THAC
Thailand Arbitration Center

วารสารกฎหมาย
ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ

LAW Journal

ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2566)

Thailand Arbitration Center

วารสารกฎหมาย ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ

ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2566)

บรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร. ธวัชชัย สุวรรณพานิช

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สิรีกานต์ อยู่เรือง

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัศวโรจน์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เสถียรภาพ นาหลวง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศิริชัย มงคลเกียรติศรี

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นิสิต อินทมาโน

นายพศิน ทิพยรักษ์

นายชัยวัฒน์ ม่วงแก้ว

นายปรัชญา อุยตระกูล

Professor Dr. Franco Ferrari

Dr. Colin Ong QC

Dr. Jian Chen

Mr. Yang Liang Yee

ผู้อำนวยการสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ผู้อำนวยการฝ่ายอนุญาโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาท

ที่ปรึกษากฎหมายประจำฝ่ายอนุญาโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาท

วัตถุประสงค์

วารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแผ่งานวิชาการและสร้างความรับรู้ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือก ตลอดจนกฎหมายในสาขาอื่น ๆ ซึ่งมีเนื้อหาที่น่าสนใจอันจะเป็นประโยชน์ต่อไปในวงวิชาการ

ประเภทของวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์

1. บทความวิชาการ หมายถึง งานเขียนทางวิชาการที่มีการวิเคราะห์หรือวิจารณ์กฎหมาย ตามหลักวิชาการ อันจะเป็นประโยชน์ต่อไปในอนาคต

2. บทความวิจัย หมายถึง บทความที่เขียนขึ้นจากการค้นคว้า วิจัย วิเคราะห์ทางนิติศาสตร์ เพื่อค้นพบข้อเท็จจริงจากการวิจัยอย่างเป็นระบบ

3. ฎีกาวิเคราะห์ หมายถึง บทความวิเคราะห์คำพิพากษาและคำวินิจฉัยของศาลต่าง ๆ

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย มีกำหนดตีพิมพ์ปีละ 1 ครั้ง ประจำเดือนกันยายน

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่าน ที่ตรงตามสาขาวิชาและเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (double-blind)

การเผยแผ่วารสาร

การเผยแพร่วารสารนิติศาสตร์ ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ จัดทำในรูปแบบรูปเล่มออนไลน์ ผู้ที่สนใจสามารถเข้าถึงวารสารได้จากเว็บไซต์ของ Thai Journals Online (ThaiJo) และเว็บไซต์ของ ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ

บทบรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์ ฉบับนี้ เป็นฉบับที่ 2 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่งานวิชาการและสร้างความรับรู้ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือก ตลอดจนกฎหมายในสาขาอื่นๆ ซึ่งมีเนื้อหาสาระที่น่าสนใจอันจะเป็นประโยชน์ต่อไปในวงวิชาการ โดยบทความต่างๆ ในนามของ ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการจะต้องผ่านการจัดพิมพ์ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ นอกเหนือจากนี้บทความจะต้องผ่านประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนทั้งสิ้น 3 ท่าน จึงจะถือว่าบทความผ่านการประเมิน

บทความแรก คือ บทความเรื่อง การไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เขียนโดย นางสาวดุษดี ดุษฎีพาณิชย์ และนางสาวสุชาดา แย้มสินธ์

บทความที่สอง คือ บทความเรื่อง ความเหมาะสมและจำเป็นของการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมและกักเก็บคาร์บอนโดยอนุญาโตตุลาการในยุคการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน เขียนโดย ผศ.ดร. ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ

บทความที่สาม คือ บทความเรื่อง Dispute Resolution Mechanism for Public Private Partnership Contracts in Thailand: The Need for Alternative Dispute Resolution? เขียนโดย นายธนภัทร แย้มกลิ่น นายธัชชัย เหลืองภัทรวงศ์ และนางสาวปุณิกา เลาหไพโรจน์วัฒนา

บทความที่สี่ คือ บทความเรื่อง The search for relief in provisional measures เขียนโดย คุณ Nicky Balani

บทความที่ห้า คือ บทความเรื่อง Setting Aside Arbitral Award in Singapore in 2023 เขียนโดย คุณ Nicholas Tang FCIArb & Jolene Gwee

บทความที่หก คือ บทความเรื่อง Consumer Arbitration เขียนโดย นายทศพร สัมพิพัฒนเดชา นางสาวณัฏฐณิชา แซ่โง้ว และนายวิลเลียมส ลิสเตอร์

ในนามของกองบรรณาธิการวารสาร ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ ขอขอบพระคุณผู้อ่านทุกท่านและหวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับความรู้และประโยชน์ต่างๆ จากวารสารฉบับนี้ไม่มากก็น้อย และขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่ได้สละเวลาในการพิจารณาบทความ เพื่อให้บทความเป็นไปตามมาตรฐานทางวิชาการ ทั้งนี้หากมีข้อผิดพลาดประการใด ทางกองบรรณาธิการจะนำไปปรับปรุงแก้ไขต่อไป

ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2566)

สารบัญ

บทความ

หน้า

1. การไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) 01

2. ความเหมาะสมและจำเป็นของการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและ ประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมและกักเก็บคาร์บอนโดยอนุญาโตตุลาการในยุคการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน 17

บทความต่างประเทศ

Page

1. Dispute Resolution Mechanism for Public Private Partnership Contracts in Thailand: The Need for Alternative Dispute Resolution? 35

2. The search for relief in provisional measures 57

3. Setting Aside Arbitral Award in Singapore in 2023 79

4. Consumer Arbitration 103

Thailand Arbitration Center Law Journal

Vol. 2 No. 2 (Sep 2023)

CONTENTS

Article

Page

1. Public Policy as a Ground for Refusing Recognition and Enforcement of Arbitral Awards 01

2. Suitability and Necessity of Resolving Disputes Relating to Petroleum Exploration and Production and Carbon Storage Investment and Operation through Arbitration in an Era of Energy Transition 17

Foreign-Language Articles

1. Dispute Resolution Mechanism for Public Private Partnership Contracts in Thailand: The Need for Alternative Dispute Resolution? 35

2. The search for relief in provisional measures 57

3. Setting Aside Arbitral Award in Singapore in 2023 79

4. Consumer Arbitration 103

บทความ

01

การไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

Public Policy as a Ground for Refusing Recognition and Enforcement of Arbitral Awards

ดุษดี ดุษฎีพาณิชย์ (Dutsadee Dutsadeepanich)
สุชาดา แย้มสินธ์ (Suchada Yamsin)

Article

การไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

Public Policy as a Ground for Refusing Recognition and Enforcement of Arbitral Awards

ดุษดี ดุษฎีพาณิชย์ (Dutsadee Dutsadeepanich)[1]
สุชาดา แย้มสินธ์ (Suchada Yamsin)[2]

วันที่รับบทความ 15 สิงหาคม 2566; วันแก้ไขบทความ 12 กันยายน 2566; วันตอบรับบทความ 15 กันยายน 2566

บทคัดย่อ

กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่สัญญามีอิสระอย่างเต็มที่ในการร่วมตกลงกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาท (Party Autonomy) โดยหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่ทำให้คู่พิพาทเลือกระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ความเป็นที่สุด (Finality) และมีผลผูกพัน (Binding Effect) ของคำชี้ขาด ไม่สามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อไป จึงส่งผลให้โดยทั่วไประยะเวลาของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจึงมีความรวดเร็วกว่าการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทางศาล อย่างไรก็ตาม ในหลายกรณีก็ยังคงมีข้อครหาต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นกระบวนการที่ล่าช้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากต่อมาคำชี้ขาดไม่ได้รับการยอมรับบังคับตามหรือถูกเพิกถอน ทั้งนี้ เหตุการขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ถือเป็นหนึ่งในเหตุที่ถูกอ้างเพื่อขอให้ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมากที่สุดในประเทศไทย

บทความนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการตีความหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่เกิดขึ้นในประเทศไทย โดยพิจารณาจากกรณีศึกษาที่เกิดขึ้น และแนวทางการตีความหลักดังกล่าวโดยศาลไทย แนวทางการตีความหลักดังกล่าวโดยศาลต่างประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการมีความก้าวหน้า และให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องการตีความเหตุการขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำสำคัญ: อนุญาโตตุลาการ, การยอมรับและบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาด, ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

[1] ทนายความหุ้นส่วนบริษัท Clyde & Co (Thailand), อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, LL.B. Thammasat University, Thai Barrister, LL.M. Durham University, LL.M. University of Edinburgh

[2] ทนายความผู้เชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการ, LL.B. Chulalongkorn University

ABSTRACT

One of the essential factors that attract parties in dispute to opt for arbitration is the decisive characteristics of the Finality of the arbitral award, which prevent any subsequent appeals. Resulting in the overall timeframe of the arbitration process offers a more accelerated period compared to the judicial process. Nonetheless, the swiftness of the arbitration procedure remains a topic of discussion, especially when the arbitral awards are not recognized or enforceable. The violation of policy is often cited as a ground for refusing the recognition and enforcement of arbitral awards.

This article aims to highlight the nuanced understanding of public policy within both national and international contexts. It will analyze issues related to public policy as a ground for refusing recognition and enforcement of arbitral awards, drawing insights from precedent cases from Thai courts and international courts. Subsequently, it will propose an interpretative framework for public policy that has recognized the progressive nature of arbitration. The aim is to enhance the efficiency of arbitration, ensure legal compliance, and promote international trade and investment arbitration.

Keywords: Arbitration, Recognition and Enforcement of Awards, Public Policy

บททั่วไป

การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในโลกยุคปัจจุบันอย่างมาก และถือเป็นหนึ่งในปัจจัยที่สำคัญต่อการพัฒนาประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการยกระดับศักยภาพในการผลิต การถ่ายทอดองค์ความรู้ ดึงดูดเงินลงทุน ยกระดับมาตรฐานของคุณภาพชีวิตประชาชน และสาธารณูปโภคต่าง ๆ ภายในประเทศให้ดีขึ้น อย่างไรก็ตาม การที่นักลงทุนต่างชาติจะตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศใดประเทศหนึ่งนั้น ย่อมมีเหตุผลและแรงจูงใจทางธุรกิจที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทรัพยากรบุคคลและทรัพยากรธรรมชาติของประเทศที่รับการลงทุน คุณภาพของแรงงาน ค่าแรงขั้นต่ำ การเข้าถึงตลาด ความสามารถในการเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิต และความมั่นคงแน่นอนของการบังคับใช้กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนนั้น ๆ เป็นต้น ทั้งนี้ เมื่อการค้าการลงทุนระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น และการพัฒนาทางเศรษฐกิจของสังคมโลกปัจจุบันเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว สิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ก็คือข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศที่เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ส่งผลให้การเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมจากนักลงทุนระหว่างประเทศอย่างมากในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา[3]

[3] Rawat, “M. S. INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND TRANSNATIONAL PUBLIC POLICY.” Journal of the Indian Law Institute, 49 (2007): 60–75.

เนื่องด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น คู่สัญญาสามารถร่วมกันตกลงกำหนดกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้อย่างอิสระ เช่น การเลือกอนุญาโตตุลาการ จำนวนอนุญาโตตุลาการ สถานที่ทำอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ และกฎหมายสารบัญญัติ เป็นต้น ตามหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญา (Party Autonomy) โดยเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ตกลงกันจะถูกกำหนดไว้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) และเมื่อข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการได้เกิดขึ้นแล้วคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สามารถยกเลิกเพิกถอนได้แต่เพียงฝ่ายเดียว[4] จึงมีความเหมาะสมต่อการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นคดีความระหว่างประเทศที่มักจะมีคู่พิพาทและผู้เกี่ยวข้องมาจากหลายประเทศ ใช้หลายภาษา และมีกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง โดยปรากฏการณ์ดังกล่าว ได้ถูกยืนยันโดยผลงานวิจัยของสมาคมเนติบัณฑิตยสภานานาชาติ (International Bar Association) ว่าข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะเลือกระงับข้อพิพาทโดยใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพิ่มมากขึ้น ปัจจัยที่ทำให้คู่พิพาทเลือกระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ขั้นตอนและกระบวนการของคณะอนุญาโตตุลาการที่มีความรวดเร็ว ยืดหยุ่น และมีประสิทธิภาพมากกว่ากระบวนการพิจารณาตามกฎหมายภายในทั่วไป การดำเนินการต่างๆ เคารพหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญา (Party Autonomy) รวมไปถึงหนึ่งในปัจจัยที่สำคัญที่สุด ได้แก่ ความเป็นที่สุด (Finality) และมีผลผูกพัน (Binding Effect) ของคำชี้ขาด ไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้[5] โดยเมื่อกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงและคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมมีผลผูกพันคู่พิพาทและเป็นที่สุด ส่งผลให้โดยทั่วไประยะเวลาของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจึงมีความรวดเร็วกว่าการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทางศาล อย่างไรก็ตาม ในหลายกรณีก็ยังคงมีข้อครหาต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นกระบวนการที่ล่าช้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากต่อมาคำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอนหรือศาลภายในไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

บทความนี้จึงมุ่งพิเคราะห์ถึงปัญหาการไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด รวมไปถึงการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย โดยพิจารณาถึงแนวการตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ของศาลทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ศึกษาตัวอย่างคดีความทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการตีความหลักการดังกล่าว

คุณสมบัติที่ดีของการอนุญาโตตุลาการ: ลักษณะความเป็นที่สุด (Finality) มีผลผูกพัน (Binding Effect) ของคำชี้ขาด และการยอมรับและบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาด (Recognition and Enforcement of Awards)

หนึ่งในคุณสมบัติที่สำคัญของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ คำชี้ขาดมีความเป็นที่สุด (Finality) และมีผลผูกพัน (Binding Effect) มีสภาพบังคับที่มั่นคงและสามารถนำไปใช้ได้ทั้งระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศ (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards)

---

[4] Joseph M. Boddicker, Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term “Investment” in ICSID Arbirtration[online], (14 September 2022) Available from https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1691&context=auilr

[5] Noam Zamir and Peretz Segal, “Appeal in International Arbitration—an efficient and affordable arbitral appeal mechanism” 35,1 (2019): 79

โดยหลักการที่คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุด (Finality Of Awards) ไม่สามารถอุทธรณ์และฎีกาต่อไปได้ก็เนื่องมาจากหลักความเป็นอิสระในการเข้าทำสัญญา (Party Autonomy) ของคู่พิพาทที่ได้กำหนดเป็นไปเช่นนั้น[6] ด้วยการตกลงเข้ารับความเสี่ยงจากการอุทธรณ์และฎีกาคำชี้ขาดไม่ได้นับตั้งแต่วันที่ร่วมกันกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ[7] หลักการดังกล่าวทำให้กระบวนการมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายไม่ต้องไปดำเนินการในชั้นอุทธรณ์และฎีกา[8] คุณสมบัติเรื่องความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด จึงถือเป็นหนึ่งในคุณสมบัติที่ดีของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ[9] อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีส่วนใหญ่มักจะไม่ดำเนินการตามคำชี้ขาด จึงต้องมีการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ยอมรับและบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาด (Recognition and Enforcement of Awards)[10]

โดยเกี่ยวกับหลักการยอมรับและบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาด (Recognition and Enforcement of Awards) นั้นได้มีสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง คือ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: New York Convention)[11] ที่มีผลบังคับใช้ในระหว่างรัฐสมาชิกที่ให้สัตยาบัน 170 ประเทศ[12] โดยรัฐสมาชิกต้องอนุวัฒน์กฎหมายภายในของประเทศตนเพื่อให้มีการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ[13] กล่าวคือ ศาลภายในของรัฐสมาชิกจะต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศของรัฐสมาชิกด้วยกัน[14] โดยหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในข้อที่ 3 ของ New York Convention ที่ระบุว่า

‘แต่ละรัฐภาคีจะยอมรับว่าคำชี้ขาดมีผลผูกพันและบังคับให้ตามหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาที่กำหนดไว้ในดินแดนที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นในมาตราต่อๆ ไปในอนุสัญญานี้

อนึ่ง เงื่อนไขสำหรับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศตามอนุสัญญาฉบับนี้จะไม่เป็นภาระมากกว่าหรือเสียค่าธรรมเนียมที่สูงกว่าการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดภายในประเทศ’

---

6 Noam Zamir and Peretz Segal, (เชิงอรรถ 5) 79.

7 Ivan Milotic, “Exclusion of Appeals Against Arbitration in Roman Law” (2013) 20 Croat Arb Yearb: 241.

8 Ivan Milotic (เชิงอรรถ 7) 241.

9 Noam Zamir and Peretz Segal (เชิงอรรถ 5) 79.

10 “According to a 2008 arbitration survey, 11% of arbitration awards were found to end in enforcement proceedings” Pricewaterhouse-Coopers and Queen Mary College, International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices, 10.

11 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Australian Treaty Series 1975 No. 25, entry into force for Australia on 24 June 1975 (hereinafter ‘New York Convention’).

12 United Nations Commission on International Trade Law, Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)[online], 14 September 2022. Available from https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

13 Henry Winter, The enforcement of foreign arbitral awards in Australia against non-signatories to the arbitration agreement. Arbitration International 31 (2015): 318.

14 Article 3 of Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)

> ‘Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.’

ทั้งนี้ ถึงแม้นานาประเทศจะได้ยอมรับหลักการเรื่องความเป็นที่สุด (Finality) และมีผลผูกพัน (Binding Effect) ของคำชี้ขาด รวมไปถึงหลักการยอมรับและบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาด (Recognition and Enforcement of Awards) ดังกล่าว แต่ได้เปิดช่องให้ตรวจความชอบของคำชี้ขาด และสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ภายใต้เหตุที่มีอย่างจำกัด[15] อีกทั้งยังเปิดช่องให้ศาลภายในสามารถใช้ดุลพินิจในการสร้างความสมดุลระหว่างความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ (Finality of Awards) กับความยุติธรรม (Justice) ด้วย[16]

โดยเหตุการตรวจความชอบของคำชี้ขาดเพื่อปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ระบุไว้ในข้อที่ 5 ของ New York Convention กำหนดให้ศาลภายในประเทศสมาชิก (ที่คู่พิพาทนำคำชี้ขาดไปบังคับ) มีอำนาจตรวจสอบว่า “เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ตรวจสอบว่าคำชี้ขาดจัดทำเกินกว่าขอบเขตการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ตรวจสอบว่าคำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดหรือไม่ ตรวจสอบว่าข้อพิพาทนั้นสามารถถูกระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ (Arbitrability) และการบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ (Public Policy)”[17] เท่านั้น ต้องไม่รวมไปถึงการวินิจฉัยถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายและข้อเท็จจริงที่นำมาใช้ในการตัดสินในเชิงเนื้อหาของข้อพิพาท[18] โดยเหตุปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้ถูกระบุไว้ใน ข้อที่ 35 ของ The United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL): Model Law on International Commercial Arbitrationในลักษณะเดียวกัน[19]

---

15 Pierre Mayer and Audley Sheppard, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. Arbitration International 19 (2003): 249-250.

16 Pierre Mayer and Audley Sheppard (เชิงอรรถ 17) 250.

17 Article 5 of Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)

‘1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.’

18 Noam Zamir and Peretz Segal, (เชิงอรรถ 5) 81-82.

19 Article 35 of the UNCITRAL Arbitration Rules

‘1. The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate.

2. The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so.

3. In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract, if any, and shall take into account any usage of trade applicable to the transaction.’

สำหรับประเทศไทย ได้อนุวัฒน์กฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ตามที่ปรากฏใน มาตรา 40[20] ประกอบมาตรา 43[21] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 วางหลักให้ศาลภายในมีดุลยพินิจยอมรับหรือไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดได้ หากปรากฏเหตุ ได้แก่ คู่สัญญาบกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมาย, สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ผูกพันตามกฎหมาย, คำชี้ขาดที่เกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้มีการแจ้งถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือคู่พิพาทไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่, คำชี้ขาดไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดจัดทำเกินกว่าขอบเขตการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ, องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาไม่เป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้, ข้อพิพาทนั้นไม่สามารถถูกระงับได้โดยการอนุญาโตตุลากา หรือหากบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น ศาลสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด รวมไปถึงเพิกถอนคำชี้ขาดของคู่พิพาทได้ เพื่อการธำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมแห่งกฎหมาย และรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สูงสุดแห่งรัฐ

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการไม่ยอมรับบังคับตามและการเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

ปัจจุบัน พบว่าหลักการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Recognition and Enforcement of Arbitral Awards) ยังมีปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับ เนื่องด้วย ยังคงต้องอาศัยอำนาจของศาลภายในเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาด จนนำมาสู่ข้อวิพากษ์เป็นวงกว้างในสังคมว่าการที่ศาลภายในมีอำนาจเช่นนี้ ถือเป็นเหตุที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการขาดความมั่นคงแน่นอนหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เพื่อปกป้องผลประโยชน์สูงสุดแห่งรัฐมากกว่าการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนภาคเอกชน เป็นต้น

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด โดยอ้างเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในประเทศไทยนั้น ยังเป็นข้อถกเถียงในปัจจุบัน โดยมีข้อวิพากษ์เกิดขึ้นอย่างกว้างขว้างว่าหลายคดี ศาลไทยมักจะอ้างเหตุขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เพื่อไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด รวมไปถึงการเพิกถอนคำชี้ขาด โดยตรวจสอบไปถึงข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดี อีกทั้ง การตีความคำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มักจะเป็นไปอย่างกว้าง (Broad Interpretation) และขาดความแน่นนอนในการตีความ (Uncertain Interpretation)

---

[20] มาตรา 40 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

[21] มาตรา 43 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

การตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศไทย

เนื่องด้วย คำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” (Public Policy) เป็นถ้อยคำที่มีพลวัตสูง มีความแตกต่างกันไปตามแต่ละสังคม แต่ละยุคสมัย จึงเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่ตายตัว และไม่ควรกำหนดนิยามอย่างชัดแจ้งไว้ในตัวบทกฎหมาย[22] ผู้ตรากฎหมายต้องใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปในลักษณะเปิด (open texture) จึงเป็นกรณีที่จะต้องนำข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี (Case by Case) มาใช้ประกอบการวินิจฉัย เพื่อให้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปดังกล่าว มีความยืดหยุ่น และสามารถปรับเปลี่ยนให้เข้ากับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปโดยเร็วได้ โดยที่องค์กรนิติบัญญัติไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายหรือตรากฎหมายขึ้นใหม่อีกด้วย[23]

อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ถ้อยคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” (Public Policy) เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเปิด และมีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง จึงเป็นการเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายมีดุลพินิจอย่างกว้างในการตีความคำดังกล่าว จนอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนในแง่ผลของคำพิพากษาของศาล และเป็นการยากอย่างยิ่งที่บุคคลทั่วไปจะคาดหมายได้ว่าผู้พิพากษาจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีในลักษณะใด[24]

จากการศึกษาการตีความหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ใช้เป็นเหตุแห่งการไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผ่านคำพิพากษาของศาลภายในประเทศไทย พบว่าศาลยังคงอาศัยการตีความถ้อยคำดังกล่าวในลักษณะอย่างกว้าง ส่งผลให้ไม่สามารถคาดเดาผลลัพธ์แห่งคำพิพากษาในแต่ละคดีได้ การต่อสู้คดีมักจะใช้เวลายาวนาน และจะมีการต่อสู้คดีไปจนถึงศาลสูงสุด

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลไทย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ *7277/2549* ระหว่าง บิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี กับพวก ผู้ร้อง กับ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ผู้คัดค้าน[25]

บิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี กับพวก ผู้ร้อง ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ตนชนะคดี โดยในคดีนี้ศาลฎีกาได้หยิบยกเอาข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเนื้อหาแห่งคดีที่เกี่ยวกับทำนิติกรรมระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้านมาพิจารณาว่า เป็นการทำสัญญาที่มีการเอื้อประโยชน์ระหว่างรัฐและเอกชนด้วยกันเองขึ้นมาพิจารณา จากข้อเท็จจริงที่ว่าเอกชนผู้ร้องได้จัดให้มีการเพิ่มทุนและจัดสรรหุ้นให้กับผู้ว่าการทางพิเศษแห่งประเทศไทยและเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องกับโครงการทางด่วนฯ ก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญาก่อสร้างดังกล่าว ถือเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ผู้คัดค้าน กรณีจึงถือว่าผู้ร้องใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการเข้าทำสัญญาดังกล่าว สัญญาจ้างเหมาออกแบบร่วมก่อสร้างโครงการทางด่วนซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านต้องชำระเงินให้แก่ผู้ร้องตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนั้น หากศาลบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลจึงปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด

---

22 อนันต์ คงเครือพันธุ์, “ประโยชน์สาธารณะในแง่มุมคดีปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ 47 (กันยายน 2561): 711.

23 วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564), 439.

24 วรเจตน์ ภาคีรัตน์, (เชิงอรรถ 25) 438.

25 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549

อย่างไรก็ตาม ในคดีที่มีลักษณะคล้ายกัน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขดำที่ อ.285-286/2556 คดีหมายเลขแดงที่ อ.487-488/2557 ระหว่างกรมควบคุมมลพิษ ผู้ร้อง และ บริษัท วิจิตรภัทท์ก่อสร้าง จำกัดและพวก (กิจการร่วมค้าNVPSKG) ผู้คัดค้าน[26]

เดิมคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้กรมควบคุมมลพิษชำระเงินค่าจ้าง ค่าเสียหาย รวมดอกเบี้ยตามข้อเรียกร้องให้แก่กิจการร่วมค้าNVPSKG และคืนหนังสือค้ำประกัน พร้อมค่าธรรมเนียม ให้กิจการร่วมค้าNVPSKG ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับและให้บังคับตามคำชี้ขาด

ต่อมา กรมควบคุมมลพิษได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่อีกครั้ง โดยกรมควบคุมมลพิษได้นำสืบถึงข้อเท็จจริงเพิ่มเติมที่แสดงความเชื่อมโยงความทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ข้าราชการทางการเมือง ร่วมกันกับเอกชนที่เอื้อประโยชน์ให้ซึ่งกันและกันเพื่อให้ที่ดินของบริษัท คลองด่าน มารีน แอนด์ ฟิชเชอรี่ จำกัด ให้ใช้ในการก่อสร้างโครงการและให้กิจการร่วมค้า NVPSKG ได้รับการคัดเลือกเข้าทำสัญญาโครงการจัดการน้ำเสีย อันเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน สัญญาจึงไม่มีผลผูกพันกรมควบคุมมลพิษ อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดกลับไม่เข้าไปพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและเนื้อหาของคดีในส่วนนี้ จึงมีคำพิพากษาให้ยกคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ของกรมควบคุมมลพิษและกระทรวงการคลัง และให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ แม้มีการนำเสนอให้ถึงการทุจริตคอรัปชั่นที่เกิดขึ้น

จากคำพิพากษาทั้งสองคดีดังกล่าว สะท้อนให้เห็นว่าการอ้างข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันเกี่ยวกับการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นเหตุขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเพื่อขอให้ศาลไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาด แต่ผลลัพท์ของคดีก็อาจไม่เหมือนกัน ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นกรณี ๆ ไป แสดงให้เห็นถึงการขาดความแน่นอนในการตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยศาลไทย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 349/2549 ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ร้อง และ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้คัดค้าน[27]

คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดว่าสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีผิดสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ และให้ชดเชยความเสียหายแก่ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ต่อมาสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรียื่นคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุว่าคำชี้ขาดที่เกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจับได้โดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชน

เกี่ยวกับการวินิจในประเด็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาวินิจฉัยเนื้อหาแห่งการทำสัญญาว่าการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ว่าจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยกฎหมายได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการเป็นตัวแทนแห่งรัฐในการเข้าทำสัญญากับเอกชนผู้ร่วมลงทุน อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) เอกชนผู้ลงทุนนั้นเสนอขอแก้ไขข้อสัญญาภายหลังจากที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบแล้ว ถือเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม

---

[26] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขดำที่ อ.285-286/2556 คดีหมายเลขแดงที่ อ.487-488/2557

[27] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 349/2549

ต่อเอกชนรายอื่น อีกทั้งยังเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้ข้อสัญญาที่ขอแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวนั้นไม่มีผลผูกพันรัฐทางกฎหมาย นอกจากนี้ในประเด็นที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้สำนักงานปลัดจ่ายค่าชดเชยให้กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) นั้น ศาลเห็นว่าข้อสัญญานี้เป็นสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะและเป็นวัตถุประสงค์หลักให้การจัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ขึ้นมา คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนนี้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของรัฐ มิใช่อยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หากบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวก็จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเป็นคำชี้ขาดที่เพิกถอนได้

จากกรณีศึกษานี้แสดงให้เห็นถึงว่าศาลไทยตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้อย่างกว้างโดยได้เข้าไปตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดีด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดง ที่ อ.221-223/2562 ระหว่างกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ร้อง กับบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ผู้คัดค้าน[28]

ตามที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ชำระเงินจำนวน 351,131,815 ดอลลาร์สหรัฐประกอบกับดอกเบี้ยอีก 7.5% ต่อปี อันเนื่องมาจากกรณีการยกเลิกสัญญาให้สัมปทาน ต่อมากระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองกลางขอให้ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดและเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในคดีนี้ ศาลปกครองกลางยกเหตุแห่งอายุความขึ้นมาพิจารณา โดยเห็นว่าคดีขาดอายุความไปแล้ว เนื่องจาก ผู้คัดค้านไม่ได้หยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 5 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้แห่งการเสนอข้อพิพาทคือวันที่ 30 มกราคม 2541 ซึ่งเป็นวันที่ผู้ร้องมีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปถึงผู้คัดค้านตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาศาลปกครอง ดังนั้น หากมีการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองกลางมองว่าจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงได้พิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดและคืนค่าธรรมเนียมให้แก่ผู้ร้องทั้งสอง

ต่อมา เมื่อมีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดได้กลับคำพิพากษาศาลปกครองกลางโดยอ้างถึงมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 18/2545 เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง ที่ได้วินิจฉัยถึงประเด็นการเริ่มนับอายุความไว้ว่าการที่บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด นำเอาคดีที่เหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นก่อนที่ศาลปกครองจะเปิดทำการ มาฟ้องหลังจากศาลปกครองเปิดทำการไปแล้ว การเริ่มนับระยะเวลาในการฟ้องคดีต้องเริ่มตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 ซึ่งเป็นวันที่ศาลปกครองเปิดทำการ มิใช่เริ่มนับตั้งแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามที่บัญญัติไว้ใน พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 51 เมื่อการฟ้องคดีของบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ยังไม่ขาดอายุความ คำวินิจฉัยชี้ขาดจึงไม่ได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลปกครองสูงสุดจึงยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

*อนึ่ง ต่อมาได้การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้วินิจฉัยว่า การออกมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากว่า มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวไม่ใช่การวินิจฉัยคดีใดคดีหนึ่งตาม พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

[28] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดง ที่ อ.221-223/2562

แต่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การนับระยะเวลาการฟ้องคดีและแนวทางเกี่ยวกับการฟ้องคดีปกครองทั่วไปที่เกิดขึ้นก่อนศาลปกครองเปิดทำการให้เป็นแนวทางอย่างเดียวกันในคดีอื่นด้วย จึงถือเป็นการตรากฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ กรณีจึงเป็นการออกระเบียบที่กำหนดวิธีการดำเนินการทั้งปวงเกี่ยวกับการฟ้องคดีภายใต้ พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้แล้ว การออกมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจึงต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาตรวจสอบ และหากสภาผู้แทนราษฎรไม่โต้แย้ง ต้องนำมาประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อนจึงจะมีผลใช้บังคับได้ แต่กระบวนการออกมติที่ประชุมใหญ่ข้างต้น เป็นการออกระเบียบโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 3 วรรคสองและ มาตรา 197 วรรคสี่ ดังนั้น การที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาที่อ้างถึงมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 18/2545 จึงไม่ชอบ[29]

คดีนี้เป็นอีกหนึ่งตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าศาลตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างกว้าง โดยได้เข้าไปตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดี อีกทั้งแนวการตีความเรื่องการเริ่มนับอายุความซึ่งเป็นประเด็นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ยังขาดความแน่นอน การตีความของแต่ละศาลก็แตกต่างกันไป และยิ่งไปกว่านั้น ต่อมาเมื่อได้มีการนำมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง เรื่องปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองไปยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ก็ก่อให้เกิดข้อวิพากษ์ว่าจะถือเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจก้าวเข้าไปในแดนของการกระทำทางตุลาการแล้วหรือไม่ อีกด้วย

จากตัวอย่างกรณีศึกษาคำตัดสินของศาลไทยข้างต้น แสดงให้เห็นว่าศาลไทยตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้อย่างกว้าง (Broad Interpretation) โดยศาลมักจะเข้าไปตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดี อีกทั้งแนวการตีความก็ยังขาดความแน่นนอน (Unexpected Interpretation) ส่งผลให้ภาพลักษณ์ของการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศไทยขาดซึ่งความมั่นคงและแน่นอน อย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

การตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในต่างประเทศ และคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Model Law) ของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) พบว่าในช่วงที่มีการยกร่างกฎหมายได้มีความพยายามกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนและเหตุแห่งการปฏิเสธคำชี้ขาดไว้อย่างจำกัดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจการตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศที่มีการจัดทำคำชี้ขาดและประเทศที่มีการนำคำชี้ขาดไปบังคับ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงการตีความคำว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในระดับระหว่างประเทศ ก็จะมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละระบบกฎหมาย

ประเทศสิงคโปร์ถือเป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ และระบบกฎหมายที่รับรองกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพมากในภูมิภาคเอเชีย ทำให้สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

---

[29] คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2564

[30] White & Case LLP, 2021 International Arbitration Survey : Adapting arbitration to a changing world[online], 14 September 2023, Available from https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

ของสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre: SIAC) ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก[30] โดยเมื่อพิจารณาถึงแนวทางการตีความเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของศาลภายในประเทศสิงคโปร์แล้ว พบว่าศาลมักจะอาศัยแนวทางการตีความอย่างแคบ (Construed Narrowly) โดยศาลจะเข้าไปแทรกแซงในส่วนของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้น้อยที่สุด และจะไม่เข้าไปตรวจสอบในส่วนของข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดีที่มีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากศาลจะปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีดังกล่าวจะต้องเป็นที่ประจักษ์แก่ศาลว่าหากมีการบังคับตามคำชี้ขาดเช่นว่านั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนอย่างร้ายแรง

คำพิพากษาคดี *Sui Southern Gas Company Limited V. Habibullah Coastal Power Company*[31]

คดีระหว่าง Sui Southern Gas Co. Ltd. ผู้ร้อง ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายของประเทศปากีสถาน ประกอบธุรกิจจัดหาก๊าซ กับ Habibullah Coastal Power Company ผู้คัดค้าน จากข้อเท็จจริงในคำชี้ขาดกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ประเทศสิงคโปร์ ผู้ร้องได้กระทำการผิดสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาก๊าซตามคุณสมบัติที่กำหนดไว้ เป็นเหตุให้ผู้คัดค้านได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวของผู้ร้องภายใต้สัญญาดังกล่าว โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดเกี่ยวกับคดีนี้ว่า ผู้ร้องมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาซึ่งก๊าซที่มีคุณภาพให้กับผู้คัดค้านตามสัญญาให้กับผู้คัดค้าน เมื่อได้พิจารณาถึงสัญญาและจากการปฏิบัติทางการค้า ผู้ร้องจึงต้องรับผิดและชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้คัดค้าน ซึ่งทำให้ผู้ร้องไม่พอใจกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลภายในประเทศสิงค์โปร์โดยอ้างเหตุว่าเป็นคำชี้ขาดที่ไม่สมเหตุสมผล หากมีการปฏิบัติตามคำชี้ขาดแล้วจะก่อให้เกิดการละเมิดหลักศีลธรรมอันดีอย่างร้ายแรง อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและความยุติธรรมของกฎหมาย (morality and justice) โดยในคดีนี้ ศาลภายในประเทศสิงค์โปร์ได้ยกคำร้องของผู้ร้อง และได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ว่า การกระทำที่จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระดับที่สูง เช่น การปรากฏเหตุแห่งการคอร์รัปชั่น, การติดสินบน หรือการกลฉ้อฉล เป็นต้น ซึ่งไม่สามารถตีความได้อย่างคลุมเครือและโดยทั่วไป ดังนั้น ข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องที่ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สมเหตุสมผลนั้นศาลไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ คำตัดสินของศาลข้างต้นสอดคล้องกับหลักการที่ศาลได้วางหลักไว้ใน**คดี PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank SA**[32] โดยได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ว่าต้องตีความอย่างแคบ อาทิ หลักศีลธรรมและความยุติธรรมขั้นพื้นฐานทั้งในเชิงสารบัญญัติและสบัญญัติ[33] ซึ่งเหตุการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่จะนำมาเป็นเหตุเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้นั้น จะต้องมีลักษณะที่ร้ายแรงทำนองเดียวกันกับการฉ้อโกง ฉ้อฉล หรือการทุจริตติดสินบนเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

---

31 โปรดดู Sui Southern Gas Co Ltd v Habibullah Coastal Power Co (Pte) Ltd [2010] SGHC 62

32 โปรดดู PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank SA [2007] 1 SLR (R) 597

33 Nish Shetty, Public Policy and Singapore Law of International Arbitration[online], 15 November 2017, Available from https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx

คำพิพากษาคดี AJU v AJT[34]

คดีระหว่าง AJU ผู้เรียกร้อง และ AJT ผู้คัดค้าน เป็นคดีอนุญาโตตุลาการอันเนื่องมาจากสัญญาประนีประนอมยอมความ **(“สัญญาพิพาท”)** ที่ได้จัดทำขึ้นเพื่อประนีประนอมยอมความต่อสัญญาการจัดการแข่งขันกีฬาเทนนิสประจำปี **(“สัญญาหลัก”)** ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้ปฏิบัติตามสัญญาพิพาท

ต่อมา ผู้เรียกร้องได้ยื่นคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดต่อศาลสิงคโปร์ แต่ผู้คัดค้านได้ยื่นคำคัดค้านขอเพิกถอนคำชี้ขาด โดยอ้างถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาพิพาท ด้วยเหตุที่ว่าเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นมาเพื่อประนีประนอมยอมความต่อสัญญาหลักซึ่งลงนามโดยผู้ไม่มีอำนาจกระทำการโดยแท้จริง โดยสัญญาหลักกำลังอยู่ในระหว่างดำเนินการตรวจสอบว่าในขั้นตอนการจัดทำสัญญาหลักได้มีการปลอมแปลงเอกสารหรือไม่ ดังนี้ เมื่อการดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำสัญญาหลักยังไม่แล้วเสร็จ แต่คู่สัญญากลับร่วมกันเข้าทำสัญญาพิพาทขึ้น สัญญาพิพาทจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลสิงค์โปรได้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ วินิจฉัยว่าหากให้มีการบังคับใช้สัญญาพิพาท เช่นนี้จะเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

อย่างไรก็ตาม ผู้เรียกร้องได้นำคดีนี้ขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศสิงคโปร์ (Appealed Court) โดยศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษา และมีคำพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าการที่คณะอนุญาโตตุลาการแสวงหาข้อเท็จจริงเพียงเฉพาะในสัญญาพิพาทซึ่งเป็นสัญญาอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการนั้นถูกต้องแล้ว และเป็นไปตามที่คู่สัญญาแสดงเจตนาไว้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ในสัญญาพิพาท ศาลไม่ควรเข้าไปพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดีโดยขยายการพิจาณาทั้งเนื้อหาและข้อเท็จจริงกว้างออกไปถึงสัญญาอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช้สัญญาที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการ และไม่ควรดำเนินกระบวนพิจารณาขึ้นมาใหม่อีกครั้ง (reopened) โดยอ้างเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ลักษณะเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการมีความก้าวหน้าอย่างมาก มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการ และระบบกฎหมายที่รับรองกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพมากลำดับต้น ๆ ของโลก ศาลภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้มีการตีความคำว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยยึดหลักแห่งการตีความอย่างแคบ (Narrow Interpretation) โดยศาลจะไม่ตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดี โดยจะไม่พิจารณาไปถึงในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงและวิธีการปรับใช้กฎหมายเชิงสารบัญญัติของอนุญาโตตุลาการโดยเด็ดขาด[35]

ทั้งนี้ การตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยศาลภายในของทั้งสองประเทศดังกล่าว ซึ่งได้รับการยอมรับจากนานาประเทศว่ามีความก้าวหน้าด้านการอนุญาโตตุลาการอย่างมาก ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดี และไม่กระทำการในลักษณะที่เป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาขึ้นมาใหม่อีกครั้ง (reopened) อีกทั้ง ยังได้ยึดหลักการตีความอย่างแคบด้วยการพิจารณาเพียงว่าเหตุการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่จะนำมาเป็นเหตุเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้นั้น จะต้องมีลักษณะที่ร้ายแรงทำนองเดียวกันกับการฉ้อโกง ฉ้อฉล หรือเหตุแห่งการคอร์รัปชั่น ทุจริตติดสินบนเจ้าหน้าที่ เท่านั้น

---

[34] AJU v AJT [2011] SGCA 41

[35] American Arbitration Association, Annual Report on May 2017 [online], Available from https://www.adr.org/annual-reports

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การที่ศาลเข้าไปตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดีมีลักษณะเป็นกระบวนการรับฟังข้อเท็จจริงใหม่ทั้งหมดและลบล้างการรับฟังข้อเท็จจริงในชั้นอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นการขัดต่อหลักความเป็นที่สุด (Finality) และมีผลผูกพัน (Binding) ของคำชี้ขาด ด้วยเหตุที่การอนุญาโตตุลาการมีหลักการและคุณค่าแตกต่างจากการดำเนินคดีในศาล กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยความสมัครใจของคู่สัญญา (Party Autonomy) และถือเป็นเจตนาของคู่พิพาทที่ต้องการให้แต่งตั้งคนกลางที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท โดยคำนึงถึงความรวดเร็วมีการพิจารณาที่เป็นความลับและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับใช้ในประเทศอื่นได้ ซึ่งเป็นหลักการและคุณค่าของสัญญาอนุญาโตตุลาการมีความเป็นสากลเป็นที่ยอมรับกันในนานาอารยประเทศ

หลักการและคุณค่าของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรถูกลบล้างโดยการใช้อำนาจศาลด้วยการเข้ามาพิจารณาข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดีใหม่ทั้งหมด การที่ศาลมีอำนาจในลักษณะนี้ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการกลายสภาพเป็นเสมือนศาลชั้นต้น ทั้งที่การอนุญาโตตุลาการมีหลักการและแนวคิดของแตกต่างกันกับการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล อีกทั้งยังเป็นการลบล้างคุณค่าและลักษณะที่ดีของการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติอันเป็นการขัดต่อหลักการอนุญาโตตุลาการและไม่เคารพเจตนารมณ์ของคู่สัญญาที่ต้องการคำตัดสินจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านและต้องการความรวดเร็วในการระงับข้อพิพาท อันอาจก่อให้เกิดความสูญเสียโอกาสทางธุรกิจจากความล่าช้าในการระงับข้อพิพาท และขัดต่อหลักการมาตรฐานด้านกฎหมายในเรื่องการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศได้

ดังนี้ การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลภายใน จึงควรคงไว้ซึ่งลักษณะที่ดีของการอนุญาโตตุลาการอันได้แก่หลักความเป็นที่สุด (Finality) และมีผลผูกพัน (Binding) ของคำชี้ขาด การกำหนดเหตุในการไม่ยอมรับบังคับตามและการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงควรเป็นไปโดยจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวปฏิบัติของศาลภายในเกี่ยวกับการตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของ (Public Policy) ที่ไม่ควรเข้าไปตรวจสอบในส่วนข้อเท็จจริงและเนื้อหาแห่งคดีมากจนเกินไป ไม่ควรเข้าไปดำเนินการในลักษณะที่เป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาขึ้นมาใหม่อีกครั้ง ควรมีการพัฒนาแนวทางการตีความให้เกิดความแน่นอนในแง่ผลของคำพิพากษาของศาลให้มากขึ้น และไม่ตีความกว้างเกินไปจนก่อให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนในการปรับใช้กฎหมาย

ท้ายที่สุดแล้ว หากเกิดความพยายามร่วมมือกันทั้งในระดับหน่วยงานภาครัฐ ศาล และภาคเอกชน เพื่อเสริมสร้างแนวปฏิบัติและแก้ไขปัญหาเรื่องสภาพบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ก็จะเป็นการนำไปสู่ผลลัพธ์ที่เป็นการธำรงไว้ซึ่งความเป็นธรรมของกฎหมายและเพิ่มความเชื่อมั่นในระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยต่อไป

บทความ

02

ความเหมาะสมและจำเป็นของการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมและกักเก็บคาร์บอนโดยอนุญาโตตุลาการในยุคการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน

Suitability and Necessity of Resolving Disputes Relating to Petroleum Exploration and Production and Carbon Storage Investment and Operation through Arbitration in an Era of Energy Transition

ผศ.ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ (Assistant Professor Dr. Piti Eiamchamroonlarp)

Article

ความเหมาะสมและจำเป็นของการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมและกักเก็บคาร์บอนโดยอนุญาโตตุลาการในยุคการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน

Suitability and Necessity of Resolving Disputes Relating to Petroleum Exploration and Production and Carbon Storage Investment and Operation through Arbitration in an Era of Energy Transition

ผศ.ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ (Assistant Professor Dr. Piti Eiamchamroonlarp)[1]

วันที่รับบทความ 15 สิงหาคม 2566, วันแก้ไขบทความ 11 กันยายน 2566, วันตอบรับบทความ 15 กันยายน 2566

บทคัดย่อ

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นั้นยังมีความจำเป็นและมีความเหมาะสมเพื่อดึงดูดให้มีการลงทุนและประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม การให้หลักประกันว่าจะไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิประโยชน์จากการลงทุนแต่เพียงฝ่ายเดียวตามข้อกำหนดในสัมปทานและสัญญาแบ่งปันผลิตนั้นจำเป็นต้องมีกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีความเป็นกลาง น่าเชื่อถือและไม่ถูกแทรกแซงในทางการเมือง ตลอดจนเป็นการระงับข้อพิพาทโดยผู้ระงับข้อพิพาทที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการประกอบกิจการปิโตรเลียม ในขณะเดียวกัน การระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกิจการอัดเก็บคาร์บอนโดยผู้ประกอบกิจการปิโตรเลียมตามมาตรา 23 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ก็มีความเหมาะสมที่จะถูกดำเนินการโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้มีการระงับข้อพิพาทโดยผู้เชี่ยวชาญ โดยเป็นกระบวนการที่รวดเร็วและตอบสนองต่อสถานการณ์ฉุกเฉินโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเกิดเหตุรั่วไหลของก๊าซเรือนกระจกที่ถูกอัดเก็บ และเป็นระบบการระงับข้อพิพาทที่มีความเป็นกลางโดยอาศัยกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่มีความเป็นพลวัตรสอดคล้องกับการพัฒนาของเทคโนโลยีและความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ

คำสำคัญ : การกักเก็บคาร์บอน, ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ, อนุญาโตตุลาการ

[1] คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; Faculty of Law, Chulalongkorn University Corresponding author, email: piti.e@chula.ac.th, Tel 02 218 2017

ABSTRACT

Dispute resolution through arbitration under the Petroleum Act B.E. 2514 (1971) is deemed to be a suitable and necessary means to attract investment and operation in the exploration and production industry. The government's commitment to refrain from unilaterally change rights and benefits of a petroleum concessionaire of a production sharing contractor must be accompanied by a dispute resolution mechanism that is neutral, less politicized, is vested with expertise on petroleum operation. In relation to dispute relating to greenhouse gas storage activities carried out by a petroleum concessionaire of a production sharing contractor under Section 23 of the Petroleum Act B.E. 2514 (1971) should also be resolved by arbitration. This is because arbitration can serve a neutral dispute resolution venue that is conducted by experts. The dispute resolution process can be expedited and is capable of promptly responding to an emergency incident especially in the case of leakage of the stored greenhouse gases. In addition, arbitrators can be required to apply laws and rules that have been developed to reflect emerging and ongoing changes in climate change technologies and associated risks.

Keywords : Carbon storage, Climate change related disputes, Arbitration

บทนำ

ในยุคที่ความอุดมสมบูรณ์ของทรัพยากรปิโตรเลียมลดน้อยลง การสำรวจและผลิตปิโตรเลียมมีความดึงดูดนักลงทุนน้อยลง และเข้าสู่ยุคการเปลี่ยนผ่านทางพลังงานซึ่งผู้ประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมนั้นอาจประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมที่ไม่มีศักยภาพในการผลิตแต่สามารถกักเก็บก๊าซเรือนกระจกอย่างถาวรควบคู่ไปกับการประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม หรืออาจมีการประกอบการหรือหน้าที่รับผิดชอบหลังจากที่สิทธิในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมสิ้นสุดลงแล้ว ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานและสัญญาแบ่งปันผลผลิตนั้นยังคงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความจำเป็น เหมาะสม และสมควรถูกพัฒนาให้สามารถรองรับการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมหรือไม่

บทความนี้เสนอบทวิเคราะห์ว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการยังมีศักยภาพในการเป็นกลไกทางกฎหมายที่สร้างระบบกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อการลงทุนเพื่อคุ้มครองการลงทุนทั้งในมิติของการลงทุนของผู้ประกอบการเพื่อประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม และในขณะเดียวกันการลงทุนโดยผู้ประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ตลอดจนผู้ประกอบการอื่นเพื่อประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียม โดยจะอธิบายถึง มุมมองของผู้มีส่วนได้เสียในกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมต่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในลำดับถัดไปจะแสดงถึงข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับความเหมาะสมและจำเป็นในการกำหนดให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม และจะแสดงถึงการประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมในยุคการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน และในลำดับสุดท้ายจะนำเสนอถึงข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมเพื่อกักเก็บอย่างถาวรและการระงับข้อพิพาท

1. มุมมองของผู้มีส่วนได้เสียในกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมต่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 บัญญัติให้ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการที่รัฐมนตรีสั่งให้ผู้รับสัมปทานแก้ไข เหตุที่จะสั่งเพิกถอนสัมปทานตามมาตรา 52 และข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้มีการปฏิบัติตามสัมปทานหรือไม่ ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ ให้ดำเนินการระงับโดยอนุญาโตตุลาการ[2] โดยบทบัญญัติบัญญัตินี้จะใช้บังคับกับผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิต ในกรณีมีข้อพิพาทที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานสั่งให้ผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิตแก้ไข เหตุที่จะสั่งเพิกถอนสัญญาแบ่งปันผลผลิต และข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิตได้มีการปฏิบัติตามสัญญาแบ่งปันผลผลิตหรือไม่[3]

โดยข้อ 13 ของกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานปิโตรเลียม พ.ศ. 2555 และข้อ 13 ของกฎกระทรวงกำหนดแบบสัญญาแบ่งปันผลผลิต พ.ศ. 2561 ต่างมีข้อกำหนดว่าในกรณีที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ภายในระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL ARBITRATION RULES) ที่ใช้บังคับอยู่ในวันที่เสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

1.1 คณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นผู้กำหนดแนวทางและนโยบายต่าง ๆ ในการทำสัญญา ได้มีความเห็นในวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 ว่าการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงการให้สัมปทานของรัฐซึ่งตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทแล้ว “ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก”[4] โดยข้อ 1 ของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวกำหนดว่า

“สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”[5]

ต่อมาได้มีการแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวในวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 แก้ไขข้อ 1 ของมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2552 โดยกำหนดว่า

“สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีดังต่อไปนี้

(1) สัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

(2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน

---

[2] พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514, มาตรา 53.

[3] พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514, มาตรา 53/8 วรรคหนึ่ง (3).

[4] มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552.

[5] Ibid.

หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”[6]

1.2 ผู้มีส่วนได้เสียอื่น

ผู้เขียนได้มีโอกาสเข้าร่วมโครงการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมเพื่อความมั่นคงด้านพลังงาน (ซึ่งเป็นโครงการที่ศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยได้รับมอบหมายจากกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ) ในฐานะนักวิจัยได้รับข้อมูลเชิงประจักษ์เกี่ยวกับมุมมองของผู้มีส่วนได้เสียในกิจการปิโตรเลียม เช่น บริษัทน้ำมัน ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด นักวิชาการ และผู้ทรงคุณวุฒิด้านกิจการปิโตรเลียม

ในยุคที่ประเทศไทยยังไม่มีความสามารถในการประกอบกิจการปิโตรเลียมได้เอง ประเทศไทยต้องพึ่งพาบริษัทต่างชาติเป็นหลักแต่ด้วยความไม่แน่นอนของระบบศาลและไม่ต้องการอยู่ในบังคับศาลไทย เพราะเป็นประเทศกำลังพัฒนา นักลงทุนจึงมีข้อกังวลเกี่ยวกับศักยภาพและความเป็นกลางในระงับข้อพิพาทของศาลไทย จึงต้องมีการระงับข้อพาทเพื่อเอื้ออำนวยให้มีการระงับข้อพิพาทที่มีความเชี่ยวชาญ ซึ่งต่างจากผู้พิพากษา (ในช่วงเวลาดังกล่าว) ที่ยังอาจไม่มีความรู้เฉพาะด้าน

บริษัทน้ำมันโดยเฉพาะอย่ายิ่งบริษัทน้ำมันต่างชาติได้ให้ความสำคัญกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการโดยให้ข้อมูลว่าเป็นกลไกที่สำคัญซึ่งส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจว่าจะลงทุนเพื่อประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมหรือไม่ การ “มี” หรือ “ไม่มี” การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจลงทุน เพราะเป็นมาตรการที่ช่วยลดความเสี่ยงทางการเมืองได้

ในขณะที่นักวิชาการ และผู้ทรงคุณวุฒิด้านกิจการปิโตรเลียมต่างให้ความเห็นตรงกันว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐยังมีความจำเป็น เพื่อรักษาความเป็นธรรมและเป็นกลางของทั้งฝ่ายลงทุนและฝ่ายรัฐ โดยเป็นการแสดงจุดยืนว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่มีหลักนิติธรรมมีการเคารพสัญญา นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการเป็นหลักประกันเรื่องการถูกบังคับยึดกิจการให้กลายเป็นของรัฐ และเป็นปัจจัยที่ช่วยสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุน และมีส่วนช่วยลด “ความเสี่ยงทางการเมือง” จากการประกอบกิจการปิโตรเลียมได้

2. ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับความเหมาะสมและจำเป็นในการกำหนดใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

การลงทุนเพื่อประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมโดยผ่านระบบสัมปทานหรือสัญญาแบ่งปันผลผลิตตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นั้นเป็นการลงทุนที่ผู้รับสัมปทานหรือผู้รับสัญญาแบ่งปันผลิตนั้นมีความรับผิดชอบในการจัดหาทุนมาเพื่อประกอบกิจการ แบกรับความเสี่ยงในการประกอบกิจการ เช่น ความเสี่ยงจากภัยธรรมชาติ และการที่ไม่สามารถค้นพบปิโตรเลียมในเชิงพาณิชย์ได้ เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับการได้ผลตอบแทนจากการลงทุน เช่น การได้กำไรจากการขายผลผลิตปิโตรเลียมที่ผลิตและปิโตรเลียมส่วนที่เป็นกำไร ในขณะที่รัฐบาลก็จะได้รับส่วนแบ่งจากการผลิตปิโตรเลียมผ่านเครื่องมือทางการคลังปิโตรเลียม เช่น การเก็บค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ

---

[6] มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558

2.1 การคุ้มครองผู้ประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมตามกฎหมาย

รัฐบาลไทยให้หลักประกันแก่ผู้รับสัมปทานและผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิตตามมาตรา 64 (1) แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ในการที่จะไม่บังคับโอนทรัพย์สินและสิทธิในการประกอบกิจการปิโตรเลียมของผู้รับสัมปทานมาเป็นของรัฐ เว้นแต่เป็นการโอนตามข้อกำหนดในสัมปทานหรือสัญญาแบ่งปันผลผลิต นอกจากนี้ ข้อ 13 (1)(ซ) ของสัมปทานปิโตรเลียม ตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานฯ กำหนดว่า รัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัมปทานนี้ยังมีอายุอยู่ จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทานในเรื่องส่วนข้อ 12(1)(ซ) ของสัญญาแบ่งปันผลผลิต ตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดแบบสัญญาแบ่งปันผลผลิตฯ กำหนดว่ารัฐมนตรีให้ความมั่นใจว่า ในระหว่างที่สัญญานี้ยังมีอายุอยู่ จะไม่เปลี่ยนแปลงแต่ฝ่ายเดียวซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัญญาในเรื่องการเสียค่าภาคหลวง ปิโตรเลียมส่วนที่เป็นกำไร และภาษีเงินได้ปิโตรเลียม ตลอดจนการคำนวณค่าภาคหลวง ปิโตรเลียมส่วนที่เป็นกำไร และภาษีเงินได้ปิโตรเลียม

ถึงแม้จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อสัญญาที่กำหนดในสัมปทานและสัญญาแบ่งปันผลผลิต อย่างไรก็ตาม รัฐเจ้าของทรัพยากรยังอาจใช้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวมีการกระทำที่ส่งผลต่อประโยชน์ของผู้รับสัมปทานและผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิต ซึ่งศาสตราจารย์ Peter Cameron ได้ให้คำจำกัดความถึงลักษณะของการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวว่าเป็น “unilateral action against investor interests”[7] ยกตัวอย่างเช่น รัฐอาจตีความว่าการแก้ไขกฎหมายโดยผ่านการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เช่น การแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและใช้พื้นที่หรือทรัพยากรของรัฐอื่น หรือแก้ไขให้ต้องเสียค่าตอบแทนการใช้ทรัพยากรดังกล่าวเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญซึ่งส่งผลให้ผู้รับสัมปทานหรือผู้รับสัญญามีรายรับหรือกำไรลดลงอย่างมีนัยสำคัญอันเป็นผลจากการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวนั้นมิได้เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามมาตรา 64 (1) แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และการให้หลักประกันเพื่อคุ้มครองผู้รับสัมปทานและผู้รับสัญญาตามข้อกำหนดในสัมปทานและสัญญาแบ่งปันผลผลิต

หากเกิดข้อพิพาทตามกรณีตัวอย่างข้างต้นขึ้น ย่อมเกิดประเด็นข้อกฎหมายให้ต้องพิจารณาว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานนั้นได้ปฏิบัติตามสัมปทานหรือสัญญาแบ่งปันผลผลิตหรือไม่ หรือเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตความคุ้มครองตั้งแต่ต้น หากเกิดข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวขึ้นแล้ว ย่อมเกิดคำถามขึ้นว่าระบบการระงับข้อพิพาทของประเทศไทยมีความพร้อมหรือศักยภาพที่จะระงับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวหรือไม่

2.2 ระบบการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐ

ในระบบกฎหมายไทยนั้น สัญญาสัมปทานปิโตรเลียมและสัญญาแบ่งปันผลผลิตมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า“สัญญาทางปกครอง หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานใช้อำนาจตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้สิทธิในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ ผ่านสัมปทานและสัญญาแบ่งปันผลผลิต ดังนั้น สัมปทานปิโตรเลียมและสัญญาแบ่งปันผลิตจึงมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครอง

[7] Peter D Cameron, (July, 2006), Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw4-Stabilisation-Paper.pdf> accessed 14 August 2023, 24.

มาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” นั้นเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่ง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาให้สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)

อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีหน่วยงานของรัฐเป็นคดีซึ่งจะถูกพิพากษาหรือมีการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยศาลของประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ และเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐนั้นย่อมก็ให้เกิดความกังวลแก่ฝั่งผู้รับสัมปทานหรือผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิตซึ่งเป็นฝ่ายนักลงทุนได้ เช่น อาจเกิดความไม่เป็นธรรมในการพิจารณา หรือการไม่คุ้มครองสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนพึงได้รับอย่างเป็นธรรมจากากรลงทุนและแบกรับความเสี่ยงจากการประกอบกิจการโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่นักลงทุนนั้นเป็นนักลงทุนต่างชาติ[8] การให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพซึ่งย่อมรวมไปถึงสิทธิในทรัพย์สินตามกฎหมาย เช่น มาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติให้ศาลต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชน โดยรวมนั้นหมายรวมถึงการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ และคุ้มครองประโยชน์จากการลงทุนเพื่อสำรวจและผลิตปิโตรเลียมหรือไม่ ซึ่งประเด็นต้องวิเคราะห์ต่อไปว่าหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน (Equality) กล่าวจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือคล้ายกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อบุคคลในสถานการณ์ที่แตกต่างกันอย่างแตกต่างกันด้วย[9]

2.3 การลดความเป็นการเมืองของข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนด้านพลังงาน

ในบริบทของการลงทุนในกิจการพลังงานนั้น สนธิสัญญากฎบัตรพลังงานหรือ The Energy Charter Treaty (“ECT”) ได้สะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นที่รัฐซึ่งเปิดให้มีการลงทุนในกิจการพลังงานนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีระบบการระงับข้อพิพาทที่เพียงพอโดย เครื่องมือหรือกลไกในการระงับข้อพิพาทนั้นหมายรวมถึงอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยการระงับข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนและอนุญาโตตุลาการ[10]

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นทางเลือกหลักของนักลงทุนในการโต้แย้งการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน (host state) อันเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน เหตุที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นทางเลือกหนึ่งที่มีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทนั้น เนื่องจากอนุญาโตตุลาการช่วยลดความเป็นการเมือง (depoliticize) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนทั้งยังมีส่วนที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีมีอิสระในการควบคุมกระบวนการมากขึ้น อันจะส่งผลต่อการบังคับคำชี้ขาด (awards) และความชอบธรรม (legitimacy)[11]

ดังนั้น ในมิตินี้การกำหนดให้กรณีที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ภายในระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL ARBITRATION RULES) ตามมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ประกอบกับข้อ 13 ตามสัมปทานและสัญญาแบ่งปันผลผลิตตามกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานฯ และกฎกระทรวง

[8] Ivar Alvik, (2020), The Justification of Privilege in International Investment Law: Preferential Treatment of Foreign Investors as a Problem of Legitimacy, The European Journal of International Law Vol.31 No.1 289, 292.

[9] Ibid, 292.

[10] THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER CONSOLIDATED ENERGY CHARTER TREATY, (January, 2016) <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> accessed 14 August 2023, 18

[11] UNCTAD, (2010), Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, <https://unctad.org/system/files/ official-document/diaeia200911_en.pdf> accessed 8 June 2023

กำหนดแบบสัญญาแบ่งปันผลผลิตฯ จึงเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับหลักการระงับข้อพิพาทเพื่อคุ้มครองนักลงทุนซึ่งมีภาระรับผิดชอบในการลงทุนและแบกรับความเสี่ยงจากการประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

นอกจากนี้ การกำหนดให้การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนและประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมโดยอนุญาโตตุลาการนั้นยังเป็นกลไกที่เปิดโอกาสให้ การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยผู้ที่รู้เชี่ยวชาญทั้งด้านเทคนิค ด้านปิโตรเลียม มีความเข้าใจถึงการวิเคราะห์ทางการเงินและการประกอบธุรกิจปิโตรเลียม มีความเข้าใจถึงข้อกฎหมายและหลักการที่สามารถรักษาดุลยภาพของรัฐเจ้าของทรัพยากรและนักลงทุนซึ่งมิได้จำกัดการพิจารณาเพียงข้อกฎหมาย หากแต่เป็นความเชี่ยวชาญทางเทคนิค องค์ความรู้ด้านธุรกิจ และข้อกฎหมายประกอบกัน

3. การประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมในยุคการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน: การอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมเพื่อกักเก็บอย่างถาวร

ในยุคของการ “เปลี่ยนผ่านทางพลังงาน (Energy Transition)” ซึ่งมุ่งเน้นการเปลี่ยนผ่านของภาคพลังงานซึ่งอาศัยเชื้อเพลิงจากซากดึกดำบรรพ์ไปสู่ภาคพลังงานที่ปล่อยคาร์บอนเป็นศูนย์ (zero-carbon) นั้น ผู้รับสัมปทานปิโตรเลียมและผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิตนั้นอาจมีการประกอบกิจการที่มีขอบเขตเกินไปกว่าการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ผู้ประกอบกิจการปิโตรเลียมซึ่งเป็นผู้รับสิทธิประกอบกิจการตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 โดยอาจรับเอาคาร์บอนไดออกไซด์หรือก๊าซเรือนกระจกอื่น (ซึ่งจะเรียกโดยรวมว่า “ก๊าซเรือนกระจก”) ที่ถูกดักจับมาจากแหล่งกำเนิดอื่นและถูกขนส่งมายังแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิตเพื่อให้มีการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในแหล่งชั้นหินซึ่งถูกซึ่งเป็นหลุมสำรวจหรือหลุมผลิตปิโตรเลียมได้ หากจะมีการประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมเพื่อกักเก็บอย่างถาวรแล้วย่อมเกิดความท้าทายว่าพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นั้นจะสามารถถูกใช้เพื่อเป็นฐานในการให้สิทธิประกอบกิจการและกำกับดูแลการประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมได้หรือไม่

3.1 สิทธิในการประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงหลุมปิโตรเลียมเพื่อกักเก็บอย่างถาวร

สถานที่กักเก็บคาร์บอนที่ถูกดักจับได้จะต้องมีลักษณะทางธรณีวิทยาที่เหมาะสม เช่น มีชั้นหินที่สามารถป้องกันไม่ให้คาร์บอนที่ถูกกักเก็บแล้วถูกปล่อยขึ้นมาได้อีก โดย IEA Greenhouse Gas R&D Programme (IEAGHG) ซึ่งเป็นโครงการความร่วมมือเพื่อส่งเสริมการพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรมซึ่งจะช่วยลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกทั้งจากระบบพลังงานและกระบวนการในเชิงอุตสาหกรรมโดยเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรพลังงานระหว่างประเทศ (International Energy Agency หรือ “IEA”ได้ตั้งข้อสังเกตว่าสถานที่กักเก็บคาร์บอนนั้นมักจะต้องมีความลึกกว่า 800 เมตร ทั้งนี้ เพื่อให้การกักเก็บนั้นเป็นไปอย่างปลอดภัยและเป็นโดยถาวร ในทางปฏิบัติ บ่อปิโตรเลียมมีศักยภาพในการกักเก็บคาร์บอน ด้วยเหตุนี้ “ผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมปิโตรเลียม”อาจกลายเป็นผู้ดำเนินการในธุรกิจอัดเก็บคาร์บอนได้[12]

อย่างไรก็ตาม นิยามของกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมตามที่ปรากฏในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ยังไม่รวมการสำรวจเพื่อค้นหาแหล่งอัดเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ หรือก๊าซเรือนกระจกอื่นลงในแหล่งอัดเก็บคาร์บอน ผู้รับสัมปทาน สัญญาแบ่งปันผลผลิต และผู้รับสัญญาจ้างบริการจึงไม่อาจนำเอาก๊าซเรือนกระจกซึ่งรวมถึงคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกดักจับได้นอกแปลงสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเพื่ออัดลงหลุมผลิตปิโตรเลียมได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติปิโตรเลียม

[12] ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ, (2566), การกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับ ใช้ประโยชน์ และกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์: วิเคราะห์ขอบเขตและบทบาท ของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 41 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม 2566, 7.

พ.ศ. 2514 ยังไม่มีศักยภาพในการส่งเสริมการลงทุนและประกอบกิจการกักเก็บก๊าซเรือนกระจกในประเทศไทย ซึ่งเป็นปัจจัยที่สำคัญที่จะไปสู่เป้าหมายด้านความเป็นกลางทางคาร์บอน (carbon neutrality) ของประเทศไทย

ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากจะมีการอัดคาร์บอนไดออกไซด์หรือก๊าซเรือนกระจกอื่น (ซึ่งถูกกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ) ที่ถูกดักจับและถูกขนส่งมายังแปลงสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมแล้วควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐอนุญาตให้ผู้รับสัมปทาน สัญญาแบ่งปันผลผลิต และผู้รับสัญญาจ้างบริการสามารถใช้หลุมปิโตรเลียมซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติเพื่ออัดเก็บก๊าซเรือนกระจกดังกล่าวได้ โดยอาจพัฒนาระบบใบอนุญาตเพื่อกำกับดูและการประกอบกิจการอัดคาร์บอนตามแนวทางของ Energy Act 2008 และ Carbon Dioxide (Licensing etc.) Regulations 2010 (SI 2010/2221) ของสหราชอาณาจักร

3.2 หน้าที่ของผู้ประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงหลุมปิโตรเลียมเพื่อกักเก็บอย่างถาวร

การประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เช่น หากเกิดการรั่วไหลของก๊าซเรือนกระจกภายหลังจากที่ได้มีการอัดลงในหลุมแล้ว ดังนั้น จึงควรมีบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกมีหน้าที่ตามกฎหมายในการติดตาม ตรวจสอบ และเฝ้าระวัง ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยการบัญญัติหน้าที่ดังกล่าวนี้สอดคล้องกับ Article 13 แห่ง EU Directive 2009/31/EC (on the geological storage of carbon dioxide)

แม้สิทธิในการประกอบกิจอัดเก็บก๊าซเรือนกระจก เช่น การดำเนินการอัดคาร์บอนลงในแหล่งอัดเก็บสิ้นสำเร็จลงแล้ว หรือ เป็นกรณีที่จำเป็นต้องมีการปิดแหล่งอัดเก็บคาร์บอน อย่างไรก็ตาม ยังมีความเสี่ยงที่คาร์บอนที่ถูกอัดเก็บนั้นจะรั่วไหล และจำเป็นต้องมีการติดตาม ตรวจสอบ และเฝ้าระวังภายหลังการปิดแหล่งอัดเก็บหรือที่เรียกว่า “Post-Closure Obligations” ดังนั้น จึงควรมีการบัญญัติหน้าที่ของผู้ประกอบการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกเอาไว้ในกฎหมาย

นอกจากนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่จะเป็นผู้มีบทบาทในการ ติดตาม ตรวจสอบ และเฝ้าระวังแหล่งอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกที่ถูกปิดแล้วต่อไปจึงควรกำหนดให้บรรดาค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องจากการปฏิบัติหน้าที่นั้นให้เป็นความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการอัดเก็บ การบัญญัติถึงหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการก๊าซเรือนกระจกภายหลังการปิดหลุมปิโตรเลียม และความรับผิดชอบในเรื่องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับ Article 17 แห่ง EU Directive 2009/31/EC (on the geological storage of carbon dioxide)

เมื่อมีการปิดหลุมปิโตรเลียมที่ถูกใช้เพื่ออัดเก็บก๊าซเรือนกระจกแล้ว จะต้องมีการกำกับดูแลแหล่งอัดเก็บที่ถูกปิดแล้วต่อไป ทั้งนี้ เพื่อติดตาม ตรวจสอบ และเฝ้าระวังผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการเคลื่อนตัวหรือรั่วไหลของก๊าซเรือนกระจกที่ถูกอัดเก็บแล้ว หรือที่เรียกว่า “Transfer of Responsibility”

ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกในการนำส่งข้อมูลที่จำเป็นเพื่อแสดงให้เห็นว่าการประกอบการสิ้นสุดลงแล้ว และผู้ประกอบการได้วางหลักประกันทางการเงินแล้ว ก่อนที่จะมีการโอนความรับผิดชอบให้กับกรมเชื้อเพลิงธรรมชาติต่อไป ซึ่งเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับ Article 18 แห่ง EU Directive 2009/31/EC (on the geological storage of carbon dioxide)

จะเห็นได้ว่าหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนลงในหลุมสำรวจและผลิตปิโตรเลียมอย่างถาวรนั้นมีความแตกต่างไปจากหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมซึ่งเป็นการประกอบการเพื่อ “ดึงเอาทรัพยากรปิโตรเลียมขึ้นมากจากแหล่งกำเนิด” มิใช่ “การนำเอาก๊าซเรือนกระจกอัดลงแหล่งกำเนิดปิโตรเลียม” หากผู้รับสัมปทาน ผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิต และผู้รับสัญญาจ้างบริการตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ประสงค์จะประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมควบคู่ไปกับการประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม หรือแม้กระทั่งจะประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมต่อไปแม้ว่าจะสิ้นระยะเวลาสัมปทาน สัญญาแบ่งปันผลผลิต และสัญญาจ้างบริการ

ผู้ประกอบกิจการเหล่านี้ย่อมมีหน้าที่เพิ่มเติมจากหน้าที่เกี่ยวกับการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเดิม เช่น จะต้องติดตาม ตรวจสอบ เฝ้าระวังการรั่วไหลของก๊าซเรือนกระจกที่ถูกอัดเก็บภายหลังจากที่ปิดหลุมแล้ว และความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นหลังจากการที่ได้มีการโอนความรับผิดชอบให้กับรัฐแล้ว ตลอดจนอาจมีหน้าที่ในการวางหลักประกันแก่รัฐหากมีการโอนความรับผิดชอบในการติดตาม ตรวจสอบ และเฝ้าระวังการรั่วไหลของก๊าซเรือนกระจกให้กับรัฐแล้ว

4.ข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมเพื่อกักเก็บอย่างถาวรและการระงับข้อพิพาท

หากเกิดการรั่วไหลของก๊าซเรือนกระจกที่ถูกอัดเก็บในหลุมปิโตรเลียมแล้ว ผู้รับสัมปทาน ผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิต และผู้รับสัญญาจ้างบริการที่ได้รับสิทธิในการประกอบกิจการจะมีความรับผิดชอบตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด และอาจมีหน้าที่ตามสัมปทานหรือสัญญาที่ถูกแก้ไข หรือตามใบอนุญาตประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกที่ได้รับ และย่อมมีความเป็นไปได้ที่อาจเกิดข้อพิพาทขึ้นกับรัฐเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

4.1 ข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น

ยกตัวอย่างเช่น หากเกิดการรั่วไหลของคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกอัดเก็บ และหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจในการบังคับหลักประกันที่ผู้รับสัมปทาน ผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิต และผู้รับสัญญาจ้างบริการที่ได้รับสิทธิให้ประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกวางเอาไว้ หรือเป็นกรณีที่หลักประกันนั้นมีจำนวนไม่เพียงพอต่อความเสียหายจึงจึงมีการเรียกให้วางหลักประกันเพิ่มเติมภายหลังจากที่ได้มีการปิดหลุมหรือได้มีการโอนความรับผิดชอบให้กับรัฐแล้ว แต่ผู้ประกอบกิจการไม่เห็นด้วยโดยโต้แย้งว่าการรั่วไหลนั้นมิได้เหตุเกิดจากการอัดเก็บของตน กรณีย่อมเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นระหว่างรัฐและผู้ประกอบกิจการ

หากพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นั้นถูกพัฒนาให้สามารถรองรับการให้สิทธิและกำกับดูแลการประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนลงในหลุมปิโตรเลียมอย่างถาวร เช่น การบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานสามารถกำหนดให้สิทธิในการประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมได้ โดยมีการแก้ไขเพิ่มกฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานและแบบสัญญาแบ่งปันผลผลิตให้รอบรับสิทธิดังกล่าวด้วย กรณีย่อมมีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะถูกระงับอย่างไร โดยเฉพาะอย่างกรณีที่เกิดข้อโต้แย้งระหว่างรัฐและผู้ประกอบกิจการ เช่น การที่รัฐเห็นว่าผู้ประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกนั้นต้องรับผิดหรือจะมีการบังคับหลักประกัน

4.2 ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ

ในอนาคตอาจมีการแก้ไขพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ให้นำมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่งกำหนดว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการที่รัฐมนตรีสั่งให้ผู้รับสัมปทานแก้ไข เหตุที่จะสั่งเพิกถอนสัมปทานตามมาตรา 52 และข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้มีการปฏิบัติตามสัมปทานหรือไม่ ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ ให้ดำเนินการระงับโดยอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่กำหนดในสัมปทาน มาใช้กับการประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจก ซึ่งจะส่งผลให้ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการที่รัฐมนตรีสั่งให้ผู้ประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกแก้ไข เหตุที่จะสั่งเพิกถอนสิทธิประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจก และข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้มีการปฏิบัติตามหน้าที่เกี่ยวกับการอัดเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ตามสัมปทาน สัญญาแบ่งปันผลผลิต หรือสัญญาจากบริการหรือไม่ ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ ให้ดำเนินการระงับโดยอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่กำหนดในสัมปทาน สัญญาแบ่งปันผลผลิต หรือสัญญาจ้างบริการ

ส่งผลให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกโดยผู้รับสัมปทาน ผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิต หรือผู้รับสัญญาจ้างบริการนั้นควรถูกระงับโดยอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมหรือไม่ หรือใช้กระบวนการพิจารณาคดีโดยศาลปกครองซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการการใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

4.2.1 การบังคับการข้อพิพาท

การประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในแหล่งอัดเก็บอย่างถาวรนั้นมีลักษณะแตกต่างไปจากการประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมและเป็นการประกอบกิจการที่จำเป็นต้องอาศัยเทคนิค ความเชี่ยวชาญ และเทคโนโลยีเฉพาะ ในประเด็นนี้หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce หรือ “ICC”) ได้ตั้งข้อสังเกตว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกอย่างถาวรนั้นมีลักษณะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ (Climate Change Related Disputes)

การลดผลกระทบต่อปรากฏการณ์การเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศนั้นจำเป็นที่จะต้องอาศัยการลงทุนเพื่อพัฒนาระบบการจัดหาและให้บริการพลังงาน การจัดการที่ดิน โครงสร้างพื้นฐาน และระบบที่รองรับอุตสาหกรรม การลงทุนดังกล่าวอาจเกิดขึ้นโดยผ่านสัญญาที่รองรับการลงทุนและสัญญากับรัฐรูปแบบใหม่ ๆ ซึ่งย่อมส่งผลให้เกิดข้อพิพาทในรูปแบบใหม่ ๆ ขึ้นด้วย ข้อพิพาทดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจาก[13]

(1) สัญญาเพื่อรองรับการพัฒนาระบบพลังงานให้ตอบสนองต่อการเปลี่ยนผ่าน บรรเทาผลกระทบหรือปรับเปลี่ยนตาม Paris Agreement (ความตกลงตามกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change-UNFCCC) เพื่อกำหนดมาตรการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2563 ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันความตกลงปารีสเมื่อวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2559)

(2) สัญญาที่มิได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศเป็นการเฉพาะเจาะจง แต่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศหรือประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม และ

(3) ข้อสัญญาซึ่งทำขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศหรือข้อพิพาทด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมถึงการทำสัญญากับบุคคลที่ได้รับผลกระทบ

รัฐบาลไทยได้ส่งยุทธศาสตร์การลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศในระยะกลางและระยะยาว (Mid-century, Long-term Low Greenhouse Gas Emission Development Strategy) ซึ่งเป็นการนำส่งภายใต้พันธกรณี Paris Agreement เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2564 โดยระบุเอาไว้อย่างชัดเจนว่าการดักจับและกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์นั้นเป็นมาตรการสำคัญในภาคพลังงาน (Energy Sector) ที่จะถูกใช้เพื่อเป็นมาตรการแนวทางการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก[14]

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกนั้นเป็นมาตรการสำคัญประการหนึ่งของประเทศไทยในการดำเนินการตามพันธกรณีตาม Paris Agreement และกล่าวได้ว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้สิทธิและกำกับ

---

13 International Chamber of Commerce, (2019), Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR, <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf> accessed 14 August 2023, 8.

14 UNFCC, (October 2021), Mid-century, Long-term Low Greenhouse Gas Emission Development Strategy: Thailand, <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/Thailand_LTS1.pdf> accessed 14 August 2023, 2.

15 Anatole Boute. (2012). Combating Climate Change Through Investment Arbitration. Fordham International Law Journal Volume 35. Issue 3. Article 7.

ดูแลการประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมโดยผู้รับสัมปทานหรือผู้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิตนั้นเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณามุมมองประเด็นเรื่องของการใช้อำนาจรัฐแล้วจะพบว่า การที่รัฐใช้อำนาจในการให้สิทธิประโยชน์ใด ๆ กับนักลงทุนเกี่ยวกับการประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมนั้นเป็นประเด็นเรื่องของการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ควรต้องคำนึงถึงหลักในเรื่องของนโยบายสาธารณะ (public policy)[15] ด้วย และเมื่อพิจารณาควบคู่กับการปฏิเสธคำขอบังคับตามคำชี้ขาดตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 44 แล้ว จะเห็นว่า การประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมอาจเป็นประเด็นเกี่ยวกับการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตราดังกล่าวได้ ซึ่งต้องพิจารณาให้ชัดเจน

4.2.2 ความท้าทายของระบบกฎหมายและการบังคับการตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ

ความรับผิดอันเกิดจากการประกอบกิจการอัดคาร์บอนไดออกไซด์ลงในแหล่งกักเก็บนั้น อาจเกิดขึ้นจากการที่คาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกกักเก็บเกิดการรั่วไหล อย่างไรก็ตาม จะเกิดความท้าทายต่อระบบกฎหมายว่าจะเปิดโอกาสให้ผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากมลพิษที่เกิดขึ้นได้มากน้อยเพียงใดและในขอบเขตใด เรียกร้องจากการที่ที่ดินถูกปนเปื้อนได้หรือไม่[16] กฎหมายของแต่ละประเทศอาจจะตอบปัญหาดังกล่าวแตกต่างกันและยังอาจไม่ถูกพัฒนาให้รองรับความรับผิดอันเกิดจากการรั่วไหลของคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกกักเก็บแล้วอย่างสมบูรณ์

ในอดีตการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change litigation) มักจะเป็นการฟ้องคดีบริษัทน้ำมันขนาดใหญ่ โดยมีเหตุคือการที่บริษัทเหล่านี้ผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวกับข้องกับการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยตรงอย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีเหล่านี้ประสบความยุ่งยากจากความสลับซับซ้อนของภาคพลังงาน การพิสูจน์ว่าความเสียหาย “เป็นผล” จากการกระทำของบริษัทเหล่านี้มีความยากเนื่องจากห่วงโซ่อุปทานและทางเลือกในการบริโภคจำนวนมาก[17]

ความยากในการพิสูจน์ความเสียหายเพื่อเรียกค่าเสียหายส่งผลให้การฟ้องร้องคดีเปลี่ยนไป เป็นการฟ้องร้องเพื่อการชดใช้เยียวยาแบบอื่นซึ่งไม่ต้องมีการพิสูจน์หรือมีหลักฐานของผลและการกระทำ (chain of causation) ระหว่างการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี เช่น การปล่อยก๊าซเรือนกระจกของบริษัทกับ ความเสียหายของผู้ฟ้องคดี เช่น ความเสียหายโดยเฉพาะที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

หากคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่ผู้ประกอบกิจการต้องจ่ายจากความรับผิดจากการรั่วไหลของคาร์บอนไดออกไซด์ที่ถูกกักเก็บแล้วภาระการพิสูจน์จะเป็นอย่างไรแตกต่างไปจากการพิสูจน์ตามหลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดและแนวบรรทัดฐานทางกฎหมายในประเทศนั้น ๆ แล้วคำวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวอาจถูกพิจารณาว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและถูกปฏิเสธการบังคับได้

---

16 Ian Havercroft and Richard Macrory, (October 2014), Legal Liability and Carbon Capture and Storage: a comparative perspective, <https://www.globalccsinstitute.com/archive/hub/publications/179798/legal-liability-carbon-capture-storage-comparative-perspective.pdf> accessed 12 September 2023, 5.

17 Mark Clarke, Partner and Katherine Daley, Climate change disputes: The rise of rights-based claims’ (White & Case, February 2022) <https://www.whitecase.com/sites/default/files/2022-02/climate-change-disputes.pdf> accessed 15 September 2023.

18 International Chamber of Commerce (13), Op.cit.

19 Ibid, 17-18.

4.3 ความจำเป็นและเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

ICC ได้ตั้งข้อสังเกตว่าอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทสำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศตาม UNFCC และพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol)[18] การพัฒนาระบบการกำกับดูแลการลงทุนและประกอบกิจการเพื่อลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกนั้นจำเป็นที่จะต้องมีการพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทซึ่งมีศักยภาพในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศได้อย่างมีประสิทธิภาพอันเป็นการตอบสนองต่อกรอบในการกำกับดูแลการลงทุนและประกอบกิจการที่เปลี่ยนแปลงไป[19]

อนุญาโตตุลาการนับได้ว่าเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจก ซึ่งเป็นมาตรการในการลดก๊าซเรือนกระจก โดยเหตุผลหลายประการเช่น สามารถเปิดโอกาสให้มีการตั้งอนุญาโตตุลการ ที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ และมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจก[20] หากมีการรั่วไหลของก๊าซเรือนกระจกที่ถูกอัดเก็บแล้ว การระงับข้อพิพาทหรือการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อป้องกันและบรรเทาผลกระทบจากการรั่วไหลนั้นจำเป็นที่จะต้องเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว ซึ่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถถูกออกแบบให้เกิดขึ้นและดำเนินกระบวนการอย่างรวดเร็วได้ หรือดำเนินกระบวนการแบบฉุกเฉิน[21] และอาจมีการออกมาตรการการคุ้มครองชั่วคราว ก่อนมีคำชี้ขาดในกรณีฉุกเฉินซึ่งอาจมีกระบวนการพิจารณาและมีการออกคำสั่งเร็วกว่าการพิจารณาในศาล

นอกจากนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกยังเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อน เนื่องจากข้อพิพาทดังกล่าวเป็นเรื่องทางเทคนิคที่มีประเด็นเชื่อมโยงกับกฎหมายและยังมีการพัฒนาอยู่ตลอด โดยเฉพาะอย่างยิ่งฐานทางกฎหมายซึ่งก่อความรับผิดให้แก่ผู้ประกอบการซึ่งอาจไม่ได้จำกัดเฉพาะหลักการตามกฎหมายว่าด้วยละเมิดแบบดั้งเดิม โดยอาจจะต้องมการเปรียบเทียบความรับผิดตามกฎหมายในระบบของแต่ละประเทศ ประกอบกับยังมีความยากในการสร้างความยุติธรรมทั้งต่อนักลงทุนและรัฐ[22] ซึ่งในส่วนของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่จะถูกนำมาใช้บังคับกับกรณีนี้นั้น กระบวนการอนุญาตโตตุลากรสามารถกำหนดให้การพิจารณาและระงับข้อพิพาทนั้นเป็นไปตามตามกฎหมายที่คู่กรณีตกลง[23] และมีการกำหนดให้มีการพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศพันธกรณีของรัฐตลอดจนแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องได้[24] ซึ่งจะช่วยสร้างความยืดหยุ่นและครอบคลุมต่อปัจจัยต่าง ๆ ได้อย่างรอบด้านมากขึ้น ในยุคของการเปลี่ยนผ่านสู่สังคมคาร์บอนต่ำนั้นระบบการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากหรือเกี่ยวกับการป้องกัน บรรเทาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ตลอดจนการดำเนินการเพื่อลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ควรจะมีศักยภาพในการรักษาดุลยภาพระหว่างภาระของนักลงทุนและภาระของรัฐ โดยมีการจัดสรรความรับผิดชอบด้งกล่าวอย่างเป็นธรรม ดังนั้น การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการประกอบกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีศักยภาพในการรักษาดุลยภาพระหว่างรัฐและผู้ประกอบการหรือนักลงทุนจึงเป็นเรื่องที่จำเป็นและเหมาะสม

20 Ibid, 19.

21 Ibid, 26 and 35.

22 Ian Havercroft and Richard Macrory (16)

23 International Chamber of Commerce (13), Op.cit.

24 Ibid, 39.

บทสรุป

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นั้นยังมีความจำเป็นและมีความเหมาะสมเพื่อดึงดูดให้มีการลงทุนและประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ในยุคที่ความอุดมสมบูร์ของทรัพยากรปิโตรเลียมลดลง การให้หลักประกันว่าจะไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิประโยชน์จากการลงทุนแต่เพียงฝ่ายเดียวตามข้อกำหนดในสัมปทานและสัญญาแบ่งปันผลิตนั้นจำเป็นต้องมีกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีความเป็นกลาง และไม่ถูกแทรกแซงในทางการเมือง ตลอดจนเป็นการระงับข้อพิพาทโดยผู้ระงับข้อพิพาทที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการประกอบกิจการปิโตรเลียม ดังนั้น การกำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับสากล เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)) หรือ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC)) นั้นเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็น

อย่างไรก็ตาม หากพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ถูกพัฒนาให้เป็นฐานทางกฎหมายในการรองรับให้ผู้รับสัมปทานและสัญญาแบ่งปันผลผลิตสามารถประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมด้วย และได้ถูกขยายการบังคับใช้ให้ครอบคลุมไปถึงการกำกับดูแลการประกอบกิจการภายหลังจากที่ได้ปิดหลุมปิโตรเลียมที่ถูกใช้เพื่ออัดเก็บก๊าซเรือนกระจกอย่างถาวรโดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับ หน้าที่ในการติดตาม ตรวจสอบ และเฝ้าระวังภายหลังจากการปิดหลุมและความรับผิดชอบภายหลังจากที่ได้มีการโอนความรับผิดชอบให้กับรัฐแล้ว ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการพัฒนาระบบกฎหมายไทยให้สามารถรองรับการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการหรือการกำกับดูแลการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมให้สอดคล้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

ผู้เขียนมีความเห็นว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการหรือการกำกับดูแลการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียมนั้นเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศตามแนวทางการพิจารณาของ ICC โดยเป็นมาตรการในการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทยภายใต้ Paris Agreement ด้วยเหตุนี้ การระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกิจการอัดเก็บก๊าซเรือนกระจกโดยผู้ประกอบกิจการปิโตรเลียมตามมาตรา 23 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 จึงควรถูกระงับโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้มีการระงับข้อพิพาทโดยผู้เชี่ยวชาญ โดยเป็นกระบวนการที่รวดเร็วและตอบสนองต่อสถานการณ์ฉุกเฉินโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเกิดเหตุรั่วไหลของก๊าซเรือนกระจกที่ถูกอัดเก็บ และเป็นระบบการระงับข้อพิพาทที่มีความเป็นกลางโดยอาศัยกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่มีความเป็นพลวัตรสอดคล้องกับการพัฒนาของเทคโนโลยีและความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ ตลอดจนมีศักยภาพในการรักษาดุลยภาพระหว่างภาระของนักลงทุนและภาระของรัฐ โดยมีการจัดสรรความรับผิดชอบด้งกล่าวอย่างเป็นธรรม

องค์ความรู้ใหม่

นอกจากจะมีศักยภาพเป็นหลักประกันทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนให้มีการลงทุนและแบกรับความเสี่ยงในการประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการยังมีศักยภาพในการเป็นกลไกทางกฎหมายที่สร้างระบบกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อการลงทุนเพื่อคุ้มครองการลงทุนที่ตอบสนองต่อการเปลี่ยนผ่านไปยังสังคมคาร์บอนต่ำอีกด้วย การลงทุนเพื่อลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกนั้นรวมถึงการลงทุนเพื่อประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกลงในหลุมปิโตรเลียม ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนและประกอบกิจการอัดก๊าซเรือนกระจกดังกล่าวสมควรที่จะถูกระงับโดยอนุญาตโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญ รวดเร็ว และเป็นกลาง

เอกสารอ้างอิง

กฎหมาย

พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552.

มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558

บทความ

ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ. (2566). การกำกับดูแลการประกอบกิจการดักจับ ใช้ประโยชน์ และกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์: วิเคราะห์ขอบเขตและบทบาท ของพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 41 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม 2566.

Anatole Boute. (2012). Combating Climate Change Through Investment Arbitration. Fordham International Law Journal Volume 35. Issue 3. Article 7.

Ivar Alvik. (2020). The Justification of Privilege in International Investment Law: Preferential Treatment of Foreign Investors as a Problem of Legitimacy. The European Journal of International Law Vol.31 No.1.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

Ian Havercroft and Richard Macrory, (October 2014), Legal Liability and Carbon Capture and Storage: a comparative perspective, <https://www.globalccsinstitute.com/archive/hub/publications/179798/legal-liability-carbon-capture-storage-comparative-perspective.pdf> accessed 12 September 2023.

International Chamber of Commerce. (2019). Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR, <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf> accessed 14 August 2023.

Mark Clarke, Partner and Katherine Daley, Climate change disputes: The rise of rights-based claims' (White & Case, February 2022) < https://www.whitecase.com/sites/default/files/2022-02/climate-change-disputes.pdf> accessed 15 September 2023.

Peter D Cameron. (July, 2006). Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors. <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw4-Stabilisation-Paper.pdf> accessed 14 August 2023.

THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER CONSOLIDATED ENERGY CHARTER TREATY. (January, 2016). <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> accessed 14 August 2023.

UNCTAD. (2010). Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. <https://unctad.org/system/files/ official-document/diaeia200911_en.pdf> accessed 8 June 2023.

UNFCC. (October 2021). Mid-century, Long-term Low Greenhouse Gas Emission Development Strategy: Thailand. <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/Thailand_LTS1.pdf> accessed 14 August 2023.

บทความต่างประเทศ

03

กลไกลการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย: ความจำเป็นสำหรับการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก?

Dispute Resolution Mechanism for Public-Private Partnership Contracts in Thailand: The Need for Alternative Dispute Resolution?

ธนภัทร แย้มกลิ่น (Thanapat Yaemklin)
ธัชชัย เหลืองภัทรวงศ์ (Tatchai Luangphatarawong)
ปุณิกา เลาหไพโรจน์วัฒนา (Poonika Laohapirotwattana)

Foreign-Language Article

กลไกลการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย: ความจำเป็นสำหรับการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก?

Dispute Resolution Mechanism for Public-Private Partnership Contracts in Thailand: The Need for Alternative Dispute Resolution?

ธนภัทร แย้มกลิ่น (Thanapat Yaemklin)[1]
ธัชชัย เหลืองภัทรวงศ์ (Tatchai Luangphatarawong)[2]
ปุณิกา เลาหไพโรจน์วัฒนา (Poonika Laohapirotwattana)[3]

วันที่รับบทความ 19 มีนาคม 2566, วันแก้ไขบทความ 11 กันยายน 2566, วันตอบรับบทความ 18 กันยายน 2566

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้ได้พิจารณาถึงความเหมาะสมของการนำระบบการนำคดีขึ้นสู่ศาล (Litigation) มาใช้ในการระงับข้อพิพาทภายใต้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในประเทศไทย โดยได้พบว่าระบบการนำคดีขึ้นสู่ศาลนั้นยังมีข้อจำกัดประการสำคัญหลายประการในการระงับข้อพิพาทภายใต้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงที่จะเกิดการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทในลักษณะคู่ขนานในโครงการร่วมลงทุน (Parallel Dispute Proceedings) ความยืดยาวของกระบวนการ การที่ทำให้คู่กรณีสูญเสียความสามารถในการควบคุมข้อพิพาท หรือข้อจำกัดเกี่ยวกับการรักษาความลับในกระบวนการระงับข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้ บทความนี้จึงเสนอให้มีการนำกลไกระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) มาใช้เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาข้อจำกัดดังกล่าวของระบบการนำคดีขึ้นสู่ศาล ทั้งนี้ บทความนี้พบว่าการนำกลไกลระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทภายใต้สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้นอาจยังมีปัญหาและข้อจำกัดต่าง ๆ ซึ่งเกิดจากระบบกฎหมายและนโยบายภาครัฐในประเทศไทยในปัจจุบัน

คำสำคัญ: การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน การระงับข้อพิพาททางเลือก

[1] Thanapat Yaemklin (Master of Construction Law, Melbourne Law School, University of Melbourne; LLB in Business Law (International Program) (First Class Honours), 2017; Email: thanapat.yaemklin@gmail.com (main author)). An earlier draft of this article was submitted by the main author as part of coursework undertaken for the Master of Construction Law Programme at Melbourne Law School, University of Melbourne. The main author sincerely thanks Mr Owen Hayford of the University of Melbourne for his feedback on the original version of this article.

[2] Tatchai Luangphatarawong (LLB in Business Law (International Program), Faculty of Law, Thammasat University, 2019; Email: ltatchai@hotmail.com), currently an associate at Chandler MHM Limited.

[3] Poonika Laohapirotwattana (LLB in Business Law (International Program) (First Class Honours), Faculty of Law, Thammasat University, 2019; Email: eve.poonika@gmail.com), currently an associate at Weerawong, Chinnavat & Partners Ltd.

ABSTRACT

This article explores the suitability of using litigation as a method of resolving disputes under public-private partnership contracts in Thailand. It concludes that court litigation has a number of key limitations for resolving disputes under PPP contracts such as the risk of having parallel dispute proceedings in PPP projects, the lengthy process of dispute resolution, parties' loss of control over the dispute, as well as privacy and confidentiality issues. As an alternative, the article suggests using alternative dispute resolution to overcome these limitations. However, alternative dispute resolution still has its own set of challenges in resolving disputes under public-private partnership contracts given the current legal framework and government policies in Thailand.

Keywords : Public-private Partnership, PPP, Alternative Dispute Resolution, ADR

1. INTRODUCTION

This article addresses the need for using alternative dispute resolutions (ADRs) in resolving disputes arising under public-private partnership (PPP) contracts in Thailand. Part 2 begins with an overview of the dispute-resolution regime under the Thai PPP legal framework. Part 3 delves into the nature of disputes that normally arise under or in connection with PPP contracts. Part 4 examines the limitations of court litigation as a means of resolving disputes under PPP contracts. Part 5 explores the benefits and challenges associated with the use of ADRs, particularly arbitration and mediation, for resolving disputes under PPP contracts. Part 6 gives concluding remarks. Overall, this article argues that court litigation has a range of limitations as a means of resolving disputes under PPP contracts in Thailand, and that ADRs may be used as a way to overcome those limitations.

2. OVERVIEW OF DISPUTE-RESOLUTION REGIME UNDER THAI PPP LEGAL FRAMEWORK

In Thailand, PPPs are primarily governed by the Public-Private Partnerships Act B.E. 2562 (2019)[4] (PPP Act). The PPP Act does not mandatorily require a procurement government authority to use any standard form of PPP contract when undertaking a PPP project. Nonetheless, the State Enterprise Policy Office (SEPO) has developed a standard-form PPP contract that government authorities are encouraged to use with the purpose of promoting consistency across PPP projects in the country.[5] Under Section 35

[4] พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน [Public Private Partnership Act] (Thailand) 10 March 2019.

[5] United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, 'PPP Policy, Legal and Institutional Frameworks in Asia and the Pacific' (Conference Paper, High-Level Dialogue on Financing for Development in Asia and the Pacific, April 2017) 16.

of the PPP Act, a procuring authority is responsible for preparing a draft PPP contract.[6] Once the preparation is completed, the draft PPP contract will be submitted to the selection committee for approval.[7] In any case, the draft PPP contract must, at a minimum, contain the terms and conditions which the Public-Private Partnership Policy Committee prescribe.[8] In this regard, Clause 5(20) of the Notification of the Public-Private Partnership Policy Committee RE: Details of Invitation for Bids, Documents for Selection of Private Parties, and Material Terms of Public-Private Partnership Contract BE 2563 (2020)[9] (Notification on Draft PPP Contract) provides as follows:

> The draft public-private partnership contract must at least contain the following material terms: ... (20) dispute resolution clause, in which the procuring government authority shall not be bound to resolve disputes through arbitration unless the procuring government authority can demonstrate valid reasoning and the necessity that doing so is required by the general practice applicable to that type of public-private partnership contract or any other unavoidable causes[10].

It is worth mentioning that Clause 5(20) of the Notification on Draft PPP Contract is in line with the Cabinet Resolution dated 14 July 2015[11], which also limits the use of arbitration as a dispute resolution mechanism for PPP contracts and government concession contracts in Thailand[12]. According to this Cabinet Resolution, Thai government authorities are prohibited from using arbitration as a means for resolving disputes under PPP contracts and concession contracts in Thailand[13]. However, this Cabinet Resolution still provides relaxation on such proposition that the government authorities may still request permission

---

6 PPP Act (n4) s 35.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 [Notification of the Public-Private Partnership Policy Committee RE: Details of Invitation for Bids, Documents for Selection of Private Parties, and Material Terms of Public-Private Partnership Contract BE 2563] (Thailand).

10 Ibid cl 6(20).

11 See Secretariat of Cabinet of Thailand, ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การเข้าทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) [Request for Approval to Amend the Cabinet Resolution dated 28 July 2009 (RE: Entering into of Contracts between Government Authorities and Private Parties] (NorRor0503/Wor228, 17 July 2015) ('Cabinet Resolution Dated 14 July 2015').

12 See Panita Paoanphongkul, 'Legal Problems Relating to the Dispute Resolution by an Arbitration under a Contract for the Private Participation in State Understanding Under the Private Participation in State Understanding, B.E. 2556' (LLM Thesis, Dhurakij Pundit University, 2016) 110-9.; Danuphat Visuthpakdee, ปัญหาทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 [Legal Problems on Settlement of Disputes under Public-private Partnership Contracts under the Public Private Partnership Act B.E. 2562] (Article, 2019) <http://www.lawgrad.ru.ac.th/Abstracts/436>.

13 Cabinet Resolution Dated 14 July 2015 (n11). Note that the Cabinet Resolution dated 14 July 2015 does not provide a specific reason for prohibiting the use of arbitration for PPP contracts and concession contracts in Thailand. However, perhaps, this was due to the fact that Thai government authorities have often lost cases in arbitration in which they were ordered to pay significant damages to private parties. Additionally, PPP contracts and concession contracts typically involve much larger sums of money than other types of contracts, making the potential risks and costs of arbitration more significant. See Secretariat of Cabinet of Thailand, การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน [Entering into of Contracts between Government Authorities and Private Parties] (NorRor0506/Wor155, 7 August 2009).

to use arbitration as a method of dispute resolution from the Cabinet on a case-by-case basis if there is a valid reason, necessity, or an unavoidable demand by the other contracting party for the use of arbitration as a dispute resolution mechanism.

With that said, given the Thai government's policies against the use of arbitration as a dispute resolution mechanism for PPP contracts, disputes under PPP contracts in Thailand are normally resolved through court litigation. As a result, dispute resolution clauses in most of the PPP contracts are relatively short and simple. These clauses typically provide for negotiation as the beginning of the dispute resolution process, followed by court litigation as the final tier of dispute resolution.[14]

3. NATURE OF PPP DISPUTES

A PPP contract is the legal instrument for delivery of the PPP project, setting out the rights and obligations of the parties and allocating risks and responsibilities between them.[15] Given the nature of PPP project as a long-term arrangement and with the public interest involved, disputes arising from the PPP contract may have several features which distinguish them from other types of contracts.[16]

Specifically, disputes under the PPP contract often arise with regard to the issues of risk allocation between the parties,[17] namely, the government and its private investor, each bearing particular risks and its effects. Indeed, most of the risks may have already been allocated between them by the provisions of the PPP contract. However, the fact that the contract provides a clear risk allocation for any matter does not necessarily mean that there will be no dispute arising in relation to that matter. Typically, disputes that may arise usually involve matters in project construction such as claims by the private investor for an extension of time for construction or additional payment in relation to events such as changes in scope or specifications of work, unexpected site conditions, or force majeure, and the government does not agree that the private investor is entitled to the relief sought.

---

[14] By way of example, in the Pink Line electric rail project (Khae Rai – Minburi Section), Clause 30 of the PPP contract between the Mass Rapid Transit Authority of Thailand (MRT) and Northern Bangkok Monorail Company Limited ('Pink Line PPP Contract') provides as follows:

> Unless otherwise provided in this Agreement, in the event that there is any Dispute, conflict, or claims arising from or in connection with this Agreement between MRT and the Concessionaire, the Parties may negotiate to settle the Disputes amicably (amicable settlement of disputes) in order to ensure whether the parties can reach amicable settlement.
>
> In the case of being unable to resolve the said Disputes, conflicts or claims within sixty (60) days or any other period as agreed by the Parties, either Party may submit the Disputes, conflicts or claims to the competent court. . . .

[15] See generally Donald Charrett, 'Lex Constructionis – Or My Country's Rules?' (2021) International Construction Law Review 61.

[16] United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Project, 33rd Sess., UN Doc A/CN.9/SER.B/4 (2001) 174-5.

[17] See Mark Moseley, 'Restoring Confidence in Public-Private Partnerships: Reforming Risk Allocation and Creating More Collaborative PPPs' (2020) 41 Governance Brief 1, 5.

Indeed, those disputes may also arise even when the government uses traditional procurement models instead of PPPs. However, what makes disputes in PPP projects unique is the involvement of several participants in the project and the interactions between them.[18] The key participants in a PPP project typically include a government contracting authority, a special purpose vehicle (SPV), SPV's shareholders (equity investors), SPV's debt financiers, a design and construct (D&C) contractor, and an operation and maintenance (O&M) contractor.[19] Figure 1 below shows a typical contractual structure of participants in PPP projects.

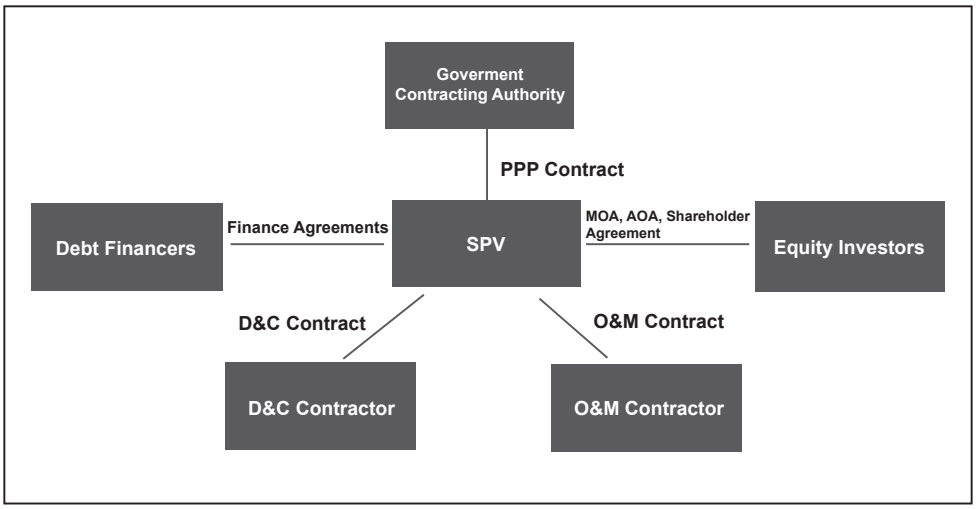

Figure 1: typical contractual structure of key participants in PPP projects

As seen from Figure 1, the SPV is situated at the centre of the contractual structure, being the link between the government and all other key participants. As such, it is not uncommon for disputes under the PPP contract to give rise to disputes under the surrounding contracts and vice versa.[20] This is particularly relevant when considering the interplay between the PPP contract, on one hand, and the D&C contract and/or the O&M contract, on the other hand. In most cases, under the D&C contract and the O&M contract the SPV would pass down its relevant obligations of the SPV under the PPP contract to the D&C contractor and/or the O&M contractor in each respective contract on a back-to-back basis.[21] This structure of risk allocation, which is designed to enhance the bankability of the PPP project,[22] is often required by debt financiers in the relevant finance agreements.

---

[18] See Dough Jones and Janet Walker, 'Resolving Infrastructure Disputes: the Interplay between International Commercial Courts and International Arbitration' (2022) International Construction Law Review 122, 123.

[19] See Owen Hayford, 'Improving the Outcomes of Public Private Partnerships – Lessons from Australia' (2013) International Construction Law Review 457, 463-4.

[20] Owen Hayford and Dominic Mueller, 'Better Dispute Resolution for PPPs', Infralegal (Article, 5 December 2021) 2 <https://www.infralegal.com.au/dispute-avoidance-and-resolution/better-dispute-resolution-for-ppps>.

[21] See E.R. Yescombe and Edward Farquharson, Public-Private Partnerships for Infrastructure (Butterworth-Heinemann, 2nd ed, 2018) 143; Tim M Burbury and Khaled Dahlawi, 'Back-to-back – the pass-through of construction risk from project agreement through to subcontracts under public private partnerships (PPPs) and energy infrastructure projects', Lexology (Web Page, 1 February 2013) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f38fd554-bbc2-4b37-a90c-fc78eb7d68af>.

[22] International Bank for Reconstruction and Development, Guidance on PPP Contractual Provision (2019).

By way of example, if the SPV fails to complete the construction of the facility within the agreed-upon timeframe, the PPP contract may require the SPV to pay liquidated damages to the government at a rate specified in the contract.[23] In such cases, under the D&C Contract, the SPV would typically also be entitled to impose liquidated damages on the D&C contractor for the same amount it is required to pay to the government. This structure, therefore, enables the SPV to, in most cases, fully discharge its liability towards the government by using the liquidated damages received from the D&C contractor to pay the government.

Likewise, when a claim is brought by the D&C contractor or the O&M contractor against the SPV under its respective contract, the SPV would typically bring a corresponding claim against the government if it believes that it is entitled to the same relief under the PPP contract. For instance, during the construction phase, if the progress of the work is delayed due to a force majeure event, the D&C contractor may submit a claim for an extension of time and/or extra payment to the SPV under the D&C contract. In turn, the SPV would file a corresponding claim with the government under the PPP contract to ensure its profitability in the project.

Given the interconnected nature of the PPP contract and the D&C contract and/or the O&M contract, it is highly likely that disputes arising under these different contracts will occur simultaneously but will be heard before different tribunals or courts, even though they may closely share the same or similar questions of fact or law. These parallel proceedings can lead to different outcomes, which can negatively impact the financial stability of the SPV and its ability to repay investments or debt to financier. For instance, if the SPV is held liable to provide additional compensation to the D&C contractor in a downstream dispute, but the upstream dispute with the government denies any relief for the same issue, the SPV will be left to bear the full responsibility and losses of the so-called 'liability gap'.[24]

Apparently, the insolvency of the SPV cannot be said to be irrelevant to the government. Generally, if the SPV goes insolvent, the SPV will be in breach of PPP contract and the government will be entitled to terminate the PPP contract, potentially resulting in significant delays and increased costs for the infrastructure project. However, as a protective mechanism to ensure the continuity of the PPP project, the PPP contract usually allows the debt financiers to exercise a right to step-in to remedy the breach by SPV before the government may terminate the PPP contract.[25]

---

[23] See, for example, Clause 8.4 of Pink Line PPP Contract.

[24] Hayford and Mueller (n20) 4.

[25] See Prachaya Apibansri, 'Lender's Direct Agreement in Public-Private Partnership Projects' (2020) 38(2) Chulalongkorn Law Journal 161, 167.

4. LIMITATIONS OF COURT LITIGATION

Given the nature of disputes under the PPP contract as discussed above, it is submitted that court litigation may pose significant limitations in efficiently resolving disputes under the PPP contract. These limitations can be broken down into four distinct aspects, which will be further discussed below.

4.1 Parallel Proceedings and Different Outcomes

Litigation may be a preferred choice of dispute resolution when several disputes arise from different contracts between different parties given that sometimes it enables multiple disputes to be heard or decided at once without the consent of all the parties involved. Nonetheless, when it comes to disputes in PPP projects in Thailand, this benefit of litigation may not be certain.

Under Thai law, as PPP contract is characterised as an 'administrative contract', disputes arising thereunder would typically fall under the jurisdiction of the Administrative Court pursuant to Section 9(4) of the *Act on the Establishment of Administrative Courts and the Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999) ('Administrative Court Act').*[26] However, based on the definition of *'administrative contract' under the Administrative Court Act,*[27] it is unclear whether this definition also concurrently applies to the D&C contract or the O&M contract as the definition requires that at least one party to the administrative contract must be an 'administrative agency' or a "person acting on behalf of the State'. While there is no publicly available court decision specifically addressing this legal issue, the answer may be implied by the *Ruling of the Committee on Jurisdiction of Courts no. 16/2553 (2010).* In that case, it was held that, a subcontract between a private contractor and its subcontractor, while connected to a head construction contract between the government and the contractor, was not an administrative contract but rather merely a contract between private parties, and thus the disputes under the subcontract was under the jurisdiction of the Court of Justice rather than the Administrative Court.[28] Therefore, by analogy, it is possible that a dispute under the D&C contract and the O&M contract may fall under the jurisdiction of the Court of Justice for the same reason, as opposed to the PPP contract which is subject to the jurisdiction of the Administrative Court.

If this proposition is true, it is likely that there would be parallel dispute proceedings for a dispute under the PPP contract and a dispute under the D&C contract and/or the O&M contract, even if both disputes deal with the same or similar questions of fact or law. In such case, the SPV may be restricted from requesting

---

[26] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง [Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure] (Thailand) 10 October 1999, s 3, 9(4). See also Niratchara Pong-ajarn, 'The Direction Towards Administrative Contracts in According with Thai Legal System' (2019) Journal of Ombudsman 113, 122-3 <http://ombstudies.ombudsman.go.th/ewt_news.php?nid=893>.

[27] Administrative Court Act (n26) s 3.

[28] Ruling of the Committee on Jurisdiction of Courts no. 16/2553 (2010). But see the Supreme Administrative Court Decision No. 58/2558 (2015).

the Court to consolidate these multiple dispute proceedings or to call upon the D&C contractor or the O&M contractor into the legal proceeding between the SPV and the government because the dispute between the SPV and the D&C contractor or the O&M contractor may be subject to different court jurisdiction.[29] Additionally, under Thai law, disputes arising under administrative contracts and commercial contracts are not always governed by the same principles of law. As per the *Decision of the Supreme Administrative Court no. Aor 676/2554 (2001),* disputes related to administrative contracts cannot be solely decided based on general contract law but must also be decided in accordance with the principles of administrative law.[30] Therefore, arguably, there may be a greater risk in the Thai legal system that the parallel dispute processes in PPP projects may lead to materially different decisions.

It is important to note that, even if the D&C contracts and the O&M contract could be characterised as administrative contracts, this might not entirely resolve the issue of parallel proceedings and differing outcomes in the PPP project. In the case where any of the subcontracts of the D&C contractor or the O&M contractor (tier 2 subcontracts) are not administrative contracts, the D&C contractor or the O&M contractor will still be at risk of parallel proceedings and different outcomes for the same reasons previously discussed. If the D&C contractor or the O&M contractor becomes insolvent, the SPV will assume full responsibilities and liabilities under the PPP contract. This cascading effect applies to tier 2 subcontractors in relation to their subcontracts (tier 3 subcontracts) and so on.

4.2 Lengthy Process and Time Consumption

It is submitted that court litigation may not be an efficient dispute-resolution process for a PPP contract due to its time-consuming nature. The Administrative Court consists of two levels of court, namely the Administrative Court of First Instance and the Supreme Administrative Court.[31] The average time spent on each level of the court was said to be around 1 to 3 years.[32] As such, it can take up to 6 years, or even longer, for a dispute arising under a PPP contract to be finally resolved.

During the pendency of a court litigation dispute, it is likely that the parties will become entrenche in an adversarial or combative environment, which 'oftentimes lead[s] to a complete breakdown of ... a partnership relationship between parties'.[33] Maintaining trust is a crucial factor for the success of a PPP

---

[29] See Wiriya Sachorfa, 'Legal Problems on the Analogous Application of Interpleading in Civil Procedure Code to the Administrative Court procedure' (LLM Thesis, Dhurakij Pundit University, 2016) 110-9.

[30] Supreme Administrative Court no. Aor 676/2554 (2001).

[31] Administrative Court Act (n26) s 7.

[32] Chaosaard, รายการศาลปกครองพบประชาชน [Administrative Court Meeting People] (YouTube, 13 March 2017) 00:24:35-00:25:00 <https://www.youtube.com/watch?v=4BZ7IlE2ecA&t=835s>.

[33] Moseley (n17) 5.

project.[34] Without trust, there is a risk that issues at hand will escalate into further disputes between the government and the SPV. Thus, it is important for disputes arising under the PPP contract to be resolved in a timely manner in order to minimise damage caused to the commercial relationship between the parties and the overall implementation of the PPP project.

It is also important to note that when the D&C contractor and/or the O&M contractor brings a claim against the SPV under their respective contracts, if the claim is related to a dispute under the PPP contract, it is unlikely that the SPV will agree to provide any form of relief, such as additional funds, to the relevant contractor before the dispute under the PPP contract is finally resolved. Therefore, having a speedy dispute resolution proceeding under the PPP contract is crucial for the downstream contractors. This is particularly important for the D&C contractor, as cashflow is the lifeblood of the construction industry.[35] Without proper cashflow, the D&C contractor or their subcontractors at the tier below may experience financial difficulties and may ultimately decide to suspend or abandon the construction work, potentially resulting in a massive delay to the implementation of the PPP project.

4.3 Loss of Control over Dispute

Court litigation is a dispute resolution mechanism where the parties to a dispute lose control over several aspects of the proceedings. Firstly, the parties cannot agree on the procedures to be followed given that the proceedings will always be conducted in accordance with the steps and rules set out under the *Administrative Court Act* and its subordinate regulations. Secondly, perhaps more importantly, the parties also cannot agree on the individuals who will make the final decision of the dispute, as judges are assigned to the case by the court. As previously noted, disputes in a PPP project can be very unique and can involve highly complicated matters.[36] Accordingly, it is perhaps in the best interest of the PPP project for the parties to ensure that the individual determining the dispute possess the required knowledge and understanding of the commercial objectives in relation to the PPP contract. As Sundaresh Menon, currently the Chief Justice of Singapore, noted:

> Equally important to the commercial litigant is the second factor, which is judicial competence and efficiency. *A court user must have the sense that he is in the hands of a judge who is not only competent in the law, but also sufficiently sophisticated in business and industry practice and sensitive to the demands of commerce.*[37]

---

[34] See Rianne Warsen et al, 'What makes public-private partnerships work? Survey Research into Outcomes and the Quality of Cooperation in PPPs' (2018) 20(8) Public Management Review 1165, 1167-9.

[35] Paula Gerber and Brenan Ong, Best Practice in Construction Disputes: Avoidance, Management and Resolution (LexisNexis Butterworths, 2013) 355 (citations omitted).

[36] UNCITRAL Legislative Guide (n16) 174-5.

[37] Sundaresh Menon, 'The Rule of Law and the SICC' (Conference Paper, Singapore International Chamber of Commerce Distinguished Speaker Series, 10 January 2018) 4–5 (emphasis added).

4.4 Privacy and Confidentiality Issues

Court litigation can be detrimental to the privacy and confidentiality of the parties involved in a PPP project. The *Administrative Court Act,* with certain exceptions, requires that court proceedings be open to the public.[38] The open nature of court proceedings can pose a risk to the reputations of the government, the SPV, and other project participants, particularly in cases where the PPP project is of significant public interest. This is especially true for the SPV, D&C contractor, or O&M contractor if they are listed companies whose share price may be negatively affected by information disclosed to the public as a consequence of ongoing litigation proceedings.[39] Additionally, the non-confidential nature of court proceedings may impose public pressure on the government, hence also having an impact on the government's decision-making process and somehow decreasing the prospect of both parties reaching a mutually satisfactory agreement to settle the disputes.

5. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: BENEFITS AND CHALLENGES

Fundamentally, ADR is based on the principle of freedom of contract and pacta sunt servanda. This means that parties involved in a dispute have the ability to select an independent neutral person to facilitate negotiations or determine their rights and obligations, thereby providing them with greater confidence that their disputes will be handled by qualified individuals. Using ADR also allows parties to have more control over the dispute resolution process. They can make decisions regarding the timeframe, rules of determination, rules of evidence, privacy, and confidentiality, giving them the flexibility to tailor the process to their specific needs. ADR can also be used for parallel dispute proceedings, where all relevant parties can agree to resolve disputes arising under different contracts together. Therefore, it is generally accepted that ADR provides contracting parties with a way to resolve their disputes more efficiently and effectively while maintaining a level of control and autonomy and allowing for a more customized approach to resolving disputes, which can lead to greater satisfaction for all parties involved.[40]

Given these common benefits of ADR, this Part will now explore the benefits and challenges for using different forms of ADR for resolving disputes under PPP contracts in Thailand. The forms of ADR that will be discussed are arbitration, mediation, expert determination, and dispute review boards, respectively.

---

[38] Administrative Court Act (n26) s 60.

[39] As an example, consider the prolonged litigation proceedings in the United Kingdom for the construction of the Wembley Stadium Project where the share price of the contractor (Multiplex) was greatly impacted by the six years of litigation, see Gerber and Ong (n35) 230.

[40] See Gerber and Ong (n35) 225.

5.1 Arbitration

Arbitration has been used as an alternative means of resolving disputes in Thailand for several decades. While its benefit in terms of cost over litigation can be sometimes called into question, arbitration still offers a valuable means of resolving disputes under PPP contracts given that it provides the parties with the ability to select their own arbitrator(s) and to determine the conduct of the arbitral proceedings, thereby allowing for a greater level of control over the dispute resolution process.

Compared to other forms of ADR, the key benefit of using arbitration is that arbitration is formally recognised by the *Arbitration Act B.E. 2545 (2002) ('Arbitration Act').*[41] Consequently, arbitral proceedings are supported by courts in several ways 'which give the adjudicative process real bite'.[42] By way of example, the courts are required to strike out a case where a party brings a dispute to court instead of referring it to arbitration as previously agreed,[43] and the arbitral tribunal may request a court to summon witnesses or demand the handover of evidence for the arbitration proceedings.[44] Perhaps more importantly, arbitration provides a higher level of certainty in terms of enforceability given that the *Arbitration Act* expressly provides that an arbitral award shall be enforced by Thai courts irrespective of the country where it was made.[45] Also, an arbitral award may be enforced by the government in foreign countries to the extent that they are parties to the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*[46] *('New York Convention').* Clearly, this would greatly benefit the government where the SPV is a foreign entity or has material assets located outside of Thailand.

However, despite those key benefits, the use of arbitration as a way to resolve disputes in a PPP contract may have some major challenges, which will be discussed below.

5.1.1 Arbitrability

As previously noted, as per the *Notification on Draft PPP Contract and the Cabinet Resolution dated 14 July 2015,* the use of arbitration as a method of dispute resolution in PPP contracts is generally prohibited.[47] In order to include an arbitration agreement in a PPP contract, the contracting authority must demonstrate valid reasoning and the necessity that referring disputes to arbitration is required by the general practice applicable to that type of PPP contract or any other unavoidable causes.[48] At the time of writing, the authors are not aware of any PPP contracts that include an arbitration agreement following the implementation of the *Notification on Draft PPP Contract.*

---

41 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ [Arbitration Act] (Thailand) 29 April 2002.

42 John Templeman, "Towards a Truly International Court of Arbitration" (2013) 30(3) Journal of International Arbitration 197, 220.

43 Arbitration Act (n41) s 14.

44 Ibid s 33.

45 Ibid s 41.

46 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, opened for signature 10 June 1958, 330 UNTS 38 (entered into force 7 June 1959).

47 Notification on Draft PPP Contract (n9) cl 5(20); Cabinet Resolution Dated 14 July 2015 (n11).

48 Notification on Draft PPP Contract (n9) cl 5(20).

5.1.2 Lengthy Process for Enforcement

Despite Section 42 of the *Arbitration Act* requiring Thai courts to conduct proceedings for enforcement of arbitration awards expeditiously,[49] in practice the process of enforcing arbitration awards in Thailand through the administrative court can be slow and lengthy. This is particularly true when the party that lost the arbitration also seeks to have the award set aside or refused for enforcement in court. For instance, in the Bangkok Elevated Road and Train System (Hopewell) Project, where an arbitral tribunal ordered the government to pay damages for its unlawful termination of the agreement with the private investor, it took around a decade from the start of the court proceeding to the decision of the Supreme Administrative Court to enforce the arbitration award.[50]

5.1.3 Finality and Enforceability of Arbitration Awards

Another major challenge with using arbitration in PPP contracts in Thailand is the enforceability of arbitration awards. While the exceptions to enforcement of arbitration awards under the Arbitration Act are written to align with those in the *UNCITRAL Model Law*[51] and the *New York Convention,* Thai courts' interpretation of these exceptions may be more expansive compared to courts in other countries, especially when it comes to the ground that the enforcement of an award would be against public policy.[52]

At the time of writing, there were at least two occasions where Thai Courts refused to enforce arbitration awards based on the public policy ground merely because the procurement procedure of a PPP project or the procedure for amendment of a PPP contract was not conducted in accordance with the PPP law and regulations.[53] However, a more significant challenge is perhaps that Thai courts generally interpret the public policy ground to also cover errors of an arbitral tribunal in deciding a question of law.[54] By way of example, in the *Supreme Administrative Court Decision Aor 676/2554* involving a construction dispute between the Department of Alternative Energy Development and Efficiency (the applicant) and its private construction contractor (the respondent), the applicant failed to pay the contract sum to the respondent, so the respondent terminated the contract and sought to recover damages from the applicant. The dispute was submitted to arbitration and the arbitral tribunal decided that the termination of the

---

[49] Arbitration Act (n41) s 42.

[50] Supreme Administrative Court no. Aor 221-223/2562 (2019). See also 'The Conclusion of the Hopewell Case that Lasted for more than 30 years' Thai Arbitration Center (Web Page, 24 July 2020) <https://thac.or.th/the-conclusion-of-the-hopewell-case-that-lasted-for-more-than-30-years/>.

[51] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, UN GAOR, 40th sess, Supp No 17, UN Doc A/40/17 (21 June 1985) annex I, as amended by UN GAOR, 61st sess, Supp No 17, UN Doc A/61/17 (7 July 2006) annex I.

[52] See Thanapat Yaemklin, 'Judicial Review of Arbitration Awards on the Ground of Public Policy under the Law of Thailand: an Excessive Judicial Intervention?' (2022) 2(1) Thai Legal Studies 51.

[53] Supreme Administrative Court Decision Aor 349/2549; Supreme Court Decision 2503/2552.

[54] Yaemklin (n55) 51.

[55] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ [Civil and Commercial Code] (Thailand).

contract by the respondent was lawful pursuant to Section 387 of the *Civil and Commercial Code,*[55] given that this provision of law permits a party to terminate a contract if the other party is in default.[56] The defendant sought to have the award set aside, citing the public policy defence. The Supreme Administrative Court ruled that the tribunal erred in deciding the dispute because the tribunal failed to apply the principle of administrative law to the case, resulting that the enforcement of the award was contrary to the public policy.[57]

5.2 Mediation

Mediation can be broadly described as a 'private, informal process in which one or more neutral third parties assist the parties to achieve a settlement of their dispute'.[58] Conceptually, the fact that the government or its private contracting party is prepared to litigate does not necessarily mean that the dispute cannot be resolved by mediation. A mediator can bring both parties closer to dispute settlement by using 'a wide variety of techniques to guide the process in a constructive direction and to assist the parties in finding an optimal solution'.[59] Like negotiation, mediation allows the parties to a PPP contract to resolve their disputes in an innovative and collaborative manner, as the options available are not limited to the merits of the case, but can include any commercial considerations that may motivate the other party to settle the dispute amicably.[60]

An example of innovative solutions in the context of PPP disputes can be observed in the case of Si Rat Expressway (the Second Stage Expressway) Project and the Udon Ratthaya Expressway (Bang Pa-in - Pak Kret Expressway) Project. In these two projects, the Expressway Authority of Thailand and its private contractors had previously brought 17 arbitration and court proceedings against each other, with damages at stake of over THB 170,000 million, including more than THB 30,000 million that the arbitral tribunals and courts already ordered Bangkok Expressway to pay the private parties.[61] However, in February 2020, the Cabinet approved a settlement to extend the concession terms under the relevant PPP contracts for an additional 18 years, allowing the private parties to continue operating the projects and generate income

---

[56] Section 387 of the Thai Civil and Commercial Code provides that "[i]f one party does not perform the obligation, the other party may fix a reasonable period and notify the former party to perform within that period. If the former party does not perform within that period, the other party may terminate the contract."

[57] Supreme Administrative Court Decision Aor 676/2554.

[58] Gerber and Ong (n35) 259 (citations omitted).

[59] Rui Cunha Marques, 'Is Arbitration the Right way to Settle Conflicts in PPP Arrangements' (2018) 34(1) Journal of Management in Engineering 1, 2.

[60] See Donald Charrett, 'Construction Disputes after COVID-19-Jaw-Jaw or War-War?' (2020) 193 Australian Construction Law Newsletter 6, 8.

[61] Secretariat of Cabinet of Thailand, ขอความเห็นชอบการแก้ไขสัญญาโครงการระบบทางด่วนขั้นที่ 2 (ทางพิเศษศรีรัช รวมถึงส่วนดี) และสัญญาโครงการทางด่วนสายบางปะอิน (ทางพิเศษอุดรัถยา) รวม 2 ฉบับ [Request for Approval to Amend two contracts: Contract for Second Stage Expressway (Si Rat Expressway, including Part D) and Contract for Bang Pa-in - Pak Kret Expressway (Udon Ratthaya Expressway)] (NorRor0505/5514, 19 February 2020) 2.

to recover their losses.[62] Even if this settlement was reached through negotiations between the parties and mediation was not involved, it has proven that PPP disputes can be resolved by an innovative solution.

Having said that, the authors submit that there are three main challenges with mediation being used to resolve disputes in PPP contracts: mediability; contracting authority's unwillingness to negotiate; and enforceability of mediation agreement.

5.2.1 Mediabiltiy

In Thailand, out-of-court mediations are governed by the *Dispute Mediation Act B.E. 2562 (2019) ('DMA').*[63] Under the *DMA*, the scope of civil disputes which are capable of being mediated under the *DMA* is very restrictive.[64] Section 20 of the *DMA* limits civil disputes which can be mediated to only, inter alia, those civil disputes with up to THB 5 million at stake.[65] In this regard, it seems unclear to the authors as to whether this requirement applies exclusively to mediations where either party refers the dispute to the relevant government authorities without having an mediation agreement in place or generally applies to all mediations in Thailand. Regardless, if the latter is true, the use of mediation for resolving disputes in PPP projects in Thailand will be quite rare as any dispute with more than THB 5 million at stake will not be capable of being mediated.

5.2.2 Authority's Unwillingness to Negotiate

It is generally accepted that the effectiveness of mediation as a dispute resolution mechanism depends significantly upon the willingness of the parties to participate and actively engage in the proces with the objective of reaching an amicable settlement.[66] In Thailand, it seems that a Thai government contracting authority may not be willing to settle a dispute with a private party at the early stage of dispute resolution proceedings. In 2018, the Thai Cabinet issued the *Cabinet Resolution dated 2 October 2018* setting out the approach for settling disputes between government authorities and private contracting parties.[67] According to this *Cabinet Resolution,* a government contracting authority would be able to negotiate a settlement with a private party if there was already an arbitral award requiring the authority

---

62 Ibid 3-4.

63 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท [Dispute Mediation Act] (Thailand) 22 May 2019.

64 Anne Coulon, 'Mediation: A Star in the Making as a Dispute Resolution Method for Commercial Disputes (Focus on Thailand)' DFDL (Web Page, 25 November 2021) <https://www.dfdl.com/resources/legal-and-tax-updates/mediation-a-star-in-the-making-as-a-dispute-resolution-method-for-commercial-disputes-focus-on-thailand/>.

65 DPA (n66) s 20.

66 Gerber and Ong (n35) 226.

67 Secretariat of Cabinet of Thailand, แนวทางดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาทของหน่วยงานของรัฐ [Government Authorities' Approach to Settling Disputes] (NorRor0503/Wor479, 8 October 2018).

to make a payment, and the award is awaiting enforcement through the Administrative Court.[68] Arguably, it is possible that the government may not be willing to negotiate a settlement unless an arbitral award has already been made binding the government to pay damages to the private party.

5.2.3 Enforceability of Mediation Agreement

Unlike the *Arbitration Act*, the *DMA* does not empower Thai court to strike out a case if one party sues the other party in court without first following a mediation process as contractually agreed. As a result, if either party in a PPP contract initiates a litigation proceeding without complying with the mediation agreement, the court may not be able to immediately strike out the case upon receiving a petition from the other party requesting such action. It is possible that the court may proceed with the case before eventually dismissing it on the grounds that the mandatory mediation process has not been exhausted. In this scenario, both the government and the SPV would have expended a significant amount of resources, including time and financial costs, on case preparation and trial, which ultimately turn to be futile.

5.3 Expert Determination

Expert determination is 'a process whereby parties agree to refer their dispute to be resolved by a third-party expert'.[69] Conceptually, unlike an arbitrator or a judge, a third-party expert is not bound by judicial obligations and can make decisions based on their expertise, knowledge, and experience. Therefore, it can be a very useful tool for resolving disputes under a PPP contract which entails a highly technical issue. Furthermore, as it is not regulated by legislation under the Thai legal system, expert determination is a highly flexible process, enabling the parties to create their own procedure as they see fit.[70]

A determination made by the expert can be binding or non-binding, depending on what is agreed upon by the parties. Non-binding expert determinations can also be useful for the settlement of the dispute under the PPP contract because it can be 'a reality check showing the contesting parties what the possible outcome of the more expensive and usually slower binding procedures such as arbitration would be'.[71] A binding determination process, on the other hand, can provide more certainty and efficiency for the parties, as the decision is binding without the need for further negotiation.

In this connection. it is submitted that there are two significant challenges with using a binding expert determination for resolving disputes under PPP contracts in Thailand. Each will be discussed in turn.

---

[68] Ibid.

[69] Djakhongir Saidov, 'An International Convention on Expert Determination and Dispute Boards?' (2022) International and Comparative Law Quarterly 697, 699.

[70] Gerber and Ong (n35) 295.

[71] UNCITRAL Legislative Guide (n16) 178.

5.3.1 Enforceability of Expert Determination Agreement

One of the key challenges associated with using binding expert determination to resolve disputes arising under PPP contracts is that it is not a formally recognised dispute resolution process in the Thai legal system. Therefore, if either the government or the SPV brings a case to court without first referring the dispute to an expert, as per the agreement between them, the court may not immediately dismiss the case and refer the parties to the expert determination process. This is similar to the issue discussed earlier with mediation in 5.2.3.

5.3.2 Enforceability of Expert Determination

It seems uncertain as to the extent to which a determination reached by the expert may be enforced in Thailand. To the authors' knowledge, there is still no Supreme court decision which previously decided on the enforceability of an expert determination. The closest decision that may be considered is the *Supreme Court Decision 1982/2524,* in which it was held that a determination made by a superintendent (contract administrator) under a construction contract was enforceable. Therefore, by analogy to the *Supreme Court Decision 1982/2524,* as a matter of principle, a legal-binding expert determination may be enforceable in Thailand on the basis of the freedom of contract and the principle of *pacta sunt servanda.*

However, even if an expert determination is generally enforceable in Thailand, it is possible that it will not be enforced by Thai court to a greater extent than an arbitration award, which is explicitly recognised under the Arbitration Act. It is possible that the court may apply, by analogy, the rules for enforcing an arbitral award under the Arbitration Act to the enforcement of an expert determination. This is because Section 4 of the *Civil and Commercial Code,* which provides that '[w]here no provision is applicable, the case must be decided by analogy to the provision most nearly applicable'.[72] If this proposition is true, it may follow that if the court finds that the expert's decision goes against public policy because the question of law was not decided correctly, it may order that the expert's decision be set aside or not be enforced in the same way as an arbitral award, as previously discussed in 5.1.3.

5.4 Dispute Review Boards

Originating in the construction industry, dispute review boards have been used as a dispute resolution mechanism in public infrastructure projects in several jurisdictions.[73] They may be referred to by other different names, such as dispute resolution adviser (DRA), dispute adjudication board (DAB), dispute avoidance and adjudication board (DAAB), depending on the scope of power and responsibilities of the dispute board in question.

---

[72] Ibid s 4.

[73] UNCITRAL Legislative Guide (n16) 180.

Dispute review boards can offer value to PPP projects which cannot be achieved by other methods of dispute resolution as it is a 'job-site dispute avoidance and adjudication process'.[74] Typically, a dispute review board is to be established from the beginning of the project so that each member of the panel would be familiar with the nature, needs, and unique features of the project and its developments through regular visits to the project site, meeting with each party's key personnel, reviewing periodic progress reports and so on.[75] When a conflict arises, the panel is called upon to resolve that conflict through simplified proceedings, such as informally discussing the problem with all relevant parties as well as providing a non-legal binding recommendation.[76] The parties may, then, negotiate to solve the conflict or settle the dispute taking into account the dispute review board's informal advice or recommendation. Failing which, if contractually permitted, the dispute review board may decide the dispute which will be binding upon the parties.[77]

Therefore, due to its high level of involvement in the project, the dispute review board is not only able to resolve the dispute in a time-efficient manner but can also prevent problems and conflicts from escalating into disputes.[78] In other words, with a standing dispute board, the parties do not have to wait until a dispute arises before resolving it, rather they can prevent it from arising in the first place. This proactive nature of the dispute board process is the one of its most important benefits given that litigation and other forms of ADRs are reactive in nature.[79]

Arguably, the use of a dispute review board as a dispute resolution mechanism for PPP contracts in Thailand can be seen as a hybrid approach that combines the benefits of mediation, expert determination, and arbitration. The dispute board, through its discussions with the parties and the provision of recommendations, can facilitate the parties' efforts to reach a settlement agreement, much like mediation. At the same time, the panel's decision-making process may be less formal and more flexible than that of litigation or arbitration, akin to expert determination. Additionally, the dispute board may have jurisdiction over a wide range of disputes related to the underlying contract, and, as permitted by the contract or agreed upon by the parties, may gather evidence and appoint experts to assist in resolving highly technical issues, similar to arbitration. Therefore, the dispute board process may offer the contracting parties the key advantages of the other three types of dispute resolution mechanism.

---

[74] Peter Chapman, 'the Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects' (2015) 1(3) Turkish Commercial Law Review, 219, 219.

[75] Paula Gerber and Brenan Ong, 'Should DAPs Be Included in Standard Form Contracts' (2012) 143 Australian Constriction Law Newsletter 6, 7.

[76] Mosley (n17) 13.

[77] Ibid.

[78] UNCITRAL Legislative Guide (n16) 180.

[79] Owen Hayford, 'Want to Avoid Construction Disputes, Delays and Cost Overruns? Use a Dispute Board!' Infralegal (Web Page, 12 March 2019) <https://www.infralegal.com.au/dispute-avoidance-and-resolution/blog-post-title-one-9ayeg>.

However, there are three key challenges with the use of dispute board process in PPP projects in Thailand, which will be discussed below.

5.4.1 Uncertainty Regarding its Status and Enforceability of Decision

Like expert determination, the use of a dispute review board as a dispute resolution mechanism in Thailand is not formally recognised by legislation or court decision.[80] As a result, the legal status and recognition of the dispute board process, as well as the enforceability of its decisions, may be significantly uncertain in the same manner as expert determination, as previously noted in 5.3.1 and 5.3.2. It is also worth mentioning that in some jurisdictions the dispute review board process is considered as an arbitration.[81] If Thai courts adopted this approach, the dispute board process would be subject to the Arbitration Act, and thus face the same challenges as arbitration as previously discussed in 5.1.

5.4.2 Lack of Support from Judicial System

A dispute review board process, unless being re-characterised as an arbitration, is not able to enjoy the same level of support from the courts as arbitration. This means that the dispute board lacks the authority to summon witnesses or request the submission of evidence through a motion to a competent court. Additionally, even if the parties have agreed to aid the dispute board with the submission of evidence the failure to do so may merely be considered a breach of contract, entitling the other party to claim damages and to seek for specific performance through court litigation. Note, however, that seeking specific performance in Thai court may be an unrealistic option due to the time-consuming nature of litigation.

5.4.3 Expensive Dispute Resolution

The use of dispute boards as a dispute resolution mechanism has been known for its high costs.[82] While all forms of dispute resolution impose financial burdens on the parties involved, the costs associated with the dispute board process seem to be particularly unique. With dispute boards, the parties do not only incur the costs of dispute resolution only after a dispute arises, but they already incur the costs at the outset of the project, namely at the time of the establishment of the dispute board. Such costs typically include a monthly fee for each member of the panel, expenses for site visits, and travel and accommodation costs.[83]

---

[80] Chokchai Netngamsawang and Ukrit Sornprohm, 'คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) ทางเลือกใหม่ของไทยในการบริหารจัดการข้อพิพาท? [Dispute Board the New Alternative for Management of Disputes?]', Thailand Arbitration Center (Web Page, 30 December 2020) <https://thac.or.th/th/คณะกรรมการข้อพิพาท/>.

[81] Giuseppe Giancarlo Franco, 'The Legal Status and the Enforcement of the Dispute Board Decision' (2019) International Construction Law Review 193, 197-201.

[82] Gerber and Ong (n35) 127.

[83] Richard Linton, 'Dispute boards: an essential investment or a costly mistake?' Lexology (Blog Post, 9 June 2021) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bc4ddb37-6e5a-4d53-b91a-4f1fbfe3b1e0>.

6. CONCLUDING REMARKS

In this article, the authors have highlighted the limitations of court litigation in resolving disputes under PPP contracts in Thailand and proposed the use of ADRs as a way to overcome these limitations. It is important to note that, while each form of ADR has its own unique benefits and challenges, most of the challenges identified in this article are largely a result of the current legal framework and government policies in Thailand. Therefore, it is within the hands of the Thai government to reform the legal framework and policies to facilitate the use of ADRs in PPP projects in Thailand. However, In the authors' view, it would be unfortunate if the government's reluctance to use ADRs was the only factor prohibiting the implementation of an effective dispute-resolution process for PPP projects in Thailand.

บทความต่างประเทศ

04

THE SEARCH FOR RELIEF IN PROVISIONAL MEASURES

Nicky Balani

Foreign-Language Article

THE SEARCH FOR RELIEF IN PROVISIONAL MEASURES

Nicky Balani•

Receive; August 15, 2023, Revised; JSeptember 11, 2023, Accepted ; September 15 ,2023

Abstract

The absence of an express power of arbitral tribunals to grant interim measures raises a question if this is precluded under Thai arbitration law. The practice of Thai arbitral institutes to include such a power for the issuance of interim measures may be explained by an inherent authority of arbitral tribunals. The article questions this proposition of an inherent power of arbitral tribunals to order interim measures where the applicable curial law is Thai law. The argument made is that neither the arbitration law nor developments to arbitration rules show traces of an implied power of the tribunal. The residual position of an exclusive competence of Thai courts for interim measures of protection potentially undermines the fairness and efficiency expected from arbitration proceedings. In such circumstances, an amendment to the arbitration law to expressly confirm the power of arbitral tribunals to order interim measures and the recognition and enforcement thereof provides an important safeguard against frustrating the arbitral process.

Keywords: provisional measures, Thai arbitration law, power of arbitral tribunals in Thai-seated arbitrations, enforcement of provisional measures.

I. Introduction

Provisional measures under Thai arbitration law has been a regular discussion point since the Thai Arbitration Act BE 2545 (2002) ("TAA") was passed. Section 16 of the TAA is silent on the power for an arbitral tribunal to grant interim relief. This has led to the debate whether the effect of Section 16 precludes an arbitral tribunal from granting provisional measures.[1] This uncertainty has called for clarity, but the proposed amendments to the TAA have since not involved reform on provisional measures.[2]

• International law consultant.

[1] See e.g. Luke R. Nottage and Sakda Thanitcul, "The Past, Present and Future of International Investment Arbitration in Thailand" (28 April 2016, Legal Studies Research Paper No. 16/31, Sydney Law School), 17 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2770889> ("However, the Model Law regime emphasises respect for autonomy of the arbitration process, and commentators argue that even though the 2002 Act does not expressly permit arbitrators to issue interim measures, it does not preclude this power if parties have agreed on it (directly or through relevant arbitration rules)").

[2] Instead, the first amendment in 2019 to the TAA eased the process for foreign arbitrators and representatives to participate in arbitration proceedings in Thailand: Arbitration Act (No. 2) BE 2562 (2019). Following this an arbitration bill debated was for a judicial review of arbitral awards in cases involving a state agency: see, Section 3 of the Draft Arbitration Act, <https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/section77/section77_arbitration.pdf>; House of Representatives Agenda for 9 February 2022 <https://edoc.parliament.go.th/Meeting/MeetingViewer.aspx?id=812>.

In the past, national arbitration legislation historically limited the power of arbitral tribunals in granting interim measures.[3] Modern arbitration jurisdictions have since confirmed the authority of arbitral tribunals to grant interim relief, so long as this is not contrary to the parties' agreement.[4] The practice of courts in developed arbitration jurisdictions has also been to defer to the arbitral tribunal as appropriate, such as for measures to have effect only until such time that the tribunal is able to review the court-ordered measures.[5]

Thailand alongside China and Italy were earlier considered as not empowering tribunals to order interim relief.[6] Aside from Thailand, this position may no longer be accepted:[7] Xing Xiusong and Wang Heng state, "[t]his might be a misunderstanding of the arbitration law and practice in China; arbitral tribunals sitting in China have been consistently issuing orders for measures that are equivalent to 'interim measures', though they might not have been described as such."[8] In Italy, the reformed Article 818 of the Civil Procedure Code in 2022 now permits parties to agree for the arbitral tribunal issue interim measures under the arbitration clause, arbitration agreement or by agreement to arbitration rules containing such a power.[9]

In Thailand, the absence of an express prohibition has led to the enquiry whether the powers for interim relief by a tribunal is impliedly permissive. Such a proposition arises out of the practice of leading Thai arbitration institutions, the Thai Arbitration Institute ("TAI") and Thailand Arbitration Center ("THAC"), that provide in their respective arbitration rules the power of the tribunal to order interim measures.[10] Notably, arbitration rules have the benefit of being "carefully drafted by experienced practitioners, and that has often been widely applied and interpreted by arbitral tribunals and courts and commented by practitioners and academics."[11] The careful drafting and institutional affiliation of the TAI and THAC to

---

[3] Gary B Born, International Commercial Arbitration (3rd edn, Kluwer Law International 2021) 2606, 2610.

[4] ibid, 2612, 2614.

[5] ibid, 2736 – 2738.

[6] ibid, 2619: ("Although historic limitations on arbitrators' power have been removed in almost all states [...]. That remains the case, for example, in Italy, China, and Thailand, where local legislation still provides that the granting of provisional measures is reserved exclusively to local courts, which are authorized to issue provisional relief in aid of arbitration"); Emi Rowse and Dutsadee Dutsadeepanich, "Thailand", 9 <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=AF819767-C572-4B20-97AD-448D3CE1EFFD>.

[7] Born (n 3) 2619.

[8] Xing Xiusong and Wang Heng, "Interim Measures in Arbitration Proceedings in China" (Global Arbitration Review, 27 May 2022) <https://globalarbitrationreview.com/review/the-asia-pacific-arbitration-review/2023/article/interim-measures-in-arbitration-proceedings-in-china>.

[9] See, Osborne Clarke, "Italy Enters New Era of Arbitration 'Friendliness'" (27 April 2023) <https://www.osborneclarke.com/insights/italy-enters-new-era-arbitration-friendliness>; Cecilia Buresti and Edoardo Mazzoli, "A Modernization of Italian Arbitration Law" (Norton Rose Fulbright International Arbitration Report) 35-36, 35 <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/f3baa1b1/a-modernization-of-italian-arbitration-law>.

[10] See e.g. Thai Arbitration Institute Arbitration Rules 2017 Article 39 ("TAI Rules"); Thailand Arbitration Center Arbitration Rules 2015 Article 66(5) ("THAC Rules").

the Office of the Judiciary and Ministry of Justice respectively makes scrutiny of this apparent inconsistency all the more relevant.[12]

Against this backdrop, the article examines the divergence between the arbitration rules of Thai institutions and Thai law on provisional measures. The argument made is that the TAI and THAC arbitration rules which empower tribunals for provisional measures exacerbate the silence under Section 16 of the TAA. The article examines if in such circumstances an implied power reconciles this apparent inconsistency without however finding the presence of an inherent authority.[13] The consequence of powers reserved exclusively for the Thai courts on interim measures in support of arbitration proceedings potentially affects the efficiency and integrity of arbitral proceedings. This argument is made in four parts: The first part provides an overview of the framework for provisional measures in arbitration proceedings under Thai law showing a consistent pattern of reserving powers for interim relief only to the courts (Section II). The second part reviews whether there exists an inherent power of the arbitral tribunal to order interim relief without finding a trace of such authority (Section III). The third part examines the implications on the efficiency, effectiveness and integrity of the arbitration proceedings (Section IV). The fourth part recommends an amendment to the TAA to clarify powers of the arbitral tribunal for interim measures and its enforcement (Section V).

II. Framework for Provisional Measures

The availability of provisional measures is necessary to "preserve a factual or legal situation so as to safeguard rights" for which recognition is sought from the tribunal.[14] This is to maintain the status quo or prevent serious harm or prejudice in the pendency of the dispute being decided.[15] The purpose is to ensure fairness, efficiency and effectiveness in the resolution of the dispute.[16] Examples of provisional measures that may be ordered include; freezing orders which prevent the dissipation of assets which are the subject matter of the dispute or relevant to the satisfaction of the award; orders to preserve property

---

11 UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings 2016 para. 7.

12 See, Thai Arbitration Institute ("TAI"), "TAI Overview" <https://tai.coj.go.th/en/content/page/index/id/56>; Ministry of Justice Thailand Organization Structure <https://www.moj.go.th/view/7782>.

13 See generally, Ciarb, "Applications for Interim Measures" (International Arbitration Practice Guideline 2016) 4 <https://www.ciarb.org/media/4194/guideline-4-applications-for-interim-measures-2015.pdf> ("If there are no express provisions allowing the arbitrators to grant interim measures and provided that there is no prohibition under the arbitration agreement, including the applicable arbitration rules and/or the lex arbitri, arbitrators may conclude that they have an implied power to do so.").

14 Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line, Case No. C-391/95, [1998] ECR 1-7091, 7133 (ECJ).

15 UNCITRAL Model Law 1985 with 2006 Amendments Article 17; Mihaela Apostol and Kabir Duggal, 'Provisional Measures' (Jus Mundi, 21 September 2022) <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-provisional-measures>; See also, Born (n 3) 2651-2653.

16 Ortho Pharmaceutical Corporation v. Amgen 882 F.2d 806 (3d Cir. 1989); Born (n 3) 2604, 2644, 2737: (These provisional measures rest on a simple premise: in order for a dispute resolution process to function in a fair and effective manner, it is essential that an adjudicative body possesses broad power to safeguard the parties' rights and its own remedial authority during the pendency of the dispute resolution proceedings.").

and evidence, confidentiality orders and security for costs.[17] V.V. Veeder explains: "[a]n order for interim measures is essentially temporary in nature; it is not an award which is always final; but an interim order can be at least as, or even more important than, an award. In the absence of an enforceable interim measure, it is sometimes possible for a recalcitrant party to thwart the arbitration procedure—completely and finally."[18]

This power to order interim measures by a tribunal is determined in accordance with the curial or procedural law; which in most cases will be the law of the arbitral seat.[19] The curial law also defines the circumstances under which interim relief may be granted.[20] As appropriate, the tribunal gives effect to the arbitral rules and the local law where interim measures may be executed or enforced (lex loci executionis) under a sui generis system of rules.[21]

The inability to obtain timely interim measures where required carries the risk of prejudice or irreparable harm for the applicant. This may materialize in the dissipation of assets, destruction of evidence, loss of market value, disclosure of confidential information or misuse of intellectual property.[22] Some examples of this are where the court declines jurisdiction as a foreign court, or the result of delays in having to approach a national court by first engaging local counsel.[23] This may bring into play strategic choices potentially undermining the positions taken by a party in the arbitration, and may also exert pressure in settlement negotiations.

By contrast to awards, there is no harmonized framework for the recognition and enforcement of provisional measures.[24] As such, a party may decide on a seat of arbitration based on the efficiency by which tribunal-ordered measures can be enforced.[25] The 2021 International Arbitration Survey found the ability to enforce decisions of emergency arbitrators or interim measures ordered by an arbitral tribunal make that a more attractive arbitral seat.[26]

---

17 See, Philip Norman and Leanie van de Merwe, 'Interim Relief, Including Emergency Arbitrators in Construction Arbitration' (Global Arbitration Review, 19 October 2021) <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-construction-arbitration/fourth-edition/article/interim-relief-including-emergency-arbitrators-in-construction-arbitration>; Born (n 3) 2729.

18 V.V. Veeder, Provisional and Conservatory Measures. Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects. (1999, United Nations Publication) 21.

19 Gary B Born, International Arbitration: Law and Practice (2nd edn, Kluwer Law International 2016) 211.

20 Ciarb (n 13) 2; Born (n 3) 2639.

21 Ciarb (n 13) 5.

22 Born (n 3) 2604.

23 See e.g., Channel Tunnel Group v Balfour Beatty Construction [1993] AC 334; Report of the Secretary General, Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement (20-31 March 2000, UN Doc.A/CN.9/WG.II/WP.108) 24 at para. 104.

24 Ronald A Brand, 'Provisional Measures in Aid of Arbitration' (2023) 61 Columbia Journal of Transnational Law 133, 136.

25 ibid, 166 – 167.

Internationally, there has been a progressive relaxation of limitations on interim relief granted by arbitral tribunals.[27] For example, the French Code of Civil Procedure in 2011 expressly provided for tribunals to grant interim and conservatory measures under Article 1468.[28] This power for interim relief by tribunals has also been recognized in jurisdictions that follow – as with Thailand – the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the "Model Law").[29] This includes Germany, Canada, Japan, India, Singapore, New Zealand and Australia.[30]

In parallel, courts have upheld the presumption, absent contrary agreement, that parties have agreed to permit the tribunal to order provisional measures.[31] This is based on an appreciation that parties in agreeing to arbitrate disputes intend that the tribunal should have remedial powers over the adjudicative process rather than rendering it a hollow exercise.[32] This supports principles of party autonomy, arbitral exclusivity and judicial non-interference in the arbitral process where courts have concurrent jurisdiction for interim measures.

A. Context to provisional measures

1. Court-annexed arbitration

The arbitration framework in Thailand includes the regulation of court-annexed and out-of-court arbitration. Taking court-annexed arbitration first, this is regulated under Sections 210 to 220 of the Thai Civil Procedure Code ("CPC"). Section 216 leaves broad powers on the conduct of the arbitration to the tribunal. This power is limited to "[w]here the arbitrators are of opinion that proceedings can only be carried out by a Court is necessary (such as in [...] ordering the production of a document), they may file with the Court an application by motion asking it to carry out such proceedings [...]." This restricts powers of the tribunal to seeking assistance from the court where this requires specific action from a party or third party as in orders for interim measures. The extent of the supervisory role of the court is further apparent in the confirmation required of awards rendered by the tribunal under Section 218 CPC.

---

26 "2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world" (Queen Mary University, School of International Arbitration, White & Case LLP) 8 <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>.

27 Born (n 3) 2612 ("Consistent with the foregoing analysis, over the past several decades, virtually all developed jurisdictions have rejected historic prohibitions against the authority of arbitral tribunals to grant provisional measures.").

28 Constance Malleville, "Interim Measures in French Seated Arbitrations – Do They Measure Up?" (Clyde & Co Market Insight, 16 June 2022) <https://www.clydeco.com/en/insights/2022/06/interim-measures-in-french-seated-arbitrations-do>.

29 Born (n 3) 2618. 1985 United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL") Model Law on International Commercial Arbitration ("Model Law") listed jurisdictions <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>.

30 ibid.

31 ibid, 2612, 2614, 2616, 2642, 2677. See also, Charles Construction Company v. Derderian 586 N.E.2d 992 (Mass. 1992).

32 ibid, 2618, 2635.

2. Arbitration Act 1987

Alongside court-annexed arbitration, the Arbitration Act BE 2530 (1987) (the "1987 Act") regulated out-of-court arbitration prior to the TAA coming into effect. The relevant provision under Section 18 of the 1987 Act reads, "[w]here resort to the power of the court is required in regard to [...] the application of provisional measures for the protection of interests of the party during arbitration proceedings [...] an arbitrator may file a petition requesting a competent court to conduct the said proceedings."[33] Similar to provisions for court-annexed arbitration, the power to request provisional measures only from a court was left to the arbitral tribunal.

3. Arbitration Act 2002

The TAA which currently applies to Thai arbitration proceedings is based on the Model Law and mirrors for the most part its provisions.[34] As Sorawit Limparangsri and Prachya Yuprasert observe on the difference with the Model Law, the TAA "contains some minor deviations based on the experience of arbitration in Thailand."[35] One of these differences is on provisional measures which does not follow Article 17 of the Model Law. Article 17 states: "[u]nless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute."

The Model Law also contains guidance on enforcement before this was included in the 2006 amendments ("2006 Model Law Revisions").[36] The Explanatory Note states, "[i]t may be noted that [Article 17] does not deal with enforcement of such measures; any State adopting the Model Law would be free to provide court assistance in this regard."[37]

Section 16 of the TAA in contrast to the Model Law provides, "[a] party to an arbitration agreement may file a motion requesting the competent court to issue an order imposing provisional measures [...]." This provision is viewed as "not empower[ing] arbitrators to order interim measures or other forms of preliminary relief. The law only provides that parties may apply to the court for any required provisional

---

[33] Arbitration Act BE 2530 (1987) <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/2/1/21416.pdf>.

[34] See, UNCITRAL, Model Law Status of Adoption (n 30); Kornkieat Chunhakasikarn and John Frangos, "Thailand" in Gerhard Wegen, Stephan Wilske and Gleiss Lutz (eds), Getting the Deal Through - Arbitration 2017 (Law Business Research 2017) 353 - 360, 353. ("Thailand's arbitration law is the Arbitration Act BE 2545 (the Arbitration Act), which closely follows the UNCITRAL Model Law."). See also, Nottage and Thanitcul (n 1) 16.

[35] Sorawit Limparangsri and Prachya Yuprasert, "Arbitration and Mediation in ASEAN: Laws and Practice from a Thai Perspective" (2003) 190.

[36] See, 2006 Model Law Revisions Article 17H.

[37] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (UN, A/40/17) 20 para. 26.

measures before or during arbitral proceedings."[38] The drafters, including the TAI, had before them the choice of opting for provisional measures on the basis of the Model Law which includes the presumption of the authority conferred on arbitral tribunals to order interim measures.[39] Instead the decision was made to follow the 1987 Act in part by maintaining that the court is competent to order provisional measures, but added standing to a party to make such an application.

Thawatchai Suvanpanich noted that "the legislators at that time were of the opinion that the Model Law was too modern for Thais who were involved in the practice of arbitration."[40] This reason however appears difficult to accept in light of the wider dispositive powers of the tribunal in deciding the outcome of the dispute. Moreover, there is little reason to doubt the parties had not intended to centralize the dispute resolution process in a single neutral forum.[41]

In terms of procedure, Section 16 of the TAA provides a party with the right to approach the competent court before or during the arbitral proceedings. The court will determine its jurisdiction and exercise discretion in accordance with the court's authority to issue provisional measures under the CPC. Measures the court may prescribe are enumerated in Section 254 of the CPC[42] along with the availability of ex parte applications. Additionally, the court may order security for costs under Section 253 of the CPC.

In support of Section 16, Section 45(5) of the TAA allows a party to appeal an interim relief order by a court.[43] The appeal under Section 45(5) of the TAA is made directly to the Supreme Court or Supreme Administrative Court.[44]

B. Thai arbitral institutes

The two main Thai arbitration institutions (out of seven) are the TAI and THAC.[45] Both institutions provide tribunals with powers for interim measures, but differ substantially on the scope of that authority.

---

[38] Alastair Henderson, "Thailand" (IBA Arbitration Guide, February 2012) 8. See also, Saowanee Asawaroj, "National Report for Thailand (2013)" in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration Kluwer Law International (Kluwer Law International 2013) 8.

[39] See, Biwater Gauff (Tanzania) v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order 3, 29 September 2006 [135]; Born (n 3) 2613. TAI as drafters of the TAA: Warathorn Wongsawangsiri, Jedsarit Sahussarungsi and Chadamarn Rattanajarungpond, "Thailand" in James Carter (ed), International Arbitration Review (10th edn, The Law Reviews 2019) 459, 461.

[40] Thawatchai Suvanpanich "Thailand" in Michael Pryles. (ed) Dispute Resolution in Asia (2nd edn, Kluwer Law International 2002) 369.

[41] Born (n 3) 2734, 2740.

[42] Section 16 TAA.

[43] Section 45(5) TAA. See also, Supreme Court Case 3263 of 2554 (2011).

[44] Section 45 TAA.

[45] See, THAC Arbitration Report 2018, 9. See also, Wongsawangsiri, Sahussarungsi and Rattanajarungpond (n 39).

The TAI set up in 1990 is now a part of the Office of the Judiciary.[46] Article 39 of the 2017 TAI Arbitration Rules ("TAI Rules") state, "[t]he Arbitral Tribunal may, at the request of a party, grant interim measures of protection for the party as it deems appropriate." This is similar to Rule 30.1 of the SIAC Arbitration Rules 2016 ("SIAC Rules") which state the tribunal may "issue an order or an Award granting an injunction or any other interim relief it deems appropriate."[47] Both provisions are broad in scope and leave the type of measure to the arbitral tribunal's determination.

Reliance on the authority of arbitral tribunals to order interim relief under Article 39 of the TAI Rules for Thai-seated arbitrations is unknown. The lack of information publicly available on applications made under Article 39 coupled with the absence of a decision of the Supreme Court where the exercise of this power has been impugned leaves unclear its impact in practice, at least in connection with Thai arbitration proceedings. As Noppramart Thammateeradaycho notes, "[t]o our knowledge, arbitrators have never granted an order or provisional award for interim measures in Thailand, regardless of the institutional rules being used in the arbitration (emphasis added)."[48]

Also of note is the second paragraph of Article 39 of the TAI Rules which does not exclude the concurrent jurisdiction of the court.[49] This paragraph states, "[t]he request pursuant to paragraph one shall not affect the right of the party to request the court to grant interim measures. Such request shall not be deemed to be incompatible with the arbitral proceedings under these Rules."

By comparison, this power to issue interim measures under the TAI Rules is broader than the narrow power of tribunals under the THAC Arbitration Rules 2015 ("THAC Rules"). Pursuant to Article 66(5), the arbitral tribunal may "[i]ssue an order for any party to provide security for legal or other costs as the Arbitral Tribunal finds appropriate." This is subject to the qualification "in so far as it does not conflict with the law applicable to the conduct of the proceedings". Article 66(5) is similar to the SIAC Rules in Rule 27(j): "[u]nless otherwise agreed by the parties [...] the Tribunal shall have the power to: [...] order any party to provide security for legal or other costs in any manner the Tribunal thinks fit [...]." This provision on security for costs may be found under a broader power for interim measures in other arbitration rules, such as Article 39 of the TAI Rules.[50]

---

[46] TAI (n 12).

[47] Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (6th edn, 1 August 2016) <https://siac.org.sg/siac-rules-2016>.

[48] Noppramart Thammateeradaycho, "Emergency Interim Measures in Thai Arbitration" (Lexology, 4 December 2019) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ee3ebd9f-c545-48f4-9778-cf7b3f833f38>.

[49] See also, TAI's explanation of provisional measures: <https://tai.coj.go.th/th/content/article/detail/id/8397/iid/249096>.

[50] See e.g., Tennant Energy LLC v. Government of Canada, PCA Case No. 2018-54, Procedural Order 4, 27 February 2020 [166].

Article 60(2) of the THAC Rules additionally provide for a tribunal to issue an order to secure documents, objects or property concerning the case for an expert to examine.[51] Such an order unlike security for costs does not contain a reference to conflicts of law, but may be implied. Where the tribunal refers to the TAA in Thai-seated arbitrations, Section 32(2) allows the tribunal to direct a party to give the expert information or to produce or provide access to documents, materials or places for inspection. The difference is in the scope of the power, which under the THAC Rules also permit an order to secure those objects or property.

As a comparator, another Thai arbitral institute is the Thai Commercial Arbitration Office. Article 29 of the Thai Commercial Arbitration Rules state, "[t]he Arbitration Tribunal may, as it considers fit, issue any instruction or order, while the arbitration proceedings are in progress and such instruction or order must be complied with by the parties to the dispute."[52] It is unclear if this provision includes orders for interim measures, which may by implication depend on the authority under the curial law.

Taking the practice of the three arbitral institutes together, neither of the arbitration rules expressly exclude provisional measures. This is relevant as these rules are not delocalized and therefore the frequency of a default seat in Thailand often invokes consideration of Section 16 of the TAA.[53] However, in terms of scope, only the TAI Rules specifically contain a broad power of the tribunal in ordering interim measures.

III. Inherent Power of the Arbitral Tribunal

The broad power for provisional measures included in the TAI Rules provided fresh emphasis to the debate on powers of the tribunal for interim relief under the TAA. The question is whether the power for provisional measures pursuant to the TAI and THAC Rules are compatible with Section 16 of the TAA as an inherent power of the tribunal.

---

[51] See on the power to secure evidence as an interim measure: Secretary General Report, International Commercial Arbitration: Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration (UNCITRAL, A/CN.9/264, 3-21 1985) 25 ("Article 9 deals with the compatibility of the great variety of possible measures by courts available in different legal systems, including not only steps by the parties to conserve the subject-matter or to secure evidence but also other measures, possibly required from a third party, and their enforcement."). See also, Delphi Petroleum Inc. v. Derin Shipping & Training Ltd [1994] 73 FTR 241; Born (n 3) 2682 – 2683; Apostol and Duggal (n 15). Note, the TAI Rules also includes a narrower power of the arbitral tribunal for the production of documents and evidence in Article 34.

[52] Thai Commercial Arbitration Rules 2000 (Thai Commercial Arbitration Office) <https://www.thaichamber.org/public/themes/frontend/assets/pdfjs/web/viewer.html?file=/public/upload/file/document/0310231678413362.pdf>.

[53] Article 31 TAI Rules and Article 49 THAC Rules. See also, Gary B Born, International Arbitration: Law and Practice (2nd edn, Kluwer Law International 2016) 27 ("Equally important, many institutional rules contain provisions that make the arbitral process more effective").

This inherent power of the arbitral tribunal has been found to arise out of the arbitration agreement in other jurisdictions, unless parties have not expressly excluded this.[54] This comes from the presumption of its inclusion under the arbitration agreement which enable the tribunal to carry out its mandate in the conduct of the arbitration in a fair and effective manner.[55]

The Federal Arbitration Act in the United States is similar to the TAA in the absence of an express power for tribunals to order provisional measures.[56] Courts in the United States have nevertheless recognized this authority, absent anything contrary in the arbitration agreement.[57] This is either on the basis that the interim measures order disposes of a separate independent claim for preliminary relief or that it is necessary in relation to the final award.[58]

A. Structure of the TAA

In the absence of judicial opinion having confirmed or deferred to the arbitral tribunal on provisional measures, the question is if an inherent power is consistent with the TAA. To this end, provisions of the TAA do not support an inherent power of the tribunal for interim measures. Firstly, the application of Section 16 is not displaced by a contrary agreement of the parties. Section 6 of the TAA provides, "[...] where the provisions of this Act empower the parties to determine any issue, the parties may authorize a third party or institution to make that determination on their behalves." Section 6 is not triggered in relation to provisional measures as Section 16 of the TAA does not permit the parties to agree otherwise. This is in direct contrast to the Model Law on which the TAA is based that includes the presumption the parties intended to confer the power to order interim measures on the arbitral tribunal, only displaced by an agreement to the contrary.[59] Accordingly, the parties will be unable to rely on the arbitration rules or arbitration agreement as a basis from which the tribunal derives its power for the issuance of provisional measures.

---

[54] Born (n 3) 2612, 2614, 2616, 2642, 2677.

[55] Born (n 3) 2605, 2617, 2644.

[56] Federal Arbitration Act 1925; See, Born (n 19) 211.

[57] See, e.g., Benihana v. Benihana of Tokyo 784 F.3d 887, 902 (2d Cir. 2015); Charles Construction Co. v. Derderian, 412 Mass. 14, 17 (Mass. 1992) ("We agree in general that, in the absence of an agreement or statute to the contrary, an arbitrator has inherent authority to order a party to provide security while the arbitration is continuing.").

[58] See, e.g., Metallgesellschaft A.G. v. M/V Capitan Constante, 790 F.2d 280, 283 (2d Cir. 1986) ("Because the award in the instant case finally and conclusively disposed of a separate and independent claim and was subject to neither abatement nor set-off [...].")

[59] Born (n 3) 2613.

Secondly, there is no legal basis for seeking the recognition and enforcement of provisional measures granted by a tribunal.[60] In relation to a tribunal's interim measures decision or order, it is uncertain on what grounds the court may entertain such an application as different to an award.[61] Whereas, Thai courts will enforce an award if it is binding on the parties, and made in a foreign country to the extent Thailand is bound by its international obligations.[62] The 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the "New York Convention") to which Thailand is a party does not define an award. However, awards that decide some or all matters in a final and binding manner would fall within the scope of arbitral awards under the New York Convention.[63] Although Section 5 of the TAA does not define an award; under Section 41 partial or interim awards may be enforced if this is binding on the parties.[64] As awards on interim measures may be subject to variation, suspension or termination, this may be held as contrary to the requirement that the award is binding on the parties.[65]

Thirdly, Section 45(5) of the TAA is categorical in that appeals may only be considered for provisional measures ordered pursuant to Section 16. As Section 16 is limited to interim relief by a Thai court, no appeal grounds are available under the TAA for tribunal-ordered provisional measures; even where a first instance court has decided (and denied the admissibility of an application).

Fourthly, it may be argued the TAA permits a tribunal to order the disclosure or production of evidence for expert examination.[66] Gary Born suggests, "[p]roperly understood, interim relief of this sort often involves little more than a tribunal's general authority to ascertain the facts of the case and oversee the procedural conduct of the arbitration, including disclosure and taking of evidence."[67] As such, the authority under Section 32(2) of the TAA is better characterized as a direction of the tribunal; where in other circumstances, this power for interim measures fall within the competence of the court under Section 33.

---

60 Sorawit Limparangsri, Samuel Seow and Paul Tan, "Arbitration in Thailand 2015; the Thai Arbitration Institute", International Arbitration Asia (25 May 2015) <http://www.internationalarbitrationasia.com/arbitration-in-thailand-the-thai-arbitration-institute-2015/> ("In the absence of any provisions relating to the power of tribunals to issues such preliminary orders, section 16 of the Arbitration Act has been interpreted to imply that only preliminary orders issued by the courts would be legally enforceable.").

61 Article 17(2) 2006 Model Law Revisions state, "[a]n interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form [...]."

62 TAA Sections 41, 43(6).

63 "UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards" (UNCITRAL, 2016 edn) ("Courts have found that only those decisions made by arbitrators that determine all or some aspects of the dispute, including jurisdiction, in a final and binding manner, can be considered 'arbitral awards' within the meaning of the New York Convention.") [21].

64 See reply to question 26 in Michael Ramirez, Noppramart Thammateeradaycho and Anyamani Yimsaard, "Thailand", The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards - Third Edition (2023) <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/thailand#:~:text=A%20partial%20or%20interim%20award,order%20of%20the%20arbitral%20tribunal.>.

65 See e.g., Article 26(5) UNCITRAL Arbitration Rules 2021.

66 UNCITRAL (n 51); Limparangsri, Seow and Tan (n 60).

67 Born (n 3) 2683.

By reviewing Sections 16, 33 and 45(5) that make up the provisions for interim measures of the TAA, this is indicative of the reserved powers of the court without also evincing an inherent power of the arbitral tribunal. This conclusion is also affirmed by the absence of enforcement of tribunal-ordered measures under the TAA.

B. Arbitration rules

As the TAI Rules brought into sharp focus the powers for interim measures, the question this presents is why before the amended rules in 2017 such a power of the tribunal was not recognized.[68] The earlier 2003 version of the TAI arbitration rules, available after the TAA came into force, would be expected to include interim measures if such a power is implied under Section 16 of the TAA. If an inherent power of the tribunal provided the basis upon which provisional measures were included in the subsequent edition of the rules, then it would have been expected that other local institutions recognize and adopt a similar amendment.

The THAC Rules in comparison do not include a broad power of the tribunal to issue provisional measures. Aside from the power for disclosures to experts, the limited authority on security for costs may be deemed as falling within the general competence of the tribunal to deal with the recovery of costs of the arbitration.[69] If this is correct, then the compatibility of the THAC Rules with the TAA is not dependent on an inherent power of the tribunal for provisional measures.

The divergence between the TAI and THAC Rules on provisional measures cannot be reconciled by an inherent power of the tribunal for interim measures. Rather, the stark difference in the scope of the power on provisional measures points more to the lack of an inherent power premised on the presumption that these rules seek consistency with the TAA.

IV. Efficiency Costs

The absence of an express or implied power has led in practice to avoidance in seeking provisional measures from an arbitral tribunal for arbitrations seated in Thailand. Arbitral tribunals are similarly deterred from granting interim relief where the applicable curial law does not expressly permit this.[70] The UNCITRAL Secretariat noted:

---

[68] TAI Arbitration Rules 2003 <https://tai.coj.go.th/th/content/category/detail/id/2196/cid/8226/iid/129360>.

[69] Section 46 TAA. See generally, "Thai Court Approach to Legal Costs in Arbitration" (Watson Farley & Williams, 7 February 2022) <https://www.wfw.com/articles/thai-court-approach-to-legal-costs-in-arbitration/>. For a discussion on disclosures and access for experts under Article 60(2) of the THAC Rules, see Sections II.B and III.A.

[70] James E Castello and Rami Chahine, "Enforcement of Interim Measures" (Global Arbitration Review, 17 May 2023) <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures>; Born (n 3) 2610.

To the extent arbitral tribunals are uncertain about issuing interim measures of protection and as a result refrain from issuing the necessary measures, this may lead to undesirable consequences, for example, unnecessary loss or damage may happen or a party may avoid enforcement of the award by deliberately making assets inaccessible to the claimant. Such a situation may also prompt parties to seek interim measures from courts instead of the arbitral tribunals in situations where the arbitral tribunal would be well placed to issue an interim measure; this causes unnecessary cost and delay (e.g. because of the need to translate documents into the language of the court and the need to present evidence and arguments to the judge).[71]

This deterrence is not avoided by reference to arbitration rules or the arbitration agreement wherein parties have not excluded this power; Section 16 of the TAA does not allow for parties to agree otherwise on interim measures. In such circumstances, the more predictable approach has been to seek provisional measures from a Thai court directly.[72]

It follows that the parties in accepting jurisdiction of the local Thai court allow for ex parte applications. An example of this is from the case of Kumagai Gumi against the Rapid Transit Authority, where an ex parte application was successful in opening up the Bangkok Expressway in the public interest.[73] As this case illustrates, while the court hears ex parte applications, the outcome was in "significantly diminishing the investors' negotiating power to reach agreement with the authorities over the toll price."[74]

By comparison such as to the procedure under the arbitration rules of the TAI and THAC, these rules make clear of the reasonable and equal opportunity for parties to present their case in the conduct of the arbitration.[75] The tribunal may find it is not capable of deciding interim measures on an ex parte basis, otherwise only under exceptional circumstances. This is consistent with other arbitral rules that deny ex parte applications or deprive measures issued ex parte of enforcement, such as under the 2006 Model Law Revisions under Article 17C(5).[76]

Taking this further, if a tribunal granted interim measures, even though not as an ex parte application, the respondent is likely to challenge the tribunal's order as an excess of power incompatible with Section 16 of the TAA. Absent a challenge, if a party does not voluntarily comply, the applicant still faces an enforcement vacuum. As Alastair Henderson observed, "[t]here is no clear formal law on tribunal orders

---

71 Report of the Secretary General (n 23) 24 at para. 104.

72 See, Thammateeradaycho (n 48).

73 Nottage and Thanitcul (n 1) 17.

74 ibid.

75 Article 28 TAI Rules and Article 38 THAC Rules.

76 See e.g., Rule 47(2)(b) and (c) of the ICSID Arbitration Rules 2022; Born (n 3) 2695 – 2696.

for interim measures that would be enforced by the Thai court [...]."[77] Accordingly, "Thai courts, therefore, will apply differing approaches to accept or dismiss a partial or interim order of the arbitral tribunal."[78] The court's approach remains to be seen, whether in such circumstances the interim measures order will instead be treated as a request to assist in an order of the court on the same terms.[79] This also leaves the possibility that the court may reach a different decision to the arbitral tribunal on the same request for relief. Whereas, in relation to interim measures as an award, there is similarly no certainty as to the court's approach to enforcement.[80] Importantly, these enforcement hurdles will be common to decisions arising out of domestic and international arbitrations without a distinction contained in the TAA.[81]

In order to bypass enforcement challenges, orders for interim payment as an example may be decided under expedited arbitration procedures.[82] This procedure produces a binding award, rather than temporary measures. It raises the potential for conflicts, as in relation to the procedure or number of arbitrators agreed. To this end, the Thai Supreme Court decided such a case and enforced the expedited arbitration award even though the parties agreed to a three-member tribunal in the arbitration agreement.[83] The award rendered by the sole arbitrator was enforced by the Court on the basis that the SIAC Rules under Rule 5.3 expressly provides that provisions for expedited procedures override any term in the arbitration agreement to the contrary.[84] If in a similar situation the TAI or THAC expedited arbitration procedures were invoked, it is unclear if the court will enforce the award without a similar rule under 5.3 of the SIAC Rules.[85]

Moreover, the concurrent jurisdiction of the court, particularly as recognized under Article 39 of the TAI Rules, adds complexity. Article 39 does not exclude the right of a party to request a court for provisional measures. This situation may prove difficult if for instance a respondent to an application in the arbitration applies to a court on security for costs; while at the same time an applicant's request for provisional measures is pending before an arbitral tribunal. There is no certainty how a Thai court will deal with the application in such circumstances.

---

77 Henderson (n 38) 8.

78 Ramirez, Thammateeradaycho and Yimsaard (n 64).

79 ibid. See e.g., Swiss courts enforce a provisional measures order of the tribunal by issuing a ruling mirroring the tribunal's order. P Bärtsch and D Schramm, Arbitration Law of Switzerland: Practice & Procedure 66 (Juris 2014).

80 Asawaroj (n 38) 8 ("In general, in Thailand an award is a final award, except in certain circumstances, e.g., an interim award by the arbitral tribunal on its jurisdiction [...]."). See above under Section III.A.

81 ibid, 1 ("Although the Act [...] it also goes beyond the Model Law in certain aspects. For example, it covers both domestic and international arbitration, whereas the Model Law concerns only international commercial arbitration. Since both kinds of arbitration in Thailand are governed by the same provisions of law, arbitrators, lawyers, courts and parties are not faced with the difficulties of distinguishing between domestic and international arbitration when applying the Act.").

82 Born (n 3) 2684.

83 "The Supreme Court of Thailand Issues Judgement Endorsing the Use of SIAC Expedited Procedure" (Allen & Overy, 15 September 2022) <https://www.allenovery.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/the-supreme-court-of-thailand-issues-judgement-endorsing-the-use-of-siac-expedited-procedure>.

84 ibid.

85 SIAC Arbitration Rules 2016.

Further, the TAI Rules do not specify the circumstances before an application may be made before a judicial authority. For instance, the SIAC Rules state, "[a] request for interim relief made by a party to a judicial authority prior to the constitution of the Tribunal, or in exceptional circumstances thereafter, is not incompatible with these Rules (emphasis added)." The LCIA Arbitration Rules 2020 ("LCIA Rules") in Article 25.3 provide, "[a] party may apply to a competent state court or other legal authority for interim or conservatory measures that the Arbitral Tribunal would have power to order under Article 25.1: [...] (ii) after the formation of the Arbitral Tribunal, in exceptional cases and with the Arbitral Tribunal's authorisation, until the final award (emphasis added)."[86] In absence of a specific standard under the TAI Rules for an application to the court, this may result in dilatory tactics by a party in the manner in which interim measures are applied for.

The TAI Rules also do not specify the secretariat be informed of an interim relief application to the court. This is in contrast to the LCIA Rules which state, "[a]fter the Commencement Date, any application and any order for such measures before the formation of the Arbitral Tribunal shall be communicated promptly in writing by the applicant party to the Registrar; after its formation, also to the Arbitral Tribunal; and in both cases also to all other parties." The ICC Rules similarly provide, "[a]ny such application and any measures taken by the judicial authority must be notified without delay to the Secretariat. The Secretariat shall inform the arbitral tribunal thereof." This approach of promptly informing the secretariat and thereby the tribunal offsets the risk, among others, for requests of similar relief in separate forums.

The corollary is whether the Thai court will defer to a tribunal on requests for provisional measures. Without an available decision as such of the Thai court coupled with the authority in Section 16 of the TAA, it is unclear if a Thai court will defer to a tribunal on an application for interim measures. An example of such deference may be found where the court-ordered measures remain in effect until such time for the tribunal to review the relief granted.[87] This is where courts recognize by accepting jurisdiction over measures which can be properly granted by an arbitral tribunal, the court may be acting in cross-purposes with the arbitration agreement.[88]

---

[86] Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration (effective 1 October 2020) <https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx>.

[87] Merrill Lynch v. Salvano 999 F.2d 211, 215 (7th Cir. 1993); PLD Telekom Inc. v. Commerzbank (2000) (QB) (unreported); Rodenstock v. New York Optical International 2018 WL 4445108 (S.D. Fla.).

[88] Born (n 3) 2616 ("The trend towards recognition of greater powers on the part of arbitrators to order provisional measures [...] an increasing recognition by national courts that interlocutory judicial involvement in the arbitral process can be counterproductive and an acknowledgement that (in many cases) it is desirable to have the same tribunal resolve both the merits of a dispute and any requests for provisional relief.")

By application to the local Thai court in the absence of powers of the tribunal, a party is also deprived of the option in being able to enforce the tribunal-ordered measures across jurisdictions. Born suggests that "[a]s a practical matter, however the courts of the arbitral seat may not be in a position to grant effective provisional relief. [...] That is because security measures often have only territorial effect and, even when they purport to apply extraterritorially, enforcement may be difficult or impossible."[89] Therefore, the jurisdictional limits of orders of local courts could frustrate the purpose of the measures and increase costs having to repeat applications for the same relief.[90]

Arbitral efficiency aside, other issues may prejudice a party's position in the arbitration proceedings. This may arise where the court expresses an opinion on the merits of the underlying claims. Henderson cites one case relating to an application for emergency relief where the substantive issues in dispute were ventilated during the hearing.[91] This goes against the court's jurisdiction in relation to interim relief which does not include consideration of the substantive issues in dispute left for the tribunal.

Security for costs is another measure for which Thai courts have jurisdiction pursuant to Section 16 of the TAA.[92] By contrast, most modern arbitration legislation provides for arbitral tribunals to consider applications for security for costs, rather than national courts.[93] The court in conducting the balancing exercise between a meritorious claim and recoverability of costs is left without the benefit of the full case record. As such, in Article 25.4 of the LCIA Rules it states, "[b]y agreeing to arbitration under the Arbitration Agreement, the parties shall be taken to have agreed not to apply to any state court or other legal authority for any order for security for Legal Costs or Arbitration Costs."

The integrity of the arbitral process could also be at issue if a party has appointed foreign representatives. Foreign representatives are eligible for a work permit in connection with arbitration proceedings in Thailand where "the law applicable to the dispute considered by the arbitrators is not Thai law."[94] There is no clarity if the applicable Thai law also covers the procedural law which is relevant to an application for interim measures. Accordingly, foreign representatives making interim relief submissions will be wary of the conditions attached to the work permit. Otherwise, this may result in a challenge of the award. Alternatively, local counsel may be engaged for the provisional measures application adding to the overall legal costs.

---

89 Born (n 19) 225.

90 ibid, 2748.

91 Alastair Henderson, "Commercial Arbitration in Thailand" (2009) 5 Asian International Arbitration Journal 46, 61.

92 Section 253 CPC.

93 See e.g.., English Arbitration Act 1996 Sections 38(3) and 44; Frontier International Shipping Corp. v. Ship Tavros et al. (1999) 179 FTR 98 (TD); BGH – I ZB 4/19, 19 September 2019 (German Bundesgerichtshof).

94 Foreign Workers Administration Office, Notification of the Ministry of Labor Regarding the Prescription of the Prohibited Occupations for Foreigners (1 April 2020) <https://www.doe.go.th/prd/download/download_by_pool_file/62790>.

The time limitation under Section 16 of the TAA in relation to court-ordered measures contain a thirty-day period from the date of the court's order or as prescribed by when arbitration proceedings must be commenced. Article 9 of the Model Law on the court's assistance for interim measures does not contain a similar time period. However, there may be circumstances where the arbitral proceedings may not commence within a thirty-day window, such as when the parties continue settlement negotiations or a challenge is made seeking an anti-arbitration injunction. In such circumstances, a renewal period must be applied for with the attended costs and risk of not being granted the same or similar relief.

More broadly, the parties will be removing the cloak of confidentiality and neutrality sought in the agreement to arbitrate by having to seek interim measures from a local court.[95] Approaching Thai courts also comes with the unfamiliarity of language and procedure for foreign parties alongside engaging local counsel for this purpose; whereas foreign counsel may be engaged for the arbitration proceedings.

The silence of Section 16 comes with its costs. These costs are attributed to the territorial limits of a court's orders and engagement with local court procedures. There is also the potential risk of prejudice to a party being denied an equal opportunity in being heard, having the parties' interests being considered without appreciation of the full case record, or from passing observations made on the merits of the case.

V. Amendment of the TAA

By expressly permitting arbitral tribunals to grant provisional measures capable of being enforced by local courts, this will remove the deterrence and allow tribunals to conduct the arbitration more efficiently and effectively. As a preliminary matter, such an amendment requires consideration of the arguments that have thus far been raised supporting the current position of the law. The first is the argument against ouster of the court in directing a party or third party for specific action. Henderson suggests: "[f]or much of the mid and late 20th century, Thai courts were ambivalent (to say the least) in their attitudes and approach to arbitration. There was a patchy record of judicial support and a tendency for some judges to see arbitration as an undesirable encroachment on the sovereign authority of the courts."[96]

The resistance in the past against ouster of the court no longer accords with current practice. With the Thai arbitral institutes particularly the TAI of the Office of the Judiciary having included interim relief within the powers of the tribunal; this clearly points to a different attitude than one that is concerned with ouster of the court. The amendment to the TAA in 2019 further illustrates a more a favorable disposition

[95] Asawaroj (n 38) 8 ("Facts concerning arbitration must be revealed in court proceedings, e.g., in actions for the setting aside of arbitral awards or for the enforcement of arbitral awards.")

[96] Henderson (n 91) 60.

in developing Thailand as a more attractive seat for international arbitration; thereby more amenable to adopting standards in line with modern arbitration jurisdictions that defer to tribunals for interim measures as appropriate.[97]

The second argument made is that a party inevitably has to rely on the authority of the court's coercive measures. While correct, seeking enforcement from a court is not required as a party may voluntarily comply with the tribunal's order. The tribunal may also make known the risk of an adverse inference which may encourage compliance, or otherwise the party will be advised on the consequences, such as for costs.[98]

Accordingly, the legal basis upon which an amendment to Section 16 of the TAA may be premised is Article II(1) of the New York Convention.[99] In principle, this requires Contracting States to recognize the agreement to arbitrate. This includes those matters to which parties have agreed, such as arbitration rules empowering arbitral tribunals to grant interim relief. Where parties have not excluded the authority of tribunals to decide on interim measures, this power should be upheld by national courts.

Moreover, the Model Law upon which the TAA is based including the 2006 revisions in particular provide guidance on the direction of a possible amendment to Section 16 of the TAA.[100] This includes the express authority of an arbitral tribunal to order provisional measures as well as its enforcement (or refusal).[101] Other questions will also be relevant to the discussions for an amendment; such as recognition of emergency arbitrator decsions, implications of form taken of the interim measures granted and enforcement of interim measures granted by foreign-seated tribunals.

VI. Conclusion

The silence of the TAA with respect to the power of arbitral tribunals to order interim measures does not preclude, but also does not support an inherent authority of the tribunals to grant interim measures. The divergence between the arbitration rules of Thai arbitral institutes and the TAA on powers for interim relief cannot be explained under the current framework on the basis of an implied power of tribunals. This consequently has led parties to seek predictability over efficiency by approaching the competent Thai court instead for interim measures of protection.

---

97 Arbitration Act (No. 2) BE 2562 (2019).

98 Born (n 3) 2628 – 2629.

99 ibid, 2610.

100 See above, UNCITRAL (n 29).

101 See, Article 17 of the Model Law and Articles 17H and 17I of the 2006 Model Law Revisions.

By depriving the arbitral tribunal with powers to issue interim relief, this is not reflective of a modern arbitration jurisdiction. Modern arbitration jurisdictions not only permit, but defer to the tribunal for requests on provisional measures. In applying to a court for interim relief, this involves additional procedural and substantive hurdles which may potentially risk prejudice to a party or exacerbate the dispute. In order to avoid such challenges, an amendment to the TAA expressly recognizing the power of arbitral tribunals for provisional measures and the enforcement thereof aligns with reasonable expectations of parties in agreeing to arbitrate disputes.

บทความต่างประเทศ

05

Setting Aside Arbitral Awards in Singapore: Studies of Recent Cases

Nicolas Tang FCIArb
& Jolene Gwee

Foreign-Language Article

Setting Aside Arbitral Awards in Singapore: Studies of Recent Cases

Nicolas Tang FCIArb[1]
& Jolene Gwee[2]

Receive; August 15, 2023, Revised; September 11, 2023, Accepted ; September 15 ,2023

Abstract

Once an arbitral award is issued by an arbitral tribunal, the award is final and binding on the parties to the dispute, in the same way as a court judgment is final and binding in a lawsuit. Needless to say, this does not bode well for the party in whose favour the award is made against, who may be of the view that the award should not have been made the way it was for some reason. In which case, the party may apply to have the arbitral award set aside.

The article reviews some recent applications to the Singapore courts to set aside Singapore-seated arbitral awards, and in particular the reasoning of the Singapore Courts in reaching decisions on whether or not to set aside. We hope that this article will offer practical guidance to Thai legal practitioners, Thai legal counsel and THAC arbitrators and tribunals.

I. Introduction

In the context of a Singapore-seated international arbitration,[3] a party to the arbitration who is dissatisfied with the outcome can apply to the Singapore courts to set aside the arbitral award on any of the grounds set out in Section 24 of the International Arbitration Act 1994 of Singapore (**"IAA"**) and Article34 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (**"Model Law"**) – the latter of which has the force of law in Singapore.[4] Any such application to set aside must be brought within three months from the date the party making the application received the award, or, if a request to the tribunal to correct or interpret the award pursuant to Article 33 of the Model Law had been made, then within three months from the date on which this request had been disposed of by the tribunal.[5]

[1] Panel of Arbitrators (THAC); Reserve Panel of Arbitrators (SIAC); LLB (Hons) (Nottingham); Advocate and Solicitor (Singapore); Solicitor (England & Wales); Solicitor (Hong Kong); Attorney-at-Law (New York); Mediator, Singapore International Mediation Institute; Mediation Advocate, International Mediation Institute; Founder and Managing Director, Farallon Law Corporation.

[2] LLB (Hons) (The University of Queensland); Advocate and Solicitor (Singapore); Mediator, Singapore International Mediation Institute; Senior Associate, Farallon Law Corporation.

[3] According to Section 5(2) of the IAA, an arbitration is international if: (a) at least one of the parties has its place of business outside of Singapore; (b) the place of arbitration, or the place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed, or the place with which the subject matter of the dispute is most closely connected, is outside of the state where the parties have their place of business; or (c) the parties have agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

[4] Section 3 of the IAA.

[5] Art 34(3) of the Model Law.

The grounds to set aside an award are limited, however, and the Singapore court hearing a setting -aside application under the IAA has no power to investigate the merits of the dispute or to review any finding of law or fact made by the tribunal. Indeed, the Singapore courts expressly adopt a policy of minimal curial intervention in arbitration proceedings, whether domestic or international, to respect and preserve the autonomy of the arbitral process.[6] Accordingly, the Singapore courts typically read an arbitral award supportively with *"a reading which is likely to uphold it rather than to destroy it"*,[7] recognising that it is *"not the function of the court to assiduously comb an arbitral award microscopically in attempting to determine if there was any blame or fault in the arbitral process"*.[8]

That said, the Singapore courts do recognise that there may be situations where there have been meaningful breaches of the rules of natural justice that have actually caused prejudice – these would certainly have to be remedied.[9]

II. Grounds for setting aside: Overview.

The grounds on which a party may set aside an award under Article 34 of the Model Law and Section 24 of the IAA are tabled as follows:

Model Law	
Art 34(a)(i)	The party to the arbitration agreement was under some incapacity; or the arbitration agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or under Singapore law
Art 34(a)(ii)	The party was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case
Art 34(a)(iii)	The award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration
Art 34(a)(iv)	The composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties

6 Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v Fairmount Development Pte Ltd [2007] 3 SLR(R) 86 at [65(c)].

7 Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v Fairmount Development Pte Ltd [2007] 3 SLR(R) 86 at [59].

8 Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v Fairmount Development Pte Ltd [2007] 3 SLR(R) 86 at [65(f)].

9 Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v Fairmount Development Pte Ltd [2007] 3 SLR(R) 86 at [65(f)].

Model Law	
Art 34(b)(i)	The court finds that the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under Singapore law
Art 34(b)(ii)	The court finds that the award is in conflict with the public policy of Singapore

IAA	
Section 24(a)	The making of the award was induced or affected by fraud or corruption
Section 24(b)	There was a breach of the rules of natural justice with the making of the award, such that the rights of a party have been prejudiced

Consistent with the policy of minimal curial intervention, the statistics show that on average, less than one-third of applications which are made to the Singapore courts to set aside an award are allowed, whether in whole or in part.[10] In 2021, out of 21 reported setting-aside applications, only 6 applications were allowed in whole or in part. In 2022, there were 18 reported setting-aside applications, out of which only 5 applications were allowed in whole or in part.[11]

A review of some of the more recent setting aside cases, in order of significance as to the ground relied upon for setting aside, is instructive as to the situations in which the Singapore courts found it necessary to intervene and have an award set aside.

III. Grounds for setting aside: Cases.

A. Breach of natural justice: Section 24(b) of the IAA

Easily the most common ground invoked for the purposes of setting aside an arbitral award, the concept of breach of natural justice comprises two pillars: impartiality/equality in treatment and a right to a fair hearing. These two pillars are entrenched in Article 18 of the Model Law which reads as follows:

> *"Article 18. Equal treatment of parties*
>
> *The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case."*

[10] Lawrence Boo & Delphine Ho, "Arbitration" (2021) 22 SAL Ann Rev 87.

[11] Lawrence Boo & Delphine Ho, "Arbitration" (published on e-First 10 July 2023, SAL Annual Review).

Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co, Ltd is a striking example of how a tribunal should never repeatedly fail to give equal treatment to parties to an arbitration, let alone blatantly prefer one party over another under the excuse of the other party not having complied with an order/direction – any award made under such circumstances would most certainly not be received well by the Singapore Courts and would highly likely be set aside by the Courts without any qualms.

In the arbitration, the Tribunal issued a first partial award in favour of Landmark (the claimant). Landmark later served further submissions to recover the balance of its claim, and requested that Sai Wan serve its defence within 28 days, i.e. on or before 31 March 2021. Without hearing from Sai Wan, the Tribunal ordered that Sai Wan serve its defence submissions by 4pm London time on 31 March 2021, and stated that *"if [Sai Wan] fails to respond to this order, [Landmark] may apply for a short final and peremptory order which will include a severe sanction against [Sai Wan] in the event it fails to comply"*.[12]

On 1 April 2021, the Tribunal extended the deadline to 5pm London time on 9 April 2021, and also issued a final and peremptory order on the same day with a warning that if Sai Wan failed to comply with the order, a sanction would be imposed on Sai Wan in that Sai Wan would be *"barred from advancing any positive case by way of defence (or counterclaim) and from adducing any positive evidence in the matter and it will then simply be for [Landmark] to prove their case"*.[13]

On 9 April 2021, Sai Wan served its defence submissions, but after 5pm due to technical issues. However, because Sai Wan had served its submissions after 5pm, the Arbitrator did not consider Sai Wan's defence. The Tribunal allowed further evidence and submissions by Landmark, but did not allow Sai Wan to respond to the same. Eventually, the Tribunal issued a second award in Landmark's favour without hearing witnesses, and on a documents-only basis.[14]

Sai Wan applied to the General Division of the Singapore High Court to set aside the second award under Section 24(b) of the IAA and Art 34(2)(a)(ii) of the Model Law for breach of natural justice. The Court found that there was indeed a breach of natural justice:

(a) In relation to the original deadline for the filing of defence submissions, the Tribunal did not give Sai Wan any opportunity to provide input on the time needed, and only heard Landmark but not Sai Wan when fixing these timelines.[15]

---

12 Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co Ltd [2022] 4 SLR 1302 at [12]

13 Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co Ltd [2022] 4 SLR 1302 at [12]

14 Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co Ltd [2022] 4 SLR 1302 at [18]-[21].

15 Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co Ltd [2022] 4 SLR 1302 at [57], [72].

(b) There was no basis for the peremptory order to be made, because the parties had agreed to extend the original timeline for Sai Wan's defence submissions. Even if there had been a default on the deadline submission, the Tribunal failed to determine the sufficiency of cause and failed to give Sai Wan an opportunity to address the Tribunal before making the peremptory order.[16]

(c) The Tribunal was wrong to think that unless Landmark agreed, the Tribunal had no discretion whether to allow Sai Wan's late submission of its defence. This failure to hear Sai Wan on whether the sanction should be applied was a breach of natural justice.[17]

(d) The effect of the peremptory order was to bar Sai Wan from advancing both a positive defence and a negative defence,[18] which led the Tribunal to make the second award without any evidence or submissions from Sai Wan. Had the Tribunal given Sai Wan the opportunity to address on whether there had been any default, the Tribunal may well not have made the peremptory order. The breach of natural justice prejudiced Sai Wan's rights.[19]

Where a tribunal's chain of reasoning is manifestly incoherent, this would suggest that the tribunal has not understood the case put before it by the parties, such that the parties were not accorded a fair hearing. In such a situation, an award can be set aside as well – as illustrated by *BZV v BZW*.[20]

In this case, the Tribunal issued an award dismissing the plaintiff's two claims: the "Delay Claim" and "Rating Claim", and dismissing the defendant's counterclaim. The plaintiff applied to set aside the part of the award relating to the dismissal of the Delay and Rating Claims under Section 24(b) of the IAA for breach of natural justice, and Art 34(2)(a)(iii) of the Model Law for dealing in matters beyond the scope of submission to arbitration.

As regards the issue of natural justice, the General Division of the Singapore High Court found that the Tribunal had breached the fair hearing rule.

(a) The Court considered that there were only two possibilities as to the Tribunal's chain of reasoning in deciding to dismiss the Delay Claim and Rating Claim: either that chain of reasoning adopted one of the defendants' defences in the arbitration or it did not.[21] Regardless of which possibility, there was a clear breach of natural justice by the Tribunal:

16 Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co Ltd [2022] 4 SLR 1302 at [64].

17 Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co Ltd [2022] 4 SLR 1302 at [67], [69].

18 Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co Ltd [2022] 4 SLR 1302 at [65].

19 Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co Ltd [2022] 4 SLR 1302 at [74], [77].

20 [2022] 3 SLR 447.

21 BZV v BZW [2022] 3 SLR 447 at [208].

(i) The first possibility was that the Tribunal dismissed the Delay Claim for some reason other than the defendant's prevention principle defence and dismissed the Rating Claim for some reason other than the defendant's estoppel defence. If so, this meant that the Tribunal dismissed each of the plaintiff's claims for reasons completely unconnected to the defendants' defences, and this was a clear breach of the fair hearing rule.[22]

(ii) The second possibility was that the Tribunal dismissed the Delay Claim because it adopted the defendants' prevention principle defence in its chain of reasoning and dismissed the Rating Claim because it adopted the defendants' estoppel defence in its chain of reasoning. Yet, in relying on each defence, the tribunal failed to apply its mind at all to the essential issue of causation (as regards the prevention principle defence) and the existence of a representation (as regards the estoppel defence).[23]

(b) On both claims, if the Tribunal had applied its mind to the parties' cases and the essential issues arising from the parties' arguments, it certainly could have found in favour of the plaintiff on both the Delay Claim and Ratings Claim. The Tribunal's breach of natural justice on both claims thus caused real prejudice to the plaintiff.[24]

The High Court's decision to set aside the award was upheld by the Singapore Court of Appeal.[25]

On the other hand, the fair hearing rule does not mandate the setting out of a party's full arguments in the award to show that the tribunal had understood and considered the material put in the course of the arbitration. Just because a party's full arguments have not been set out in the award does not mean that there is a denial of natural justice. The case of *Year Sun Chemitanks Terminal Corp v Gunvor Singapore Pte Ltd*[26] makes this point.

In this case, the General Division of the Singapore High Court dismissed the claimant's application to set aside the award, as it found that the Arbitrator had considered and understood the thrust of the claimant's arguments and there was no *"clear and virtually inescapable"* inference that the Arbitrator had failed to consider the arguments.

---

22 BZV v BZW [2022] 3 SLR 447 at [209].

23 BZV v BZW [2022] 3 SLR 447 at [210].

24 BZV v BZW [2022] 3 SLR 447 at [213].

25 BZW v BZV [2022] 1 SLR 1080.

26 [2021] 3 SLR 1271.

The Court stated that if the claimant intended to advance a particular argument on certain issues in the arbitration proceedings, it was incumbent on the claimant to raise the point clearly before the Tribunal at the material time, but the claimant did not do so.[27] Further, the Arbitrator's decision was well within the ambit of the wide discretionary powers of the Arbitrator to determine matters pertaining to procedure and evidence; what the Arbitrator had done was within the range of what a reasonable and fair-minded tribunal in the same circumstances might have done.[28]

B. Party applying to set aside award had been unable to present his case: Article 34(2)(a)(ii) of the Model Law

If an arbitration had progressed in a particular manner such that a party was unable to present his case to the tribunal, an award made under such circumstances may well be set aside pursuant to Art 34(2)(a)(ii) of the Model Law. This ground is commonly invoked alongside the ground of breach of natural justice for setting aside, as the circumstances for both grounds tend to be fairly similar. The threshold for succeeding on this ground would appear to be fairly high, however, as the cases show.

Take for example *CNQ v CNR*.[29] This case concerned parties who were involved in two arbitrations before the same arbitrator. In both arbitrations, CNR claimed damages against CNQ for non-acceptance of goods under a contract. Each arbitration, however, involved a different period, and there were other differences such as CNQ's successful reliance on *force majeure* in the Second Arbitration to excuse non-acceptance for two months of the period. An award was made in favour of CNR for both arbitrations, with the same measure of damages applied.

CNQ applied to the General Division of the High Court of Singapore to set aside both awards. It was unsuccessful in respect of the first award.[30] For the second award, CNQ argued that the Arbitrator had (i) failed to attempt to understand the new evidence and contentions in the Second Arbitration; and (ii) prejudged the Second Arbitration, by being inclined to decide it in the same way as he had decided the First Arbitration.[31] The grounds relied upon were Art 34(2)(a)(ii) of the Model Law and Section 24(b) of the IAA.

---

27 Year Sun Chemitanks Terminal Corp v Gunvor Singapore Pte Ltd [2021] 3 SLR 1271 at [45].

28 Year Sun Chemitanks Terminal Corp v Gunvor Singapore Pte Ltd [2021] 3 SLR 1271 at [66].

29 [2022] SGHC 267.

30 Reported as CNQ v CNR [2021] SGHC 287.

31 CNQ v CNR [2022] SGHC 267 at [4].

CNQ's arguments failed.

(a) In respect of the first argument, the Court held that the Arbitrator did not make any mistaken conclusion that led him to disregard CNQ's contention for some non-spot price. This was because CNQ did not contend for a non-spot price in the first place – both parties sought to use spot prices in their respective damages computations, and the arbitrator had gone along in that direction.[32] Further, there were several areas in the Second Award which showed that the Arbitrator had considered the pricing data which was put to the Tribunal, and the use which CNQ's expert made of it.[33]

(b) In respect of the second argument, CNQ's justification was that the Arbitrator had prejudged by failing to attempt to understand two issues: of the appropriate method to determine the market price of preforms, and of whether CNR bore a duty to prove its efforts to mitigate.[34] The Court held that the Arbitrator had, in respect of each of the three methods put forth by CNQ's expert for the estimation of market prices for preforms, attempted to understand each method and there was no failure or reluctance to attempt understanding each method.[35] There was also no failure by the Arbitrator to attempt to understand CNQ's new evidence and contentions in the Second Arbitration on the issue of mitigation, before then deciding the issue in the same way that he had in the First Arbitration.[36]

What is notable is that in reaching its findings that the Arbitrator had dealt with CNQ's case at length and had not prejudged, the Court in *CNQ v CNR* had carefully scrutinised not just the hearing transcripts, but the First Award and Second Award in particular as well. This highlights the importance for a tribunal to set out its reasoning for its findings clearly and coherently and (if necessary) in detail, in its award. That way, it cannot be said that the tribunal had not understood the case put before it by the parties such that the award should be set aside. This is to be contrasted with the problematic chain of reasoning in *BZV v BZW,* above.

The importance for a tribunal to clearly and coherently set out its chain of reasoning for its findings is again illustrated by the case of *CMJ v CML*.[37] CMJ sought to set aside an award on the basis that they had not been given a full opportunity to present their case. In the award, the Tribunal had dismissed all of CMJ's claims, and upheld CML's counterclaim to a limited extent. CMJ's reasons for seeking to set aside were as follows:

---

32 CNQ v CNR [2022] SGHC 267 at [27].

33 CNQ v CNR [2022] SGHC 267 at [28].

34 CNQ v CNR [2022] SGHC 267 at [56].

35 CNQ v CNR [2022] SGHC 267 at [33]-[43].

36 CNQ v CNR [2022] SGHC 267 at [44]-[52].

37 [2022] 3 SLR 319.

(a) The witness statements of two of CMJ's witnesses had not been admitted in the arbitration. These witness statements contained evidence that pertained to certain issues on which factual findings had been made. The failure to admit these statements meant that CMJ had been denied the opportunity to properly respond to CML's evidence and CMJ had suffered real prejudice.[38]

(b) The Tribunal had denied CMJ's expert of the opportunity to respond by way of a full written report to the joint expert report tendered.[39]

(c) The Tribunal had failed to apply its mind to an important aspect of CMJ's submissions, as it had come to a conclusion without making a finding as to whether CML was under a specific kind of duty on the facts of the case. This was directly relevant to the issue of whether CML had breached their obligations to CMJ.[40]

The Singapore International Commercial Court dismissed the application.

(a) On the first ground, the Court held that CMJ's witness had been given the opportunity at the evidentiary hearing to adduce the evidence that they say should have been admitted, but the witness did not do so. If there were further materials, these should have been put before the Tribunal and not left to be placed before the court in a setting-aside application.[41]

(b) On the third ground, the Court held that the issue of whether CML's conduct constituted a breach of their obligations under certain documents had indeed been raised before the Tribunal. It was implicit through the Tribunal's reasoning that the Tribunal had considered the respective arguments and submissions by the parties on this point. There was no failure in the award to properly address this issue.[42]

(c) On the second ground, the Court held that the Tribunal had acted in a way that was both fair and reasonable in the circumstances of the case. The Court considered the fact that the Tribunal had (i) anticipated in its second procedural order that further evidence might have to be adduced to rebut matters that arose as part of the Rejoinder and that this was to be done by way of oral evidence at the hearing; (ii) allowed CMJ to introduce 10 additional Chinese law authorities; and (iii) allocated an extra 1.5 hours to CMJ for oral presentations by their experts and a total of 4 hours for presenting their case so as to be able to deal with issues that arose as part of the Rejoinder and that these issues were then canvassed fully in written closing submissions. The Court also reviewed the transcripts of the evidentiary hearing and was satisfied that the Tribunal did not rush CMJ's expert – rather, the Tribunal was merely moving matters along in accordance with the timetable for the hearing.[43]

---

38 CMJ v CML [2022] 3 SLR 319 at [43].

39 CMJ v CML [2022] 3 SLR 319 at [44].

40 CMJ v CML [2022] 3 SLR 319 at [74].

41 CMJ v CML [2022] 3 SLR 319 at [69]-[70].

42 CMJ v CML [2022] 3 SLR 319 at [73]-[82].

43 CMJ v CML [2022] 3 SLR 319 at [91]-[92].

CMJ v CML also shows how crucial it is for a tribunal to be alive to the matters raised throughout the course of arbitration proceedings, and to be flexible in its management of an arbitration. If the tribunal in *CMJ v CML* had not recognised that there were other matters that potentially required addressing in subsequent stages of the arbitration, and had not given CMJ extra time and opportunity to present their case, it is possible that there might be an issue as to whether the matter had been fairly and properly heard.

It is to be borne in mind that being alive to the matters raised in an arbitration also means being alive to the true positions of the parties, even if the positions may not have been too clearly pleaded. The tribunal is not responsible for how parties put forth their cases, and so long as an award had been made on the basis of the information put to the tribunal, the award will unlikely be disturbed by the courts.

CIM v CIN[44] illustrates this. CIN (the buyer) commenced arbitration against CIM (the seller) for damage for failing to deliver the contracted amount of goods. CIM's defence was that it was not obliged to deliver a portion of the goods, as conditions precedent in respect of the delivery had not been satisfied. In response to this, CIN argued that CIM had through its own failures prevented the satisfaction of the conditions precedent, and that it was not entitled to rely on these failures to excuse the non-delivery (the "prevention principle").

Notably however, CIN's pleadings did not actually plead the prevention principle – its pleadings only said that it was *"unrealistic"* for CIM to suggest that CIN was able to proceed with nominating the performing vessel.[45] This led to CIM misunderstanding CIN's arguments to be on the basis of anticipatory breach, and CIM proceeded in the arbitration on the basis of this misunderstood position. It was only in its final written reply closing submissions that CIN expressly referred to the prevention principle. The Tribunal accepted CIN's case, and made its award in favour of CIN (the "Finding").

CIM applied to set aside the award on the basis that there was a breach of the rules of natural justice, CIM had been deprived of an opportunity to present its case, and the Tribunal's findings went beyond the scope of submission to arbitration.

The General Division of the Singapore High Court found that, on an objective view of the materials before the Tribunal, the prevention principle was brought into play by CIN's Statement of Reply and was also consistently raised throughout the course of the arbitration even before CIN filed its written reply closing submissions. So, the Tribunal was entitled to make the Finding, which rested on the prevention principle.[46] Whether or not CIM's counsel genuinely misunderstood CIN's pleadings, or deliberately

---

[44] [2021] 4 SLR 1176.

[45] CIM v CIN [2021] 4 SLR 1176 at [8].

[46] CIM v CIN [2021] 4 SLR 1176 at [59].

mischaracterised them, was hence irrelevant.[47] It was clear that the Tribunal understood that from the pleadings, the opening, the course of the evidence-taking and the submissions, that CIN did rely on the prevention principle, and if CIM wished to succeed it would have to deal with the prevention principle (which it did not do).[48]

C. Award exceeds scope of submission to arbitration: Article 34(2)(a)(iii) of the Model Law

In arbitral proceedings, the scope of submission is typically defined by what is set out in the parties' pleadings and submissions which would set out the issues to be determined. Needless to say, it is only within the scope of the issues raised that a tribunal should make its findings, or else the entire objective of having an arbitral tribunal decide on issues in dispute would be pointless and any award made beyond the scope of submission will have to be set aside. What is considered to be within or beyond the scope of submission, however, is nuanced and not so straightforward, as the cases show.

In *CAJ v CAI,*[49] the award was successfully set aside on the basis that the Tribunal had exceeded the scope of submission to arbitration.

The Tribunal had rendered an award on its acceptance of the claimants' extension of time defence ("EOT Defence"), such that the respondent was only entitled to receive liquidated damages for a shorter period. The respondent applied to the Singapore High Court to partially set aside the award on the basis that: (a) by ruling upon and allowing the EOT Defence, the Tribunal had exceeded the scope of the parties' submission to arbitration; and/or (b) the award had been made in breach of natural justice. This was allowed by the High Court.

The respondent appealed to the Singapore Court of Appeal, which reversed the High Court's decision such that the award was set aside. The Court of Appeal held that:

(a) The EOT Defence was based on "General Condition 40", which was a contractual provision of the agreements between the parties. This defence was therefore necessarily fact-sensitive and was not merely an issue which arose naturally from the arbitration. Evidence had to be led to satisfy the contractual conditions stipulated and to plead such a defence. However, none of the conditions were pleaded or even canvassed by the appellants in the course of the Arbitration until the appellants' written closing submissions.[50] Given that the EOT Defence had not been expressly raised in the pleadings,the Lists of Issues or the Terms of Reference, the EOT Defence cannot be considered to be within the scope of the Arbitration.[51]

47 CIM v CIN [2021] 4 SLR 1176 at [69].

48 CIM v CIN [2021] 4 SLR 1176 at [71].

49 [2022] 1 SLR 505.

50 CAJ v CAI [2022] 1 SLR 505 at [29]-[32].

51 CAJ v CAI [2022] 1 SLR 505 at [43]-[46].

(b) This was a classic case of a breach of natural justice. The EOT Defence was a completely new defence, and the respondent did not have reasonable notice that it was necessary to engage with this issue of the EOT Defence until the EOT Defence belatedly appeared in the appellants' written closing submissions, and so the respondent did not have a fair and reasonable opportunity to respond to the EOT Defence. If the respondent had been given the opportunity to lead further evidence, test the appellants' evidence and tender further legal submissions, this could have reasonably made a difference to the Tribunal's determination.[52]

(c) Further, the respondent had in its written closing submissions clearly set out the reasons why it objected to the Tribunal's consideration of the EOT Defence. Even though the Tribunal had prior experience dealing with extension of time claims for other construction projects, this was immaterial in the present case, as the Tribunal did not have the benefit of pleadings, specific evidence (both factual and expert) and arguments to determine the proper extension of time to be granted in the present case. The Tribunal's failure to inform the parties as to how its "experience" would bear on the extension of time issue was another classic case of breach of natural justice.[53]

Likewise in *Phoenixfin Pte Ltd v Convexity Ltd,*[54] the Singapore Court of Appeal agreed with the Singapore High Court's finding that Convexity did not have a full opportunity to address the issue of a penalty, and so upheld the High Court's decision for the award to be set aside on the basis that the award exceeded the scope of the reference to arbitration.

Phoenixfin had commenced arbitration against Convexity seeking payment of a "Make Whole Amount", which was a fee stipulated in the contract between the parties that Phoenixfin would have to pay Convexity if Convexity terminated the contract early. In the arbitration, Phoenixfin did not plead in its original defence that the Make Whole Amount was a penalty under English law (the "Penalty Issue"). When Phoenixfin applied to amend its defence to include the Penalty Issue, Convexity objected to the amendment, and the tribunal disallowed the amendment application. Later on, the tribunal issued an award dismissing Convexity's claim on the basis that the Make Whole Amount was not allowed as it was a penalty.

The Singapore High Court set aside part of the Award on the basis that there had been a breach of natural justice, that the arbitral tribunal had exceeded the scope of submission to arbitration, and had acted contrary to the arbitral procedure agreed.

---

52 CAJ v CAI [2022] 1 SLR 505 at [54].

53 CAJ v CAI [2022] 1 SLR 505 at [55].

54 [2022] 2 SLR 13.

This was upheld on appeal to the Court of Appeal, which held that:

(a) There was a breach of natural justice. Convexity did not have the full opportunity to address the Penalty Issue as it was not pleaded and was not an active issue until the Tribunal had attempted to re-introduce it.[55] Because the Penalty Issue was not an active issue, even if Convexity had notice of the Penalty Issue, this did not mean that Convexity had the burden of leading evidence on the issue.[56] The Tribunal's ruling did not clearly show that the Penalty Issue had been admitted into the scope of the arbitration.[57]

(b) The Tribunal had unilaterally reintroduced the Penalty Issue at the oral reply hearing, but this could not override the fact that the Tribunal had indeed dismissed the amendment application seeking to include the Penalty Issue earlier on, such that the Penalty Issue was not brought into the arbitration.[58] The Tribunal was not entitled to bring the Penalty Issue up again, when the inclusion of the Penalty Issue as an issue to be decided in the arbitration had been specifically rejected – this was an unexpected and unpleasant surprise to Convexity as it did not have a fair opportunity to address the issue.[59]

Phoenixfin Pte Ltd v Convexity Ltd shows that it is imperative that a tribunal exercise care in considering parties' applications and any other issues raised in the course of the arbitration. If the tribunal has taken a certain course of action earlier on in the proceedings (e.g. disallowing the inclusion of certain issues) for some justifiable reason, the tribunal ought to be consistent and not later on act in a way that would run contrary to the earlier course of action taken (e.g. introducing the issues which were excluded earlier on) and render its award on such basis. Not only would the eventual award be problematic for having been decided on something not within the scope of submission to arbitration, there may also be an issue of impartiality. The tribunal would however have to be very careful not to disregard issues particularly if they have already been included in pleadings. This is because pleadings play a significant role in setting out the scope of submission to arbitration, by providing clarity as to the issues being raised.

It should however be noted that an award will not be considered as being out of the scope of submission to arbitration just because the tribunal's decision was based on some point which a party did not regard as a key point of its case. This is illustrated by the case of *CDM v CDP.*[60]

In *CDM v CDP,* an award had been made for the appellants to pay the respondent a sum which was stated in the contract to be a fourth instalment of the total contract sum (the "Fourth Instalment"). The appellants applied to the Singapore High Court to set aside the part of the award relating to the

55 Phoenixfin Pte Ltd v Convexity Ltd [2022] 2 SLR 13 at [41].

56 Phoenixfin Pte Ltd v Convexity Ltd [2022] 2 SLR 13 a [43].

57 Phoenixfin Pte Ltd v Convexity Ltd [2022] 2 SLR 13 a [45].

58 Phoenixfin Pte Ltd v Convexity Ltd [2022] 2 SLR 13 a [49].

59 Phoenixfin Pte Ltd v Convexity Ltd [2022] 2 SLR 13 a [53].

60 [2021] 2 SLR 235.

respondent's claim for the Fourth Instalment, on the basis that the award had been made in excess of the tribunal's jurisdiction and in breach of the right to present their case. The appellants' application was dismissed, and the appellants appealed to the Singapore Court of Appeal. The Singapore Court of Appeal disagreed with the appellants' position.

The Court of Appeal held that the question of when the Fourth Instalment was dependent on the issue as to whether the parties had approved the second launch of the project. This particular issue had been placed squarely before the Tribunal, as could be seen from the extensive attention to this issue in the parties' pleadings,[61] the agreed list of issues,[62] parties' opening statements,[63] and in evidence put forth during the evidentiary hearing.[64]

The Court of Appeal also expressed that, just because a party had formed the view that the tribunal had decided the dispute on a matter which the party perceived as not being the "focus" or "crux" of the dispute, was not a basis for the party to then assert that the tribunal had acted in excess of jurisdiction. So long as the issue did in fact fall within the scope of parties' submission to arbitration, a tribunal deciding a dispute based on the said issue was "neither here nor there".[65]

Indeed, in *CJA v CIZ,*[66] the Singapore Court of Appeal held that an arbitral tribunal was entitled to arrive at conclusions that were different from the views adopted by parties, provided that the conclusions were based on evidence that was before the tribunal, and that it consulted the parties where the conclusions might involve a dramatic departure from what had been presented to it.[67]

Hence in that case, the Court of Appeal held that the findings of the Tribunal did not involve a new difference outside the scope of parties' submission to arbitration. This was because the Tribunal had prompted parties to consider the particular issue in question,[68] parties had indeed submitted on this issue and the respondent had sufficient opportunity to canvass evidence on the contextual dimension and commercial purpose of the agreement in question,[69] and the chain of reasoning adopted by the Tribunal in arriving at its findings also bore sufficient nexus to parties' cases, so the issue would have arisen by reasonable implication on parties' pleadings or, at the very least, been brought to the parties' notice.[70]

---

61 CDM v CDP [2021] 2 SLR 235 at [20]-[24].
62 CDM v CDP [2021] 2 SLR 235 at [25]-[29].
63 CDM v CDP [2021] 2 SLR 235 at [30]-[32].
64 CDM v CDP [2021] 2 SLR 235 at [33].
65 CDM v CDP [2021] 2 SLR 235 at [44].
66 [2022] 2 SLR 557.
67 CJA v CIZ [2022] 2 SLR 557 at [72].
68 [CJA v CIZ [2022] 2 SLR 557 at [57]-[59].
69 CJA v CIZ [2022] 2 SLR 557 at [77].
70 CJA v CIZ [2022] 2 SLR 557 at [78].

D. Arbitral procedure not in accordance with parties' agreement: Article 34(2)(a)(iv) of the Model Law

If the procedure of an arbitration is not conducted according to what was agreed between the parties, an award made in the arbitration may be set aside. This respects the concept of party autonomy, which is fundamental to arbitration. But just because a party thinks an arbitral procedure was not followed does not mean that the courts will easily agree that this was indeed so. The cases show that so long as the tribunal adopted a fair construction of the agreed procedure and conducted the arbitration in accordance with its construction of the procedure and the applicable procedural rules of the arbitration, the courts will be reluctant to set aside an award made on this ground of the Model Law.

In *CEF v CEH,*[71] the appellant CEF argued that a particular aspect of the award should be set aside under Art 34(2)(a)(iv) of the Model Law, on the basis that it was uncertain, ambiguous, impossible and/or unenforceable and therefore not in accordance with the parties' agreement, the ICC Rules and/or the Model Law.[72]

The Singapore Court of Appeal rejected the appellant's arguments on a few fronts.

(a) It does not make sense to suggest that an award can be set aside on the basis that it is "unenforceable". An award becomes unenforceable because it is set aside; it is not set aside because it is unenforceable.[73]

(b) Under the procedural rules governing the arbitration, the Tribunal's primary duty was to ensure that the procedural requirements for enforcement were satisfied – which included ensuring that the procedural rules governing the arbitration are satisfied, signing and dating the award, and arranging for the award to be delivered to the parties in the manner laid down by the relevant rules to the arbitration. So long as the Tribunal showed that it had used *"every effort"* to ensure the enforceability of the award in the jurisdictions wherein the award can reasonably be expected to be enforced, the Tribunal would be considered as having discharged its duty as regards the substantive requirements for enforcement.[74]

(c) Uncertainty or ambiguity is not a basis to set aside an award under Art 34(2)(a)(iv) of the Model Law.[75] In any event, the appellant's arguments about the contents of the award seemed to the Court to really be about impossibility/workability of the award,[76] not uncertainty or ambiguity. In which case, the Court stated that impossibility or unworkability was not a basis to justify setting aside an award, much less under Art 34(2)(a)(iv) of the Model Law.[77]

---

71 [2022] 2 SLR 918.

72 CEF v CEH [2022] 2 SLR 918 at [31(a)(i)], [33].

73 CEF v CEH [2022] 2 SLR 918 at [35].

74 CEF v CEH [2022] 2 SLR 918 at [39].

75 CEF v CEH [2022] 2 SLR 918 at [43].

76 CEF v CEH [2022] 2 SLR 918 at [48].

77 CEF v CEH [2022] 2 SLR 918 at [52]. In any event, the Singapore Court of Appeal did not consider the award to be impossible or unworkable.

In *Lao Holdings NV and another v Government of the Lao People's Democratic Republic,*[78] the Singapore Court of Appeal expressly stated that as a general rule, the court will not revisit a tribunal's construction of an agreed procedure in an arbitral agreement entered into between the parties where the construction is open on the text of the agreement – so even if there may be more than one construction, and the court may think that another construction of the procedure is to be preferred over the tribunal's construction, the court will still accept the tribunal's construction.[79]

The Court of Appeal added that it is only where the tribunal adopts and acts upon a construction which is simply not possible on any reading of the text, that the tribunal will be considered to not have adhered to the agreed procedure. If so, the court will step in to determine the content of the agreed arbitral procedure.[80]

In this case, the Court of Appeal held that the Tribunals' construction of the particular text in question was open, having regard to the context in which the text was agreed to including the applicable arbitral rules. Since the Tribunals had adopted a construction which was open, the Tribunals were entitled to do so, and there was no basis for the Court to disturb the Tribunals' actions following their adoption of such a construction.[81]

E. Party under some incapacity: Article 34(2)(a)(i) of the Model Law

If a party was under some incapacity that impacted upon its ability to meaningfully participate in the arbitration, an award may be set aside for such reason, under Art 34(2)(a)(i) of the Model Law. This is a ground that is not commonly raised, however, and in *CPU v CPX,* [82] which was the only recent case in which this particular ground was relied on, the application was dismissed.

An award was made against the respondents in the arbitration. The respondents applied to the Singapore International Commercial Court to set aside the award, arguing that the first and second respondents had been under an incapacity as a result of mental conditions which impended their ability to make rational decisions especially at times of immense stress, and the arbitration agreements were invalid as they had been entered into under duress/coercion.[83] The respondents sought to rely on certain medical reports pertaining to the mental conditions of the first and second respondents in this regard.[84] The respondents also raised

78 [2023] 1 SLR 55.

79 Lao Holdings NV and another v Government of the Lao People's Democratic Republic [2023] 1 SLR 55 at [102].

80 Lao Holdings NV and another v Government of the Lao People's Democratic Republic [2023] 1 SLR 55 at [102].

81 Lao Holdings NV and another v Government of the Lao People's Democratic Republic [2023] 1 SLR 55 at [138].

82 [2022] 4 SLR 314.

83 CPU v CPX [2022] 4 SLR 314 at [7].

84 CPU v CPX [2022] 4 SLR 314 at [58].

an issue about how the Tribunal's refusal to allow such medical reports was a breach of the rules of natural justice.[85]

The Court dismissed the setting-aside application. On the issue of the respondents' mental conditions and medical reports:

(a) The Court held that the Tribunal's decision to exclude the medical reports was an exercise of a case management power that was within the Tribunal's jurisdiction, and the Tribunal's reasons for reaching that decision were reasonable and fair-minded.[86] Even if the Tribunal had allowed the medical reports to be admitted in evidence, the contents of the medical reports lacked legal or factual weight and would not have reasonably made a difference to the findings of the Tribunal.[87]

(b) Crucially, although the medical reports made general observations about the first and second respondents' mental conditions and treatment history, there was nothing in the reports to suggest that they were suffering from mental illnesses of such severity and extent, that they were incapable of understanding the effect of the settlement contracts (or of making a rational decision) at the material time.[88]

F. Fraud/corruption: Section 24(a) of the IAA

An award can also be set aside if it can be shown that the making of the award had been induced or affected by fraud/corruption. The threshold for establishing fraud is a very high one, however, and the case of *CLX v CLY* [89] is instructive in this regard.

In *CLX v CLY,* the crux of the applicant's argument on the issue of fraud was that the first defendant had dishonestly concealed and/or gave false evidence to the Tribunal regarding the alleged actual condition of the overhead cranes (the "Overhead Cranes") which was the subject of the parties' dispute.[90] According to the applicant, the first defendant must have known of the condition of the Overhead Cranes since they were dismantled by the first defendant's contractor and remained in the first defendant's possession and care throughout the Arbitration. It was dishonest for the first defendant to conceal that the Overhead Cranes had not just been dismantled, but had been dismembered/destroyed and with parts either missing or cannibalised. It was also dishonest of the first defendant to falsely represent to the Arbitrator that the Overhead Cranes had merely been dismantled and had not been tampered with pending the outcome of the Arbitration.[91]

---

85 CPU v CPX [2022] 4 SLR 314 at [7].

86 CPU v CPX [2022] 4 SLR 314 at [60].

87 CPU v CPX [2022] 4 SLR 314 at [62].

88 CPU v CPX [2022] 4 SLR 314 at [63].

89 [2022] SGHC 17.

90 CLX v CLY [2022] SGHC 17 at [6].

91 CLX v CLY [2022] SGHC 17 at [60].

The General Division of the Singapore High Court dismissed the application.

(a) The Court was of the view that the Arbitrator did not make any factual findings as to the condition of the Overhead Cranes such as to be unaware of the conditions of the cranes. Even if the Arbitrator was indeed unaware of the conditions, the plaintiff did not meet the requirements set out in *Bloomberry*[92] and prove that the first defendant had deliberately concealed material information from the Arbitrator or given false evidence to mislead the Arbitrator.[93]

(b) The Court also found that the applicant had not established a convincing case of dishonesty or bad faith on the part of the defendant. If there was evidence that the first defendant had intentionally destroyed or cannibalised the Overhead Cranes or parts thereof, this would have provided strong support for the allegation that there was a deliberate misrepresentation to the Arbitrator and/or a deliberate concealment from the Arbitrator of the actual condition of the Overhead Cranes – but there was no such evidence.[94] Even any evidence of negligence or carelessness by the first defendant in preventing harm to the Overhead Cranes would still not be sufficient to show deliberate concealment or the intention to give false evidence.[95] Just because the first defendant must or ought to have known about the condition of the Overhead Cranes because the Overhead Cranes were dismantled by its contractor and remained in its possession and care throughout the Arbitration was also insufficient to demonstrate fraud.[96]

It should be noted that what was particularly key to the dismissal of the application was how the applicant did not satisfy the high threshold for establishing fraud. Indeed, the Court noted that while perjury and the deliberate suppression or withholding of documents in an arbitration can amount to obtaining an award by fraud, where fraud is alleged, *"strong and cogent evidence"* has to be adduced and the court will not infer a finding of fraud.[97]

G. Public policy: Article 34(2)(b)(ii) of the Model Law

An award may be set aside if it contravenes the public policy of the state in which the award is sought to be set aside. The test is whether the upholding of the arbitral award would *"shock the conscience"*; is *"clearly injurious to the public good or ... wholly offensive to the ordinary reasonable and fully informed member of the public"*; or *"where it violates the forum's most basic notion of morality and justice"*.[98] Needless to say, this public policy ground under Art 34(2)(b)(ii) of the Model Law is a very narrow ground.

---

92 Bloomberry Resorts and Hotels Inc and another v Global Gaming Philippines LLC and another [2021] 3 SLR 725. The key principles from the requirements in Bloomberry are set out at [59] of CLX v CLY [2022] SGHC 17.

93 CLX v CLY [2022] SGHC 17 at [66], [70].

94 CLX v CLY [2022] SGHC 17 at [75].

95 CLX v CLY [2022] SGHC 17 at [76].

96 CLX v CLY [2022] SGHC 17 at [79].

97 CLX v CLY [2022] SGHC 17 at [58]-[59].

98 PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v Dexia Bank SA [2007] 1 SLR(R) 597 at [59].

An interesting example where a setting aside application on the public policy ground was dismissed is *CBX v CBZ*.[99] The case concerned an agreement whose governing law was Thai law with arbitration under the ICC Rules, and seated in Singapore. Arbitration was commenced as a result of unpaid instalments. The Tribunal rendered its award in favour of the defendants, ordering that the plaintiffs pay the defendants the principal sums *plus* compounded interest (the "Compound Interest Orders"). The plaintiffs then filed an application to set aside the award on the basis that in coming to its decisions, the Tribunal exceeded its jurisdiction, failed to afford the plaintiffs a reasonable opportunity to present their case, and contravened Singapore public policy.

On the point of Singapore public policy, the plaintiff's case was that the Compound Interest Orders contravene Thai mandatory law (as Thai law does not permit the awarding of compound interest), and it would be against public order and good morals in Thailand to enforce the Compound Interest Orders. As Thailand is a state with which Singapore maintains friendly relations and the Compound Interest Orders constitute "palpable and indisputable illegality" under Thai law,[100] the Singapore court should set aside the Compound Interest Orders

The Court held that the award was not contrary to Singapore public policy.

(a) The awarding of compound interest was not against Singapore public policy as Sections 12(5) and 20 of the IAA authorise tribunals to award compound interest.[101] This was merely a situation of an erroneous exercise of the Tribunal's power, where the Tribunal was fully aware that Thai law prohibited compound interest in most (but not all) situations, and having considered the issue, the Tribunal then took the wrong view that Thai law allowed annualised compound interest on moneys due under the sale and purchase agreements, as an exception.[102]

(b) Whether or not the Compound Interest Orders were enforceable as a matter of Thai public policy was a question best left to the Thai court to determine, if the defendants ever sought to enforce the Compound Interest Orders in Thailand. Save in a case of obvious criminal conduct, the Singapore court should not have to discern what a Thai court would do on an enforcement action and then reason backwards that, because the Thai court is likely to refuse enforcement as a matter of Thai "public policy", the Singapore court should set aside the Compound Interest Orders, in the interest of comity, as contrary to Singapore public policy.[103]

---

98 PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v Dexia Bank SA [2007] 1 SLR(R) 597 at [59].

99 [2020] 5 SLR 184.

100 CBX v CBZ [2020] 5 SLR 184 at [52].

101 CBX v CBZ [2020] 5 SLR 184 at [52].

102 CBX v CBZ [2020] 5 SLR 184 at [58].

IV. Remission of the award instead of setting aside

In certain situations, the Singapore courts may suspend the setting-aside proceedings and remit the award to the same tribunal pursuant to Article 34(4) of the Model Law instead, in order for the tribunal to resume the arbitral proceedings, or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside. Essentially, this can be seen as the courts' way of giving the tribunal a second chance to clarify/reconsider certain aspects of its award which have been identified to be problematic and at risk of being set aside.

Remission does not come easily, however. If there are too many areas of challenge in the award (i.e. there are too many problematic issues identified for setting-aside), little to no confidence in the tribunal being able to approach the issues of challenge in a balanced and fair way, and/or no real benefits to the parties (usually in terms of time and costs) for the matter to be reviewed by the tribunal, it is unlikely that the Singapore courts will agree to remit the matter to the tribunal for reconsideration.

An example of a refusal to remit the matter back to the Tribunal as an alternative to setting aside was Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co, Ltd – the General Division of the Singapore High Court expressly refused to do so as this was *"hardly a case of mere oversight in failing to give a party a reasonable opportunity to be heard"*.[104]

V. Conclusion

It is never welcome news for any tribunal to be faced with the possibility of having its own award set aside.

Thailand's Arbitration Act B.E. 2545 (A.D. 2002) (the "Act") is largely modelled after the Model Law, with Section 40 of the Act setting out various grounds similar to those in the Model Law for which an award may be set aside by application to the domestic courts. The grounds set out in Section 40(1) and (2) of the Act closely correspond to the grounds set out in Article 34(a) and (b) of the Model Law respectively.

Ultimately, at the crux of every setting-aside application is the question of whether natural justice was accorded to each of the parties – whether they were properly and fairly heard, and treated equally alongside the other party to the dispute. Indeed, in a way it can be said that natural justice is the overarching umbrella over the various grounds for setting-aside. While each case turns on its own facts, so long as every tribunal bears in mind the two pillars of natural justice over the course of an arbitration, it stands to reason that an award that is later made will be able to stand up to scrutiny by the courts.

---

103 CBX v CBZ [2020] 5 SLR 184 at [61].

104 Sai Wan Shipping Ltd v Landmark Line Co Ltd [2022] 4 SLR 1302 at [78].

Given the wide-spread and increasing adoption in Thailand of international arbitration (under the auspices of THAC, SIAC or HKIAC etc) as a method of resolving disputes, we hope that this article can serve as a valuable guide to Thai legal practitioners, Thai legal counsel and THAC arbitrators and tribunals in understanding certain pitfalls which may occur during the course of arbitration proceedings, so as to increase the enforceability of the arbitral award.

บทความต่างประเทศ

06

Consumer Arbitration

Mr. Tossaporn Sumpiputtanadacha
Ms. Nathanicha Zhairngoow
Mr. William Lister

Foreign-Language Article

Consumer Arbitration

Mr. Tossaporn Sumpiputtanadacha
Ms. Nathanicha Zhairngoow
Mr. William Lister

Receive; August 15, 2023, Revised; September 11, 2023, Accepted ; September 15 ,2023

Abstract

This article compares four jurisdictions and their differing approaches to consumer arbitration. This particular subject raises questions of access to justice, fairness, and public policy. As stated by the Chartered Institute of Arbitrators[1] the issues with regard to consumer arbitration are:

- the imbalance between the parties in terms of resources; and
- the ability to afford professional help for the presentation and making of legal cases.

The jurisdictions focussed on in this article are (i) the United Kingdom, (ii) the European Union, (iii) the United States of America, and finally (iv) Thailand.

For each jurisdiction, statutory provisions are considered, as well as case law or legal analysis when the jurisdiction in question does not have a precedent case. The article therefore demonstrates the variance in approaches a court might take in London compared to Verona and highlights similar themes faced by all consumers when engaged in arbitration.

The United Kingdom

Statutory

Under English law, the Consumer Rights Act 2015 maintained the rule previously found in Section 91(1) of the Arbitration Act 1996.[2] This rule provides that any Arbitration Agreement found in a consumer contract is deemed unfair provided it relates to a modest amount in damages. Such amount is currently set at £5,000.[3] The Act provides that 'any contract term submitting to arbitration an existing or future dispute insofar 'as it relates to a claim for a pecuniary remedy which does not exceed the amount specified by order for the purposes of this section.'[4]

[1] 'Practice Guideline 17: Guidelines for Arbitrators dealing with cases involving consumers and parties with significant differences of resources' https://acica.org.au/wp-content/uploads/2020/04/2011-consumers-and-parties-with-significant-differences-of-resources.pdf

[2] Chitty on Contracts 34th Ed. Incorporating First Supplement, 40-426

[3] Unfair Arbitration Agreements (Specified Amount) Order 1999 (SI 1999/2167)

[4] https://acica.org.au/wp-content/uploads/2020/04/2011-consumers-and-parties-with-significant-differences-of-resources.pdf

It should be noted, however, that the £5,000 figure is not an absolute rule. Put simply, (i) should a claim under a consumer contract be subject to arbitration and (ii) the amount in question is over £5,000, that arbitration agreement will be assessed for its fairness under Section 62 of the Consumer Rights Act 2015.[5]

Section 62 of the Consumer Rights Act 2015 provides the following:

(1) An unfair term of a consumer contract is not binding on the consumer.

(2) An unfair consumer notice is not binding on the consumer.

(3) This does not prevent the consumer from relying on the term or notice if the consumer chooses to do so.

(4) A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer.

(5) Whether a term is fair is to be determined—

(a) taking into account the nature of the subject matter of the contract, and

(b) by reference to all the circumstances existing when the term was agreed and to all of the other terms of the contract or of any other contract on which it depends.

(6) A notice is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations to the detriment of the consumer.

(7) Whether a notice is fair is to be determined—

(a) taking into account the nature of the subject matter of the notice, and

(b) by reference to all the circumstances existing when the rights or obligations to which it relates arose and to the terms of any contract on which it depends.

(8) This section does not affect the operation of—

(a) section 31 (exclusion of liability: goods contracts),

(b) section 47 (exclusion of liability: digital content contracts),

(c) ection 57 (exclusion of liability: services contracts), or

(d) section 65 (exclusion of negligence liability).

In addition, Schedule 2 provides a list of consumer contract terms that may be considered unfair. This includes, at paragraph 20, 'a term which has the object or effect of excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, in particular by ... (a) requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions ... '.[6]

[5] Julia Hörnle Legal Controls on the Use of Arbitration Clause in V2C E-Commerce Contracts pp. 32-33; Chitty on Contracts 34th Ed. Incorporating First Supplement, 40-426

[6] Consumer Rights Act 2015, Schedule 2, paragraph 20

The UK's Competition and Markets Authority ("CMA") has also stated that:

'If an arbitration clause is to be used with consumers, it must be free from the element of compulsion, and in the view of the CMA this is necessary to meet the requirement of fairness even if it relates to claims higher than the £5,000 threshold sum in the 1996 Act. When entering contracts, ordinary consumers are most unlikely to consider detailed legal issues connected with the possibility of a dispute arising unless they have the benefit of legal advice on this issue. The consequences of the inclusion of such a clause are thus liable to surprise them unfairly if such a dispute does arise.'[7]

Mylcrist Builders Limited v Mrs G Buck [2008] EWHC 2172 TCC is a case that illustrates this. Despite the fact that this case was resolved before the Consumer Rights Act of 2015 was passed. it demonstrates an important point in regard to the approach in England and Welsh courts will take in term of access to justice. The Claimant had undertaken building work at the Defendant's home.[8] There was a disagreement over whether amounts owed by the Defendant had been factored into the estimate.[9] The agreement signed by both parties included an Arbitration Agreement.[10] The Claimant, despite being warned that the terms would likely be deemed unfair, was successful in arbitral proceedings and subsequently sought to enforce the arbitrator's award in court.[11] At paragraph 55 Mr Justice Ramsay held the following:

'... the arbitration clause is a requirement which prevents Mrs Buck from having access to the courts and causes an imbalance between the Claimant as a professional builder and Mrs Buck as a layperson, to her detriment. Whilst the sum at stake in this case does not lead to the automatic unfairness imposed by ss. 89 to 91 of the 1996 Act, there is a further element of imbalance to the detriment of the consumer where the claims are small and where the fees payable to the arbitrator are comparatively significant. In this case the fees properly payable to the arbitrator of over £2000 illustrate this point.'[12]

This brings into question the definition of "consumer". Section 61 of Part 2 of the Consumer Rights Act 2015 provides the following:[13]

(1) This Part applies to a contract between a trader and a consumer.

(2) This does not include a contract of employment or apprenticeship.

(3) A contract to which this Part applies is referred to in this Part as a "consumer contract".

(4) This Part applies to a notice to the extent that it—

(a) relates to rights or obligations as between a trader and a consumer, or

(b) purports to exclude or restrict a trader's liability to a consumer.

---

7 Unfair contract terms guidance, Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015, 31 July 2015, 5.29.3

8 Mylcrist Builders Limited v Mrs G Buck [2008] EWHC 2172 TCC, paragraphs 2-3

9 Mylcrist Builders Limited v Mrs G Buck [2008] EWHC 2172 TCC, paragraph 8

10 Mylcrist Builders Limited v Mrs G Buck [2008] EWHC 2172 TCC, paragraph 7

11 Mylcrist Builders Limited v Mrs G Buck [2008] EWHC 2172 TCC, paragraphs 10, 14-15

12 Mylcrist Builders Limited v Mrs G Buck [2008] EWHC 2172 TCC, paragraph 55

13 Section 61, Consumer Rights Act 2015

(5) This does not include a notice relating to rights, obligations or liabilities as between an employer and an employee.

(6) It does not matter for the purposes of subsection (4) whether the notice is expressed to apply to a consumer, as long as it is reasonable to assume it is intended to be seen or heard by a consumer.

(7) A notice to which this Part applies is referred to in this Part as a "consumer notice".

(8) In this section "notice" includes an announcement, whether or not in writing, and any other communication or purported communication.

The Consumer Rights Act 2015 clearly draws a distinction between the "Consumer" and "Trader". The Directive did not include (as had been the case in the 1999 Regulations) individuals whose purpose for entering into the contract was mainly outside of their trade.[14] This was introduced on the recommendation of the Law Commission in response "to a concern that many consumers occasionally use products such as mobile phones or home computers for work purposes".[15]

According to *Chitty,* 'this followed the substance of the earlier position under the 1993 Directive and the 1999 Regulations (which both restricted their controls to "natural persons"), but the 2015 Act also deleted the protections provided for persons "dealing as consumer" contained in the Unfair Contract Terms Act 1977'.[16] An example of those who previously fell under the definition of consumer but now did not included companies signing agreements for goods and services which were not integral to its business.

Crucially, according to the Consumer Rights Act 2015, the burden of proof falls on the trader to demonstrate that a party seeking to rely on the Consumer Rights Act 2015 is not a "consumer".[17]

Case law

A recent and demonstrative case on consumer arbitration under English law is Payward Inc and Others v Chechetkin [2023] EWHC 1780 (Comm). In this case, the Defendant had used the Claimant's cryptocurrency trading platform from March 2017 to 16 October 2020 (when he closed the account) and lost more than £600,000.[18] The Defendant's terms of service included a requirement to refer disputes to arbitration in San Francisco.[19] It therefore required the Defendant to use US lawyers which, as noted by Justice Bright, was expensive and inconvenient.[20] The Claimant was successful in arbitral proceedings

14 Chitty on Contracts 34th Ed. Incorporating First Supplement, 40-244

15 Chitty on Contracts 34th Ed. Incorporating First Supplement, 40-244; Law Com. Advice (2013), paragraph 7.100

16 Chitty on Contracts 34th Ed. Incorporating First Supplement, 40-244

17 2015 Act s.2(4) as applied to Pt 2 by s.76(3).

18 Payward Inc and Others v Chechetkin [2023] EWHC 1780 (Comm), paragraphs 23, 30

19 Payward Inc and Others v Chechetkin [2023] EWHC 1780 (Comm), paragraph 53

20 Payward Inc and Others v Chechetkin [2023] EWHC 1780 (Comm), paragraph 114

and was granted an award, subject to Californian law.[21] Notably in regard to jurisdictional issues, Section 74 of the Consumer Rights Act 2015 provides that the legislation applies even where a consumer contract merely has a "close connection" to the United Kingdom.[22]

As such, Justice Bright found that the court had jurisdiction to apply the protections afforded within the Act.[23] Pursuant to Section 62 of the Consumer Rights Act 2015, the arbitration clause was unfair.[24] Justice Bright cautioned, however, that an arbitration agreement in a consumer contract will not be deemed unfair automatically. Rather, it was the unfair nature of the term itself, for instance the restriction on the Defendant to only use US lawyers and the additional costs associated, that led to the clause being deemed as such.[25]

The imposition of financial strain on a consumer was also material in *Zealander & Zealander v Laing Homes Ltd* (2000) 2 T.C.L.R. 724. In this case, the Claimant had bought, among other things, a house from the Defendant (a builder).[26] The house was subject to a National House Builders Council "Build Mark" Agreement which contained an arbitration agreement.[27] The Technology and Construction Court found that such an agreement was unfair due to (i) the "significant imbalance" it caused and (ii) the financial disadvantage imposed upon the Claimant.[28]

Another clear example of the court's tendency to avoid instances where forcing a consumer to engage in arbitral proceedings would lead to the imposition of a financial disadvantage was in *Picardi v Cuniberti* [2002] EWHC 2923 (QB). In this case, the Technology and Construction Court stated that '... a procedure which the consumer is required to follow, and which will cause irrecoverable expenditure in either prosecuting or defending it, is something which may hinder the consumer's right to take legal action'.[29] Clearly, therefore, access to justice is a key concern for the courts when hearing issues relating to consumer arbitration.

However, despite the abovementioned approach of the English courts, there are instances where an arbitration agreement in a consumer contract have been upheld. For example, in *Westminster Building Co Ltd v Andrew Beckingham* [2004] EWHC 138 (TCC), Defendant had instructed the Claimant (a building company) to undertake refurbishment on his house.[30] The agreement under which the works were

21 Payward Inc and Others v Chechetkin [2023] EWHC 1780 (Comm), paragraph 62
22 Payward Inc and Others v Chechetkin [2023] EWHC 1780 (Comm), paragraph 111
23 Payward Inc and Others v Chechetkin [2023] EWHC 1780 (Comm), paragraph 113
24 Payward Inc and Others v Chechetkin [2023] EWHC 1780 (Comm), paragraphs 132-145
25 Payward Inc and Others v Chechetkin [2023] EWHC 1780 (Comm), paragraphs 134, 140-145
26 Zealander & Zealander v Laing Homes Ltd (2000) 2 T.C.L.R. 724, page 724
27 Zealander & Zealander v Laing Homes Ltd (2000) 2 T.C.L.R. 724, page 724
28 Zealander & Zealander v Laing Homes Ltd (2000) 2 T.C.L.R. 724, pages 725, 727-728
29 Picardi v Cuniberti [2002] EWHC 2923 (QB), paragraph 131
30 Westminster Building Co Ltd v Andrew Beckingham [2004] EWHC 138 (TCC), paragraph 1

carried out featured an adjudication agreement.[31] Whilst the facts suggested that the clause would be deemed unfair, the court noted the following factors:[32]

- The terms were drafted with clear language;
- The Defendant's advisors (chartered surveyors) had decided upon the terms of the agreement; and
- The clause did not
  - (at the time of making the contract) present a significant imbalance to the Defendant; or
  - Prevent the consumer's right to take legal action

By its very nature, it was found that the adjudication clause (on the facts) was not unfair and was binding on the Defendant.[33]

Separately, in *Colleen Althea Du Plessis v Fontgary Leisure Parks Limited* [2012] EWCA Civ 409, 2012 WL 1067754, the court found that an arbitration agreement which was invoked only when at least 51% of caravan owners sought to dispute pitch fees was not unfair. The Court of Appeal noted that there was '... good sense of permitting arbitration only if it was requested by a substantial body of caravan owners. Pitch fees had to be set consistently for the whole park. It would not be practicable to administer the leisure park if pitch fees were negotiated or determined on an individual basis.'[34]

Similarly, Justice Bright (as discussed above) delivered a further judgment on this issue more recently, in Eternity Sky Investments Ltd v Mrs Xiaomin Zhang [2023] EWHC 1964 (Comm). In this case, Mrs. Zhang, resident in London at the material time, owned minority interest in a company called Chong Sing, run from Hong Kong.[35] In 2016, Chong Sing made a bond issuance (of which HKD 5 million were subscribed for by Eternity Sky Investments Ltd) and Mrs. Zhang signed a personal guarantee.[36] In 2019, Chong Sing defaulted on its obligations to redeem the bonds and Eternity Sky Investments Ltd sought to enforce the terms of the Subscription Agreement (which included an arbitration agreement under the rules of the Hong Kong Arbitration Centre).[37] Chong Sing suspended trading in 2019 and Eternity Sky Investments Ltd subsequently

31 Westminster Building Co Ltd v Andrew Beckingham [2004] EWHC 138 (TCC), paragraph 2
32 Westminster Building Co Ltd v Andrew Beckingham [2004] EWHC 138 (TCC), paragraph 31
33 Westminster Building Co Ltd v Andrew Beckingham [2004] EWHC 138 (TCC), paragraph 32
34 Colleen Althea Du Plessis v Fontgary Leisure Parks Limited [2012] EWCA Civ 409, 2012 WL 1067754, paragraph 57
35 Eternity Sky Investments Ltd v Mrs Xiaomin Zhang [2023] EWHC 1964 (Comm), paragraph 4
36 Eternity Sky Investments Ltd v Mrs Xiaomin Zhang [2023] EWHC 1964 (Comm), paragraph 4
37 Eternity Sky Investments Ltd v Mrs Xiaomin Zhang [2023] EWHC 1964 (Comm), paragraphs 16, 18-19

demanded payment from Mrs. Zhang under the Guarantee.[38] Arbitration proceedings then followed, Eternity Sky Investments Ltd was successful, and the company subsequently sought enforcement of the award in London under Section 101 of the Arbitration Act 1996.[39]

Before Justice Bright, Mrs. Zhang argued that she contracted as a "consumer" and Eternity Sky Investments Ltd as a "trader", within the meaning of the Consumer Rights Act 2015.[40] Mrs. Zhang argued (among other things) that the arbitration agreement in the Guarantee was unfair within the meaning of Schedule 2, paragraph 20 of the Consumer Rights Act 2015.[41] Justice Bright rejected this submission for the following reasons:[42]

(1) an appropriate test was one that a properly informed consumer, with a competent lawyer acting on their behalf, might reasonably be expected to agree to or to seek to have deleted;

(2) the provision for arbitration in Hong Kong did not itself have any bearing on the applicable law or (therefore) Mrs. Zhang's consumer rights. Indeed, the arbitration clause avoided certain jurisdictional issues;

(3) The Guarantee was only one part of the overall transaction, and it appeared that all related contracts were also subject to Hong Kong law and arbitration.

(4) Mrs. Zhang's command of English was limited and arbitrating in Hong Kong meant that she could use lawyers with whom she could communicate more easily.

This case therefore serves as an important reminder that the English courts will examine the balance of fairness against individual facts in any case.

The European Union

Statutory

The European Union protects consumers in a variety of ways. For present purposes, a key-way consumers are afforded protection under the Unfair Contract Terms Directive (93/13/EEC).[43] Another integral part of legislation, relevant to the below discussion is Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights (EUCFR) which protects access to justice in regard to actions taken in contravention of EU rights.[44]

---

38 Eternity Sky Investments Ltd v Mrs Xiaomin Zhang [2023] EWHC 1964 (Comm), paragraphs 16-17

39 Eternity Sky Investments Ltd v Mrs Xiaomin Zhang [2023] EWHC 1964 (Comm), paragraphs 19, 21, 30-31, 33

40 Eternity Sky Investments Ltd v Mrs Xiaomin Zhang [2023] EWHC 1964 (Comm), paragraph 55

41 Eternity Sky Investments Ltd v Mrs Xiaomin Zhang [2023] EWHC 1964 (Comm), paragraphs 55

42 See Practical Law Arbitration, 'Court rejects public policy challenge to enforcement of international arbitration award alleged to engage consumer protection (English Commercial Court)'

43 Ola Svensson, 'The Unfair Contract Terms Directive: Meaning and Further Development', page 24

44 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3186531 (abstract)

As per Directive 93/13/EEC of 05/03/1993, it states that if a term is no individually negotiated and results in a considerable imbalance between the parties in term of rights and obligations (to the disadvantage of the consumer), it must be considered unfair.[45] The Directive provides that a term can be deemed as unfair if it has either the object or effect of '... excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions'.[46]

There is a certain degree of complexity, however, whereas the arbitration clause is contained in a company's standard terms. Article 3(1) of Council Directive 93/13/EEC 'provides that a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer'.[47] In addition to this, Article 3(3) directs the reader to the Annex of the Directive which provides 'an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair'.[48] As per clause 1(q) of the Annex and according to Karin Sein, 'a term which has the object or effect of excluding or hindering the consumer's right to take legal action, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration, can be regarded as unfair'.[49]

Having said that, there are varying approaches taken by Member States' domestic courts in the application of the abovementioned legislation. An example includes whether the inclusion of an arbitration clause in a company's standard terms should automatically be deemed unfair. In German law, such clauses are not automatically deemed as such, however other factors such as cost of the procedure and distance the consumer would have to travel to participate in the arbitral proceedings are considered.[50]

---

[45] http://arbitrationblog.practicallaw.com/consumer-class-arbitration-in-the-uk-where-we-are-and-what-next/ 'Consumer class arbitration in the UK: where we are and what next?'

[46] http://arbitrationblog.practicallaw.com/consumer-class-arbitration-in-the-uk-where-we-are-and-what-next/ 'Consumer class arbitration in the UK: where we are and what next?'

[47] Karin Sein 'Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice' https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2011_XVIII_54_protection-of-consumers-against-unfair-jurisdiction-and-arbitration-clauses-in-jurisprudence-of-the-european-court-of-justice

[48] Karin Sein 'Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice' https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2011_XVIII_54_protection-of-consumers-against-unfair-jurisdiction-and-arbitration-clauses-in-jurisprudence-of-the-european-court-of-justice; Case 1.4.2004, C-237/02, Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v. Ludger Hofstetter and Ulrike Hofstetter, paragraph 20. – ECR 2004, p. I-03403.

[49] Karin Sein 'Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice' https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2011_XVIII_54_protection-of-consumers-against-unfair-jurisdiction-and-arbitration-clauses-in-jurisprudence-of-the-european-court-of-justice

[50] Karin Sein 'Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice' https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2011_XVIII_54_protection-of-consumers-against-unfair-jurisdiction-and-arbitration-clauses-in-jurisprudence-of-the-european-court-of-justice

The European Court of Justice has voiced the opinion that Member States' domestic courts have an obligation to assess the unfairness of standard terms *ex officio*.[51] The Court has also stated that where standard terms are used against a consumer, there exists both (i) a significant imbalance between the parties (i.e., the consumer and trader) and (ii) an associated public interest point to consider.[52] The European Court of Justice went as far as to place this duty in regard to unfair arbitration agreements on a national court in a case where an "unfair arbitration term" argument had not been fully raised in terms of the course of the arbitration proceedings.[53]

Case law

The following cases are good examples of this.

The case of *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira* [C 40/08] concerned a subscription for a phone contract between the parties. The agreement contained an arbitration clause for any dispute arising under the contract.[54] The terms stipulated that the arbitral centre to hear such a dispute was Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (European Association of Arbitration in Law and Equity).[55] The seat of the arbitration (though not specified in the contract) was Bilbao.[56] The tribunal granted Asturcom Telecomunicaciones SL an award of EUR 669,60, and, notably, Cristina Rodríguez Nogueira did not take part in the proceedings.[57]

Asturcom Telecomunicaciones SL then sought to enforce the award at Juzgado de Primera Instancia No 4 de Bilbao.[58] This court ruled that the arbitration clause was unfair but, it is noted by Karin Sein that Spanish Law does not permit arbitrators to determine whether such clauses are unfair.[59] The case was stayed and referred to the European Court of Justice.[60] It was held that national courts, in instances where

[51] Karin Sein 'Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice' https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2011_XVIII_54_protection-of-consumers-against-unfair-jurisdiction-and-arbitration-clauses-in-jurisprudence-of-the-european-court-of-justice; Oceano (Note 1), paragraph 29; Case 21.11.2002, C-473/00, Codifis, paragraph 38. – ECR 2002, p. I-10875.

[52] Karin Sein 'Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice' https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2011_XVIII_54_protection-of-consumers-against-unfair-jurisdiction-and-arbitration-clauses-in-jurisprudence-of-the-european-court-of-justice; Mostaza Claro (Note 2), 25, 26, 38

[53] Karin Sein 'Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice' https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2011_XVIII_54_protection-of-consumers-against-unfair-jurisdiction-and-arbitration-clauses-in-jurisprudence-of-the-european-court-of-justice; Mostaza Claro (Note 2), 39

[54] Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira [C 40/08], paragraph 2

[55] Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira [C 40/08], paragraph 20

[56] Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira [C 40/08], paragraph 20

[57] Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira [C 40/08], paragraphs 22, 33

[58] Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira [C 40/08], paragraph 24

[59] Karin Sein 'Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice' https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2011_XVIII_54_protection-of-consumers-against-unfair-jurisdiction-and-arbitration-clauses-in-jurisprudence-of-the-european-court-of-justice; Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira [C 40/08], paragraph 26

[60] Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira [C 40/08], paragraph 27

an arbitral award in a consumer contract is being enforced, are 'required, where it has available to it the legal and factual elements necessary for that task, to assess of its own motion whether an arbitration clause in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer is unfair, in so far as, under national rules of procedure, it can carry out such an assessment in similar actions of a domestic nature. If that is the case, it is for that court or tribunal to establish all the consequences thereby arising under national law, in order to ensure that the consumer is not bound by that clause'.[61]

An interesting case in regard to the European Court of Justice's approach in regard to legislation which requires consumers to undertake alternative dispute resolution procedures is *Menini v Banco Popolare Societa Cooperativa* [C-75/16]. In this case two consumers, Mr Livio Menini and Ms Maria Antonia Rampanelli (Italian nationals) engaged in proceedings against Banco Popolare in regard to an 'order for payment obtained against them by a credit institution'.[62] Italian national legislation required the parties to first engage in mediation.[63] The national court (the Verona District Court) stated that such an action brought by Mr Livio Menini and Ms Maria Antonia Rampanelli required preliminary mediation and thus stayed the proceedings.[64] This was despite the fact that they were consumers. In addition, the law stipulated that Mr Livio Menini and Ms Maria Antonia Rampanelli (i) must be assisted by a lawyer and (ii) could not withdraw from the mediation without a valid reason.[65]

In reviewing the Directive, the European Court of Justice pointed out the purpose of the Directive is to 'enable consumers to submit, on a voluntary basis, complaints against traders by using alternative dispute resolution (ADR) procedures'.[66] In light of this, it found that the following should be maintained in national legislation:

(1) 'it must have been initiated by a consumer against a trader concerning contractual obligations arising from a sales or service contract;

(2) it must be independent, impartial, transparent, effective, fast and fair; and

(3) it must be entrusted to an entity established on a durable basis which is entered on a special list notified to the European Commission'.

In reviewing the mandatory mediation procedure, the European Court of Justice held the following:

(1) The mandatory nature of the mediation procedure was not material. Rather, it was more important that the parties' maintained their access to the justice;

---

61 Andrew Dickinson, 'Unfair arbitration clause before the ECJ' https://conflictoflaws.net/2009/unfair-arbitration-clause-before-the-ecj/; Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira [C 40/08], paragraph 59

62 Menini v Banco Popolare Societa Cooperativa [C-75/16], paragraph 1

63 Menini v Banco Popolare Societa Cooperativa [C-75/16], paragraph 15

64 Menini v Banco Popolare Societa Cooperativa [C-75/16], paragraph 28

65 'National law can provide for compulsory mediation before court action'; EU Focus 2017, 357, 14-15, page 14; Menini v Banco Popolare Societa Cooperativa [C-75/16], paragraph 28

66 'National law can provide for compulsory mediation before court action'; EU Focus 2017, 357, 14-15, page 14

(2) A mandatory mediation or alternative dispute resolution procedure might not be incompatible with Directive 2013/11 on alternative dispute resolution for consumer disputes ([2013] OJ L165/63), provided the procedure:

a. *does not result in a decision which is binding on the parties (although the Directive establishes the possibility for national legislation to provide that the outcome of ADR procedures is binding on traders, on condition that the consumer has previously agreed to the proposed solution);*
b. *does not cause a substantial delay for the purposes of bringing legal proceedings;*
c. *suspends the period for the time-barring of claims; and*
d. *does not give rise to high costs, and only if:*
e. *electronic means are not the only means by which the settlement procedure may be accessed; and*
f. *urgent interim measures are possible'.*[67]

The ECJ did caution, however, (i) that the national legislation should not require the consumer to have assistance from a lawyer and (ii) the consumer should not face unfavourable consequences should they disengage in the proceedings.

The United States

The use of consumer arbitration agreements is far more prevalent in the United States. In a 2019 study, the following was revealed:

- *'Eighty-one companies in the Fortune 100, including subsidiaries or related affiliates, have used arbitration agreements in connection with consumer transactions.*
- *Of the eighty-one companies in the Fortune 100 with consumer arbitration agreements, seventy-eight companies include class waivers in their arbitration agreements.*
- *At least a majority of the households in the United States (and possibly almost two-thirds) are covered by broad consumer arbitration agreements.*
- *More than sixty percent of United States retail e-commerce sales are covered by broad consumer arbitration agreements.*
- *In 2018, at least 826,537,000 consumer arbitration agreements were in force, based on estimates from just a few companies for which information was readily available. The actual number of consumer arbitration agreements is likely higher. For a point of comparison, the U.S. population is about 328,000,000.'*[68]

[67] National law can provide for compulsory mediation before court action; EU Focus 2017, 357, 14-15, pages 14-15

[68] Imre Stephen Szala, 'The Prevalence of Consumer Arbitration Agreements by America's Top Companies', UC Davis Law Review Online, 52, 233-259, page 234

The main piece of legislation in connection US arbitration is the Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16. This Act states that (i) arbitration agreements are binding and (ii) provides courts with authority to confirm arbitral awards.[69]

Unlike the UK and EU, American courts are for more reluctant to strike down consumer arbitration agreements as unfair. This is due to the precedent set by the United States Supreme Court in Green Tree Financial Corp. v Randolph 531 U.S. 79 (2000). In this case, the claimants were unable to persuade the court that they were unable to pay arbitration costs and as such would be precluded from pursuing their TILA claims due to (i) the arbitrators' discretion to limit their own fees and (ii) the defendant had offered to pay any prohibitive costs.[70]

However, the aforesaid law is applied exclusively on the federal level, states are free to pass their own legislation. For example, the state of New York has banned consumer arbitration. The New York Consolidated Laws, General Business Law - GBS § 399-c provides the following at paragraph 2:

a) *'Prohibition. No written contract for the sale or purchase of consumer goods, entered into on or after the effective date of this section, to which a consumer is a party, shall contain a mandatory arbitration clause. Nothing contained herein shall be construed to prohibit a non-consumer party from incorporating a provision within such contract that such non-consumer party agrees that the decision of the arbitrator or panel of arbitrators shall be final in its application to such non-consumer party and not subject to court review.*

b) *Mandatory arbitration clause null and void. The provisions of a mandatory arbitration clause shall be null and void. The inclusion of such clause in a written contract for the sale or purchase of consumer goods shall not serve to impair the enforceability of any other provision of such contract'.*

The issues faced by American consumers at a federal level is summarised by the National Association of Consumer Advocates:[71]

- *'Individuals are often unaware they've agreed to forced arbitration. Most Americans have accepted good or services or a job with forced arbitration as a condition; and yet, very few individuals report having noticed a forced arbitration clause in the terms of agreements or contracts they've accepted.*

---

[69] Imre Stephen Szala, 'The Prevalence of Consumer Arbitration Agreements by America's Top Companies', UC Davis Law Review Online, 52, 233-259, page 235

[70] Amy J. Schmitz, 'American Exceptionalism in Consumer Arbitration', Loyola University Chicago International Law Review Volume 10, Issue 1 (2012) 81-103, page 87; Green Tree Financial Corp. v Randolph 531 U.S. 79 (2000) 91-2

[71] https://www.consumeradvocates.org/for-consumers/arbitration/

- *Forced arbitration severely limits consumer options for resolving a dispute. Before any problem arises, you lock yourself into only one option—forced arbitration—for resolving all future disputes or problems. The contract typically also names the arbitration institute that must be used: the one preferred by the company.*
- *Forced arbitration clauses generally bind the consumer—not the company. The way many forced arbitration clauses are written, the seller retains its rights to take any complaint to court while the consumer can only initiate arbitration.*
- *Arbitration is a private system without a judge, jury, or a right to an appeal. Arbitrators aren't required to take the law and legal precedent into account in making their decisions. There is no appeal or public review of decisions to ensure the arbitrator got it right.*
- *Employees cannot sue for discrimination, harassment, abuse, retaliation, or wrongful termination. In forced arbitration, the laws that protect us from discrimination based on age, sex, religion, race, disability, and unequal pay for equal work, such as the Civil Rights Act and the Equal Pay Act, become meaningless and unenforceable. Employees lose important protections for blowing the whistle on waste or fraud or for fighting retaliation for taking family medical leave.*
- *Consumers cannot sue for negligence, defective products, or scams. Just by buying a product or service, consumers can lose their right to hold a company accountable. Even if a retirement account disappears, a home is dangerous and defective, or a loved one suffers harm in a nursing home, a forced arbitration clause means there is no right to take the company responsible to court.'*

Thailand

Statutory

The Kingdom of Thailand has practically adopted a civil or codified law system. The Arbitration Act B.E. 2545 is the main statutory to consider for matters related to arbitration. As for the aspects of consumer protections, the key statutory provisions include the Consumer Protection Act B.E. 2522 ("CPA"), the Unfair Contract Terms Act B.E. 2540 ("UCTA") and the Consumer Case Procedure Act B.E. 2551 ("CCPA"). The main objective of the CPA is to affirm the rights of the consumers, namely the right to information including a correct and adequate description of the quality of the goods or services, the right to enjoy freedom in selection of goods or services, the right to be afforded safety in the use of goods or services, the right to fairness in concluding contracts and right to have injury considered and compensated for.[72] The UCTA focuses on ruling the terms of contracts between the consumers and the business operators in a sense that the terms should be enforceable only if it is fair. Finally, the CCPA, as the name implied, expands consumer protection in court proceedings.

[72] Consumer Protection Act B.E. 2522, Section 4

In term of resources and ability to obtain professional support for the presentation and making of legal cases, the following requirements are deemed relevant:

Arbitration Act B.E. 2545, Section 14

"In the case where any contractual party institutes an action in relation to a dispute which is the subject of an arbitration agreement without submitting such dispute to the arbitral tribunal under the agreement, the party against whom the action is instituted may, not later than the date of submitting his statement of defence or within the period of time allowed by law for filing a statement of defence, file with the competent Court a motion requesting an order striking the case in order for the parties to proceed with arbitration proceedings and the Court shall, upon conducting an inquiry and finding no ground rendering such arbitration agreement to be void, inoperative or incapable of being performed, issue an order striking the case."

CPA, Section 35 bis

"In the operation of business involving sales of any particular goods or supplies of any particular service, if a contract of sale or a contract for a supply of such service is required by law to be made in writing or is customarily made in writing, the Committee on Contracts has the power to prescribe the business involving sales of such goods or supplies of such service as the contract-controlled business.

In the operation of a contract-controlled business, contracts which business operators make with consumers must be of the following descriptions:

(1) containing necessary contract terms the absence of which shall place consumers at an unreasonable disadvantage with business operators;

(2) not containing contract terms unfair to consumers;

provided that this shall be in accordance with such rules, conditions and details as prescribed by the Committee on Contracts, and the Committee on Contracts may, for the benefit of consumers at large, require business operators to prepare contracts in accordance with the forms prescribed by it.

The prescription under paragraph one and paragraph two shall be in accordance with the rules and procedures prescribed in the Royal Decree."

CPA, Section 35 ter

"When the Committee on Contracts has required that contracts used in the operation of a contract-controlled business contain any contract terms or contain any contract terms with conditions concerning the use thereof under section 35 bis, if such contracts do not contain the said contract terms or contain the said contract terms without conforming to the conditions, it shall be deemed that such contracts contain the said terms or contain the said terms with such conditions, as the case may be."

CPA, Section 35 quarter

"When the Committee on Contracts has required that contracts used in the operation of a contract-controlled business not contain any contract terms under section 35 bis, if such contracts contain such contract terms, it shall be deemed that such contracts do not contain such contract terms."

UCTA, Section 4

"A term in a contract as between a consumer and a trader or a professional or in a standard-form contract or in a sale with the right of redemption which renders the trader or professional or the proferens of the standard form contract or the buyer to have an unreasonably excessive advantage over the other party is an unfair contract term and shall be enforceable only insofar as it is fair and reasonable in a particular case.

In case of doubt, a standard-form contract shall be interpreted in favour of the party not formulating such standard-form contract.

A term which possesses the character or produces the effect of requiring the other party to render a performance or assume a burden greater than usually expected by a reasonable person may be regarded as a term giving an advantage over the other party, such as:

(1) a term excluding or restricting liability for breach of contract;

(2) a term imposing liability or a burden greater than that imposed by the law;

(3) a term allowing a contract to be terminated without justifiable reason or entitling termination of the contract without material breach by the other party;

(4) a term entitling non-performance of any of the terms of the contract or a delayed performance without justifiable reason;

(5) a term entitling one party to demand or require the other party to bear more burdens than those at the time of the contract;

(6) a term, in a sale with the right of redemption, under which the buyer fixes the price of redemption at a sum in excess of the price of the sale plus the interest at the rate of fifteen percent per annum;

(7) a term, in a hire-purchase, fixing an excessively high hire-purchase price or imposing on the hirer an excessively high burden;

(8) a term, in a credit card contract, requiring the consumer to pay interest, penalties, expenses or any other benefits in an excessively high amount in the event of default of payment or in connection therewith;

(9) a term fixing a method for the calculation of compound interest in a manner causing the consumer to bear excessively high burdens.

In making the determination as to whether a term which gives an advantage over the other party under paragraph three renders an unreasonably excessive advantage, section 10 shall apply mutatis mutandis."

UCTA, Section 10

"In making the determination as to such extent of enforceability of a term as to satisfy the requirement of fairness and reasonableness in a particular case, regard shall be had to all circumstances, including:

(1) good faith, bargaining powers, economic standing, knowledge and understanding, skills and expertise, expectation, previous practices, other alternatives and all advantages as well as disadvantages on the part of contractual parties in actual circumstances;

(2) ordinary usages applicable to that kind of contract;

(3) the time and place of the conclusion of the contract and of the performance thereunder;

(4) the assumption of far more onerous burdens on the part of one party when compared with those assumed by the other party."

CCPA, Section 12.

"In the exercise of his or her own right, or in the performance of obligation, the Business Operator shall act in good faith, taking into account the appropriate trade standard under fair business system."

Case Law/Analysis

It has been over 22 years since the enactment of the Arbitration Act, there is no record of the Supreme Court's decision concerning the challenge of validity and enforceability of the arbitration agreement in the contract between the consumer and business operator due to the imbalance of parties in terms of the resource to resolve the dispute by arbitration or the unfairness of incorporating the arbitration agreement.

With regard to the validity and enforceability of arbitration agreement in the consumer contract, an academic thesis suggests that an arbitration agreement is void because of violating good morale if the arbitration agreement is concluded with an intention of disrupting the consumer's right to proceed with the arbitration, such as requiring the arbitration to take place in other provinces or countries while the amount of claim is minimal and less than the arbitration would cost.[73] This approach seems to be favourable to the consumer in a sense that the consumer may refer the disputes to the court without necessity of having the disputes under the consumer contract resolved by arbitration. Nevertheless, the

[73] Ms. Duangkamon Soponawat, "Problems Concerning to Arbitration Clauses in Adhesive Consumer Contract", Thammarat University, 2003, Page 179.

approach could negatively prejudice the right of the consumer who intends to resolve the dispute in arbitration. This is because the void arbitration agreement does not bind the business operator and thus the arbitral tribunal may find it has no jurisdiction due to lacking the binding arbitration agreement.

Further consideration of the arbitration agreement's legal validity under Thai law reveals that the arbitration agreement does not restrict the contracting party from submitting the dispute to the court. Although a claim with an arbitration clause referred to the court could be rejected under Section 14 of the Arbitration, the provision on Section 14 does not limit the right to initiate a claim which consists of arbitration agreement to the court. Instead, the provision acknowledges the potential of a party referring the dispute with arbitration agreement to court, with the additional consequence that the opposing party can seek a court order to strike out the matter to be concluded by the arbitration. The court then could determine if the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed before issuing an order to reject the claim or dismiss the application to strike out the case. Following the analysis, it could be considered that the implementation of arbitration agreement in a consumer contract does not impede the consumer's right to refer the case to the court.

What happens if the arbitration agreement causes the customers undue hardship? Thai legislation includes safeguards to guarantee that consumers are sufficiently protected in this regard.

UCTA seems to be the main statutory instrument which reflects the above question. Section 4 of UCTA gives effect that the terms under the consumer contract which is unreasonably excessive advantage over the other party is an unfair contract term and shall be enforceable only insofar as it is fair and reasonable. In order to determine such a word is fair or not, Section 10 provides factors to be taken into account, namely (1) good faith, bargaining powers, economic standing, knowledge and understanding, skills and expertise, expectation, previous practices, other alternatives and all advantages as well as disadvantages on the part of contractual parties in actual circumstances; (2) ordinary usages applicable to that kind of contract; (3) the time and place of the conclusion of the contract and of the performance thereunder; and (4) the assumption of far more onerous burdens on the part of one party when compared with those assumed by the other party. The aforementioned legal requirements allow the court to consider the circumstances when determining and revising the enforceability of the arbitration agreement. These are examples of arbitration clauses that may be regarded as an unfair contract terms;[74]

(1) "Any events of the liability of the Contract Drafter, the case shall be proposed to international or other provinces' arbitration."

(2) "If any disputes arise from the contract, it shall be settled by arbitration and merely the Business Operator is entitled to select arbitration tribunal."

[74] Ms. Duangkamon Soponawat, "Problems Concerning to Arbitration Clauses in Adhesive Consumer Contract", Thammasat University, 2003, Page 64-65.

(3) "If any disputes arise from the contract, it shall be settled by arbitration and the Consumer shall be responsible for the whole costs including arbitration fees."

Furthermore, the CPA establishes a Consumer Protection Committee to issue the measures in protecting the consumer's rights. Concerning the protection of consumer's right in contracts, the Committee on Contracts is empowered to stipulate the form of contracts for the business which its contract shall be controlled such as loan business,[75] car and motorbike hired-purchase business,[76] residential building rental business[77] etc. The statutory provisions reflect the authority of Committee on Contracts to implement the particular type of dispute resolution clause in the consumer contracts for controlled businesses in favourable to the consumer, such as including arbitration as an option for the consumer or set conditions which is suitable for the consumer to pursue the claim. Nevertheless, the research does not show that the Committee on Contracts imposed any arbitration agreement into any controlled businesses.

If the consumer submits the case to the court under the CCCA meanwhile the business operator requests that the action be dismissed due to the arbitration agreement, the court has the authority to do so under Section 12 of CCPA on a condition that the request to strike out the case is made in good faith. Given that the implementation of arbitration agreement was made with the purpose of abusing the consumer's right to access to the justice which enables the business operator to request for the strike out of the case, the court may find that application to strike out the case is not acted in good faith.

Thailand seems to acknowledge the existence of the arbitration agreement in the consumer contract and Thai court can consider the circumstances to determine the fairness of arbitration agreement before ruling the enforceability. This is similar to the EU approach as in Directive 93/13/EEC of 05/03/1993. The statutory provide broad terms to support that the use of arbitration agreement in consumer contract may be unfair and it grants authority solely to the court to determine the issue on the enforceability of the arbitration agreement.

The US approach, basing on the above case, seems to leave the burden to customer to prove if such arbitration agreement causes any difficulties in prejudice to the consumer's rights in accessing to justice. Although the court in this approach has the discretion to hear the evidence and determine the enforcement which is similar to the EU' or Thailand's approach, the consumers have to satisfy the tests as precedented in the previous court rulings.

---

[75] Announcement of the Committee on Contracts Re: Consumer Loan Business is a contract-controlled business B.E. 2565 (2022)

[76] Announcement of the Committee on Contracts Re: Car and motorbike hired-purchase business is a contract-controlled business B.E. 2565 (2022)

[77] Announcement of the Committee on Contracts Re: Residential building rental business is a contract-controlled business B.E. 2561

The UK approach seems to be more advance in specifying that the arbitration agreement is unfair provided that it relates to a modest amount in damages not exceeding than £5,000. The specification of the amount of damage is concrete factor, which does not require extensive interpretation. The UK also adopt a function to allow the court to determine the fairness of the arbitration agreement for the damages over £5,000 to maintain the flexibility in approaching to the question.

Conclusion

The arbitration is regarded as one of the most effective dispute resolutions however it may obstruct the disputing parties' right in accessing to justice. In the transactions between the consumer and the business operator, the business operator typically has greater bargaining power in articulating the format of arbitration, which may result in circumstances where the arbitration agreements are tailored to be less favourable to the consumer. The transactions therefore require legal control to ensure that the consumer's right is not unreasonably infringed. Although the legal control of each of the jurisdictions referred in this article has different approaches to consumer arbitration, the mutual positions of the countries are that they concern the necessity of tipping the balance in the consumer transactions and that they set adequate legal regimes to cope with the issue.

Although Thailand does not have specific statutory dealing with this subject matter, it is comprehensible that the Thai court could rely on the existing statutory to determine the fairness of enforcing arbitration agreement in the consumer protection regime. Having said that, the current statutory provides the conditions to determine the fairness in abstract which requires further interpretation. It is potential that the Thai court's interpretation in the future decisions can serve as a good sample on the approach to this question however Thailand should issue regulations or guidelines setting out the concrete conditions which can identify whether or not the arbitration agreement is unfair, similar to the UK's statutory which determines that the arbitration agreement in the consumer case is deemed unfair if the modest amount in damage is not exceeding that £5,000. Thailand can also consider adding authority to the court to consider the circumstances to justify the enforceability of arbitration agreement in additional to the stipulated concrete conditions.

THAC
Thailand Arbitration Center

689 Bhiraj Tower 26th Fl.
SukhumvitRd.,Khlong Tan Nuea,
Vadhana Bangkok 10110

www.thac.or.th

info@thac.or.th

+66(0) 2018-1615

+66(0) 2018-1632