

เกิดอะไรขึ้นกับความตกลง BITs ที่ประเทศสมาชิกได้ทำไว้ก่อนการมีผลบังคับของสนธิสัญญาสิทธิลงทุน?

เมื่อปี ๒๕๕๒ สหภาพยุโรป (EU) ได้จัดทำสนธิสัญญาชื่อว่า “สนธิสัญญาสิทธิลงทุน” ซึ่งเป็นสนธิสัญญาแห่งการปฏิรูปสถาบันภายในและการปรับปรุงพื้นฐานด้านกฎหมายครั้งใหญ่ของสหภาพยุโรป รวมไปถึงนโยบายการเมืองและบทบาทของสหภาพยุโรปด้านการต่างประเทศ ตลอดจนการดำเนินการค้ากับประเทศนอกสหภาพยุโรป (non-EU countries) ให้มีความสอดคล้อง โปร่งใส มีประสิทธิภาพ และเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องการทำความตกลงการค้าเสรี (FTA) ที่ประเทศสมาชิกได้เสนออำนาจอธิปไตยของตน มาร่วมกันทำในนามของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นการเพิ่มอำนาจให้รัฐสมาชิกในการตัดสินใจร่วมกัน (co-decision)

อย่างไรก็ตามประเทศสมาชิกยังคงสามารถดำเนินนโยบายด้านการต่างประเทศกับประเทศนอกสหภาพยุโรปภายหลังจากการทำสนธิสัญญาฉบับนี้ เช่น การทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty: BIT) เป็นต้น โดยการเจรจาความตกลงในอนาคตจะต้องเป็นไปตามกฎระเบียบของสหภาพยุโรป กล่าวคือ ต้องได้รับความเห็นชอบจากสหภาพยุโรปและเนื้อหาสาระไม่ขัดกับกฎระเบียบของสหภาพยุโรป เป็นต้น นอกจากการทำความตกลงในอนาคตแล้ว ประเทศสมาชิกยังต้องพิจารณาถึงความตกลงที่ทำขึ้นก่อนที่สนธิสัญญานี้จะบังคับใช้ ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน ไทยมี BITs กับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจำนวน ๑๒ ฉบับ^๑ ไทยได้ทำความตกลงฉบับแรกกับประเทศเนเธอร์แลนด์ในปี ๒๕๑๖ และฉบับล่าสุดกับประเทศเยอรมนีในปี ๒๕๔๗ ประเด็นที่น่าสนใจ คือผลกระทบต่อความตกลงจากการเข้ามาเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป ทิศทางกระบวนการระงับข้อพิพาทและบทบาทของสหภาพยุโรปในการทำความตกลงกับประเทศนอกสหภาพยุโรปในอนาคต

แนวทางปฏิบัติในการทำความตกลง BITs ของสมาชิกสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปได้วางกรอบและแนวปฏิบัติสำหรับการควบคุมดูแลปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการทำ BIT ระหว่างประเทศสมาชิกกับประเทศนอกสหภาพยุโรปในอนาคต โดยมีมาตรการพิจารณาและกลั่นกรองความสอดคล้องของความตกลงในด้านเนื้อหา การบังคับใช้ และการดำเนินการตามนโยบายภาพรวมของสหภาพยุโรปตามข้อบังคับที่ ๑๒๑๙/๒๐๑๒^๒ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติในการขออนุญาตสำหรับประเทศสมาชิกที่ต้องการทำความตกลงกับประเทศนอกสหภาพยุโรป โดยข้อบังคับนี้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องทำหนังสือบอกกล่าวไปยังสหภาพยุโรปชี้แจงวัตถุประสงค์ รายละเอียดของความตกลงที่จะนำไปเจรจา พร้อมทั้งเอกสารที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ข้อบังคับดังกล่าวยังให้อำนาจสหภาพยุโรปที่จะไม่อนุญาตให้ประเทศสมาชิกทำความตกลงกับประเทศนอกสหภาพยุโรป หากพิจารณาแล้วเห็นว่า การเจรจาความตกลงนั้นจะส่งผลกระทบในด้านลบหรือขัดขวางการดำเนินงานของสหภาพยุโรปตามเหตุผลหลัก ๔ ข้อที่ระบุไว้ในมาตรา ๙ ของข้อบังคับฉบับนี้ ดังนี้

(๑) การเจรจาและบังคับใช้ความตกลงฯ นั้น ขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับหลักการและนโยบายทางการลงทุนของสหภาพยุโรป

(๒) การเจรจาและบังคับใช้ความตกลงฯ นั้น ขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป

^๑ ที่มา : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryGroupingDetails/28#iialInnerMenu>

ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่ไทยได้ทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty: BIT) มีจำนวน ๑๒ ประเทศ ดังนี้ Germany, Belgium- Luxembourg economic Union, Croatia, Czech Republic, Finland, Hungary, Netherland, Poland, Romania, Slovenia, Sweden และ United Kingdom

^๒ REGULATION (EU) No 1219/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries.

(๓) ประเทศสมาชิกไม่มีความจำเป็นต้องเจรจาความตกลงกับประเทศที่สาม เนื่องจากสหภาพยุโรปอยู่ในระหว่างการเจรจาหรือสนใจที่จะเจรจาความตกลงกับประเทศนอกสหภาพยุโรปนั้นในอนาคต

(๔) การทำความตกลงนั้นเป็นอุปสรรคต่อสหภาพยุโรป ในการเจรจาหรือหาข้อสรุปในการจัดทำความตกลงกับประเทศนอกสหภาพยุโรป

ด้วยเหตุผล ๔ ประการข้างต้น จะช่วยทำให้สหภาพยุโรปสามารถควบคุมกฎหมายด้านการลงทุนและบริหารนโยบายด้านการต่างประเทศของประเทศสมาชิกให้มีความสอดคล้องกัน

สถานะของความตกลง BIT ที่ได้ทำไว้ก่อนและหลังสนธิสัญญาสิทธิสบอน

สนธิสัญญาสิทธิสบอนได้กล่าวถึงสถานะของความตกลงด้านการลงทุนที่ได้ทำขึ้นก่อนการทำสนธิสัญญาสิทธิสบอน โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกทำหนังสือแจ้งต่อสหภาพยุโรปถึงความตกลงที่ประเทศสมาชิกได้ทำไว้กับประเทศนอกสหภาพยุโรปและต้องการให้มีผลบังคับใช้ต่อเนื่อง ซึ่งในปัจจุบันมีมากกว่า ๑,๔๐๐ ฉบับ^๖ อาทิเช่น ความตกลงฯ ระหว่างเบลเยียมและอินโดนีเซียที่ได้ทำขึ้นในปี ๒๕๑๓ และ ระหว่างเยอรมนีและบราซิลในปี ๒๕๓๘ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สหภาพยุโรปมีความตั้งใจที่จะแทนที่ความตกลงที่มีอยู่ขึ้นด้วยความตกลงที่ทำขึ้นใหม่ในนามของสหภาพยุโรป เป็นที่น่าสังเกตว่าสนธิสัญญาสิทธิสบอนไม่ได้กำหนดระยะเวลาช่วงเปลี่ยนผ่านไว้ ทั้งนี้ อาจขึ้นอยู่กับช่วงเวลาที่สหภาพยุโรปได้เจรจาความตกลงกับประเทศนอกสหภาพยุโรปเป็นผลสำเร็จ และรายละเอียดที่กำหนดไว้ในขอบทของความตกลงเดิมสำหรับความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกกับประเทศนอกสหภาพยุโรปที่ไม่ได้แจ้งต่อสหภาพยุโรปนั้นจะไม่สามารถบังคับใช้ต่อไปได้ตามมาตรา ๒ ของข้อบังคับที่ ๑๒๑๙/๒๐๑๒ อย่างไรก็ตามความตกลงนี้อาจยังมีผลบังคับใช้ได้ตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ^๗ ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน

ข้อบังคับที่ ๑๒๑๙/๒๐๑๒ ของสหภาพยุโรประบุให้การบังคับใช้ความตกลงที่ได้ทำขึ้นและมีผลบังคับใช้ก่อนเดือนธันวาคม ๒๕๕๒ ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่จนกว่าสหภาพยุโรปจะสั่งให้มีการยุติการบังคับใช้ตามความตกลงนั้นและแทนที่ด้วยความตกลงฉบับใหม่ที่ได้ทำขึ้นในนามของสหภาพยุโรป ตัวอย่างเช่น ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหภาพยุโรปและเวียดนามมีข้อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงฉบับนี้และความตกลงอื่น (Relations with Other Agreements) โดยวางหลักให้ความตกลงการค้าเสรีฉบับใหม่ (ซึ่งปัจจุบันอยู่ในกระบวนการให้สัตยาบันของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป) แทนที่ความตกลงฯ ฉบับเก่าระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและประเทศนอกสหภาพยุโรป เฉพาะที่ได้ระบุไว้ในภาคผนวก (Annex F)^๘ เป็นต้น สำหรับความตกลงที่มีผลบังคับใช้หลังจากเดือนธันวาคม ๒๕๕๒ คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจะพิจารณาถึงความสอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป ในกรณีที่คณะกรรมาธิการฯ พบว่าความตกลงนั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป หรือจะเป็นอุปสรรคต่อการเจรจาทำความตกลงของสหภาพยุโรปในอนาคต คณะกรรมาธิการฯ และประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้องจะต้องเข้าสู่กระบวนการปรึกษาหารือเพื่อหาข้อสรุปไม่ว่าจะเป็นการยุติการบังคับใช้ความตกลงนั้นหรือเจรจากับประเทศที่สามผู้เป็นภาคีเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อบทให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป^๙ เป็นที่น่าสังเกตว่าหากไม่นำข้อปัญหาเข้าสู่กระบวนการปรึกษาหารือ คณะกรรมาธิการฯ ไม่มีอำนาจในการทำคำตัดสินให้ประเทศสมาชิกกระทำการหรือไม่กระทำการใดที่เกี่ยวข้องกับความตกลง โดยอ้างอิงแต่เพียงผลสรุปจากการพิจารณาของคณะกรรมาธิการฯ

^๖ ที่มา : <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>

^๗ ที่มา : <https://www.iisd.org/itn/2016/08/10/can-eu-member-states-still-negotiate-bits-with-third-countries-stefanie-schacherer/>

^๘ ที่มา : EEU-Vietnam Free Trade Agreement: Agreed text as of January 2016, Chapter 17: Institutional, general and final provisions

^๙ ที่มา : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dac2e673-ce20-48c0-a589-2dd934ca190b>

ถึงแม้ว่ากระบวนการปรึกษาหารือจะมีผลให้การบังคับใช้ความตกลงนั้นสิ้นสุดลง ในหลายความตกลงมีข้อบทที่ระบุให้ความคุ้มครองยังคงให้มีผลบังคับต่อไปเป็นระยะเวลา ๕-๑๕ ปีภายหลังจากที่ข้อบทข้ออื่นสิ้นสุดผลบังคับใช้แล้ว ซึ่งเป็นกรณีนี้ที่ความตกลงนั้นสิ้นสุดไปโดยไม่มีข้อตกลงอื่นใดมาแทนที่ แต่ถ้าหากมีความตกลงใหม่ที่ทำขึ้นโดยสหภาพยุโรป ดังเช่น ในกรณีของความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหภาพยุโรปและเวียดนามมีข้อบทการยุติการบังคับใช้ความตกลง (Termination) ภายใต้อำนาจที่กำหนดให้ข้อบทลงทุนในเรื่องของความคุ้มครองในความตกลงเดิมมีผลบังคับใช้ต่อไปเป็นระยะเวลา ๑๕ ปีนับจากวันที่ความตกลงฉบับเดิมสิ้นสุดผลบังคับใช้ เป็นต้น แน่นนอนว่าเมื่อสหภาพยุโรปเข้าทำ ความตกลงแทนที่ประเทศสมาชิก สิทธิในการได้รับความคุ้มครองและกระบวนการระงับพิพาทย่อมมีการเปลี่ยนแปลง เช่น คณะกรรมาธิการฯ สามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความตกลงฯ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะความตกลงนั้นจะเป็นความตกลงที่บังคับใช้ก่อนหรือหลังเดือนธันวาคม ๒๕๕๒ โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อช่วยเหลือประเทศสมาชิกในการต่อสู้ข้อพิพาทและปกป้องผลประโยชน์ของประเทศสมาชิกผู้พิพาทและสหภาพยุโรปอย่างถึงที่สุด นอกจากนี้ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นภายใต้ความตกลงระหว่างสหภาพยุโรปและประเทศคู่ภาคี คณะกรรมาธิการฯ ยังมีอำนาจในการพิจารณากำหนดให้ประเทศสมาชิกที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการของสหภาพยุโรปเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย

ความตกลง FTA แนวใหม่ของสหภาพยุโรปกับความตกลง BITs

ตั้งแต่เดือนเมษายน ๒๕๖๑ สหภาพยุโรปได้ปรับโครงสร้างการจัดทำความตกลงการค้าเสรี โดยมีความตกลงทางการค้ากับประเทศสิงคโปร์ที่ถือเป็นความตกลงแรกที่สหภาพยุโรปแยกความตกลงออกเป็นสองฉบับ ฉบับแรก คือ ความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement: FTA) ซึ่งรวมการค้าสินค้า การค้าบริการ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce) และการเปิดตลาด ส่งเสริมและอำนวยความสะดวกด้านการลงทุนด้วย และฉบับที่สอง คือ ความตกลงคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection Agreement: IPA)

ความตกลงการค้าเสรีฉบับใหม่ในส่วนแรก (FTA) ในส่วนการเปิดตลาด ส่งเสริมและอำนวยความสะดวกด้านการลงทุนจะแทนที่ความตกลง BITs ฉบับเดิมทันทีหลังจากมีการให้สัตยาบัน โดยหลังจากได้รับการเห็นชอบจากสภายุโรป คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปจะเป็นผู้ให้สัตยาบันในนามของประเทศสมาชิกทั้งหมด ซึ่งต่างจากความตกลงในส่วนที่สอง (IPA) ที่คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปไม่สามารถดำเนินการในนามของประเทศสมาชิกได้ ประเทศสมาชิกทุกประเทศจะต้องดำเนินการให้สัตยาบันให้เสร็จสิ้น ความตกลงจึงจะมีผลใช้บังคับ ทำให้ระยะเวลาในการให้สัตยาบันของความตกลงคุ้มครองการลงทุน (IPA) จะนานกว่าความตกลงการค้าเสรี (FTA) ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงกำหนดให้ความตกลง BITs เดิมในเรื่องของความคุ้มครองยังคงมีผลบังคับใช้ต่อเนื่องจนกว่าความตกลง IPA ฉบับใหม่จะมีผลใช้บังคับ ทั้งนี้ ระยะเวลาเปลี่ยนผ่านนี้จะแตกต่างกันไปในแต่ละความตกลง เช่น ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหภาพยุโรปและเวียดนามกำหนดให้ความคุ้มครองยังมีผลต่อไปอีก ๑๕ ปี และความตกลงคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหภาพยุโรปและสิงคโปร์กำหนดไว้ ๓ ปี หลังจากวันที่ได้ยุติความตกลงฉบับเดิม เป็นต้น

ในส่วนของไทย การเจรจา FTA ไทย-สหภาพฯ หยุดชะงักมาตั้งแต่ปี ๒๕๕๗ ภายหลังจากการเข้ามาเปลี่ยนแปลงการเมืองของไทย หากไทยและสหภาพยุโรปจะกลับมาเริ่มการเจรจา FTA กันใหม่หลังจากที่ไทยมีรัฐบาลใหม่ที่มาจากการเลือกตั้งแล้ว คงเป็นที่แน่นอนว่าสหภาพยุโรปจะนำแนวทางการจัดทำความตกลงรูปแบบใหม่ที่แยกเป็นความตกลง FTA ฉบับรวม และความตกลง IPA มาใช้ในการเจรจากับไทย เช่นเดียวกับที่สหภาพยุโรปตกลงกับสิงคโปร์ และเวียดนามไปแล้ว และอยู่ระหว่างการเจรจากับอินโดนีเซีย ซึ่งไทยจะต้องปรับตัวรับกับการเจรจาลักษณะใหม่ซึ่งแตกต่างไปจาก

* ที่มา : <https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/a5d6aa8b-2b3e-4e8f-b882-1185978ad3a7.pdf>

รูปแบบความตกลง FTA ปกติที่ไทยเคยเจรจาตกลงมา รวมทั้งต้องพิจารณาเตรียมพร้อมรับมือกับข้อเรียกร้องของ สหภาพยุโรปในเรื่องมาตรฐานการประกอบธุรกิจในด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมที่สูงขึ้น การลดอุปสรรคต่อการจัดตั้งธุรกิจ ของผู้ประกอบการจากสหภาพยุโรป รวมทั้งการเปิดเสรีการลงทุนในสาขาต่างๆ ที่สหภาพยุโรปสนใจมากขึ้น เช่น ยานยนต์ การขนส่งและโลจิสติกส์ เป็นต้น ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าความตกลง IPA จะบังคับใช้ภายหลังความตกลง FTA โดยขึ้นกับระยะเวลาการเปลี่ยนผ่านที่กำหนดไว้ในความตกลง BIT เดิมกับแต่ละประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ไทยต้อง เตรียมพร้อมในเรื่องการขยายขอบเขตความคุ้มครองการลงทุนที่มาพร้อมกับความคาดหวังที่สูงขึ้น และการจัดตั้งศาลเพื่อ ระงับข้อพิพาทด้านลงทุน (Multilateral Investment Court)^๕ ที่ยังคงเป็นข้อกังวลของไทยในเรื่องค่าใช้จ่ายและ ความพร้อมของบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญในการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศ

นางสาวชวัลกร ศาสนัญญากุล
กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ
สำนักเจรจาการค้าบริการและการลงทุน
สิงหาคม ๒๕๖๑

^๕ บทความเรื่อง “อนาคตและทิศทางพัฒนาของศาลการลงทุน”, กุมภาพันธ์ ๒๕๖๑, <http://www.dtn.go.th>