นมาตรการ เกี่ยวกับการกลั่นกรอง อนุญาตให้มีการเข้ามาลงทุนของต่างชาติว่าจะทำได้หรือไม่ ทุกประเทศในโลกไม่เคยยอมสละอำนาจอธิบดีโดยสิ้นเชิงเพื่อเปิดรับการลงทุน และการเปิดเสรีทางการลงทุนเป็นประเด็นที่ไม่อยู่ในการรอบการเจรจาทางการค้าของ GATT/WTO (แม้ว่าแท้จริงแล้วประเด็นการลงทุนเป็นประเด็นภายใต้กรอบของ ITO ก็ตาม แต่ ITO ก็ไม่เคยเกิดขึ้นเลย) จนกระทั่งในรอบการเจรจาทางการค้าอุรุกวัย ที่ประเด็นการลงทุนได้ถูกหยิบยกเข้ามาพิจารณา (แม้ว่าจะเคยมีการทบทวน พิจารณาในประเด็นการลงทุนมาแล้วก็ตาม แต่ก่อนหน้านั้น ยังไม่มีการ บัญญัติไว้ในความตกลงภายใต้ GATT เลย) และกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อมิให้มาตราการทางการลงทุนที่ประเทศต่างๆ ได้เคยกระทำกันมาก่อนมาเป็นอุปสรรคทางการค้า หรือเป็นมาตรการที่มีผลต่อการเมืองเบนกระเสกการค้า ทั้งภายในส่วนที่เกี่ยวกับการเปิดเสรีทางการค้าบริการ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับ Mode 3 : Commercial Presence นั่นคือ การเข้ามาลงทุนทางด้านบริการนั่นเอง โดยเหตุผลที่มาตราการเหล่านี้มีผลกระทบต่อการค้าเสรี ซึ่งสามารถนำเข้ามาอยู่ภายใต้กรอบของ GATT/WTO ได้

อย่างไรก็ตาม อำนาจในการเปิดเสรีทางการลงทุนเป็นอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน และภายใต้ Bilateral Investment Treaty (BIT) ทุกฉบับจะเห็นได้ว่า นักลงทุนที่เข้ามาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย กรอบ และระเบียบของรัฐผู้รับการลงทุน<sup>2</sup> รัฐที่รับการลงทุนจึงยังคงทรงไว้ซึ่งอำนาจโดยสิ้นเชิงในการ Screen และกำหนด Performance requirements แก่นักลงทุน ที่จะเข้ามาลงทุนได้อย่างเต็มที่ เพราะสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน มิใช่สนธิสัญญาเปิดเสรีทางการลงทุนอย่างแท้จริง วัตถุประสงค์หลักนั้นหากแต่มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐที่รับการลงทุน จะคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าว โดยเฉพาะเรื่องการ Expropriation & Compensation และการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าว ซึ่งมีการนำหลักการประติบัติ (ปฏิบัติ) เยี่ยงชาติ National Treatment และ/หรือ หลัก การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง Most-Favored-Nation Treatment ตลอดจนเรื่องการส่งผลกำไรกลับประเทศ และการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการลงทุน เป็นที่นำเสนอเกตว่า�ักลงทุนจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐที่รับการลงทุน ทั้งที่มีอยู่แล้วและที่จะมีขึ้นต่อไปในอนาคต และสนธิสัญญาตลอดจนการลงทุน ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐที่รับการลงทุนโดยเหตุนี้ รัฐที่รับการลงทุนจึงยังคงสามารถที่จะกำหนดมาตรการทางการลงทุนที่เอื้อประโยชน์ต่อประเทศของตนได้

<sup>2</sup> โปรดดู Lawan Thanadsillapakul

ยังคงมีอำนาจในการกำหนดมาตรการที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนให้สอดคล้องเป็นไปตามนโยบายการลงทุนของรัฐบาล เช่น Minimum Export Requirement, Rule of similar, Local Content Requirement, Balance of Payment requirement, etc. (โปรดดูมาตรการในการควบคุม และการคัดกรองการลงทุนจากต่างประเทศตลอดจนมาตรการอื่นๆ)

Sovereign Rights of Host Country to admit and control foreign investment

- Pre entry
- Pre-entry treatment
- Total Exclusion
- Exclusion from negative list, sensitive list, closed sectors
- Screening
- Quantitative restriction
- Conditional entry
- Restricted allocation
- Etc.
- Post entry
- Post- entry Treatment
- Form of establishment
- Ownership control
- Governmental intervention
- Special requirements
- Other Restrictions
- Control over the operation of MNEs
- Expropriation/ Nationalization
- Etc.

Admission and Establishment

- The form of Controls or restrictions over the admission and establishment of foreign investor
- The acquisition of interests in local business
- The limitations on foreign ownership and control
- Registration and report requirements

- The conditional entry of foreign investors: investment measures, incentive regimes, economic policy

#### Measures relating to admission and establishment

- Control over access to the host country economy
- Conditional entry into the host country economy

#### Measures relating to ownership and control

- Control over ownership
- Controls based on limitation of shareholder powers
- Control based on governmental intervention in the running of the investment
- Other types of restriction

#### Control over access to the host country economy

- Absolute ban on all forms of FDI: Former centrally – planned economies prior to the transitional process.
- Closing certain sectors, industries or activities to FDI for economic, strategic or other public policy reasons.
- Quantitative restrictions on the number of foreign companies admitted in specific sectors, industries or activities for economic, strategic or other public policy reasons.
- Investment must take a certain legal form: incorporation in accordance with local company law requirements.
- Compulsory joint ventures either with state participation or with local private investors.

#### Conditional entry into host country: General conditions

- Conditional entry upon investment meeting certain development or other criteria (environmental responsibility, benefit to national economy) based on outcome of screening evaluation procedures

- Investors required to comply with requirements related to national security, policy, customs, public morals as conditions of entry.

#### Condition based on capital requirement

- Minimum capital requirements.
- Subsequent additional investment or reinvestment requirements
- Restrictions on import of capital goods needed to set up investment ( e.g. machinery, software) possibly combined with local sourcing requirements.
- Investors required to deposit certain guarantees ( e.g. for financial institutions)

#### Other Conditions

- Special requirements for non-equity forms of investment (e.g. BOT agreement, licensing of foreign technology).
- Investors to obtain licenses required by activity or industry specific regulations
- Admission fees ( taxes) and incorporation fees (taxes)
- Other performance requirements ( e. g. local content rules, employment quotas, export requirements).

ดังนั้นเมื่อศึกษาสาระสำคัญของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนไม่ว่าใน Model ใดๆที่เคยมีมา ก่อน จะพบได้ว่า การเปิดรับการลงทุนนั้น การคัดสรร คัดกรอง การควบคุม การลงทุนจากต่างประเทศ ล้วนแล้วแต่เป็นไปตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนทั้งสิ้น (ดังรายละเอียดข้างต้น) แม้ว่ามีการคุ้มครองการลงทุนในเรื่องการเวนคืนทรัพย์สินคนต่างด้าวที่จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ขอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือการเวนคืนทรัพย์นั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Public Interest, Non-Discrimination, Due Procedure) ต้องมีการชดเชยอย่างเป็นธรรม หรือตามราคามาตรฐานตลาด หรือชดเชยในราคามีเดิม อย่างรวดเร็วเพียงพอ และ มีประสิทธิภาพ (Prompt , Adequate, and Effective) ซึ่งก็เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้ว เพราะตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีการห้ามการเวนคืนทรัพย์ของคนต่างด้าว หากแต่การเวนคืนนั้นจะต้องขอบด้วยกฎหมาย จึงมีการพิจารณาเห็นว่าเป็นเรื่องเก่าที่มีมานานแล้ว อีกทั้งสอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบของรัฐ หลักการใช้อำนาจคุ้มครองคนชาติในต่างประเทศผ่านครรลองของ Diplomatic Protection

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าการเปิดตัวนับการลงทุน การคุ้มครองการลงทุน ตามผลของสนธิสัญญาใดๆ ที่เคยมีมาก่อนนั้น ไม่อาจจะเปรียบเทียบได้เลยกับการทำสนธิสัญญา FTA ในขณะนี้ และเป็นมิติใหม่ที่จะต้องศึกษาอย่างลึกซึ้ง ไม่ใช่ดูจากผลที่เกิดขึ้นอันสืบเนื่องจากผลของสนธิสัญญาเก่าที่ไทยเคยมีมาก่อน เพราะ FTA ไม่เหมือนกันและไม่เคยมี จึงไม่อยากให้ผู้เกี่ยวข้องตั้งอยู่ในความประมาท แต่ไม่ได้หมายความว่าจะมีการต่อต้าน หรือ คัดค้านโดยสิ้นเชิง หากแต่มาช่วยกันพิจารณาว่าสิ่งใดที่ไทยเราควรจะรับรู้ไว้ก่อน เพราะจะมาคาดเดาสิ่งที่ไม่มีกับสิ่งที่เคยมีมาก่อนไม่ได้ FTA อาจจะเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจไทยอย่างมาก หรือ lever รายเกินความคาดหมายก็ได้ถ้าไทยทำไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ โดยเฉพาะผลกระทบระยะยาวต่อ Sector ต่างๆ ของระบบเศรษฐกิจไทย เช่นเกษตรกร เป็นต้น

โดยเหตุที่การทำสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน หรือสนธิสัญญาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ไม่ได้เปิดเสรีทางการลงทุนอย่างแท้จริง สร้างข้อความริการของตลาดอุตสาหกรรมที่ส่งออกการลงทุน ได้พยายามอย่างยิ่งที่จะเปลี่ยนแปลง Model ของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่เคยมีมาก่อน ตลอดจนการทำสนธิสัญญาพหุภาคีเช่น NAFTA หรือ FTA ระหว่าง US-Canada เป็นต้น ล้วนแล้วแต่เป็นการพยายามทำในสิ่งที่ก่อนหน้านี้ไม่เคยมีใน BIT กล่าวคือ วัตถุประสงค์ในการทำ Investment Liberalization ซึ่งสหราชอาณาจักรที่จะลดอุปสรรคของการลงทุนโดยเฉพาะบทบาทของรัฐที่รับการลงทุนในการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในการพิจารณาเพื่อรับการลงทุน หรือการกำหนดมาตรการที่ใช้เป็นเงื่อนไขในการส่งเสริมการลงทุน การแทรกแซงในการดำเนินการ การบริหารจัดการ การมีส่วนร่วมของห้องคิ่น ข้อกำหนดในการถ่ายเทคโนโลยี ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุ วัตถุประสงค์ของการเปิดเสรีทางการลงทุนอย่างสมบูรณ์แบบ ซึ่งรัฐที่รับการลงทุน จะกำหนดมาตรการใดๆ เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายเศรษฐกิจของชาติโดยรวม หากมาตรการนั้น หรือกฎหมายนั้นเป็นมาตรการที่มีผลต่อการจำกัดการลงทุน หรือเป็นอุปสรรคของการเปิดเสรีทางการลงทุนแล้ว ภายใต้สนธิสัญญาใหม่นี้จะกระทำไม่ได้ และภายใต้ US Model ใหม่นี้ สนธิสัญญาที่สหราชอาณาจักรลงนามกับคู่ภาคี จะต้องเป็นไปตาม วัตถุประสงค์ กล่าวคือเป็นหลักประกันดังนี้

- 1) to ensure that US companies will be treated as favorably as their competitors<sup>3</sup>;
- 2) to establish clear limits on the expropriation of investments and ensure that US investors will be fairly compensated;

---

<sup>3</sup>. This includes when the US investors seek to initiate investment and throughout the life of that investment, subject to certain limited and specifically described exceptions listed in annexes or protocols to the treaties.

- 3) to ensure free transfer of funds<sup>4</sup> into and out of the host country using the market rate of exchange;
- 4) to limit the ability of the host government to require US investors to adopt inefficient and trade distorting practices<sup>5</sup>;
- 5) to ensure the right of US investors to submit an investment dispute with the treaty partner's government to international arbitration<sup>6</sup>;
- 6) to give US investors the right to engage the top managerial personnel of their choice, regardless of nationality.

และความตกลง FTA ยิ่งก้าวหน้ามากไปกว่า US Model BIT มากนัก แม้ว่า US Model BIT จะล้าหน้ากว่า Model เก่าดั้งเดิม นอกจากนั้นประเทศที่ส่งเงินออกเพื่อการลงทุนก็ตื่นตัวที่จะทำ BIT ที่มีหลักประกันที่ดีมากขึ้น ดังตัวอย่างข้างล่างนี้

---

<sup>4</sup>. This covers all transfers related to an investment, including interest, proceeds from liquidation, repatriated profits and infusions of additional financial resources after the initial investment has been made. This is to ensure the right to transfer funds creates a predictable environment guided by market forces.

<sup>5</sup>. From the US's point of view, performance requirement such as local content requirement or export performance requirements all are prohibited. This provision may also open up new markets for US producers and increase US exports. Thus the US investors protected by BITs can purchase US-produced components without restriction on inputs in their production of various products. They can also import other US-produced products for distribution and sale in the local market. They cannot be forced, as a condition of establishment or operation, to export locally produced goods back to the US market or to third-country markets.

<sup>6</sup>. This is to ensure that there is no requirement to use that country's domestic courts.

Example of BIT Models**Table 1****An Example of the US Bilateral Investment Agreement Model**

Contracting Parties and date of agreement	Scope of application		Admission and Treatment	Expropriation and Compensation	Disputes settlement	Other main points
	Investor	Investment				
The US and Lithuania 14 January 1998	Nationals and Legal persons legally constituted under applicable laws and regulations of a party whether or not organised for pecuniary gain, or privately or government ally owned or controlled.	Investment means every kind of investment in the territory of one party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other party	Admission Pre-entry and Post-entry  Most-favour-nation treatment or national treatment, whichever is the most favourable, except the agreed annex issues	Expropriation and Compensation  Investment shall not be expropriated or nationalised either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalisation except for a public purpose, in a non-discriminatory manner, upon payment of prompt, adequate and effective compensation	Dispute settlement  (1) initially seek solution through consultation and negotiation (2) submit the dispute to the court or administrative tribunals of the party that is a party to the dispute or in accordance with the agreed procedure (3) submit to the ICSID	(1) MFN and National treatment will not extend to the other party because the other party accorded to any regional arrangement, free trade area, custom union or multilateral international agreement  (2) the treaty shall not derogate from laws, regulations and practice of either party; international obligation; obligations assumed by either party

Source: Originally compiled and compared by the author (Prof. Dr. Lawan Thanadsillapakul, Professor of Law, Kyushu University) from the BIT between the US and Lithuania.

សង្គមសម្រាប់ការចុះការសម្រាប់ការសាងសង់ Model ទី១

Table 2

**Comparison of some Investment Agreements concluded between ASEAN countries and some European countries, (UK model, German Model, Belgium Model, Dutch Model, French Model) and the ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments**

Contracting Parties and date of agreement	Scope of application		Admission and Treatment	Expropriation and Compensation	Disputes settlement	Other main points
	Investors	Investment				
Indonesia and Britain 27 April 1976	On British side: British companies and nationals including citizen of UK, colonies and British subjects On Indonesia side: Indonesian companies and nationals	Only investment which has been granted admission in accordance with their foreign investment law, within the territory of contracting parties only	Admission Pre - entry subject to foreign investment law and regulations Treatment post - entry MFN treatment	Expropriation for a public purpose Compensation on market value, without undue delay	Refer to ICSID	On the British side, there is territorial extension to cover such territories, for whose international relations the UK are responsible
Indonesia and Norway 26 November 1991 replaced the one signed on 24 November 1969	National or company of a contracting party who effected or is effecting investment in the territory of the other contracting party	Only investment granted admission in accordance with foreign investment laws of Indonesia and in accordance with laws and regulations of Norway , within the territory of contracting party only	Admission Pre-entry subject to foreign investment laws on Indonesian side and in accordance with laws and regulations on Norwegian side Treatment Post-entry MFN	Expropriation for public interest, non-discrimination Compensation on market value, paid without delay, with interest at commercial rate	1. Amicably settled within 6 months if not A. Submit to the contracting party's court having jurisdiction B. refer to ICSID	Repatriation subject to and to the extent permitted by its laws and regulations

Indonesia and Belgium 15 January 1970	Nationals and legal persons of the either contracting party	Only approved investment in accordance with the legislation and administration of contracting party, situated in the territory of the contracting parties only	Admission Pre-entry subject to its legislation but grant MFN treatment for admission Treatment Post - entry national treatment (similar investment) , MFN treatment for the protection	Expropriation for public interest Compensation on just compensation, actual price of the affected goods, MFN treatment	-Diplomatic channels within a six month period, if failed then submit to arbitral tribunal  -Arbitration decision binding the parties	For the purpose of protecting Indonesian national economy, some facilities may only grant to Indonesian concerns
Malaysia and Britain 21 May 1981	On the British side : citizen of the UK and colonies, and any British subject and companies constituted under the law in force in the UK&northern Ireland On the Malaysian side : Malaysian nationals and companies	Investment made in the territory of either contracting party only, and must be an approved project under Malaysian laws, on the British side, investments made in accordance with its legislation	Admission Pre-entry subject to laws enforced in either contracting party Treatment Post-entry Most-favoured-nation treatment accorded fair and equitable treatment	Expropriation for a public purpose Compensation on prompt, adequate and effective	Refer to ICSID	Exception from MFN treatment for the preference or privilege extend to custom union or free trade area by either party
Malaysia and Germany 22 December 1960	Nationals and companies lawfully constituted in accordance with its legislation of the that party	Investment admitted in accordance with their laws and regulations with in the territory of contracting party only, and on the Malaysian side, it must	Admission Pre-entry subject to the approval process in Malaysia and in accordance with its legislation in Germany Treatment	Expropriation for a public purpose Compensation on prompt, adequate and effective compensation and freely transferable	1. Settle by the both governments 2. Arbitration and the arbitral decision is binding	Companies shall not include a branch(es) which has its seat or incorporated in the territory or by or under the laws of a third party

		be an approved project in Malaysia	Post-entry MFN or National treatment			
Malaysia and <u>Belgium-Luxembourg</u>  22 November 1979	Nationals and companies constituted in accordance with its legislation of that parties	Investment made in the territory of either contracting party in accordance with their laws and regulations, and on Malaysian side, it must be an approved project in Malaysia	Admission Pre-entry subject to the approval process in Malaysia and in accordance with its legislation in Belgium-Luxembourg Treatment Post-entry MFN treatment	Expropriation for a public purpose and non-discrimination Compensation prompt, adequate, and effective, freely transferable	A. amicable settlement, if not B. submit to ICSID	Repatriation of return of investment and others is freely transferred but subject to its laws and regulations
Malaysia and <u>Norway</u>  6 November 1984	Nationals and companies lawfully constituted, having its seat or having predominating interest of that party	Investment made in the territory of either contracting party in accordance with its legislation. On Malaysian side, it must be an approved project	Admission Pre-entry subject to its right to exercise powers conferred by its laws, and screening process Treatment Post-entry MFN treatment	Expropriation for public interest, under due process, non-discrimination Compensation prompt, adequate and effective, which is freely transferable	Refer to ICSID	-Freely repatriation of return of investment but subject to its laws and regulations  -MFN treatment will not extend to existing or future REIO
Malaysia and <u>Finland</u>  15 April 1985	Nationals and companies lawfully constituted in territory of that party or having predominating interest of that party	Investment made in accordance with its laws and regulations in the territory of either contracting party, and on Malaysian side it must	Admission Pre-entry subject to approval and in accordance with its legislation Treatment Post-entry MFN treatment	Expropriation for a public purpose, non-discrimination and under due process of law Compensation prompt, adequate	Refer to ICSID	-Freely repatriation of return of investment but subject to its laws and regulations  -MFN treatment

		be an approved project.		and effective, amount to market value and freely transferable		will not extend to existing or future REIO
Malaysia and Netherlands 15 June 1971	Nationals and companies lawfully constituted in accordance with its legislation of that party. On the Netherlands side, including companies controlled directly or indirectly by its national or legal person.	On Malaysian side, approved project On the Netherlands side, investment under the relevant laws and regulations	Admission Pre-entry in accordance with their legislation, and approval process Treatment Post-entry national treatment	Expropriation for a public purpose, under due process of law and non-discrimination Compensation prompt, adequate and effective	1. local administrative and judicial remedies 2. refer to ICSID	Including shipping services
Philippines and Netherlands 27 February 1985	Nationals and companies of either party. Companies lawfully constituted in the territory of that contracting party, and actually doing business in the territory of that party wherein a place of effective management is situated, and directly or indirectly controlled by the national or	Investment brought into, derived from, or directly connected with investment brought into the territory of either contracting party in conformity with their laws and regulations	Admission Pre-entry fair and equitable treatment Treatment Post-entry MFN	Expropriation for public use, in the public interest or national defence Compensation just compensation at the market value, without undue delay and freely convertible currency	Refer to ICSID	-Freely transfer of investment but subject to the right to impose equitably and in good faith such measures to safeguard the integrity and independence of its currency - Exception of MFN contracting party will not extend privilege

	company of that party					and preference to custom union, free trade area, which they are a member
Philippines and Germany 3 March 1964	Nationals and companies of either party. Interpretation of company base on the concept of the seat (siege social)	Investment made in the territory of either contracting party including the ones made prior to its enter into force of the agreement	Admission Pre-entry accords to any similar investment in its territory, in accordance with laws and regulations, need certificate of admission and with fair and equitable treatment Treatment Post-entry MFN treatment	Expropriation for the public benefit Compensation the equivalent of the investment affected, without delay	A. settle by the two contracting parties B. arbitration	-Exception MFN not included the privilege grant to the US nationals and companies
Singapore and Britain 22 July 1975	British nationals include British, citizen of colonies, British subjects, and British protected person, and companies constituted under the British law. Singaporeans and companies constituted the law enforced in Singapore	Investment specifically approved in writing by the contracting party in whose territory the investment have been made or will be made	Admission Pre-entry with fair and equitable treatment but subject to its right to exercise powers conferred by it laws to admit investment, Treatment Post-entry MFN and national treatment where applicable	Appropriation for public purpose Compensation prompt, adequate and effective compensation amount to the market value, made without delay and freely transferable	1. settled through diplomatic channel 2. arbitration	On British side, territorial extension covered any territory for whose international relations they are responsible but with the consent of the government of Singapore

Singapore and France 8 September 1975	Nationals and companies lawfully constituted under the law in force in that party.  Company ,on French side, must has head office in France	Approved investment in writing in the territory of either contracting party	Admission Pre-entry fair and equitable treatment Treatment Post-entry MFN and national treatment	Appropriation for the public purpose, non-discrimination  Compensation on commercial value of the assets, without undue delay and free transferability	Refer to ICSID	Exception MFN treatment , privilege and preferential treatment accorded by virtue of regional arrangement by either contracting party will not extend to the other party
Singapore and Germany 3 October 1973	Nationals and companies lawfully constituted in accordance with its legislation of either party.  Definition of company in respect of Germany is having seat in the territory of Germany and lawfully incorporated .	Only Investment made within the territory of either party.  On Singapore side, investment must be approved in writing by the government of Singapore, and on German side, investment made in accordance with its legislation.	Admission Pre-entry in accordance with its legislation and administrative practice within the framework of the general economic policy  Treatment Post-entry national treatment or at least MFN treatment where applicable	Appropriation for the public benefit  Compensation on just and equitable with fair market value, without delay, freely transferable	1. amicable settled by the both governments 2. arbitration	- Admission shall not be conditional for availing incentives for the purpose of investment promotion.  - Companies shall not include a branch(es ) which has its seat or constituted in a third state.
Singapore and Netherlands 16 May 1972	Nationals and legal persons controlled directly or indirectly by nationals of that contracting	On Singapore side, only the approved investment in writing made within the territory	Admission Pre-entry fair and equitable treatment within the framework of their respective	Appropriation in the public interest and under due process of law non-discriminatio	arbitration	including international merchant shipping services

	party and constituted in accordance with the laws of the other contracting party.	of Singapore. On the Netherlands side, all investment made by nationals of Singapore in the territory of Netherlands	legislation Treatment Post-entry national treatment and MFN treatment whichever is more favourable	in Compensation just Compensation without undue delay, transferable in the currency of the country of the nationals affected		
Singapore and <u>Belgium-Luxembourg</u>  17 November 1978	Nationals and legal persons legally constituted under the laws in force in either contracting party	Investment approved in writing by the contracting party in whose territory the investment have been made or will be made subject to the laws and to the condition upon which such approval shall be granted	Admission Pre-entry accorded fair and equitable treatment in the territory of either contracting party subject to its right to exercise powers conferred by its laws or its administrative practice within the framework of its general economic policy Treatment Post-entry MFN treatment	Appropriation for public purpose, non-discrimination Compensation prompt, adequate and effective payment of compensation, represent market value and free transferability	1. Amicably settled by the both parties 2. refer to ICSID	MFN treatment not extend to the regional arrangements for custom, trade tariff or monetary matters which each contracting party is or will be a member
Thailand and <u>Germany</u>  13 December 1961	Nationals and juristic persons of either contracting parties. the term juristic persons or companies mean entity	only approved investment made in the territory of either contracting party in accordance with their legislation.	Admission Pre-entry admit the investment in accordance with the legislation and subject to approval	Appropriation for the public benefit Compensation just compensation, freely	1. settled by the both governments 2. arbitration	Repatriation or transfer of benefit  Transfers from Thailand are subject to the

	having its seat in the territory of either party and lawfully existing consistent with legal provisions	Contracting party is free to decide in accordance to its policies and published plans	process Treatment Post-entry national treatment and MFN treatment where applicable	transferable, without undue delay		regulation of the Bank of Thailand regarding stability and balance of payment, large amount of transfers shall be made in installments
Thailand and Netherlands 6 June 1972	Nationals and legal persons constituted in accordance with the laws of either contracting party in the territory of that party including legal person which is controlled by a national of the other contracting party	subject to their legislation, companies, associations, other organizations of any kind or subsidiary bodies connected with economic life and all other nationals engaged in economic activities in its territory	Admission Pre-entry in accordance with its laws and requirements to admit investment from the other contracting party  Treatment Post-entry national treatment and MFN treatment where applicable within the limit of laws or legislation	Appropriation for the public benefit and under due process of law, non-discrimination  Compensation just compensation in accordance with international law, without undue delay, in currency of the affected nationals. In case of transfer of large amount, it can be in installments	arbitration	territorial extension, on the Netherlands side, the agreement shall apply to the territory of the Kingdom in Europe, to Surinam and to the Netherlands Antilles

โปรดศึกษาเปรียบเทียบสนธิสัญญาพหุภาคีที่ทำระหว่างสมาชิกอาเซียน ซึ่งเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีฉบับเดียวกับไทยเป็นสมาชิก เกี่ยวกับสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (แต่ปัจจุบัน อาเซียนได้ร่วมลงนามในสนธิสัญญา ASEAN Investment Area ที่มีบทบัญญัติครอบคลุมกว้างขวางและมีวัตถุประสงค์เพื่อการรวมตัวทางเศรษฐกิจในอาเซียน โดยจัดตั้งเขตการลงทุนเสรีอาเซียนขึ้น) โปรดศึกษารายละเอียด ใน OpenRegionalism :ASEAN Investment Area โดย Prof. Dr. Lawan Thanadsillapakul ซึ่งตีพิมพ์โดย World Bank และ วารสาร CMPL สองตัวเล่นด้วย

### The ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments

Contracting Parties	Scope of application		Admission and Treatment	Expropriation and Compensation	Disputes settlement	Other main points
	Investor	Investment				
Brunei Indonesia Malaysia Philippines Singapore Thailand Vietnam  15 December 1987 amended on 12 September 1996	Nationals and legal persons incorporate d or constituted under the laws in force in the territory of any contracting party wherein the place of effective management is situated	Only investment brought into, derived from or directly connected with investments brought into the territory of any contracting party by nationals or companies of any other contracting party and specifically approved investment in writing and registered in the territory of host country	Admission Pre-entry fair and equitable treatment subject to laws and regulations of host countries Treatment Post-entry MFN but any two or more of the contracting parties may negotiate to accord national treatment	Appropriation for public use or public purpose or public interest, under due process of law, on a non-discriminatory basis Compensation adequate compensation amount to market value, freely transferable in freely-usable currencies, without unreasonable delay	Dispute among contracting parties settled by 1. amicable settlement between the parties 2. submitted to AEM  Disputes between contracting parties and investors settled by 1. settled amicably between the parties to the dispute 2. arbitration	Justification of company, incorporated under the laws in force in the territory of contracting party wherein the place of effective management is situated

Source: Originally compiled and compared by the author (Prof. Dr. Lawan Thanadsillapakul, Professor of Law, Kyushu University) from ASEAN countries' bilateral investment agreements and the ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments

เพื่อให้เข้าใจรูปแบบการร่วมมือ หรือการรวมตัวทางเศรษฐกิจในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุน เพื่อที่รัฐบาลไทยจะได้ทราบว่า FTA ที่ไทยจะทำกับสหรัฐอเมริกา จะกำหนดในรูปแบบใด ควรจะสงวนในส่วนใด เพื่อวัตถุประสงค์ใด ทำได้มากน้อยแค่ไหน เพียงไร จึงขอให้ศึกษา รูปแบบข้างล่างดังต่อไปนี้

#### รูปแบบการเปิดเสรีทางการลงทุน/การร่วมมือทางเศรษฐกิจกับทางเลือกนโยบายเศรษฐกิจของชาติ

- The “Investment Control” model, which preserves full State Control over entry and establishment;
- The “Selective Liberalization” model, which offers limited rights of entry and establishment, i.e. only in industries that are included in a “positive list” by the agreement of the contracting States;
- The “Regional industrialization programme” model, which offers full rights of entry and establishment based on national treatment for investors from member countries of a regional economic integration organization only for the purposes of furthering such a programme
- The “Mutual national treatment” model, which offers full rights of entry and establishment based on national treatment for all natural and legal persons engaged in crossed-border business activity from member countries of a regional economic integration organization;
- The “Combined national treatment/most-favoured-nation treatment” (NT/MFN) model, which offers full rights of entry and establishment based on the better of NT or MFN, subject only to reserved “negative” lists of industries to which such rights do not apply.

#### รูปแบบการร่วมมือทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับการลงทุนกับทางเลือก

##### Models and policy options

Model 1. “Investment Control” (followed by most BITs, although some exceptions exist; US BITs and Canada BITs). This model does not offer positive rights of entry & establishment. It based on national discretion

- To accept complete State discretion through the investment control model, thereby preserving the general power to screen proposed investments

Model 2. “Selective Liberalization” (illustrated by GATs: a right of establishment exists where a member of GATs makes specific commitments on market access under Art. XVI. (Considerable discretion in determining the extent of its market access)).

- To liberalize cautiously through the adoption of the selective liberalization model, opening up one or more industries at a time

Model 3. “Regional industrialization programme” (followed by ANCOM, COMESA, ECOWAS, ASEAN Industrial Joint ventures, ASEAN AICO, ASEAN Brand-to-Brand Complementation Scheme

- To follow the regional industrial programme model and encourage the establishment of regional multinational enterprises, thereby setting up a supranational form of business organization aimed at encouraging intraregional economic development.

Model 4. “Mutual national treatment” (followed by EC when it was European Community, in the Treaty Establishing the European Community), Code of liberalization of Capital Movements and the Code of Liberalization of Current Invisible Operations of the OECD, CARICOM, ECCAS, CEPGL, COMESA, Revised ECOWAS.

- To grant full liberalization of entry and establishment on the basis of mutual national treatment, thereby allowing such rights to exist between States that see a common interest in regional integration, but which are not necessarily committed to full multilateral liberalization

Model 5. “Combined national treatment/Most-Favoured-nation treatment” (NT/MFN) (followed by NAFTA, Modern US BITs model, Free Trade Treaty between Colombia, Mexico and Venezuela, MERCOSUR, APEC non-binding investment principles, ASEAN AIA (ASEAN Investment Area under ASEAN Open Regionalism)

- To follow the full NT/MFN model and open up entry and establishment for investors from the contracting State on the basis of the better of these two standards, subject only to a “NEGATIVE LIST” OF RESERVED ACTIVITIES, INDUSTRIES OR APPLICABLE POLICIES. The existence of a negative list of excepted industries emphasizes that certain strategic industries may be beyond the reach of liberalization measures.

Model 6. “ Hybrid model”

- To follow a mix of models bearing in mind that some of the options appear to be incompatible or difficult to combine. The economic effect of these hybrid options would be to offer more specialized alternatives that may be more compatible with the mix of location advantages enjoyed by particular host countries.

การตกลงเลือกรูปแบบใด จึงเป็นทางเลือกของไทย และเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามวัตถุประสงค์ได้ และไทยจำเป็นต้องยอมผูกพันกับคู่ภาคีในระดับใด จะส่วนอำนาจของธิปไตยเพียงใด หรือ จะยอมลดทอนอำนาจลงเพียงใด โดยการ ให้ Consent ที่จะปฏิบัติตามพันธกิจพันธการนี้เพียงใด และ เพื่อจะได้อะไรตอบแทนจากการ “ให้” นั้น นอกจากการศึกษาทาง Legal aspect แล้วต้องศึกษาทางเศรษฐศาสตร์ สังคม แรงงาน สิ่งแวดล้อม และประเด็นอื่นๆที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย

ปัญหาเกี่ยวกับการป้องกันสิ่งแวดล้อมและผลของสนธิสัญญาว่าด้วยการเปิดเสรีทางการลงทุน สาระสำคัญของปัญหาสิ่งแวดล้อม ตลอดจนปัญหาอื่นๆ คือการที่คู่ภาคีประสงค์ที่จะให้การบังคับการ Implementation ของสนธิสัญญา เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีทางการลงทุนอย่างแท้จริง ปราศจากการตกลอยู่ภายในได้อำนาจรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งในเรื่องกฎหมาย กฎระเบียบ และการปฏิบัติต่อนักลงทุน และอำนวยความสะดวกแก่นักลงทุน รวมทั้งให้หลักประกันการลงทุนแก่นักลงทุนต่างด้าว โดยไม่ถูกอำนาจรัฐมาออกกฎหมาย กฎระเบียบ ตลอดจน การเลือกปฏิบัติที่จะทำให้นักลงทุนต่างด้าวเสียเปรียบ เสียผลประโยชน์ รับคืนทรัพย์ และไม่ได้รับการชดเชยอย่างเป็นธรรม หรือไม่สามารถส่งเงินกำไรออกนอกประเทศได้

ดังนั้นปัญหาที่เกิดขึ้นจึงพบว่าเกิดจากการที่นักลงทุนต่างด้ามข้อพิพาทกับรัฐบาลว่า รัฐบาลออกกฎหมาย กฎระเบียบมาเป็นอุปสรรคของการลงทุน หรือถึงขั้นเป็นการยึดทรัพย์ทางอ้อม ซึ่งมีหลากหลายรูปแบบ ดังนั้นการป้องกันการเกิดปัญหาดังกล่าวในกรณีที่ไทยจะไม่ถูกฟ้องร้องในลักษณะนี้ หากเป็นการออกกฎหมายที่แท้จริงเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือกฎหมายเรื่องอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์ตามหลักนิติธรรมนั้น จึงต้องศึกษาพิจารณาว่าทำอย่างไรให้อำนาจของรัฐในส่วนนี้แยกออกจากกระบวนการบังคับการตามสนธิสัญญา หรือป้องกันการถูกตีความโดยมิชอบให้รัฐบาลไทยต้องเสียหายด้วยค่าเสียหายแก่นักลงทุน จากการสำรวจกรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้นพบว่าปัญหาเกิดจากการนี้ดังนี้

1. ความขัดแย้งของวัตถุประสงค์ในการบรรลุเป้าหมายของการเปิดเสรีทางการลงทุน ซึ่งจำเป็นที่จะต้อง facilitate การเข้ามาลงทุนของคนต่างชาติที่เป็นคู่ภาคี กับปัญหา กฎระเบียบ ภายในของประเทศที่รับการลงทุนเพื่อป้องกัน คุ้มครองรักษาสิ่งแวดล้อม คู่ภาคี จะให้ความสำคัญของวัตถุประสงค์ได้มากกว่ากัน

2. แม้ในสนธิสัญญาหลายฉบับรวมทั้ง NAFTA ซึ่งพิจารณาได้ว่ามี บทว่าด้วย สิ่งแวดล้อมที่เข้มแข็ง แต่ปรากฏว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทในกรณีดังกล่าวขึ้น ผลของการตีความใน ขบวนการยุติข้อพิพาทกลับ ตีความไปในทางที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของการลงทุนมากกว่า

3. ปัญหาการบัญญัติถ้อยคำว่าด้วยการเปิดเสรีทางการลงทุน กับกฎระเบียบอื่นๆ จำเป็นที่จะต้องมีความสอดคล้องเป็นไปในทางเดียวกัน consistency (in consistent with) คือ เรื่องของการอำนวยความสะดวก คล่องตัวของ การลงทุน ดังนั้นหากลงทุนประสบกับ “ความไม่สะดวก” หรือ “อุปสรรค” ของการลงทุน ก็จะถือว่า สิ่งที่เป็นข้ออุปสรรคนั้น ไม่มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเปิดเสรีทางการลงทุน ซึ่งการลงทุนมีศักดิ์ที่เหนือกว่า

4. การยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการควรจะกำหนดกรอบ Arbitability ของข้อพิพาท ด้วย

## Arbitrability

### ► Arbitrable disputes

- Arbitration is only possible for disputes which the parties can also settle themselves.
- Disputes over rights for which the parties cannot contract are in principle outside the scope of arbitration.
- The law of some states can impose more specific restrictions e.g. for disputes concerning IP rights, stock exchange transactions, anti-trust law, labor law, environmental law, EU competition law, which is public policy rules.

- Before opting for arbitration it is advisable to investigate the arbitrability of the dispute under the relevant law.

### ► Applicable Law

- What law determines in a transnational arbitration whether a dispute is arbitrable? : The law applicable to the arbitration agreement or the law of the forum.

### แนวทางแก้ไข และ ข้อเสนอแนะ

1. Chapter on environment ควรจะมีการบัญญัติไว้ในลักษณะ “Carve-out” ไม่ตกอยู่ในบังคับของข้อตกลงเกี่ยวกับการเปิดเสรีทางการลงทุน

2. หากไม่อาจจะเจรจาได้เช่นนี้ อย่างน้อยให้บรรจุความตกลงให้มาตราการเกี่ยวกับการคุ้มครอง ป้องกัน รักษาสิ่งแวดล้อมเป็นสาระสำคัญกว่า แต่ข้อควรระวัง คือการพิจารณาถ้อยคำใน chapter อื่นที่เกี่ยวข้อง เพราะ chapter สิ่งแวดล้อมอาจจะถูกลดบทบาทไปโดยผลของข้อบังคับว่าด้วยความสอดคล้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาในการเปิดเสรีทางการลงทุน ดังกรณีของ NAFTA และ US-Canada FTA ซึ่งบทบัญญัติในบทที่ว่าด้วยสิ่งแวดล้อมดูดีมากแต่เป็นที่ประจักษ์แล้วว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ช่วยเหลืออะไรประเทคโนโลยีได้เลยเมื่อพนักงานการตีความของ Dispute Panel เกี่ยวกับความ inconsistency ของกฎระเบียบการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

3. จำเป็นที่จะต้องคง สิทธิเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในการควบคุมดูแล Inclusion of the Right to regulate เพราะแท้จริงแล้วหน้าที่ของรัฐ คือการให้หลักประกันว่า

1. นักลงทุนจะ ไม่ถูกเลือกประดิบติ (ปฏิบัติ) และได้รับความเป็นธรรม มีโอกาสในการลงทุนที่เท่าเทียมกัน ได้รับการคุ้มครอง ไม่ถูกเอกสารด เอาเปรียบ และ แข่งขันกับคู่แข่งได้ในสถานการณ์เดียวกัน หรือเหมือนกันกับ คุณชาติ และ/หรือคนต่างด้าว ตามหลัก National Treatment/Most-FAvoured-Nation Treatment
2. มีโอกาสได้เข้ามาลงทุน ไม่ปิดกั้นการลงทุนจากต่างชาติ(โดยต้องปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐที่รับการลงทุน)
3. ได้รับการคุ้มครองในทรัพย์สินที่ลงทุน และห้ามทำไร่ได้ตามครรลอง ค้าขายได้สะดวก
4. ส่งผลกำไรกลับบ้านได้

5. มีสิทธิที่จะ ได้รับการยุติข้อพิพาทที่เป็นธรรม รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ จึงไม่จำเป็นที่จะก้าวล่วงเข้ามาการควบคุมของรัฐในการ Regulate กฎหมายแต่อย่างใด ตราบใดที่กฎหมายเหล่านั้นไม่เป็น arbitrary ตาม อำเภอใจ และไม่เป็น unjustifiable discrimination

4. ปัญหาสิ่งแวดล้อม ควรเป็นปัญหาที่คู่ภาคีตกลงร่วมกันว่าเป็นประเด็นของ Public Policy หรือ Public interest เอกชนจะก้าวเข้ามายield อำนาจอธิบดีโดยของรัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้ในส่วน ที่เกี่ยวกับ “environment-related investment measures” โดยบังคับใช้ในลักษณะที่ Base on National Treatment ไม่เลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติ และคนต่างชาติ

5. ควรกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในประเด็นของ General exception และ Specific Exception ซึ่งเป็นอำนาจที่กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายทุกลักษณะ และรับรองโดย GATT/WTO ทั้งประเด็นปัญหาสิ่งแวดล้อม ตลอดจน การปรับใช้ National Treatment และ Most-Favoured-Nation Treatment

6. จำเป็นที่จะต้องยกระดับมาตรฐานกฎหมายภายในทั้งระดับของกฎหมายแห่งชาติ และกฎหมายระดับปฏิบัติการ บังคับการ และ ระดับท้องถิ่น ที่คุ้มครอง ป้องกัน รักษา สิ่งแวดล้อมในระดับมาตรฐานสากลขั้นสูง โดยกำหนดให้กลงทุนทั้งสองฝ่ายที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัด และไม่ถือว่าเป็นอุปสรรคของการลงทุน ทั้งนี้เป็นไปตาม “State Responsibility Approach” ในส่วนนี้น่าเป็นห่วงที่ฝ่ายไทยเองไม่สามารถบังคับการตามกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ Effective Enforcement ตลอดจนตัวกฎหมายก็ไม่ได้มาตรฐาน ในหลายลักษณะ ทั้งนี้สืบเนื่องจาก ความไม่พร้อมของฝ่ายไทยเอง ปัญหาการขาดแคลนทุน และที่สำคัญคือปัญหาจิตสำนึกทางด้านสิ่งแวดล้อมของผู้ประกอบการฝ่ายไทยเองด้วย

7. ประเด็นข้อพิพาทที่จะนำเข้าสู่ขั้นการอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ครอบคลุมถึง ประเด็นของ core sovereignty ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของสนธิสัญญา FTA ทั้งในส่วนของ General exception และ specific exception และแนอนว่าปัญหาสิ่งแวดล้อมแห่งชาติจะไม่ตกอยู่ภายใต้ขั้นการอนุญาโตตุลาการ

8. โดยหลักการแล้วข้อพิพาทที่จะนำเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้นั้นต้องเป็นข้อพิพาท ชนิดที่คู่พิพาทสามารถ ตกลงกันได้เอง มิใช่เรื่องของปัญหาที่คู่พิพาทเองก็ไม่สามารถที่จะตกลงกันได้โดยลำพัง และต้องอาศัยอำนาจจัดตั้งขึ้นเป็นตัวตั้ง อำนาจตามกฎหมาย ที่ผ่านมาหากกรณีข้อพิพาทนิด “State-investor” เป็นเรื่องที่รัฐยอมลดตัวลงไปยอมผูกพันด้วย โดยยอมลดอำนาจ อธิบดีโดยไปผูกพันตาม Consent ที่ให้ไว้อาจจะล่วงหน้า หรือเมื่อเกิดข้อพิพาทแล้ว แม้จะกล่าว อ้างว่าเป็นการใช้อำนาจอธิบดีโดยในการเลือกที่จะไปผูกพันก็ตาม ไม่ได้ลดอำนาจอธิบดีโดยก็ตาม แต่ผลคือการลดตัวไปผูกพันกับเอกชน จากระดับ Public สู่ Private หรือจากระดับมหาชนไปสู่ ระดับเอกชน

9. ควรเน้น TNCs “Responsibility Approach” โดยบรรจุ Guidelines ที่กำหนดเกี่ยวกับ “Monitoring Behavior of TNCs.” เป็นสำคัญโดยพิจารณา

10. จำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจัดการสิ่งแวดล้อมของนักลงทุนไว้ใน สนธิสัญญา Standards for environment management system ซึ่งถือเป็น obligation ที่ไม่อาจจะหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อพิพาทได้ เพราะเป็นหน้าที่ภายใต้ความผูกพันของสนธิสัญญา หลักเลี่ยงปัญหาการตีความ

11. Adopt การพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ของ MIGA: Investment Guarantees and environmental Assessment ในสนธิสัญญาเพื่อประโยชน์ในการพิจารณามาตรฐานของนักลงทุน โดยไม่ถือเป็นอุปสรรคของการเปิดเสรีทางการลงทุนเนื่องจากเป็นพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาที่คู่ภาคียอมรับแล้ว ไม่เป็นเงื่อนไขของการรับการลงทุน และเป็นมาตรการที่ปฏิบัติบนพื้นฐานของ Reciprocal และบนพื้นฐานของ National Treatment/Most-Favored National Treatment ซึ่งการรับหลักการดังกล่าวอาจจะผูกกับกระบวนการอื่นได้โดยไม่ผิด เช่น Admission and establishment, Incentives, Technology Transfer, Social responsibility

12. จำเป็นที่จะนำมาตรการประกันการก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมของนักลงทุนกำหนดไว้ในสนธิสัญญา โดยถือเป็น สิ่งที่นักลงทุนต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในที่ชอบด้วยหลักนิติธรรม และเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นเกณฑ์ ในการวางแผนใน กองทุนประกันการก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อม และรู้ที่รับการลงทุนสามารถที่จะชดเชย เยียวยาปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้น เนื่องจากการกระทำของนักลงทุนได้ อัตราการวางแผนประกัน จะเป็นสัดส่วนกับวงเงินที่ลงทุน จะมีการจ่ายดอกเบี้ยจากกองทุนดังกล่าว และได้รับคืนหากไม่เคยก่อให้เกิดปัญหา แลຍ แต่มีข้อพิจารณาว่า นักลงทุนจะไม่อยากนำเงินมาจ่ายในกองทุนประกันปัญหาสิ่งแวดล้อมดังกล่าว ปัญหาต่อไปคือการ investigate ปัญหาสิ่งแวดล้อมว่าเกิดจากการกระทำของนักลงทุนหรือไม่ เป็นประเด็นที่จะเกิดข้อพิพาทได้

13. จำเป็นที่จะกำหนดมาตรการให้นักลงทุน Transfer Technology เพื่อ Green Environment เข้ามาร่วมกับกระบวนการผลิต และการ ดำเนินการธุรกรรม เพื่อประโยชน์ของนักลงทุนเองในการที่จะอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี และจากผลของการวิจัยก็พบว่า การลดมาตรฐานการควบคุม คุ้มครองสิ่งแวดล้อมเพื่อเป็นการจูงใจนักลงทุนนั้นหาได้เป็นปัจจัยในการ locate การลงทุนที่สำคัญไม่ ในการตั้งกันข้ามนักลงทุนต้องการไปลงทุนในประเทศที่มีมาตรฐาน infrastructure ที่สูง ที่ดี รวมทั้งมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อมที่ดีด้วยมากกว่า

เพราะเป้าหมายหลักของการลงทุนคือ การ Maximize Profit มากกว่าเหตุผลอื่นใด ดังนั้นปัจจัยการเลือกสถานที่ลงทุนจึงขึ้นอยู่กับปัจจัยการแสวงหากำไรสูงสุด และการประหยัดสุดที่อยู่บนพื้นฐานที่เหมาะสมมากกว่าการเลือกที่จะไปอยู่ในสถานที่

สิ่งแวดล้อมไม่ดีเพียงเพื่อประหยดค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ ประเด็นดังกล่าวควรบรรจุอยู่ในสนธิสัญญาด้วย โดยให้ Comply with domestic law and Regulation on environment protection และมาตรการเกี่ยวกับอุตสาหกรรมโดยรัฐบาลอำนวยความสะดวกให้เป็น One stop Services ในข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องทั้งหมด

14. สิ่งที่รัฐบาลพึงกระทำคือการออกกฎหมายที่เป็น package ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม และหากมีหน่วยงานหลายฝ่ายดูแลก็จำเป็นที่จะต้องทำงานในลักษณะที่ ทำร่วมกัน แบบบูรณาการสอดคล้องกัน และไม่มี การบังคับ counteract กัน

15. ควรที่จะมีมาตรการ Safety Valve เพื่อป้องกันประเทศไทยในการณ์ต่างๆ ที่หากประเทศไทยเข้าสู่การเปิดเสรีแล้วหากเกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจอย่างมาก รัฐบาลควรจะสามารถกำหนดมาตรการมาแก้ไขเยียวยา ได้ทันท่วงที่ ซึ่งกำหนดไว้ในสนธิสัญญา มีผลบังคับได้ทันที

16. จำเป็นต้องกำหนดมาตรการที่ไม่อนุญาตให้แผ่นดินไทยเป็นที่รองรับของทางอุตสาหกรรม ไม่ว่าจะเป็นขยายกัมมัตภารังสี ขยายสารเคมี ขยายที่มีพิษ ขยายที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อชีวิต สัตว์ พืช สิ่งแวดล้อม สุขภาพ ทั้งระยะสั้นและระยะยาว

17. จากประสบการณ์ของการเกิดปัญหาใน NAFTA และ US-Canada FTA จะพบ มิตรใหม่ ของการเปิดเสรีทางการลงทุนที่ข้อตกลงใหม่จะให้ความสำคัญกับปัญหา สิ่งแวดล้อม และอำนาจอธิบดีด้วยของรัฐมากขึ้น โดยบัญญัติข้อตกลงในลักษณะ Carve-out หรือ ให้บัญญัติของปัญหาสิ่งแวดล้อมตลอดจนปัญหาทางสังคมอื่นๆ เช่น Culture, Security, Public interest, Public Policy เป็นบทบัญญัติ ที่ Prevail การลงทุน เพราะโดยแท้จริงแล้ว การลงทุนก็คือ การค้าขายก็คือ ที่ทุกประเทศพากันเปิดเสรี นั่นเป็นเรื่องทางเศรษฐกิจไม่ควรนำมาผูกกับปัญหาของชาติ ระยะยาว เช่น สิ่งแวดล้อม สังคม วัฒนธรรม ความมั่นคง คุณภาพชีวิตที่เป็นอภัยธรรมประจำถิ่น เศรษฐกิจไม่ควรก้าวล่วงเข้ามาทำลายทุกสิ่งเพียงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้า การลงทุน เพราะถึงวันนั้น ชีวิตอาจจะไม่มีความหมายมากมายนัก ที่สิ่งแวดล้อมถูกทำลายไปจนหมดสิ้น ธรรมชาติไม่เหลือไว้ให้ชีวม การค้า การลงทุนที่ก่อให้เกิดแต่รัตตุ และเทคโนโลยี กับผู้คน ที่เห็นแก่ตัว อารยธรรม และวัฒนธรรมถูกทำลายไปจนหมดสิ้น ชีวิตที่มีแต่เงินที่ไร้คุณค่าจะมีความหมายอะไร

18. คู่สัญญาต้องมีสิทธิที่จะยกเลิกสนธิสัญญา FTA ได้ โดยกำหนดไว้ในสนธิสัญญา แต่ส่วนใหญ่แล้วสนธิสัญญามักจะกำหนดสิทธิข้อนี้ไว้ในสนธิสัญญา แต่ปัญหาของ สนธิสัญญา เกี่ยวกับการลงทุน จะระบุไว้ว่า หลังจากการยกเลิกสนธิสัญญาแล้ว ซึ่งจำเป็นต้องบอกกล่าว ล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 6 เดือนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่การลงทุนที่ได้กระท่ำไปแล้วจะยังคงมีผล บังคับภายใต้สนธิสัญญาถึง 10 ปี

19. การทำความเข้าใจระยะยาวยังคงเป็นความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ กับคุณภาพชีวิตของมนุษย์ ที่ผ่านมาทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ มักจะนิยาม และวิเคราะห์การเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ จากตัวเลขของ GDP, GNP การได้ดุลย์ การเสียดุลย์ การค้าเสถียรภาพทางการเงิน เงินสำรองต่างประเทศ ดุลย์การชำระเงินทุกชนิดนิยามดูจากตัวเลข และตัวเงิน น่าจะต้องทบทวนถึงความหมายของคุณภาพชีวิต ประกอบด้วยเป็นปัจจัยสำคัญ ประเทศที่ร่ำรวยแต่ประชาชนไร้ความสุข มีปัญหาสิ่งแวดล้อม ปัญหาสังคม ปัญหาอาชญากร ปัญหายาเสพติด ปัญหามาเฟีย ผู้ทรงอิทธิพล ปัญหาคอรัปชัน ปัญหาโรคภัยไข้เจ็บ โรคจิต ความเสื่อมทางศีลธรรม ยังคงจะถือว่าเป็นประเทศที่มีการเติบโตทางเศรษฐกิจดี ประสบความสำเร็จหรือไม่? อาจจะมีข้อทักท้วงว่าปัญหาเหล่านี้น่าจะมีมากกว่าในประเทศที่ยากจน ก็ยิ่งต้องทบทวนหนักขึ้นไปว่า ถ้ายากจนแล้วยังทับถมด้วยปัญหาเหล่านี้มากขึ้นไปอีก เพราะประชาชนยังยากจนจากความไร้ความสามารถเพื่อเป็น “ผู้แพ้” ทางเศรษฐกิจ ตามหลักการแข่งขันที่ผู้แพ้ต้องออกไปนั้น อะไรจะเกิดขึ้นด้วย ไม่มีทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ใดเลยที่ ให้ทางเลือก หรือทางออกสำหรับ “ผู้แพ้” ในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ เพราะแท้จริงแล้วที่นิยามของผู้แพ้ไม่ได้หมายถึง “ผู้ไม่สามารถ” แต่ผู้นั้นอาจจะมาผิดทาง หรือต้องการทำในสิ่งที่ตนรัก ทั้งๆที่ไม่ efficient ในสายตาของนักอุดสาหกรรม ทำอย่างไรให้ผู้นั้นค้นพบหนทางที่ถูกต้องก่อนที่จะแพ้และที่สำคัญ ที่ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ไม่เคยสนใจนั่นคือ ผู้แพ้ที่อยากรักการทำในสิ่งที่ตนรัก และขอบแม่จะไม่ effective หรือ efficient เช่นคนที่ทุ่มเทชีวิตจิตใจในการทำงานทางอุดสาหกรรมด้วยมือ ตามวิถีทางโบราณ โดยไม่ใช้เทคโนโลยี ซึ่งแข่งขันไม่ได้กับการทำโดยใช้เครื่องจักร ซึ่งเร็วกว่า คุณภาพสิ่งแวดล้อมกว่า ราคากูกกว่าเป็นต้น หรือ cultural industry ที่เน้นคุณค่าทางศิลปะ วัฒนธรรม วิถีชีวิตแบบไทยเป็นต้น

#### การศึกษาวิเคราะห์สนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน

ด้วยสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่มีมานานแล้วของไทยนั้น มีถ้อยคำในบทบัญญัติของสนธิสัญญាដังนี้ ไว้ว่า “ด้วยความตกลงดังต่อไปนี้ ให้เป็นอย่างมากดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติเหล่านี้และแต่ต่างจาก สนธิสัญญา FTA ซึ่ง Base on MAI

#### Applicability or scope (admission)

“This Agreement shall apply only to investment brought into, derived from or directly connected with investments brought into the territory of any Contracting party and which are specifically approved in writing and registered by the host country and upon such conditions as deems fit for the purposes of this Agreement”

หรือ

“The Agreement shall apply only to investment brought into , derived from, or directly connected with investment brought into the territory of one Contracting Party by nationals of the other Contracting Party in conformity with the former Party's law and regulations, including due registration with the appropriate agencies of the receiving Contracting Party, if so required by its laws

General obligations

“Each Contracting Party shall, in a manner consistent with its national Objectives, encourage and create favorable conditions in its territory for investments from the other Contracting Parties. All investments to which this Agreement relates shall be subject to this Agreement, be governed by the law and regulations of the host country, including rules of registration and valuation of such investments

Treatment

Each Contracting Party shall, within its territory, ensure full protection of the investments made in accordance with its legislation

Any two or more of the Contracting Parties may negotiate to accord national treatment within the framework of this agreement. Nothing herein shall entitle any other party to claim national treatment under the Most-Favored-Nation principle.

The provision of this agreement relative to the grant of treatment no less favorable than that accorded to investments of nationals of any third State shall not be construed as to oblige one Contracting Party to extend to the nationals of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from:

- (a) any existing or future custom union, common market, free trade area, or regional economic organization of which either Contracting Party is or may become a member;

(b) any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation;

Exception (ตัวอย่างของข้อยกเว้น ซึ่งไทยเราสามารถที่จะกำหนด "ได้มากกว่าตัวอย่างนี้ ในกรณีของ การทำสนธิสัญญา FTA โดยถือว่าข้อยกเว้นดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับ การของ FTA อาจจะรวมถึง ประเด็นต่างๆที่เป็น Public Policy เช่นกฎหมาย หรือมาตรการ ป้องกันลั่งแวดล้อม เป็นต้น)

The provision of this agreement shall not apply to matters of taxation in the territory of the Contracting Parties. Such matters shall be governed by Avoidance of Double Taxation between Contracting Parties and the domestic laws of each Contracting Parties.

Either Contracting Party reserves the right not to recognize investment as within the meaning of "control" where the control was transferred to a national or company of the other Contracting Party for the purpose of enabling a national or company of a third State to obtain the privileges granted by the present Treaty

#### Repatriation of Capital and earnings

Each Contracting Party shall, subject to its laws, rules and regulations, allow without unreasonable delay the free transfer in any freely usable currency of.....

หรือ

Each Contracting Party shall in respect of investment permit nationals of the other Contracting Party the unrestricted transfer in freely convertible currency of their investments and of the earnings from it to the country designated by those nationals, subject to the right of the former Contracting Party to impose equitably and in good faith such measures as may be necessary to safeguard the integrity and independence of its

currency its external financial position and balance of payments consistent with its rights and obligations as a member of the international Monetary Fund

และ

In case where large amounts of compensation have been paid in pursuance of Art....  
The Contracting Party concerned may require the transfer thereof to be effected in reasonable installments

หรือ

Each Contracting Party shall, subject to its laws and regulations, allow without undue delay the transfer in any freely convertible currency

ข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างของ สนธิสัญญาทวิภาคีคุ้มครองการลงทุน ทั้งที่ไทยเป็นภาคี และ ที่กระทำระหว่างรัฐผู้รับการลงทุน และรัฐผู้ลงทุน ใน Model ต่างๆ (รายละเอียดศึกษาได้ จาก Investment Laws of the World) ซึ่งจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ในทุกมาตรการที่เกี่ยวข้องกับ การปฏิบัติต่อนักลงทุน แม้แต่การให้ National Treatment ในระดับ Pre-entry ยังคง subject to the laws and regulations of the host country โดยเฉพาะ admission เท่านั้นได้ชัดเจนว่าต้อง เป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่รับการลงทุนไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการจดทะเบียนตั้งบริษัท รูปแบบ องค์กรธุรกิจ และเงื่อนไขการเข้ามาลงทุน เพราะต้องเป็นกรณีที่ approve หรือ จดทะเบียนโดย ชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่รับการลงทุนทั้งสิ้นดังนั้น BITs จึงไม่ได้เปิดเสรีทางการลงทุนมากไป กว่าการให้ความคุ้มครองการลงทุน ตามกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของรัฐ ผู้รับการลงทุน แม้แต่การส่งเงินออกนอกประเทศ ยังคงต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายใน และใน บางสนธิสัญญา รวมทั้งของไทยด้วย ถึงกับให้ส่งออกเงินเป็นงวดๆ และทั้งต้องรักษา ดุลย์การชำระเงินด้วย ตลอดจนนโยบายทางเศรษฐกิจอื่นๆ

การทำสนธิสัญญา FTA ที่ยอมรับหลักการในลักษณะของ MAI จึงแตกต่างโดยนัยอัน สำคัญกับสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่มีมาก่อนทั้งหมด แม้แต่การส่งเสริมการลงทุน หรือการ เปิดให้มีการเข้ามาลงทุนก็ล้วนแล้วแต่ subject to laws and regulations of the host country ทั้งสิ้น สำหรับประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกของอาเซียนมีสนธิสัญญาที่เปิดเสรีทางการลงทุน ใน เขตการลงทุนอาเซียน ที่ยอมรับหลัก Liberal establishment และ การขยายผลประโยชน์สู่นัก ลงทุนนอกอาเซียน ผ่าน ขบวนการ การให้คำจำกัดความของนักลงทุนอาเซียน “ASEAN Investor” และแม้จะถูกจำกัดด้วย equity ratio ก็ยังอนุญาตให้ใช้หลัก cumulative equity เข้า มาช่วยในเรื่องการ liberalize investment อันเป็นมิติใหม่ของอาเซียน

สำหรับข้อเสนอแนะที่ให้แก่ไขปัญหารือผลผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากการทำสนธิสัญญา FTA นั้น หากจะบรรจุข้อตกลงในลักษณะที่กำหนดให้ การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม Prevail to trade and investment obligation และหากมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจะไม่อุปภัยในกรอบการบังคับการของสนธิสัญญา FTA แต่ให้ตกลงร่วมกันว่าปัญหาสิ่งแวดล้อมเป็น Public Policy ในทำนองเดียวกับ Taxation, Competition Law เป็นต้น

#### ตัวอย่าง TNC Responsibility Approach

“.. Investors (enterprises) should:

1. contribute to economic, social and environment progress with a view to achieving sustainable development;...”

“Corporations have a responsibility for the environment, and must conduct all aspects of their business as responsible stewards of the environment by operating in a manner that protects the earth.”

“The TNC shall take full account of its effect and impact on the environment and natural resources and fully conform to national/local laws and regulations regarding protection of environment and the ecosystem, and the conservation of natural resources in the country where it operates while conforming to the relevant international standards.

When doing so, the TNC shall observe the following:

- (1) Implement an environmental assessment and follow up with a review
- (2) Establish and environment/conservation policy and guideline and develop a pro-environmental management system
- (3) Freely disclose information on the company's environmental policy.

When any environmental destruction or other negative impact due primarily to the operations of the TNC, it shall take the appropriate measures including compensation for the damage caused by the environmental damage and restore the environment to its origin state”

#### ตัวอย่าง Preserved State sovereignty for environmental protection

“Nothing in Chapter on investment shall be construed to prevent a party from adopting, maintaining or enforcing any measure that it considers appropriate to ensure that investment activities in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns”

“A Contracting Party may adopt, maintain or enforce any measure that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety, or environmental concerns”

“Should any conflict arise between their investment or trade obligation under this agreement and “specific trade obligations” set out in....., the obligations in these..... shall prevail to the extent of the inconsistency”

“Contracting Parties agreed that environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health and measures relating to the conservation of living and non-living exhaustible natural resources shall prevail to the extent of the inconsistency between environmental measures and trade and investment obligation under this agreement”

“Nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

- (a) necessary to protect human, animal, or plant life or health;
- (b) relating to the conservation of exhaustible natural resources;
- (c) .....
- (d) .....

“In the event of any dispute arising from the interpretation of this agreement and the inconsistency between this agreement and trade and investment obligation relating to environment protection and/or conflict between the Contracting Party and the investors regarding environmental protection, the protection of environment prevails to trade and investment obligation.”

“In the event of any inconsistency between this agreement and the specific trade and investment obligation set out in:

- (a) the Convention on International Trade in Endangered Species of wild Fauna and Flora, done at Washington, March 3, 1973, as amended June 22 1990.
- (b) the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, done at Montreal, September 16, 1987, as amended June 29 1990.
- (c) the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and Their Disposal, done at Basel, March 22 1989.
- (d) Kyoto Protocol to the United Nation Framework Convention on climate change done at Kyoto, on 11 December 1997.
- (e) Clean Development Mechanism(CDM).....
- (f) the agreement set out in Annex ....

Such obligations shall prevail to the extent of the inconsistency.

The Parties may agree in writing to modify Annex .... To include any amendment to an agreement referred to in paragraph...., and any other environmental or conservation agreement."