

ICCA

HƯỚNG DẪN CỦA ICCA VỀ DIỄN GIẢI CÔNG ƯỚC NEW YORK 1958: SỔ TAY HƯỚNG DẪN CHO THẨM PHÁN
ICCA'S GUIDE TO THE INTERPRETATION OF THE 1958 NEW YORK CONVENTION: A HANDBOOK FOR JUDGES

ICCA

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION

HƯỚNG DẪN CỦA ICCA
VỀ DIỄN GIẢI CÔNG ƯỚC NEW YORK 1958:
SỔ TAY HƯỚNG DẪN CHO THẨM PHÁN

ICCA'S GUIDE TO THE INTERPRETATION OF
THE 1958 NEW YORK CONVENTION:
A HANDBOOK FOR JUDGES

HƯỚNG DẪN CỦA ICCA
VỀ DIỄN GIẢI CÔNG ƯỚC NEW YORK 1958:
SỔ TAY HƯỚNG DẪN CHO THẨM PHÁN

ICCA'S GUIDE TO THE INTERPRETATION OF
THE 1958 NEW YORK CONVENTION:
A HANDBOOK FOR JUDGES

với sự hỗ trợ của Tòa án Trọng tài Thường trực
Peace Palace, The Hague



LỜI NÓI ĐẦU

HỘI ĐỒNG TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

HƯỚNG DẪN CỦA ICCA VỀ DIỄN GIẢI CÔNG ƯỚC NEW YORK 1958:

SỔ TAY HƯỚNG DẪN CHO THẨM PHÁN

với sự hỗ trợ của Tòa án Trọng tài Thường trực
Peace Palace, The Hague



LỜI NÓI ĐẦU

Xuất bản bởi Hội đồng Trọng tài Thương mại Quốc tế

<www.arbitration-icca.org>

ISBN 978-90-817251-1-8

Bảo lưu mọi bản quyền.

© 2011 Hội đồng Trọng tài Thương mại Quốc tế

© 2011 Hội đồng Trọng tài Thương mại Quốc tế (ICCA). Bảo lưu mọi bản quyền. Hội đồng Trọng tài Thương mại Quốc tế (ICCA) khuyến khích sử dụng Hướng dẫn này cho mục đích đào tạo và thúc đẩy hoạt động trọng tài. Do vậy, ICCA cho phép sao chép Hướng dẫn này, với điều kiện là Hướng dẫn được sao chép một cách chính xác, không thay đổi và sử dụng trong các bối cảnh có thể gây hiểu sai về Hướng dẫn, và với điều kiện là nguồn tác giả và bản quyền của ICCA được công nhận rõ ràng.

Để có thêm thông tin, xin liên hệ với chúng tôi tại địa chỉ icca@pca-cpa.org.

LỜI NÓI ĐẦU CỦA GIÁO SƯ PIETER SANDERS VỚI TƯ CÁCH TỔNG BIÊN TẬP DANH DỰ

Công ước New York 1958 là công cụ đa phương thành công nhất trong lĩnh vực pháp luật thương mại quốc tế. Công ước là trung tâm của tập hợp các hiệp ước và luật trọng tài nhằm bảo đảm việc công nhận phán quyết trọng tài và thỏa thuận trọng tài. Tòa án trên khắp thế giới đã áp dụng và diễn giải Công ước này trong hơn năm mươi năm qua, theo cách ngày càng thống nhất và hài hòa hơn.

Năm 1958, tôi tham gia soạn thảo Công ước trong vai trò đại diện của Hà Lan. Chúng tôi bắt đầu làm việc với dự thảo đầu của Phòng Thương mại Quốc tế (ICC) năm 1955. Dự thảo của ICC quy định về việc thi hành phán quyết "quốc tế". Dự thảo này được trình bày cho Hội đồng Kinh tế và Xã hội Liên Hiệp Quốc (ECOSOC). ECOSOC sửa đổi dự thảo để áp dụng cho phán quyết "nước ngoài". Đây là dự thảo mà Hội nghị từ ngày 20 tháng 5 đến 10 tháng 6 năm 1958 đã sử dụng để xây dựng Công ước.

Dự thảo đã được sửa đổi và bổ sung và dẫn tới văn bản được gọi là "đề xuất Hà Lan". Một trong những sửa đổi là bỏ yêu cầu *công nhận lãnh sự* kép, vì vậy có thể nộp phán quyết để yêu cầu cho thi hành mà không cần có công bố về khả năng thi hành của tòa án của quốc gia nơi phán quyết được đưa ra. Một thay đổi khác là hạn chế các căn cứ để từ chối phán quyết xuống chỉ còn bảy căn cứ quy định tại Điều V và chuyển trách nhiệm cung cấp bằng chứng cho bên phản đối thi hành. Bảy căn cứ được quy định trong Công ước đã trở thành những căn cứ duy nhất để từ chối. Việc cung cấp bằng chứng là trách nhiệm của bên phản đối thi hành và danh sách đầy đủ những căn cứ để từ chối hiện được coi là những đặc điểm chính của Công ước.

Điều II của Công ước được bổ sung trong giai đoạn soạn thảo cuối cùng, cũng là kết quả của đề xuất Hà Lan. Điều này quy định rằng tòa

án sẽ chuyển các bên tới trọng tài khi một bên dựa trên một thỏa thuận trọng tài có hiệu lực. Các dự thảo trước đó chỉ quy định về việc cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài. Việc bổ sung quy định về thi hành thỏa thuận trọng tài có hiệu quả hơn cách quy định trước đây trong hai văn bản: Nghị định thư Geneva 1923 về Điều khoản trọng tài và Công ước Geneva 1927 về Thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài.

Để việc áp dụng Công ước New York được thống nhất và hài hòa, cần có một hệ thống ghi nhận các vụ kiện gần như trên khắp thế giới áp dụng Công ước. Đó là lý do tại sao việc xuất bản *Niên giám Trọng tài Thương mại ICCA* được bắt đầu vào năm 1976. Tôi đã là Tổng Biên tập của niên giám này. Kể từ thời điểm đó, ba mươi lăm cuốn niên giám đã được xuất bản. *Niên giám* cũng được cung cấp trực tuyến tại <www.Kluwerarbitration.com>. *Niên giám* đã ghi nhận 1.666 quyết định tòa án áp dụng Công ước New York từ 65 trong số 145 quốc gia gia nhập Công ước.

Công ước này có tính chất hướng đến tương lai. Giáo sư Matteucci, đại biểu của Italia tham dự Hội nghị, gọi Công ước là "một đổi mới can đảm". Công ước đã đứng vững trước thử thách của thời gian. Hơn năm mươi năm sau, chúng ta vẫn có thể trông đợi việc áp dụng hiệu quả các nội dung của công ước, và công ước vẫn phù hợp với công nghệ và thực tiễn hiện đại.

Luật Mẫu Trọng tài Thương mại Quốc tế do UNCITRAL (Ủy ban Liên Hiệp quốc về Luật Thương mại Quốc tế) ban hành năm 1985, và sửa đổi năm 2006, đã được áp dụng ở trên bảy mươi quốc gia. Một số quốc gia đã áp dụng Luật Mẫu mà không sửa đổi. Một số quốc gia khác ban hành luật trọng tài hiện đại trên cơ sở Luật Mẫu. Khi các quốc gia áp dụng luật trọng tài hiện đại, tòa án có thể dựa trên các quy định thuận lợi hơn cho việc thi hành theo quy định tại Điều VII của Công ước.

Những luật trọng tài hiện đại đó cũng có thể có các quy định về thủ tục thi hành phán quyết. Công ước này chỉ quy định các tài liệu cần nộp

cho tòa án (Điều IV) và quy định về việc không được áp dụng các điều kiện nghiêm ngặt hơn hay mức phí cao hơn so với việc cho thi hành phán quyết trong nước (Điều III). Ban thư ký UNCITRAL, cùng với Liên đoàn Luật sư Quốc tế, đã khảo sát những điều kiện này và quyết định trong Báo cáo năm 2008 rằng "có nhiều giải pháp khác nhau cho nhiều yêu cầu khác nhau về thủ tục điều chỉnh việc công nhận và cho thi hành phán quyết theo Công ước" (Báo cáo của Ủy ban Liên Hiệp quốc về Luật thương mại quốc tế A/63/17 đoạn 353, tr. 71) và khuyến nghị rằng Ban thư ký nghiên cứu để hướng đến việc xây dựng một hướng dẫn thi hành Công ước để thúc đẩy việc diễn giải và áp dụng thống nhất. Hướng dẫn này có thể đưa ra các nguyên tắc thống nhất cho quy trình thi hành.

Sáng kiến của ICCA trong việc xây dựng *Hướng dẫn của ICCA về Diễn giải Công ước New York 1958: Sổ tay Hướng dẫn cho Thẩm phán* là một bổ sung đáng mong đợi và đồng hành của *Cuốn Niên giám ICCA*. Hướng dẫn này đặt ra các câu hỏi cần được trả lời và đưa ra các bước tòa án cần tuân thủ khi áp dụng Công ước New York một cách ngắn gọn, rõ ràng và minh bạch, nêu bật xu hướng ủng hộ cho thi hành của Công ước. Tôi mong rằng Hướng dẫn này sẽ đóng vai trò là một công cụ hiệu quả trong việc thúc đẩy khẩu hiệu mà tôi đã nhắc lại trong nhiều trường hợp: *Công ước New York 1958 sống mãi, phát triển, và thịnh vượng*.

Pieter Sanders

Schiedam, tháng 4 năm 2011

LỜI NÓI ĐẦU

LỜI GIỚI THIỆU

Neil Kaplan

Ý tưởng về Hướng dẫn đối với Công ước về Công nhận và Cho thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài, thông qua tại New York ngày 10 tháng 6 năm 1958, được biết đến với tên Công ước New York, thực chất đã xuất hiện trong những năm đầu thập niên 90 khi tôi là thẩm phán duy nhất chịu trách nhiệm về các vụ việc Trọng tài và Xây dựng của Tòa án Tối cao Hồng Kông.

Trước khi trở thành thẩm phán tôi làm công việc liên quan đến trọng tài và Công ước New York trong vai trò luật sư hành nghề. Vì Công ước hiện áp dụng ở trên 145 Quốc gia và việc sử dụng trọng tài quốc tế đã tăng trưởng nhanh chóng trong 25 năm qua, tôi nghĩ tới tất cả những thẩm phán trên khắp thế giới có thể chưa quen thuộc với Công ước và cách diễn giải hiện hành của Công ước.

Tôi rất vui vì lo ngại của tôi đã được một số đồng nghiệp tại Hội đồng Trọng tài Thương mại Quốc tế (ICCA) chia sẻ và vui mừng khi họ đồng ý hỗ trợ viết Hướng dẫn này. Giáo sư Gabrielle Kaufmann-Kohler vừa là một học giả lỗi lạc giữ vị trí Chủ tịch Khoa Luật quốc tế Tư nhân tại Trường Đại học Tổng hợp Geneva vừa là một trọng tài viên quốc tế hoạt động mạnh mẽ, chuyên về tranh chấp đầu tư. Bà là cộng sự của Công ty Luật Levy Kaufmann-Kohler ở Geneva. Giáo sư Guido Tawil giữ vị trí chủ tịch Khoa Luật Hành chính tại Trường Đại học Luật Buenos Aires và là cộng sự cao cấp trong Công ty luật M & M Bomchil ở Buenos Aires. Ông cũng là một trọng tài viên có kinh nghiệm. Kim Rooney là cộng sự châu Á trong văn phòng Hồng Kông của White & Case và hiện đang hành nghề tại đoàn luật sư Hồng Kông. Marike Paulsson là đồng tác giả với Giáo sư Albert Jan van den Berg trong ấn bản lần hai các công trình hội thảo về Công ước New York (*Công ước*

Trọng tài New York of 1958 (Kluwer, 1981)). Bà là luật sư của công ty luật Hanotiau và Van den Berg tại Brussel. Chúng tôi đã được sự trợ giúp to lớn và hướng dẫn của nhóm biên tập bao gồm Judy Freedberg, Silvia Borelli và Alice Siegel, cả ba hiện hoặc đã từng chịu trách nhiệm về các ấn bản của ICCA.

Hướng dẫn này nhằm cung cấp nội dung chính của Công ước và hướng dẫn các thẩm phán xác định việc áp dụng Công ước liên quan đến phạm vi, diễn giải và áp dụng. Hướng dẫn này cung cấp các hướng dẫn ngắn gọn bằng ngôn ngữ dễ hiểu, đóng vai trò là một lộ trình dẫn tới nghiên cứu sâu rộng hơn, nếu cần thiết. Hướng dẫn này được thiết kế để cung cấp câu trả lời cho từng câu hỏi có thể phát sinh tại mọi thời điểm trong khi áp dụng Công ước, chứ không phải một công trình tham khảo toàn diện. Chúng tôi xin dành tặng Hướng dẫn này cho những thẩm phán, những người là một bộ phận không thể tách rời trong quá trình xây dựng Công ước này.

Hy vọng rằng Hướng dẫn này sẽ không chỉ thu hút sự quan tâm của các thẩm phán, mà cả sinh viên, giảng viên, và những người hành nghề trong lĩnh vực trọng tài. Chúng tôi nỗ lực hết mức để tránh những thảo luận mang tính hàn lâm, nhưng không phải lúc nào cũng có thể đạt được điều đó. Một số những vụ kiện hay thảo luận gây nhiều tranh cãi, thu hút sự quan tâm của giới nghiên cứu, nhưng lại không phải là mục tiêu quan tâm của việc áp dụng thông thường của Công ước. Mặc dù một số vụ kiện sẽ được tham chiếu tới nhằm minh họa những quan điểm nhất định, chúng tôi cố gắng hạn chế Hướng dẫn này ở những nguyên tắc cốt yếu.

Chúng tôi chỉ xem xét những khía cạnh chủ chốt của Công ước. Thông tin chuyên sâu hơn có thể được tìm kiếm trong công trình năm 1981 của Giáo sư Van den Berg và bản tái bản lần hai, dự kiến sẽ được xuất bản năm 2012. Một nguồn thông tin thông tin chi tiết nữa là các trích lục quyết định tòa án áp dụng Công ước và Chú giải của những quyết định tòa án này được xuất bản hàng năm kể từ năm 1976 trong

Niên giám Trọng tài Thương mại của ICCA, và các chương về áp dụng Công ước New York trong Sổ tay Quốc tế về Trọng tài Thương mại của ICCA.

Công ước New York dựa trên khuynh hướng ủng hộ việc cho thi hành. Công ước tạo điều kiện thuận lợi và bảo vệ việc cho thi hành thỏa thuận trọng tài và phán quyết trọng tài và nhờ đó góp phần phục vụ thương mại quốc tế và thương mại. Công ước quy định một biện pháp bổ sung về an ninh thương mại cho các bên tham gia các giao dịch có yếu tố nước ngoài.

Thành công của trọng tài thương mại quốc tế được xây dựng trên hai trụ cột bao gồm Công ước và Luật Mẫu UNCITRAL về Trọng tài thương mại quốc tế năm 1985 (và sửa đổi năm 2006) (xem toàn văn, Phụ lục I và II). Luật Mẫu cấu thành cơ sở cho các Quốc gia không có luật trọng tài có thể áp dụng luật sẵn có này hoặc dùng Luật Mẫu để thay thế một luật đã lỗi thời. Một số quốc gia khác đã ban hành luật mới, mặc dù không giống hệt Luật Mẫu, nhưng về cơ bản vẫn dựa trên Luật Mẫu.

Tất cả những điều này đã góp phần đáng kể cho sự hài hòa hóa luật pháp trọng tài quốc tế, tăng cường tính dễ dự báo và chắc chắn, là những yếu tố mà cộng đồng kinh doanh quốc tế mong muốn.

Tuy nhiên, sự phát triển cuối cùng của nguyên tắc pháp quyền, sự mở rộng của trọng tài quốc tế để giải quyết tranh chấp có yếu tố nước ngoài, và việc cho thi hành phán quyết phụ thuộc vào tòa án quốc gia chủ nhà.

Do vậy, chúng tôi hi vọng rằng Hướng dẫn này sẽ đóng vai trò nhỏ bé trong hỗ trợ các thẩm phán trên khắp thế giới tham gia vào quá trình hài hòa hóa liên tục này và áp dụng Công ước theo một cách thống nhất với câu chữ và tinh thần Công ước.

Trong Hướng dẫn này, trước tiên chúng tôi sẽ phác họa mục đích của Công ước với vai trò là một công cụ luật pháp quốc tế, bao gồm

việc áp dụng đối với thỏa thuận trọng tài cũng như đối với việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nhất định (Chương I). Chúng tôi cũng đề cập đến phạm vi và bản chất của thỏa thuận trọng tài và phán quyết trọng tài. Chúng tôi sẽ giải thích các quốc gia có thể hạn chế phạm vi của Công ước tới mức độ nào thông qua việc lựa chọn các hạn chế về có đi có lại và tính chất thương mại. Chúng tôi sẽ thảo luận mối quan hệ giữa Công ước, luật trong nước và các cơ chế thi hành khác, và bản chất của chuẩn mực pháp lý mà Công ước áp dụng cho các quốc gia ký kết. Chúng tôi sẽ giải thích nghĩa vụ quốc tế của một quốc gia tham gia ký kết trong việc tuân thủ Công ước, và những hậu quả tiềm tàng của việc không tuân thủ (Chương I).

Sau đó chúng tôi sẽ điểm lại các nguyên tắc của Công ước liên quan đến việc xem xét yêu cầu cho thi hành một thỏa thuận trọng tài (Chương II) và công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài (Chương III).

Phần lớn các vụ kiện đưa ra tòa án thường liên quan đến các vấn đề về bản thân thỏa thuận trọng tài hơn là các vấn đề về việc nộp đơn yêu cầu thi hành phán quyết. Các vấn đề liên quan đến việc thi hành thỏa thuận trọng tài, ngược với việc cho thi hành một phán quyết thực sự, có thể được đưa ra tòa án dưới hình thức gián tiếp. Ví dụ, một bên có thể nộp đơn yêu cầu tòa án trong nước chỉ định trọng tài viên trong trường hợp cơ chế đã thống nhất để chỉ định trọng tài viên bị phá vỡ hoặc không còn tồn tại. Trong khi xem xét thẩm quyền chỉ định trọng tài viên, tòa án cũng có thể được yêu cầu ra phán quyết về hiệu lực của thỏa thuận trọng tài, vì hiển nhiên đây là một điều kiện tất yếu trước khi chỉ định trọng tài viên. Vấn đề này cũng có thể phát sinh khi tòa án được đề nghị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời để hỗ trợ trọng tài.

Thẩm phán phải nhận thức được những vấn đề tiềm tàng này và Hướng dẫn này được hi vọng sẽ nâng cao nhận thức đó. Ở một số quốc gia, những người hành nghề có thể hiểu biết rất rõ về các vấn đề và khó khăn tiềm tàng phát sinh trong trọng tài quốc tế, nhưng ở một số quốc

gia khác, những người hành nghề như vậy vẫn còn hạn chế, tạo gánh nặng nhiều hơn cho việc thẩm phán phải phát hiện ra và tập trung vào những vấn đề có liên quan đối với Công ước. Hi vọng Hướng dẫn sẽ hỗ trợ được quá trình này.

ICCA hết sức vui mừng vì Giáo sư Pieter Sanders đã chấp thuận cung cấp Lời nói đầu với tư cách Tổng biên tập Danh dự của Hướng dẫn. Ông không chỉ là người đi đầu trong lĩnh vực trọng tài thương mại quốc tế trong nhiều năm, mà ở tuổi gần tới ngày sinh nhật thứ một trăm của mình, ông là thành viên duy nhất còn sống của ban soạn thảo Công ước. Do vậy, việc Hướng dẫn này được xuất bản dưới sự chỉ đạo của ông là hoàn toàn phù hợp.

Vài lời về ICCA

ICCA được thành lập vào tháng 5 năm 1961 bởi một nhóm nhỏ các chuyên gia và bạn bè trong lĩnh vực trọng tài thương mại quốc tế. Đây là một tổ chức phi chính phủ quốc tế có mục tiêu thúc đẩy và phát triển trọng tài, hòa giải và các hình thức giải quyết tranh chấp quốc tế khác. Thành viên của ICCA tới từ nhiều quốc gia và đều tham gia tích cực các hoạt động trọng tài quốc tế trong vai trò luật sư, trọng tài viên, học giả và thành viên tòa án.

Hai năm một lần, ICCA tổ chức Hội nghị cấp cao, một trong những sự kiện lớn nhất trong lịch sử hoạt động của trọng tài quốc tế. Hội nghị gần nhất được tổ chức vào tháng 5 năm 2010 ở Rio de Janeiro và thu hút trên 900 thành viên tham gia trên khắp thế giới. Hội nghị ICCA tiếp theo sẽ được tổ chức ở Singapore năm 2012.

ICCA không phải là một tổ chức trọng tài; ICCA không tiến hành xét xử trọng tài hay đóng vai trò cơ quan có thẩm quyền chỉ định. ICCA có lẽ được biết đến nhiều nhất với các ấn phẩm của mình, Kể từ năm 1976, trên 1.600 quyết định tòa án áp dụng Công ước New York, từ trên

60 quốc gia, đã được xuất bản trong cuốn *Niên giám Trọng tài Thương mại* của ICCA. *Sổ tay Quốc tế về Trọng tài Thương mại* bao gồm các báo cáo được liên tục cập nhật về luật và thông lệ trọng tài ở trên 70 quốc gia. *Bộ Hội nghị ICCA* xuất bản các bài viết của các sự kiện của ICCA.

Tất cả các ấn phẩm của ICCA cũng được cung cấp trực tuyến tại <www.kluwerarbitration.com> (yêu cầu đặt mua). Thông tin thêm về ICCA và các ấn phẩm của ICCA có thể được tìm thấy tại các trang web miễn phí tại <www.arbitration-icca.org>. Trang web ICCA cũng cung cấp công cụ tìm kiếm để lựa chọn các quyết định của tòa án dựa trên một danh sách các chủ đề.

MỤC LỤC TỔNG HỢP

LỜI TỰA , Giáo sư <i>Pieter Sanders</i> , <i>Tổng biên tập Danh dự</i>	v
GIỚI THIỆU , Neil Kaplan	ix
MỤC LỤC TỔNG HỢP	xv
<i>DANH MỤC VẤN ĐỀ CẦN KIỂM TRA DÀNH CHO THẨM PHÁN</i>	1
 <i>TỔNG QUAN</i>	 7
 <i>CHƯƠNG I</i>	 11
<i>CÔNG ƯỚC NEW YORK TRONG VAI TRÒ CÔNG CỤ PHÁP LUẬT QUỐC TẾ</i>	
I. GIẢI THÍCH	12
I.1. Giải thích Điều ước: Công ước Vienna	
I.2. Giải thích theo hướng có lợi cho việc công nhận và cho thi hành: Khuyến hướng ủng hộ thi hành	
II. PHẠM VI ÁP DỤNG TRỌNG YẾU	16
II.1. Phán quyết trọng tài	
II.1.1. Giải thích độc lập	
II.1.2. Cách tiếp cận của quy phạm pháp luật xung đột	
II.2. Thỏa thuận trọng tài	
III. PHẠM VI ÁP DỤNG THEO LÃNH THỔ	20
III.1. Phán quyết	
III.1.1. Phán quyết được ban hành trên lãnh thổ của một Quốc gia khác với Quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành được yêu cầu	
III.1.2. Phán quyết không phải là phán quyết trong nước	

III.2.	Thỏa thuận trọng tài	
IV.	BẢO LƯU	24
IV.1.	Có đi có lại (<i>Điều I(3) Câu đầu tiên</i>)	
IV.2.	Tính chất Thương mại (<i>Điều I(3) Câu thứ hai</i>)	
V.	MỐI QUAN HỆ VỚI LUẬT NỘI ĐỊA VÀ CÁC ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ KHÁC (ĐIỀU VII)	25
V.1.	Luật thuận lợi hơn	
V.2.	Công ước New York và Điều ước Quốc tế khác	
V.3.	Công ước New York và Luật Quốc Gia	
VI.	HẬU QUẢ CỦA VIỆC KHÔNG ÁP DỤNG CÔNG ƯỚC NEW YORK	29
VI.1.	Vi phạm Công ước New York	
VI.2.	Vi phạm Hiệp định Đầu tư	
VI.3.	Phán quyết không bị ảnh hưởng	

CHƯƠNG II

	<i>YÊU CẦU CHO THI HÀNH THỎA THUẬN TRỌNG TÀI</i>	33
I.	GIỚI THIỆU	36
II.	ĐẶC ĐIỂM CƠ BẢN CỦA CƠ CHẾ VỀ THỎA THUẬN TRỌNG TÀI TRONG CÔNG ƯỚC	37
II.1.	Thỏa thuận trọng tài được coi là có hiệu lực	
II.2.	Các bên tham gia thỏa thuận trọng tài có hiệu lực phải khởi kiện ra trọng tài	
II.3.	Làm thế nào để yêu cầu các bên "khởi kiện" ra trọng tài	
II.4.	Không <i>đương nhiên</i> chuyển tranh chấp ra trọng tài	

III. NHỮNG NGUYÊN TẮC ĐƯỢC CHẤP THUẬN CHUNG	38
III.1. Trọng tài viên có thẩm quyền tự quyết định thẩm quyền của chính mình	
III.2. Phạm vi xem xét lại của tòa án đối với phản đối về thẩm quyền của hội đồng trọng tài	
III.3. Điều khoản trọng tài thường không bị ảnh hưởng nếu Hợp đồng chính vô hiệu	
III.4. Thời hạn nộp đơn yêu cầu chuyển vụ việc tới trọng tài trong quá trình tố tụng tòa án	
III.5. Không cần xem xét thủ tục tố tụng trọng tài đang đồng thời diễn ra	
IV. CHỈ DẪN CHO ĐIỀU II	41
IV.1. Thỏa thuận trọng tài có thuộc phạm vi của Công ước không?	
IV.2. Thỏa thuận trọng tài có cần được chứng minh bằng văn bản không?	
IV.2.1. Cơ sở lý luận	
IV.2.2. Thực tiễn	
(i) Điều khoản trọng tài thuộc một văn bản được dẫn chiếu trong hợp đồng chính (vấn đề "đưa vào bằng dẫn chiếu")	
(ii) Điều khoản trọng tài trong hợp đồng không được ký nhưng sau đó được tất cả các bên thực hiện theo các điều khoản của văn bản đó	
• Đề nghị giao kết hợp đồng được gửi cùng với điều khoản trọng tài và đã được xác nhận. Tuy nhiên, việc xác nhận có bảo lưu chung hoặc các điều kiện kèm theo	
• Đề nghị giao kết hợp đồng có điều khoản trọng tài	

được một bên gửi cho bên kia, mặc dù không trả lời nhưng bên được gửi vẫn thực hiện hợp đồng

(iii) Thỏa thuận trọng tài có trong các trao đổi liên lạc điện tử

IV.3. Thỏa thuận trọng tài có tồn tại không và thỏa thuận đó có hiệu lực về nội dung không?

IV.3.1. Cơ sở lý luận

IV.3.2. Thực tiễn

(i) "Vô hiệu"

(ii) "Không có hiệu lực"

(iii) "Không thực hiện được"

- Trường hợp việc khởi kiện ra trọng tài là tùy chọn
- Trường hợp hợp đồng quy định về thẩm quyền của cả trọng tài cũng như tòa án
- Trường hợp các quy tắc tổ tụng trọng tài hoặc tổ chức trọng tài được chỉ định không chính xác
- Trường hợp không có bất kỳ quy định nào về cách chỉ định trọng tài viên ("điều khoản trống")

IV.4. Có tranh chấp không, Tranh chấp có phát sinh từ quan hệ pháp lý xác định không, Liệu có phải là quan hệ hợp đồng hay không, và Các Bên có ý định giải quyết tranh chấp cụ thể này bằng trọng tài không?

IV.4.1. Cơ sở lý luận

IV.4.2. Thực tiễn

- (i) Ngôn ngữ của điều khoản trọng tài có nên được giải thích theo nghĩa rộng không?
- (ii) Nếu thỏa thuận trọng tài có ngoại lệ đối với phạm vi của thỏa thuận trọng tài thì sao?

IV.5. Thỏa thuận trọng tài có hiệu lực ràng buộc các bên trong

tranh chấp trước tòa án không?

IV.5.1. Cơ sở lý luận

- (i) Thỏa thuận trọng tài chỉ ràng buộc các bên tham gia thỏa thuận đó
- (ii) Các bên không ký kết cũng có thể là các bên tham gia thỏa thuận trọng tài
- (iii) Làm thế nào để xác định *phạm vi chủ quan* của thỏa thuận trọng tài
- (iv) Luật áp dụng để xác định *phạm vi chủ quan* của thỏa thuận trọng tài

IV.5.2. Thực tiễn

- (i) Chính xác thì khi nào bị đơn có quyền khởi kiện ra trọng tài?
- (ii) Nếu tòa án xét thấy bị đơn không bị thỏa thuận trọng tài ràng buộc thì sao?

IV. 6. Tranh chấp cụ thể này có thể giải quyết bằng thể thức trọng tài không?

IV. 6.1. Chủ đề "Khả năng giải quyết bằng trọng tài" nghĩa là "có thể giải quyết bằng thể thức trọng tài"

IV.6.2. Luật áp dụng để xác định vấn đề có thể giải quyết bằng trọng tài

IV.6.3. Thỏa thuận trọng tài quốc tế phải tuân thủ tiêu chuẩn thống nhất về khả năng giải quyết bằng trọng tài

V. TÓM TẮT 64

CHƯƠNG III

***YÊU CẦU CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI* 67**

I. GIỚI THIỆU 69

II. GIAI ĐOẠN I – CÁC ĐIỀU KIỆN NGƯỜI NỘP ĐƠN 72

PHẢI ĐÁP ỨNG (ĐIỀU IV)

- II.1. Những tài liệu nào?
- II.2. Phán quyết được xác thực hay bản sao có chứng thực (*Điều IV(1)(a)*)
 - II.2.1. Xác thực
 - II.2.2. Chứng thực
- II.3. Thỏa thuận trọng tài gốc hay bản sao được chứng thực (*Điều IV(1)(b)*)
- II.4. Tại thời điểm nộp đơn
- II.5. Bản dịch (*Điều IV(2)*)

III. GIAI ĐOẠN II - CĂN CỨ ĐỂ TỪ CHỐI CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH (ĐIỀU V) - TỔNG QUAN 78

- III.1. Không xem xét lại nội dung tranh chấp
- III.2. Nghĩa vụ chứng minh các căn cứ đã được giới hạn của bị đơn
- III.3. Giới hạn Các căn cứ để từ chối công nhận và cho thi hành
- III.4. Giải thích hẹp về căn cứ từ chối
- III.5. Quyền tự quyết hạn chế đối với việc cho thi hành khi có căn cứ để từ chối

IV. CĂN CỨ ĐỂ TỪ CHỐI CHO THI HÀNH THUỘC NGHĨA VỤ CHỨNG MINH CỦA BỊ ĐƠN (ĐIỀU V(1)) 83

- IV.1. Căn cứ 1: Một bên không đủ năng lực và Thỏa thuận trọng tài vô hiệu (*Điều V(1)(a)*)
 - IV.1.1. Một bên không đủ năng lực
 - IV.1.2. Thỏa thuận trọng tài vô hiệu
- IV.2. Căn cứ 2: Không được thông báo đầy đủ và Vi phạm Nguyên tắc Tổ tụng Công bằng; Quyền được Xét xử Công bằng (*Điều V(1)(b)*)
 - IV.2.1. Quyền được Xét xử Công bằng
 - IV.2.2. Không được thông báo đầy đủ

IV.2.3.	Vi phạm Thủ tục Tổ tụng Hợp lệ: "Không thể Tham gia Tranh tụng"	
IV.3.	Căn cứ 3: Không thuộc hoặc Vượt quá Phạm vi của Thỏa thuận Trọng tài (<i>Điều V(1)(c)</i>)	
IV.4.	Căn cứ 4: Vi phạm quy định về thành phần hội đồng trọng tài hoặc thủ tục tổ tụng trọng tài (<i>Điều V(1)(d)</i>)	
IV.4.1.	Thành phần Hội đồng trọng tài	
IV.4.2.	Thủ tục tổ tụng Trọng tài	
IV.5.	Căn cứ 5: Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc, bị hủy hoặc đình chỉ (<i>Điều V(1)(e)</i>)	
IV.5.1.	Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc	
IV.5.2.	Phán quyết bị hủy hoặc đình chỉ	
	(i) Hủy phán quyết	
	(ii) Hậu quả của việc hủy phán quyết	
	(iii) Phán quyết "bị đình chỉ"	
V.	CĂN CỨ MẠC NHIÊN ĐỂ TÒA ÁN TỪ CHỐI CHO THI HÀNH (ĐIỀU V(2))	
V.1.	Căn cứ 6: Không thể giải quyết được bằng thể thức trọng tài (<i>Điều V(2)(a)</i>)	102
V.2.	Căn cứ 7: Trái với trật tự công (<i>Điều V(2)(b)</i>)	
V.2.1.	Ví dụ về công nhận và cho thi hành	
V.2.2.	Ví dụ về từ chối công nhận và cho thi hành	
VI.	KẾT LUẬN	109
	PHỤ LỤC	111
	Phụ lục I - Công ước New York 1958	111
	Phụ lục II - Luật Mẫu UNCITRAL về Trọng tài thương mại quốc tế	121
	Phụ lục III - Khuyến nghị UNCITRAL 2006	151
	Phụ lục IV- Các nguồn tài liệu trực tuyến	155

MỤC LỤC TỔNG HỢP

DANH MỤC VẤN ĐỀ CẦN KIỂM TRA DÀNH CHO CÁC THẨM PHÁN KHI ÁP DỤNG CÔNG ƯỚC NEW YORK

Danh mục này đặt ra các câu hỏi cần được giải đáp và các bước tòa án phải tiến hành khi áp dụng Công ước New York. Danh mục này không hoàn toàn đầy đủ và cần được sử dụng đồng thời với nội dung của Hướng dẫn.

I. Áp dụng Công ước

Nội dung của Công ước là gì?

- Công nhận và cho thi hành thỏa thuận trọng tài (Điều I và II)
- Công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài (Điều I, III- VII)

Tòa án nên giải thích Công ước như thế nào?

- Công ước Vienna Điều 31 và 32
- Giải thích có lợi cho việc công nhận và cho thi hành
- Điều VII cho phép áp dụng hiệp ước quốc tế hoặc luật nội địa thuận lợi hơn
- Việc không áp dụng làm phát sinh trách nhiệm quốc tế của Quốc gia

II. Yêu cầu công nhận và cho thi hành thỏa thuận trọng tài (Điều I và II)

Công ước có được áp dụng đối với yêu cầu này không?

- Quốc gia nơi nhận được đơn yêu cầu có tham gia Công ước New York không? (Điều I)
 - Ngày tham gia có hiệu lực?
 - Bảo lưu có đi có lại?
 - Bảo lưu thương mại?
- Quốc gia nơi nhận được đơn yêu cầu có luật thực thi không và luật đó có ảnh hưởng đến việc áp dụng Công ước không?

- Công ước có thể được áp dụng cho những hành động phụ trợ cho trọng tài?

Ví dụ:

- Chỉ định trọng tài viên?
- Yêu cầu biện pháp bảo đảm (conservatory measure)

Thỏa thuận trọng tài có thuộc phạm vi nội dung của Công ước không? (Điều II)

- Thỏa thuận trọng tài có cần được chứng minh bằng văn bản không? (Điều II(2))

Ví dụ:

- Thỏa thuận trọng tài được đưa vào bằng dẫn chiếu?
- Thỏa thuận trọng tài có được ngầm chấp thuận không?
- Thỏa thuận trọng tài có tồn tại không và thỏa thuận đó có hiệu lực về nội dung không? (Điều II(3))

Vô hiệu?

Không có hiệu lực?

Không thực hiện được?

- Có tranh chấp hay không?
- Tranh chấp có phát sinh từ quan hệ pháp lý xác định, dù theo hình thức hợp đồng hay không? (Điều II(1))
- Các bên có ý định giải quyết tranh chấp cụ thể này bằng trọng tài hay không?
- Thỏa thuận trọng tài có ràng buộc các bên tranh chấp trước tòa án không?
- Tranh chấp này có thể giải quyết bằng thể thức trọng tài không?

Thỏa thuận trọng tài có thuộc phạm vi lãnh thổ của Công ước hay không? (Điều I theo phép loại suy)

- Địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài ở nước ngoài?

- Phán quyết trong tương lai có được coi là phán quyết không phải trong nước tại quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành được yêu cầu?
- Có yếu tố quốc tế nào không?

Các yếu tố về thủ tục đã được đáp ứng chưa?

Ví dụ:

- Đã có bên nào yêu cầu đưa tranh chấp ra trọng tài chưa (không có yêu cầu *đương nhiên*)?
- Quy trình hiện tại có đủ tiêu chuẩn là tố tụng trọng tài chưa?
- Bên yêu cầu có đáp ứng các bước ban đầu?

Ví dụ:

- Giai đoạn lắng dịu?
- Hoà giải/ trung gian?
- Bên yêu cầu có từ bỏ quyền yêu cầu giải quyết bằng trọng tài?
- Có quyết định của một tòa án khác có thẩm quyền về cùng một vấn đề mà không thể bị xem xét lại lần nữa bởi tòa án không (*res judicata*)?

Luật áp dụng là luật gì?

Ví dụ:

- Hiệu lực pháp lý về sự hình thành và nội dung của thỏa thuận trọng tài?
- Năng lực của một bên?
- Không phải là bên ký kết thỏa thuận trọng tài?
- Khả năng giải quyết bằng thể thức trọng tài?

Có vấn đề nào nên được hội đồng trọng tài quyết định thay vì tòa án?

Liệu Tòa án có thể áp dụng Điều VII để cho phép viện dẫn quyền ưu tiên trong điều ước hoặc luật pháp quốc gia?

Nếu tất cả các yêu cầu trên đây đều được đáp ứng, tòa án *phải* yêu cầu các bên giải quyết tranh chấp bằng trọng tài.

III. Yêu cầu công nhận và cho thi hành Phán quyết trọng tài (Điều I, III - VII)

Quốc gia nơi nhận được đơn yêu cầu có tham gia Công ước New York không? (Điều I)

- Ngày tham gia có hiệu lực?

Quốc gia nơi nhận được đơn yêu cầu có luật thực thi không và luật đó có ảnh hưởng đến việc áp dụng Công ước không?

Công ước có áp dụng cho phán quyết không?

- Phán quyết có được tuyên ở lãnh thổ của Quốc gia khác?
- Phán quyết có không được coi là phán quyết trong nước tại quốc gia nơi nhận được đơn yêu cầu?
- Phán quyết phát sinh từ tranh chấp giữa các pháp nhân hay thể nhân?
- Nếu Quốc gia nơi nhận được đơn yêu cầu đã bảo lưu có đi có lại, thì Quốc gia nơi phán quyết được ban hành có phải là Quốc gia thành viên của Công ước?
- Nếu Quốc gia nơi nhận được đơn yêu cầu có bảo lưu thương mại thì vấn đề có mang tính "thương mại" hay không?
- Quy trình giải quyết tranh chấp có phải là trọng tài hay không?
- Quyết định đó có phải là phán quyết không?

Có điều ước nào khác hoặc luật nội địa nào khác thuận lợi hơn có thể áp dụng được không? (Điều VII)?

Liệu những yêu cầu về thủ tục mà Công ước không quy định đã được tuân thủ hay chưa?

Ví dụ:

- Thời hạn nộp đơn yêu cầu?
- Cơ quan có thẩm quyền?
- Hình thức yêu cầu?
- Phương thức tố tụng?
- Biện pháp phản đối quyết định cho phép hoặc từ chối cho thi hành?
- Khả năng bù trừ hoặc phản tố?

Người nộp đơn có nộp các tài liệu theo yêu cầu?

- Phán quyết có xác thực hay bản sao có chứng thực?
- Thỏa thuận trọng tài bản gốc hay bản sao có chứng thực?
- Có yêu cầu bản dịch không?
- Tài liệu có được nộp đúng hạn?
- Có yêu cầu tài liệu nào khác (không)?

Cách áp dụng căn cứ để từ chối công nhận và cho thi hành?

- Không xem xét lại nội dung vụ tranh chấp
- Bị đơn có nghĩa vụ chứng minh
- Các căn cứ để từ chối được liệt kê trong Công ước được giới hạn
- Các căn cứ để từ chối được giải thích theo nghĩa hẹp

Luật áp dụng là luật gì?

Ví dụ:

- Xác thực?
- Chứng thực?
- Một bên không đủ năng lực?
- Giá trị pháp lý của thỏa thuận trọng tài?
- Thành phần hội đồng trọng tài?
- Thủ tục trọng tài?

- Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc?
- Đình chỉ phán quyết?
- Vấn đề không giải quyết được bằng thể thức trọng tài?
- Vi phạm trật tự công?

Các căn cứ từ chối công nhận và cho thi hành có được chứng minh không?

- Một bên thiếu năng lực kí kết và thỏa thuận trọng tài vô hiệu?
- Không được thông báo đầy đủ hoặc vi phạm quy trình tố tụng hợp lệ?
- Phán quyết không thuộc hoặc nằm ngoài phạm vi thỏa thuận trọng tài?
- Vi phạm quy định về thành phần hội đồng trọng tài hoặc thủ tục tố tụng trọng tài?
- Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc, bị hủy hoặc đình chỉ?

Tòa án nhận thấy rằng có căn cứ để *đương nhiên từ chối công nhận* và cho thi hành?

- Nội dung tranh chấp không giải quyết được bằng thể thức trọng tài?
- Trái với trật tự công?

Áp dụng trật tự công quốc tế?

Một bên đã từ bỏ căn cứ để từ chối công nhận và cho thi hành?

Phạm vi mà tòa án có thể quyết định cho thi hành?

Thủ tục công nhận và cho thi hành có nên bị đình chỉ trong khi chờ thủ tục hủy? (Điều VI)

Nếu không có căn cứ để từ chối hoặc đình chỉ công nhận và cho thi hành, tòa án *phải* cho thi hành phán quyết.

TỔNG QUAN

Các thẩm phán được đề nghị áp dụng Công ước New York 1958 đối mặt với hai loại thách thức. Trước tiên, có những vấn đề phức tạp thường phát sinh liên quan đến các điều ước quốc tế từ khía cạnh thẩm phán trong nước. Thứ hai, đây là một Công ước kiểm tra tính khách quan của thẩm phán trong nước theo một cách riêng, bởi thường được một bên nước ngoài viện dẫn chống lại một bên trong nước. (Điều này đặc biệt đúng đối với việc cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài, thường được mang tới quốc gia của bên thua kiện, vì đó là nơi có tài sản của bên đó).

Nhận thức trên đặc biệt quan trọng. Công ước là nền tảng của trọng tài thương mại quốc tế, có vai trò then chốt đối với mức độ tin cậy của các giao dịch kinh doanh quốc tế. Công ước vạch ra một cơ chế phụ thuộc vào sự hợp tác của các tòa án quốc gia. Điểm cốt yếu của Công ước là sự tin cậy lẫn nhau. Nếu một số tòa án thể hiện sự thiên vị cho các bên mang quốc tịch nước mình thì mối quan hệ tương hỗ này bị tổn hại vì những tòa án khác cũng có thể làm theo gương xấu.

Mục đích của Hướng dẫn này là đưa ra những giải thích đơn giản về mục tiêu của Công ước, và cách giải thích nội dung Công ước theo thông lệ quốc tế tốt nhất trong năm mươi năm đầu tiên kể từ khi công ước ra đời.

Chúng ta bắt đầu từ câu hỏi rõ ràng nhất:

CÔNG ƯỚC NEW YORK CÓ NỘI DUNG GÌ?

Công ước New York có hai mục tiêu:

- Công nhận và cho thi hành thỏa thuận trọng tài (tham khảo mục I dưới đây; đồng thời tham khảo Chương II);
- Công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài (tham khảo mục II dưới đây; đồng thời tham khảo Chương III);

I. CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH THỎA THUẬN TRỌNG TÀI

Trọng tài là một quy trình đồng thuận. Trọng tài chỉ có thể tiến hành khi các bên thống nhất đưa tranh chấp ra giải quyết bằng trọng tài. Thỏa thuận để đưa tranh chấp ra trọng tài gọi là "thỏa thuận trọng tài".

Một thỏa thuận trọng tài có ảnh hưởng pháp lý tích cực và tiêu cực:

- Thỏa thuận trọng tài buộc các bên đưa tranh chấp ra giải quyết bằng trọng tài và trao thẩm quyền cho một hội đồng trọng tài giải quyết những tranh chấp thuộc phạm vi của thỏa thuận trọng tài (**ảnh hưởng tích cực**). Nếu một tranh chấp phát sinh thuộc phạm vi của thỏa thuận trọng tài, thì một trong các bên có thể đưa tranh chấp tới hội đồng trọng tài.
- Thỏa thuận trọng tài sẽ cản trở các bên giải quyết tranh chấp tại tòa án (**ảnh hưởng tiêu cực**). Bằng cách ký thỏa thuận trọng tài, các bên từ bỏ quyền sử dụng các biện pháp tư pháp. Một bên đã ký thỏa thuận trọng tài thì không được bỏ qua thỏa thuận này và yêu cầu tòa án giải quyết.

Công ước New York buộc các Quốc gia thành viên phải công nhận và cho thi hành những ảnh hưởng này. Những điều kiện mà một tòa án phải thực hiện được thảo luận tại Chương II của Hướng dẫn này.

II. CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI

Vụ kiện trọng tài kết thúc với phán quyết chung thẩm của hội đồng trọng tài. Ngoài ra, trong quá trình giải quyết bằng trọng tài, trọng tài

viên có thể đưa ra phán quyết tạm thời, ví dụ như phán quyết về thẩm quyền hoặc về trách nhiệm. Tất cả đều chịu sự điều chỉnh của Công ước New York (tham khảo Chương I).

Hầu hết các hệ thống pháp luật đều trao cho phán quyết trọng tài hiệu lực giống hoặc tương tự với bản án của tòa án, đặc biệt là hiệu lực đối với *vấn đề đã được giải quyết bởi cơ quan có thẩm quyền*. Cũng giống như bản án của tòa án, tính chung thẩm và ràng buộc của một phán quyết về nguyên tắc chỉ giới hạn trong lãnh thổ của Quốc gia nơi phán quyết được ban hành. Công ước New York quy định việc công nhận và cho thi hành phán quyết *bên ngoài* lãnh thổ đó.

Việc **công nhận** phán quyết trọng tài là quá trình biến phán quyết trọng tài trở thành một phần của hệ thống pháp luật quốc gia. Việc công nhận thường được thực hiện bằng một thủ tục tố tụng khác. Ví dụ, một bên sẽ yêu cầu công nhận một phán quyết trọng tài nhằm bảo vệ *một vấn đề đã được giải quyết chung thẩm* và do vậy ngăn chặn việc kiện tụng lại tại tòa án về những vấn đề đã được trọng tài nước ngoài giải quyết, hoặc một bên sẽ yêu cầu bù trừ trong tố tụng tòa án trên cơ sở một phán quyết trọng tài nước ngoài. Vì việc công nhận thường đóng vai trò như cơ chế tự bảo vệ, việc này thường được mô tả như một lá chắn.

Ngược lại, **việc thi hành** là một thanh gươm. Bên thắng trong vụ kiện trọng tài sẽ yêu cầu đạt được những gì mà hội đồng trọng tài đã tuyên cho họ. Sự thật là hầu hết các phán quyết được tuân thủ trên tinh thần tự nguyện. Tuy nhiên, khi bên thua không tuân thủ, bên chiếm ưu thế có thể yêu cầu tòa án hỗ trợ cưỡng chế thi hành. Công ước New York cho phép các bên yêu cầu tòa án hỗ trợ như vậy.

Nói cách khác, việc công nhận và cho thi hành có thể làm cho phán quyết có hiệu lực ở một quốc gia khác với quốc gia nơi phán quyết được ban hành (tham khảo Chương I). Khi một tòa án tuyên bố một phán quyết có thể thi hành tại *Quốc gia nơi nhận được đơn yêu cầu*, bên chiếm ưu thế có thể viện đến các biện pháp thi hành sẵn có theo luật nội địa.

TỔNG QUAN

CHƯƠNG I

CÔNG ƯỚC NEW YORK TRONG VAI TRÒ CÔNG CỤ PHÁP LUẬT QUỐC TẾ

MỤC LỤC

I. GIẢI THÍCH

- I.1. Giải thích Điều ước: Công ước Vienna
- I.2. Giải thích có lợi cho việc công nhận và cho thi hành:
Khuynh hướng ủng hộ thi hành

II. PHẠM VI ÁP DỤNG TRỌNG YẾU

- II.1. Phán quyết trọng tài
 - II.1.1. Giải thích độc lập
 - II.1.2. Cách tiếp cận của quy phạm pháp luật xung đột

- II.2. Thỏa thuận trọng tài

III. PHẠM VI ÁP DỤNG VỀ LÃNH THỔ

- III.1. Phán quyết
 - III.1.1. Phán quyết được ban hành trên lãnh thổ của một Quốc gia khác với Quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành đang được yêu cầu

- III.1.2. Phán quyết không phải là phán quyết trong nước

- III.2. Thỏa thuận trọng tài

IV. BẢO LƯU

- IV.1. Có đi có lại (*Điều I(3) Câu đầu tiên*)
- IV.2. Tính chất Thương mại (*Điều I(3) Câu thứ hai*)

V. MỐI QUAN HỆ VỚI LUẬT NỘI ĐỊA VÀ CÁC ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ KHÁC (ĐIỀU VII)

- V.1. Luật thuận lợi hơn
- V.2. Công ước New York và Điều ước Quốc tế khác
- V.3. Công ước New York và Luật trong nước
- VI. **HẬU QUẢ CỦA VIỆC KHÔNG ÁP DỤNG CÔNG ƯỚC NEW YORK**
- VI.1. Vi phạm Công ước New York
- VI.2. Vi phạm Hiệp định Đầu tư
- VI.3. Phán quyết không bị ảnh hưởng

I. GIẢI THÍCH

Công ước New York là một điều ước quốc tế. Như vậy, Công ước này là bộ phận của công pháp quốc tế. Do vậy, các tòa án được yêu cầu áp dụng Công ước phải giải thích Công ước theo đúng quy tắc giải thích luật pháp quốc tế, được hệ thống hóa tại Điều 31 và 32 Công ước Vienna về Luật Điều ước quốc tế.¹

1 Công ước Vienna về Luật Điều ước quốc tế, được ban hành tại Vienna ngày 23 tháng 5 năm 1969, có hiệu lực ngày 27 tháng 1 năm 1980, *Các Hiệp ước* của Liên hợp quốc, tập 1155, tr. 331. Điều 31 quy định:

"Quy tắc chung về việc giải thích

1. Một điều ước cần được giải thích với thiện chí phù hợp với nghĩa thông thường được nêu của những thuật ngữ trong điều ước trong theo ngữ cảnh của chúng và chú trọng đến đối tượng và mục đích của điều ước.

2. Phần nội dung để giải thích một điều ước, ngoài chính nội dung văn bản, lời nói đầu và các phụ lục sẽ bao gồm:

(a) mọi thỏa thuận liên quan đến điều ước đã được tất cả các bên tham gia tán thành khi ký kết điều ước;

(b) mọi văn kiện do một hoặc nhiều bên đưa ra khi ký kết điều ước và được các bên khác chấp thuận là một văn kiện có liên quan đến điều ước.

3. Cùng với nội dung văn bản, sẽ phải tính đến:

(a) mọi thỏa thuận sau này giữa các bên về việc giải thích điều ước hoặc về việc thi hành các quy định của điều ước;

(b) mọi thực tiễn sau này trong việc thực hiện điều ước được các bên thỏa thuận liên quan

Điều 31 và 32 phải được tuân thủ theo đúng trình tự: chẳng hạn, nếu không xác định được rõ ý nghĩa bằng cách dựa vào quy tắc chung quy định tại Điều 31, có thể dựa vào quy tắc bổ sung tại Điều 32. Không được áp dụng quy tắc giải thích trong nước. Theo luật pháp quốc tế, các tòa án phải giải thích Công ước New York một cách độc lập (tham khảo Chương này tại mục I.1 dưới đây) và có lợi cho việc công nhận và cho thi hành (tham khảo Chương này tại mục I.2 dưới đây).

I.1. GIẢI THÍCH ĐIỀU ƯỚC: CÔNG ƯỚC VIENNA

Về nguyên tắc, thuật ngữ được sử dụng trong Công ước có ý nghĩa độc lập (Điều 31 Công ước Vienna). Nếu nội dung của Công ước New York không rõ ràng, cần dựa vào ngữ cảnh, ý chí và *các văn bản trong quá trình chuẩn bị ký kết* (Điều 31 và 32 Công ước Vienna).² Các thuật ngữ phải được hiểu trên cơ sở có cân nhắc ngữ cảnh và mục đích của Công ước. Do vậy, các tòa án không được giải thích các thuật ngữ của Công ước New York bằng cách dựa vào luật pháp nội địa. Thuật ngữ của Công ước phải có cùng nghĩa dù được áp dụng ở bất kỳ quốc gia nào trên thế giới. Điều này giúp đảm bảo tính thống nhất trong việc áp dụng Công ước ở tất cả các Quốc gia thành viên.

Ở những quốc gia đã triển khai Công ước trong hệ thống pháp luật

đến việc giải thích điều ước;

(c) mọi quy tắc thích hợp của luật pháp quốc tế áp dụng trong quan hệ giữa các bên.

4. Một thuật ngữ sẽ được hiểu với nghĩa riêng biệt nếu có sự xác định rằng đó là ý định của các bên.”

Điều 32 quy định rằng:

“Những cách giải thích bổ sung

Có thể dựa thêm vào những cách giải thích bổ sung, kể cả những công việc chuẩn bị cho điều ước và hoàn cảnh ký kết điều ước, nhằm khẳng định nghĩa theo như việc thi hành Điều 31, hoặc để xác định nghĩa khi giải thích phù hợp với điều 31:

(a) Khi nghĩa là mập mờ hay khó hiểu; hoặc

(b) Khi dẫn đến một kết quả rõ ràng là phi lý hoặc không hợp lý.

- 2 Công ước được lập bằng năm ngôn ngữ chính thức: tiếng Trung Quốc, Anh, Pháp, Nga, và Tây Ban Nha

bằng một đạo luật thi hành thì việc quan tâm đến thuật ngữ của Công ước là điều quan trọng. Trong một số trường hợp, các quốc gia này thay đổi thuật ngữ của Công ước.³ Không may, án lệ hiện hành đôi khi không thống nhất trong việc áp dụng Công ước và do đó không phải lúc nào cũng cung cấp được một hướng dẫn hữu ích. Trong trường hợp đó, các tòa án luôn phải giải thích Công ước New York theo hướng ủng hộ cho việc thi hành. Các tòa án cũng có thể dựa trên những bài viết của các học giả như bình luận về Công ước New York của Giáo sư Albert Jan van den Berg.⁴

I.2. GIẢI THÍCH THEO HƯỚNG CÓ LỢI CHO VIỆC CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH: KHUYNH HƯỚNG ỦNG HỘ THI HÀNH

Như đề cập trên đây, các điều ước cần được giải thích theo mục tiêu và mục đích của chúng. Mục đích của Công ước New York là thúc đẩy thương mại quốc tế và giải quyết tranh chấp quốc tế bằng trọng tài. Công ước hướng đến việc tạo điều kiện thuận lợi cho việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài và cho thi hành thỏa thuận trọng tài. Do vậy, các tòa án nên áp dụng cách tiếp cận theo hướng ủng hộ cho thi hành khi giải thích Công ước.

Nếu có thể có nhiều cách giải thích thì tòa án nên lựa chọn cách giải thích có lợi cho việc công nhận và cho thi hành (gọi là **khuynh hướng ủng hộ cho thi hành**). Điều này ngụ ý cụ thể rằng các căn cứ để từ chối cho thi hành quy định tại Điều V phải được hiểu theo nghĩa hẹp (tham

3 Tham khảo báo cáo về Khảo sát Liên quan đến Pháp luật Thi hành Công ước về Công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài (New York 1958). Chú thích của Ban Thư ký UNCITRAL. A/CN.9/656 and A/CN.9/656/Add.1, 05/06/2008.

4 Albert Jan van den Berg, Công ước 1958 Trọng tài New York - Hướng đến tính thống nhất trong giải thích tư pháp (Kluwer, 1981); tham khảo thêm Tổng hợp Bình luận của Giáo sư van den Berg về Công ước New York 1958 trong Tập XXVIII (2003) của Niên giám Trọng tài Thương mại, từ Tập XXII (1997) đến Tập XXVII (2002), và Tổng hợp Bình luận về Công ước New York 1958 trong Tập XXI (1996) của Niên giám Trọng tài Thương mại, từ Tập XX (1995) và Tập XXI (1996).

khảo Chương III tại mục III.4).⁵

Cùng với khuynh hướng ủng hộ cho thi hành là một xu hướng quan trọng trong việc giải thích Công ước New York, **nguyên tắc hiệu quả tối đa** cũng được áp dụng: nếu có thể áp dụng thêm các điều ước khác thì tòa án cần áp dụng điều ước mà theo đó phán quyết có thể được cho thi hành. Điều này được phản ánh tại Điều VII (tham khảo Chương này, mục V.2).

Trong một vụ tranh chấp tại Tòa án Tối cao Tây Ban Nha,⁶ có hai điều ước có thể được áp dụng để xác định khả năng thi hành phán quyết: một điều ước song phương giữa Pháp và Tây Ban Nha và Công ước New York. Tòa án Tây Ban Nha tuyên rằng, một trong số hai nguyên tắc liên quan đến việc xác định sẽ áp dụng Điều ước Song phương hay Công ước là:

“... nguyên tắc hiệu quả tối đa hay thuận lợi hơn đối với việc công nhận quyết định nước ngoài. [Cùng với những nguyên tắc liên quan khác, dẫn tới việc Tòa án kết luận về việc áp dụng quy định trong Công ước] thiết lập giả định về hiệu lực và hiệu quả của cả thỏa thuận trọng tài và phán quyết và quyết định trọng tài liên quan [và] do đó chuyển nghĩa vụ chứng minh cho bên phải thực hiện phán quyết trọng tài.”

5 Một tòa án nhận được đơn yêu cầu cho thi hành một phán quyết theo Công ước không có thẩm quyền xem xét lại quyết định của hội đồng trọng tài về nội dung và thay thế bằng quyết định của mình, thậm chí cả khi tòa án tin rằng hội đồng trọng tài có nhầm lẫn về tình tiết khách quan hay về việc áp dụng pháp luật. Việc cho thi hành không phải là việc kháng cáo quyết định trọng tài (tham khảo Chương III tại mục III.1).

6 *Tây Ban Nha: Tòa án Tối cao Tây Ban Nha, Phòng Dân sự, Phần một*, 20 tháng 7 năm 2004 (*Antilles Cement Corporation với Transfitem*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXI (2006) tr. 846-852 (Tây Ban Nha 46).

II. PHẠM VI ÁP DỤNG TRỌNG TÀI

Để xác định liệu một phán quyết hay thỏa thuận cụ thể có thuộc phạm vi đối tượng của Công ước hay không, tòa án cần chắc chắn xem liệu thỏa thuận hay phán quyết đó có phải là thỏa thuận trọng tài hay phán quyết trọng tài không.

II.1. PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI

Không có định nghĩa về thuật ngữ "phán quyết trọng tài" trong Công ước. Do đó, tòa án có quyền quyết định thuật ngữ này có nghĩa là gì cho mục đích của Công ước. Tòa án phải làm việc này theo hai bước:

1. Thứ nhất, tòa án phải đánh giá xem liệu tranh chấp đó đã được khởi kiện ra trọng tài và giải quyết bằng thể thức *trọng tài* chưa. Không phải tất cả các phương pháp giải quyết tranh chấp ngoài tòa án đều được coi là trọng tài. Có nhiều cơ chế giải quyết tranh chấp liên quan đến các cá nhân không có cùng đặc điểm như thể thức trọng tài. Ví dụ như hoà giải, trung gian hoặc quyết định của chuyên gia. Công ước New York chỉ áp dụng đối với thể thức trọng tài.
2. Thứ hai, tòa án phải đánh giá xem liệu quyết định đó có phải là *phán quyết hay không*. Hội đồng trọng tài có thể ban hành nhiều loại quyết định. Một số quyết định là phán quyết, số còn lại thì không.

Các tòa án áp dụng hai phương pháp khác nhau để xác định ý nghĩa của thuật ngữ "trọng tài" và "phán quyết". Họ chọn một trong hai phương thức (1) giải thích độc lập hoặc (2) tham chiếu đến luật quốc gia sử dụng phương pháp quy phạm xung đột pháp luật.

II.1.1. Giải thích độc lập

Bước đầu tiên là tìm hiểu xem quy trình đang được xem xét có được coi là là tổ tụng *trọng tài* hay không. Thể thức trọng tài là một phương thức

giải quyết tranh chấp trong đó các bên thống nhất đưa tranh chấp ra một bên thứ ba là bên sẽ đưa ra quyết định chung thẩm và có tính ràng buộc thay vì đưa ra tòa án.

Định nghĩa này nhấn mạnh ba đặc điểm chính của trọng tài. Thứ nhất, trọng tài có sự đồng thuận vì dựa trên thỏa thuận của các bên. Thứ hai, trọng tài dẫn tới biện pháp giải quyết tranh chấp có tính chung thẩm và ràng buộc. Thứ ba, trọng tài được coi là phương thức thay thế tổ tụng tòa án.

Bước thứ hai là đánh giá xem liệu quyết định đang được xem xét có phải là *phán quyết* hay không. *Phán quyết* là quyết định kết thúc toàn bộ hoặc một phần vụ kiện trọng tài hoặc quyết định về một vấn đề sơ bộ mà việc giải quyết vấn đề đó là cần thiết để đi đến quyết định cuối cùng. Một phán quyết sẽ giải quyết *chung thẩm* các vấn đề mà nó cần phải giải quyết. Thậm chí nếu sau đó hội đồng muốn đưa ra một kết luận khác, vấn đề này cũng không thể được xem xét lại hoặc sửa đổi.

Do vậy, các quyết định trọng tài sau đây được coi là phán quyết:

- Phán quyết chung thẩm, nghĩa là phán quyết kết thúc một vụ kiện trọng tài. Một phán quyết giải quyết tất cả các yêu cầu về nội dung là phán quyết chung thẩm. Một phán quyết phủ nhận thẩm quyền của hội đồng trọng tài đối với một tranh chấp cũng là phán quyết chung thẩm;
- Phán quyết từng phần, nghĩa là phán quyết đưa ra quyết định chung thẩm đối với từng phần của tranh chấp và để những yêu cầu còn lại cho giai đoạn tố tụng trọng tài tiếp theo. Một phán quyết giải quyết tranh chấp về chi phí phụ trội trong một vụ kiện trọng tài xây dựng và để lại phần yêu cầu về thiệt hại do các sai sót và chậm tiến độ đến giai đoạn tố tụng sau đó là phán quyết từng phần (thuật ngữ này đôi khi cũng được sử dụng cho nhóm dưới đây, tuy nhiên để hiểu rõ hơn thì nên phân biệt giữa hai thuật ngữ này);

- Phán quyết sơ bộ, đôi khi cũng được gọi là phán quyết tạm thời, nghĩa là phán quyết quyết định một vấn đề sơ bộ cần thiết để xử lý yêu cầu của các bên, như quyết định về việc liệu một yêu cầu có hết thời hiệu khởi kiện không, luật nào điều chỉnh về nội dung yêu cầu đó, hoặc liệu có trách nhiệm pháp lý hay không;
- Phán quyết về chi phí, nghĩa là phán quyết xác định số tiền và phân bổ chi phí trọng tài;
- Phán quyết đồng thuận, nghĩa là phán quyết ghi nhận việc các bên hòa giải thành.

Một phán quyết vắng mặt có nghĩa là khi một bên không tham gia cũng được coi là phán quyết nếu thuộc một trong những loại trên.

Ngược lại, những quyết định sau đây thường không được coi là phán quyết:

- Các mệnh lệnh về thủ tục, nghĩa là các quyết định chỉ nhằm tổ chức quá trình tiến hành tố tụng;
- Quyết định về biện pháp tạm thời hoặc biện pháp khẩn cấp tạm thời. Vì những quyết định này chỉ được ban hành trong giai đoạn tố tụng trọng tài và có thể được xem xét lại trong quá trình đó, các biện pháp tạm thời không phải là phán quyết. Có những Tòa án đã tuyên ngược lại dựa trên lý thuyết rằng những quyết định đó chấm dứt tranh chấp của các bên bằng các biện pháp tạm thời, nhưng điều này không thuyết phục: các bên đã không thỏa thuận sử dụng trọng tài để giải quyết các vấn đề về thủ tục trọng tài.

Như vậy, tên mà hội đồng trọng tài đặt cho quyết định của họ không mang tính quyết định. Để xác định xem một quyết định có phải là phán quyết hay không, Tòa án phải xem xét nội dung của quyết định và việc liệu quyết định đó có giải quyết chung thẩm vấn đề.

II.1.2. *Cách tiếp cận theo phương pháp quy phạm pháp luật xung đột*

Nếu thay vì sử dụng phương pháp chủ động thường được ưa thích cho tất cả những câu hỏi trên đây tòa án phải tham chiếu luật pháp quốc gia, tòa án phải bắt đầu bằng cách quyết định luật quốc gia nào sẽ điều chỉnh định nghĩa phán quyết trọng tài. Nói cách khác, tòa án sẽ áp dụng phương pháp quy phạm pháp luật xung đột. Tòa có thể áp dụng hoặc chính luật của tòa án (*lex fori*) trong nước mình hoặc luật điều chỉnh tố tụng trọng tài (*lex arbitri*). Luật điều chỉnh tố tụng trọng tài thường sẽ là luật của nước nơi có địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, chứ ít khi là luật mà các bên lựa chọn để điều chỉnh tố tụng trọng tài (đây không phải là hợp đồng hoặc nội dung của tranh chấp, đó là vấn đề khác).

II.2. THỎA THUẬN TRỌNG TÀI

Điều II (1) của Công ước New York làm rõ rằng công ước áp dụng cho những thỏa thuận "bằng văn bản theo đó các bên cam kết đưa ra trọng tài để giải quyết mọi tranh chấp đã hoặc có thể phát sinh giữa các bên từ một quan hệ pháp lý xác định, dù là quan hệ hợp đồng hay không".

Việc sử dụng từ "đã hoặc có thể phát sinh" thể hiện rằng Công ước điều chỉnh cả điều khoản trọng tài trong các hợp đồng và, một mặt giải quyết các tranh chấp trong tương lai, mặt khác giải quyết các thỏa thuận quy định về việc giải quyết các tranh chấp hiện tại bằng trọng tài.

Theo Điều II(1), thỏa thuận trọng tài phải liên quan đến một quan hệ pháp lý cụ thể. Yêu cầu này chắc chắn được đáp ứng đối với điều khoản trọng tài trong một hợp đồng liên quan đến các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng đó. Ngược lại, yêu cầu này sẽ không được đáp ứng nếu các bên phải đưa ra trọng tài mọi tranh chấp hiện tại và tương lai về bất kỳ vấn đề tiềm tàng nào.

Các tranh chấp chịu sự điều chỉnh của thỏa thuận trọng tài có thể liên quan đến hợp đồng và các tranh chấp khác như bồi thường thiệt

hại ngoài hợp đồng hay khiếu nại khác theo luật định.

Cuối cùng, Công ước yêu cầu thỏa thuận trọng tài phải "bằng văn bản", là một yêu cầu được xác định tại Điều II(2) và được thảo luận trong Chương II.

III. PHẠM VI ÁP DỤNG THEO LÃNH THỔ

Điều I(1) xác định phạm vi áp dụng theo lãnh thổ của Công ước New York liên quan đến phán quyết trọng tài như sau:

"Công ước này áp dụng đối với việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài được ban hành tại lãnh thổ của một Quốc gia khác với Quốc gia nơi có yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài đó, xuất phát từ các tranh chấp giữa các thể nhân hay pháp nhân. Công ước còn được áp dụng cho những phán quyết trọng tài không được coi là phán quyết trong nước tại Quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành những phán quyết đó được yêu cầu."

Theo đó, Công ước chỉ giải quyết việc công nhận và cho thi hành *phán quyết trọng tài nước ngoài và phán quyết không phải phán quyết trọng tài trong nước* (tham khảo mục III.1 Chương này). Công ước không áp dụng cho việc công nhận và cho thi hành phán quyết trong nước. Công ước không có điều khoản tương tự liên quan đến thỏa thuận trọng tài. Tuy nhiên, có hiểu biết chung rằng Công ước chỉ áp dụng cho thỏa thuận trọng tài "nước ngoài" hoặc quốc tế (tham khảo Chương II).

III.1. PHÁN QUYẾT

III.1.1. *Phán quyết được ban hành trên lãnh thổ của một Quốc gia khác với Quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành được yêu cầu*

Bất kỳ phán quyết nào được ban hành tại một Quốc gia khác với Quốc gia của tòa án công nhận hoặc cho thi hành đều thuộc phạm vi của Công

ước, nghĩa là phán quyết nước ngoài. Vì vậy, quốc tịch, nơi thường trú hoặc nơi cư trú của các bên không liên quan đến việc xác định liệu một phán quyết có phải là phán quyết nước ngoài hay không. Tuy nhiên, những yếu tố này có thể có vai trò quan trọng khi xác định liệu một thỏa thuận trọng tài có thuộc phạm vi của Công ước hay không (tham khảo Chương II và Chương III). Hơn nữa, Quốc gia nơi phán quyết được ban hành không nhất thiết phải tham gia Công ước (trừ trường hợp Quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành được yêu cầu đưa ra bảo lưu có đi có lại; tham khảo Chương này, mục IV.1).

Phán quyết được ban hành ở đâu? Công ước không trả lời câu hỏi này. Đa số các Quốc gia thành viên cho rằng phán quyết được ban hành tại địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài được các bên chọn, hoặc do trung tâm trọng tài hoặc hội đồng trọng tài chọn. Đây là một khái niệm pháp lý, chứ không phải vật lý hay địa lý. Các phiên xét xử, thảo luận và ký phán quyết và các phần khác của tố tụng trọng tài có thể diễn ra ở nơi khác.

III.1.2. Phán quyết không phải là phán quyết trong nước

Nhóm phán quyết thứ hai thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước là những phán quyết không được coi là phán quyết trong nước ở Quốc gia nơi việc công nhận hoặc cho thi hành được yêu cầu. Nhóm này mở rộng phạm vi áp dụng của Công ước.

Công ước không định nghĩa loại phán quyết “không phải là phán quyết trong nước”. Rất hiếm khi, chính các bên đã chỉ ra rằng liệu phán quyết giữa họ không phải là phán quyết trong nước. Do đó, mỗi Quốc gia Thành viên được tự do quyết định phán quyết nào không được coi là trong nước và có thể đã có quy định về nội dung này trong luật thực hiện Công ước.⁷

⁷ Ví dụ, Đạo luật Trọng tài Liên bang Hoa Kỳ (Mục 9, Chương 2) đã đưa ra quy định sau đây liên quan đến “phán quyết không phải là phán quyết trong nước”:

Khi thực hiện quyền tự do này, các Quốc gia thường coi tất cả hoặc một số trong những phán quyết sau đây không phải là phán quyết trong nước:

- Phán quyết được tuyên theo luật trọng tài của một Quốc gia khác;
- Phán quyết liên quan đến yếu tố nước ngoài;
- Phán quyết không áp dụng luật trọng tài quốc gia.

Loại phán quyết đầu tiên sẽ chỉ phát sinh liên quan đến một vụ kiện trọng tài có địa điểm giải quyết tại Quốc gia của tòa án có thẩm quyền công nhận hoặc cho thi hành nhưng chịu sự điều chỉnh của luật trọng tài nước ngoài. Đây là trường hợp hiếm khi xảy ra vì trường hợp này ngụ ý rằng luật trong nước của tòa án công nhận hoặc cho thi hành cho phép các bên đưa vụ kiện trọng tài ra giải quyết bằng *luật pháp của quốc gia khác* chứ không phải luật của địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài.

Nhóm hai đề cập đến các phán quyết được đưa ra ở Quốc gia của tòa án công nhận hoặc cho thi hành trong một tranh chấp liên quan đến khía cạnh nước ngoài, như quốc tịch hoặc nơi thường trú của các bên hoặc nơi thực hiện hợp đồng làm phát sinh tranh chấp. Các tiêu chí để một phán quyết được coi là không phải là phán quyết trong nước theo nhóm này thường được các Quốc gia thiết lập trong văn bản thực thi pháp luật (tham khảo chú thích số 7, ví dụ về Hoa Kỳ). Rất hiếm khi các

"Điều 202. Thỏa thuận hoặc phán quyết thuộc phạm vi áp dụng của Công ước.

Một thỏa thuận trọng tài hoặc phán quyết trọng tài phát sinh từ một quan hệ pháp lý, dù là quan hệ hợp đồng hay không, được coi là quan hệ thương mại, bao gồm một giao dịch, hợp đồng, hoặc thỏa thuận được mô tả tại phần 2 của mục này, thuộc phạm vi áp dụng của Công ước. Một thỏa thuận hoặc phán quyết phát sinh từ quan hệ như vậy hoàn toàn giữa các công dân của Hoa Kỳ sẽ được coi là không thuộc phạm vi áp dụng của Công ước trừ trường hợp quan hệ đó liên quan đến tài sản ở nước ngoài, dự kiến có hoạt động hoặc thi hành ở nước ngoài, hoặc có mối quan hệ hợp lý khác với một trong những quốc gia nước ngoài. Cho mục đích của phần này, một công ty có quốc tịch Hoa Kỳ nếu được thành lập hoặc có địa điểm kinh doanh chính ở Hoa Kỳ."

bên chỉ ra rằng phán quyết của họ không phải là phán quyết trong nước.

Loại thứ ba đề cập đến những phán quyết được ban hành trong quá trình tiến hành tố tụng trọng tài không gắn với bất kỳ luật trọng tài thuộc quốc gia nào, ví dụ vì các bên đã loại trừ rõ ràng việc áp dụng bất kỳ luật trọng tài thuộc quốc gia nào hoặc quy định sẽ áp dụng các quy tắc quốc tế như là những nguyên tắc chung của luật trọng tài. Mặc dù đã có thảo luận về việc liệu các phán quyết không áp dụng luật trọng tài quốc gia có thuộc phạm vi của Công ước New York hay không, quan điểm phổ biến vẫn là Công ước vẫn áp dụng cho những phán quyết đó. Những trường hợp như vậy rất hiếm khi xảy ra.

III.2. THỎA THUẬN TRỌNG TÀI

Công ước New York không xác định phạm vi áp dụng đối với thỏa thuận trọng tài. Tuy nhiên, thực tế được chấp nhận chung là Công ước New York không điều chỉnh việc công nhận thoả thuận trọng tài trong nước. Cũng có thống nhất chung rằng Công ước sẽ được áp dụng nếu phán quyết trọng tài trong tương lai sẽ được coi là phán quyết nước ngoài hoặc không phải là phán quyết trong nước theo Điều I(1). Một số tòa án lập luận rằng Công ước sẽ được áp dụng nếu thỏa thuận trọng tài mang bản chất quốc tế. Tính quốc tế của thỏa thuận xuất phát từ quốc tịch hoặc nơi thường trú của các bên hoặc từ giao dịch cơ sở.

Khi xác định liệu thỏa thuận trọng tài có thuộc phạm vi của Công ước hay không, tòa án cần phân biệt ba tình huống:

- Nếu thỏa thuận trọng tài quy định địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài ở một Quốc gia nước ngoài, tòa án phải áp dụng Công ước New York;
- Nếu thỏa thuận trọng tài quy định địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài là ở Quốc gia nơi nộp đơn yêu cầu, tòa án
 - phải áp dụng Công ước nếu phán quyết trong tương lai đủ điều kiện để được coi là không phải phán quyết trong nước theo

Điều I(1), câu thứ hai;

- có thể áp dụng Công ước nếu thỏa thuận trọng tài là quốc tế do quốc tịch hoặc nơi thường trú của các bên hoặc do các yếu tố nước ngoài trong giao dịch;
- Nếu thỏa thuận trọng tài không quy định địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, tòa án phải áp dụng Công ước nếu có khả năng phán quyết tương lai sẽ được tuyên là phán quyết nước ngoài hoặc phán quyết không phải trong nước theo Điều I(1). Ngoài ra, tòa án có thể áp dụng Công ước nếu tòa án cho rằng thỏa thuận đó mang tính chất quốc tế.

IV. BẢO LƯU

Về nguyên tắc, Công ước áp dụng cho mọi thỏa thuận trọng tài nước ngoài hoặc quốc tế và cho mọi phán quyết nước ngoài hoặc phán quyết không phải trong nước. Tuy nhiên, Quốc gia thành viên có thể đưa ra hai bảo lưu khi áp dụng Công ước.

IV.1. CÓ ĐI CÓ LẠI (CÂU ĐẦU TIÊN ĐIỀU I(3))

Quốc gia thành viên có thể tuyên bố rằng quốc gia đó sẽ chỉ áp dụng Công ước để công nhận và cho thi hành các phán quyết được ban hành trong lãnh thổ của một Quốc gia thành viên khác. Khoảng hai phần ba số Quốc gia thành viên áp dụng bảo lưu này. Tòa án ở một Quốc gia áp dụng bảo lưu “có đi có lại” sẽ chỉ áp dụng Công ước nếu phán quyết được ban hành trong lãnh thổ của một Quốc gia thành viên khác, hoặc nếu phán quyết không phải là phán quyết trong nước và thể hiện liên quan đến với một Quốc gia thành viên khác.

IV.2. TÍNH CHẤT THUƠNG MẠI (Câu thứ hai Điều I(3))

Quốc gia thành viên cũng có thể tuyên bố chỉ áp dụng Công ước cho

các tranh chấp phát sinh từ các quan hệ pháp lý, dù là quan hệ hợp đồng hay không, được coi là quan hệ thương mại theo luật trong nước của Quốc gia đưa ra tuyên bố đó. Khoảng một phần ba số Quốc gia thành viên áp dụng bảo lưu này.

Mặc dù ngôn ngữ của Công ước dẫn chiếu đến luật trong nước của Quốc gia nơi nộp đơn yêu cầu (như một ngoại lệ đối với nguyên tắc giải thích chủ động), trên thực tế các tòa án cũng có thể cân nhắc đến hoàn cảnh đặc biệt của vụ tranh chấp và thông lệ quốc tế. Trong bất kỳ trường hợp nào, trên cơ sở cân nhắc mục đích của Công ước, các tòa án nên giải thích khái niệm thương mại theo nghĩa rộng.

Mặc dù Công ước chỉ đề cập đến các bảo lưu trong bối cảnh công nhận và cho thi hành phán quyết, các bảo lưu này thường được hiểu là cũng áp dụng cho việc công nhận các thỏa thuận trọng tài.

V. MỐI QUAN HỆ VỚI LUẬT NỘI ĐỊA VÀ CÁC ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ KHÁC (ĐIỀU VII)

Điều VII(1) của Công ước New York đề cập đến mối quan hệ giữa Công ước và luật pháp quốc gia của nước nơi có yêu cầu công nhận và cho thi hành và các điều ước quốc tế khác có hiệu lực ràng buộc đối với Quốc gia đó theo những điều khoản sau đây:

"Các quy định của Công ước này không làm ảnh hưởng tới hiệu lực của các thỏa thuận đa phương hay song phương của các Quốc gia thành viên liên quan tới việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài, cũng như không tước của bất kỳ bên liên quan nào quyền bên đó sử dụng phán quyết trọng tài theo cách và giới hạn được luật pháp hoặc các điều ước của quốc gia nơi phán quyết được yêu cầu thi hành cho phép."

V.1. LUẬT THUẬN LỢI HƠN

Điều VII(1) được gọi là quy định về quyền có lợi hơn, vì điều này cho phép một bên yêu cầu việc công nhận và cho thi hành được dựa trên những quy định thuận lợi hơn những quy định trong Công ước. Những quy định thuận lợi hơn có thể thuộc: (i) luật pháp quốc gia của nước nơi xét đơn yêu cầu hoặc (ii) các điều ước quốc tế áp dụng ở vùng lãnh thổ nơi việc công nhận và cho thi hành được yêu cầu.

Trên thực tế, các điều ước hoặc luật pháp quốc gia sẽ thuận lợi hơn Công ước New York nếu cho phép công nhận và cho thi hành bằng cách dẫn chiếu đến các tiêu chí bớt khắt khe hơn, dù về thủ tục hoặc căn cứ không thi hành.

Hiện nay, quy định của Điều VII(1) được hiểu rộng rãi (mặc dù không hẳn được chấp nhận rộng rãi) là cũng áp dụng cho việc công nhận và cho thi hành các thỏa thuận trọng tài được đề cập ở Điều II. Điều VII(1) chủ yếu được viện dẫn đến nhằm khắc phục những yêu cầu chính thức áp dụng cho thỏa thuận trọng tài vì Điều II(2) (yêu cầu thỏa thuận trọng tài phải được lập bằng văn bản, tham khảo Chương II, mục IV.2.1).

Trong một Khuyến nghị được Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại Quốc tế (UNCITRAL) thông qua ngày 7 tháng 7 năm 2006 (tham khảo **Phụ lục III**), có khuyến nghị rằng

"cũng nên áp dụng điều VII, đoạn 1 của Công ước về Công nhận và cho Thi hành Phán quyết Trọng tài Nước ngoài, thông qua tại New York ngày 10/06/1958, để cho phép bất kỳ bên có quyền lợi liên quan nào sử dụng các quyền bên đó có thể có, theo luật pháp hoặc các Điều ước của quốc gia nơi thỏa thuận trọng tài được yêu cầu cho thi hành, để yêu cầu công nhận hiệu lực của thỏa thuận đó".

Lịch sử của Công ước cũng ủng hộ quan điểm này. Quy định về thi hành thoả thuận trọng tài được đưa vào trong ngày đàm phán cuối cùng. Những quy định khác không được sửa đổi để tính đến việc bổ sung vào phút chót này. Do vậy, không nên hiểu rằng Điều VII loại bỏ thoả thuận trọng tài khỏi phạm vi của Công ước.

V.2. CÔNG ƯỚC NEW YORK VÀ CÁC ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ KHÁC

Phần đầu tiên của Điều VII quy định rằng Công ước không ảnh hưởng đến hiệu lực của các điều ước quốc tế khác về công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài có hiệu lực ở Quốc gia nơi việc thi hành được yêu cầu. Phần hai Điều này quy định rằng các bên có quyền yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết theo Công ước New York hoặc một điều ước khác hoặc luật trong nước, tùy thuộc quy định nào thuận lợi hơn.

Nguyên tắc sử dụng quyền thuận lợi hơn, ít khắt khe hơn so với quy tắc cổ điển của luật pháp quốc tế về xung đột về hiệu lực áp dụng giữa các điều ước (*luật mới hơn có hiệu lực cao hơn và luật chuyên ngành có hiệu lực cao hơn luật chung*). Theo quy tắc sử dụng quyền thuận lợi hơn, quy định nào thuận lợi hơn được áp dụng.

V.3. CÔNG ƯỚC NEW YORK VÀ LUẬT PHÁP QUỐC GIA

Liên quan đến mối quan hệ giữa Công ước New York và luật pháp quốc gia của nước nơi việc thi hành được yêu cầu, phải phân biệt ba tình huống sau đây:

- Công ước New York và luật pháp quốc gia đều có quy định về cùng vấn đề. Trong trường hợp này, Công ước thay thế luật pháp quốc gia trong nước, trừ trường hợp luật pháp quốc gia thuận lợi hơn. Trong một số trường hợp tòa án sẽ phải tham chiếu đến văn bản pháp luật thi hành Công ước (*trường hợp (i) dưới đây*);
- Công ước New York không có quy định về một vấn đề nhất định.

Trong trường hợp này, tòa án sẽ áp dụng luật pháp quốc gia của họ để bổ sung cho Công ước New York (*trường hợp (ii)* dưới đây);

- Công ước New York dẫn chiếu rõ ràng đến luật pháp quốc gia. Trong trường hợp này, tòa án phải áp dụng luật pháp quốc gia ở mức độ mà Công ước cho phép (*trường hợp (iii)* dưới đây).

Trường hợp (i) Công ước thay thế luật quốc gia

Trường hợp (ii) Luật quốc gia bổ sung cho Công ước

Công ước New York không thiết lập cơ chế thủ tục toàn diện cho việc công nhận và cho thi hành phán quyết nước ngoài. Liên quan đến thủ tục, Công ước chỉ quy định về nghĩa vụ chứng minh và các tài liệu mà bên yêu cầu phải nộp. Công ước không đề cập đến các vấn đề khác về thủ tục tố tụng.

Điều III quy định rằng các Quốc gia thành viên sẽ công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài theo các quy tắc về thủ tục của Quốc gia nơi phán quyết được yêu cầu thi hành. Vì vậy, thủ tục công nhận và cho thi hành phán quyết nước ngoài chịu sự điều chỉnh của luật pháp trong nước, trừ các vấn đề về nghĩa vụ chứng minh và các tài liệu phải nộp (tham khảo Chương III).

Do chưa được quy định đầy đủ, những vấn đề thủ tục sau đây chịu sự điều chỉnh của luật pháp quốc gia:

- Thời hạn nộp yêu cầu công nhận hoặc cho thi hành;
- Cơ quan có thẩm quyền công nhận hoặc cho thi hành phán quyết;
- Mẫu đơn yêu cầu;
- Cách thức tiến hành thủ tục tố tụng;
- Các biện pháp phản đối quyết định cho phép hoặc từ chối công nhận lãnh sự;

- Khả năng áp dụng biện pháp bù trừ hoặc phản tố đối với phán quyết.

Có thể có vấn đề phát sinh nếu một Quốc gia đặt ra các yêu cầu tư pháp nghiêm ngặt về thẩm quyền để chấp nhận việc tòa án của Quốc gia đó có thẩm quyền quyết định về một yêu cầu cho thi hành. Phù hợp với mục đích của Công ước và khuynh hướng ủng hộ cho thi hành, sự tồn tại của tài sản ở lãnh thổ của Quốc gia thi hành là đủ để tạo ra thẩm quyền cho mục đích thi hành. Mặc dù vậy, một số tòa án Hoa Kỳ nhất định yêu cầu phải có thẩm quyền chung đối với bị đơn và bên phải thi hành phán quyết.

Trường hợp (iii) Công ước tham chiếu rõ ràng đến luật pháp quốc gia

Những quy định nhất định của Công ước New York tham chiếu rõ ràng đến luật pháp quốc gia. Ví dụ, trường hợp tại Điều I (liên quan đến bảo lưu thương mại), Điều III (liên quan đến thủ tục công nhận và cho thi hành) và Điều V (căn cứ nhất định cho việc không cho thi hành dẫn chiếu đến luật pháp quốc gia). Đây không hẳn là luật pháp của Quốc gia nơi có yêu cầu công nhận và cho thi hành mà là luật pháp của Quốc gia nơi phán quyết được tuyên.

VI. HẬU QUẢ CỦA VIỆC KHÔNG ÁP DỤNG CÔNG ƯỚC NEW YORK

Việc không áp dụng hoặc áp dụng không chính xác Công ước New York về nguyên tắc sẽ làm phát sinh trách nhiệm quốc tế của Quốc gia vi phạm. Việc vi phạm nghĩa vụ Quốc gia theo Công ước (tham khảo Chương này tại mục VI.1) trong những tình huống nhất định cũng có thể cấu thành việc vi phạm một điều ước song phương hoặc đa phương (tham khảo Chương này, mục VI.2). Trong bất kỳ trường hợp nào, phán

quyết sẽ không bị ảnh hưởng bởi các vi phạm (tham khảo Chương này, mục VI.3).

VI.1. VI PHẠM CÔNG ƯỚC NEW YORK

Mặc dù Công ước New York không có điều khoản giải quyết tranh chấp, Công ước New York là một điều ước quốc tế đặt ra nghĩa vụ cho các Quốc gia thành viên theo luật pháp quốc tế.

Như đã giải thích trên đây, các Quốc gia thành viên đã cam kết công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài và công nhận thỏa thuận trọng tài. Khi một bên yêu cầu cho thi hành và/hoặc công nhận một phán quyết hoặc một thỏa thuận trọng tài thuộc phạm vi của Công ước, Quốc gia thành viên phải áp dụng Công ước New York. Quốc gia đó không được áp đặt các quy tắc về thủ tục và các điều kiện về nội dung nghiêm ngặt hơn khi công nhận và cho thi hành; và trong trường hợp Công ước không có quy định về một vấn đề thủ tục, Quốc gia đó không được áp đặt những điều kiện về thủ tục hà khắc hơn so với những quy định điều chỉnh phán quyết trong nước.

Trong phạm vi các Quốc gia thành viên, cơ quan chính chịu trách nhiệm áp dụng Công ước New York là các tòa án. Trong luật pháp quốc tế, hành động của các tòa án được coi là hành động của chính Quốc gia đó. Vì vậy, nếu một tòa án không áp dụng Công ước, áp dụng sai hoặc tìm những lý do đáng ngờ để từ chối công nhận hoặc cho thi hành mà không được quy định trong Công ước, Quốc gia đó sẽ phải chịu trách nhiệm quốc tế.

Ngay khi thông báo về Công ước có hiệu lực đối với một Quốc gia thành viên, trách nhiệm của quốc gia đó sẽ mang tính ràng buộc ở mức độ quốc tế bất kể quốc gia đó có ban hành pháp luật để thi hành Công ước một cách phù hợp hay liệu Công ước có được công bố hay nói cách khác, được ban hành theo quy tắc nội địa hay không. Vì vậy, trong trường hợp việc toàn văn Công ước chưa được công bố trong công báo

không làm thay đổi nghĩa vụ của Quốc gia đó trong việc tuân thủ Công ước theo luật pháp quốc tế.

VI.2. VI PHẠM HIỆP ĐỊNH ĐẦU TƯ

Tùy thuộc vào hoàn cảnh, việc vi phạm nghĩa vụ công nhận và cho thi hành thoả thuận và phán quyết trọng tài có thể làm phát sinh một vi phạm một điều ước khác. Trường hợp này có thể xảy ra đối với Công ước về Nhân quyền của Châu Âu, đặc biệt là Quy chế đầu tiên của Công ước này, và như diễn biến gần đây cho thấy, với các hiệp định đầu tư. Thông qua hiệp định đầu tư, các Quốc gia bảo đảm với nhà đầu tư nước ngoài, ngoài những biện pháp bảo hộ khác, rằng họ sẽ được đối xử công bằng và khách quan và sẽ không chịu quy định về sung công (trừ khi thỏa mãn một số điều kiện cụ thể). Hai quyết định gần đây liên quan đến các vụ kiện trọng tài đối với hiệp định đầu tư cho rằng một Quốc gia đã vi phạm nghĩa vụ theo hiệp định đầu tư song phương vì tòa án của quốc gia đó không công nhận một thoả thuận trọng tài có hiệu lực.⁸

VI.3. PHÁN QUYẾT KHÔNG BỊ ẢNH HƯỞNG

Một phán quyết không bị ảnh hưởng bởi việc một Quốc gia từ chối cho thi hành hoặc công nhận phán quyết đó trên cơ sở vi phạm Công ước New York. Quyết định của Quốc gia đó chỉ có hiệu lực trong phạm vi lãnh thổ của Quốc gia đó. Do đó Bên thắng vẫn có quyền dựa vào phán quyết và yêu cầu cho thi hành ở các Quốc gia khác.

8 *Saipem SpA với Bangladesh*, Trung tâm Giải quyết Tranh chấp Đầu tư Quốc tế (ICSID) vụ kiện số ARB/05/07 và *Salini Costruttori SpA với Jordan*, ICSID vụ kiện số ARB/02/13, cả hai đều được cung cấp trực tuyến tại <www.icsid.worldbank.org>.

CHƯƠNG I

CHƯƠNG II

YÊU CẦU CHO THI HÀNH THỎA THUẬN TRỌNG TÀI

MỤC LỤC

I. GIỚI THIỆU

II. ĐẶC ĐIỂM CƠ BẢN CỦA CƠ CHẾ ĐỐI VỚI THỎA THUẬN TRỌNG TÀI TRONG CÔNG ƯỚC

- II.1. Thỏa thuận trọng tài được coi là có hiệu lực
- II.2. Các bên tham gia thỏa thuận trọng tài có hiệu lực phải khởi kiện ra trọng tài
- II.3. Làm thế nào để yêu cầu các bên "khởi kiện" ra trọng tài
- II.4. Không *Đương nhiên* chuyển tranh chấp ra trọng tài

VI. NHỮNG NGUYÊN TẮC ĐƯỢC CHẤP THUẬN CHUNG

- III.1. Trọng tài viên có thẩm quyền tự quyết định thẩm quyền của chính mình
- III.2. Phạm vi xem xét lại của tòa án đối với các phản đối về thẩm quyền của hội đồng trọng tài
- III.3. Điều khoản trọng tài thường không bị ảnh hưởng nếu Hợp đồng chính vô hiệu
- III.4. Thời hạn nộp đơn yêu cầu chuyển vụ việc tới trọng tài trong quá trình tố tụng tòa án
- III.5. Không cần xem xét thủ tục tố tụng trọng tài đang đồng thời diễn ra

III. CHỈ DẪN CHO ĐIỀU II

- IV.1. Thỏa thuận trọng tài có thuộc phạm vi của Công ước không?
- IV.2. Thỏa thuận trọng tài có cần được chứng minh bằng văn bản không?

IV.2.1. Cơ sở lý luận

IV.2.2. Thực tiễn

- (i) Điều khoản trọng tài thuộc một văn bản được dẫn chiếu

trong hợp đồng chính (vấn đề "đưa vào bằng dẫn chiếu ")

- (ii) Điều khoản trọng tài trong hợp đồng không được ký nhưng sau đó được tất cả các bên thực hiện theo các điều khoản của văn bản đó

- Đề nghị giao kết hợp đồng được gửi cùng với điều khoản trọng tài và đã được xác nhận. Tuy nhiên, việc xác nhận có bảo lưu chung hoặc các điều kiện kèm theo

- Đề nghị giao kết hợp đồng có điều khoản trọng tài được một bên gửi cho bên kia, mặc dù không trả lời nhưng bên được gửi vẫn thực hiện hợp đồng

- (iii) Thỏa thuận trọng tài có trong các trao đổi liên lạc điện tử

IV.3. Thỏa thuận trọng tài có tồn tại không và thỏa thuận đó có hiệu lực về nội dung không?

IV.3.1. Cơ sở lý luận

IV.3.2. Thực tiễn

(i) "Vô hiệu"

(ii) "Không có hiệu lực"

(iii) "Không thực hiện được"

- Trường hợp việc khởi kiện ra trọng tài là tùy chọn

- Trường hợp hợp đồng quy định về thẩm quyền của cả trọng tài cũng như tòa án

- Trường hợp các quy tắc tổ tụng trọng tài hoặc tổ chức trọng tài được chỉ định không chính xác

- Trường hợp không có bất kỳ quy định nào về cách chỉ định trọng tài viên ("điều khoản trống ")

IV.4. Có tranh chấp không; Tranh chấp có phát sinh từ quan hệ pháp lý xác định không; Liệu có phải là quan hệ hợp đồng hay không, và Các Bên có ý định giải quyết tranh chấp cụ thể này bằng trọng tài không?

IV.4.1. Cơ sở lý luận

IV.4.2. Thực tiễn

- (i) Ngôn ngữ của điều khoản trọng tài có nên được giải thích theo nghĩa rộng không?
- (ii) Nếu thỏa thuận trọng tài có ngoại lệ đối với phạm vi của thỏa thuận trọng tài thì sao?

IV.5. Thỏa thuận trọng tài có ràng buộc các bên trong tranh chấp trước tòa án không?

IV.5.1. Cơ sở lý luận

- (i) Thỏa thuận trọng tài chỉ ràng buộc các bên tham gia thỏa thuận đó
- (ii) Các bên không ký kết cũng có thể là các bên tham gia thỏa thuận trọng tài
- (iii) Làm thế nào để xác định phạm vi chủ quan của thỏa thuận trọng tài
- (iv) Luật áp dụng để xác định phạm vi chủ quan của thỏa thuận trọng tài

IV.5.2. Thực tiễn

- (i) Chính xác thì khi nào bị đơn có quyền khởi kiện ra trọng tài?
- (ii) Nếu tòa án xét thấy bị đơn không bị thỏa thuận trọng tài ràng buộc thì sao?

IV. 6. Tranh chấp cụ thể này có thể giải quyết được bằng thể thức trọng tài không?

IV. 6.1. Vấn đề "Có Khả năng giải quyết bằng trọng tài" nghĩa là "có thể giải quyết bằng thể thức trọng tài "

IV.6.2. Luật áp dụng để xác định vấn đề có thể giải quyết bằng trọng tài

IV.6.3. Thỏa thuận trọng tài quốc tế phải tuân thủ tiêu chuẩn thống nhất về vấn đề có thể giải quyết bằng trọng tài

IV. **TÓM TẮT**

I. GIỚI THIỆU

Như giải thích tại Chương I, Công ước New York nhằm mục đích thúc đẩy việc giải quyết tranh chấp quốc tế bằng trọng tài. Để phục vụ mục đích đó, vấn đề cơ bản là đảm bảo rằng tòa án của các Quốc gia thành viên sẽ cho thi hành thỏa thuận của các bên về việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài và phán quyết trọng tài tương ứng.

Liên quan đến thỏa thuận trọng tài, các nhà soạn thảo đã tìm cách bảo đảm rằng ý định ban đầu của các bên về việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài không bị vô hiệu bởi việc đơn phương nộp đơn khởi kiện ra tòa án. Do đó, các nhà soạn thảo đặt ra các điều kiện mà tòa án phải căn cứ vào đó để yêu cầu các bên khởi kiện ra trọng tài, và hạn chế các căn cứ để một bên tham gia thỏa thuận trọng tài có thể phản đối hiệu lực của thỏa thuận đó.

Điều này dẫn tới việc thông qua Điều II, có nội dung như sau:

"(1) Mỗi Quốc gia thành viên sẽ công nhận một thỏa thuận bằng văn bản theo đó các bên cam kết đưa ra trọng tài giải quyết mọi tranh chấp đã hoặc có thể phát sinh giữa các bên từ một quan hệ pháp lý xác định, dù là quan hệ hợp đồng hay không, liên quan đến một đối tượng có khả năng giải quyết được bằng trọng tài.

(2) Thuật ngữ "thỏa thuận bằng văn bản" bao gồm điều khoản trọng tài trong một hợp đồng hoặc một thỏa thuận trọng tài được các bên ký kết hoặc được ghi nhận trong thư tín trao đổi.

(3) Tòa án của một Quốc gia thành viên, khi nhận được một đơn khởi kiện về một vấn đề mà các bên đã có thỏa thuận theo nội dung của Điều này, phải, theo yêu cầu của một bên, yêu cầu các bên khởi kiện ra trọng tài, trừ khi Tòa án thấy rằng thỏa thuận nói trên vô hiệu, không vận hành, hoặc không thể thực hiện được."

Trước khi phán quyết được ban hành, có những tình huống trong đó một tòa án có thể phải giải quyết yêu cầu tuyên thỏa thuận trọng tài vô hiệu. Trường hợp thường gặp nhất, như nêu tại Điều II(3), là trường hợp mà các bên đã có thỏa thuận trọng tài nhưng lại đưa vụ việc ra tòa án, và bị đơn yêu cầu tòa án chuyển vụ kiện tới trọng tài. Ngoài ra, có thể nộp đơn để yêu cầu tuyên bố một thỏa thuận trọng tài cụ thể có hiệu lực hay vô hiệu. Tương tự như vậy, tòa án có thể được yêu cầu ban hành các lệnh chống khởi kiện ra trọng tài hoặc được yêu cầu thực hiện các biện pháp để hỗ trợ thủ tục trọng tài - như thực hiện chỉ định mặc định một trọng tài viên - và sẽ bị bên kia phản đối với căn cứ thỏa thuận trọng tài vô hiệu.

Khi đối mặt với những tình huống như vậy, tòa án phải tuân thủ mục đích của Công ước và thông lệ tốt nhất được xây dựng ở các quốc gia thành viên trong hơn năm mươi năm qua.

II. ĐẶC ĐIỂM CƠ BẢN CỦA CƠ CHẾ ĐỐI VỚI THỎA THUẬN TRỌNG TÀI TRONG CÔNG ƯỚC

II.1. THỎA THUẬN TRỌNG TÀI ĐƯỢC COI LÀ CÓ HIỆU LỰC

Các nhà soạn thảo Công ước có ý định xóa bỏ khả năng một bên trong thỏa thuận trọng tài đi ngược lại cam kết về trọng tài và đưa tranh chấp ra tòa án Quốc gia. Theo đó, Công ước đặt ra cơ chế "ủng hộ thi hành", "ủng hộ trọng tài" dựa trên hiệu lực giả định - về hình thức và nội dung - của thỏa thuận trọng tài ("*Mỗi Quốc gia thành viên sẽ công nhận một thỏa thuận bằng văn bản...*"). Hiệu lực giả định này chỉ có thể được đảo ngược dựa trên một số lượng hạn chế các căn cứ ("*... trừ khi tòa án xét thấy thỏa thuận nói trên vô hiệu, không còn hiệu lực, hoặc không thể thực hiện được*").

Khuynh hướng ủng hộ thi hành đồng nghĩa với việc Công ước New York thay thế cho các quy định bất lợi hơn của pháp luật quốc gia kém.

Tòa án không được áp dụng những yêu cầu nghiêm ngặt hơn theo luật trong nước về hiệu lực của thỏa thuận trọng tài (ví dụ yêu cầu điều khoản trọng tài trong hợp đồng phải được ký riêng).

Ngược lại, ngày càng nhiều các tòa án cho rằng Điều II(2) cho phép họ áp dụng luật trong nước thuận lợi hơn. Nếu luật pháp của Quốc gia cho phép thỏa thuận trọng tài được thực hiện bằng lời nói, hoặc ngầm hiểu, luật này sẽ được áp dụng. (Tham khảo thêm Chương I, mục V.1.) Khía cạnh này được thảo luận trong Chương này, tại mục IV.2.

II.2. CÁC BÊN THAM GIA THỎA THUẬN TRỌNG TÀI CÓ HIỆU LỰC PHẢI KHỞI KIẾN RA TRỌNG TÀI

Khi tòa án xét thấy có một thỏa thuận trọng tài có hiệu lực, theo yêu cầu của một trong các bên, tòa án sẽ yêu cầu các bên khởi kiện ra trọng tài thay vì tòa tự giải quyết. Cơ chế cho thi hành thỏa thuận trọng tài này được quy định tại Điều II(3). Về khía cạnh này, Công ước không cho phép tòa án được quyền tự quyết định.

II.3. LÀM THẾ NÀO ĐỂ YÊU CẦU CÁC BÊN "KHỞI KIẾN" RA TRỌNG TÀI

"Chuyển tranh chấp của các bên đến trọng tài" có ý nghĩa như việc đình chỉ thủ tục tố tụng tòa án để chờ việc giải quyết tranh chấp ở trọng tài hoặc bác đơn vì không đủ thẩm quyền, theo luật trọng tài quốc gia hoặc luật tố tụng.

II.4. KHÔNG ĐƯƠNG NHIÊN CHUYỂN TRANH CHẤP RA TRỌNG TÀI

Tòa án sẽ yêu cầu các bên khởi kiện ra trọng tài "*theo yêu cầu của một trong các bên*", tức là tòa án không thể tự chủ động thực hiện điều này.

III. NHỮNG NGUYÊN TẮC ĐƯỢC CHẤP THUẬN CHUNG

Công ước không khẳng định dứt khoát nguyên tắc "tự xem xét thẩm quyền" (competence – competence), hay việc tòa án chỉ được rà soát

một cách hạn chế thỏa thuận trọng tài ở giai đoạn trước trọng tài, hay nguyên tắc về tính độc lập của thỏa thuận trọng tài. Tuy nhiên, mục tiêu và mục đích của Công ước sẽ được thực hiện tốt hơn nếu những nguyên tắc này thực sự được tuân thủ.

III.1. TRỌNG TÀI VIÊN CÓ THẨM QUYỀN TỰ QUYẾT ĐỊNH THẨM QUYỀN CỦA CHÍNH MÌNH

Nguyên tắc "tự xem xét thẩm quyền", (đôi khi cũng được gọi là *Kompetenz-Kompetenz*) cho phép trọng tài viên xem xét những phản đối về thẩm quyền xét xử của chính mình và thậm chí đưa ra kết luận rằng họ không đủ thẩm quyền.

Quyền này thực sự quan trọng nếu trọng tài viên thực hiện nhiệm vụ của mình một cách đúng đắn. Nhưng quyền đó sẽ là một trở ngại lớn đối với quá trình tiến hành tổ tụng trọng tài nếu một tranh chấp bị gửi trả về tòa án chỉ vì sự tồn tại hoặc hiệu lực của thỏa thuận trọng tài bị nghi ngờ.

Công ước không yêu cầu rõ ràng việc áp dụng nguyên tắc tự quyết định thẩm quyền xét xử nhưng cũng không phải là không đề cập đến vấn đề này. Điều II(3) và V(1) của Công ước không cấm việc cả hội đồng trọng tài và tòa án đều có thể ra phán quyết về thẩm quyền xét xử của trọng tài viên đối với một tranh chấp cụ thể. Ngoài ra, các quy định của Điều V(1)(a) và V(1)(c) - về công nhận và cho thi hành phán quyết - hàm ý rằng hội đồng trọng tài đã ra phán quyết cho dù có phản đối về thẩm quyền của hội đồng trọng tài.

III.2. PHẠM VI XEM XÉT LẠI CỦA TÒA ÁN ĐỐI VỚI PHẢN ĐỐI VỀ THẨM QUYỀN CỦA HỘI ĐỒNG TRỌNG TÀI

Nguyên tắc "tự xem xét thẩm quyền" đã được một số tòa án, đặc biệt ở Hoa Kỳ, giải thích theo khuynh hướng ủng hộ thi hành của Công ước. Vì vậy, hội đồng trọng tài được ưu tiên tự quyết định thẩm quyền của chính mình và việc tòa án xem xét thỏa thuận trọng tài được cho là vô

hiệu, không còn hiệu lực hoặc không thể thực hiện được chỉ mang tính bề mặt (hay *sơ bộ*) ở giai đoạn đầu của tranh chấp. Những tòa án này chỉ xét thấy thỏa thuận trọng tài vô hiệu trong những trường hợp rõ ràng.

Theo cách tiếp cận này, tòa án chỉ có thẩm quyền xem xét lại đầy đủ quyết định của hội đồng trọng tài về thẩm quyền xét xử khi được yêu cầu cho thi hành phán quyết trọng tài hoặc ở giai đoạn hủy phán quyết (Công ước không quy định trường hợp sau).

Giải thích này không phải không gây tranh cãi. Mặc dù cách giải thích được mô tả trên đây dường như khá hợp lý khi xét về đối tượng và mục đích của Công ước, không có quy định rõ ràng nào trong Công ước ngăn cản tòa án xem xét toàn bộ thỏa thuận trọng tài và đưa ra quyết định chung thẩm và có hiệu lực ràng buộc các bên ngay từ giai đoạn đầu của tranh chấp.

III.3. ĐIỀU KHOẢN TRỌNG TÀI THƯỜNG KHÔNG BỊ ẢNH HƯỞNG NẾU HỢP ĐỒNG CHÍNH VÔ HIỆU

Gắn liền với nguyên tắc "tự xem xét thẩm quyền" là nguyên tắc về tính độc lập của điều khoản trọng tài đối với hợp đồng chính (cũng được gọi là "có thể tách rời" hoặc "tính tự chủ của điều khoản trọng tài").

Nguyên tắc này hàm ý rằng, trước tiên, hiệu lực của hợp đồng chính về nguyên tắc không ảnh hưởng đến hiệu lực của thỏa thuận trọng tài trong hợp đồng đó; và thứ hai, hợp đồng chính và thỏa thuận trọng tài có thể chịu sự điều chỉnh của các luật khác nhau.

III.4. THỜI HẠN NỘP ĐƠN YÊU CẦU CHUYỂN VỤ VIỆC TỚI TRỌNG TÀI TRONG QUÁ TRÌNH TỔ TỤNG TÒA ÁN

Công ước không đặt ra thời hạn cho việc yêu cầu chuyển vụ việc đến trọng tài. Liệu có phải nộp yêu cầu này trước bản ý kiến đầu tiên về nội dung tranh chấp, hay có thể nộp tại bất kỳ thời điểm nào? Do không có

quy định về nội dung này trong Công ước, câu trả lời nằm ở luật trọng tài hoặc luật tố tụng của quốc gia. Nếu một bên không đưa ra yêu cầu một cách kịp thời, có thể coi như bên đó đã từ bỏ quyền được giải quyết tranh chấp bằng trọng tài và thỏa thuận trọng tài không còn hiệu lực.

Phần lớn luật pháp các quốc gia đều quy định rằng việc chuyển vụ tranh chấp đến trọng tài phải được yêu cầu trước khi nộp bất kỳ bản tự bảo vệ nào về nội dung vụ tranh chấp, nghĩa là, *vào thời điểm bắt đầu tố tụng*.

III.5. KHÔNG CẦN XEM XÉT THỦ TỤC TỔ TỤNG TRỌNG TÀI ĐANG ĐỒNG THỜI DIỄN RA

Khả năng chấp nhận yêu cầu chuyển tranh chấp đến trọng tài và thẩm quyền của tòa án đối với vấn đề này phải được quyết định bất kể thủ tục tố tụng trọng tài đã bắt đầu hay chưa, trừ trường hợp pháp luật trọng tài quốc gia có quy định khác.

Mặc dù điều này không được quy định tại Công ước, nhưng phần lớn tòa án đều cho rằng việc thực sự bắt đầu thủ tục tố tụng trọng tài hay chưa không phải là một điều kiện để yêu cầu tòa án chuyển tranh chấp đến trọng tài.

IV. CHỈ DẪN CHO ĐIỀU II

Khi được yêu cầu xem xét hiệu lực của một thỏa thuận trọng tài cho mục đích của Điều II của Công ước, tòa án cần tự đặt ra những câu hỏi sau đây:

1. Thỏa thuận trọng tài có thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước không?
2. Thỏa thuận trọng tài có được chứng minh bằng văn bản không?
3. Thỏa thuận trọng tài có tồn tại không và thỏa thuận đó có hiệu lực

`về nội dung không?

4. Có tranh chấp không, tranh chấp có phát sinh từ quan hệ pháp lý xác định, dù theo hình thức hợp đồng hay không, và các bên có ý định giải quyết tranh chấp cụ thể này bằng trọng tài?
5. Thỏa thuận trọng tài có ràng buộc các bên trước tòa án không?
6. Tranh chấp có giải quyết được bằng thể thức trọng tài không?

Các bên phải được yêu cầu giải quyết tranh chấp tại trọng tài nếu câu trả lời cho những câu hỏi trên là CÓ.

IV.1. THỎA THUẬN TRỌNG TÀI CÓ THUỘC PHẠM VI CỦA CÔNG ƯỚC KHÔNG?

Để một thỏa thuận trọng tài được Công ước bảo vệ, thỏa thuận đó phải thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước (tham khảo Chương I, mục II.2).

IV.2. THỎA THUẬN TRỌNG TÀI CÓ ĐƯỢC CHỨNG MINH BẰNG VĂN BẢN KHÔNG?

Điều II(1) quy định rằng thỏa thuận trọng tài phải "bằng văn bản". Yêu cầu này được định nghĩa tại Điều II(2) là bao gồm "một điều khoản trọng tài trong một hợp đồng hoặc một thỏa thuận trọng tài được các bên ký kết hoặc được ghi trong thư tín trao đổi."

IV.2.1. Cơ sở lý luận

Việc cho thi hành một thỏa thuận trọng tài không được tiến hành theo Công ước nếu không đáp ứng yêu cầu về văn bản tại Điều II.

Công ước đặt ra một nguyên tắc quốc tế thống nhất. Các nhà soạn thảo tìm cách đạt được đồng thuận về một vấn đề mà luật pháp các quốc gia đã - và vẫn - có những cách tiếp cận khác nhau, bằng cách thiết lập một nguyên tắc tương đối tự do và có hiệu lực cao hơn luật pháp

trong nước đối với yêu cầu về văn bản.

Do vậy, Điều II(2) đặt ra tiêu chuẩn "tối đa" để ngăn cản các Quốc gia thành viên đưa ra yêu cầu bổ sung hoặc khắt khe hơn theo luật quốc gia. Ví dụ về những yêu cầu khắt khe hơn bao gồm yêu cầu thoả thuận trọng tài phải dùng kiểu chữ hoặc kích thước chữ cụ thể, được công chứng hoặc được ký riêng, v.v...

Ngoài việc thiết lập tiêu chuẩn tối đa, Điều II(2) từng được giải thích là áp đặt yêu cầu quốc tế tối thiểu, theo đó các tòa án không được phép yêu cầu thấp hơn mức thoả thuận bằng văn bản như quy định của Công ước. Tuy nhiên, ngày nay điều này không còn được hiểu như vậy nữa.

Theo tập quán thương mại quốc tế hiện hành, Điều II(2) ngày càng được hiểu là không cản trở các Quốc gia thành viên áp dụng những tiêu chuẩn ít chặt chẽ hơn.

Cách hiểu như vậy được Điều VII(1) ủng hộ:

"[C]ác quy định của Công ước này không ... tước của bất kỳ bên liên quan nào quyền bên đó có thể sử dụng phán quyết trọng tài theo cách và giới hạn được luật pháp hoặc các điều ước của quốc gia nơi phán quyết được yêu cầu thi hành cho phép."

Điều khoản này nhằm cho phép việc áp dụng bất kỳ quy định nào của quốc gia hoặc quốc tế thuận lợi hơn cho bất kỳ bên có quyền lợi liên quan nào. Mặc dù Điều VII(1) được thông qua để áp dụng cho việc thi hành phán quyết trọng tài, có thể ghi nhận xu hướng tương tự cũng áp dụng đối với thoả thuận trọng tài (tham khảo Điều VII(1), Chương I, mục V.1).

Tuy nhiên, cách tiếp cận này không được chấp nhận rộng rãi. Nhiều tòa án tìm cách đáp ứng yêu cầu hiện đại của thương mại quốc tế không

phải bằng cách bỏ qua toàn bộ Điều II(2) mà thay vào đó giải thích quy định này theo cách rộng hơn - sẵn sàng chấp nhận rằng có thỏa thuận bằng văn bản - hoặc giải thích theo cách điều này chỉ thiết lập một số ví dụ về thể nào là thỏa thuận "bằng văn bản" trong phạm vi ý nghĩa của Điều II(1).

Cả hai cách tiếp cận này đều được Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại Quốc tế (UNCITRAL) tán thành trong Khuyến nghị của Ủy ban ngày 7 tháng 7 năm 2006 (tham khảo Phụ lục III). UNCITRAL khuyến nghị rằng

"điều II, đoạn 2, của [Công ước] được áp dụng trên cơ sở thừa nhận rằng các trường hợp được mô tả trong đoạn này chưa phải là đầy đủ"

và

"điều VII, đoạn 1 của [Công ước] nên được áp dụng để cho phép bất kỳ bên có liên quan nào được sử dụng các quyền bên đó có thể có, theo luật pháp hoặc điều ước của quốc gia nơi thỏa thuận trọng tài được yêu cầu thi hành, để yêu cầu công nhận hiệu lực của thỏa thuận trọng tài".

IV.2.2. Thực tiễn

Như đã đề cập trên đây, có một khuynh hướng phổ biến trong việc áp dụng yêu cầu "bằng văn bản" theo Công ước một cách tự do, theo cách tiếp cận ủng hộ thi hành và tập quán quốc tế hiện hành khi các hợp đồng được ký kết bằng nhiều hình thức khác nhau. Cách tiếp cận thiếu linh hoạt đối với yêu cầu "bằng văn bản" của Công ước có thể mâu thuẫn với những tập quán kinh doanh phổ biến hiện nay cũng như trái với khuynh hướng ủng hộ cho thi hành của Công ước.

Thực tiễn trong lĩnh vực này cho thấy các tòa án dường như tuân

thủ một nguyên tắc mang tính định hướng rằng thỏa thuận trọng tài sẽ có hiệu lực khi có thể khẳng định hợp lý rằng đề nghị giải quyết tranh chấp bằng trọng tài - bằng văn bản - đã được chấp thuận (hay nói cách khác là đã có "sự đồng thuận"). Sự chấp thuận này có thể được diễn đạt bằng nhiều cách và phải cụ thể.

Rõ ràng thỏa thuận trọng tài được cả hai bên ký hoặc điều khoản trọng tài trong một hợp đồng đã ký đáp ứng được yêu cầu về văn bản. Không cần phải có chữ ký riêng cho điều khoản trọng tài.

Ngoài ra, theo Điều II(2), thỏa thuận trọng tài trong các thư tín trao đổi hoặc phương tiện liên lạc tương tự cũng đáp ứng yêu cầu về văn bản. Trong trường hợp này, và ngược với phần đầu tiên của Điều II(2) - nhắc đến "điều khoản trọng tài trong hợp đồng hoặc thỏa thuận trọng tài, được các bên ký" - không có yêu cầu thư tín phải được ký.

Cho dù có những tình huống rõ ràng như vậy, vẫn có những bối cảnh mà hiệu lực về hình thức của thỏa thuận trọng tài có thể bị phản đối. Một số tình huống thường gặp bao gồm:

- (i) *Điều khoản trọng tài thuộc một văn bản được dẫn chiếu trong hợp đồng chính (vấn đề "đưa vào bằng dẫn chiếu")*

Trên thực tế, trường hợp hợp đồng chính tham chiếu đến điều khoản và điều kiện mẫu hoặc mẫu hợp đồng khác, trong đó có thể có điều khoản trọng tài rất phổ biến.

Công ước không đề cập đến vấn đề này. Không có chỉ dẫn rõ ràng về việc liệu điều khoản trọng tài được đưa vào bằng cách tham chiếu có tuân thủ yêu cầu chính thức được quy định tại Điều II hay không.

Giải pháp cho vấn đề này nên mang tính cụ thể cho từng trường hợp. Bên cạnh việc xem xét hoàn cảnh của các bên- ví dụ "thương nhân có kinh nghiệm - và tập quán của từng ngành cụ thể, những trường hợp mà văn bản chính tham chiếu rõ ràng đến điều khoản trọng tài trong điều kiện và điều kiện mẫu sẽ dễ được xem là tuân thủ yêu cầu về hình thức theo quy định tại Điều II của Công ước hơn so với những

trường hợp trong đó hợp đồng chính đơn giản chỉ đề cập đến việc áp dụng một mẫu hợp đồng mà không có dẫn chiếu rõ ràng đến điều khoản trọng tài.

Tiêu chí để xác định hiệu lực về hình thức của thỏa thuận trọng tài nên bao gồm việc thông báo cho bên kia về tài liệu được tham chiếu có điều khoản trọng tài mà bên đó có phản đối trước hoặc tại thời điểm ký kết hoặc tham gia hợp đồng. Nếu cung cấp được bằng chứng về việc các bên đã nhận thức được hoặc lẽ ra đã phải nhận thức được về sự tồn tại của thỏa thuận trọng tài được tham chiếu, tòa án thường có xu hướng công nhận hiệu lực về hình thức của thỏa thuận trọng tài.

Ví dụ, điều khoản trọng tài có thể được coi là đã được chấp nhận khi được đưa vào hồ sơ đấu thầu được tham chiếu đến trong các điều khoản và điều kiện mẫu,¹ hoặc trong điều khoản và điều kiện mẫu được tham chiếu trong đơn mua hàng - miễn là các điều khoản và điều kiện đó đã được đính kèm hoặc cấu thành một phần của đơn mua hàng.²

Các tòa án có quan điểm khá khác nhau về việc liệu tham chiếu đến một vận đơn theo hợp đồng thuê tàu có điều khoản trọng tài có đầy đủ hay không. Trong trường hợp này cũng vậy, tiêu chí được khuyến nghị là liệu các bên đã hoặc lẽ ra đã phải nhận thức được về thỏa thuận trọng tài hay không. Nếu vận đơn đề cập cụ thể đến điều khoản trọng tài trong hợp đồng thuê tàu, điều này thường được coi là đầy đủ.³ Các tòa án thường ít khi sẵn sàng xem xét một điều khoản dẫn chiếu chung đến hợp đồng thuê tàu là đầy đủ.⁴ Hơn nữa, vận đơn chỉ dẫn chiếu đến hợp

1 *Pháp: Cour d'Appel, Paris, 26/03/1991 (Comité Populaire de la Municipalité d'El Mergeb với Société Dalico Contractors) Revue de l'Arbitrage 1991, p. 456.*

2 *Hoa Kỳ: Tòa án Khu vực Hoa Kỳ, Khu vực Tây Washington, 19/05/2000 (Richard Bothell và Justin Bothell/Atlas với Hitachi, et al., 19/05/2000, 97 F.Supp.2d. 939 (W.D. Niền giám Trọng tài Thương mại XXVI (2001) tr. 939-948 (Hoa Kỳ 342).*

3 *Tây Ban Nha: Audencia Territorial, Barcelona, 9/04/1987 (Không nêu rõ tên các bên) 5 Revista de la Corte Española de Arbitraje (1988-1989); Niền giám Trọng tài Thương mại XXI (1996) tr 671-672 (Tây Ban Nha 25).*

4 *Hoa Kỳ: Tòa án Khu vực Hoa Kỳ, Khu vực Nam New York, 18/08/1977 (Coastal States*

đồng thuê tàu có điều khoản trọng tài có thể không cấu thành chấp thuận của bên có quyền nhận hàng về việc giải quyết tranh chấp có thể phát sinh bằng trọng tài, khi hợp đồng thuê tàu chưa được thông báo cho người có quyền nhận hàng.⁵

- (ii) *Điều khoản trọng tài trong hợp đồng không được ký nhưng sau đó được tất cả các bên thực hiện theo đúng các điều khoản của văn bản đó*

Ở đây, việc đồng ý giải quyết tranh chấp bằng trọng tài được thiết lập trong bối cảnh của vụ tranh chấp vì không thể vạch ra ranh giới rõ ràng.

- *Đề nghị giao kết hợp đồng được gửi cùng với điều khoản trọng tài và đã được xác nhận. Tuy nhiên, việc xác nhận có bao gồm các bảo lưu chung hoặc các điều kiện kèm theo*

Ở đây cần có sự phân biệt giữa việc chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng và đề nghị giao kết mới. Sẽ là an toàn ở mức hợp lý khi giả định rằng thỏa thuận trọng tài có thể được chấp thuận miễn là thỏa thuận đó không bị phản đối một cách rõ ràng. Điều đó có nghĩa là những hạn chế chung thường không ảnh hưởng đến thỏa thuận trọng tài. Tương tự như vậy, bất kỳ điều kiện kèm theo nào có khả năng được áp dụng (ví dụ: những quy định như "xác nhận này phụ thuộc vào chi tiết") cũng sẽ không ảnh hưởng đến điều khoản trọng tài là điều khoản có thể được coi như đã được chấp thuận một cách chắc chắn.⁶

Trading, Inc. với Zenith Navigation SA và Sea King Corporation) Niên giám Trọng tài Thương mại IV (1979) tr 329-331 (Hoa Kỳ 19) và Tòa án Khu vực Hoa Kỳ, Khu vực Bắc Georgia, Atlanta Division, 3/0472007 (*Interested Underwriters at Lloyd's và Thai Tokai với M/T SAN SEBASTIAN và Oilmar Co. Ltd.*) 508 F.Supp.2d (N.D. GA. 2007) tr 1243; Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIII (2008) tr 935-943 (US no. 619);

Philippine: Tòa án Tối cao của Nước Cộng hòa Philippines, Second Division, 26/04/1990 (*National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh với Stolt-Nielsen Philippines, Inc.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXVII (2002) tr 524-527 (Philippines 1).

5 *Pháp*: Cour de Cassation, 29/11/1994, số 92-14920.

6 *Hoa Kỳ*: Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ, Vùng 2, 15/02/2001 (*US Titan Inc. với Guangzhou ZhenHua Shipping Co.*) 241 F.3d (Vùng 2, 2001) tr 135; Niên giám Trọng tài Thương mại XXVI (2001) tr

- *Đề nghị giao kết hợp đồng có điều khoản trọng tài được một bên gửi cho bên kia, mặc dù không trả lời nhưng bên được gửi vẫn thực hiện hợp đồng*

Tình huống này đặt ra vấn đề chấp thuận ngầm đối với việc giải quyết bằng trọng tài hoặc "trọng tài ngầm định". Hoạt động kinh tế thường xuyên được thực hiện trên cơ sở các văn bản tóm tắt như đơn mua hàng hoặc đơn đặt hàng mà không đòi hỏi có trả lời bằng văn bản từ bên kia.

Về nguyên tắc, chấp thuận ngầm sẽ không đáp ứng yêu cầu về văn bản theo Công ước và một số tòa án đã chấp thuận quan điểm này.⁷ Tuy nhiên, với cách hiểu rằng Công ước nỗ lực để hòa hợp với tập quán thương mại quốc tế, một số tòa án có quan điểm rằng việc chấp thuận ngầm trong đơn đặt hàng bằng văn bản (nghĩa là thông qua thực hiện các nghĩa vụ hợp đồng⁸ hoặc áp dụng các tập quán thương mại cho phép ngầm ký kết thỏa thuận trọng tài)⁹ nên được coi là thỏa mãn theo mục đích của Điều II(2).

Năm 2006, UNCITRAL sửa đổi Điều 7 (Định nghĩa và hình thức thỏa thuận trọng tài) của Luật Mẫu về Trọng tài Thương mại Quốc tế (tham khảo **Phụ lục II**), quy định hai Phương án. Phương án I đưa ra định nghĩa linh hoạt về thỏa thuận bằng văn bản:

"Điều 7(3). Thỏa thuận trọng tài là văn bản nếu nội dung của thỏa thuận được ghi nhận bằng bất kỳ hình thức nào, dù thỏa thuận trọng tài hoặc hợp đồng được thỏa thuận bằng lời nói, *ngầm hiểu*, hoặc

1052-1065 (Hoa Kỳ 354);

- 7 Xem, ví dụ *Đức: Oberlandesgericht, Frankfurt am Main*, 26/06/2006 (*Nhà sản xuất với Bên mua*) IHR 2007 pp. 42-44; Niên giám Trọng tài Thương mại XXXII (2007) tr 351-357 (Đức 103).
- 8 *Hoa Kỳ: Tòa án Khu vực Hoa Kỳ, Khu vực Nam New York*, 6/08/1997 (*Kahn Lucas Lancaster, Inc. với Lark International Ltd.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXIII (1998) pp. 1029-1037 (US no. 257).
- 9 *Đức: Bundesgerichtshof*, 3/12/1992 (*Bên mua với Bên bán*) Niên giám Trọng tài Thương mại XX (1995) tr 666-670 (Đức 42).

bằng phương thức khác.”

Định nghĩa này công nhận việc ghi nhận "nội dung" của thỏa thuận "bằng bất kỳ hình thức nào" tương đương với văn bản theo truyền thống. Hình thức bằng văn bản vẫn cần thiết.

Phương án II loại bỏ yêu cầu về văn bản.

Mặc dù không có ảnh hưởng trực tiếp đến Công ước New York, những sửa đổi này là một dấu hiệu về xu hướng tự do diễn giải các yêu cầu của Công ước.

Ngoài ra, UNCITRAL khuyến nghị áp dụng Điều II(2) của Công ước New York trên cơ sở "thừa nhận rằng các trường hợp được mô tả tại điều này chưa phải là đầy đủ" (tham khảo Chương này, phần IV.2.1. trên đây và **Phụ lục II**).

(iii) *Thỏa thuận trọng tài có trong các trao đổi liên lạc điện tử*

Ngôn ngữ của Điều II(2) nhằm bao hàm các phương tiện thông tin liên lạc tồn tại vào năm 1958. Điều này có thể được hiểu một cách hợp lý bao gồm các phương tiện liên lạc hiện đại tương đương ngày nay. Tiêu chí cần đạt được là phải có ghi nhận bằng văn bản về thỏa thuận trọng tài. Mọi phương tiện liên lạc đáp ứng tiêu chí này nên được coi là tuân thủ với Điều II(2), bao gồm fax và email.

Liên quan đến email, cách tiếp cận bảo thủ cho rằng hình thức văn bản theo Công ước sẽ được đáp ứng với điều kiện là chữ ký điện tử phải đáng tin cậy hoặc các trao đổi điện tử thực tế có thể được chứng minh thông qua những phương thức đáng tin cậy khác. Đây là cách tiếp cận được UNCITRAL tán thành vào lần sửa đổi Luật Mẫu năm 2006 (tham khảo **Phụ lục III**).

IV.3. THỎA THUẬN TRỌNG TÀI CÓ TỒN TẠI KHÔNG VÀ THỎA THUẬN ĐÓ CÓ HIỆU LỰC VỀ NỘI DUNG KHÔNG?

Như bất kỳ hợp đồng nào khác, thỏa thuận trọng tài phải tuân thủ nguyên tắc hiệu lực về hình thức và nội dung. Điều này đã được gợi ý tóm tắt tại Điều II(3) rằng tòa án phải tuân thủ yêu cầu chuyển vụ kiện sang trọng tài trừ trường hợp tòa án xét thấy thỏa thuận trọng tài "vô hiệu, không còn hiệu lực hoặc không thể thực hiện được".

Như đã đề cập trên đây, cần nhớ rằng thỏa thuận trọng tài thuộc phạm vi của Công ước được coi là có hiệu lực.

IV.3.1. Cơ sở lý luận

Mặc dù Điều V(1)(a) đề cập ngay tại phần đầu tiên của điều này rằng luật điều chỉnh thỏa thuận trọng tài của các bên là luật điều chỉnh hiệu lực của thỏa thuận trọng tài (tham khảo Chương III), trên thực tế các bên ít khi chọn trước luật điều chỉnh hiệu lực hình thức và hiệu lực nội dung của thỏa thuận trọng tài. Do vậy, việc xác định này sẽ do tòa án được yêu cầu xem xét phản đối về hiệu lực đó thực hiện. Có một số giải pháp nhưng một vài giải pháp hay được áp dụng nhất là (như đề cập trong Công ước) luật của địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, có thể ở một quốc gia khác với tòa án (Điều V(1)(a) nguyên tắc hai, bằng cách áp dụng tương tự), *luật pháp của nước nơi tiến hành khởi kiện* hoặc luật điều chỉnh hợp đồng chung. Một số quốc gia cũng chấp thuận hiệu lực của thỏa thuận trọng tài mà không tham chiếu đến bất kỳ luật quốc gia nào mà thay vào đó chỉ tham chiếu đến mục đích chung của các bên. Nói chung, lý do cơ bản đằng sau việc lựa chọn luật điều chỉnh nội dung thỏa thuận trọng tài là để chọn luật có lợi hơn khi xem xét hiệu lực của thỏa thuận trọng tài.¹⁰

10 Sự hình thành cách tiếp cận này được quy định tại Điều 178(2) của Đạo luật Tư pháp quốc tế Thụy Sĩ, có quy định như sau:

" Về nội dung, thỏa thuận trọng tài sẽ có hiệu lực nếu tuân thủ với các yêu cầu của luật được

IV.3.2. *Thực tiễn*

Cụm từ "vô hiệu, không còn hiệu lực hoặc không thể thực hiện được" không được các nhà soạn thảo đề cập. Phần trình bày dưới đây nhằm giải thích ý nghĩa cho những thuật ngữ này.

(i) "*Vô hiệu*"

Ngoại lệ "vô hiệu" có thể được giải thích là các trường hợp trong đó thỏa thuận trọng tài chịu ảnh hưởng của tình trạng mất hiệu lực ngay từ ban đầu. Ví dụ phổ biến về các lập luận phản đối thuộc nhóm này bao gồm gian lận hoặc hối lộ, cưỡng ép, phạm pháp hoặc sai lầm. Các sai sót trong quá trình thành của thỏa thuận trọng tài như không đủ năng lực hoặc thẩm quyền cũng thuộc nhóm này (tham khảo thêm Chương III, mục IV.1, Điều V(1)(a) không đủ năng lực).

Nếu tòa án chấp thuận nguyên tắc tính độc lập của thỏa thuận trọng tài (tham khảo Chương này, phần III.3), chỉ có sự vô hiệu của thỏa thuận trọng tài, chứ không phải sự vô hiệu của hợp đồng chính mới ngăn cản tòa án không yêu cầu các bên khởi kiện ra trọng tài. Ví dụ, hợp đồng có nội dung là chia sẻ thị trường đã vi phạm nguyên tắc cạnh tranh bị coi là bất hợp pháp. Tuy nhiên, sự bất hợp pháp đó không ảnh hưởng đến việc đồng ý giải quyết các tranh chấp liên quan bằng trọng tài theo đúng điều khoản trọng tài trong hợp đồng.

(ii) "*Không còn hiệu lực*"

Thỏa thuận trọng tài không còn hiệu lực theo Điều II(3) là thỏa thuận trọng tài đã từng có hiệu lực nhưng hiệu lực đó đã không còn.

Ngoại lệ "không còn hiệu lực" thường bao gồm các trường hợp từ chối

các bên lựa chọn hoặc luật điều chỉnh đối tượng tranh chấp và, đặc biệt, luật áp dụng cho hợp đồng chính, hoặc luật Thụy Sĩ."

quyền, hủy, không thừa nhận hoặc chấm dứt thỏa thuận trọng tài. Tương tự như vậy, thỏa thuận trọng tài cũng nên được coi là không còn hiệu lực nếu cùng một tranh chấp giữa cùng các bên đã được tòa án hoặc hội đồng trọng tài quyết định (*vấn đề đã được phán quyết mà không thể bị xem xét lại lần nữa hay nguyên tắc không lặp lại*).

(ii) "*Không thể thực hiện được*"

Lập luận phản đối này bao gồm các trường hợp trọng tài không thể tiến hành được do các cản trở về vật lý hoặc pháp lý.

Cản trở về vật lý đối với tổ tụng trọng tài chỉ bao gồm rất ít tình huống như trường hợp trọng tài viên có tên trong thỏa thuận trọng tài chết hoặc trọng tài viên từ chối việc chỉ định, khi việc thay thế trọng tài viên đã bị các bên loại trừ rõ ràng. Tùy thuộc vào quy định cụ thể của luật áp dụng, những trường hợp này có thể dẫn tới việc không thể thực hiện thỏa thuận trọng tài.

Thường xuyên hơn, các điều khoản trọng tài cũng có thể được soạn thảo với nhiều sai sót đến nỗi chính điều khoản đó lại cản trở về pháp lý việc bắt đầu thủ tục tổ tụng trọng tài. Những điều khoản này thường được gọi là "điều khoản lỗi". Nói một cách chặt chẽ, những thỏa thuận trọng tài đó thực ra vô hiệu và căn cứ này thường được nêu tại tòa án. Những điều khoản đó cần được giải thích theo luật điều chỉnh hiệu lực về hình thức và nội dung của thỏa thuận trọng tài.

Những trường hợp sau đây thường gặp trên thực tế.

- *Trường hợp việc khởi kiện ra trọng tài là tùy chọn*

Một số thỏa thuận trọng tài quy định rằng các bên "có thể" hoặc "được phép" giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Những từ ngữ không mang tính bắt buộc như vậy khiến cho việc các bên có dự định giải quyết tranh chấp bằng trọng tài hay không trở nên không rõ ràng.

Tuy nhiên, những điều khoản trọng tài như vậy vẫn nên được chấp

thuận, phù hợp với nguyên tắc giải thích chung theo đó các điều khoản hợp đồng sẽ được giải thích sao cho mọi điều khoản đều có hiệu lực thay vì loại bỏ hiệu lực của một số điều khoản.

- *Trường hợp hợp đồng quy định về thẩm quyền của cả trọng tài cũng như tòa án*

Trong những trường hợp này, đôi khi có thể dung hòa cả hai quy định và chấp nhận thỏa thuận trọng tài. Để đạt được điều này, tòa án phải xác định được ý định thực sự của các bên. Cụ thể, các bên chỉ nên được yêu cầu khởi kiện ra trọng tài chỉ khi họ thực sự muốn giải quyết tranh chấp bằng phương thức đó dù có hay không kết hợp với một phương thức giải quyết tranh chấp khác.

Ví dụ, Tòa án Tối cao Singapore cho rằng một thỏa thuận "không thể hủy ngang" về quyền khởi kiện ra tòa án Singapore, dựa trên một lý giải hợp lý, không hẳn là không thể tương thích với một điều khoản khác của cùng hợp đồng có quy định về thẩm quyền của trọng tài. Tòa án xét thấy các bên thực sự có ý định giải quyết tranh chấp bằng trọng tài và việc tham chiếu đến thẩm quyền của tòa án Singapore có hiệu lực song song bằng cách xác định tòa án có thẩm quyền giám sát trọng tài (*luật nơi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài*).¹¹

Cách giải thích như vậy tuân thủ nguyên tắc chung theo đó các điều khoản hợp đồng sẽ được giải thích theo cách khiến cho các điều khoản đó có hiệu lực.

- *Trường hợp các quy tắc tổ tụng trọng tài hoặc tổ chức trọng tài được chỉ định không chính xác*

Trong một số trường hợp, sự thiếu chính xác của một số điều khoản khiến tòa án không thể xác định được tổ chức trọng tài mà các bên đã chọn. Tổ tụng trọng tài không thể tiến hành được và khi đó tòa án phải

11 *Singapore: Tòa án Tối cao, 12/01/ 2009 (P.T. Tri-M.G. Intra Asia Airlines với Norse Air Charter Limited)* Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIV (2009) tr 758-782 (Singapore 7).

có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, trong một số trường hợp khác, sự thiếu chính xác có thể được giải quyết bằng cách giải thích điều khoản đó một cách hợp lý. Trong những trường hợp khác, tòa án có thể sửa chữa một điều khoản lỗi bằng cách tách riêng những quy định khiến cho điều khoản đó không thi hành được, trong khi vẫn duy trì thỏa thuận đủ để khiến trọng tài có thể vận hành được.

Ví dụ, Tòa án Khu vực của Khu vực Đông Wisconsin Hoa Kỳ đã xem xét một thỏa thuận trọng tài có quy định (theo bản tiếng Anh) rằng tranh chấp sẽ được giải quyết bằng trọng tài ở Singapore "theo Quy tắc Trọng tài Quốc tế hiện hành" và (theo bản tiếng Trung) rằng trọng tài sẽ được tiến hành ở "Trung tâm Trọng tài Quốc tế Singapore".¹² Tòa án giải thích điều này theo nghĩa là "tổ chức trọng tài nổi tiếng được biết đến với tên Trung tâm Trọng tài Quốc tế Singapore".

- *Trường hợp không có bất kỳ quy định nào về cách chỉ định trọng tài viên ("điều khoản trống")*

Có thể có trường hợp điều khoản trọng tài chỉ quy định "Trọng tài/theo chuẩn mực chung, nếu có, ở London theo cách thức thông thường"

Nhìn chung, một điều khoản như vậy chỉ nên được duy trì hiệu lực trong chừng mực điều khoản đó có một chi tiết có khả năng kết nối điều khoản trống với một quốc gia mà tòa án của quốc gia đó có thể hỗ trợ để tố tụng trọng tài có thể bắt đầu.

Một "chi tiết kết nối" như vậy có thể được tìm thấy trong ví dụ trên đây. Các bên có thể nộp đơn lên tòa án Anh để đề nghị chỉ định trọng tài viên. Điều khoản trống cũng có thể được chấp thuận nếu "cách thức thông thường" được nói đến cho phép xác định các yếu tố cần

12 Hoa Kỳ: Tòa án Khu vực Hoa Kỳ, Khu vực Đông Wisconsin, 24/09/2008 (*Slinger Mfg. Co., Inc. v. Nemak, S.A., et al.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIV (2009) tr. 976-985 (Hoa Kỳ số 656).

thiết để được phép bắt đầu trọng tài. Cụm từ "cách thức thông thường" trên thực tế có thể được giải thích là tham chiếu đến các hoạt động trong quá khứ giữa các thành viên của cùng hiệp hội hàng hóa hoặc thương mại, do vậy cụm từ trên gợi ý việc áp dụng các quy tắc tố tụng trọng tài của hiệp hội đó, nếu có.¹³

Khi không có "chi tiết kết nối", các điều khoản trống sẽ không được chấp thuận.

IV.4. CÓ TRANH CHẤP KHÔNG, TRANH CHẤP CÓ PHÁT SINH TỪ QUAN HỆ PHÁP LÝ XÁC ĐỊNH KHÔNG, LIỆU CÓ PHẢI LÀ QUAN HỆ HỢP ĐỒNG HAY KHÔNG, VÀ CÁC BÊN CÓ Ý ĐỊNH GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP CỤ THỂ NÀY BẰNG TRỌNG TÀI KHÔNG?

Để trọng tài có thể diễn ra, phải có tranh chấp giữa các bên. Các tòa án không phải yêu cầu các bên khởi kiện ra trọng tài trong trường hợp không có tranh chấp, mặc dù điều này hiếm khi diễn ra.

Các tranh chấp phát sinh từ quan hệ pháp lý xác định, có thể là quan hệ hợp đồng hoặc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Vụ kiện về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có thuộc phạm vi giải quyết của trọng tài hay không tùy thuộc vào ngôn ngữ của điều khoản trọng tài, nghĩa là liệu điều khoản đó có được diễn đạt theo nghĩa rộng, và vụ kiện về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có liên quan một cách hợp lý đến vụ kiện theo quan hệ hợp đồng hay không.

Tuy nhiên, một bên tham gia thỏa thuận trọng tài vẫn có thể phản đối rằng vụ kiện chống lại bên đó dựa trên thỏa thuận trọng tài không nằm trong phạm vi của thỏa thuận trọng tài.

13 Xem thêm, ví dụ *Italia: Corte di Appello*, Genoa, 3/02/1990 (*Della Sanara Kustvaart - Bevrachting & Overslagbedrijf BV với Fallimento Cap. Giovanni Coppola srl, phá sản*), 46 *Il Foro Padano* (1991) cols. 168 -171; Niên giám Trọng tài Thương mại XVII (1992) tr 542-544 (*Italia số 113*);

IV.4.1. Cơ sở lý luận

Yêu cầu tranh chấp phải thuộc phạm vi thoả thuận trọng tài để các bên có thể chuyển tới trọng tài được hàm ý trong Điều II(3), có quy định, như một điều kiện bổ sung, rằng hành động "về một vấn đề mà các bên đã có thỏa thuận theo nội dung của điều này".

IV.4.2. Thực tiễn

- (i) *Ngôn ngữ của điều khoản trọng tài có nên được giải thích theo nghĩa rộng không?*

Đôi khi phát sinh vấn đề về việc liệu, theo cách giải thích chặt chẽ, thuật ngữ "phát sinh trong" có thể được hiểu là có ý nghĩa hẹp hơn so với "phát sinh từ" một quan hệ pháp lý xác định. Cũng có câu hỏi tương tự liên quan đến phạm vi của "gắn liền với" và "liên quan đến".

Tuy nhiên, như vụ tranh chấp Fiona Trust với Privalov¹⁴ tại Tòa Phúc thẩm Anh cho thấy, cần quan tâm đến việc liệu có thể suy luận một cách hợp lý rằng các bên có ý định loại trừ tranh chấp đó khỏi thẩm quyền của trọng tài hay không. Tòa án sau đó đã cho rằng:

"thương nhân bình thường sẽ ngạc nhiên với những phân biệt tỉ mỉ được đưa ra trong những trường hợp này và thời gian cho những tranh luận về việc liệu một vụ tranh chấp cụ thể có thuộc phạm vi một cụm từ này hoặc một cụm từ rất tương tự khác".

Quyết định này được khẳng định bởi Thượng viện Anh, với quan điểm hoàn toàn ủng hộ Tòa Phúc thẩm.¹⁵

14 *Vương quốc Anh: Tòa Phúc thẩm Anh và Xứ Wales, 24/01/2007 (Fiona Trust & Holding Corporation & Ors với Yuri Privalov & Ors) [2007] EWCA Civ 20, đoạn 17; Niên giám Trọng tài Thương mại XXXII (2007) tr. 654-682 tại [6] (Anh số 77).*

15 *Vương quốc Anh: Thượng viện, 17/10/ 2007 (Fili Shipping Company Limited (Nguyên đơn thứ 14th) và các bên khác với Premium Nafta Products Limited (Bị đơn thứ 20) và các bên khác) [2007] UKHL 40, para. 12; Niên giám Trọng tài Thương mại XXXII (2007) tr. 654-682 tại [45] (Anh số 77).*

- (ii) *Nếu Thỏa thuận trọng tài có bao gồm ngoại lệ đối với phạm vi của thỏa thuận trọng tài thì sao?*

Cách diễn đạt của một số thỏa thuận trọng tài đôi khi dường như chỉ áp dụng đối với một vài loại tranh chấp nhất định hoặc chỉ giới hạn ở một mục đích cụ thể. Mặt khác, lại có bất lợi đáng kể khi các tranh chấp trong một hợp đồng lại được giải quyết ở những quốc gia khác nhau. Vì vậy, nếu một điều khoản trọng tài có phạm vi áp dụng rộng, chỉ có bằng chứng có sức thuyết phục nhất về mục đích loại bỏ tranh chấp khỏi thẩm quyền trọng tài mới được áp dụng, đặc biệt khi việc loại trừ không rõ ràng.

IV.5. THỎA THUẬN TRỌNG TÀI CÓ RÀNG BUỘC CÁC BÊN TRONG TRANH CHẤP TRƯỚC TÒA ÁN KHÔNG?

Ở chừng mực nào thì một bên không tham gia ký kết có thể được coi là bên tham gia thỏa thuận trọng tài “gốc” và có thể yêu cầu thành công việc khởi kiện ra trọng tài?

IV.5.1. Cơ sở lý luận

- (i) *Thỏa thuận trọng tài chỉ ràng buộc các bên tham gia thỏa thuận đó*

Lý thuyết về quan hệ hợp đồng cũng áp dụng đối với thỏa thuận trọng tài. Điều đó nghĩa là một thỏa thuận trọng tài chỉ mang lại quyền và áp đặt nghĩa vụ đối với các bên tham gia. Phạm vi của thỏa thuận trọng tài liên quan đến các bên sẽ được coi là phạm vi “chủ quan”.

- (ii) *Các bên không ký kết cũng có thể là các bên tham gia thỏa thuận trọng tài*

Phạm vi chủ quan của một hợp đồng không thể chỉ được xác định bao gồm những bên ký kết thỏa thuận trọng tài. Các bên không tham gia ký kết cũng có thể có quyền và nghĩa vụ phát sinh theo hợp đồng, theo những điều kiện nhất định. Chẳng hạn, thông thường trong mối quan hệ giữa người ủy quyền-người được ủy quyền, hợp đồng do người

được ủy quyền ký thực tế cũng có tính ràng buộc đối với người ủy quyền. Lý thuyết về thừa kế, nhóm công ty, phá vỡ giới hạn trách nhiệm của công ty (*piercing of the corporate veil*), nguyên tắc “không hành động ngược lại với những hành động trước đó” (*estoppel*), là những lý thuyết có thể dẫn đến kết luận rằng các bên không tham gia ký kết cũng có các quyền và nghĩa vụ của bên tham gia thỏa thuận trọng tài.

Câu hỏi đặt ra là liệu việc ràng buộc một bên không tham gia ký kết vào một thỏa thuận trọng tài có thể bị coi là mâu thuẫn với yêu cầu phải có thỏa thuận bằng văn bản theo quy định của Công ước. Câu trả lời thuyết phục nhất là "không". Có một số lý do cho quan điểm này.

Vấn đề về hiệu lực về hình thức hoàn toàn độc lập với việc đánh giá các bên tham gia thỏa thuận trọng tài, một vấn đề thuộc về nội dung, chứ không phụ thuộc vào yêu cầu về hình thức. Một khi đã xác định được là có tồn tại một thỏa thuận trọng tài có hiệu lực về mặt hình thức, việc xác định những bên chịu ràng buộc của thỏa thuận này là một bước khác. Các bên thứ ba không được đề cập rõ ràng trong một thỏa thuận trọng tài bằng văn bản có thể tham gia vào phạm vi của thỏa thuận trọng tài với lý do có liên quan (*ratione personae*). Hơn nữa, Công ước không cản trở việc một người thay mặt một người khác chấp thuận việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, một khái niệm gốc rễ của các lý thuyết về ngầm chấp thuận.

(iii) *Làm thế nào để xác định phạm vi chủ quan của thỏa thuận trọng tài*
 Điều II(3) ngầm yêu cầu tòa án xác định phạm vi chủ quan của thỏa thuận trọng tài khi Điều này quy định rằng "tòa án của một Quốc gia thành viên, khi nhận được một đơn kiện về một vấn đề mà các bên đã có thỏa thuận theo nội dung của Điều này..." sẽ yêu cầu các bên khởi kiện ra trọng tài.

Có thể áp dụng nhiều cơ sở pháp lý khác nhau để ràng buộc một bên không tham gia ký kết với một thỏa thuận trọng tài. Nhóm đầu tiên bao gồm lý thuyết về ngầm chấp thuận, bên thứ ba hưởng lợi, bên bảo

lãnh, chuyển nhượng và các cơ chế chuyển giao quyền hợp đồng khác. Những lý thuyết này dựa trên ý định rõ ràng của các bên và hơn thế nữa, chủ yếu dựa trên các nguyên tắc thiện chí. Những nguyên tắc này áp dụng cho cả pháp nhân tư nhân và công hữu. Nhóm thứ hai bao gồm các học thuyết pháp lý về người ủy quyền- người được ủy quyền, thẩm quyền đại diện hiển nhiên, phá vỡ giới hạn trách nhiệm công ty (sự thay đổi bản ngã – *alter ego*), quan hệ liên doanh, thừa kế và nguyên tắc estoppel. Những lý thuyết này không phụ thuộc vào ý định của các bên mà phụ thuộc vào ảnh hưởng của luật áp dụng.

(iv) *Luật áp dụng để xác định phạm vi chủ quan của thỏa thuận trọng tài*

Luật nào được dùng làm căn cứ để quyết định liệu bên không tham gia ký kết bị ràng buộc hoặc không bị ràng buộc bởi thỏa thuận trọng tài?

Về cơ bản, vấn đề này phải được giải quyết theo luật điều chỉnh thỏa thuận trọng tài. Nếu không có thỏa thuận của các bên về vấn đề này, thường thỏa thuận trọng tài được cho là chịu sự điều chỉnh bởi luật của địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài hoặc luật điều chỉnh hợp đồng cơ sở nói chung hoặc trong một số trường hợp là *luật của nước nơi được yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài (lex fori)*. Tuy nhiên, một số quyết định của tòa án tiếp cận vấn đề thông qua việc áp dụng các nguyên tắc quốc tế hay tập quán thương mại (*lex mercatoria*), chủ yếu coi vấn đề này là vấn đề về sự thật khách quan và chứng cứ.

IV.5.2. Thực tiễn

(i) *Chính xác thì khi nào bị đơn có quyền được khởi kiện ra trọng tài?*

Câu trả lời tùy thuộc vào từng trường hợp. Một tòa án khi giải quyết vấn đề này nên phân tích vấn đề trong hoàn cảnh cụ thể và quyết định trong bối cảnh đó việc một bên không tham gia ký kết phải chịu ràng buộc của thỏa thuận trọng tài có gây tranh cãi hay không. Nếu có, cách thức phù hợp nhất là yêu cầu các bên khởi kiện ra trọng tài và để hội

đồng trọng tài xem xét và ra phán quyết về vấn đề đó. Tòa án có thể xem xét quyết định của hội đồng trọng tài về việc buộc bên không tham gia ký kết tham gia trọng tài phải chịu ràng buộc của thỏa thuận trọng tài ở giai đoạn hủy hoặc thi hành phán quyết.

Các tòa án thường tán thành việc yêu cầu các bên khởi kiện ra trọng tài đối với các tranh chấp liên quan đến các bên không tham gia thỏa thuận trọng tài dựa trên căn cứ là tranh chấp giữa bên tham gia và bên không tham gia dường như có đủ liên quan đến việc giải thích hoặc thực hiện một hợp đồng của bên tham gia có điều khoản trọng tài. Theo đó, tranh chấp như vậy có thể được coi là thuộc phạm vi trọng yếu của điều khoản trọng tài.

Trong vụ tranh chấp giữa *Sourcing Unlimited Inc.* với *Asimco International Inc.*¹⁶ tại Tòa Vùng một (First Circuit), *Sourcing Unlimited* (Jumpsource) đã ký kết hợp đồng đối tác bằng văn bản với ATL để phân chia việc sản xuất linh kiện cơ khí và chia sẻ lợi nhuận tương ứng. *Asimco* là công ty con của *ATL* và cả hai có cùng Chủ tịch. Hợp đồng quy định về thẩm quyền của trọng tài ở Trung Quốc. Mỗi quan hệ không thuận lợi và *Jumpsource* nộp đơn kiện *Asimco* và Chủ tịch công ty này ra tòa án Hoa Kỳ, cáo buộc *Asimco* cố ý can thiệp vào quan hệ hợp đồng và ủy thác giữa *Jumpsource* và *ATL*. Bị đơn nộp đơn yêu cầu chuyển tranh chấp tới trọng tài. Bị đơn cho rằng mặc dù họ không tham gia ký kết hợp đồng đối tác, cáo buộc của *Jumpsource* đối với họ vẫn phải do hội đồng trọng tài xét xử vì vấn đề *Jumpsource* khởi kiện rõ ràng phát sinh từ hợp đồng đối tác. Tòa án chấp thuận yêu cầu. Tòa án cho rằng "tranh chấp hiện tại có đủ liên quan đến Hợp đồng giữa *Jumpsource* và *ATL* nên việc áp dụng nguyên tắc ngăn cản việc khởi kiện là phù hợp".

16 Hoa Kỳ: Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ, First Circuit, 22/05/2008 (*Sourcing Unlimited Inc. với Asimco International Inc. và John F. Perkowski*), 526 F.3d 38, đoạn 9; Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIII (2008) tr. 1163-1171 (US số 643).

- (ii) Nếu tòa án xét thấy bị đơn không bị thỏa thuận trọng tài ràng buộc thì sao?

Nếu tòa án xét thấy việc bên không tham gia ký kết phải chịu ràng buộc của thỏa thuận trọng tài là không thỏa đáng, tòa án phải quyết định về việc yêu cầu các bên tham gia thỏa thuận trọng tài khởi kiện ra trọng tài trong khi thực hiện thẩm quyền đối với tranh chấp giữa các bên không tham gia ký kết – hoặc, ngược lại, thực hiện thẩm quyền đối với toàn bộ tranh chấp.

Trên thực tế, vấn đề đáng lo ngại là việc yêu cầu các bên liên quan khởi kiện ra trọng tài có thể "tách" việc giải quyết vụ tranh chấp ra giữa hai cơ quan xét xử, với rủi ro là mỗi cơ quan lại đi đến kết luận khác nhau về cùng các sự kiện khách quan và luật pháp.

Một số tòa án Italia xét rằng khi một tranh chấp được khởi kiện ra tòa liên quan đến các bên tham gia thỏa thuận trọng tài cũng như các bên thứ ba (mà tòa án cho rằng không chịu ràng buộc của thỏa thuận trọng tài) và cũng liên quan đến các cáo buộc có liên quan, thẩm quyền của tòa án "có bao quát" với toàn bộ tranh chấp và thỏa thuận trọng tài trở thành "không thực hiện được".¹⁷ Cách giải quyết như vậy dường như không được các quốc gia khác thực hiện và không nên coi là sự phản ánh một cách tiếp cận chung.

Điều II(3) buộc tòa án yêu cầu các bên tham gia thỏa thuận trọng tài khởi kiện ra thể chế trọng tài đã chọn khi phải làm như vậy nếu các điều kiện tại Điều II(3) được đáp ứng. Theo đó, theo yêu cầu của một bên, tòa án sẽ chỉ có phạm vi hạn chế đối với trường hợp yêu cầu các bên tham gia thỏa thuận trọng tài khởi kiện ra trọng tài trong khi thực hiện thẩm quyền đối với tranh chấp với các bên không tham gia ký kết.

17 Ý: Corte di Cassazione, 4/08/ 1969, số 2949 và Corte di Cassazione, 11/02/1969, số 457, trích dẫn bởi A.J. van den Berg, *Công ước Trọng tài New York 1958 – Hướng đến Diễn giải Thống nhất* (Kluwer, 1981) p. 162 fn. 124.

IV.6. TRANH CHẤP CỤ THỂ NÀY CÓ THỂ GIẢI QUYẾT BẰNG THỂ THỨC TRỌNG TÀI KHÔNG?

Một bên có thể biện hộ trước Tòa án rằng thỏa thuận trọng tài liên quan đến một vấn đề "không thể giải quyết được bằng trọng tài" cho mục đích của Điều II(1), và do vậy, không thể được công nhận hoặc cho thi hành.

IV.6.1. Chủ đề "*Khả năng giải quyết bằng trọng tài*" nghĩa là "*có thể giải quyết bằng thể thức trọng tài*"

Những thuật ngữ này thường được chấp nhận như là tham chiếu đến những vấn đề bị coi là không-"giải quyết được bằng thể thức trọng tài" vì thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án. Trên thực tế, mỗi quốc gia lại quyết định những vấn đề nào có thể hoặc không thể được giải quyết bằng trọng tài theo chính sách chính trị, xã hội và kinh tế của mình. Ví dụ kinh điển bao gồm quan hệ gia đình (ly hôn, tranh chấp liên quan đến quyền làm cha mẹ...), tội phạm hình sự, các vụ kiện về lao động hoặc việc làm, phá sản, v.v... Tuy nhiên, phạm vi của những vấn đề không giải quyết được bằng trọng tài được đã thu hẹp đáng kể theo thời gian nhờ việc trọng tài ngày càng được chấp nhận rộng rãi. Ngày nay, một số khía cạnh nhất định của các tranh chấp về việc làm hoặc tranh chấp liên quan đến phá sản cũng thường được giải quyết bằng trọng tài.

Hơn nữa, nhiều quốc gia hàng đầu ghi nhận sự khác biệt giữa trọng tài thuần túy trong nước và trọng tài có tính chất quốc tế, và cho phép phạm vi giải quyết bằng trọng tài rộng rãi hơn đối với trường hợp sau.

IV.6.2. *Luật áp dụng để xác định khả năng giải quyết bằng trọng tài*

Điều II(1) không quy định vấn đề pháp lý liên quan đến việc xác định khả năng giải quyết bằng trọng tài, và cho phép tòa án tự quyết định

vấn đề này.

Liên quan đến khả năng giải quyết bằng trọng tài tại giai đoạn đầu của tranh chấp, tòa án có thể chọn giữa một vài phương án, bao gồm *luật của quốc gia nơi được yêu cầu xét xử* (chuẩn mực quốc gia riêng của tòa án về khả năng giải quyết bằng trọng tài); luật pháp của địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài; luật điều chỉnh thỏa thuận trọng tài của các bên; luật điều chỉnh các bên có liên quan, trong trường hợp thỏa thuận là với một Quốc gia hoặc Cơ quan nhà nước; hoặc luật pháp của nơi phán quyết sẽ được thi hành.

Trên thực tế, giải pháp phù hợp và đơn giản nhất là áp dụng *luật của quốc gia nơi được yêu cầu xét xử*. Đây là giải pháp phù hợp nhất (miễn là tòa án có thẩm quyền khi không có thỏa thuận trọng tài) theo Công ước vì cách tiếp cận này phù hợp với Điều V(2)(a) quy định về việc áp dụng các chuẩn mực của khả năng giải quyết bằng trọng tài của luật của quốc gia nơi được yêu cầu xét xử (*lex fori*) liên quan đến việc thi hành phán quyết. Đây là giải pháp đơn giản nhất vì tòa án trong nước áp dụng chuẩn mực nước ngoài để xem xét khả năng giải quyết bằng trọng tài cũng khó khăn do thực tế là những chuẩn mực đó không phải lúc nào cũng được pháp điển hóa mà thay vào đó được quy định bằng án lệ, đồng nghĩa với việc phải tìm hiểu kỹ lưỡng các trật tự pháp lý của nước ngoài.

Trong trường hợp liên quan đến một bên là Nhà nước, thông lệ chung được chấp nhận hiện nay là Nhà nước sẽ không viện đến luật pháp của chính mình về việc không giải quyết được bằng trọng tài đối với đối tượng tranh chấp đó.¹⁸

18 Đạo luật Đạo luật Tư pháp quốc tế Thụy Sĩ, Điều 177(2) provides:

"Nếu một bên tham gia thỏa thuận trọng tài là một Quốc gia hoặc doanh nghiệp chịu sự chi phối bởi Nhà nước hoặc là một tổ chức do Nhà nước kiểm soát, nhà nước sẽ không viện dẫn luật pháp của chính mình để không thừa nhận khả năng giải quyết bằng trọng tài của một tranh chấp hoặc khả năng áp dụng trọng tài."

IV.6.3. *Thỏa thuận trọng tài quốc tế phải tuân thủ tiêu chuẩn thống nhất về khả năng giải quyết bằng trọng tài*

Trong bất kỳ trường hợp nào, tiêu chuẩn về khả năng giải quyết bằng trọng tài phải được giải thích liên quan đến hiệu lực giả định của thỏa thuận trọng tài quốc tế được quy định trong Công ước. Theo đó, không phải mọi ngoại lệ về vấn đề không thể giải quyết được bằng trọng tài mà có thể được chấp thuận đối với thỏa thuận trọng tài hoàn toàn trong nước cũng có thể được viện dẫn thành công đối với thỏa thuận trọng tài quốc tế.

Không có tiêu chí chung nào để phân biệt giữa những ngoại lệ về khả năng không thể giải quyết bằng trọng tài không được áp dụng trong các vụ tranh chấp quốc tế. Một số luật có định nghĩa chính thức (như sự đa dạng về quốc tịch); một số luật khác tham chiếu mang tính trực giác hơn đối với "giao dịch quốc tế" mà không có định nghĩa cụ thể hơn.

V. TÓM TẮT

Dựa trên tổng quan ngắn gọn về cơ chế cho thi hành thỏa thuận trọng tài của Công ước, các nguyên tắc tóm tắt sau đây áp dụng đối với thỏa thuận trọng tài thuộc phạm vi của Công ước:

1. Công ước được thiết lập để thúc đẩy việc giải quyết tranh chấp quốc tế bằng trọng tài. Công ước đã quy định cơ chế "ủng hộ thi hành", "ủng hộ trọng tài".
2. Một thỏa thuận trọng tài phải được cho là có giá trị pháp lý về hình thức khi tòa án thấy thỏa mãn một cách hợp lý rằng đề nghị giải quyết bằng trọng tài - bằng văn bản - đã được bên kia chấp thuận. Công ước đặt ra tiêu chuẩn thống nhất ở mức tối đa. Tuy nhiên, tòa án có thể áp dụng những tiêu chuẩn quốc gia ít nghiêm ngặt hơn những tiêu chuẩn quy định tại Điều II.

3. Tòa án chỉ nên cho phép số lượng hạn chế các phản đối theo luật trong nước đối với trường hợp không tồn tại và vô hiệu.
4. Một thỏa thuận trọng tài có thể ràng buộc các bên không tham gia ký kết.
5. Tòa án phải xác minh sự tồn tại của tranh chấp giữa các bên.
6. Vấn đề không thể giải quyết được bằng trọng tài không chịu sự điều chỉnh trực tiếp của Công ước, mà sẽ tuân thủ luật pháp trong nước. Tuy nhiên, ngoại lệ về khả năng không thể giải quyết được bằng trọng tài phải được chấp nhận một cách hạn chế.

CHƯƠNG II

CHƯƠNG III

YÊU CẦU CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI

MỤC LỤC

- I. GIỚI THIỆU
- II. GIAI ĐOẠN I - CÁC ĐIỀU KIỆN NGƯỜI NỘP ĐƠN PHẢI ĐÁP ỨNG (ĐIỀU IV)
 - II.1. Những tài liệu nào?
 - II.2. Phán quyết được xác thực hay bản sao được chứng thực (Điều IV(1)(a))
 - II.2.1. Xác thực
 - II.2.2. Chứng thực
 - II.3. Thỏa thuận trọng tài gốc hay bản sao được chứng thực (Điều IV(1)(b))
 - II.4. Tại thời điểm nộp đơn
 - II.5. Bản dịch (Điều IV(2))
- III. GIAI ĐOẠN II - CĂN CỨ ĐỂ TỪ CHỐI CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH (ĐIỀU V) - TỔNG QUAN
 - III.1. Không xem xét lại nội dung tranh chấp
 - III.2. Nghĩa vụ chứng minh đầy đủ căn cứ của bị đơn
 - III.3. Căn cứ đầy đủ để từ chối công nhận và cho thi hành
 - III.4. Giải thích hẹp về căn cứ từ chối
 - III.5. Quyền tự quyết hạn chế đối với việc cho thi hành khi có căn cứ để từ chối
- IV. CĂN CỨ ĐỂ TỪ CHỐI THI HÀNH THUỘC NGHĨA VỤ CHỨNG MINH CỦA BỊ ĐƠN (ĐIỀU V(1))
 - IV.1. Căn cứ 1: Một bên không đủ năng lực và Thỏa thuận trọng tài

vô hiệu (*Điều V(1)(a)*)

IV.1.1. Một bên không đủ năng lực

IV.1.2. Thỏa thuận trọng tài vô hiệu

IV.2. Căn cứ 2: Không được thông báo đầy đủ và Vi phạm Nguyên tắc Tố tụng Công bằng; Quyền được Xét xử Công bằng (*Điều V(1)(b)*)

IV.2.1. Quyền được Xét xử Công bằng

IV.2.2. Không được thông báo đầy đủ

IV.2.3. Vi phạm Thủ tục Tố tụng Hợp lệ: "Không thể Tham gia Tranh tụng"

IV.3. Căn cứ 3: Không thuộc hoặc Vượt quá Phạm vi của Thỏa thuận Trọng tài (*Điều V(1)(c)*)

IV.4. Căn cứ 4: Vi phạm quy định về thành phần hội đồng trọng tài hoặc thủ tục tố tụng trọng tài (*Điều V(1)(d)*)

IV.4.1. Thành phần Hội đồng trọng tài

IV.4.2. Tố tụng Trọng tài

IV.5. Căn cứ 5: Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc, bị hủy hoặc đình chỉ (*Điều V(1)(e)*)

IV.5.1. Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc

IV.5.2. Phán quyết bị hủy hoặc đình chỉ

(i) Hủy phán quyết

(ii) Hậu quả của việc hủy phán quyết

(iii) Phán quyết "bị đình chỉ"

V. CĂN CỨ MẶC NHIÊN ĐỂ TÒA ÁN TỪ CHỐI CHO THI HÀNH (*ĐIỀU V(2)*)

V.1. Căn cứ 6: Không thể giải quyết được bằng thể thức trọng tài (*Điều V(2)(a)*)

V.2. Căn cứ 7: Trái với trật tự công (*Điều V(2)(b)*)

V.2.1. Ví dụ về công nhận và cho thi hành

V.2.2. Ví dụ về từ chối công nhận và cho thi hành

VI. KẾT LUẬN

I. GIỚI THIỆU

Về nguyên tắc, việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài có thể được tòa án ở bất kỳ đâu cho phép. Ở những quốc gia ngoài quốc gia nơi phán quyết được ban hành, việc cho thi hành thường dựa vào Công ước New York. Hiệu lực pháp lý của việc công nhận và cho thi hành phán quyết trên thực tế chỉ giới hạn ở lãnh thổ mà tòa án cho phép có thẩm quyền.

Theo Điều III, Tòa án trong nước được yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết nước ngoài theo quy tắc tố tụng của lãnh thổ nơi đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành được nộp (tham khảo Chương I) và theo điều kiện được quy định trong Công ước.

Luật pháp trong nước có thể áp dụng ba loại quy định để cho thi hành phán quyết:

- một văn bản cụ thể về việc thực hiện Công ước New York;
- một văn bản quy định riêng về trọng tài quốc tế;
- luật trọng tài chung của quốc gia.

Điều III yêu cầu các Quốc gia thành viên công nhận phán quyết theo Công ước là có tính ràng buộc trừ trường hợp thuộc một trong những căn cứ để từ chối quy định tại Điều V. Tuy nhiên, Tòa án còn có thể cho thi hành phán quyết trên cơ sở thuận lợi hơn (theo Điều VII(1), tham khảo Chương I). Ví dụ về các vấn đề không thuộc quy định của Công

ước và do vậy chịu sự điều chỉnh của luật pháp trong nước bao gồm:

- (các) tòa án có thẩm quyền nơi đơn yêu cầu được nộp;
- cung cấp chứng cứ;
- các thời hiệu, thời hạn tố tụng;
- các biện pháp bảo đảm;
- việc công nhận hoặc từ chối công nhận và cho thi hành có bị kháng cáo hay khởi kiện ra tòa án;
- các tiêu chí để thi hành đối với tài sản;
- mức độ bảo mật của quá trình công nhận và cho thi hành.

Trong bất kỳ trường hợp nào, việc áp đặt các yêu cầu về thẩm quyền xét xử không thể tới mức đi ngược nghĩa vụ quốc tế của một quốc gia đối với việc cho thi hành phán quyết nước ngoài (tham khảo Chương I, mục VI).

Công ước New York không cho phép áp dụng các điều kiện nghiêm ngặt hơn hoặc phí và lệ phí cao hơn cho việc công nhận hoặc cho thi hành phán quyết trọng tài theo Công ước so với những điều kiện, phí và lệ phí áp dụng cho việc công nhận hoặc cho thi hành phán quyết trọng tài trong nước. Quy định này trên thực tế không gây ra vấn đề gì và đã được áp dụng cho nhiều khía cạnh khác nhau của việc cho thi hành. Ví dụ, Tòa án Tối cao Canada cho rằng theo Điều III, không có tỉnh nào của Canada được áp đặt thời hiệu ngắn hơn đối với việc yêu cầu cho thi hành, và do vậy nghiêm ngặt hơn, so với thời hiệu rộng rãi nhất ở Canada đối với phán quyết trong nước.¹

Quy tắc tố tụng được đề cập đến trong Công ước New York chỉ giới hạn ở những vấn đề như hình thức yêu cầu và cơ quan có thẩm quyền mà đối với những vấn đề đó Công ước New York tôn trọng luật pháp

1 Canada: Tòa án Tối cao Canada, 20/05/2010 (*Yugraneft Corporation với Rexx Management Corporation*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 343345 (Canada số 31).

trong nước. Tuy nhiên, *điều kiện cho thi hành* là những điều kiện được quy định trong Công ước New York và chịu sự điều chỉnh riêng của Công ước New York: nghĩa là bên nộp đơn yêu cầu – bên yêu cầu công nhận hoặc cho thi hành – chỉ cần nộp bản gốc hoặc bản sao thỏa thuận trọng tài và phán quyết trọng tài và, có thể, một bản dịch của các tài liệu này và bị đơn chỉ có thể dựa trên những căn cứ đầy đủ được liệt kê trong Công ước New York. Những khía cạnh này sẽ được xem xét chi tiết dưới đây.

Sau khi bên nộp đơn yêu cầu đã nộp hồ sơ theo quy định tại Điều IV, bên đó phải được công nhận và cho thi hành phán quyết trừ khi bị đơn chứng minh được rằng có thể áp dụng một hoặc nhiều căn cứ để từ chối công nhận và cho thi hành phán quyết theo quy định tại Điều V(1) hoặc tòa án xét thấy có thể áp dụng một trong những căn cứ tại Điều V(2).

Quy tắc chung mà tòa án phải tuân thủ là các căn cứ để từ chối quy định tại Điều V phải được giải thích theo nghĩa hẹp, nghĩa là sự tồn tại của những căn cứ này chỉ được chấp nhận trong những trường hợp nghiêm trọng. Điều này đặc biệt đúng đối với các cáo buộc về vi phạm trật tự công, thường được các bên thua cuộc nêu ra nhưng hiếm khi được tòa án chấp thuận. Ví dụ, mặc dù London là một trong những trung tâm tài chính lớn của thế giới nơi các bên thường yêu cầu thi hành phán quyết, chưa có vụ tranh chấp nào được ghi nhận theo đó tòa án Anh từ chối phán quyết nước ngoài dựa trên căn cứ trật tự công (tham khảo Chương này, mục V.2).

Đến năm 2010, cuốn *Niên giám Trọng tài Thương mại* của ICCA năm thứ ba mươi lăm báo cáo về Công ước đã thấy rằng chỉ có mười phần trăm các trường hợp công nhận và cho thi hành bị từ chối dựa trên căn cứ của Công ước mặc dù tỷ lệ này đã tăng nhẹ trong những năm gần đây. Cách tiếp cận của Tòa án đối với việc cho thi hành theo Công ước New York:

- ủng hộ mạnh mẽ việc cho thi hành và
- cách tiếp cận thực tế, linh hoạt, và không mang tính hình thức.

Thái độ không hẹp hòi đáng ca ngợi này đã khai thác được đầy đủ tiềm năng của công ước thành công vào bậc nhất này, với 145 Quốc gia thành viên, nhằm phục vụ và thúc đẩy thương mại quốc tế (tham khảo Tổng quan tại mục I.2).

II. GIAI ĐOẠN I – CÁC ĐIỀU KIỆN NGƯỜI NỘP ĐƠN PHẢI ĐÁP ỨNG (ĐIỀU IV)

Ở giai đoạn này của thủ tục, bên nộp đơn yêu cầu có nghĩa vụ chứng minh và có trách nhiệm nộp các hồ sơ như liệt kê trong Công ước New York (Điều IV). Bên nộp đơn yêu cầu chỉ phải nộp chứng cứ chứng minh sơ bộ (*prima facie*). Giai đoạn I chịu sự kiểm soát của khuynh hướng ủng hộ việc cho thi hành và tư duy thực tế của tòa án xét đơn yêu cầu thi hành.

II.1. NHỮNG TÀI LIỆU NÀO?

Khi xem xét yêu cầu công nhận và/hoặc cho thi hành phán quyết, tòa án xác minh việc bên nộp đơn yêu cầu đã nộp tại thời điểm nộp đơn:

- Bản gốc phán quyết được xác thực hợp lệ hoặc bản sao phán quyết có chứng thực hợp lệ (Điều IV(1)(a));
- Bản gốc thỏa thuận như được quy định tại Điều II hoặc bản sao thỏa thuận có chứng thực hợp lệ (Điều IV(1)(b)); và
- Bản dịch của những tài liệu này sang ngôn ngữ của quốc gia nơi phán quyết được yêu cầu thi hành, nếu cần (Điều IV(2)).

II.2. PHÁN QUYẾT ĐƯỢC XÁC THỰC HAY BẢN SAO CÓ CHỨNG THỰC (Điều IV(1)(a))

II.2.1. *Xác thực*

Việc xác thực một phán quyết là quy trình theo đó các chữ ký trên phán quyết được cơ quan có thẩm quyền xác nhận là chữ ký thực. Mục đích của việc xác thực bản gốc phán quyết hoặc bản sao có chứng thực của phán quyết là nhằm xác nhận rằng đó là văn bản *thực* và đã được đúng trọng tài viên được chỉ định đưa ra. Quy trình này hầu như không gây ra bất kỳ vấn đề gì trên thực tế.

Công ước không quy định rõ luật điều chỉnh đối với yêu cầu xác thực. Công ước cũng không chỉ rõ phải có xác thực của quốc gia nơi phán quyết được đưa ra hay của quốc gia nơi việc công nhận hoặc cho thi hành được yêu cầu. Phần lớn các tòa án dường như chấp nhận bất kỳ hình thức xác thực nào theo luật pháp của một trong hai quốc gia. Tòa án Tối cao Áo, trong một quyết định trước đây, công nhận rõ ràng rằng việc xác thực có thể được thực hiện hoặc theo luật pháp của quốc gia nơi phán quyết được đưa ra hoặc theo luật pháp của quốc gia nơi việc thi hành phán quyết được yêu cầu.² Tòa án nơi được yêu cầu thi hành khác lại áp dụng luật pháp của quốc gia đó.³ Tòa án Tối cao Áo gần đây hơn đã công nhận rằng

"Công ước New York không giải thích rõ ràng về việc liệu chỉ có yêu cầu về tính xác thực hoặc độ chính xác ở Quốc gia ban hành phán quyết áp dụng đối với phán quyết trọng tài và thỏa thuận trọng tài hay bản sao của các tài liệu này, hay cả yêu cầu về chứng nhận tài

2 Xem thêm, ví dụ Áo: Oberster Gerichtshof, 11/06/1969 (*Các bên không được chỉ rõ*) Niên giám Trọng tài Thương mại II (1977) p. 232 (Áo số 3).

3 Xem thêm, ví dụ Ý: Corte di Cassazione, 14/03/1995, số 2919 (*SODIME - Società Distillerie Meridionali với Schuurmans & Van Ginneken BV*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXI (1996) tr. 607-609 (Ý số 140).

liệu nước ngoài ở Quốc gia công nhận cũng phải được tuân thủ " và kết luận rằng

"Tòa án Tối cao luôn ủng hộ ... quan điểm rằng các yêu cầu chứng thực của Áo không loại trừ việc áp dụng các yêu cầu khác... [T]heo đó Tòa án Tối cao cho rằng việc chứng thực theo luật pháp của quốc gia nơi phán quyết trọng tài được đưa ra là đủ..."⁴

Những tài liệu này chỉ nhằm chứng minh tính xác thực của phán quyết và việc phán quyết được ban hành trên cơ sở thỏa thuận trọng tài được quy định trong Công ước. Vì lý do này, Tòa án Đức cho rằng không cần thực hiện xác thực khi tính xác thực của phán quyết là hiển nhiên: tham khảo ví dụ về hai quyết định gần đây của Tòa Phúc thẩm Munich.⁵

Chỉ có rất ít trường hợp mà một bên không đáp ứng được yêu cầu đơn giản về thủ tục này (vd: tranh chấp năm 2003 tại Tòa án Tối cao Tây Ban Nha, bên nộp đơn yêu cầu chỉ nộp bản sao phán quyết không có chứng nhận và xác thực).⁶ Tòa án có thể không yêu cầu một bên nộp thêm bất kỳ tài liệu nào hoặc sử dụng yêu cầu về thủ tục như một rào cản đối với việc nộp đơn bằng cách giải thích những yêu cầu này một cách khắt khe.

II.2.2. Chứng thực

Mục đích của chứng thực là khẳng định rằng bản sao của phán quyết

4 Áo: Oberster Gerichtshof, 3/9/2008 (*O Limited, et al. với C Limited*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIV (2009) tr. 409-417 (Áo số 20).

5 Đức: Oberlandesgericht, Munich, 17/12/2008 (*Bên bán với Quản tài viên Đức*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 359-361 (Đức số 125) và Oberlandesgericht, Munich, 27/02/2009 (*Bên vận tải với Khách hàng Đức*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 365-366 (Đức số 127).

6 Tây Ban Nha: Tribunal Supremo, Phòng Dân sự, Phiên toàn thể, 1/04/2003 (*Satlico Shipping Company Limited với Maderas Iglesias*) Niên giám XXXII (2007) tr. 582-590 (Tây Ban Nha số 57).

giống với bản gốc. Công ước không quy định luật điều chỉnh thủ tục chứng thực, thường được coi là chịu sự điều chỉnh của *luật của quốc gia nơi có thẩm quyền giải quyết đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành*.

Những người được phép chứng thực bản sao thường tương tự với những người được phép xác thực bản gốc phán quyết. Ngoài ra, việc chứng thực của Tổng Thư ký của tổ chức trọng tài chịu trách nhiệm quản lý trọng tài được coi là đủ trong phần lớn các trường hợp.

II.3. THỎA THUẬN TRỌNG TÀI GỐC HAY BẢN SAO ĐƯỢC CHỨNG THỰC (Điều IV(1)(b))

Quy định này chỉ yêu cầu bên yêu cầu thi hành nộp một tài liệu mà chứng minh sơ bộ (*prima facie*) về sự tồn tại của một thỏa thuận trọng tài có hiệu lực. Ở giai đoạn này, tòa án không xem xét về việc liệu thỏa thuận đó có "bằng văn bản" theo quy định tại Điều II(2) (tham khảo Chương II mục IV.2) hoặc có hiệu lực theo luật áp dụng.⁷

Việc xem xét về nội dung đối với hiệu lực của thỏa thuận trọng tài và đối với sự tuân thủ của thỏa thuận với Điều II(2) của Công ước diễn ra trong giai đoạn II của thủ tục công nhận hoặc cho thi hành (tham khảo Chương này, mục IV.1, Điều V(1)(a)).

Tòa án ở những quốc gia mà luật pháp trong nước không quy định bên nộp đơn phải cung cấp bản gốc thỏa thuận trọng tài hoặc bản sao có chứng thực có thể loại bỏ hoàn toàn yêu cầu này trên cơ sở áp dụng nguyên tắc về quy định thuận lợi hơn tại Điều VII của Công ước (tham khảo Chương I, mục V.1). Đây là trường hợp Tòa án Đức, luôn khẳng định thống nhất rằng bên nộp đơn yêu cầu thi hành phán quyết nước ngoài ở Đức theo Công ước chỉ phải nộp bản gốc phán quyết trọng tài có xác thực hoặc bản sao có chứng thực.⁸

⁷ Xem thêm, ví dụ *Singapore*: Tòa án Tối cao Singapore, Tòa Tối cao, 10/05/2006 (*Aloe Vera of America, Inc* với *Asiatic Food (S) Pte Ltd và Một bên khác*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXII (2007) tr. 489-506 (Singapore số 5).

⁸ Xem một ví dụ mới đây, *Đức*: Oberlandesgericht, Munich, 12/10/2009 (*Bên bán Thủy Điện*

II.4. TÀI THỜI ĐIỂM NỘP ĐƠN

Nếu các tài liệu không được nộp vào thời điểm nộp đơn, tòa án thường cho phép các bên sửa chữa sai sót này trong quá trình tiến hành thủ tục cho thi hành.⁹

Tuy nhiên, tòa án Italia cho rằng việc nộp tài liệu là điều kiện tiên quyết để bắt đầu thủ tục công nhận hoặc cho thi hành và nếu điều kiện này không được đáp ứng, yêu cầu sẽ bị tuyên bố là không được thụ lý. Tòa án Tối cao Italia khẳng định một cách thống nhất rằng bản gốc thỏa thuận trọng tài hoặc bản sao có chứng thực của thỏa thuận trọng tài phải được nộp tại thời điểm nộp yêu cầu thi hành phán quyết; nếu không, yêu cầu đó không được thụ lý. Sai sót này có thể được sửa chữa bằng cách nộp đơn yêu cầu thi hành mới.¹⁰

II.5. BẢN DỊCH (Điều IV(2))

Bên yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết phải cung cấp bản dịch phán quyết và bản gốc thỏa thuận trọng tài theo quy định tại Điều IV(1)(a) và (b) nếu những tài liệu này không được lập bằng ngôn ngữ chính thức của quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành đang được yêu cầu (Điều IV(2)).

Tòa án có xu hướng áp dụng cách tiếp cận thực tế. Trong khi Công ước không quy định rõ bản dịch phải được cung cấp tại thời điểm nộp đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành, một số tòa án của các quốc gia lại yêu cầu phải nộp bản dịch tại thời điểm nộp đơn.

với Bên mua Đức) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 383-385 (Đức số 134).

9 Xem thêm, ví dụ *Tây Ban Nha*: Tribunal Supremo, 6/04/1989 (*Sea Traders SA với Participaciones, Proyectos y Estudios SA*) Niên giám XXI (1996) tr. 676-677 (*Tây Ban Nha* số 27); Áo: Oberster Gerichtshof, 17/11/1965 (*Một bên ở F.R. Đức với Một bên ở Áo*) Niên giám Trọng tài Thương mại I (1976) p. 182 (Áo số 1).

10 Xem một ví dụ mới đây, Ý: Corte di Cassazione, Tòa Dân sự Số 1, 23/07/2009, số 17291 (*Microwave s.r.l. in liquidation với Indicia Diagnostics S.A.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 418-419 (Ý số 182).

Ví dụ về các trường hợp không yêu cầu bản dịch:

- Chánh án Tòa án Amsterdam cho rằng không cần có bản dịch phán quyết và thỏa thuận trọng tài vì những tài liệu này được "lập bằng tiếng Anh, là ngôn ngữ mà chúng tôi nắm vững đủ để hiểu những tài liệu này".¹¹
- Tòa Phúc thẩm Zurich cho rằng không cần cung cấp bản dịch toàn bộ hợp đồng có điều khoản trọng tài; bản dịch phần có điều khoản trọng tài là đủ. Lưu ý rằng hợp đồng xây dựng có thể lên tới hàng nghìn trang và phụ lục.¹²

Ví dụ về các trường hợp yêu cầu bản dịch:

- Tòa Phúc thẩm Liên bang Aentina quyết định rằng bản dịch do một phiên dịch cá nhân – thay vì chính thức hoặc đã tuyên thệ – là người không được cấp phép để hoạt động ở Tiểu bang nơi thủ tục thi hành được yêu cầu không đáp ứng yêu cầu của Công ước.¹³
- Tòa án Tối cao Áo xem xét một tranh chấp trong đó bên nộp đơn chỉ nộp bản dịch của phần giải quyết tranh chấp trong phán quyết của ICC. Tòa quyết định rằng vụ tranh chấp phải được chuyển tới Tòa Sơ thẩm nơi việc nộp đơn yêu cầu thi hành đã được thực hiện để sửa chữa sai sót này.¹⁴

11 Hà Lan: Chánh án, Rechtbank, Amsterdam, 12/07/1984 (SPP (*Trung Đông*) Ltd. với *Cộng hòa Ả-rập Ai-cập*) Niên giám Trọng tài Thương mại X (1985) tr. 487490 (Hà Lan số 10).

12 Thụy sĩ: Bezirksgericht, Zurich, 14/02/2003 và Obergericht, Zurich, 17/07/2003 (*Bên Italia với công ty Thụy Sĩ*), Niên giám Trọng tài Thương mại XXIX (2004) tr. 819-833 (Thụy sĩ số 37).

13 Aentina: Cámara Federal de Apelaciones, Thành phố Mar del Plata, 4/12/2009 (*Far Eastern Shipping Company với Arhenpez S.A.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 318-320 (Aentina số 3).

14 Áo: Oberster Gerichtshof, 26/04/2006 (*D SA với W GmbH*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXII (2007) tr. 259-265 (Áo số 16).

III. GIAI ĐOẠN II - CĂN CỨ ĐỂ TỪ CHỐI CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH (ĐIỀU V) - TỔNG QUAN

Đặc điểm của giai đoạn này là những nguyên tắc chung sau đây:

- không xem xét lại nội dung vụ tranh chấp;
- nghĩa vụ chứng minh các căn cứ thiếu sót thuộc về bị đơn;
- giới hạn các căn cứ để từ chối công nhận và cho thi hành;
- giải thích hẹp về căn cứ từ chối;
- quyền tự quyết hạn chế đối với việc cho thi hành kể cả khi có căn cứ để từ chối.

III.1. KHÔNG XEM XÉT LẠI NỘI DUNG TRANH CHẤP

Tòa án không có thẩm quyền ra quyết định về vấn đề nội dung để thay thế quyết định của hội đồng trọng tài kể cả khi hội đồng trọng tài đã ban hành một quyết định có sai sót về tình tiết khách quan hoặc việc áp dụng luật pháp.

Công ước không cho phép kháng cáo *thực tế (de facto)* về các vấn đề thủ tục; thay vào đó Công ước quy định các căn cứ để từ chối công nhận hoặc cho thi hành chỉ nếu khi cơ quan có thẩm quyền liên quan xét thấy đã có vi phạm một hoặc nhiều căn cứ để từ chối, nhiều trong số đó liên quan đến vi phạm nghiêm trọng tổ tụng trọng tài.

III.2. NGHĨA VỤ CHỨNG MINH CÁC CĂN CỨ CỦA BỊ ĐƠN

Bị đơn có nghĩa vụ chứng minh và chỉ có thể phản đối việc công nhận và cho thi hành phán quyết trên cơ sở các căn cứ quy định tại Điều V(1). Những căn cứ này được liệt kê một cách có giới hạn trong Công ước New York. Tòa án có thể chủ động từ chối công nhận và cho thi hành dựa trên hai căn cứ quy định tại Điều V (2).

III.3. GIỚI HẠN CÁC CĂN CỨ ĐỂ TỪ CHỐI CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH

Một cách tóm tắt, bên phản đối việc công nhận và cho thi hành có thể dựa vào và phải chứng minh rõ ràng được một trong năm căn cứ đầu tiên gồm:

- (1) Không có thỏa thuận trọng tài có hiệu lực (Điều V(1)(a)) vì lý do các bên không có đủ năng lực, hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu;
- (2) Bị đơn không được thông báo đầy đủ hợp lệ hoặc bị đơn không thể tham gia tranh tụng (Điều V(1)(b)) vì lý do vi phạm nguyên tắc tố tụng công bằng;
- (3) Phán quyết giải quyết một tranh chấp không được dự liệu trong hoặc không thuộc phạm vi thỏa thuận trọng tài của các bên (Điều V(1)(c));
- (4) Thành phần hội đồng trọng tài hoặc thủ tục tố tụng trọng tài không phù hợp với thỏa thuận của các bên hoặc, nếu các bên không có thỏa thuận, không phù hợp với luật của quốc gia nơi tiến hành tố tụng trọng tài (Điều V(1)(d));
- (5) Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc đối với các bên, hoặc bị huỷ hay đình chỉ bởi cơ quan có thẩm quyền hoặc theo luật của quốc gia nơi phán quyết được ban hành (Điều V(1)(e)).

Đây là những căn cứ duy nhất mà bị đơn có thể sử dụng.

Ngoài ra, tòa án có thể chủ động từ chối công nhận và cho thi hành dựa trên các căn cứ dưới đây. Tuy nhiên, trên thực tế, bị đơn cũng viện dẫn đến những căn cứ này:

- (6) Đối tượng của vụ tranh chấp không thể giải quyết được bằng thể thức trọng tài theo luật pháp của quốc gia nơi việc cho thi hành được yêu cầu (Điều V(2)(a));
- (7) Việc cho thi hành phán quyết sẽ trái với trật tự công của quốc gia nơi việc cho thi hành được yêu cầu (Điều V(2)(b)).

III.4. GIẢI THÍCH HỢP VỀ CĂN CỨ TỪ CHỐI

Luôn ghi nhớ mục đích của Công ước là "thống nhất các tiêu chuẩn theo đó ... phán quyết trọng tài được thi hành ở các quốc gia thành viên"¹⁵ (tham khảo Chương I, mục I.2), các nhà soạn thảo dự kiến rằng căn cứ để phản đối việc công nhận và cho thi hành phán quyết của Công ước nên được giải thích và áp dụng theo nghĩa hẹp và chỉ nên từ chối công nhận trong những trường hợp nghiêm trọng.

Phần lớn các tòa án áp dụng cách tiếp cận hạn chế trong việc giải thích các căn cứ theo Điều V. Ví dụ, Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ Vùng Ba khẳng định vào năm 2003 trong vụ tranh chấp giữa *China Minmetals Materials Import & Export Co., Ltd.* với *Chi Mei Corp.*:

"Phù hợp với chính sách ủng hộ thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài, tòa án chỉ được phép từ chối cho thi hành dựa trên những căn cứ quy định tại Điều V của Công ước, và thường giải thích những trường hợp đó theo nghĩa hẹp."¹⁶

Tương tự, Tòa Queen's Bench của New Brunswick, Canada năm 2004 cũng cho rằng:

"Căn cứ để từ chối quy định tại Điều V của Công ước New York chỉ nên được giải thích theo nghĩa hẹp và hạn chế."¹⁷

Một vấn đề chưa được Công ước đề cập là điều gì xảy ra nếu một bên tham gia tố tụng trọng tài nhận thức được sai sót trong thủ tục tố tụng

15 Hoa Kỳ: Tòa án Tối cao Hoa Kỳ, 17/06/1974 (*Fritz Scherk với Alberto-Culver Co.*) Niên giám Trọng tài Thương mại I (1976) tr. 203-204 (US số 4).

16 Hoa Kỳ: Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ, Vùng Ba, 26/06/2003 (*China Minmetals Materials Import and Export Co., Ltd. với Chi Mei Corporation*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXIX (2004) tr. 1003-1025 (US số 459).

17 Canada: Tòa Queen's Bench của New Brunswick, Bộ phận Xét xử, Vùng Thẩm quyền Saint John, 28/07/2004 (*Adamas Management & Services Inc. với Aurado Energy Inc.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXX (2005) tr. 479-487 (Canada số 18).

trọng tài nhưng không phản đối trong quá trình giải quyết bằng trọng tài. Vấn đề đó cũng phát sinh liên quan đến những phản đối về thẩm quyền xét xử được nêu ra lần đầu trong giai đoạn thi hành.

Nguyên tắc chung về thiện chí (đôi khi cũng được gọi là khước từ hoặc không hành động trái ngược với hành động trước đó), áp dụng đối với những vấn đề thủ tục cũng như nội dung, cần ngăn chặn việc các bên che giấu thông tin.¹⁸

Ví dụ:

- Tòa Thương mại Liên bang Vùng Tây Bắc Liên bang Nga cho rằng phản đối về việc trọng tài không đủ thẩm quyền mà chưa được nêu ra trong quá trình tiến hành vụ kiện trọng tài sẽ không được đưa ra lần đầu trong thủ tục cho thi hành;¹⁹
- Tòa án Tối cao Tây Ban Nha cho rằng tòa không hiểu tại sao bị đơn "lại phản đối thỏa thuận trọng tài dựa trên căn cứ mà bị đơn lẽ ra đã có thể nêu trong quá trình tiến hành vụ kiện trọng tài".²⁰

Nguyên tắc này cũng được một số tòa án áp dụng nếu một bên không đưa ra căn cứ trong thủ tục hủy phán quyết:

- Tòa Phúc thẩm Berlin xét thấy bị đơn của Đức không còn quyền dựa

18 Điều 4 Luật Mẫu UNCITRAL về Trọng tài Thương mại Quốc tế, sửa đổi năm 2006, quy định: "Khi một bên biết rằng bất kỳ Điều khoản nào của Luật này có thể bị các bên vi phạm, hoặc bất kỳ yêu cầu nào theo thỏa thuận trọng tài chưa được tuân thủ và vẫn tiếp tục tiến hành tố tụng trọng tài mà không đưa ra phản đối của mình về tình trạng không tuân thủ đó một cách không chậm trễ hoặc, nếu có thời hạn cho phép, trong phạm vi thời hạn cho phép đó, thì sẽ xem như đã từ bỏ quyền phản đối của mình."

19 *Liên bang Nga: Tòa Thương mại Liên bang, Vùng Tây Bắc, 9/12/2004 (Dana Feed A/S với OOO Arctic Salmon)* Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIII (2008) tr. 658-665 (Liên bang Nga số 16).

20 *Tây Ban Nha: Tribunal Supremo, Phòng Dân sự, 11/04/2000 (Union Générale de Cinéma, SA với X Y Z Desarrollos, SA)* Niên giám Trọng tài Thương mại XXXII (2007) tr. 525-531 (Tây Ban Nha số 50).

trên những căn cứ để từ chối thi hành theo Công ước New York vì bị đơn đã không đưa ra những căn cứ này trong thủ tục hủy phán quyết ở Ukraina trong thời hạn ba tháng theo luật pháp Ukraina. Tòa án lập luận rằng mặc dù Công ước không quy định về nguyên tắc không hành động trái ngược với hành động trước đó (*estoppel*), quy định về loại trừ (*Präklusion*) áp dụng cho phán quyết trong nước theo luật pháp Đức cũng áp dụng đối với việc cho thi hành phán quyết nước ngoài.²¹

III.5. QUYỀN TỰ QUYẾT HẠN CHẾ ĐỐI VỚI VIỆC CHO THI HÀNH KHI CÓ CĂN CỨ ĐỂ TỪ CHỐI

Tòa án thường từ chối cho thi hành khi xét thấy có căn cứ để từ chối theo Công ước New York.

Tuy nhiên, một số tòa án cho rằng họ có thẩm quyền cho thi hành thậm chí cả trong trường hợp một bên chứng minh được sự tồn tại của căn cứ để từ chối theo Công ước. Những tòa án này thường làm như vậy khi căn cứ từ chối liên quan đến các vi phạm nhỏ về các quy tắc tố tụng áp dụng cho tố tụng trọng tài, hoặc bị đơn không nêu căn cứ để từ chối đó trong quá trình tố tụng trọng tài.²² (Tham khảo thêm các trường hợp đã mô tả trong Chương này, mục III.4 trên đây.)

21 Đức: Kammergericht, Berlin, 17/04/2008 (*Bên mua với Nhà cung cấp*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIV (2009) tr. 510-515 (Đức số 119).

22 Hồng Kông: Tòa án Tối cao Hồng Kông, Tòa Tối cao, 15/01/1993 (*Paklito Investment Ltd. với Klockner East Asia Ltd.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XIX (1994) tr. 664-674 (Hồng Kông số 6) và Tòa án Tối cao Hồng Kông, Tòa Tối cao, 16/12/1994 (*Nanjing Cereals, Oils và Foodstuffs Import & Export Corporation với Luckmate Commodities Trading Ltd*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXI (1996) tr. 542-545 (Hồng Kông số 9);

Đảo Virgin Anh: Tòa Phúc thẩm, 18/06/2008 (*IPOC International Growth Fund Limited với LV Finance Group Limited*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIII (2008) tr. 408-432 (Đảo Virgin Anh số 1);

Vương quốc Anh: Tòa Tối cao, Queen's Bench Division (Tòa Thương mại), 20/01/1997 (*China Agribusiness Development Corporation với Balli Trading*), Niên giám Trọng tài Thương mại XXIV (1999) tr. 732-738 (UK số 52).

Những tòa án này dựa trên cách hành văn bản tiếng Anh của Điều V(1), là quy định được đề ngỏ với cụm từ sau "Việc công nhận và cho thi hành phán quyết *có thể* bị từ chối ...". Cách viết như vậy cũng xuất hiện ở ba trong năm bản chính thức của Công ước, bao gồm bản tiếng Trung, Nga, và Tây Ban Nha. Tuy nhiên, bản tiếng Pháp không dùng cách diễn đạt tương tự và chỉ quy định rằng việc công nhận và cho thi hành "*seront refusées*", nghĩa là sẽ bị từ chối.

IV. CĂN CỨ ĐỂ TỪ CHỐI CHO THI HÀNH THUỘC NGHĨA VỤ CHỨNG MINH CỦA BỊ ĐƠN (ĐIỀU V(1))

IV.1. CĂN CỨ 1: MỘT BÊN KHÔNG ĐỦ NĂNG LỰC VÀ THỎA THUẬN TRỌNG TÀI VÔ HIỆU (Điều V(1)(a))

"Các bên tham gia thỏa thuận như tham chiếu đến tại điều II, theo luật áp dụng đối với các bên, không có đủ năng lực, hoặc thỏa thuận nói trên vô hiệu theo luật mà các bên lựa chọn hoặc nếu không có chỉ dẫn về điều này, theo luật của Quốc gia nơi ban hành phán quyết."

IV.1.1. Một bên không đủ năng lực

Các loại vấn đề phát sinh theo căn cứ này bao gồm các phản đối về "không có đủ năng lực", như thiếu năng trí tuệ, không có đủ năng lực thể chất, không có đủ thẩm quyền hành động nhân danh công ty hoặc một bên ký kết hợp đồng chưa đủ tuổi ký kết (vị thành niên).

Ngoài ra, thuật ngữ "không có năng lực" trong ngữ cảnh Điều V(1)(a) được giải thích theo nghĩa "không đủ thẩm quyền ký kết hợp đồng". Ví dụ, trường hợp này có thể phát sinh khi luật áp dụng cấm một bên, chẳng hạn như doanh nghiệp nhà nước, ký kết thỏa thuận trọng tài đối với một số loại tranh chấp có thể xảy ra: ví dụ: ở một số quốc gia, doanh nghiệp nhà nước có thể bị luật pháp cấm không được ký kết thỏa thuận trọng tài

trong hợp đồng quốc phòng (tuy nhiên, tham khảo Chương II, mục IV.6.2, trích dẫn Đạo Luật Tư pháp quốc tế Thụy sĩ như một ví dụ).²³

Cần lưu ý rằng Nhà nước, doanh nghiệp nhà nước và các cơ quan nhà nước khác không được loại trừ khỏi phạm vi của Công ước chỉ vì lý do về tư cách. Cách diễn đạt "thể nhân hay pháp nhân" tại Điều I(1) của Công ước thường được coi là bao gồm cả các pháp nhân nhà nước ký kết hợp đồng thương mại với các bên tư nhân. Tòa án hầu như luôn phủ nhận biện hộ về quyền miễn trừ công quyền do một Nhà nước nêu ra để phản đối việc cho thi hành thỏa thuận trọng tài và công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài dựa trên lý thuyết về quyền miễn trừ hạn chế và khước từ quyền miễn trừ. Tòa án cũng thường viện dẫn đến sự khác biệt giữa hành vi không mang tính nhân danh quốc gia (*acta de jure gestionis*) và hành vi thực hiện quyền lực nhà nước (*acta de jure imperii*), hoặc dựa trên nguyên tắc phải tuân thủ thỏa thuận (*pacta sunt servanda*) và việc tạo ra một trật tự công quốc tế (*ordre public réellement international*). Sự khác biệt này cũng được đưa ra trong một số trường hợp liên quan đến việc thi hành.

Một ví dụ là vụ tranh chấp ở Hồng Kông năm 2010 của *FG Hemisphere*, yêu cầu công nhận và cho thi hành hai phán quyết trọng tài nước ngoài đối với tài sản của một doanh nghiệp nhà nước Trung Quốc (DNNN TQ), bao gồm phí gia nhập mà DNNN TQ đến hạn nộp cho nước Cộng hòa Dân chủ Công-gô liên quan đến một số quyền khai khoáng (Tài sản DNNN TQ).²⁴ Chính phủ Trung Quốc lập luận rằng

23 Đạo luật Tư pháp quốc tế Thụy Sĩ, Điều 177(2) quy định:

"Nếu một bên tham gia thỏa thuận trọng tài là Doanh nghiệp Nhà nước hoặc doanh nghiệp chịu sự chỉ phối của một tổ chức do Nhà nước kiểm soát, bên đó không được viện dẫn đến luật pháp của chính mình để phản đối khả năng giải quyết bằng trọng tài của tranh chấp hoặc năng lực của bên đó đối với tổ tụng trọng tài."

24 Hồng Kông: Tòa Phúc thẩm, 10/02/2010 và 5/05/2010 (*FG Hemisphere Associates LLC với Democratic Republic of the Congo, et al.*), CACV 373/2008 & CACV 43/2009 (10/02/2010); Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 392-397 (Hồng Kông số 24). Tại thời điểm

Trung Quốc hiện đang áp dụng, và đã luôn áp dụng thống nhất trong quá khứ, nguyên tắc quyền miễn trừ công quyền tuyệt đối, và vì vậy tài sản của DNNN TQ được miễn trừ thi hành. Tuy nhiên, Tòa Phúc thẩm cho rằng tòa án Hồng Kông áp dụng quy tắc quyền miễn trừ hạn chế và do vậy phần Tài sản của DNNN TQ *không* dùng cho mục đích công quyền sẽ không được miễn trừ thi hành.

Công ước không chỉ rõ cách xác định luật áp dụng đối với năng lực của một bên ("luật áp dụng đối với bên đó"). Do đó, luật này phải được xác định bằng cách áp dụng quy tắc xung đột pháp luật của tòa án nơi việc công nhận và cho thi hành được yêu cầu, thường là luật của nơi cư trú của thể nhân và luật của nơi thành lập công ty.

IV.1.2. *Thỏa thuận trọng tài vô hiệu*

Điều V(1)(a) cũng quy định căn cứ từ chối trong trường hợp thỏa thuận trọng tài "theo quy định tại điều II" "vô hiệu theo luật mà các bên lựa chọn, hoặc nếu không có chỉ dẫn về điều này, theo luật của Quốc gia nơi ban hành phán quyết". Căn cứ từ chối này thường được viện dẫn đến trên thực tế.

Bị đơn thường lập luận dựa trên căn cứ này rằng thỏa thuận trọng tài chính thức vô hiệu vì không được lập "bằng văn bản" theo quy định tại Điều II(2) (tham khảo Chương II, mục IV.2). Một căn cứ có liên quan để từ chối thi hành có thể được nêu ra là không hề có thỏa thuận về việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài trong phạm vi ý nghĩa của Công ước. Ví dụ phổ biến khác về các lập luận có thể được nêu ra theo căn cứ này bao gồm cáo buộc về sự bất hợp pháp, cưỡng ép hoặc gian lận để dẫn đến thỏa thuận.

Đôi khi, bị đơn có thể dựa trên căn cứ này trong trường hợp bị đơn

soạn thảo tài liệu này, kháng cáo đối với quyết định đang chờ xét xử của Tòa Chung thẩm Hồng Kông.

lập luận rằng bị đơn là một bên của thỏa thuận trọng tài liên quan. Vấn đề này được tòa án quyết định bằng cách đánh giá lại các sự kiện khách quan của vụ tranh chấp, độc lập với quyết định của các trọng tài viên. Ví dụ, trong vụ tranh chấp *Sarhank Group*, bị đơn biện hộ rằng không có thỏa thuận trọng tài được các bên ký kết bằng văn bản.²⁵ Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ Vùng Hai cho rằng tòa án vùng đã sai khi dựa trên nhận định của các trọng tài viên trong phán quyết rằng bị đơn chịu sự ràng buộc của điều khoản trọng tài theo luật pháp Ai Cập, là luật áp dụng cho hợp đồng. Thay vào đó, lẽ ra tòa án vùng phải áp dụng luật pháp của Liên bang Hoa Kỳ đối với vấn đề này khi xem xét phán quyết cho thi hành. Do đó, Tòa chuyển lại vụ tranh chấp cho tòa án vùng "để tìm hiểu thực tế về việc liệu [bị đơn] có đồng ý giải quyết bằng trọng tài ... dựa trên bất kỳ... cơ sở nào được luật hợp đồng của Hoa Kỳ hoặc pháp luật về đại diện thừa nhận".

Trong quyết định gần đây về vụ tranh chấp giữa *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co* với *Pakistan*, Tòa án Tối cao Anh đã làm rõ phạm vi của nguyên tắc về thẩm quyền tự xem xét thẩm quyền ở Anh.²⁶ Tòa án Tối cao cho rằng trong khi hội đồng trọng tài có thẩm quyền tự quyết định thẩm quyền của chính mình như một vấn đề sơ bộ, khi có đơn yêu cầu thi hành theo Công ước New York, trong trường hợp có phản đối về thẩm quyền, tòa án có quyền xem xét lại toàn bộ các sự kiện và vấn đề để xác định thẩm quyền.

Tòa án Tối cao rà soát cách áp dụng nguyên tắc thẩm quyền tự xem xét thẩm quyền ở nhiều quốc gia khác nhau trên thế giới. Tại đoạn 25, tòa lưu ý rằng "mỗi quốc gia ... áp dụng một số hình thức xem xét của tòa án đối với quyết định về thẩm quyền của trọng tài viên. Rất cuộc,

25 Hoa Kỳ: Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ, Tòa số 2, 14/04/2005 (*Sarhank Group* với *Oracle Corporation*)
Niên giám Trọng tài Thương mại XXX (2005) tr. 1158-1164 (US số 523).

26 *Vương quốc Anh*: [2009] EWCA Civ 755; [2010] 2 W.L.R. 805 (CA (Civ Div)).

hợp đồng không thể trao cho cơ quan trọng tài bất kỳ thẩm quyền nào ... nếu các bên chưa hề tham gia hợp đồng đó." (Trích dẫn vụ tranh chấp *China Minmetals* của Hoa Kỳ; tham khảo chú thích số 16.)

Vì vậy, việc hội đồng trọng tài có thể tự xác định thẩm quyền của chính mình không đồng nghĩa với việc hội đồng trọng tài có thẩm quyền riêng biệt đối với vấn đề này. Một tòa án nơi có yêu cầu thi hành phán quyết trọng tài khác với địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài cũng có thẩm quyền xem xét lại thẩm quyền của hội đồng trọng tài.

Mặc dù Tòa án (Thẩm phán Collins) chấp nhận khuynh hướng quốc tế là hạn chế xem xét những nhận định của hội đồng trọng tài và cũng nhấn mạnh chính sách ủng hộ thi hành của Công ước New York, ông xét thấy không yếu tố nào được ưu tiên. Ông cho rằng theo Đạo luật năm 1996 (điều 30) ở Anh, một hội đồng trọng tài được phép xem xét vấn đề sơ bộ rằng liệu hội đồng trọng tài có thẩm quyền hay không. Tuy nhiên, nếu vấn đề này được đưa ra tòa án, tòa án được yêu cầu phải điều tra độc lập thay vì chỉ rà soát lại quyết định của các trọng tài viên. Tòa án Tối cao cho rằng quan điểm này cũng tương tự như ở Pháp, nơi phán quyết được ban hành. Ngay sau khi có quyết định của Tòa án Tối cao Anh, Tòa Phúc thẩm Pháp từ chối yêu cầu hủy ba phán quyết, vì cho rằng quyết định của hội đồng trọng tài về việc họ có thẩm quyền là chính xác.²⁷ Mặc dù tòa án không thể hiện quan điểm về phạm vi xem xét lại của tòa đối với vấn đề thẩm quyền của hội đồng trọng tài, tòa đã xem xét lại toàn bộ quyết định đó.

(Tham khảo thêm Chương II, mục III.2, liên quan đến phạm vi xem xét lại của tòa án được yêu cầu chuyển các bên tới trọng tài.)

27 Pháp: Tòa Phúc thẩm, 17/02/2011 (Gouvernement du Pakistan - Ministère des Affaires Religieuses với Dallah Real Estate và Tourism Holding Company).

IV.2. CĂN CỨ 2: KHÔNG ĐƯỢC THÔNG BÁO VÀ VI PHẠM THỦ TỤC TỔ TỤNG; QUYỀN ĐƯỢC XÉT XỬ CÔNG BẰNG (Điều V(1)(b))

" Bên phải thi hành phán quyết không được thông báo đầy đủ hợp lệ về việc chỉ định trọng tài viên hay về thủ tục tố tụng trọng tài hoặc do một nguyên nhân gì khác không thể tham gia tranh tụng."

Điều V(1)(b) quy định căn cứ từ chối đó là bên phải thi hành phán quyết không được trao cơ hội, hoặc không được trao cơ hội công bằng, để tham gia tranh tụng vì: (i) không được thông báo đầy đủ hợp lệ về việc chỉ định trọng tài viên hay về tố tụng trọng tài; hoặc (ii) vì lý do khác không thể tham gia tranh tụng.

Tuy nhiên, căn cứ này không nhằm để tòa án đưa ra quan điểm khác với quan điểm của hội đồng trọng tài về các vấn đề thủ tục. Điều phải được chứng minh là bên phải thi hành bằng cách nào đó đã bị tước đoạt quyền được hội đồng trọng tài lắng nghe và quyết định về vụ tranh chấp.

IV.2.1. *Quyền được Xét xử Công bằng*

Điều V(1)(b) quy định rằng các bên phải có phiên họp giải quyết tranh chấp công bằng, đáp ứng yêu cầu tối thiểu về công bằng. Chuẩn mực tối thiểu về công bằng được Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ Vùng Bảy mô tả bao gồm "thông báo đầy đủ, phiên họp xem xét chứng cứ, và quyết định khách quan của trọng tài viên". Vì vậy, trọng tài viên có quyền lớn trong việc tự quyết định về cách thức họ có thể tiến hành thủ tục, v.v...

IV.2.2. *Không được thông báo đầy đủ*

Việc một bên không được thông báo đầy đủ về việc chỉ định trọng tài viên hoặc thủ tục tố tụng trọng tài là trường hợp bất thường. Nếu một bên đã chủ động tham gia trọng tài, sau này bên đó không thể phàn nàn về việc thông báo không đầy đủ.

Mặt khác, trong những vụ kiện trọng tài mà bị đơn vắng mặt, bằng chứng về thông báo phải được quan tâm nghiêm túc ở tất cả các giai đoạn.

Ví dụ, có thể không có thông báo trong trường hợp một bên đã thay đổi địa chỉ mà không thông báo cho bên kia hoặc ở một nơi không thể nhận được fax hoặc các phương tiện truyền thông khác một cách đáng tin cậy. Trong những trường hợp đó, hội đồng trọng tài và nguyên đơn trong vụ kiện trọng tài cần thực hiện mọi hành động có thể ở mức hợp lý để thông báo về vụ kiện trọng tài và việc chỉ định hội đồng trọng tài cho bị đơn và có bằng chứng độc lập về những nỗ lực đó. Nếu không làm được như vậy, việc thi hành phán quyết tương ứng có thể bị từ chối. Trong một trường hợp như trên, Tòa án Tối cao Thụy Điển từ chối cho thi hành, khi xét thấy rằng trọng tài viên đã bỏ qua một thực tế là việc gửi thông tin tới địa chỉ trước đó của một bên Thụy Điển đã bị gửi trả lại.²⁸

Tuy nhiên, việc vắng mặt có thể đơn giản là lựa chọn của một bên. Trong trường hợp bị đơn đã nhận được thông báo thực tế của trọng tài nhưng bị đơn không tham gia hoặc từ chối tham gia tố tụng trọng tài, tòa án cho rằng không có vi phạm nguyên tắc tố tụng công bằng theo Điều V(1)(b). Nếu một bên chọn cách không tham gia trọng tài thì đây không phải là căn cứ để từ chối thi hành.

IV.2.3. *Vi phạm Thủ tục Tố tụng Hợp lệ: "Không thể Tham gia Tranh tụng"*

Vụ việc nổi tiếng tại Hoa Kỳ giữa *Iran Aircraft Industries* với *Avco Corp.* là một ví dụ về trường hợp việc công nhận và cho thi hành bị từ chối vì bị đơn không thể trình bày lập luận của mình.²⁹ Sau khi tham vấn với

28 *Thụy Điển*: Hogsta Domstolen, 16/04/2010 (*Lennmorniprojekt OAO với Arne Larsson & Partner Leasing Aktiebolag*) Niên giám XXXV (2010) tr. 456-457 (Thụy Điển số 7).

29 *Hoa Kỳ*: Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ, Tòa số 2, 24/11/1992 (*Iran Aircraft Industries và Iran Helicopter Support và Renewal Company với Avco Corporation*) Niên giám Trọng tài Thương mại XVIII (1993) tr. 596-605 (US số 143).

chủ tịch hội đồng trọng tài (người sau đó đã bị thay thế), và dựa trên tư vấn của chủ tịch hội đồng trọng tài, nguyên đơn đã quyết định không trình hóa đơn chứng minh phân tích về thiệt hại của một công ty kế toán chuyên nghiệp. Nguyên đơn chỉ dựa trên các tóm tắt – nhưng chỉ ra rằng nguyên đơn sẵn sàng cung cấp bằng chứng cụ thể hơn nếu được yêu cầu. Hội đồng trọng tài cuối cùng đã từ chối yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại trên cơ sở không có bằng chứng để chứng minh. Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ Vùng Hai từ chối công nhận và cho thi hành phán quyết trên cơ sở bên thua kiện đã không thể đưa ra lập luận của mình về bồi thường thiệt hại.

Một số phán quyết đã bị từ chối công nhận và cho thi hành trong trường hợp trọng tài viên không hành động công bằng. Ví dụ:

- Tòa Phúc thẩm Naples từ chối cho thi hành phán quyết của Áo dựa trên căn cứ rằng thông báo trước một tháng cho bị đơn quốc tịch Ý tham dự phiên xét xử ở Vienna là không đủ vì trong thời gian đó, khu vực của bị đơn xảy ra một trận động đất lớn;³⁰
- Tòa Phúc thẩm Anh giữ nguyên quyết định từ chối thi hành một phán quyết của Ấn Độ dựa trên căn cứ là một bên bị ốm nghiêm trọng, điều đã được một bên nêu ra để yêu cầu hoãn phiên họp giải quyết tranh chấp nhưng không thành công, đồng nghĩa với việc sẽ là không thực tế khi chờ đợi bên đó tham gia tố tụng trọng tài, bao gồm việc nộp bản tự bảo vệ;³¹
- Tòa án Cấp cao Hồng Kông từ chối cho thi hành một phán quyết vì cho rằng Ủy ban Trọng tài Thương mại và Kinh tế Quốc tế Trung

30 Ý: Corte di Appello, Naples (Salerno Section), 18/05/1982 (*Bauer & Grossmann OHG với Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele*) Niên giám Trọng tài Thương mại X (1985) tr. 461-462 (Ý số 70).

31 *Vương quốc Anh*: Tòa Phúc thẩm (Phòng Dân sự), 21/02/2006 và 8/03/2006 (*Ajay Kanoria, et al. với Tony Francis Guinness*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXI (2006) tr. 943-954 (UK số 73).

Quốc (CIETAC) không cho bị đơn cơ hội có ý kiến về các báo cáo của chuyên gia do hội đồng trọng tài chỉ định.³²

Ví dụ về những phản đối công nhận và cho thi hành không thành công dựa vào căn cứ vi phạm thủ tục tổ tụng hợp lệ:

- Trọng tài viên từ chối đối lịch phiên họp giải quyết tranh chấp để thuận tiện cho nhân chứng của bên phản đối thi hành;
- Hội đồng trọng tài từ chối hoãn và từ chối bằng chứng bổ sung;
- Hội đồng trọng tài từ chối hoãn và đình chỉ thủ tục trọng tài do thủ tục phá sản;
- Hội đồng trọng tài ra phán quyết về suy đoán và nghĩa vụ chứng minh;
- Hội đồng trọng tài dựa trên những lý thuyết pháp lý mới trong phán quyết mà trước đó chưa được các bên tranh luận;
- Hội đồng trọng tài rút ngắn việc kiểm tra chéo nhân chứng;
- Các bên không tham gia phiên xét xử vì lo ngại bị bắt giữ ở Quốc gia nơi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài; và
- Một đại diện của công ty không thể tham gia phiên xét xử vì không được cấp thị thực nhập cảnh.

IV.3. CĂN CỨ 3: KHÔNG THUỘC HOẶC VƯỢT QUÁ PHẠM VI CỦA THỎA THUẬN TRỌNG TÀI (Điều V(1)(c))

"Phán quyết giải quyết một tranh chấp không được dự liệu trong hoặc không thuộc phạm vi các điều khoản của đơn khởi kiện, hoặc phán quyết trọng tài gồm các quyết định về các vấn đề ngoài phạm vi đơn khởi kiện, tuy nhiên, nếu các quyết định về

32 *Hồng Kông: Tòa án Tối cao Hồng Kông, Tòa Tối cao, 15/01/1993 (Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.)* Niên giám Trọng tài Thương mại XIX (1994) tr. 664-674 (Hồng Kông số 6).

các vấn đề được yêu cầu giải quyết bằng trọng tài có thể tách rời khỏi các quyết định về các vấn đề không được yêu cầu, thì phần của phán quyết trọng tài gồm các quyết định về vấn đề được yêu cầu có thể được công nhận và cho thi hành."

Căn cứ để từ chối theo quy định tại Điều V(1)(c) là phán quyết:

- Giải quyết một tranh chấp không được dự liệu trong hoặc không thuộc phạm vi các điều khoản của đơn khởi kiện, hoặc
- Gồm các phán quyết về các vấn đề ngoài phạm vi được các bên yêu cầu giải quyết bằng trọng tài.

Các căn cứ tại Điều V(1)(c) thể hiện nguyên tắc hội đồng trọng tài chỉ có thẩm quyền quyết định các vấn đề mà các bên đã thống nhất yêu cầu trọng tài quyết định.

Khi xác định những vấn đề mà các bên đã yêu cầu hội đồng trọng tài giải quyết, phải quan tâm đến thỏa thuận trọng tài và các chế tài được yêu cầu mà các bên đã nộp cho hội đồng trọng tài. Cách diễn đạt của thỏa thuận trọng tài nêu ra những vấn đề các bên đã thống nhất yêu cầu hội đồng trọng tài giải quyết là hết sức quan trọng; các vấn đề được yêu cầu phải thuộc phạm vi đó.

Những điều khoản mẫu mà các tổ chức trọng tài công bố thường được soạn thảo nhằm trao cho hội đồng trọng tài thẩm quyền rất rộng để quyết định tất cả các tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan đến thỏa thuận về nội dung của các bên (thường là hợp đồng). Các vấn đề về sự sẵn sàng và vấn đề tương tự thường liên quan đến khả năng chấp nhận (chứ không phải thẩm quyền) và do đó không được tòa án xem xét lại. (Tham khảo thêm Chương II, mục III.1 về thẩm quyền tự quyết định thẩm quyền của hội đồng trọng tài và việc tòa án xem xét lại thỏa thuận trọng tài.)

Tòa án có quyền cho phép thi hành một phần của phán quyết nếu

chỉ một phần phán quyết vượt quá thẩm quyền của hội đồng trọng tài, với điều kiện là phần thuộc thẩm quyền của hội đồng trọng tài có thể được tách riêng. Điều này được quy định tại đoạn cuối Điều V(1)(c) ("nếu các quyết định về các vấn đề được yêu cầu giải quyết bằng trọng tài có thể tách rời khỏi các quyết định về các vấn đề không được yêu cầu, thì phần của phán quyết trọng tài gồm các quyết định về vấn đề được yêu cầu có thể được công nhận và cho thi hành").

IV.4. CĂN CỨ 4: VI PHẠM QUY ĐỊNH VỀ THÀNH PHẦN HỘI ĐỒNG TRỌNG TÀI HOẶC THỦ TỤC TỔ TỤNG TRỌNG TÀI (Điều V(1)(d))

"Thành phần hội đồng trọng tài hoặc thủ tục tổ tụng trọng tài không phù hợp với thỏa thuận của các bên hoặc, nếu không có thỏa thuận đó, không phù hợp với luật của quốc gia nơi tiến hành giải quyết tranh chấp bằng trọng tài."

Điều V(1)(d) có hai loại vi phạm có thể xảy ra, liên quan đến:

- thành phần hội đồng trọng tài;
- thủ tục tổ tụng trọng tài.

IV.4.1. Thành phần Hội đồng trọng tài

Phần đầu tiên của Điều V(1)(d) áp dụng nếu một bên bị tước quyền chỉ định trọng tài viên hoặc quyền được giải quyết tranh chấp bởi một hội đồng trọng tài có thành phần đúng với thỏa thuận của các bên.

Các trường hợp phản đối việc cho thi hành khi một bên từ chối chỉ định trọng tài viên và trọng tài viên được tòa án chỉ định, hoặc trường hợp trọng tài viên bị phản đối thành công và bị thay thế theo quy tắc áp dụng được các bên lựa chọn và pháp luật áp dụng sẽ không thành công theo căn cứ này.

Điều V(1)(d) quy định rằng tòa án phải tìm hiểu xem:

1. Liệu các bên có thỏa thuận về thành phần hội đồng trọng tài;
2. Nếu có, phải xác định những gì các bên đã thỏa thuận;
3. Liệu thỏa thuận đó có bị vi phạm;
4. Chỉ trong trường hợp không có thỏa thuận giữa các bên về thành phần hội đồng trọng tài thì tòa án mới áp dụng luật pháp của quốc gia nơi tiến hành giải quyết tranh chấp bằng trọng tài để xác định xem liệu thành phần hội đồng trọng tài có không tuân thủ pháp luật đó.

Ví dụ, các bên có thể đã định rõ một tổ chức thực hiện việc chỉ định chủ tịch hội đồng trọng tài hoặc trọng tài viên trong điều khoản trọng tài, nhưng trên thực tế một người khác lại chỉ định trọng tài viên. Vấn đề tương tự phát sinh nếu trọng tài viên phải được chọn từ một nhóm người nhất định, nhưng sau đó lại được chọn từ một nhóm khác. Tuy nhiên, trong trường hợp này, tòa án nên xem xét thận trọng về việc liệu có thực sự cần phải từ chối thi hành vì bên phản đối công nhận và cho thi hành phán quyết đã bị tước quyền, hay liệu về thực chất, bên đó đã được hưởng thủ tục trọng tài công bằng và chỉ có chút sai lệch rất nhỏ về thủ tục. Đây là minh họa về loại vụ tranh chấp trong đó tòa án có thể quyết định cho thi hành nếu vi phạm *quá nhỏ* (tham khảo phía trên Chương này, mục III.5).

Chẳng hạn, trong vụ tranh chấp *Nanhai Trung Quốc*, Tòa án Cấp cao Hồng Kông cho rằng mặc dù thỏa thuận cụ thể của các bên về thành phần hội đồng trọng tài không được tuân thủ, tòa án xem xét việc cho thi hành nên thực hiện thẩm quyền tự quyết để cho thi hành phán quyết, vì tòa án coi vi phạm có liên quan là tương đối nhỏ.³³

Thỏa thuận trọng tài có thể quy định những năng lực nhất định đối

33 *Hồng Kông*: Tòa án Cấp cao Hồng Kông, Tòa án Tối cao, 13/07/1994 (*China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch với Gee Tai Holdings Co. Ltd.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XX (1995) tr. 671-680 (Hồng Kông số 8)

với một hoặc một số trọng tài viên, ví dụ, họ phải thành thạo những ngôn ngữ nhất định; có quốc tịch của một quốc gia cụ thể; được phép hành nghề luật ở một quốc gia cụ thể; có bằng kỹ sư, v.v... Trong những trường hợp này, tòa án cần hết sức quan tâm xem xét việc trọng tài viên bị thiếu một năng lực theo quy định trên thực tế có phải là sự thiếu công bằng về thủ tục. Ví dụ, nếu điều khoản trọng tài yêu cầu trọng tài viên phải là "thương nhân", hoặc có kinh nghiệm cụ thể của ngành, nhưng thay vào đó một luật sư không có những năng lực đó được chỉ định, thì vẫn có thể lập luận để phán quyết được thi hành bất chấp vi phạm trên.

Ví dụ về những phản đối không thành công dựa vào căn cứ vi phạm về thành phần của hội đồng trọng tài của Điều V(1)(d) bao gồm:

- Tòa Phúc thẩm Munich bác phản đối rằng thành phần hội đồng trọng tài không theo thỏa thuận của các bên. Hội đồng trọng tài bao gồm một trọng tài viên thay vì hai trọng tài viên theo như đã thống nhất trong điều khoản trọng tài. Tòa án xét rằng bị đơn đã biết về thành phần hội đồng trọng tài nhưng không phản đối trong quá trình tiến hành vụ kiện trọng tài;³⁴
- Trong một vụ tranh chấp được đưa ra Tòa án Tối cao Tây Ban Nha, thỏa thuận trọng tài quy định trọng tài xét xử tranh chấp là *Association Cinématographique Professionnelle de Conciliation et d'Arbitrage* (ACPCA) ở Pháp. Trong quá trình tiến hành tố tụng trọng tài, khi bị đơn không chỉ định được trọng tài viên, việc chỉ định được thực hiện bởi chủ tịch Liên đoàn các Hiệp hội Sản xuất Phim Quốc tế. Tòa án phủ nhận phản đối của bị đơn rằng việc chỉ định này vi phạm thỏa thuận của các bên, vì xét thấy rằng việc chỉ định đã tuân thủ các quy định liên quan của quy tắc ACPCA.³⁵

34 Đức: Oberlandesgericht, Munich, 15/03/2006 (*Manufacturer với Nhà cung cấp, in liquidation*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIV (2009) tr. 499-503 (Đức số 117).

35 Tây Ban Nha: Tribunal Supremo, Phòng Dân sự, 11/04/2000 (*Union Générale de Cinéma, SA với X Y Z Desarrollos, SA*) Niên giám XXXII (2007) tr. 525-531 (Tây Ban Nha số 50).

Ví dụ về phản đối thành công dựa vào căn cứ vi phạm về thành phần hội đồng trọng tài quy định tại Điều V(1)(d) bao gồm:

- Năm 1978, Tòa Phúc thẩm Florence xét thấy hội đồng trọng tài bao gồm hai trọng tài viên ở London đã vi phạm thỏa thuận trọng tài của các bên, mặc dù đã tuân thủ luật pháp của quốc gia nơi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Điều khoản trọng tài quy định phải chỉ định ba trọng tài viên, nhưng hai trọng tài viên được chỉ định lại không chỉ định trọng tài viên thứ ba vì họ đồng thuận về kết quả của vụ tranh chấp – luật của Anh tại thời điểm đó chấp nhận điều này;³⁶
- Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ Khu vực 2 từ chối công nhận và cho thi hành một phán quyết dựa trên căn cứ là thỏa thuận của các bên về thành phần hội đồng trọng tài đã bị vi phạm, vì quy trình chỉ định trong thỏa thuận không được tuân thủ. Tòa án đã chỉ định chủ tịch hội đồng trọng tài dựa trên đơn yêu cầu của một bên, thay vì các trọng tài viên do cả hai bên chỉ định được cho một khoảng thời gian để thống nhất bầu chủ tịch, theo quy định trong thỏa thuận trọng tài.³⁷

IV.4.2. Thủ tục tố tụng Trọng tài

Công ước không có ý định trao cho bên thua kiện quyền kháng cáo đối với quyết định về thủ tục tố tụng của hội đồng trọng tài. Quy định về căn cứ vi phạm thủ tục tố tụng trọng tài này của Điều V(1)(d) không nhằm từ chối công nhận hoặc cho thi hành một phán quyết nếu tòa án được yêu cầu có quan điểm pháp lý khác với các trọng tài viên, chẳng hạn liên quan đến việc có mời nhân chứng hay không, có cho phép tiếp tục kiểm tra chéo nhân chứng hoặc cho phép bao nhiêu bản ý kiến bằng

36 Ý: Corte di Appello, Florence, 13/04/1978 (*Rederi Aktiebolaget Sally với srl Termarea*) Niên giám Trọng tài Thương mại IV (1979) tr. 294-296 (Ý số 32).

37 Hoa Kỳ: Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ, Tòa số 2, 31/03/2005 (*Encyclopaedia Universalis S.A. với Encyclopaedia Britannica, Inc.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXX (2005) tr. 1136-1143 (US số 520).

văn bản.

Thay vào đó, quy định này của Điều V(1)(d) hướng đến những sai sót mang tính nền tảng hơn so với thủ tục tố tụng đã thống nhất, bao gồm những tình huống trong đó các bên thống nhất sử dụng quy tắc của một tổ chức nhưng quá trình tố tụng trọng tài được tiến hành theo quy tắc của một tổ chức khác, hoặc thậm chí trường hợp các bên đã thống nhất không áp dụng quy tắc của tổ chức nào.

Ví dụ về những phản đối không thành công dựa vào căn cứ vi phạm thủ tục tố tụng trọng tài quy định ở Điều V(1)(d) bao gồm:

- Tòa Phúc thẩm Bremen bác lập luận của bị đơn rằng thủ tục tố tụng trọng tài, được thực hiện ở Thổ Nhĩ Kỳ, không tuân thủ Bộ luật Tố tụng Dân sự Thổ Nhĩ Kỳ vì hội đồng trọng tài không chấp thuận yêu cầu của bị đơn về việc mở phiên họp giải quyết tranh chấp và không quan tâm đến đề nghị cung cấp bằng chứng mới của bị đơn. Tòa án cho rằng hội đồng trọng tài đã hành xử theo Quy tắc Trọng tài của Phòng Thương mại Istanbul, mà các bên đã thống nhất;³⁸
- Trước khi được đưa ra Tòa án Khu vực của Hoa Kỳ ở Bắc Florida, bị đơn Devon (nguyên đơn trong vụ kiện trọng tài, đã được xét xử tại Ủy ban Trọng tài Hàng hải Trung Quốc (CMAC)) cho rằng thủ tục tố tụng trọng tài đã không tuân thủ Luật pháp nước CHND Trung Hoa vì CMAC đã bác phần tố của bên kia nhưng sau đó lại cho phép bên đó nộp đơn khởi kiện riêng và đơn này sau đó lại được hợp nhất với đơn kiện của Devon. Tòa án bác bỏ lập luận này, vì Devon không chứng minh được rằng quyết định của CMAC không tuân thủ luật pháp Trung Quốc.³⁹

38 Đức: Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, 30 tháng 9 năm 1999 (Nguyên đơn với Bị đơn), Niên giám Trọng tài Thương mại XXXI (2006) tr. 640-651 (Đức số 84).

39 Hoa Kỳ: Tòa án Khu vực Hoa Kỳ, Bắc Florida, Pensacola Division, 29 tháng 3 năm 2010 (*Pactrans Air & Sea, Inc. với China National Chartering Corp., et al.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 526-527 (US số 697).

Ví dụ về những phản đối thành công dựa vào căn cứ vi phạm thủ tục tố tụng trọng tài quy định ở Điều V(1)(d) bao gồm:

- Tòa Phúc thẩm Thụy sĩ từ chối công nhận và cho thi hành một phán quyết của Đức, vì cho rằng thủ tục trọng tài không theo đúng thỏa thuận của các bên; thỏa thuận trọng tài quy định thực hiện trọng tài ở Hamburg theo đó "mọi tranh chấp phải được giải quyết trong cùng một thủ tục tố tụng trọng tài". Thay vào đó, trọng tài diễn ra thành hai giai đoạn: trước tiên là trọng tài về chất lượng bởi hai chuyên gia và sau đó là trọng tài được thực hiện bởi một hội đồng bao gồm ba trọng tài viên;⁴⁰
- Tòa Phúc thẩm Thổ Nhĩ Kỳ từ chối công nhận và cho thi hành một phán quyết của Thụy Sĩ với căn cứ là luật tố tụng mà các bên đã thống nhất không được áp dụng;⁴¹
- Tòa án Tối cao Italia cho thi hành phán quyết của Stockholm nhưng không cho thi hành phán quyết của Bắc Kinh được tuyên liên quan đến cùng tranh chấp. Tòa án cho rằng phán quyết của Bắc Kinh trái với thỏa thuận của các bên dự định chỉ sử dụng một trọng tài, hoặc ở Stockholm hoặc ở Bắc Kinh, tùy thuộc bên nào bắt đầu thủ tục trọng tài trước.⁴²

IV.5. CĂN CỨ 5: PHÁN QUYẾT CHƯA CÓ HIỆU LỰC RÀNG BUỘC, BỊ HỦY HOẶC ĐÌNH CHỈ (Điều V(1)(e))

"Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc đối với các bên, hoặc đã

40 *Thụy sĩ: Appellationsgericht, Basel-Stadt*, 6 tháng 9 năm 1968, (*Corporation X AG, bên mua với Công ty Y, bên bán*) Niên giám Trọng tài Thương mại I (1976) tr. 200 (Thụy sĩ số 4).

41 *Thổ Nhĩ Kỳ: Tòa Phúc thẩm, 15th Legal Division*, 1 tháng 2 năm 1996 (*Osuuskunta METEX Andelslag VÖİS. với Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü General Directorate, Ankara*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXII (1997) tr. 807-814 (Thổ Nhĩ Kỳ số 1).

42 *Ý: Corte di Cassazione*, 7 tháng 2 năm 2001, số 1732 (*Tema Frugoli SpA, đang giải thể với Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXII (2007) tr. 390-396 (Ý số 170).

bị hủy hoặc đình chỉ bởi một cơ quan có thẩm quyền hoặc theo luật pháp của quốc gia nơi phán quyết được tuyên."

Điều V(1)(e) quy định về việc từ chối công nhận và cho thi hành một phán quyết nếu bị đơn chứng minh được rằng phán quyết đó:

- Chưa có hiệu lực "ràng buộc" đối với các bên, hoặc
- Đã bị hủy hoặc đình chỉ bởi một cơ quan có thẩm quyền hoặc theo luật pháp của quốc gia nơi phán quyết đó được tuyên.

IV.5.1. *Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc*

Từ "ràng buộc" được những nhà soạn thảo Công ước New York sử dụng trong bối cảnh này thay vì từ "chung thẩm" (đã được sử dụng trong bối cảnh tương đương trong Công ước Geneva 1927 về Thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài).⁴³ Việc sử dụng từ "ràng buộc" nhằm làm rõ rằng một bên được phép nộp đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết sau khi phán quyết đó được hội đồng trọng tài ban hành. Điều này nghĩa là bên này không cần phải có *công nhận lãnh sự* hoặc lệnh cho phép làm như vậy của tòa án ở Quốc gia nơi phán quyết được ban hành, hoặc ở quốc gia mà pháp luật của quốc gia đó được áp dụng để đưa ra phán quyết (được gọi là *công nhận lãnh sự kép*), theo quy định tại Công ước Geneva 1927.

Việc không yêu cầu công nhận lãnh sự kép theo Công ước được các tòa án và các nhà phê bình công nhận rộng rãi.

Tuy nhiên, các tòa án có quan điểm khác nhau về cách xác định thời điểm một phán quyết được coi là "ràng buộc" theo ý nghĩa của Điều V(1)(e). Một số tòa án cho rằng thời điểm này phải được xác định theo luật pháp của quốc gia nơi phán quyết được tuyên.⁴⁴ Tòa án khác lại

43 Công ước về Thực hiện Phán quyết Trọng tài Nước ngoài, ký tại Geneva ngày 26 tháng 9 năm 1927.

44 Xem, vd: *Pháp*: Tribunal de Grande Instance, Strasbourg, 9 tháng 10 năm 1970 (*Animalfeeds*

quyết định vấn đề này độc lập với luật áp dụng cho phán quyết và cho rằng phán quyết trọng tài nước ngoài có hiệu lực ràng buộc đối với các bên khi không có, hoặc không còn, biện pháp khiếu nại thông thường đối với phán quyết.⁴⁵ Điều này nghĩa là không còn được phép kháng cáo phán quyết về nội dung tại trọng tài phúc thẩm, hoặc tại tòa án. Trong bối cảnh này, đôi khi tòa án sẽ dựa trên thỏa thuận của các bên. Chẳng hạn, nếu các bên đã lựa chọn thực hiện trọng tài theo quy tắc của Phòng Thương mại Quốc tế, Quy tắc Trọng tài của ICC quy định tại Điều 28(6) rằng: "Mọi phán quyết sẽ có hiệu lực ràng buộc đối với các bên."

IV.5.2. *Phán quyết bị hủy hoặc đình chỉ*

(i) *Hủy phán quyết*

Tùy thuộc từng quốc gia, thủ tục này cũng có thể được gọi là "hủy bỏ" hoặc "hủy".

Những tòa án có thẩm quyền hủy phán quyết chỉ bao gồm tòa án của Quốc gia nơi phán quyết được ban hành hoặc nơi phán quyết được xác định là đã ban hành, nghĩa là tòa án tại địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài (xem Chương I, mục III.1.1). Những tòa án này được mô tả là có thẩm quyền "giám sát" hoặc "cơ sở" đối với phán quyết. Ngược lại, những tòa án nơi phán quyết được yêu cầu công nhận và cho thi hành được mô tả là có thẩm quyền "thi hành" hoặc "thứ cấp" đối với phán quyết, chỉ giới hạn ở việc xác định sự tồn tại của căn cứ để từ chối công nhận hoặc cho thi hành theo Công ước.

Để phản đối việc công nhận và cho thi hành dựa trên cơ sở phán quyết đã bị hủy thành công, ở nhiều quốc gia, phán quyết phải được

International Corp. với S.A.A. Becker & Cie) Niên giám Trọng tài Thương mại II (1977) tr. 244 (Pháp số 2).

45 Xem, vd: *Thụy Sĩ: Trọng tài Liên bang, Tòa Dân sự Số 1, 9 tháng 12 năm 2008 (Compagnie X SA với Federation Y)* Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIV (2009) tr. 810-816 (Thụy Sĩ số 40).

hủy hoàn toàn bởi tòa án có thẩm quyền cơ sở. Đơn yêu cầu hủy phán quyết là chưa đủ. Quy định này ngăn cản việc bên thua kiện trì hoãn việc thi hành bằng cách tiến hành thủ tục hủy phán quyết.

Tình huống có đơn yêu cầu hủy hoặc đình chỉ phán quyết được quy định tại Điều VI, quy định rằng trong trường hợp này tòa án nơi có yêu cầu cho thi hành có thể hoãn quyết định cho thi hành phán quyết nếu cho rằng điều đó là phù hợp. Tuy nhiên, đơn yêu cầu phải được gửi tới tòa án có thẩm quyền theo quy định tại Điều V(1)(e), tức là tòa án có thẩm quyền cơ sở.

(ii) *Hậu quả của việc hủy phán quyết*

Mặc dù một phán quyết đã bị hủy ở quốc gia nơi phán quyết được ban hành, hoặc ở quốc gia mà pháp luật của quốc gia đó được áp dụng để ban hành phán quyết, tòa án ở một quốc gia khác vẫn có thể công nhận và cho thi hành không dựa trên cơ chế của Công ước New York. Pháp là ví dụ nổi tiếng nhất về việc tòa án đã tuyên bố cho phép thi hành một phán quyết mặc dù phán quyết đó đã bị hủy ở quốc gia ban hành. Pháp đã thực hiện điều đó, không phải trên cơ sở Công ước New York, mà trên cơ sở luật pháp của Pháp, bằng cách quyết định không áp dụng Công ước New York thông qua Điều VII(1), quy định về quyền áp dụng theo cách có lợi hơn. Quy định này cho phép tòa án áp dụng cơ chế cho thi hành có lợi hơn đối với việc thi hành so với Công ước New York, nghĩa là cách thức có thể dẫn tới việc công nhận và cho thi hành khi Công ước không cho phép (tham khảo Chương I, mục V.1).

(iii) *Phán quyết "bị đình chỉ"*

Điều V(1)(e) cũng quy định rằng việc cho thi hành một phán quyết có thể bị từ chối nếu bên phải thi hành phán quyết chứng minh được rằng phán quyết đã bị "đình chỉ" bởi một tòa án ở quốc gia nơi phán quyết được ban hành, hoặc ở quốc gia mà pháp luật quốc gia đó được áp dụng để ban hành phán quyết. Như có thể thấy trên đây tại mục IV.5.2 (i),

Điều VI của Công ước quy định rằng tòa án có thể hoãn quyết định cho thi hành nếu bị đơn nộp đơn yêu cầu đình chỉ phán quyết ở quốc gia ban hành.

Việc "đình chỉ" phán quyết không được định nghĩa trong Công ước. Tòa án thường giải thích khái niệm này để hàm ý việc đình chỉ thi hành phán quyết bởi *một tòa án* (do vậy không phải bởi quy định theo pháp luật, chẳng hạn như trong khi chờ đợi việc hủy phán quyết) ở quốc gia ban hành.

V. CĂN CỨ MẶC NHIÊN ĐỂ TÒA ÁN TỪ CHỐI CHO THI HÀNH (ĐIỀU V(2))

Điều V(2) của Công ước quy định:

" Việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài còn có thể bị từ chối nếu như cơ quan có thẩm quyền ở quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành được yêu cầu thấy rằng:

- (a) Nội dung tranh chấp không thể được giải quyết bởi trọng tài theo luật pháp của quốc gia đó, hay
- (b) Việc công nhận hoặc cho thi hành phán quyết sẽ trái với trật tự công của quốc gia đó."

Những căn cứ tại Điều V(2) bảo vệ lợi ích công của Quốc gia nơi việc thi hành được yêu cầu và, do đó, tòa án có thể tự dựa vào đó sau khi có đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết. Thông thường, bên phản đối công nhận và cho thi hành cũng sẽ viện dẫn đến những căn cứ này khi bên đó tin rằng những căn cứ này là phù hợp.

V.1. CĂN CỨ 6: KHÔNG THỂ GIẢI QUYẾT BẰNG THỂ THỨC TRỌNG TÀI (Điều V(2)(a))

Tóm lại, căn cứ "không thể giải quyết bằng thể thức trọng tài" để từ chối

theo Điều V(2)(a) có thể được áp dụng khi tranh chấp liên quan đến nội dung chỉ dành riêng cho tòa án.

Ví dụ, rõ ràng những vụ án hình sự không thuộc phạm vi giải quyết của trọng tài; tương tự như vậy, những vụ việc chỉ thuộc phạm vi xét xử của tòa án sẽ không thể giải quyết bằng thể thức trọng tài được, bao gồm:

- ly hôn;
- giám hộ trẻ em;
- giải quyết tranh chấp tài sản;
- di chúc;
- phá sản; và
- giải thể công ty.

Xu hướng hiện đại là ngày càng ít nhóm tranh chấp được dành riêng cho thẩm quyền của tòa án, đây là kết quả của một số yếu tố, bao gồm cả xu hướng giảm chi phí, sự cởi mở hơn của nhiều tòa án khi chấp nhận rằng thỏa thuận của các bên về việc giải quyết bằng trọng tài cần được tôn trọng và việc luật trong nước hỗ trợ trọng tài quốc tế. Về khía cạnh này, cần lưu ý rằng việc "không thể giải quyết bằng thể thức trọng tài" trong bối cảnh quốc tế có ý nghĩa khác với bối cảnh trong nước (tham khảo Chương này, mục V.2, để phân biệt giữa trật tự công quốc tế và quốc gia). (Đồng thời tham khảo Chương II, mục IV.6.1 về những vấn đề "có thể được giải quyết bằng trọng tài".)

Một vấn đề có xét xử trọng tài được hay không sẽ được xác định theo luật pháp của quốc gia nơi nộp đơn xin công nhận và cho thi hành. Khả năng có thể giải quyết bằng thể thức trọng tài phải là nội dung chính của đơn, chứ không chỉ là phần bổ sung.

Theo báo cáo, có rất ít trường hợp xin từ chối cho thi hành thành công dựa vào căn cứ ở Điều V(2)(a). Những trường hợp này bao gồm:

- Quyết định của Tòa án Tối cao Bỉ từ chối cho thi hành một phán quyết dựa trên căn cứ là nội dung tranh chấp liên quan đến việc chấm dứt hợp đồng phân phối độc quyền không thể được giải quyết bằng trọng tài theo luật pháp Bỉ vì tòa án Bỉ được trao thẩm quyền riêng biệt theo một luật cụ thể liên quan đến các nhà phân phối;⁴⁶
- Quyết định của Tòa án Thương mại Liên bang của Khu vực Moscow cho rằng một phán quyết của Slovak không thi hành được vì phán quyết đó được đưa ra sau khi bị đơn của Nga đã bị tuyên bố phá sản bởi một tòa án thương mại. Theo luật phá sản của Liên bang Nga, tòa thương mại có thẩm quyền riêng biệt trong việc xác định số tiền và tính chất của yêu cầu đòi tiền đối với bên mắc nợ. Trên thực tế, Tòa án đưa ra quyết định dựa trên theo Điều V(2)(b) của Công ước vì khả năng giải quyết bằng trọng tài có thể được coi là thuộc về trật tự công.⁴⁷

V.2. CĂN CỨ 7: TRÁI VỚI TRẬT TỰ CÔNG (Điều V(2)(b))

Điều V(2)(b) cho phép tòa án nơi được yêu cầu công nhận hoặc cho thi hành được từ chối công nhận hoặc cho thi hành nếu điều đó "trái với trật tự công của quốc gia đó".

Tuy nhiên, Điều V(2)(b) không định nghĩa thế nào là "trật tự công". Điều này cũng không quy định về việc liệu nguyên tắc trong nước về trật tự công hay các nguyên tắc trật tự công dựa trên khái niệm quốc tế về trật tự công, có áp dụng cho việc công nhận và cho thi hành theo Công ước New York. Khái niệm quốc tế về trật tự công thường hẹp hơn khái niệm trật tự công của các quốc gia. Như có thể thấy tại Chương này, ở mục V.1 trên đây, phân biệt này cũng áp dụng cho khả

46 *Bỉ*: Tòa Giám đốc thẩm, Tòa số 1, 28/06/1979 (*Audi-NSU Union AG với SA Adelin Petit & Cie*) Niên giám Trọng tài Thương mại V (1980) tr. 257-259 (Bỉ số 2).

47 *Liên bang Nga*: Tòa án Thương mại Liên bang, Moscow, 1/11/2004 (*AO Slovenska Konsolidachna, A.S. với KB SR Yakimanka*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIII (2008) tr. 654-657 (Liên bang Nga số 15).

năng giải quyết bằng trọng tài.

Phần lớn các tòa án quốc gia áp dụng chuẩn mực hẹp hơn về trật tự công quốc tế, áp dụng quy tắc về nội dung từ các nguồn quốc tế.

Khuyến nghị của Hiệp hội Luật Quốc tế ban hành năm 2002 ("Khuyến nghị ILA") về "Trật tự công" đang ngày càng được coi là phản ánh tốt nhất về thông lệ quốc tế.⁴⁸

Trong số những khuyến nghị chung của Khuyến nghị ILA, có khuyến nghị về tính chung thẩm của phán quyết trong những vụ kiện "trọng tài thương mại quốc tế phải được tôn trọng trừ những trường hợp ngoại lệ" (Khoản 1(a) của Phần Vấn đề Chung) và trường hợp ngoại lệ "đặc biệt có thể tồn tại nếu việc công nhận hoặc cho thi hành phán quyết trọng tài quốc tế sẽ trái với trật tự công quốc tế" (Khoản 1(b) của Phần Vấn đề Chung).

Khoản 1(d) của Khuyến nghị ILA nói rõ rằng cụm từ "trật tự công quốc tế" được sử dụng trong khuyến nghị nhằm chỉ tập hợp các nguyên tắc và quy tắc được một Quốc gia công nhận, mà, do bản chất của chúng, có thể ngăn cản việc công nhận hoặc cho thi hành phán quyết trọng tài được đưa ra trong bối cảnh trọng tài thương mại quốc tế khi việc công nhận hoặc cho thi hành phán quyết đã nói sẽ dẫn đến vi phạm các nguyên tắc và quy tắc đó hoặc vì thủ tục ban hành phán quyết (trật tự công quốc tế về thủ tục) hoặc vì nội dung của phán quyết (trật tự công quốc tế về nội dung).

Khuyến nghị ILA ghi rõ (theo Khoản 1(d)) rằng trật tự công quốc tế của bất kỳ Quốc gia nào bao gồm:

- (i) các nguyên tắc cơ bản, gắn liền với công lý hoặc đạo đức, mà Quốc gia mong muốn bảo vệ thậm chí khi quốc gia đó không trực tiếp liên quan;
- (ii) quy tắc được thiết kế để phục vụ lợi ích thiết yếu về chính trị, xã

48 Tại <www.ila-hq.org/download.cfm/docid/032880D5-46CE-4CB0-912-A0B91832E11AF>.

hội, hoặc kinh tế của Quốc gia, được gọi là "*lois de police*" hay "quy tắc trật tự công"; và

(iii) Quốc gia có nghĩa vụ tôn trọng nghĩa vụ của mình đối với các Quốc gia khác hoặc các tổ chức quốc tế.

V.2.1. *Ví dụ về Công nhận và Cho thi hành dù có khiếu nại về vi phạm trật tự công*

Trong một vụ việc ở Đức tại Tòa Phúc thẩm Celle, bên bán yêu cầu cho thi hành một phán quyết của Tòa án Trọng tài thương mại quốc tế thuộc Phòng Thương mại và Công nghiệp Liên bang Nga (ICAC).⁴⁹ Bên mua cho rằng việc cho thi hành sẽ vi phạm trật tự công bởi có tình trạng không tuân thủ thủ tục tố tụng trọng tài hoặc bởi phán quyết trọng tài đưa ra phán quyết về mức phạt hợp đồng quá cao. Tòa án bác bỏ lập luận của bên mua, cho rằng:

"Trong trường hợp cụ thể của phán quyết trọng tài nước ngoài, việc trọng tài nước ngoài đi chệch khỏi những quy tắc bắt buộc về thủ tục trong nước không [tự động] vi phạm trật tự công. Thay vào đó, phải có một vi phạm trật tự công quốc tế. Vì vậy, việc công nhận phán quyết trọng tài nước ngoài về nguyên tắc phải tuân thủ một cơ chế ít nghiêm ngặt hơn so với [việc công nhận] phán quyết trọng tài trong nước. Vấn đề không phải là liệu thẩm phán của Đức có đưa ra kết quả khác dựa trên những quy định có tính bắt buộc trong luật pháp của Đức hay không. Thay vào đó, chỉ phát sinh vi phạm trật tự công quốc tế khi những hậu quả của việc áp dụng luật pháp nước ngoài trong một trường hợp cụ thể quá khác biệt với quy định của Đức đến mức không thể chấp nhận được theo các nguyên tắc của Đức. Trường hợp này không phải như vậy."

⁴⁹ Đức: Oberlandesgericht, Celle, 6/10/2005 (*Bên bán với Bên mua*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXII (2007) tr 322-327 (Đức số 99).

Trong vụ việc khác ở Pháp giữa *SNF với Cytec*, SNF ký kết hợp đồng mua hóa chất của Cytec theo hai hợp đồng riêng.⁵⁰ Hợp đồng thứ hai quy định rằng Cytec là nhà cung cấp độc quyền. Hội đồng trọng tài cho rằng hợp đồng thứ hai vi phạm Luật Cạnh tranh EC. Sau đó, hội đồng trọng tài ra phán quyết có lợi cho Cytec. Trước Tòa giám đốc thẩm (*Cour de Cassation*), SNF lập luận rằng Tòa án không nên cho phép thi hành phán quyết đã dựa trên thỏa thuận gây hạn chế cạnh tranh và do vậy trái với luật pháp và trật tự công của EC. Tòa án cho rằng trong trường hợp (như trong trường hợp này) vấn đề gây tranh cãi thuộc trật tự công quốc tế, tòa án chỉ can thiệp để ngăn cản việc thi hành trong trường hợp có vi phạm chính "hiển nhiên, có ảnh hưởng, và cụ thể" đối với trật tự công quốc tế.

Việc suy luận pháp lý là nền tảng của phán quyết hoặc hành vi của hội đồng trọng tài có thiếu sót nhất định không vi phạm trật tự công miễn là thiếu sót này không ảnh hưởng đến quan niệm nền tảng về đạo đức và sự công bằng của hệ thống luật pháp nơi phán quyết được yêu cầu thi hành, nghĩa là không vi phạm trật tự công quốc tế. Ví dụ, Tòa Chung thẩm của Đặc khu hành chính Hồng Kông cho rằng việc tổ chức giám định khi không có mặt bị đơn không phải là căn cứ để từ chối cho thi hành vì bị đơn đã được thông báo về việc đó và không đề nghị giám định lại với sự có mặt của đại diện bị đơn.⁵¹

Những ví dụ khác về công nhận và cho thi hành mặc dù có khiếu nại về vi phạm trật tự công bao gồm:

- Thiếu khả năng tài chính: Tòa án Tối cao Bồ Đào Nha bác bỏ lập luận rằng có tình trạng vi phạm trật tự công vì bị đơn Bồ Đào Nha không

50 *Pháp*: Tòa giám đốc thẩm, Tòa Dân sự Số 1, 4 tháng 6 năm 2008 (*SNF sas với Cytec Industries BV*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXIII (2008) tr. 489-494 (Pháp số 47).

51 *Hồng Kông*: Tòa Chung thẩm của Đặc khu hành chính Hồng Kông, 9/02/1999 (*Hebei Import và Export Corporation với Polytek Engineering Company Limited*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXIV (1999) tr. 652-677 (Hồng Kông số 15).

tham gia vào tố tụng trọng tài ở Hà Lan do thiếu khả năng tài chính;⁵²

- Trọng tài viên thiếu công bằng: tòa án cho rằng "dường như có thành kiến" là chưa đủ; phải có "thành kiến thực sự", nghĩa là trọng tài viên phải thực sự có hành động mang tính thiên vị;⁵³
- Thiếu lý do trong phán quyết: tòa án của những quốc gia nơi bắt buộc phải có lý do trong phán quyết thường chấp thuận cho thi hành những phán quyết không có lý do nhưng được đưa ra ở những quốc gia nơi phán quyết như vậy có hiệu lực.⁵⁴

V.2.2. Ví dụ về Từ chối Công nhận và Cho thi hành

Ví dụ về từ chối công nhận và cho thi hành theo Điều V(2)(b) bao gồm:

- Tòa Phúc thẩm Bavaria từ chối công nhận và cho thi hành phán quyết của Nga căn cứ vào trật tự công vì phán quyết đã được đưa ra sau khi các bên đã giải quyết xong tranh chấp, và điều đó được giấu không cho trọng tài viên biết;⁵⁵
- Tòa Thương mại Liên bang của Khu vực Tomsk, thuộc Liên bang Nga, từ chối việc thi hành một phán quyết ICC được ban hành ở Pháp, vì phát hiện ra rằng các hợp đồng vay liên quan đến phán quyết là sự dàn xếp bất hợp pháp giữa các công ty thuộc cùng tập

52 *Bồ Đào Nha*: Supremo Tribunal de Justiga, 9/10/ 2003 (A với B. & Cia. Ltda., et al.) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXII (2007) tr. 474-479 (Bồ Đào Nha số 1).

53 *Xem Đức*: Oberlandesgericht, Stuttgart, 18/10/1999 và Bundesgerichtshof, 1/02/ 2001 (*Chủ tàu Hà Lan với Chủ trại gia súc Đức và Thương gia buôn thịt*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXIX (2004) tr. 700-714 (Đức số 60);

Hoa Kỳ: Tòa án Khu vực Hoa Kỳ, Khu vực Nam New York, 27/06/2003 và Tòa Phúc thẩm Hoa Kỳ, Tòa số 2, 3/08/2004 (*Lucent Technologies Inc., et al. với Tatung Co.*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXX (2005) tr. 747-761 (US số 483).

54 *Xem, e.g., Đức*: Oberlandesgericht Düsseldorf, 15/12/2009 (*Bên bán với Bên mua của Đức*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 386-388 (Đức số 135).

55 *Đức*: Bayerisches Oberstes Landesgericht, 20/11/2003 (*Bên bán với Bên mua*) Niên giám Trọng tài Thương mại XXIX (2004) tr. 771-775 (Đức số 71).

đoàn và tranh chấp đó chỉ là giả tạo.⁵⁶

III. KẾT LUẬN

Nghiên cứu này về các căn cứ bị hạn chế để từ chối yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài và các nguyên tắc nên dùng để giải thích những căn cứ này phải phản ánh bản chất “ủng hộ thi hành” của Công ước, điều cần được các tòa án tôn trọng và áp dụng đúng đắn.

56 *Liên bang Nga: Tòa Thương mại Liên bang/ Khu vực Tomsk/ 7/07/2010 (Yukos Capital S.A.R.L. với OAO Tomskneft VNK) Niên giám Trọng tài Thương mại XXXV (2010) tr. 435-437 (Liên bang Nga số 28).*

PHỤ LỤC

MỤC LỤC

Phụ lục I - Công ước New York 1958

Phụ lục II - Luật Mẫu UNCITRAL về Trọng tài thương mại quốc tế

Phụ lục III - Khuyến nghị UNCITRAL 2006

Phụ lục IV - Các nguồn tài liệu trực tuyến

PHỤ LỤC I

Công ước New York 1958

Công ước của Liên Hiệp Quốc về Công nhận và Cho thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài, thông qua tại New York, ngày 10 tháng 06 năm 1958

ĐIỀU I

1. Công ước này áp dụng đối với việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài được ban hành tại lãnh thổ của một Quốc gia khác với Quốc gia nơi có yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài đó, xuất phát từ các tranh chấp giữa các thể nhân hay pháp nhân. Công ước còn được áp dụng cho những phán quyết trọng tài không được coi là phán quyết trong nước tại Quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành những phán quyết đó được yêu cầu.
2. Thuật ngữ “các phán quyết trọng tài” bao gồm không chỉ những phán quyết đưa ra bởi các Trọng tài viên được chỉ định cho từng vụ việc mà còn bao gồm những phán quyết đưa ra bởi các tổ chức trọng tài thường trực được các bên chọn đưa vụ tranh chấp ra giải quyết.
3. Khi ký kết, phê chuẩn, hoặc gia nhập Công ước này, hoặc thông báo

phạm vi áp dụng Công ước theo điều X của Công ước này, bất kỳ Quốc gia nào cũng có thể trên cơ sở có đi có lại tuyên bố rằng Quốc gia đó sẽ chỉ áp dụng Công ước đối với việc công nhận và cho thi hành các phán quyết được đưa ra tại lãnh thổ một Quốc gia thành viên khác. Quốc gia đó còn có thể tuyên bố chỉ áp dụng Công ước cho các tranh chấp phát sinh từ các quan hệ pháp lý, dù là quan hệ hợp đồng hay không, được coi là quan hệ thương mại theo pháp luật trong nước của Quốc gia đó.

ĐIỀU II

1. Mỗi Quốc gia thành viên phải công nhận thỏa thuận bằng văn bản theo đó các bên cam kết đưa ra trọng tài xét xử mọi tranh chấp đã hoặc có thể phát sinh giữa các bên từ một quan hệ pháp lý xác định, dù là quan hệ hợp đồng hay không, liên quan đến một đối tượng có khả năng giải quyết được bằng trọng tài.
2. Thuật ngữ “thỏa thuận bằng văn bản” bao gồm điều khoản trọng tài trong một hợp đồng hoặc một thỏa thuận trọng tài được các bên ký kết hoặc được ghi nhận trong thư hoặc điện tín trao đổi giữa các bên.
3. Toà án của một Quốc gia thành viên, khi nhận được đơn kiện về một vấn đề mà các bên đã có thỏa thuận theo nội dung của Điều này theo yêu cầu của một bên, phải hướng dẫn các bên tới trọng tài, trừ khi Toà án thấy rằng thỏa thuận nói trên vô hiệu không thể thực hiện được hoặc không có khả năng được thực hiện.

ĐIỀU III

Mỗi Quốc gia thành viên phải công nhận phán quyết trọng tài có giá trị ràng buộc và cho thi hành những phán quyết đó theo quy tắc tổ tụng của lãnh thổ nơi phán quyết sẽ được thi hành, theo các điều kiện được nêu trong các điều khoản dưới đây. Không được áp đặt các điều kiện nặng hơn đáng kể hoặc các phí hay lệ phí cao hơn cho việc công nhận

và cho thi hành phán quyết trọng tài mà Công ước này điều chỉnh so với việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài trong nước.

ĐIỀU IV

1. Để được công nhận và cho thi hành một phán quyết trọng tài như quy định trên đây, bên yêu cầu công nhận và cho thi hành, tại thời điểm nộp đơn yêu cầu, phải cung cấp:

- (a) Bản gốc phán quyết có chứng thực hợp lệ hoặc bản sao phán quyết có chứng nhận hợp lệ;
- (b) Thỏa thuận gốc như quy định tại điều II hoặc bản sao của thỏa thuận đó được chứng nhận hợp lệ.

2. Nếu phán quyết hoặc thỏa thuận nói trên không được lập bằng ngôn ngữ chính thức của quốc gia nơi phán quyết được yêu cầu thi hành, bên yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết phải xuất trình bản dịch các tài liệu đó ra ngôn ngữ nói trên. Bản dịch phải được chứng nhận bởi một người phiên dịch chính thức hay đã tuyên thệ, hoặc bởi một cơ quan ngoại giao hoặc lãnh sự.

ĐIỀU V

1. Việc công nhận và cho thi hành phán quyết có thể bị từ chối, theo yêu cầu của bên phải thi hành, chỉ khi nào bên đó cung cấp cho cơ quan có thẩm quyền nơi việc công nhận và cho thi hành được yêu cầu, bằng chứng rằng:

- (a) Các bên tham gia thỏa thuận được quy định tại điều II, theo luật áp dụng đối với các bên, không có đủ năng lực, hoặc thỏa thuận nói trên vô hiệu theo luật mà các bên chịu sự điều chỉnh, hoặc nếu không có chỉ dẫn về điều này, theo luật của Quốc gia nơi ra phán quyết; hoặc

- (b) Bên phải thi hành phán quyết không được thông báo đầy đủ hợp lệ về việc chỉ định trọng tài viên hay về tổ tụng trọng tài hoặc do một nguyên nhân gì khác không thể tham gia tranh tụng; hoặc
 - (c) Phán quyết giải quyết một tranh chấp không được dự liệu trong hoặc không thuộc phạm vi của các vấn đề được yêu cầu trọng tài giải quyết, hoặc phán quyết trọng tài bao gồm quyết định về các vấn đề ngoài phạm vi yêu cầu giải quyết bằng trọng tài, tuy nhiên, nếu các quyết định về các vấn đề được yêu cầu giải quyết bằng trọng tài có thể tách rời khỏi các quyết định về các vấn đề không được yêu cầu, thì phần của phán quyết trọng tài gồm các quyết định về vấn đề được yêu cầu có thể được công nhận và cho thi hành; hoặc
 - (d) Thành phần hội đồng trọng tài hoặc thủ tục tổ tụng trọng tài không phù hợp với thoả thuận của các bên hoặc, nếu không có thoả thuận đó, không phù hợp với luật của quốc gia nơi tiến hành trọng tài; hoặc
 - (e) Phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc đối với các bên, hoặc bị huỷ hay đình chỉ bởi cơ quan có thẩm quyền của quốc gia hoặc theo luật của quốc gia nơi phán quyết được đưa ra.
2. Việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài còn có thể bị từ chối nếu như cơ quan có thẩm quyền ở quốc gia nơi việc công nhận và cho thi hành được yêu cầu thấy rằng:
- (a) Nội dung tranh chấp không thể được giải quyết bởi trọng tài theo luật pháp của quốc gia đó; hoặc
 - (b) Việc công nhận hoặc cho thi hành phán quyết sẽ trái với trật tự công của quốc gia đó.

ĐIỀU VI

Nếu cơ quan có thẩm quyền nêu ở điều V mục 1 (e) nhận được yêu cầu huỷ hoặc đình chỉ một phán quyết, thì cơ quan nơi phán quyết được yêu cầu thi hành có thể, nếu thấy phù hợp, hoãn quyết định cho thi hành phán quyết trọng tài hoặc theo đề nghị của bên yêu cầu thi hành phán quyết có thể yêu cầu bên kia đưa ra biện pháp bảo đảm thích hợp.

ĐIỀU VII

1. Các quy định của Công ước này không làm ảnh hưởng tới hiệu lực của các thoả thuận đa phương hay song phương của các Quốc gia thành viên liên quan tới việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài, cũng như không tước đi quyền của bất kỳ bên liên quan nào về việc bên đó sử dụng phán quyết trọng tài theo cách và giới hạn được luật pháp hoặc các điều ước của quốc gia nơi phán quyết sẽ được yêu cầu thi hành cho phép.

2. Nghị định thư Giơnevơ năm 1923 về Thỏa thuận trọng tài và Công ước Giơnevơ năm 1927 về Thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài sẽ hết hiệu lực hiệu lực giữa các Quốc gia thành viên khi các Quốc gia thành viên bị ràng buộc bởi Công ước này.

ĐIỀU VIII

1. Công ước này được mở tới ngày 31 tháng 12 năm 1958 cho việc ký kết nhân danh mọi Thành viên của Liên Hợp quốc và cũng nhân danh mọi Quốc gia khác đang hoặc sẽ là thành viên của bất kỳ cơ quan chuyên môn nào của Liên Hợp Quốc, hoặc đang hoặc sẽ là một thành viên của Quy chế của Tòa án Công lý Quốc tế, hoặc bất cứ Quốc gia nào khác nhận được lời mời của Đại hội Đồng Liên Hợp Quốc.

2. Công ước này sẽ được phê chuẩn và văn kiện phê chuẩn sẽ được

Tổng thư ký Liên Hợp Quốc lưu giữ.

ĐIỀU IX

1. Công ước này được mở để mọi Quốc gia nêu ở điều VIII có thể gia nhập.
2. Việc gia nhập sẽ được thực hiện bằng cách nộp văn bản xin gia nhập cho Tổng thư ký Liên Hợp Quốc.

ĐIỀU X

1. Mọi Quốc gia có thể vào thời điểm ký kết, phê chuẩn hoặc gia nhập, tuyên bố rằng Công ước này sẽ áp dụng cho tất cả hoặc bất kỳ lãnh thổ nào mà trong quan hệ quốc tế mà Quốc gia đó chịu trách nhiệm. Tuyên bố đó sẽ có hiệu lực khi Công ước bắt đầu có hiệu lực đối với Quốc gia có liên quan.
2. Vào bất kỳ thời điểm nào sau đó mọi tuyên bố phạm vi áp dụng như vậy sẽ được thực hiện bằng cách gửi thông báo cho Tổng thư ký Liên Hợp Quốc và sẽ có hiệu lực kể từ ngày thứ chín mươi sau ngày Tổng thư ký Liên Hợp Quốc nhận được thông báo đó, hoặc kể từ ngày Công ước bắt đầu có hiệu lực đối với Quốc gia liên quan, lấy từ ngày nào đến chậm hơn trong hai ngày đó.
3. Đối với các lãnh thổ không nằm trong phạm vi áp dụng của Công ước này vào thời điểm ký kết, phê chuẩn hoặc gia nhập, mỗi Quốc gia liên quan sẽ xem xét khả năng tiến hành các bước cần thiết nhằm mở rộng việc áp dụng Công ước này tới các lãnh thổ đó, khi cần thiết theo quy định của Hiến pháp, thì tùy vào sự đồng ý của Chính quyền của các lãnh thổ đó.

ĐIỀU XI

Trong trường hợp một Quốc gia liên bang hay Quốc gia chưa nhất thể hoá thì áp dụng các điều khoản sau:

- (a) Đối với các điều khoản của Công ước này thuộc giới hạn thẩm quyền lập pháp của chính quyền liên bang, các nghĩa vụ của Chính phủ liên bang, trong chừng mực đó, sẽ như các nghĩa vụ của các Quốc gia thành viên không phải là Quốc gia liên bang;
- (b) Đối với các điều khoản của Công ước này thuộc giới hạn thẩm quyền lập pháp của các bang hoặc tỉnh thành viên mà theo hệ thống hiến pháp của liên bang không có trách nhiệm lập pháp, Chính phủ liên bang sẽ thông báo các điều khoản đó cho các cơ quan có thẩm quyền thích hợp của các bang hoặc tỉnh thành viên, cùng với một khuyến nghị tán thành một cách sớm nhất;
- (c) Một Quốc gia liên bang Thành viên của Công ước này, theo yêu cầu của bất kỳ Quốc gia thành viên nào khác gửi qua Tổng thư ký Liên Hợp Quốc tường trình về luật pháp và thực tiễn của liên bang và các đơn vị cấu thành của liên bang liên quan tới mọi điều khoản cụ thể của Công ước này, từ đó chỉ ra giới hạn hiệu lực của những điều khoản đó bằng hoạt động lập pháp hay hoạt động khác.

ĐIỀU XII

1. Công ước này sẽ có hiệu lực vào ngày thứ chín mươi sau ngày nhận được văn kiện phê chuẩn hoặc gia nhập thứ ba.
2. Đối với mỗi Quốc gia phê chuẩn hoặc gia nhập Công ước này, sau khi đã trao văn kiện phê chuẩn hay gia nhập thứ ba, Công ước sẽ có hiệu lực vào ngày thứ chín mươi sau khi trao văn kiện phê chuẩn hoặc gia nhập của Quốc gia đó.

ĐIỀU XIII

1. Mọi Quốc gia thành viên có thể từ bỏ tham gia Công ước này bằng cách gửi văn bản thông báo tới Tổng thư ký Liên Hợp Quốc. Việc từ bỏ sẽ có hiệu lực sau một năm kể từ ngày Tổng thư ký nhận được thông báo.
2. Mọi Quốc gia đã tuyên bố hoặc thông báo theo Điều X có thể, vào mọi thời điểm sau đó, bằng thông báo gửi cho Tổng thư ký Liên Hợp Quốc, tuyên bố rằng Công ước này sẽ thôi áp dụng tới lãnh thổ liên quan một năm sau ngày Tổng thư ký nhận được thông báo.
3. Công ước này sẽ tiếp tục áp dụng cho các phán quyết trọng tài mà các thủ tục công nhận và cho thi hành được bắt đầu trước khi việc từ bỏ có hiệu lực.

ĐIỀU XIV

Một Quốc gia Thành viên không có quyền lợi dụng Công ước này để chống các Quốc gia thành viên khác trừ khi trong phạm vi mà các Quốc gia đó tự ràng buộc để áp dụng Công ước.

ĐIỀU XV

Tổng thư ký Liên Hợp Quốc sẽ thông báo cho các Quốc gia nêu ở Điều VIII về:

- (a) Việc ký kết và phê chuẩn theo Điều VIII;
- (b) Việc gia nhập căn cứ vào Điều IX;
- (c) Tuyên bố và các thông báo theo Điều I, X, và XI;
- (d) Ngày tháng bắt đầu có hiệu lực của Công ước này theo Điều XII;
- (e) Việc từ bỏ và thông báo căn cứ theo Điều XIII.

ĐIỀU XVI

1. Công ước này sẽ được lưu tại phòng lưu trữ của Liên Hợp Quốc, các bản tiếng Trung Quốc, Anh, Pháp, Nga và Tây Ban Nha đều có giá trị như nhau.
2. Tổng thư ký Liên Hợp Quốc sẽ gửi một bản sao có xác nhận của Công ước này cho các Quốc gia nêu ở Điều VIII.

Để có danh sách cập nhật các Quốc gia Thành viên của Công ước, tham khảo website của Tập hợp Điều ước Liên Hợp Quốc tại <<http://treaties.un.org>>.

PHỤ LỤC II

Luật Mẫu về Trọng tài của UNCITRAL

*Luật Mẫu về Trọng tài Thương mại Quốc tế của UNCITRAL năm 1985,
với các sửa đổi được thông qua năm 2006*

CHƯƠNG I. NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG

Điều 1. Phạm vi áp dụng¹

(1) Luật này áp dụng cho trọng tài thương mại² quốc tế, theo bất kỳ thoả thuận hiện hành nào giữa quốc gia này với quốc gia hoặc các quốc gia khác.

(2) Những quy định của Luật này, trừ các Điều 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 và 36 chỉ áp dụng nếu địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài trọng tài là tại lãnh thổ của Nước này.

(Điều 1(2) đã được Ủy ban sửa đổi tại phiên họp thứ ba mươi chín năm 2006)

(3) Trọng tài là quốc tế nếu:

(a) Các bên tham gia thoả thuận trọng tài, tại thời điểm ký kết thoả

-
- 1 Tên các điều chỉ nhằm mục đích tham chiếu chứ không được sử dụng cho mục đích diễn giải.
 - 2 Thuật ngữ "thương mại" cần được diễn giải theo nghĩa rộng để bao quát các vấn đề phát sinh từ mọi quan hệ mang tính chất thương mại dù có hay không có hợp đồng. Các quan hệ mang tính thương mại bao gồm, nhưng không chỉ giới hạn ở, các giao dịch sau đây: bất cứ giao dịch nào nhằm cung cấp hoặc trao đổi hàng hóa hoặc dịch vụ; thoả thuận phân phối; đại diện hoặc đại lý thương mại, bao thanh toán, cho thuê; xây dựng công trình; tư vấn; kỹ thuật công trình; chuyển quyền; đầu tư; cấp vốn; ngân hàng; bảo hiểm; thoả thuận khai thác hoặc nhượng quyền, liên doanh và các hình thức hợp tác công nghiệp hoặc kinh doanh khác; chuyển chở hàng hóa hay hành khách bằng đường biển, đường không, đường sắt hoặc đường bộ.

thuận trọng tài đó, có địa điểm kinh doanh ở các nước khác nhau;
hoặc

(b) Một trong những địa điểm sau đây được đặt ở ngoài quốc gia nơi các bên có địa điểm kinh doanh:

(i) Địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài nếu được xác định trong, hoặc theo, thoả thuận trọng tài;

(ii) Nơi mà phần chủ yếu của các nghĩa vụ trong quan hệ thương mại được thực hiện hoặc nơi mà nội dung tranh chấp có quan hệ mật thiết nhất;

hoặc

(c) Các bên đã thoả thuận rõ về việc nội dung của thoả thuận trọng tài liên quan đến nhiều quốc gia.

(4) Đối với đoạn (3) của điều này:

(a) Nếu một bên có nhiều địa điểm kinh doanh thì địa điểm kinh doanh sẽ là nơi có quan hệ chặt chẽ nhất với thoả thuận trọng tài;

(b) Nếu một bên không có địa điểm kinh doanh thì nơi cư trú thường xuyên sẽ được sử dụng.

(5) Luật này không ảnh hưởng đến bất cứ luật nào khác của quốc gia này đối với một số tranh chấp không thể giải quyết bằng trọng tài hoặc chỉ có thể đưa ra trọng tài theo những quy định khác với quy định của Luật này.

Điều 2. Định nghĩa và nguyên tắc giải thích

Trong Luật này:

(a) "Trọng tài" nghĩa là mọi hình thức trọng tài có hoặc không có sự giám sát của một tổ chức trọng tài thường trực;

- (b) "Hội đồng trọng tài" nghĩa là trọng tài viên duy nhất hoặc hội đồng các trọng tài viên;
- (c) "Toà án" nghĩa là tổ chức hoặc cơ quan thuộc hệ thống tư pháp của một nước;
- (d) Khi quy định của luật này, trừ Điều 28, cho phép các bên tự do quyết định một vấn đề nhất định, tự do này bao gồm cả quyền của các bên được ủy quyền cho bên thứ ba, kể cả tổ chức, để đưa ra quyết định đó;
- (e) Nếu quy định của luật này tham chiếu đến việc các bên đã thoả thuận hoặc các bên có thể thoả thuận hoặc tham chiếu đến thoả thuận trọng tài theo bất kỳ cách nào khác, thoả thuận đó bao gồm cả qui tắc trọng tài được viện dẫn tới trong thoả thuận đó;
- (f) Nếu quy định của luật này, trừ quy định trong Điều 25 (a) và Điều 32 (2) (a) dẫn chiếu đến một đơn khởi kiện, những quy định đó cũng sẽ được áp dụng cho đơn phản tố, và nếu quy định của luật này dẫn chiếu đến bản biện hộ, quy định đó cũng áp dụng cho bản biện hộ đối với đơn phản tố đó.

Điều 2 A. Nguồn gốc quốc tế và các nguyên tắc chung

(Được Ủy ban sửa đổi tại phiên họp thứ ba mươi chín năm 2006)

- (1) Khi giải thích Luật này, cần lưu ý về nguồn gốc quốc tế của luật và sự cần thiết phải thúc đẩy tính thống nhất trong áp dụng và việc thực hiện trên cơ sở thiện chí.
- (2) Các câu hỏi liên quan đến những vấn đề thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật này mà không được giải quyết rõ ràng trong Luật phải được giải quyết trên cơ sở tuân thủ các nguyên tắc chung là cơ sở của Luật này.

Điều 3. Biên nhận giao dịch bằng văn bản

(1) Trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác:

(a) Bất kỳ liên lạc nào bằng văn bản sẽ được coi là đã nhận được nếu văn bản đó được chuyển trực tiếp tới người nhận hoặc nếu được gửi đến địa điểm kinh doanh, nơi thường trú hoặc địa chỉ gửi thư của người đó; nếu các địa chỉ trên không thể tìm thấy sau những nỗ lực hợp lý, các liên lạc bằng văn bản được xem là đã nhận được nếu văn bản được gửi đến địa điểm kinh doanh, nơi thường trú hoặc địa chỉ gửi thư được biết tới cuối cùng của người nhận bằng thư bảo đảm hoặc bằng cách thức khác có ghi nhận về việc chuyển thư đi;

(b) Các liên lạc bằng văn bản sẽ được coi là đã nhận được vào ngày văn bản được chuyển tới.

(2) Các quy định của Điều này không áp dụng cho việc liên lạc trong tố tụng tại toà án.

Điều 4. Khước từ quyền phản đối

Khi một bên biết bất kì Điều khoản nào của Luật này có thể bị các bên vi phạm, hoặc bất kì yêu cầu nào theo thoả thuận trọng tài chưa được tuân thủ và vẫn tiếp tục tiến hành thủ tục trọng tài mà không tuyên bố sự phản đối của mình về những việc không chấp hành đó một cách không chậm trễ hoặc, nếu có thời hạn cho phép, trong phạm vi thời hạn cho phép đó, thì sẽ xem như đã từ bỏ quyền phản đối của mình.

Điều 5. Mức độ can thiệp của tòa án

Đối với những vấn đề thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật này, sẽ không Toà án nào can thiệp trừ những trường hợp được Luật này quy định.

Điều 6. Một số chức năng nhất định trong hỗ trợ và giám sát trọng tài của tòa án hoặc cơ quan có thẩm quyền khác

Những chức năng được đề cập tới tại các Điều 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) và 34(2) sẽ được thực hiện bởi... [Mỗi quốc gia thông qua luật mẫu này ghi rõ tòa án, các tòa án hoặc, trong trường hợp được tham chiếu đến trong luật, những cơ quan khác có thẩm quyền thực hiện những chức năng này.]

CHƯƠNG II. THỎA THUẬN TRỌNG TÀI

Phương án I

Điều 7. Định nghĩa và hình thức của thỏa thuận trọng tài
(Được Ủy ban sửa đổi phiên họp thứ ba mươi chín năm 2006)

(1) "Thoả thuận trọng tài" là thoả thuận giữa các bên về việc đưa ra trọng tài mọi tranh chấp hoặc các tranh chấp nhất định phát sinh hoặc có thể phát sinh giữa các bên về quan hệ pháp lý xác định, dù là quan hệ hợp đồng hay không phải là quan hệ hợp đồng. Thoả thuận trọng tài có thể dưới hình thức điều khoản trọng tài trong hợp đồng hoặc dưới hình thức thoả thuận riêng.

(2) Thoả thuận trọng tài phải được lập thành văn bản.

(3) Thoả thuận là văn bản nếu nội dung của thoả thuận được ghi nhận dưới bất kỳ hình thức nào, dù thoả thuận trọng tài hay hợp đồng có được ký kết bằng lời, ngầm hiểu, hoặc phương thức khác.

(4) Yêu cầu về việc thoả thuận trọng tài phải được lập thành văn bản được đáp ứng bởi phương thức trao đổi thông tin điện tử nếu thông tin trong thoả thuận đó có thể được tiếp cận để có thể sử dụng được trong tham chiếu sau đó; "trao đổi thông tin điện tử" nghĩa là bất kỳ giao tiếp

nào do các bên thực hiện bằng phương thức thông điệp dữ liệu; "thông điệp dữ liệu" nghĩa là thông tin được tạo ra, gửi đi, nhận được hoặc lưu trữ bằng phương thức điện tử, từ, quang, hoặc phương thức tương đương, bao gồm, nhưng không giới hạn ở, trao đổi dữ liệu điện tử (EDI), thư điện tử, điện tín, telex hoặc fax.

(5) Hơn nữa, thỏa thuận trọng tài được lập thành văn bản nếu nó được ghi nhận trong quá trình trao đổi đơn khởi kiện và bản biện hộ, theo đó sự tồn tại của thỏa thuận được một bên khẳng định và không bị bên kia phủ nhận.

(6) Tham thiếu trong một hợp đồng đến bất kỳ tài liệu nào có điều khoản trọng tài cấu thành một thỏa thuận trọng tài bằng văn bản, với điều kiện là tham chiếu đó nhằm khẳng định điều khoản đó là một phần của hợp đồng.

Phương án II

Điều 7. Định nghĩa thỏa thuận trọng tài

(Được Ủy ban sửa đổi tại phiên họp thứ ba mươi chín năm 2006)

"Thỏa thuận trọng tài" là thỏa thuận giữa các bên về việc đưa ra trọng tài giải quyết mọi hoặc các tranh chấp nhất định phát sinh hoặc có thể phát sinh giữa các bên về quan hệ pháp lý xác định, dù là quan hệ hợp đồng hay không phải là quan hệ hợp đồng.

Điều 8. Thỏa thuận trọng tài và đơn kiện nội dung tranh chấp trước tòa

(1) Tòa án nơi nhận được đơn khởi kiện về một vấn đề là đối tượng của thỏa thuận trọng tài sẽ, nếu một bên yêu cầu không muộn hơn thời gian nộp bản tường trình đầu tiên về nội dung tranh chấp, chuyển các bên tới trọng tài trừ khi tòa án thấy rằng thỏa thuận đó là vô hiệu, không còn hiệu lực, hoặc không thực hiện được.

(2) Trường hợp việc khởi kiện nêu tại khoản 1 Điều này đã được thực hiện, tổ tụng trọng tài vẫn có thể được bắt đầu và tiếp tục và phán quyết có thể được tuyên trong khi vấn đề được tạm đình chỉ tại toà.

Điều 9. Thỏa thuận trọng tài và biện pháp khẩn cấp tạm thời do tòa án ban hành

Sẽ không trái với thỏa thuận trọng tài nếu một bên, trước hoặc trong quá trình tiến hành tổ tụng trọng tài, yêu cầu toà án áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời và nếu toà án cho phép áp dụng các biện pháp đó.

CHƯƠNG III. THÀNH PHẦN HỘI ĐỒNG TRỌNG TÀI

Điều 10. Số trọng tài viên

- (1) Các bên được tự do quyết định số lượng trọng tài viên.
- (2) Nếu các bên không quyết định, số lượng trọng tài viên sẽ là 3 người.

Điều 11. Chỉ định trọng tài viên

- (1) Không ai bị cản trở trở thành trọng tài viên vì lý do quốc tịch, nếu các bên không có thỏa thuận nào khác.
- (2) Các bên có quyền tự do thỏa thuận về thủ tục chỉ định trọng tài viên hoặc các trọng tài viên, theo quy định của khoản 4 và 5 Điều này.
- (3) Nếu không có thỏa thuận của các bên,

(a) Trong tổ tụng trọng tài với ba trọng tài viên, mỗi bên sẽ chỉ định một trọng tài viên, và hai trọng tài viên được chỉ định sẽ chỉ định trọng tài viên thứ ba; nếu một bên không chỉ định trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của bên kia hoặc nếu hai trọng tài viên không thỏa thuận được trọng tài viên

thứ ba trong vòng 30 ngày kể từ ngày họ được chỉ định, căn cứ yêu cầu của một bên, toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền được xác định tại Điều 6 sẽ tiến hành chỉ định;

(b) Trong tổ tụng trọng tài với một trọng tài viên duy nhất, nếu các bên không thể thoả thuận chọn trọng tài viên này, căn cứ vào yêu cầu của một bên, toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền được xác định tại Điều 6 sẽ tiến hành chỉ định trọng tài viên duy nhất này.

(4) Trong trường hợp, theo thủ tục chỉ định trọng tài viên được các bên thoả thuận,

(a) Một bên không thực hiện như yêu cầu theo thủ tục đó, hoặc

(b) Các bên hoặc hai trọng tài viên không thể đạt được thoả thuận của mình theo thủ tục đó, hoặc

(c) Bên thứ ba, kể cả một tổ chức, không tiến hành chức năng được ủy thác theo thủ tục đó thì bất cứ bên nào cũng có thể yêu cầu toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền được xác định tại Điều 6 tiến hành các biện pháp cần thiết, trừ khi thoả thuận về thủ tục chỉ định trọng tài viên đưa ra phương thức khác về việc đảm bảo việc chỉ định này.

(5) Không được phép kháng cáo quyết định về một vấn đề được ủy thác tại khoản (3) hoặc (4) của Điều này ở toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền được xác định tại Điều 6. Toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền khác, khi chỉ định trọng tài viên, phải tôn trọng đúng mực mọi tiêu chuẩn đối với trọng tài viên theo thoả thuận của các bên và những cân nhắc cần thiết để đảm bảo việc chỉ định trọng tài viên độc lập và khách quan và, trong trường hợp trọng tài viên duy nhất hoặc trọng tài viên thứ ba, cũng phải cân nhắc cả sự phù hợp của việc chỉ định trọng tài viên có quốc tịch khác với quốc tịch của các bên.

Điều 12. Căn cứ để thay đổi trọng tài viên

(1) Khi một người được tiếp cận để cho biết về khả năng người đó được chỉ định làm trọng tài viên thì người đó phải thông báo mọi tình huống có thể làm phát sinh nghi ngờ chính đáng về sự khách quan hoặc độc lập của mình. Kể từ khi được chỉ định và trong suốt quá trình tiến hành tổ tụng trọng tài, trọng tài viên sẽ thông báo ngay không chậm trễ những tình huống đã nêu cho các bên biết, trừ khi các bên đã được trọng tài viên này thông báo từ trước.

(2) Chỉ được phép yêu cầu thay đổi trọng tài viên khi có hoàn cảnh làm phát sinh nghi ngờ chính đáng về sự khách quan và độc lập của trọng tài viên này hoặc khi trọng tài viên không có đủ phẩm chất như các bên đã thoả thuận. Một bên chỉ có thể yêu cầu thay đổi trọng tài viên do chính mình chỉ định, hoặc tham gia chỉ định, vì những lý do mà bên đó biết sau khi đã tiến hành xong việc chỉ định.

Điều 13. Thủ tục thay đổi trọng tài viên

(1) Các bên được tự do thoả thuận về thủ tục thay đổi trọng tài viên theo quy định khoản 3 của Điều này.

(2) Nếu không có thoả thuận như vậy, bên có ý định thay đổi trọng tài viên sẽ gửi văn bản nêu rõ những lý do để thay đổi tới hội đồng trọng tài trong vòng 15 ngày kể từ ngày được biết về việc thành lập hội đồng trọng tài hoặc sau khi được biết những hoàn cảnh được nêu tại khoản 2 Điều 12. Trừ khi trọng tài viên bị đề nghị thay đổi rút khỏi hội đồng trọng tài hoặc bên kia đồng ý về việc thay đổi này, hội đồng trọng tài sẽ quyết định vấn đề thay đổi trọng tài viên.

(3) Nếu việc thay đổi theo thủ tục được các bên thoả thuận hoặc theo thủ tục được quy định tại khoản 2 Điều này không thành công, bên yêu cầu thay đổi, trong thời hạn 30 ngày sau khi nhận được quyết định bác yêu cầu thay đổi trọng tài viên, có thể yêu cầu toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền tại Điều 6 quyết định về yêu cầu thay đổi này. Quyết định

đó của cơ quan có thẩm quyền sẽ không bị kháng cáo. Trong khi yêu cầu trên đang được giải quyết, hội đồng trọng tài kể cả trọng tài viên bị từ chối có thể tiếp tục tổ tụng trọng tài và ra phán quyết.

Điều 14. Không thực hiện hoặc không thể tiến hành

(1) Nếu một trọng tài viên không thể thực hiện nhiệm vụ của mình theo luật pháp hoặc trên thực tế hoặc vì lý do nào đó không thể hành động được kịp thời, nhiệm vụ của trọng tài viên này chấm dứt nếu trọng tài viên đó rút khỏi vị trí của mình hoặc nếu các bên nhất trí với việc chấm dứt đó. Ngược lại, nếu còn có bất đồng về cơ sở của việc chấm dứt này, bất cứ bên nào cũng có thể yêu cầu toà án hoặc cơ quan có thẩm quyền khác quy định tại Điều 6 quyết định về việc chấm dứt nhiệm vụ của trọng tài viên đó, và quyết định này không bị kháng cáo.

(2) Nếu theo Điều này hoặc khoản 2 Điều 13, một trọng tài viên rút khỏi vị trí của mình hoặc một bên đồng ý với việc chấm dứt nhiệm vụ của trọng tài viên, điều đó không đồng nghĩa với việc chấp nhận giá trị pháp lý của các căn cứ được đề cập tại Điều này hoặc khoản 2 Điều 12.

Điều 15. Chỉ định trọng tài viên thay thế

Trường hợp nhiệm vụ của trọng tài viên chấm dứt theo các Điều 13 hoặc 14 hoặc trọng tài viên rút khỏi vị trí của mình vì những nguyên nhân khác hoặc do các bên thoả thuận rút bỏ thẩm quyền của trọng tài viên hoặc trong các trường hợp khác về việc chấm dứt nhiệm vụ trọng tài viên, trọng tài viên thay thế sẽ được chỉ định theo những nguyên tắc được áp dụng cho việc chỉ định trọng tài viên bị thay thế.

CHƯƠNG IV. THẨM QUYỀN GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP CỦA HỘI ĐỒNG TRỌNG TÀI

Điều 16. Thẩm quyền của hội đồng trọng tài tự quyết định về thẩm quyền xét xử của mình

(1) Hội đồng trọng tài có thể quyết định về thẩm quyền xét xử của chính mình, bao gồm việc xem xét bất kỳ phản đối nào về sự tồn tại hoặc hiệu lực pháp lý của thoả thuận trọng tài. Vì mục đích này, điều khoản trọng tài là một phần của hợp đồng sẽ được coi là thoả thuận độc lập với các điều khoản khác của hợp đồng. Quyết định của hội đồng trọng tài về hợp đồng vô hiệu không làm cho điều khoản trọng tài bị vô hiệu theo.

(2) Khiếu nại về việc hội đồng trọng tài không đủ thẩm quyền phải được nộp không muộn hơn việc nộp bản biện hộ. Việc một bên đã chỉ định trọng tài viên hoặc tham gia việc chỉ định trọng tài viên không ngăn cản bên đó nộp đơn khiếu nại này. Đơn khiếu nại về việc hội đồng trọng tài vượt quá thẩm quyền phải được đưa ra ngay khi nhận thấy sự kiện được cho là vượt quá thẩm quyền của hội đồng trọng tài phát sinh trong quá trình tiến hành tố tụng trọng tài. Đối với cả hai trường hợp này, hội đồng trọng tài có thể chấp nhận đơn yêu cầu nộp sau thời hạn quy định nếu hội đồng xét thấy sự chậm trễ này là hợp lý.

(3) Hội đồng trọng tài có thể ra quyết định về đơn khiếu nại ở khoản 2 Điều này như là vấn đề sơ bộ hoặc giải quyết tại phán quyết về nội dung tranh chấp. Nếu hội đồng trọng tài ra quyết định như là một vấn đề sơ bộ là hội đồng có thẩm quyền xét xử, thì bất kỳ bên nào cũng có thể, trong vòng 30 ngày sau khi nhận được thông báo về quyết định này, đề nghị toà án được xác định tại Điều 6 giải quyết vấn đề này, quyết định của toà án sẽ không bị kháng cáo. Trong khi yêu cầu đó đang chờ giải quyết thì hội đồng trọng tài vẫn có thể tiếp tục tiến hành tố tụng trọng tài và đưa ra phán quyết.

CHƯƠNG IV A. BIỆN PHÁP KHẨN CẤP TẠM THỜI VÀ LỆNH TẠM THỜI

(Được Ủy ban sửa đổi tại phiên họp thứ ba mươi chín năm 2006)

Phần 1. Biện pháp khẩn cấp tạm thời

Điều 17. Thẩm quyền của hội đồng trọng tài trong việc ra lệnh áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời

(1) Trừ khi các bên có thoả thuận khác, hội đồng trọng tài có thể ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo yêu cầu của một bên.

(2) Biện pháp khẩn cấp tạm thời là bất kỳ biện pháp tạm thời nào, dù theo hình thức phán quyết hay hình thức khác, theo đó, tại bất kỳ thời điểm nào trước khi ban hành phán quyết theo đó tranh chấp được giải quyết chung thẩm, hội đồng trọng tài ra lệnh cho một bên phải:

- (a) Duy trì hoặc khôi phục nguyên trạng để chờ quyết định về tranh chấp;
- (b) Áp dụng biện pháp cần thiết nhằm ngăn cản, hoặc ngăn chặn hành vi có khả năng gây ra thiệt hại hoặc tổn hại ngay hoặc trong tương lai đối với chính quá trình tố tụng trọng tài;
- (c) Cung cấp phương thức để bảo toàn tài sản nhằm bảo đảm việc thi hành phán quyết sau này; hoặc
- (d) Bảo toàn chứng cứ có thể có liên quan và có tính trọng yếu đối với việc giải quyết tranh chấp.

Điều 17 A. Điều kiện để chấp nhận áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời

- (1) Bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo điều 17(2)(a), (b) và (c) phải chứng minh được với hội đồng trọng tài rằng:
- (a) Có khả năng xảy ra tổn hại không thể khắc phục được bởi một phán quyết về bồi thường thiệt hại nếu biện pháp khẩn cấp tạm thời

đó không được áp dụng, và tổn hại đó lớn hơn đáng kể tổn hại có khả năng xảy ra đối với bên phải áp dụng biện pháp đó nếu biện pháp đó được cho phép; và

(b) Có khả năng hợp lý là bên yêu cầu sẽ thắng trong tranh chấp về nội dung vụ kiện. Việc xác định khả năng này sẽ không ảnh hưởng đến cân nhắc của hội đồng trọng tài trong việc đưa ra bất kỳ quyết định nào về sau.

(2) Liên quan đến yêu cầu thực hiện biện pháp khẩn cấp tạm thời theo điều 17(2)(d), các yêu cầu tại đoạn (1)(a) và (b) của điều này sẽ chỉ áp dụng ở chừng mực hội đồng trọng tài cho là phù hợp.

Phần 2. Lệnh tạm thời

Điều 17 B. Đơn yêu cầu lệnh tạm thời và điều kiện cho phép lệnh tạm thời

(1) Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, một bên có thể, không cần thông báo trước cho bất kỳ bên nào, nộp yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời cùng với đơn yêu cầu lệnh tạm thời để ra lệnh cho một bên không được chống lại mục đích của biện pháp tạm thời được yêu cầu.

(2) Hội đồng trọng tài có thể ra lệnh tạm thời với điều kiện hội đồng trọng tài cho rằng việc công bố yêu cầu biện pháp khẩn cấp tạm thời trước cho bên phải thi hành sẽ có rủi ro làm mục đích của việc áp dụng biện pháp đó thất bại.

(3) Các điều kiện được xác định theo điều 17A áp dụng cho bất kỳ lệnh tạm thời nào, với điều kiện là các thiệt hại sẽ được đánh giá theo điều 17A(1)(a) là thiệt hại có khả năng xuất phát từ việc lệnh được ban hành hay không.

Điều 17 C. Cơ chế cụ thể đối với lệnh tạm thời

(1) Ngay sau khi hội đồng trọng tài ra quyết định liên quan đến việc áp

dụng lệnh tạm thời, hội đồng trọng tài sẽ thông báo cho tất cả các bên về yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, việc áp dụng lệnh tạm thời, lệnh tạm thời nếu có, và mọi thông tin liên lạc khác, kể cả bằng cách chỉ ra nội dung của bất kỳ thông tin nào được truyền đạt bằng lời, giữa bất kỳ bên nào với hội đồng trọng tài liên quan đến vấn đề đó.

(2) Đồng thời, hội đồng trọng tài phải trao cơ hội cho bất kỳ bên nào phải thực hiện lệnh tạm thời được đưa ra tranh luận của mình vào thời điểm sớm nhất có thể.

(3) Hội đồng trọng tài phải quyết định kịp thời về bất kỳ khiếu nại nào đối với lệnh tạm thời.

(4) Lệnh tạm thời sẽ hết hạn sau hai mươi ngày từ ngày lệnh được hội đồng trọng tài ban hành. Tuy nhiên, hội đồng trọng tài có thể ban hành biện pháp khẩn cấp tạm thời để thông qua hoặc sửa đổi lệnh tạm thời sau khi bên phải thi hành lệnh tạm thời đã được thông báo và có cơ hội đưa ra tranh luận của mình.

(5) Lệnh tạm thời có hiệu lực ràng buộc đối với các bên nhưng không cần được tòa án cho thi hành. Vì vậy, lệnh tạm thời không phải là một phán quyết.

Phần 3. Các điều khoản áp dụng cho biện pháp khẩn cấp tạm thời và lệnh tạm thời

Điều 17 D. Sửa đổi, đình chỉ, chấm dứt

Hội đồng trọng tài có thể sửa đổi, đình chỉ hoặc chấm dứt việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời hoặc lệnh tạm thời mà hội đồng trọng tài đã ban hành, theo yêu cầu của bất kỳ bên nào hoặc, theo quyết định của chính hội đồng trọng tài trong trường hợp ngoại lệ và với thông báo trước cho các bên.

Điều 17 E. Cung cấp bảo đảm

(1) Hội đồng trọng tài có thể yêu cầu bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời cung cấp biện pháp bảo đảm phù hợp với biện pháp khẩn cấp tạm thời đó.

(2) Hội đồng trọng tài phải yêu cầu bên nộp đơn yêu cầu áp dụng lệnh tạm thời cung cấp biện pháp bảo đảm liên quan đến lệnh đó trừ trường hợp hội đồng trọng tài cho rằng việc làm như vậy là không phù hợp hoặc không cần thiết.

Điều 17 F. Công bố

(1) Hội đồng trọng tài có thể yêu cầu bất kỳ bên nào ngay lập tức công bố mọi thay đổi quan trọng về các điều kiện mà dựa vào đó biện pháp khẩn cấp tạm thời được yêu cầu hay chấp thuận.

(2) Bên nộp đơn yêu cầu áp dụng lệnh tạm thời phải công bố cho hội đồng trọng tài mọi hoàn cảnh có thể liên quan đến quyết định của hội đồng trọng tài về việc có ban hành hoặc duy trì lệnh đó hay không, và nghĩa vụ như vậy sẽ tiếp tục cho đến khi bên phải thực hiện lệnh đã có cơ hội trình bày lập luận của mình. Sau đó, đoạn (1) của điều này sẽ áp dụng.

Điều 17 G. Chi phí và thiệt hại

Bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời hoặc lệnh tạm thời sẽ phải chi trả bất kỳ chi phí và thiệt hại nào mà biện pháp hoặc lệnh đó gây ra đối với bất kỳ bên nào nếu sau đó hội đồng trọng tài quyết định rằng, trong những hoàn cảnh đó, biện pháp hoặc lệnh đó lẽ ra không được chấp thuận. Hội đồng trọng tài có thể ra phán quyết về những chi phí và thiệt hại đó tại bất kỳ thời điểm nào trong quá trình tiến hành tố tụng trọng tài.

Phần 4. Công nhận và cho thi hành biện pháp khẩn cấp tạm thời

Điều 17 H. Công nhận và cho thi hành

(1) Biện pháp khẩn cấp tạm thời do hội đồng trọng tài ban hành sẽ được công nhận là có tính ràng buộc và, trừ trường hợp hội đồng trọng tài có quy định khác, được cho thi hành khi nộp đơn ở tòa án có thẩm quyền, cho dù biện pháp đó được ban hành ở quốc gia nào, theo quy định tại điều 17 I.

(2) Bên yêu cầu hoặc đã đạt được việc công nhận hoặc cho thi hành một biện pháp khẩn cấp tạm thời sẽ ngay lập tức thông báo cho tòa án về bất kỳ việc chấm dứt, đình chỉ hoặc sửa đổi nào đối với biện pháp khẩn cấp tạm thời đó.

(3) Nếu tòa án của quốc gia nơi việc công nhận hoặc cho thi hành được yêu cầu cho là phù hợp thì tòa án này có thể ra lệnh cho bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời cung cấp biện pháp bảo đảm thích hợp nếu hội đồng trọng tài chưa đưa ra quyết định liên quan đến biện pháp đảm bảo hoặc trường hợp quyết định như vậy là cần thiết để bảo vệ quyền của các bên thứ ba.

Điều 17 I. Căn cứ để từ chối công nhận hoặc cho thi hành³

(1) Việc công nhận hoặc cho thi hành một biện pháp khẩn cấp tạm thời chỉ có thể bị từ chối nếu:

(a) Theo yêu cầu của bên phải thi hành nếu tòa án xét thấy:

(i) Việc từ chối đó được cho phép dựa trên căn cứ quy định tại điều 36(1)(a)(i), (ii), (iii) hoặc (iv); hoặc

3 Các điều kiện quy định tại điều 17 I nhằm hạn chế số trường hợp mà tòa án có thể từ chối cho thi hành biện pháp tạm thời. Việc một quốc gia áp dụng ít trường hợp hơn để từ chối cho thi hành sẽ không trái với sự hài hòa chung mà những quy định mẫu này mong muốn đạt được.

- (ii) Quyết định của hội đồng trọng tài liên quan đến việc cung cấp biện pháp bảo đảm cho biện pháp khẩn cấp tạm thời do hội đồng trọng tài ban hành chưa được tuân thủ; hoặc
- (iii) Biện pháp khẩn cấp tạm thời đã bị chấm dứt hoặc đình chỉ bởi hội đồng trọng tài hoặc, bởi tòa án của quốc gia có địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài hoặc theo luật pháp của quốc gia nơi biện pháp tạm thời được ban hành trong trường hợp tòa án có thẩm quyền; hoặc

(b) Nếu tòa án xét thấy:

- (i) Biện pháp khẩn cấp tạm thời không tương thích với thẩm quyền của tòa án trừ khi tòa án quyết định điều chỉnh biện pháp khẩn cấp tạm thời tới mức độ cần thiết để phù hợp với thẩm quyền và thủ tục tố tụng của tòa cho mục đích thi hành biện pháp tạm thời đó mà không sửa đổi nội dung; hoặc
- (ii) Bất kỳ căn cứ nào quy định tại điều 36(1)(b)(i) hay (ii), áp dụng cho công nhận và cho thi hành biện pháp khẩn cấp tạm thời.

(2) Bất kỳ quyết định nào do tòa án đưa ra dựa trên bất kỳ căn cứ nào trong đoạn (1) của điều này sẽ chỉ có hiệu lực đối với mục đích yêu cầu công nhận và cho thi hành biện pháp khẩn cấp tạm thời. Tòa án nơi việc công nhận hoặc cho thi hành được yêu cầu sẽ không xem xét lại nội dung của biện pháp khẩn cấp tạm thời khi ra quyết định về việc công nhận và cho thi hành.

Phần 5. Biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quyết định của tòa án

Điều 17 J. Biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quyết định của tòa án

Tòa án có thẩm quyền trong việc ban hành biện pháp khẩn cấp tạm thời liên quan đến tố tụng trọng tài, dù địa điểm của tòa và trọng tài có thuộc

lãnh thổ của quốc gia này hay không, tương tự như đối với tổ tụng tòa án. Tòa án sẽ thực hiện thẩm quyền đó theo thủ tục tố tụng riêng trên cơ sở cân nhắc những đặc điểm cụ thể của trọng tài quốc tế.

CHƯƠNG V. TIẾN HÀNH THỦ TỤC TỔ TỤNG TRỌNG TÀI

Điều 18. Đối xử công bằng với các bên

Các bên phải được đối xử một cách công bằng và mỗi bên phải có cơ hội đầy đủ để tham gia tranh tụng.

Điều 19. Xác định các quy tắc tố tụng

- (1) Theo quy định của luật này, các bên được tự do thoả thuận về thủ tục mà hội đồng trọng tài phải tuân thủ khi tiến hành tố tụng.
- (2) Nếu không có thoả thuận đó, hội đồng trọng tài có thể tiến hành trọng tài theo cách thức mà hội đồng trọng tài cho là thích hợp theo quy định của luật này. Thẩm quyền của hội đồng trọng tài bao gồm thẩm quyền xác định việc chấp nhận, tính hợp lý, sự xác đáng và tầm quan trọng của chứng cứ.

Điều 20. Địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài

- (1) Các bên được tự do thoả thuận địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Nếu không có thoả thuận này, địa điểm giải quyết tranh chấp sẽ được hội đồng trọng tài quyết định căn cứ vào hoàn cảnh của vụ kiện, có tính tới sự thuận tiện cho các bên.
- (2) Mặc dù có quy định tại khoản 1 của Điều này, trừ khi các bên có thoả thuận khác, hội đồng trọng tài có thể tổ chức buổi họp tại địa điểm được xem là thích hợp cho việc thảo luận của các thành viên hội đồng, cho việc nghe trình bày của người làm chứng, chuyên gia hoặc các bên hoặc

việc giám định hàng hoá, tài sản hoặc văn bản khác.

Điều 21. Bắt đầu tố tụng trọng tài

Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, thủ tục tố tụng trọng tài liên quan đến tranh chấp cụ thể bắt đầu từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện.

Điều 22. Ngôn ngữ

(1) Các bên được tự do thỏa thuận về ngôn ngữ hoặc các ngôn ngữ được sử dụng trong tố tụng trọng tài. Nếu không có thỏa thuận, hội đồng trọng tài sẽ quyết định ngôn ngữ hoặc các ngôn ngữ được sử dụng trong tố tụng. Thỏa thuận này hoặc quyết định này, sẽ được áp dụng đối với văn bản của các bên, phiên xét xử và phán quyết, quyết định hoặc các hình thức liên lạc của hội đồng trọng tài, trừ khi có quy định khác.

(2) Hội đồng trọng tài có thể yêu cầu chứng cứ bằng văn bản phải được gửi kèm theo bản dịch sang ngôn ngữ hoặc những ngôn ngữ mà các bên đã thỏa thuận hoặc được hội đồng trọng tài quyết định.

Điều 23. Đơn khởi kiện và bản tự bảo vệ

(1) Trong thời gian do các bên thỏa thuận hoặc do hội đồng trọng tài quyết định, nguyên đơn sẽ nêu rõ các sự việc chứng minh cho đơn khởi kiện của mình, những vấn đề đang tranh chấp và những yêu cầu của nguyên đơn, và bị đơn sẽ trình bày trong bản tự bảo vệ của mình những điểm cụ thể này, trừ khi các bên có thỏa thuận khác về những điểm cần cho những văn bản này. Các bên có thể nộp bản giải trình của mình cùng với các văn bản mà các bên cho là có liên quan hoặc có thể bổ sung việc dẫn chiếu đến những văn bản hoặc chứng cứ khác mà các bên sẽ đưa ra.

(2) Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, một trong hai bên có thể sửa đổi hoặc bổ sung đơn kiện hoặc bản tự bảo vệ của mình trong quá trình tiến hành tố tụng trọng tài, trừ khi hội đồng trọng tài cho rằng điều

đó không thích hợp vì sự chậm trễ do quá trình sửa đổi đó gây ra.

Điều 24. Phiên họp giải quyết tranh chấp và tổ tụng bằng văn bản

- (1) Tùy thuộc vào phần đối của các bên, hội đồng trọng tài sẽ quyết định xem là tiến hành phiên họp để nghe trình bày chứng cứ hay tranh luận giữa các bên, hoặc tiến hành tổ tụng trên cơ sở sử dụng văn bản hoặc tài liệu khác. Tuy nhiên, trừ khi các bên đã thoả thuận sẽ không tổ chức phiên họp nào, hội đồng trọng tài sẽ tổ chức những phiên họp vào những giai đoạn tổ tụng thích hợp, nếu một bên có yêu cầu.
- (2) Các bên sẽ được nhận thông báo trước một cách phù hợp về các phiên họp và cuộc họp của hội đồng trọng tài vì mục đích giám định hàng hoá, tài sản hoặc tài liệu khác.
- (3) Tất cả các bản giải trình, tài liệu hoặc thông tin khác được một bên cung cấp cho hội đồng trọng tài cũng sẽ được gửi cho bên kia. Tương tự, các báo cáo của các chuyên gia hoặc các chứng cứ về những vấn đề mà hội đồng trọng tài dựa vào để đưa ra quyết định sẽ phải được thông báo cho các bên biết.

Điều 25. Sự vắng mặt của một bên

Trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác, nếu không có lý do chính đáng mà

- (a) nguyên đơn không gửi bản giải trình đơn kiện theo quy định của Điều 23(1), hội đồng trọng tài sẽ đình chỉ tổ tụng;
- (b) bị đơn không gửi bản tự bảo vệ theo quy định tại Điều 23(1), hội đồng trọng tài sẽ tiếp tục tổ tụng mà coi việc không có bản tự bảo vệ như là sự chấp nhận những lý lẽ của nguyên đơn;
- (c) bất kỳ bên nào không có mặt tại phiên xét xử hoặc đưa ra chứng cứ, hội đồng trọng tài có thể tiếp tục tổ tụng và đưa ra phán quyết trên cơ sở những chứng cứ hội đồng đã có.

Điều 26. Chuyên gia được hội đồng trọng tài chỉ định

(1) Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, hội đồng trọng tài

- (a) có thể chỉ định một hoặc một số chuyên gia báo cáo cho hội đồng trọng tài về những vấn đề cụ thể do hội đồng trọng tài quyết định;
- (b) có thể yêu cầu một bên cung cấp cho các chuyên gia những thông tin có liên quan hoặc đưa ra hoặc cho phép chuyên gia tiếp cận mọi tài liệu, hàng hoá hoặc tài sản khác có liên quan để tiến hành giám định.

(2) Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, nếu một bên có yêu cầu hoặc nếu hội đồng trọng tài thấy cần thiết, sau khi gửi báo cáo bằng lời hoặc bằng văn bản, các chuyên gia sẽ tham dự phiên họp giải quyết tranh chấp để các bên có cơ hội nêu các câu hỏi với chuyên gia và đưa ra những nhân chứng chuyên gia để thẩm định các vấn đề tranh chấp.

Điều 27. Hỗ trợ của tòa án trong việc thu thập chứng cứ

Hội đồng trọng tài hoặc một bên với sự đồng ý của hội đồng trọng tài có thể yêu cầu toà án có thẩm quyền của Nước này trợ giúp thu thập chứng cứ. Toà án có thể thực hiện yêu cầu đó trong phạm vi thẩm quyền của mình và theo quy định về thu thập chứng cứ.

CHƯƠNG VI. BAN HÀNH PHÁN QUYẾT VÀ CHẤM DỨT TỔ TỤNG

Điều 28. Các quy tắc áp dụng đối với nội dung của tranh chấp

(1) Hội đồng trọng tài sẽ quyết định về tranh chấp căn cứ vào quy tắc của luật áp dụng cho nội dung tranh chấp mà các bên đã chọn. Việc xác định luật pháp hoặc hệ thống luật pháp của một nước nhất định, trừ khi được quy định khác đi, sẽ được hiểu như là việc dẫn chiếu trực tiếp

tới luật nội dung của quốc gia đó chứ không phải tới các nguyên tắc xung đột pháp luật của nước này.

(2) Nếu các bên không chọn luật, hội đồng trọng tài sẽ áp dụng luật được xác định bởi các nguyên tắc xung đột luật pháp mà hội đồng trọng tài cho là thích hợp.

(3) Hội đồng trọng tài có thể quyết định trên cơ sở lẽ công bằng hoặc như người trung gian đề xuất giải pháp chỉ khi các bên đã ủy quyền rõ ràng cho hội đồng được làm như vậy.

(4) Trong mọi trường hợp, hội đồng trọng tài sẽ ra quyết định căn cứ vào các điều khoản của hợp đồng và cân nhắc tới tập quán thương mại áp dụng cho giao dịch đó.

Điều 29. Việc ra quyết định của hội đồng trọng tài

Trong tổ tụng trọng tài gồm nhiều trọng tài viên, quyết định của hội đồng trọng tài sẽ được thực hiện theo nguyên tắc đa số của các thành viên trong hội đồng, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Tuy nhiên, vấn đề về tổ tụng có thể được quyết định bởi Chủ tịch hội đồng nếu được các bên và các thành viên khác của hội đồng trọng tài ủy quyền.

Điều 30. Hòa giải

(1) Nếu trong quá trình tiến hành tổ tụng trọng tài các bên giải quyết được tranh chấp, hội đồng trọng tài sẽ chấm dứt tổ tụng khi các bên có yêu cầu và hội đồng trọng tài không phản đối, và ghi nhận việc giải quyết này dưới hình thức phán quyết trọng tài đối với các điều khoản thoả thuận.

(2) Phán quyết về điều khoản thoả thuận sẽ được lập theo quy định tại Điều 31 và sẽ được tuyên như là một phán quyết. Phán quyết này có giá trị và hiệu lực tương tự như phán quyết về nội dung vụ tranh chấp.

Điều 31. Hình thức và nội dung phán quyết

- (1) Phán quyết phải được lập thành văn bản và phải được trọng tài viên hoặc các trọng tài viên ký. Trong tổ tụng trọng tài gồm nhiều trọng tài viên, chữ ký của đa số các trọng tài viên trong hội đồng trọng tài là đủ, nếu như có lý do về những chữ ký còn thiếu.
- (2) Trừ khi các bên thoả thuận không nêu lý do hoặc phán quyết là phán quyết về các điều khoản được thoả thuận theo Điều 30, phán quyết phải nêu rõ lý do là căn cứ của phán quyết.
- (3) Phán quyết phải nêu rõ ngày và địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài theo quy định tại Điều 20(1). Phán quyết sẽ được xem là được lập tại nơi đó.
- (4) Sau khi phán quyết được ban hành, một bản được ký bởi các trọng tài viên theo quy định tại khoản 1 của Điều này sẽ được tổng đặt cho mỗi bên.

Điều 32. Chấm dứt tổ tụng

- (1) Thủ tục tổ tụng trọng tài được chấm dứt bởi phán quyết chung thẩm hoặc bởi quyết định của hội đồng trọng tài theo quy định tại khoản 2 Điều này.
- (2) Hội đồng trọng tài sẽ ban hành quyết định chấm dứt tổ tụng trọng tài khi:
 - (a) Nguyên đơn rút đơn kiện, trừ khi bị đơn phản đối việc này và hội đồng trọng tài công nhận lợi ích hợp pháp của bị đơn trong việc có được một giải pháp cuối cùng để giải quyết tranh chấp;
 - (b) Các bên đồng ý chấm dứt tổ tụng;
 - (c) Hội đồng trọng tài xét thấy việc tiếp tục tổ tụng vì bất cứ lý do nào khác là không cần thiết hoặc không thể thực hiện được.
- (3) Nhiệm vụ của hội đồng trọng tài chấm dứt cùng với sự chấm dứt

của thủ tục tố tụng trọng tài, theo các quy định tại Điều 33 và 34(4).

Điều 33. Sửa chữa và giải thích phán quyết; phán quyết bổ sung

(1) Trừ khi các bên thoả thuận một thời hạn khác, trong vòng 30 ngày kể từ ngày nhận được phán quyết:

(a) một bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài sửa trong phán quyết những lỗi về tính toán, đánh máy hoặc lỗi in ấn hoặc những lỗi tương tự, có thông báo cho bên kia biết về điều này;

(b) nếu các bên có thoả thuận, một bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài đưa ra những giải thích về điểm cụ thể hoặc một phần của phán quyết, có thông báo cho bên kia về yêu cầu này.

Nếu hội đồng trọng tài thấy rằng yêu cầu này là chính đáng, hội đồng trọng tài sẽ tiến hành sửa chữa lại hoặc đưa ra lời giải thích trong vòng 30 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu. Giải thích này sẽ trở thành một phần của phán quyết.

(2) Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày lập phán quyết, hội đồng trọng tài có thể chủ động sửa những lỗi được nêu tại điểm a khoản 1 Điều này.

(3) Trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác, trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được phán quyết, một bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài ra phán quyết bổ sung những vấn đề được nêu ra trong quá trình tiến hành tố tụng trọng tài nhưng lại không được nêu trong phán quyết và phải thông báo yêu cầu này cho bên kia. Nếu hội đồng trọng tài cho rằng yêu cầu này là chính đáng thì hội đồng trọng tài sẽ ra phán quyết bổ sung trong thời hạn 60 ngày.

(4) Nếu cần thiết hội đồng trọng tài sẽ gia hạn thời gian cho việc sửa chữa, giải thích hoặc ra phán quyết bổ sung theo khoản 1 và 3 Điều này.

(5) Những quy định của Điều 31 sẽ chỉ áp dụng đối với việc sửa chữa hoặc giải thích phán quyết hoặc ra phán quyết bổ sung.

CHƯƠNG VII. YÊU CẦU TOÀ ÁN HỦY PHÁN QUYẾT CỦA TRỌNG TÀI

Điều 34. Đơn yêu cầu hủy phán quyết là phương thức duy nhất để hủy phán quyết trọng tài

(1) Việc yêu cầu toà án hủy phán quyết của trọng tài chỉ có thể được tiến hành thông qua đơn yêu cầu toà án hủy bỏ phán quyết phù hợp với quy định tại các đoạn (2) và (3) của Điều này.

(2) Một phán quyết chỉ có thể bị toà án theo quy định tại Điều 6 hủy bỏ trong trường hợp:

(a) Bên làm đơn yêu cầu đưa ra những chứng cứ chứng minh rằng:

(i) Một trong các bên ký kết thoả thuận trọng tài theo quy định tại Điều 7 không đủ năng lực ký kết thoả thuận đó; hoặc thoả thuận nói trên không có giá trị pháp lý theo luật mà các bên đã chọn để áp dụng hoặc theo luật của nước nơi phán quyết được tuyên trong trường hợp mà các bên không có lựa chọn luật áp dụng; hoặc

(ii) Bên phải thi hành phán quyết không được thông báo đầy đủ hợp lệ về việc chỉ định trọng tài viên hay về tổ tụng trọng tài hoặc do một nguyên nhân chính đáng gì khác không thể tham gia tranh tụng; hoặc

(iii) Phán quyết giải quyết một tranh chấp không được dự liệu trong hoặc không thuộc phạm vi các điều khoản của yêu cầu đưa ra trọng tài giải quyết, hoặc phán quyết trọng tài gồm các quyết định về các vấn đề ngoài phạm vi yêu cầu giải quyết bằng trọng tài. Tuy nhiên, nếu các quyết định về các vấn đề được yêu cầu giải quyết bằng trọng tài có thể tách rời các quyết định về các vấn đề không được yêu cầu, thì chỉ phần của phán quyết

trọng tài gồm các quyết định về vấn đề không được yêu cầu mới bị hủy; hoặc

(iv) Thành phần hội đồng trọng tài hoặc thủ tục giải quyết bằng trọng tài không phù hợp với thoả thuận của các bên trừ khi thoả thuận này trái với quy định trong luật này, hoặc trong trường hợp các bên không có thoả thuận, thì không phù hợp với luật này; hoặc

(b) tòa án xét thấy:

(i) Theo luật của quốc gia, vấn đề nội dung tranh chấp không thể giải quyết bằng trọng tài được; hoặc

(ii) Phán quyết mâu thuẫn với trật tự công của quốc gia.

(3) Đơn yêu cầu hủy phán quyết không được lập muộn hơn ba tháng kể từ ngày bên nộp đơn yêu cầu nhận được phán quyết hoặc nếu đơn yêu cầu được tiến hành theo Điều 33 thì tính từ ngày mà yêu cầu đó được hội đồng trọng tài giải quyết.

(4) Khi được yêu cầu hủy phán quyết, nếu thấy thích hợp và theo yêu cầu của một bên, Tòa án có thể tạm đình chỉ thủ tục hủy bỏ phán quyết trong một thời gian do tòa án quyết định để hội đồng trọng tài có cơ hội tiếp tục tiến hành tổ tụng trọng tài hoặc tiến hành các hoạt động khác mà theo ý kiến của hội đồng trọng tài sẽ loại trừ cơ sở để hủy phán quyết.

CHƯƠNG VIII. CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH PHÁN QUYẾT

Điều 35. Công nhận và cho thi hành

(1) Phán quyết trọng tài, bất kể được tuyên ở quốc gia nào, sẽ được công

nhận là có hiệu lực ràng buộc, và khi có đơn yêu cầu bằng văn bản gửi đến toà án có thẩm quyền, sẽ được thi hành theo những quy định tại Điều này và Điều 36.

(2) Bên dựa vào phán quyết hay yêu cầu thi hành phán quyết sẽ cung cấp bản gốc hay một bản sao của phán quyết. Nếu phán quyết không được lập bằng ngôn ngữ chính thức của quốc gia nơi thi hành phán quyết, bên yêu cầu thi hành sẽ phải cung cấp một bản dịch sang ngôn ngữ đó.⁴

(Điều 35(2) đã được Ủy ban sửa đổi tại phiên họp thứ ba mươi chín năm 2006)

Điều 36. Căn cứ để từ chối công nhận hoặc cho thi hành

(1) Việc công nhận hoặc cho thi hành một phán quyết trọng tài, bất kể phán quyết này được tuyên ở quốc gia nào, chỉ có thể bị từ chối trong trường hợp:

(a) Theo yêu cầu của bên phải thi hành, nếu bên đó cung cấp được cho toà án có thẩm quyền nơi công nhận hay thi hành phán quyết chứng cứ chứng minh rằng:

(i) một bên tham gia thoả thuận trọng tài theo quy định tại Điều 7 không đủ năng lực ký kết thoả thuận đó; hoặc thoả thuận nói trên không có giá trị pháp lý theo luật mà các bên đã chọn để áp dụng hoặc theo luật của nước nơi phán quyết được tuyên trong trường hợp các bên không lựa chọn luật áp dụng; hoặc

(ii) bên phải thi hành phán quyết không được thông báo đầy đủ một cách hợp thức về việc chỉ định trọng tài viên hoặc về các thủ tục giải quyết vụ tranh chấp tại trọng tài hoặc không thể thực hiện được việc

4 Các điều kiện quy định trong đoạn này nhằm đặt ra tiêu chuẩn tối đa. Do vậy, sẽ không trái với sự hài hòa là mục tiêu của luật mẫu này nếu một quốc gia áp dụng các điều kiện ít nghiêm ngặt hơn.

tranh tụng vì những nguyên nhân chính đáng khác; hoặc

(iii) phán quyết giải quyết một tranh chấp không được dự liệu trong hoặc không thuộc phạm vi các yêu cầu đưa ra trọng tài giải quyết, hoặc phán quyết trọng tài gồm các quyết định về các vấn đề ngoài phạm vi yêu cầu giải quyết bằng trọng tài. Tuy nhiên, nếu các quyết định về các vấn đề được yêu cầu giải quyết bằng trọng tài có thể tách rời khỏi các quyết định về các vấn đề không được yêu cầu, thì phần của phán quyết trọng tài gồm các quyết định về vấn đề được yêu cầu có thể được công nhận và cho thi hành; hoặc

(iv) thành phần hội đồng trọng tài hoặc thủ tục tổ tụng trọng tài không phù hợp với thoả thuận của các bên, hoặc nếu không có thoả thuận đó, không phù hợp với luật pháp của quốc gia nơi tiến hành tổ tụng trọng tài; hoặc

(v) phán quyết chưa có hiệu lực ràng buộc đối với các bên, hoặc bị huỷ hay đình chỉ bởi cơ quan có thẩm quyền của quốc gia hoặc theo luật của quốc gia nơi phán quyết được đưa ra; hoặc

(b) nếu tòa án xét thấy:

(i) theo luật của quốc gia đó, vấn đề nội dung tranh chấp không thể được giải quyết bằng trọng tài; hoặc

(ii) việc công nhận hoặc cho thi hành phán quyết mâu thuẫn với trật tự công của quốc gia đó.

(2) Trường hợp đơn yêu cầu huỷ hay đình chỉ thi hành phán quyết được gửi đến toà án theo như quy định tại đoạn (1) (a) (v) của Điều này, thì toà án nơi được yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết nếu thấy yêu cầu này hợp lệ, sẽ tạm hoãn quyết định cho thi hành của mình và cũng có thể, trên cơ sở có đơn của bên yêu cầu công nhận hoặc thi hành phán quyết ra lệnh cho bên kia đưa ra một sự bảo đảm thích hợp.

*Để có thêm thông tin, truy cập website của UNCITRAL tại
<www.uncitral.org> hoặc liên hệ Ban thư ký UNCITRAL, Trung tâm Quốc
tế Vienna, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria
Điện thoại: (+43-1) 26060-4060 Telefax: (+43-1) 26060-
5813 Internet: <www.uncitral.org>; E-mail:
uncitral@uncitral.org*

PHỤ LỤC III

Khuyến nghị UNCITRAL 2006

Khuyến nghị liên quan đến việc giải thích Điều II, Đoạn 2, và Điều VII, Đoạn 1, của Công ước về Công nhận và Cho thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài, được hoàn thành tại New York vào ngày 10/06/1958, do Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế Liên Hiệp quốc thông qua ngày 07/07/2006.

Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế Liên Hiệp quốc,

Trên cơ sở nghị quyết của Đại hội Đồng số 2205 (XXI) ngày 17/12/1966 về việc thành lập Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế Liên Hiệp quốc với mục tiêu thúc đẩy sự hài hòa và thống nhất của luật pháp thương mại quốc tế bằng cách, ngoài những hoạt động khác, thúc đẩy cách thức và phương thức để đảm bảo việc giải thích và áp dụng thống nhất các công ước quốc tế và các luật thống nhất trong lĩnh vực luật pháp thương mại quốc tế,

Nhận thức được thực tế rằng các hệ thống luật pháp, xã hội và kinh tế khác nhau trên thế giới, cùng với mức độ phát triển khác nhau, được đại diện trong Ủy ban,

Trên cơ sở các nghị quyết của Đại hội Đồng khẳng định nhiệm vụ của Ủy ban trong vai trò cơ quan pháp lý nòng cốt trong hệ thống Liên Hiệp quốc trong lĩnh vực luật pháp thương mại quốc tế nhằm điều phối các hoạt động pháp lý trong lĩnh vực này,

Tin tưởng rằng việc áp dụng rộng rãi Công ước về Công nhận và Cho thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài, được hoàn thành tại New York ngày 10/06/1958, là một thành tựu đáng kể nhằm thúc đẩy nguyên tắc pháp luật, đặc biệt trong lĩnh vực thương mại quốc tế,

Trên cơ sở Hội nghị Đại diện toàn quyền chuẩn bị và lấy chữ ký cho

Công ước đã thông qua một nghị quyết, trong đó nêu rõ, ngoài những nội dung khác, rằng Hội nghị "cho rằng sự thống nhất hơn về pháp luật trọng tài của các quốc gia sẽ thúc đẩy hiệu quả của trọng tài trong giải quyết tranh chấp theo luật pháp từng quốc gia",

Trên cơ sở cân nhắc những cách giải thích khác nhau đối với các yêu cầu về hình thức theo Công ước xuất phát một phần từ những khác biệt về diễn đạt giữa năm văn bản gốc có giá trị tương đương của Công ước,

Trên cơ sở tính đến điều VII, đoạn 1 của Công ước, mục đích là cho phép việc thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài ở mức độ cao nhất, đặc biệt bằng cách công nhận quyền của bất kỳ bên liên quan nào trong việc có cơ hội áp dụng luật hoặc hiệp ước của quốc gia nơi phán quyết được yêu cầu thi hành, kể cả trường hợp luật hoặc hiệp ước đó quy định một chế độ thuận lợi hơn Công ước,

Cân nhắc việc sử dụng rộng rãi thương mại điện tử,

Trên cơ sở tính đến các công cụ pháp lý quốc tế, như Luật Mẫu UNCITRAL về Trọng tài thương mại quốc tế năm 1985 đã được sửa đổi sau đó, đặc biệt liên quan đến điều 7, Luật Mẫu UNCITRAL về Thương mại điện tử, Luật Mẫu UNCITRAL về Chữ ký Điện tử và Công ước Liên Hiệp quốc về sử dụng Phương thức Truyền đạt thông tin Điện tử trong Hợp đồng Quốc tế,

Cũng trên cơ sở tính đến việc ban hành văn bản pháp luật trong nước, cũng như án lệ, thuận lợi hơn so với Công ước liên quan đến yêu cầu về hình thức điều chỉnh thỏa thuận trọng tài, tổ tụng trọng tài và việc thi hành phán quyết trọng tài,

Cân nhắc rằng, trong việc giải thích Công ước, phải quan tâm đến sự cần thiết phải thúc đẩy việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài,

1. *Khuyến nghị rằng* đoạn 2 điều II của Công ước về Công nhận và Cho thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài, được hoàn thành tại New

York ngày 10/06/1958, được áp dụng trên cơ sở nhận thức được rằng những trường hợp mô tả trong đó không đầy đủ;

2. *Cũng khuyến nghị* rằng đoạn 1 điều VII của Công ước về Công nhận và Cho thi hành Phán quyết trọng tài nước ngoài, được hoàn thành tại New York ngày 10/06/1958, được áp dụng để cho phép bất kỳ bên có quyền lợi liên quan nào được hưởng các quyền mà bên đó có thể có, theo luật hoặc hiệp ước của quốc gia nơi thỏa thuận trọng tài được yêu cầu thi hành, để yêu cầu công nhận giá trị pháp lý của thỏa thuận trọng tài đó.

Để có thêm thông tin, truy cập website của UNCITRAL tại
<www.uncitral.org> hoặc liên hệ Ban thư ký UNCITRAL, Trung tâm Quốc
tế Vienna, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria
Điện thoại: (+43-1) 26060-4060 Telefax: (+43-1) 26060-5813
Internet: <www.uncitral.org>; E-mail: uncitral@uncitral.org

PHỤ LỤC IV

Các nguồn tài liệu trực tuyến

Ấn lệ về Công ước New York có thể được tìm kiếm trực tuyến tại website của ICCA:

<www.arbitration-icca.org>

Website này miễn phí, với danh sách trên 1.666 quyết định của tòa án áp dụng Công ước đã được xuất bản từ năm 1976 trong ấn bản hàng đầu trong lĩnh vực này, *Niên giám Trọng tài Thương mại* của ICCA. Các quyết định này được chỉ mục theo các Điều của Công ước và theo chủ đề. Bản thân các quyết định được xuất bản trong các tập của *Niên giám* và cũng được cung cấp bằng cách đăng ký vào cơ sở dữ liệu KluwerArbitration tại www.kluwerarbitration.com. Mọi tài liệu trong cơ sở dữ liệu này đều có thể được tìm kiếm thông qua nhiều công cụ tìm kiếm.

Ấn lệ về Công ước cũng có thể được tìm kiếm trực tuyến trên website Công ước New York của Đại học Miami, Hoa Kỳ:

<www.newyorkconvention.org>

Website này miễn phí, và cũng có danh sách các quyết định của Công ước được in trong cuốn *Niên giám* từ 1976, chỉ mục theo Điều và chủ đề, cũng như

- các văn bản gốc của Công ước New York;
- bản dịch của Công ước sang một số ngôn ngữ;
- chú giải của Giáo sư Albert Jan van den Berg;
- danh sách các Quốc gia thành viên

NOTE

INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION

ICCA'S GUIDE TO THE INTERPRETATION OF
THE 1958 NEW YORK CONVENTION:

A HANDBOOK FOR JUDGES

INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION

ICCA'S GUIDE
TO THE INTERPRETATION OF
THE 1958 NEW YORK CONVENTION:

A HANDBOOK FOR JUDGES

with the assistance of the
Permanent Court of Arbitration
Peace Palace, The Hague



Published by the International Council for Commercial Arbitration
<www.arbitration-icca.org>

ISBN 978-90-817251-1-8

All rights reserved.

© 2011 International Council for Commercial Arbitration

© International Council for Commercial Arbitration (ICCA). All rights reserved. The International Council for Commercial Arbitration (ICCA) wishes to encourage the use of this Guide for teaching purposes and for the promotion of arbitration. Accordingly, it is permitted to reproduce or copy this Guide, provided that the Guide is reproduced accurately, without alteration and in a non-misleading context, and provided that ICCA's authorship and copyright are clearly acknowledged.

For further information, please contact us at icca@pca-cpa.org.

FOREWORD BY PROFESSOR PIETER SANDERS AS HONORARY GENERAL EDITOR

The 1958 New York Convention is the most successful multilateral instrument in the field of international trade law. It is the centrepiece in the mosaic of treaties and arbitration laws that ensure acceptance of arbitral awards and arbitration agreements. Courts around the world have been applying and interpreting the Convention for over fifty years, in an increasingly unified and harmonized fashion.

I participated in 1958 in the drafting of the Convention as a delegate from The Netherlands. We started our work on a draft that was originally produced by the International Chamber of Commerce (ICC) in 1955. The ICC draft provided for the enforcement of “international” awards. It was presented to the United Nations Economic and Social Council (ECOSOC). ECOSOC changed the draft to apply to “foreign” awards. This was the draft the Conference worked on from 20 May to 10 June 1958.

Changes and additions were made to the working draft, leading to what became known as the “Dutch proposal”. One change was the elimination of the requirement of a double *exequatur*, so that it would be possible to present awards for enforcement without first obtaining a declaration of enforceability from the courts of the country where they were rendered. Another change was to restrict the grounds for refusal of the award to the seven grounds listed in Article V and to shift the burden of proving those grounds to the party opposing enforcement. The seven grounds listed in the Convention became the exclusive grounds for refusal. The burden of proof on the party resisting enforcement and the exhaustive grounds for refusal are now recognized as key features of the Convention.

Article II of the Convention was added in the final drafting stage, also as a result of the Dutch proposal. It provides that courts *shall* refer the parties to arbitration when a party relies on a valid agreement. The working draft only provided for the enforcement of foreign arbitral awards. Including a provision on the enforcement of arbitration agreements was more efficient than the earlier regulation in two instruments: the 1923 Geneva Protocol on Arbitration Clauses and the 1927 Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards.

In order for the application of the New York Convention to be unified and harmonized, an effective worldwide system of reporting cases applying the Convention was needed. That is why the publication of the *ICCA Yearbook Commercial Arbitration* was begun in 1976. I was its General Editor. Since then, thirty-five volumes have been published. The *Yearbook* is also available online at <www.KluwerArbitration.com>. The *Yearbook* has reported 1,666 New York Convention court decisions from 65 of the 145 countries that have acceded to the Convention.

The Convention was forward-looking. Professor Matteucci, the Italian delegate to the Conference, called it “a very bold innovation”. The Convention has stood the test of time. More than fifty years later, we can still look forward to beneficial adaptations of the interpretation of its text, responding to modern technology and practice.

The Model Law on International Commercial Arbitration issued by UNCITRAL (the United Nations Commission on International Trade Law) in 1985, and as amended in 2006, has been adopted in over seventy countries and federal states. Some countries have adopted the Model Law with no changes. Others have enacted modern arbitration laws inspired by the Model Law. As countries adopt modern arbitration laws, courts can rely on their more favourable provisions as provided by Article VII of the Convention.

Such modern arbitration laws may also contain provisions on the procedure for the enforcement of an award. The Convention only

prescribes the documents to be submitted to the court (Article IV) and that no more onerous conditions or higher fees may be imposed than for the enforcement of a domestic award (Article III). The UNCITRAL Secretariat, together with the International Bar Association, has surveyed these conditions and determined in its Report of 2008 that “there are diverging solutions to the many different procedural requirements that govern the recognition and enforcement of awards under the Convention” (Report of the United Nations Commission on International Trade Law A/63/17 para. 353, p. 71) and has recommended that the Secretariat work towards developing a guide to enactment of the Convention to promote uniform interpretation and application. Such a guide could introduce uniform rules for the enforcement process.

ICCA’s initiative to create *ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* is a welcome addition and companion to the *ICCA Yearbook*. It sets out the questions to be answered and the steps to be followed by courts when applying the New York Convention in a concise, clear and straightforward style that highlights the pro-enforcement bias of the Convention. I expect that this Guide will serve as an effective tool in advancing the motto I have repeated on many occasions: *Vivat, Floreat et Crescat New York Convention 1958*.

Pieter Sanders
Schiedam, April 2011

INTRODUCTION

Neil Kaplan

The idea for this Guide to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York on 10 June 1958, known as the New York Convention, was essentially born during the five years in the early 1990's that I was the sole judge in charge of the Arbitration and Construction List of the High Court of Hong Kong.

Before becoming a judge I dealt with arbitration and the New York Convention as a practicing lawyer. Since the Convention now applies in 145 States and the use of international arbitration has grown rapidly over the last 25 years, my mind has turned to all judges around the world who might be unfamiliar with the Convention and its current interpretation.

I was pleased that my concerns were shared by some of my colleagues on the International Council for Commercial Arbitration (ICCA) and was delighted when they agreed to assist in writing this Guide. Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler is both a distinguished academic holding the Chair of Private International Law at the University of Geneva and a very active international arbitrator specializing, in particular, in investment disputes. She is a partner in the Geneva law firm of Levy Kaufmann-Kohler. Professor Guido Tawil holds the chair of Administrative Law at the University of Buenos Aires Law School and he is the senior partner in the Buenos Aires law firm of M & M Bomchil. He, too, is an experienced arbitrator. Kim Rooney was an Asia partner in the Hong Kong office of White & Case and is now practicing at the Hong Kong bar. Marike Paulsson is the co-author with Professor Albert Jan van den Berg of the second edition of his seminal work on the New York Convention (*The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer, 1981)). She is of counsel with the Brussels-based law

firm Hanotiau and Van den Berg. We have been greatly assisted and guided by an editorial team comprising Judy Freedberg, Silvia Borelli and Alice Siegel, all three of whom are currently or have been responsible for the ICCA publications.

This Guide is intended to provide an outline of the Convention and give guidance to judges determining applications under the Convention as to its scope, interpretation and application. It is intended as a concise Guide written in plain language which would serve as a road map to more extensive study, if need be. The Guide is designed to provide answers to individual questions that might arise at any stage of applying the Convention, rather than to be a comprehensive reference work. We address this Guide to the judges who are such an integral part of making the Convention work.

It is hoped that this Guide will not only be of interest to judges, but also to students, teachers and practitioners. We have attempted to avoid academic discourse as much as possible but this has not always been attainable. A number of highly discussed and controversial cases that create a great deal of interest in the academic community are not of interest for the normal application of the Convention. Although some cases will be referred to in order to illustrate a point we have tried to limit this to essential principles.

We have limited our examination to the essential aspects of the Convention. In-depth information can be found in Professor Van den Berg's 1981 work and its second edition, which is expected to be published in 2012. A further source of detailed information are the extracts of court decisions applying the Convention and the Commentaries to these court decisions published yearly since 1976 in ICCA's *Yearbook Commercial Arbitration*, and the chapters on the application of the New York Convention in ICCA's *International Handbook on Commercial Arbitration*.

The Convention is based on a pro-enforcement bias. It facilitates and safeguards the enforcement of arbitration agreements and arbitral awards and in doing so it serves international trade and commerce. It provides an additional measure of commercial security for parties entering into cross-border transactions.

The success of modern international commercial arbitration has been built on the twin pillars of the Convention and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 (and amended 2006) (see for the full texts, **Annexes I** and **II**). The latter forms the basis for States without an arbitration law to adopt one ready-made or to substitute it for one that is out of date. Other jurisdictions have enacted new legislation, which, although not exactly the Model Law, is based essentially upon it.

All this has contributed greatly to achieving the harmonization of international arbitration law which, in turn, assists in achieving predictability and certainty – qualities much desired by the international business community.

The ultimate growth of the rule of law, the expansion of international arbitration for resolving cross-border disputes and enforcement of awards depend on the sovereign national courts.

It is thus hoped that this Guide will also play its small part in assisting judges around the world to participate in this continuing harmonization process and use the Convention in a way consistent with its letter and spirit.

In this Guide we will first outline the purpose of the Convention as an instrument of international law, including its application to arbitration agreements as well as to recognition and enforcement of certain arbitral awards (Chapter I). We will address its scope and the nature of the arbitration agreement and awards respectively to which it applies. We will explain the extent to which States may limit the Convention's scope by choosing to make reservations as to reciprocity and commerciality

respectively. We will discuss the relationship between the Convention, domestic law and other enforcement regimes, and the nature of the legal standards which the Convention imposes upon its signatories. We will explain the international obligation of a signatory state to adhere to the Convention, and the potential consequences if it does not (Chapter I).

We will then outline the Convention principles involved in considering a request for the enforcement of an arbitration agreement (Chapter II) and for recognition and enforcement of an arbitral award (Chapter III) respectively.

Most cases coming before courts involve issues relating to the arbitration agreement itself rather than applications to enforce awards. Issues relating to the enforcement of the arbitration agreement as opposed to the enforcement of an actual award can come before the court in an indirect manner. For example a party might apply to a national court for the appointment of an arbitrator where the agreed mechanism for appointing has broken down or does not exist. In considering its jurisdiction to appoint the court may well be asked to rule on the validity of the agreement to arbitrate which is of course a prerequisite to appointment. It is also possible that this issue may arise when the court is asked to grant some form of interim measure in support of arbitration.

Judges must be aware of these potential issues and it is hoped that this Guide will heighten that awareness. In some countries the practitioners may be far more astute as to possible problems and issues arising in international arbitration but in some jurisdictions there is a limited number of such practitioners which places a higher burden on the judge to spot and focus on issues relevant to the Convention. It is hoped that this Guide will assist this process.

ICCA is delighted that Professor Pieter Sanders has agreed to provide a Foreword as Honorary General Editor of this Guide. Not only has he been a leading figure in the field of international commercial arbitration for many years but as he nears his hundredth birthday he is the sole

surviving member of the drafting committee of the Convention. It is thus wholly appropriate that this Guide should be published under his guidance.

A few words on ICCA

ICCA was formed in May 1961 by a small group of experts and friends in the field of international commercial arbitration. It is a worldwide non-governmental organization dedicated to promoting and developing arbitration, conciliation and other forms of international dispute resolution. Members come from many jurisdictions and are all intensely involved in international arbitration as counsel, arbitrators, scholars and members of the judiciary.

Every two years ICCA holds a Congress or Conference which is one of the major events in the international arbitration calendar. The last was held in May 2010 in Rio de Janeiro and attracted over 900 participants from all over the world. The next ICCA Congress will be held in Singapore in 2012.

ICCA is not an arbitral institution; it does not administer arbitrations or act as an appointing authority. ICCA is probably best known for its publications. Since 1976, over 1,600 court decisions applying the New York Convention, from more than 60 countries, have been reported in the *Yearbook Commercial Arbitration*. The *International Handbook on Commercial Arbitration* contains continuously updated reports on the arbitration law and practice in over 70 countries. The *ICCA Congress Series* publishes the papers of ICCA events.

All ICCA publications are also available online at <www.kluwerarbitration.com> (subscription required). More information on ICCA and ICCA publications can be found on its free website at <www.arbitration-

INTRODUCTION

icca.org>. The ICCA website also provides search tools for selecting court decisions based on a list of subject matters.

CONSOLIDATED TABLE OF CONTENTS

FOREWORD , <i>Professor Pieter Sanders, Honorary General Editor</i>	v
INTRODUCTION , Neil Kaplan	ix
CONSOLIDATED TABLE OF CONTENTS	xv
 CHECKLIST FOR JUDGES	 1
 OVERVIEW	 7
 CHAPTER I	
THE NEW YORK CONVENTION AS AN INSTRUMENT OF INTERNATIONAL LAW	11
I. INTERPRETATION	12
I.1. Treaty Interpretation: Vienna Convention	
I.2. Interpretation in Favour of Recognition and Enforcement: Pro-enforcement Bias	
II. MATERIAL SCOPE OF APPLICATION	16
II.1. Arbitral Award	
II.1.1. Autonomous Interpretation	
II.1.2. Conflict-of-Laws Approach	
II.2. Arbitration Agreement	
III. TERRITORIAL SCOPE OF APPLICATION	20
III.1. Awards	
III.1.1. Awards Made in the Territory of a State Other Than the State Where Recognition and Enforcement Are Sought	
III.1.2. Non-domestic Awards	
III.2. Arbitration Agreements	
IV. RESERVATIONS	24
IV.1. Reciprocity (<i>Article I(3) First Sentence</i>)	
IV.2. Commercial Nature (<i>Article I(3) Second Sentence</i>)	

V.	RELATIONSHIP WITH DOMESTIC LAW AND OTHER TREATIES (ARTICLE VII)	25
V.1.	More Favourable Law	
V.2.	The New York Convention and Other International Treaties	
V.3.	The New York Convention and National Law	
VI.	CONSEQUENCES OF THE NON-APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION	29
VI.1.	Breach of the New York Convention	
VI.2.	Breach of Investment Treaty	
VI.3.	Award Is Unaffected	
 CHAPTER II		
	<i>REQUEST FOR THE ENFORCEMENT OF AN ARBITRATION AGREEMENT</i>	33
I.	INTRODUCTION	36
II.	BASIC FEATURES OF THE CONVENTION'S REGIME ON ARBITRATION AGREEMENTS	37
II.1.	Arbitration Agreements Are Presumed Valid	
II.2.	The Parties to a Valid Arbitration Agreement Must Be Referred to Arbitration	
II.3.	How to "Refer" Parties to Arbitration	
II.4.	No <i>Ex Officio</i> Referral	
III.	GENERALLY ACCEPTED PRINCIPLES	39
III.1.	Arbitrators Have Jurisdiction to Determine Their Own Jurisdiction	
III.2.	Scope of Judicial Review of Challenges to the Arbitral Tribunal's Jurisdiction	
III.3.	Arbitration Clauses Are Not Usually Affected by the Invalidity of the Main Contract	

III.4.	Timing of the Referral Request in the Course of Court Proceedings	
III.5.	No Consideration Needed for Concurrent Arbitration Proceedings	
IV.	ROAD MAP TO ARTICLE II	42
IV.1.	Does the Arbitration Agreement Fall Under the Scope of the Convention?	
IV.2.	Is the Arbitration Agreement Evidenced in Writing?	
IV.2.1.	Theoretical Background	
IV.2.2.	Practice	
	(i) Arbitration clause included in a document referred to in the main contractual document (the “incorporation by reference” issue)	
	(ii) Arbitration clause in contractual document not signed but subsequently performed by all parties according to its terms	
	• Contract offer is sent with an arbitration clause and confirmed. However, the confirmation contains general reservations or conditions subsequent	
	• Contract offer containing an arbitration clause is sent by a party to the other, who does not reply but nonetheless performs the contract	
	(iii) Arbitration agreement contained in exchange of electronic communications	
IV.3.	Does the Arbitration Agreement Exist and Is It Substantively Valid?	
IV.3.1.	Theoretical Background	
IV.3.2.	Practice	
	(i) “Null and void”	
	(ii) “Inoperative”	
	(iii) “Incapable of being performed”	

- Where the referral to arbitration is optional
 - Where the contract provides for arbitration as well as jurisdiction of the courts
 - Where the arbitration rules or arbitral institution are inaccurately designated
 - Where there is no indication whatsoever as to how the arbitrators are to be appointed (“blank clauses”)
- IV.4. Is There a Dispute, Does It Arise out of a Defined Legal Relationship, Whether Contractual or Not, and Did the Parties Intend to Have This Particular Dispute Settled by Arbitration?
- IV.4.1. Theoretical Background
- IV.4.2. Practice
- (i) Should the language in an arbitration clause be interpreted broadly?
 - (ii) What if the arbitration agreement contains some exceptions to its scope?
- IV.5. Is the Arbitration Agreement Binding on the Parties to the Dispute That Is Before the Court?
- IV.5.1. Theoretical Background
- (i) Arbitration agreements are binding only on the parties
 - (ii) Non-signatories may also be parties to the arbitration agreement
 - (iii) How to determine the subjective scope of the arbitration agreement
 - (iv) The law applicable to the determination of the subjective scope of the arbitration agreement
- IV.5.2. Practice
- (i) When exactly does a respondent have a right to be referred to arbitration?

(ii) What if the court finds that respondent is not bound by the arbitration agreement?	
IV.6. Is This Particular Dispute Arbitrable?	
IV.6.1. Subject Matter “Capable of Settlement by Arbitration” Means “Arbitrable”	
IV.6.2. The Law Applicable to the Determination of Arbitrability	
IV.6.3. International Arbitration Agreements Should Be Subject to Consistent Standards of Arbitrability	
V. SUMMARY	65
 CHAPTER III	
REQUEST FOR THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AN ARBITRAL AWARD	67
I. INTRODUCTION	68
II. PHASE I – REQUIREMENTS TO BE FULFILLED BY PETITIONER (ART. IV)	71
II.1. Which Documents?	
II.2. Authenticated Award or Certified Copy (<i>Article IV(1)(a)</i>)	
II.2.1. Authentication	
II.2.2. Certification	
II.3. Original Arbitration Agreement or Certified Copy (<i>Article IV(1)(b)</i>)	
II.4. At the Time of the Application	
II.5. Translations (<i>Article IV(2)</i>)	
III. PHASE II – GROUNDS FOR REFUSAL (ARTICLE V) – IN GENERAL	78
III.1. No Review on the Merits	
III.2. Burden for Respondent of Proving the Exhaustive Grounds	
III.3. Exhaustive Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement	

III.4.	Narrow Interpretation of the Grounds for Refusal	
III.5.	Limited Discretionary Power to Enforce in the Presence of Grounds for Refusal	
IV.	GROUND FOR REFUSAL TO BE PROVEN BY RESPONDENT (ARTICLE V(1))	84
IV.1.	Ground 1: Incapacity of Party and Invalidity of Arbitration Agreement (<i>Article V(1)(a)</i>)	
IV.1.1.	Incapacity of Party	
IV.1.2.	Invalidity of Arbitration Agreement	
IV.2.	Ground 2: Lack of Notice and Due Process Violations; Right to a Fair Hearing (<i>Article V(1)(b)</i>)	
IV.2.1.	Right to a Fair Hearing	
IV.2.2.	Lack of Notice	
IV.2.3.	Due Process Violations: “Unable to Present His Case”	
IV.3.	Ground 3: Outside or Beyond the Scope of the Arbitration Agreement (<i>Article V(1)(c)</i>)	
IV.4.	Ground 4: Irregularities in the Composition of the Arbitral Tribunal or the Arbitration Procedure (<i>Article V(1)(d)</i>)	
IV.4.1.	Composition of the Tribunal	
IV.4.2.	Arbitral Procedure	
IV.5.	Ground 5: Award Not Binding, Set Aside or Suspended (<i>Article V(1)(e)</i>)	
IV.5.1.	Award Not Yet Binding	
IV.5.2.	Award Set Aside or Suspended	
	(i) Award set aside	
	(ii) Consequences of being set aside	
	(iii) Award “suspended”	
V.	GROUND FOR REFUSAL TO BE RAISED BY THE COURT EX OFFICIO (ARTICLE V(2))	104
V.1.	Ground 6: Not Arbitrable (<i>Article V(2)(a)</i>)	

CONSOLIDATED TABLE OF CONTENTS

V.2.	Ground 7: Contrary to Public Policy (<i>Article V(2)(b)</i>)	
V.2.1.	Examples of Recognition and Enforcement	
V.2.2.	Examples of Refusal of Recognition and Enforcement	
VI.	CONCLUSION	111
 <i>ANNEXES</i>		113
Annex I – The 1958 New York Convention		113
Annex II – The UNCITRAL Model Law on Arbitration		122
Annex III – The UNCITRAL Recommendation 2006		151
Annex IV – Online Sources		154

CHECKLIST FOR JUDGES WORKING WITH THE NEW YORK CONVENTION

This Checklist sets out the questions to be answered and the steps to be followed by courts when applying the New York Convention. The Checklist is not exhaustive and is meant to be used along with the text of the Guide.

I. Application of the Convention

What is the Convention about?

- The recognition and enforcement of arbitration agreements (Articles I and II)
- The recognition and enforcement of arbitral awards (Articles I, III-VII)

How should the court interpret the Convention?

- Vienna Convention Articles 31 and 32
- Interpretation in favour of recognition and enforcement
- Article VII allows for application of a more favourable treaty or domestic law
- Non-application engages the international responsibility of the State

II. Request for the recognition and enforcement of an arbitration agreement (Articles I and II)

Does the Convention apply to this request?

- Is the forum State a party to the New York Convention? (Article I)
Date of entry into force?

Reciprocity reservation?

Commercial reservation?

- Does the forum State have implementing legislation and does it affect the application of the Convention?
- Can the Convention apply to actions ancillary to arbitration?

Examples:

- Appointment of arbitrator?
- Request for conservatory measures?

Does the arbitration agreement fall under the substantive scope of the Convention? (Article II)

- Is the arbitration agreement evidenced in writing? (Article II(2))

Examples:

- Is the arbitration agreement incorporated by reference?
- Has the arbitration agreement been tacitly accepted?

- Does the arbitration agreement exist and is it substantively valid? (Article II(3))

Null and void?

Inoperative?

Incapable of being performed?

- Is there a dispute?
- Does the dispute arise out of a defined legal relationship, whether contractual or not? (Article II(1))
- Did the parties intend to have this particular dispute settled by arbitration?
- Is the arbitration agreement binding on the parties to the dispute that is before the court?
- Is this dispute arbitrable?

Does the arbitration agreement fall under the territorial scope of the Convention? (Article I by analogy)

- Is the arbitral seat in a foreign State?

- Will the future award be considered non-domestic in the forum State?
- Is there an element of internationality?

Are procedural elements satisfied?

Examples:

- Has a party requested the referral to arbitration (no *ex officio* referral)?
- Does the process at issue qualify as arbitration?
- Has the requesting party satisfied preliminary steps?

Examples:

- Cooling off period?
- Mediation/conciliation?
- Has the requesting party waived its right to arbitration?
- Is there a decision of another court on the same matter that is *res judicata*?

What is the applicable law?

Examples:

- Formation and substantive validity of the arbitration agreement?
- Capacity of a party?
- Non-signatories to the arbitration agreement?
- Arbitrability?

Are there matters that should be decided by the arbitral tribunal rather than the court?

Can the court rely on Article VII allowing for reliance on a more favourable right in a national law or treaty?

If all requirements are fulfilled, the court *shall* refer the parties to arbitration.

III. Request for the Recognition and Enforcement of an Arbitral Award (Articles I, III-VII)

Is the forum State a party to the New York Convention? (Article I)

- Date of entry into force?

Does the forum State have implementing legislation and does it affect the application of the Convention?

Does the Convention apply to the award?

- Is the award made in the territory of another State?
- Is the award not considered as domestic in the forum State?
- Does the award arise out of a difference between physical or legal persons?
- If the forum State has made the reciprocity reservation, is the State where the award was made a Contracting State?
- If the forum State has made the commercial reservation, is the subject matter “commercial”?
- Was the dispute-resolution process arbitration?
- Is the decision an award?

Are other more favourable treaties or domestic law applicable? (Article VII)?

Are procedural requirements not regulated by the Convention complied with?

Examples:

- Time limit for filing request?
- Competent authority?
- Form of request?
- Manner of proceedings?
- Remedies against decision granting or refusing enforcement?
- Availability of set-off or counterclaim?

Has the petitioner submitted the required documents?

- Authenticated award or a certified copy?
- Original arbitration agreement or certified copy?
- Is a translation required?
- Were the documents submitted in a timely fashion?
- Are any other documents required (no)?

How to apply the grounds for refusal of recognition and enforcement?

- No review on the merits
- Respondent has burden of proof
- Grounds for refusal listed in Convention are exhaustive
- Grounds for refusal to be interpreted narrowly

What is the applicable law?

Examples:

- Authentication?
- Certification?
- Incapacity of party?
- Validity of arbitration agreement?
- Composition of the arbitral tribunal?
- Arbitral procedure?
- Award not yet binding?
- Suspension of award?
- Non-arbitrable subject matter?
- Violation of public policy?

Are any of the grounds for refusal of recognition and enforcement proven?

- Incapacity of party and invalidity of arbitration agreement?
- Lack of proper notice or due process violation?
- Award outside or beyond the scope of the arbitration agreement?
- Irregularities in the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure?
- Award not binding, set aside or suspended?

CHECKLIST FOR JUDGES

Does the court find that there are grounds that it may raise *ex officio* to refuse recognition and enforcement?

- Non-arbitrable subject matter?
- Contrary to public policy?

Application of international public policy?

Has a party waived a ground for refusal of recognition and enforcement?

What is the scope of court's discretion to enforce?

Should the recognition and enforcement proceedings be suspended pending setting aside proceedings? (Article VI)

If no ground for refusal or suspension of recognition and enforcement is established, the court *shall* enforce the award.

OVERVIEW

Judges who are asked to apply the 1958 New York Convention face two types of challenges. First, there are the complexities that usually arise with respect to international treaties from the perspective of national judges. Second, this is a Convention which tests the objectivity of the national judge in a particular way, because it is often invoked by a foreigner against a local party. (This is particularly so with respect to the enforcement of foreign awards, which are typically brought to the home jurisdiction of the losing party, because that is where that party's assets are located.)

This observation is one of great importance. The Convention is the cornerstone of international commercial arbitration, which is crucial to the reliability of international business transactions. The Convention envisages a mechanism which depends on the cooperation of national courts. Its essence is reciprocal confidence. If some courts show bias in favour of their own nationals, this reciprocity is damaged as other courts may be tempted to follow the bad example.

The goal of this Guide is to provide simple explanations of the Convention's objectives, and how to interpret its text in accordance with best international practice over the first fifty years of its existence.

We start with the most obvious question:

WHAT IS THE NEW YORK CONVENTION ABOUT?

The New York Convention has two objects:

- The recognition and enforcement of arbitration agreements (see below at I; see also Chapter II);
- The recognition and enforcement of foreign arbitral awards (see below at II; see also Chapter III).

I. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS

Arbitration is a consensual process. It can only take place if the parties have agreed to submit their dispute to arbitration. The agreement to refer disputes to arbitration is called the “arbitration agreement”.

An arbitration agreement has a positive and a negative legal effect:

- It obliges the parties to submit disputes to arbitration and confers jurisdiction on an arbitral tribunal over disputes covered by the arbitration agreement (**positive effect**). If a dispute arises that falls within the scope of the arbitration agreement, either party may submit it to an arbitral tribunal.
- It prevents the parties from seeking the resolution of their disputes in court (**negative effect**). By concluding an arbitration agreement, the parties waive their rights to judicial remedies. A party having entered into an arbitration agreement cannot disregard it and instead go to court.

The New York Convention obliges Contracting States to recognize and enforce these effects. The conditions under which a court must do so are discussed in Chapter II of this Guide.

II. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS

Arbitration ends with the arbitrators’ final award. In addition, in the course of the arbitration, the arbitrators may issue interim awards, for

example an award on jurisdiction or on liability. All are covered by the New York Convention (see Chapter I).

Most legal systems confer effects on arbitral awards that are identical or similar to those of court judgments, notably that of *res judicata*. As with court judgments, the final and binding force of an award is in principle limited to the territory of the State where the award was made. The New York Convention provides for their recognition and enforcement *outside* that territory.

The **recognition** of arbitral awards is the process that makes arbitral awards part of a national legal system. Recognition is most often sought in the context of another proceeding. For example, a party will request the recognition of an arbitral award in order to raise a defence of *res judicata* and thus bar the re-litigation in court of issues that have already been resolved in a foreign arbitration, or a party will seek set-off in court proceedings on the basis of a foreign arbitral award. Because recognition often acts as a defensive mechanism, it is frequently described as a shield.

By contrast, **enforcement** is a sword. Successful parties in arbitration will seek to obtain what the arbitrators have awarded them. It is true that most awards are complied with voluntarily. However, when the losing party does not comply, the prevailing party may request court assistance to force compliance. The New York Convention allows parties to request such assistance.

In other words, recognition and enforcement may give effect to the award in a State other than the one where the award was made (see Chapter I). When a court has declared an award enforceable within the *forum* State, the prevailing party may resort to the execution methods available under local laws.

CHAPTER I

THE NEW YORK CONVENTION AS AN INSTRUMENT OF INTERNATIONAL LAW

TABLE OF CONTENTS

I. INTERPRETATION

- I.1. Treaty Interpretation: Vienna Convention
- I.2. Interpretation in Favour of Recognition and Enforcement:
Pro-enforcement Bias

II. MATERIAL SCOPE OF APPLICATION

- II.1. Arbitral Award
 - II.1.1 Autonomous Interpretation
 - II.1.2. Conflict-of-Laws Approach
- II.2. Arbitration Agreement

III. TERRITORIAL SCOPE OF APPLICATION

- III.1. Awards
 - III.1.1. Awards Made in the Territory of a State Other Than the State
Where Recognition and Enforcement Are Sought
 - III.1.2. Non-domestic Awards
- III.2. Arbitration Agreements

IV. RESERVATIONS

- IV.1. Reciprocity (*Article I(3) First Sentence*)
- IV.2. Commercial Nature (*Article I(3) Second Sentence*)

V. RELATIONSHIP WITH DOMESTIC LAW AND OTHER TREATIES (ARTICLE VII)

- V.1. More Favourable Law
- V.2. The New York Convention and Other International Treaties
- V.3. The New York Convention and National Law

VI. CONSEQUENCES OF THE NON-APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION

- VI.1. Breach of the New York Convention

- VI.2. Breach of Investment Treaty
- VI.3. Award Is Unaffected

I. INTERPRETATION

The New York Convention is an international treaty. As such, it is part of public international law. Consequently, the courts called upon to apply the Convention must interpret it in accordance with the rules of interpretation of international law, which are codified in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.¹

-
1. Vienna Convention on the Law of Treaties, done at Vienna on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, United Nations *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.
Article 31 reads:

“General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
 - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
 - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
 - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
 - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

Articles 31 and 32 have to be followed in sequence: e.g., if the clarity of the meaning is not achieved by reference to the general rule embodied in Article 31, one looks to the supplementary rules embodied in Article 32. National rules of interpretation do not apply. In accordance with international law, courts should interpret the New York Convention in an autonomous manner (see this Chapter below at I.1) and in favour of recognition and enforcement (see this Chapter below at I.2).

I.1. TREATY INTERPRETATION: VIENNA CONVENTION

In principle, the terms used in the Convention have an autonomous meaning (Article 31 Vienna Convention). If the text of the New York Convention is ambiguous, one should defer to its context, intent and *travaux préparatoires* (Articles 31 and 32 Vienna Convention).² The terms must be understood taking into account the context and the purpose of the Convention. Therefore, courts should not interpret the terms of the

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.”

Article 32 reads:

“Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

2. The Convention was drawn up in five official texts: Chinese, English, French, Russian and Spanish.

New York Convention by reference to domestic law. The terms of the Convention should have the same meaning wherever in the world they are applied. This helps to ensure the uniform application of the Convention in all the Contracting States.

In jurisdictions that have implemented the Convention into their legal system by means of an implementing act, it is important to have regard to its terms. In some cases, they alter the terms of the Convention.³ Current case law unfortunately sometimes diverges in the application of the Convention and therefore does not always provide a useful guideline. In that case, courts should always interpret the New York Convention on a pro-enforcement bias. Courts can also rely on scholarly writings such as the commentary on the New York Convention by Professor Albert Jan van den Berg.⁴

I.2. INTERPRETATION IN FAVOUR OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT: PRO-ENFORCEMENT BIAS

As stated above, treaties should be interpreted in light of their object and purpose. The purpose of the New York Convention is to promote international commerce and the settlement of international disputes

3. See Report on the Survey Relating to the Legislative Implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York 1958). Note by the UNCITRAL Secretariat. A/CN.9/656 and A/CN.9/656/Add.1, 5 June 2008.

4. Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer, 1981); see also Professor van den Berg's Consolidated Commentary on the 1958 New York Convention in Volume XXVIII (2003) of the Yearbook Commercial Arbitration, covering Volume XXII (1997) to Volume XXVII (2002), and the Consolidated Commentary on the 1958 New York Convention in Volume XXI (1996) of the Yearbook Commercial Arbitration, covering Volume XX (1995) and Volume XXI (1996).

through arbitration. It aims at facilitating the recognition and enforcement of foreign arbitral awards and the enforcement of arbitration agreements. Consequently, courts should adopt a pro-enforcement approach when interpreting the Convention.

If there are several possible interpretations, courts should choose the meaning that favours recognition and enforcement (the so-called **pro-enforcement bias**). This implies in particular that the grounds for refusing enforcement specified in Article V should be construed narrowly (see Chapter III at III.4).⁵

In line with the pro-enforcement bias, which is key to the interpretation of the New York Convention, the **principle of maximum efficiency** applies: if more treaties could be applicable, the courts should apply the treaty under which the award is enforceable. This is reflected in Article VII (see this Chapter below at V.2).

In a case before the Spanish Supreme Court,⁶ two treaties were potentially applicable to determine the enforceability of the award: a bilateral treaty between France and Spain and the New York Convention. The Court held that, of the two principles relevant to determining whether the Bilateral Treaty or the Convention applied, one was:

“... the principle of maximum efficiency or greater favourability to the recognition of foreign decisions. [Taken together with the other relevant principles this leads to the Court concluding that the

-
5. A court seised with an application to enforce an award under the Convention has no authority to review the decision of the arbitral tribunal on the merits and replace it by its own decision, even if it believes that the arbitrators erred in fact or law. Enforcement is not an appeal of the arbitral decision (see Chapter III at III.1).
 6. *Spain*: Tribunal Supremo, Civil Chamber, First Section, 20 July 2004 (*Antillas Cement Corporation v. Transficem*) Yearbook Commercial Arbitration XXXI (2006) pp. 846-852 (Spain no. 46).

Convention was the applicable provision as it] establishes a presumption of the validity and efficacy of both the arbitration agreement and the related arbitral award and decision [and] consequently shifts the burden of proof onto the party against whom the arbitral award is invoked.”

II. MATERIAL SCOPE OF APPLICATION

To determine whether a particular award or agreement falls within the subject matter of the Convention, a court should ascertain whether it qualifies as an arbitration agreement or an arbitral award.

II.1. ARBITRAL AWARD

There is no definition of the term “arbitral award” in the Convention. Therefore, it is for the courts to determine what the term means for the purposes of the Convention. They must do so in two steps:

1. First, they must review whether the dispute had been submitted and resolved by *arbitration*. Not all out-of-court dispute-settlement methods qualify as arbitration. There are a variety of dispute-settlement mechanisms involving private individuals that do not have the same characteristics as arbitration. Mediation, conciliation or expert determination are a few examples. The New York Convention covers only arbitration.
2. Second, they must review whether the decision is an *award*. Arbitral tribunals may issue a variety of decisions. Some of them are awards, others are not.

Courts have adopted two different methods to determine the meaning of the terms “arbitration” and “award”. They either (1) opt for autonomous interpretation or (2) refer to national law using a conflict-of-laws method.

II.1.1. *Autonomous Interpretation*

The first step is to inquire whether the process at issue qualifies as *arbitration*. Arbitration is a method of dispute settlement in which the parties agree to submit their dispute to a third person who will render a final and binding decision in place of the courts.

This definition stresses three main characteristics of arbitration. First, arbitration is consensual: it is based on the parties’ agreement. Second, arbitration leads to a final and binding resolution of the dispute. Third, arbitration is regarded as a substitute for court litigation.

The second step is to review whether the decision at issue is an *award*. An award is a decision putting an end to the arbitration in whole or in part or ruling on a preliminary issue the resolution of which is necessary to reach a final decision. An award *finally* settles the issues that it seeks to resolve. Even if the tribunal would wish to adopt a different conclusion later, the issue cannot be reopened or revised.

Consequently, the following arbitral decisions qualify as awards:

- Final awards, i.e., awards that put an end to the arbitration. An award dealing with all the claims on the merits is a final award. So is an award denying the tribunal’s jurisdiction over the dispute submitted to it;
- Partial awards, i.e., awards that give a final decision on part of the claims and leave the remaining claims for a subsequent phase of the arbitration proceedings. An award dealing with the claim for extra costs in a construction arbitration and leaving claims for damages for

defects and delay for a later phase of the proceedings is a partial award (this term is sometimes also used for the following category, but for a better understanding, it is preferable to distinguish them);

- Preliminary awards, sometimes also called interlocutory or interim awards, i.e., awards that decide a preliminary issue necessary to dispose of the parties' claims, such as a decision on whether a claim is time-barred, on what law governs the merits, or on whether there is liability;
- Awards on costs, i.e., awards determining the amount and allocation of the arbitration costs;
- Consent awards, i.e., awards recording the parties' amicable settlement of the dispute.

An award issued by default, i.e., without the participation of one of the parties, also qualifies as an award to the extent it falls within one of the categories listed above.

By contrast, the following decisions are generally not deemed awards:

- Procedural orders, i.e., decisions that merely organize the proceedings;
- Decisions on provisional or interim measures. Because they are only issued for the duration of the arbitration and can be reopened during that time, provisional measures are not awards. Courts have held the contrary on the theory that such decisions terminate the dispute of the parties over provisional measures, but this is unpersuasive: the parties did not agree to arbitration in order to resolve issues of arbitral procedure.

Finally, the name given by the arbitrators to their decision is not determinative. Courts must consider the subject matter of the decision

and whether it finally settles an issue in order to decide whether it is an award.

II.1.2. *Conflict-of-Laws Approach*

If, rather than using the preferred autonomous method for all the above questions, a court were to refer to a national law, it would start by deciding which national law will govern the definition of arbitral award. In other words, it would adopt a conflict-of-laws method. It could apply either its own national law (*lex fori*) or the law governing the arbitration (*lex arbitri*). The latter will generally be the law of the seat of the arbitration, much less frequently the law chosen by the parties to govern the arbitration (not the contract or the merits of the dispute, which is a different matter).

II.2. ARBITRATION AGREEMENT

Article II(1) of the New York Convention makes clear that it applies to agreements “in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not”.

The use of the words “have arisen or may arise” show that the Convention covers both arbitration clauses contained in contracts and dealing with future disputes, on the one hand, and submission agreements providing for resolution by arbitration of existing disputes, on the other hand.

Under Article II(1), the arbitration agreement must relate to a specific legal relationship. This requirement is certainly met for an arbitration clause in a contract which concerns disputes arising out of that very contract. By contrast, it would not be met if the parties were to submit to

arbitration any and all existing and future disputes over any possible matter.

The disputes covered by the arbitration agreement may concern contract and other claims such as tort claims and other statutory claims.

Finally, the Convention requires that the arbitration agreement be “in writing”, a requirement defined in Article II(2) and discussed in Chapter II.

III. TERRITORIAL SCOPE OF APPLICATION

Article I(1) defines the territorial scope of application of the New York Convention with regard to arbitral awards in the following terms:

“This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.”

Accordingly, the Convention deals only with the recognition and enforcement of *foreign and non-domestic arbitral awards* (see this Chapter below at III.1). It does not apply to the recognition and enforcement of domestic awards. The Convention contains no similar provision with regard to arbitration agreements. However, it is established that the Convention only applies to “foreign” or international arbitration agreements (see Chapter II).

III.1. AWARDS

III.1.1. *Awards Made in the Territory of a State Other Than the State Where Recognition and Enforcement Are Sought*

Any award made in a State other than the State of the recognition or enforcement court falls within the scope of the Convention, i.e., is a foreign award. Hence, the nationality, domicile or residence of the parties is without relevance to determine whether an award is foreign. However, these factors may be important when determining if an arbitration agreement falls within the scope of the Convention (see Chapter II and Chapter III). Moreover, it is not required that the State where the award was made be a party to the Convention (unless of course the State where recognition or enforcement is sought has made the reciprocity reservation; see this Chapter below at IV.1).

Where is an award made? The Convention does not answer this question. The vast majority of Contracting States considers that an award is made at the seat of the arbitration. The seat of the arbitration is chosen by the parties or alternatively, by the arbitral institution or the arbitral tribunal. It is a legal, not a physical, geographical concept. Hearings, deliberations and signature of the award and other parts of the arbitral process may take place elsewhere.

III.1.2. *Non-domestic Awards*

The second category of awards covered by the Convention are those which are considered as non-domestic in the State where recognition or enforcement is sought. This category broadens the scope of application of the Convention.

The Convention does not define non-domestic awards. Very rarely, it is the parties that indicate whether the award to be rendered between

them is non-domestic. Each Contracting State is thus free to decide which awards it does not regard as domestic and may have done so in the legislation implementing the Convention.⁷

In the exercise of this freedom, States generally consider all or some of the following awards as non-domestic:

- Awards made under the arbitration law of another State;
- Awards involving a foreign element;
- A-national awards.

The first type of awards will only arise in connection with an arbitration having its seat in the State of the court seised of the recognition or enforcement but which was governed by a foreign arbitration law. This will be a rare concurrence because it implies that the national law of the recognition or enforcement court allows the parties to submit the arbitration to a *lex arbitri* other than that of the seat.

-
7. For example, the United States Federal Arbitration Act (Title 9, Chapter 2) has made the following provision with respect to a “non-domestic award”:

“Sect. 202. Agreement or award falling under the Convention

An arbitration agreement or arbitral award arising out of a legal relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial, including a transaction, contract, or agreement described in section 2 of this title, falls under the Convention. An agreement or award arising out of such a relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states. For the purpose of this section a corporation is a citizen of the United States if it is incorporated or has its principal place of business in the United States.”

The second category refers to awards made within the State of the recognition or enforcement court in a dispute involving a foreign dimension, such as the nationality or domicile of the parties or the place of performance of the contract giving rise to the dispute. The criteria for an award to be considered non-domestic under this category are usually established by the States in their implementing legislation (see at fn. 7 for the example of the United States). Very rarely, the parties indicate that their award is non-domestic.

The third type refers to awards issued in arbitrations that are detached from any national arbitration law, for example, because the parties have explicitly excluded the application of any national arbitration law or provided for the application of transnational rules such as general principles of arbitration law. Although there has been some discussion as to whether a-national awards fall within the scope of the New York Convention, the prevailing view is that the Convention does apply to such awards. These cases are extremely rare.

III.2. ARBITRATION AGREEMENTS

The New York Convention does not define its scope of application with respect to arbitration agreements. However, it is well established that the New York Convention does not govern the recognition of domestic arbitration agreements. It is equally accepted that the Convention is applicable if the future arbitral award will be deemed foreign or non-domestic pursuant to Article I(1). Some courts reason that the Convention applies if the arbitration agreement is international in nature. The internationality of the agreement results either from the nationality or domicile of the parties or from the underlying transaction.

When determining whether an arbitration agreement falls within the scope of the Convention, courts should distinguish three situations:

- If the arbitration agreement provides for a seat in a foreign State, the court must apply the New York Convention;
- If the arbitration agreement provides for a seat in the forum State, the court
 - must apply the Convention if the future award will qualify as non-domestic pursuant to Article I(1), second sentence;
 - may apply the Convention if the arbitration agreement is international due to the nationality or domicile of the parties or to foreign elements present in the transaction;
- If the arbitration agreement does not provide for the seat of the arbitration, the court must apply the Convention if it is likely that the future award will be held to be foreign or non-domestic in accordance with Article I(1). In addition, it may apply the Convention if the court deems the agreement to be international.

IV. RESERVATIONS

In principle, the Convention applies to all foreign or international arbitration agreements and to all foreign or non-domestic awards. However, Contracting States can make two reservations to the application of the Convention.

IV.1. RECIPROCITY (*Article I(3) First Sentence*)

Contracting States may declare that they will apply the Convention only to the recognition and enforcement of awards made in the territory of another Contracting State. Approximately two-thirds of the Contracting States have made this reservation. A court in a State which has made the reservation of reciprocity will apply the Convention only if the award has

been made in the territory of another Contracting State, or if the award is non-domestic and shows links to another Contracting State.

IV.2. COMMERCIAL NATURE (*Article I(3) Second Sentence*)

Contracting States may also declare that they will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are deemed commercial under the national law of the State making such declaration. Approximately one-third of the Contracting States have made this reservation.

Although the language of the Convention refers to the national law of the forum State (as an exception to the principle of autonomous interpretation), in practice courts also give consideration to the special circumstances of the case and to international practice. In any event, considering the purpose of the Convention, courts should interpret the notion of commerciality broadly.

Even though the Convention speaks of reservations only in the context of recognition and enforcement of awards, it is generally understood that the reservations also apply to the recognition of arbitration agreements.

V. RELATIONSHIP WITH DOMESTIC LAW AND OTHER TREATIES (ARTICLE VII)

Article VII(1) of the New York Convention addresses the relationship between the Convention and national laws of the forum and other international treaties binding upon the State where enforcement is sought in the following terms:

“The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.”

V.1. MORE FAVOURABLE LAW

Article VII(1) is called the more-favourable-right provision, since it allows a party seeking recognition and enforcement to rely on rules that are more favourable than those of the Convention. More favourable rules may be found: (i) in the national law of the forum or (ii) in treaties applicable in the territory where recognition and enforcement are sought.

In practice, treaties or national law will be more favourable than the New York Convention if they permit recognition and enforcement by reference to less demanding criteria, whether in terms of procedure or of grounds for non-enforcement.

By now it is a widely (though not universally accepted) understanding that the provisions of Article VII(1) also apply to the recognition and enforcement of the arbitration agreements addressed in Article II. Article VII(1) is mostly invoked in order to overcome the formal requirements applicable to the arbitration agreement by virtue of Article II(2) (the writing requirement, see Chapter II at IV.2.1).

In a Recommendation adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) on 7 July 2006 (see **Annex III**) it is recommended that

“also article VII, paragraph 1 of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10

June 1958, should be applied to allow any interested party to avail itself of rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agreement is sought to be relied upon, to seek recognition of the validity of such an agreement”.

The history of the Convention also supports this view. The provision on the enforcement of arbitration agreements was included on the last day of the negotiations. The other provisions were not amended to take account of this last-minute addition. Article VII should thus not be construed as excluding arbitration agreements from its scope.

V.2. THE NEW YORK CONVENTION AND OTHER INTERNATIONAL TREATIES

The first part of Article VII provides that the Convention does not affect the validity of other international treaties on the recognition and enforcement of arbitral awards which are in force in the enforcement State. The second part of the same provision specifies that the parties are entitled to seek recognition and enforcement of an award pursuant to either the New York Convention or another treaty or national laws, whichever is more favourable.

The more-favourable-right principle derogates from the classical rules of international law on conflicting treaties (*lex posterior* and *lex specialis*). Pursuant to the more-favourable-right principle, it is the more favourable one that prevails.

V.3. THE NEW YORK CONVENTION AND NATIONAL LAW

With respect to the relationship between the New York Convention and national law of the State in which enforcement is requested, three situations must be distinguished:

- The New York Convention and national law both have rules on the same issues. In this case, the Convention supersedes national law, unless the national law is more favourable. In some cases the court will have to refer to legislation implementing the Convention (*case (i) below*);
- The New York Convention contains no rule on a given matter. In this event, courts will apply their national law to supplement the New York Convention (*case (ii) below*);
- The New York Convention refers explicitly to national law. In this case, the courts must apply national law to the extent permitted by the Convention (*case (iii) below*).

Case (i) The Convention supersedes national law

Case (ii) National law supplements the Convention

The New York Convention does not establish a comprehensive procedural regime for the recognition and enforcement of foreign awards. With regard to the procedure, the Convention only provides rules on the burden of proof and the documents to be submitted by the requesting party. It is silent on other procedural matters.

Article III provides that Contracting States shall recognize and enforce arbitral awards in accordance with the rules of procedure of the State where the award is relied upon. Thus, the procedure for recognition and enforcement of foreign awards is governed by national law, except for the issues of burden of proof and the documents to be submitted (see Chapter III).

Without being exhaustive, the following procedural issues are governed by national law:

- The time limit for filing a request for recognition or enforcement;
- The authority competent to recognize or enforce awards;
- The form of the request;

- The manner in which the proceedings are conducted;
- The remedies against a decision granting or refusing exequatur;
- The availability of a set-off defence or counterclaim against an award.

An issue may arise if a State poses stringent jurisdictional requirements to accept that its courts rule on an enforcement request. In conformity with the purpose of the Convention and its strong pro-enforcement bias, the presence of assets in the territory of the enforcement State should suffice to create jurisdiction for enforcement purposes. In spite of this, certain United States courts have required that they have personal jurisdiction over the respondent and award debtor.

Case (iii) The Convention refers expressly to national law

Certain provisions of the New York Convention refer expressly to national law. This is the case for example of Article I (in connection with the commercial reservation), Article III (in connection with the procedure for recognition and enforcement) and Article V (certain grounds of non-enforcement refer to national law). This is not necessarily the law of the forum but the law under which the award was made.

VI. CONSEQUENCES OF THE NON-APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION

The non-application or incorrect application of the New York Convention engages in principle the international responsibility of the State. A breach of the State's obligations under the Convention (see this Chapter below at VI.1) may in certain circumstances also constitute a breach of a bilateral or multilateral investment treaty (see this Chapter below at VI.2). In any event, the award will remain unaffected by the breaches (see this Chapter below at VI.3).

VI.1. BREACH OF THE NEW YORK CONVENTION

Although the New York Convention does not have a dispute-resolution clause, the New York Convention is an international treaty creating obligations for the Contracting States under international law.

As explained above, the Contracting States have undertaken to recognize and enforce foreign arbitral awards and to recognize arbitration agreements. When a party requests the enforcement and/or recognition of an award or an arbitration agreement falling within the scope of the Convention, a Contracting State must apply the New York Convention. It may not impose stricter procedural rules and substantive conditions upon recognition and enforcement and where the Convention is silent on a procedural matter, it may not impose substantially more onerous procedural conditions than those governing domestic awards.

Within the Contracting States, the principal organs in charge of the application of the New York Convention are the courts. In international law, the acts of courts are regarded as acts of the State itself. Thus, if a court does not apply the Convention, misapplies it or finds questionable reasons to refuse recognition or enforcement that are not covered by the Convention, the forum State engages its international responsibility.

As soon as the notification of the Convention is effective for a given Contracting State, the responsibility of that State will be engaged on the international level irrespective of whether the Convention has been properly implemented by national legislation or whether it has been published or otherwise promulgated under domestic rules. Hence, the fact that the text of the Convention has for example not been published in the relevant official gazette does not change the State's obligations to comply with the Convention under international law.

VI.2. BREACH OF INVESTMENT TREATY

Depending on the circumstances, a breach of the obligation to recognize and enforce arbitration agreements and awards can give rise to a breach of another treaty. This may be so of the European Convention on Human Rights and especially its first Protocol and, as recent developments have shown, of investment treaties. Through the latter, States guarantee foreign investors, among other protections, that they will receive fair and equitable treatment and will not be subject to expropriation (unless specific conditions are met). Two recent decisions in investment treaty arbitrations have held that a State had breached its obligations under a bilateral investment treaty because its courts had failed to recognize a valid arbitration agreement.⁸

VI.3. AWARD IS UNAFFECTED

An award is unaffected by the refusal of a State to enforce or recognize it in violation of the New York Convention. The State's decision only has effect within the territory of that State. The successful party will thus still be entitled to rely on the award and ask for its enforcement in other States.

8. *Saipem SpA v. Bangladesh*, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) case no. ARB/05/07 and *Salini Costruttori SpA v. Jordan*, ICSID case no. ARB/02/13, both available online at <www.icsid.worldbank.org>.

CHAPTER II

REQUEST FOR THE ENFORCEMENT OF AN ARBITRATION AGREEMENT

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION

II. BASIC FEATURES OF THE CONVENTION’S REGIME ON ARBITRATION AGREEMENTS

- II.1. Arbitration Agreements Are Presumed Valid
- II.2. The Parties to a Valid Arbitration Agreement Must Be Referred to Arbitration
- II.3. How to “Refer” Parties to Arbitration
- II.4. No *Ex Officio* Referral

III. GENERALLY ACCEPTED PRINCIPLES

- III.1. Arbitrators Have Jurisdiction to Determine Their Own Jurisdiction
- III.2. Scope of Judicial Review of Challenges to the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction
- III.3. Arbitration Clauses Are Not Usually Affected by the Invalidity of the Main Contract
- III.4. Timing of the Referral Request in the Course of Court Proceedings
- III.5. No Consideration Needed for Concurrent Arbitration Proceedings

IV. ROAD MAP TO ARTICLE II

- IV.1. Does the Arbitration Agreement Fall Under the Scope of the Convention?
- IV.2. Is the Arbitration Agreement Evidenced in Writing?
 - IV.2.1. Theoretical Background
 - IV.2.2. Practice

- (i) Arbitration clause included in a document referred to in the main contractual document (the “incorporation by reference” issue)
- (ii) Arbitration clause in contractual document not signed but subsequently performed by all parties according to its terms
 - Contract offer is sent with an arbitration clause and confirmed. However, the confirmation contains general reservations or conditions subsequent
 - Contract offer containing an arbitration clause is sent by a party to the other, who does not reply but nonetheless performs the contract
- (iii) Arbitration agreement contained in exchange of electronic communications

IV.3. Does the Arbitration Agreement Exist and Is It Substantively Valid?

IV.3.1. Theoretical Background

IV.3.2. Practice

- (i) “Null and void”
- (ii) “Inoperative”
- (iii) “Incapable of being performed”
 - Where the referral to arbitration is optional
 - Where the contract provides for arbitration as well as jurisdiction of the courts
 - Where the arbitration rules or arbitral institution are inaccurately designated
 - Where there is no indication whatsoever as to how the arbitrators are to be appointed (“blank clauses”)

IV.4. Is There a Dispute, Does It Arise out of a Defined Legal Relationship, Whether Contractual or Not, and Did the Parties Intend to Have This Particular Dispute Settled by Arbitration?

IV.4.1. Theoretical Background

IV.4.2. Practice

- (i) Should the language in an arbitration clause be interpreted broadly?
- (ii) What if the arbitration agreement contains some exceptions to its scope?

IV.5. Is the Arbitration Agreement Binding on the Parties to the Dispute That Is Before the Court?

IV.5.1. Theoretical Background

- (i) Arbitration agreements are binding only on the parties
- (ii) Non-signatories may also be parties to the arbitration agreement
- (iii) How to determine the subjective scope of the arbitration agreement
- (iv) The law applicable to the determination of the subjective scope of the arbitration agreement

IV.5.2. Practice

- (i) When exactly does a respondent have a right to be referred to arbitration?
- (ii) What if the court finds that respondent is not bound by the arbitration agreement?

IV.6. Is This Particular Dispute Arbitrable?

IV.6.1. Subject Matter “Capable of Settlement by Arbitration” Means “Arbitrable”

IV.6.2. The Law Applicable to the Determination of Arbitrability

IV.6.3. International Arbitration Agreements Should Be Subject to Consistent Standards of Arbitrability

V. SUMMARY

I. INTRODUCTION

As explained in Chapter I, the New York Convention was intended to promote the settlement of international disputes by arbitration. To that purpose, it was fundamental to ensure that the courts of the Contracting States would give effect to the parties' agreement to arbitrate and to the resulting arbitral award.

With respect to arbitration agreements, the drafters sought to secure that the parties' original intention to have their disputes settled by arbitration would not be frustrated by a subsequent unilateral submission of the dispute to courts. Accordingly, they set out the conditions under which courts must refer the parties to arbitration, and limited the grounds on which a party to an arbitration agreement could challenge its validity.

This led to the adoption of Article II, which reads as follows:

“(1) Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

(2) The term ‘agreement in writing’ shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

(3) The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

Prior to the rendering of the award, there are situations in which a court may confront a challenge to the validity of an arbitration agreement. The most frequent circumstance will be when, as stated in Article II(3), a matter in respect of which the parties have made an arbitration agreement is nonetheless brought to court, and the respondent requests the court to refer it to arbitration. In addition, an application may be made for a declaration that a specific arbitration agreement is valid or invalid. Similarly the court may be seised of a request for an anti-arbitration injunction or asked to take measures in support of arbitration proceedings – such as making default appointment of an arbitrator – that will be opposed by the other party on the ground that the arbitration agreement is invalid.

When faced with these kinds of situations, courts should adhere to the purpose of the Convention and the best practices developed in the Contracting States during more than fifty years.

II. BASIC FEATURES OF THE CONVENTION'S REGIME ON ARBITRATION AGREEMENTS

II.1. ARBITRATION AGREEMENTS ARE PRESUMED VALID

The drafters of the Convention intended to eliminate the possibility for a party to an arbitration agreement to go back on its commitment to arbitrate and instead submit the dispute to State courts. Accordingly, the Convention sets forth a “pro-enforcement”, “pro-arbitration” regime which rests on the presumptive validity – formal and substantive – of arbitration agreements (“Each Contracting State *shall recognize* an agreement in writing ...”). This presumptive validity can only be reversed on a limited number of grounds (“... *unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed*”).

The pro-enforcement bias means that the New York Convention supersedes less favourable national legislation. Courts may not apply stricter requirements under their national law for the validity of the arbitration agreement (such as, for example, the requirement that the arbitration clause in a contract be signed separately).

Conversely, a number of courts increasingly hold that Article II(2) allows them to rely on more favourable national legislation. If the law of the State allows an arbitration agreement to be concluded orally, or tacitly, this law applies. (See also Chapter I at V.1.) This aspect is discussed in this Chapter below at IV.2.

II.2. THE PARTIES TO A VALID ARBITRATION AGREEMENT MUST BE REFERRED TO ARBITRATION

When the court finds that there is a valid arbitration agreement, it shall refer the parties to arbitration, at the request of one of the parties, instead of resolving the dispute itself. This enforcement mechanism is provided for by Article II(3). The Convention was intended to leave no discretion to courts in this respect.

II.3. HOW TO “REFER” PARTIES TO ARBITRATION

The “referral to arbitration” is to be understood as meaning either a stay of the court proceedings pending arbitration or the dismissal of the claim for lack of jurisdiction, in accordance with national arbitration or procedural law.

II.4. NO EX OFFICIO REFERRAL

A court shall only refer the parties to arbitration “*at the request of one of the parties*”, which excludes this being done on the court’s own motion.

III. GENERALLY ACCEPTED PRINCIPLES

The Convention has not explicitly endorsed the “competence-competence” principle, the limited review of arbitration agreements by courts at a pre-arbitration stage or the severability principle. Nevertheless, its object and purpose are better fulfilled if those principles are actually followed.

III.1. ARBITRATORS HAVE JURISDICTION TO DETERMINE THEIR OWN JURISDICTION

The “competence-competence” principle (also sometimes referred to as *Kompetenz-Kompetenz*) permits arbitrators to hear any challenge to their jurisdiction and even reach the conclusion that they do not have jurisdiction.

This power is actually essential if the arbitrators are to carry out their task properly. It would be a major impediment to the arbitral process if the dispute must be remanded to the courts simply because the existence or validity of an arbitration agreement has been questioned.

The Convention does not explicitly require the application of the competence-competence principle. However, it is not neutral on the matter. Articles II(3) and V(1) of the Convention do not prohibit that both arbitral tribunals and courts may rule on the question of the arbitrator’s jurisdiction to deal with a particular dispute. In addition, the provisions of Articles V(1)(a) and V(1)(c) – dealing with recognition and enforcement of awards – imply that an arbitral tribunal has rendered an award despite the existence of jurisdictional challenges.

III.2. SCOPE OF JUDICIAL REVIEW OF CHALLENGES TO THE ARBITRAL TRIBUNAL'S JURISDICTION

The “competence-competence” principle has been interpreted by several courts, especially in the United States, in the light of the pro-enforcement bias of the Convention. Thus, priority has been given to the determination of the arbitral tribunal's jurisdiction by the arbitral tribunal itself and the courts' scrutiny of an arbitration agreement that is purportedly null and void, inoperative or incapable of being performed has remained superficial (or *prima facie*) at the early stage of a dispute. These courts have found that the arbitration agreement is invalid only in manifest cases.

Following this approach, the courts would only be empowered to fully review the arbitral tribunal's findings on jurisdiction when seised of a request for enforcement of an arbitral award or at the setting-aside stage (the latter not being regulated in the Convention).

This interpretation is not uncontroversial. While the position described above appears desirable in light of the object and purpose of the Convention, no explicit provision within the Convention prevents courts from making a full review of the arbitration agreement and issuing a final and binding judgment on its validity at an early stage of the dispute.

III.3. ARBITRATION CLAUSES ARE NOT USUALLY AFFECTED BY THE INVALIDITY OF THE MAIN CONTRACT

Closely intertwined with the principle of “competence-competence” is the principle of the severability of the arbitration clause from the main contract (also referred to as “separability” or the “autonomy of the arbitration clause”).

This principle implies that, first, the validity of the main contract does not in principle affect the validity of the arbitration agreement contained therein; and second, the main contract and the arbitration agreement may be governed by different laws.

III.4. TIMING OF THE REFERRAL REQUEST IN THE COURSE OF COURT PROCEEDINGS

The Convention does not set a deadline for requesting the referral to arbitration. Should this request be filed before the first submission on the merits, or may it be filed at any time? Failing a provision thereto in the Convention, the answer lies in national arbitration or procedural law. If a party fails to raise the request in a timely manner, it may be considered that it has waived the right to arbitrate and that the arbitration agreement becomes inoperative.

Most national laws provide that the referral to arbitration must be requested before any defence on the merits, i.e., *in limine litis*.

III.5. NO CONSIDERATION NEEDED FOR CONCURRENT ARBITRATION PROCEEDINGS

The admissibility of a request for referral and the court's jurisdiction over it should be decided regardless of whether arbitration proceedings have already been initiated, unless national arbitration law provides otherwise.

Although this is not provided for in the Convention, most courts hold that the actual commencement of arbitration proceedings is not a requirement for asking the court to refer the dispute to arbitration.

IV. ROAD MAP TO ARTICLE II

When seised of challenges to the validity of an arbitration agreement for the purposes of Article II of the Convention, the court should ask itself the following questions:

1. Does the arbitration agreement fall under the scope of the Convention?
2. Is the arbitration agreement evidenced in writing?
3. Does the arbitration agreement exist and is it substantively valid?
4. Is there a dispute, does it arise out of a defined legal relationship, whether contractual or not, and did the parties intend to have this particular dispute settled by arbitration?
5. Is the arbitration agreement binding on the parties to the dispute that is before the court?
6. Is this dispute arbitrable?

The parties must be referred to arbitration if the answers to these questions is in the affirmative.

IV.1. DOES THE ARBITRATION AGREEMENT FALL UNDER THE SCOPE OF THE CONVENTION?

For an arbitration agreement to benefit from the protection of the Convention, it has to come within its scope (see Chapter I at II.2).

IV.2. IS THE ARBITRATION AGREEMENT EVIDENCED IN WRITING?

Article II(1) states that the arbitration agreement should be “in writing”. This requirement is defined at Article II(2) as including “an arbitral

clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams”.

IV.2.1. *Theoretical Background*

Enforcement of an arbitration agreement cannot proceed under the Convention if the writing requirement set out in Article II is not met.

The Convention sets a uniform international rule. Its drafters sought to reach consensus on a matter on which national legislations had – and still have – different approaches, by establishing a comparatively liberal substantive rule on the writing requirement which prevails over domestic laws.

Article II(2) thus sets a “maximum” standard that precludes Contracting States from requiring additional or more demanding formal requirements under national law. Examples of more demanding requirements include requirements that the arbitration agreement be of a particular typeface or size, made in a public deed or have a separate signature, etc.

In addition to establishing a maximum standard, Article II(2) used to be construed as imposing also a minimum international requirement, according to which courts were not entitled to require less than provided for the written form under the Convention. However, this is no longer the general understanding.

Following current international trade practices, Article II(2) has been increasingly understood as not precluding the application of less stringent standards of form by Contracting States.

This reading finds support in Article VII(1) which states that

“[T]he provisions of the present Convention shall not ... deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or

the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.”

This clause is intended to allow the application of any national or international provisions that may be more favourable to any interested party. Although Article VII(1) was adopted in relation to the enforcement of arbitral awards, a trend may be noted to also apply it to arbitration agreements (see on Article VII(1), Chapter I at V.1).

This approach, however, is not universally accepted. Many courts have sought to meet the modern demands of international trade not by dispensing with Article II(2) altogether but rather by interpreting it expansively – readily accepting that there is an agreement in writing – or reading it as merely setting out some examples of what is an agreement “in writing” within the meaning of Article II(1).

Both of these approaches have been endorsed by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) in its Recommendation of 7 July 2006 (see **Annex III**). UNCITRAL recommended that

“article II, paragraph 2, of the [Convention] be applied as recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive”

and that

“article VII, paragraph 1 of the [Convention] should be applied to allow any interested party to avail itself of rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agreement is sought to be relied upon, to seek recognition of the validity of such an arbitration agreement”.

IV.2.2. *Practice*

As mentioned above, there is a widespread trend to apply the “in writing” requirement under the Convention liberally, in accordance with the pro-enforcement approach and current international practices where contracts are executed through different means. An inflexible application of the Convention’s writing requirement would contradict the current and widespread business usages and be contrary to the pro-enforcement thrust of the Convention.

Practice in this field shows that courts seem generally to follow a guiding principle to the effect that an arbitration agreement is valid where it can be reasonably asserted that the offer to arbitrate – in writing – was accepted (that there has been a “meeting of the minds”). This acceptance may be expressed in different ways, and is fact-specific.

It is clear that an arbitration agreement signed by both parties or an arbitration clause incorporated into a signed contract satisfies the writing requirement. There is no need for a separate signature of the arbitration clause.

In addition, under Article II(2) an arbitration agreement contained in an exchange of letters, telegrams or similar communications meets the written form. In this case, and as opposed to the first part of Article II(2) – which refers to “arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties” – there is no requirement that the letters and telegrams be signed.

Despite those clear situations, there are settings where the formal validity of arbitration agreements may be challenged. Some common situations include:

- (i) *Arbitration clause included in a document referred to in the main contractual document (the “incorporation by reference” issue)*

It is common in practice that the main contractual document refers to standard terms and conditions or other standard forms, which may contain an arbitration clause.

The Convention is silent on this matter. There is no explicit indication whether arbitration clauses incorporated by reference comply with the formal requirement established in Article II.

The solution to this issue should be case-specific. In addition to considering the status of the parties – e.g., experienced businesspersons – and the usages of the specific industry, cases where the main document explicitly refers to the arbitration clause included in standard terms and conditions would be more easily found in compliance with the formal requirements set out in the Convention’s Article II than those cases in which the main contract simply refers to the application of standard forms without any express reference to the arbitration clause.

The criterion of formal validity should be the communication of the referenced document containing the arbitration clause to the other party to which it is opposed prior to or at the time of the conclusion of or adherence to the contract. If evidence is produced of the fact that the parties were or should have been actually aware of the existence of an arbitration agreement incorporated by reference, courts have been generally inclined to uphold the formal validity of the arbitration agreement.

For example, arbitration clauses may be considered as agreed when they are contained in tender documents referred to in standard terms and conditions,¹ or in standard terms and conditions referred to in purchase

1. *France: Cour d’Appel, Paris, 26 March 1991 (Comité Populaire de la Municipalité d’El Mergeb v. Société Dalico Contractors)* Revue de l’Arbitrage 1991, p. 456.

orders – provided that the former have been attached or form part of the latter.²

Courts have diverging opinions on whether a reference in a bill of lading to a charter-party containing an arbitration agreement is sufficient. Here too, the recommended criterion is whether the parties were or should have been aware of the arbitration agreement. If the bill of lading specifically mentions the arbitration clause in the charter-party, it is generally considered sufficient.³ Courts have been less often willing to consider a general reference to the charter-party sufficient.⁴ Moreover, a bill of lading that merely refers to a charter-party that contains an arbitration clause may not constitute the agreement of the consignee to submit potential disputes to arbitration, when the charter-party was not communicated to the consignee.⁵

-
2. *United States*: United States District Court, Western District of Washington, 19 May 2000 (*Richard Bothell and Justin Bothell/Atlas v. Hitachi, et al.*, 19 May 2000, 97 F.Supp.2d. 939 (W.D. Wash. 2000); Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) pp. 939-948 (US no. 342).
 3. *Spain*: Audencia Territorial, Barcelona, 9 April 1987 (*Parties not indicated*) 5 Revista de la Corte Española de Arbitraje (1988-1989); Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) pp. 671-672 (Spain no. 25).
 4. *United States*: United States District Court, Southern District of New York, 18 August 1977 (*Coastal States Trading, Inc. v. Zenith Navigation SA and Sea King Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration IV (1979) pp. 329-331 (US no. 19) and United States District Court, Northern District of Georgia, Atlanta Division, 3 April 2007 (*Interested Underwriters at Lloyd's and Thai Tokai v. M/T SAN SEBASTIAN and Oilmar Co. Ltd.*) 508 F.Supp.2d (N.D. GA. 2007) p. 1243; Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 935-943 (US no. 619); *Philippines*: Supreme Court of the Republic of the Philippines, Second Division, 26 April 1990 (*National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh v. Stolt-Nielsen Philippines, Inc.*) Yearbook Commercial Arbitration XXVII (2002) pp. 524-527 (Philippines no. 1).
 5. *France*: Cour de Cassation, 29 November 1994, no. 92-14920.

- (ii) *Arbitration clause in contractual document not signed but subsequently performed by all parties according to its terms*

Here, consent to submit the dispute to arbitration is to be established in the light of the circumstances of the case, as a clear-cut line cannot be drawn.

- *Contract offer is sent with an arbitration clause and confirmed. However, the confirmation contains general reservations or conditions subsequent*

Here a distinction should be made between acceptance of an offer and counteroffer. It is reasonably safe to assume that the arbitration agreement can be upheld in so far as it has not been expressly objected to. That is, general reservations usually do not affect the agreement to arbitrate. Similarly, any potential conditions subsequent (e.g., stipulations such as “this confirmation is subject to details”) would not affect the arbitration clause, which can be deemed as already firmly consented to.⁶

- *Contract offer containing an arbitration clause is sent by a party to the other, who does not reply but nonetheless performs the contract*

This situation raises the issue of tacit consent to arbitration or “implied arbitration”. Economic operations are frequently carried out on the basis of summary documents such as purchase orders or booking notes, which do not necessarily require a written reply from the other party.

6. *United States: United States Court of Appeals, Second Circuit, 15 February 2001 (US Titan Inc. v. Guangzhou ZhenHua Shipping Co.)* 241 F.3d (2nd Cir. 2001) p. 135; Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) pp. 1052-1065 (US no. 354).

In principle, tacit acceptance would not meet the writing requirement under the Convention and some courts have endorsed this view.⁷ However, in line with the understanding that the Convention sought to go along with international trade practices, some courts have held that tacit acceptance of an offer made in writing (i.e., through performance of contractual obligations⁸ or the application of trade usages that allow for the tacit conclusion of arbitration agreements)⁹ should be considered as sufficient for purposes of Article II(2).

In 2006, UNCITRAL amended Article 7 (Definition and form of the arbitration agreement) of its Model Law on International Commercial Arbitration (see **Annex II**), providing two Options. Option I introduced a flexible definition of an agreement in writing:

“Article 7(3). An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, *by conduct*, or by other means.”

This definition recognizes a record of the “contents” of the agreement “in any form” as equivalent to traditional writing. The written form is still needed.

Option II eliminated the writing requirement.

7. See, e.g., *Germany*: Oberlandesgericht, Frankfurt am Main, 26 June 2006 (*Manufacturer v. Buyer*) IHR 2007 pp. 42-44; Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 351-357 (Germany no. 103).

8. *United States*: United States District Court, Southern District of New York, 6 August 1997 (*Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998) pp. 1029-1037 (US no. 257).

9. *Germany*: Bundesgerichtshof, 3 December 1992 (*Buyer v. Seller*) Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) pp. 666-670 (Germany no. 42).

Although these amendments do not have direct impact on the New York Convention they are an indication of a trend toward a liberal reading of the Convention's requirement.

In addition, UNCITRAL has recommended that Article II(2) of the New York Convention be applied "recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive" (see this Chapter above at IV.2.1 and **Annex II**).

(iii) *Arbitration agreement contained in exchange of electronic communications*

The wording of Article II(2) was intended to cover the means of communication that existed in 1958. It can be reasonably construed as covering equivalent modern means of communication. The criterion is that there should be record in writing of the arbitration agreement. All means of communication that fulfil this criterion should then be deemed as complying with Article II(2), which includes faxes and e-mails.

With respect to e-mails, a conservative approach indicates that the written form under the Convention would be fulfilled provided that signatures are electronically reliable or the effective exchange of electronic communications can be evidenced through other trustworthy means. This is the approach that has been endorsed by UNCITRAL in its 2006 amendment of the Model Law (see **Annex III**).

IV.3. DOES THE ARBITRATION AGREEMENT EXIST AND IS IT SUBSTANTIVELY VALID?

As any other contracts, arbitration agreements are subject to rules of formation and substantive validity. This is summarily suggested by Article II(3) which provides that a court should comply with a request of referral to arbitration unless it finds that the putative arbitration

agreement is “null and void, inoperative or incapable of being performed”.

As stated above, it should be kept in mind that arbitration agreements that come within the scope of the Convention are presumed valid.

IV.3.1. *Theoretical Background*

Although Article V(1)(a) refers in its first part to the law to which the parties have subjected the arbitration agreement as the applicable law to the validity of the arbitration agreement (see Chapter III), in practice parties rarely choose beforehand the law that is to govern the formation and substantive validity of their arbitration agreement. This determination is therefore to be made by the court seised of a challenge thereto. There are several possibilities but some of the most commonly adopted solutions are either (as mentioned in the Convention) the law of the arbitral seat which may be in a country other than that of the court (Article V(1)(a) second rule, by analogy), the *lex fori* or the law governing the contract as a whole. Some jurisdictions have also upheld the validity of an arbitration agreement without reference to any national law referring instead exclusively to the parties’ common intention. In general, the driving force behind the choice of the substantive law appears to be the one more favourable to the validity of the arbitration agreement.¹⁰

-
10. A formulation of this approach is set out in Article 178(2) of the Swiss Private International Law Act which provides:

“As to substance, the arbitration agreement shall be valid if it complies with the requirements of the law chosen by the parties or the law governing the object of the dispute and, in particular, the law applicable to the principal contract, or with Swiss law.”

IV.3.2. *Practice*

The terms “null and void, inoperative or incapable of being performed” were not addressed by the drafters. The following developments aim at giving a meaning to those terms.

(i) *“Null and void”*

The “null and void” exception can be interpreted as referring to cases in which the arbitration agreement is affected by some invalidity from the outset. Typical examples of defences falling within this category include fraud or fraudulent inducement, unconscionability, illegality or mistake. Defects in the formation of the arbitration agreement such as incapacity or lack of power should also be included (see also Chapter III at IV.1, Article V(1)(a) incapacity).

If the court accepts the severability principle (see this Chapter above at III.3), only the invalidity of the arbitration agreement, rather than the invalidity of the main contract, would prevent the court from referring the parties to arbitration. By way of example, a contract the subject matter of which is the sharing of a market in violation of competition rules is illegal. However, such illegality does not affect the consent to submit related disputes to arbitration as expressed in an arbitration clause contained in the contract.

(ii) *“Inoperative”*

An inoperative arbitration agreement for the purposes of Article II(3) is an arbitration agreement that was at one time valid but that has ceased to have effect.

The “inoperative” exception typically includes cases of waiver, revocation, repudiation or termination of the arbitration agreement. Similarly, the arbitration agreement should be deemed inoperative if the

same dispute between the same parties has already been decided before a court or an arbitral tribunal (*res judicata* or *ne bis in idem*).

(iii) “*Incapable of being performed*”

This defence includes cases where the arbitration cannot proceed due to physical or legal impediments.

Physical impediments to proceeding with arbitration cover very few situations such as the death of an arbitrator named in the arbitration agreement or the arbitrator’s refusal to accept the appointment, when replacement was clearly excluded by the parties. Depending on the particular provisions of the applicable law, these cases could lead to the impossibility of performing the arbitration agreement.

Much more frequently, arbitration clauses may be so badly drafted as to legally impede the commencement of arbitration proceedings. These clauses are usually referred to as “pathological”. Strictly speaking, such arbitration agreements are actually null and void and it is often this ground that is raised in court. Such clauses should be interpreted according to the same law as that governing the formation and substantive validity of the arbitration agreement.

The following scenarios are frequent in practice.

- *Where the referral to arbitration is optional*

Some arbitration agreements stipulate that the parties “may” or “can” refer their disputes to arbitration. Such permissive words make it uncertain if the parties intended to refer their disputes to arbitration.

Such arbitration clauses should nonetheless be upheld, in keeping with the general principle of interpretation according to which contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect.

- *Where the contract provides for arbitration as well as jurisdiction of the courts*

In such cases, it is sometimes possible to reconcile both stipulations and uphold the arbitration agreement. To achieve this the court must establish the parties' true intention. In particular, the parties should be referred to arbitration only if they indeed wished to have their disputes settled by that means, whether or not in combination with another dispute-resolution mechanism.

For example, the Singapore High Court held that an agreement that "irrevocably" submitted to the jurisdiction of the courts of Singapore was not, upon a proper construction, necessarily irreconcilable with another clause of the same contract that provided for arbitration. The court found that the parties did intend to have their disputes decided by arbitration and that the reference to Singaporean jurisdiction operated in parallel by identifying the supervisory court of the arbitration (the *lex arbitri*).¹¹

Such interpretation follows the general principle according to which contract terms shall be interpreted so as to give them effect.

- *Where the arbitration rules or arbitral institution are inaccurately designated*

In some cases the inaccuracy of some clauses makes it impossible for the court to determine the arbitral forum chosen by the parties. The arbitration cannot proceed and the court should then assume jurisdiction over the dispute. In some other cases, however, the inaccuracy may be overcome by reasonable interpretation of the clause. In other cases, courts may rescue a pathological clause by severing a provision that makes it

11. *Singapore: High Court, 12 January 2009 (P.T. Tri-M.G. Intra Asia Airlines v. Norse Air Charter Limited)* Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 758-782 (Singapore no. 7).

unenforceable, while still retaining enough of the agreement to put the arbitration into operation.

For example, the United States District Court for the Eastern District of Wisconsin examined an arbitration agreement providing (in the English version) that disputes be arbitrated in Singapore “in accordance with the then prevailing Rules of the International Arbitration” and (in the Chinese version) that arbitration would be conducted “at the Singapore International Arbitration Institution”.¹² The court read this to mean the “well-known arbitration organization known as the Singapore International Arbitration Centre”.

- *Where there is no indication whatsoever as to how the arbitrators are to be appointed (“blank clauses”)*

It may happen that the arbitration clause merely states “General average/arbitration, if any, in London in the usual manner”.

In general, such a clause should be upheld only in so far as it contains a detail likely to link the blank clause to a country whose courts are able to provide support for the arbitration to commence.

Such a “linking detail” can be found in the example given above. The parties could apply to the English courts to have the arbitrators appointed. The blank clause could also be upheld if “the usual manner” referred to allows identification of the elements necessary to trigger the commencement of arbitration. The expression “usual manner” may indeed be interpreted as a reference to past practices among members of

12. *United States*: United States District Court, Eastern District of Wisconsin, 24 September 2008 (*Slinger Mfg. Co., Inc. v. Nemak, S.A., et al.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 976-985 (US no. 656).

the same commodity or trade association, thus suggesting the application of the arbitration rules of this association, if any.¹³

In the absence of any “linking detail”, blank clauses could not be upheld.

IV.4. IS THERE A DISPUTE, DOES IT ARISE OUT OF A DEFINED LEGAL RELATIONSHIP, WHETHER CONTRACTUAL OR NOT, AND DID THE PARTIES INTEND TO HAVE THIS PARTICULAR DISPUTE SETTLED BY ARBITRATION?

In order for arbitration to take place, there should be a dispute between the parties. Courts are not required to refer the parties to arbitration where there is no dispute between them, although this occurs very rarely.

Disputes arise out of defined legal relationships, which can be either contractual or in tort. Whether a claim in tort is covered depends on the wording of the arbitration clause, i.e., whether the clause is broadly worded, and whether the claim in tort is sufficiently related to the contractual claim.

However, a party to an arbitration agreement may still argue that the claims asserted against the party relying on the arbitration agreement do not come within the ambit of the arbitration agreement.

IV.4.1. *Theoretical Background*

The requirement that the dispute fall within the scope of the arbitration agreement for the parties to be referred to arbitration is implicit in Article

13. See, e.g., *Italy*: Corte di Appello, Genoa, 3 February 1990 (*Della Sanara Kustvaart - Bevrachting & Overslagbedrijf BV v. Fallimento Cap. Giovanni Coppola srl, in liquidation*), 46 *Il Foro Padano* (1991) cols. 168-171; *Yearbook Commercial Arbitration XVII* (1992) pp. 542-544 (Italy no. 113).

II(3) which states as a condition thereto that the action be “in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article”.

IV.4.2. *Practice*

(i) *Should the language in an arbitration clause be interpreted broadly?*

The question sometimes arises whether under a strict interpretation, the term “arising under” could be understood as having a narrower meaning than “arising out of” a defined legal relationship. Similar questions arise with regard to the scope of “relating to” and “concerning”.

However, as suggested in the English Court of Appeal case of *Fiona Trust v. Privalov*,¹⁴ attention should rather be focussed on whether it can be reasonably inferred that the parties intended to exclude the dispute at hand from arbitral jurisdiction. As the court then put it

“[o]rdinary business men would be surprised at the nice distinctions drawn in the cases and the time taken up by argument in debating whether a particular case falls within one set of words or another very similar set of words”.

The decision was confirmed by the House of Lords who “applauded” the opinion of the Court of Appeal.¹⁵

-
14. *United Kingdom: England and Wales Court of Appeal, 24 January 2007 (Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v. Yuri Privalov & Ors)* [2007] EWCA Civ 20, para. 17; *Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007)* pp. 654-682 at [6] (UK no. 77).
 15. *United Kingdom: House of Lords, 17 October 2007 (Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others v. Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others)* [2007] UKHL 40, para. 12; *Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007)* pp. 654-682 at [45] (UK no. 77).

(ii) *What if the arbitration agreement contains some exceptions to its scope?*

The language of some arbitration agreements may seem to cover only a certain type of claims or to be limited to a specific purpose. On the other hand, the disadvantages of having disputes under the same contract allocated to different jurisdictions are substantial. Therefore, if an arbitration clause is broad, only the most forceful evidence of a purpose to exclude the claim from arbitration can prevail, particularly where the exclusion is vague.

IV.5. IS THE ARBITRATION AGREEMENT BINDING ON THE PARTIES TO THE DISPUTE THAT IS BEFORE THE COURT?

To what extent may a non-signatory be deemed a party to the “original” arbitration agreement and may successfully request the referral to arbitration?

IV.5.1. *Theoretical Background*

(i) *Arbitration agreements are binding only on the parties*

The doctrine of privity of contracts applies to arbitration agreements. It means that an arbitration agreement only confers rights and imposes obligations on the parties to it. The scope of the arbitration agreement with respect to parties will be referred to as the “subjective” scope.

(ii) *Non-signatories may also be parties to the arbitration agreement*

The subjective scope of a contract cannot be defined solely with regard to the sole signatories of an arbitration agreement. Non-signatories may also assume the rights and obligations arising under a contract, under certain conditions. By way of example, it is common ground that in principal-agent relationships, the contract signed by the agent actually binds the principal. Succession, the theory of group of companies, the

piercing of the corporate veil and estoppel, among other theories, may also lead to conclude that non-signatories have assumed a party's rights and obligations under an arbitration agreement.

The question arises whether binding a non-signatory to an arbitration agreement could be read as being in conflict with the writing requirement set out in the Convention. The most compelling answer is "no". A number of reasons support this view.

The question of formal validity is independent of the assessment of the parties to the arbitration agreement, a matter that belongs to the merits and is not subject to form requirements. Once it is determined that a formally valid arbitration agreement exists, it is a different step to establish the parties which are bound by it. Third parties not explicitly mentioned in an arbitration agreement made in writing may enter into its *ratione personae* scope. Furthermore, the Convention does not prevent consent to arbitrate from being provided by a person on behalf of another, a notion which is at the roots of the theories of implied consent.

(iii) *How to determine the subjective scope of the arbitration agreement*

Article II(3) implicitly requires the court to determine the subjective scope of an arbitration agreement when it states that "[t]he court of a Contracting State, when seised of an action in a *matter in respect of which the parties have made an agreement* within the meaning of this Article ..." shall refer the parties to arbitration.

Various legal bases may be applied to bind a non-signatory to an arbitration agreement. A first group includes theories of implied consent, third-party beneficiaries, guarantors, assignment and other transfer mechanisms of contractual rights. These theories rely on the parties' discernable intentions and, to a large extent, on good faith principles. They apply to private as well as public legal entities. A second group includes the legal doctrines of agent-principal relationships, apparent authority, veil piercing (alter ego), joint venture relations, succession and

estoppel. They do not rely on the parties' intention but rather on the force of the applicable law.

- (iv) *The law applicable to the determination of the subjective scope of the arbitration agreement*

According to which law should it be decided whether a non-signatory is bound or not by an arbitration agreement?

Essentially, the matter should be addressed pursuant to the law governing the arbitration agreement. In the absence of a parties' agreement on the matter, it is generally understood that the arbitration agreement should be governed by the law of the seat of the arbitration or the law governing the underlying contract as a whole or in some cases the *lex fori*. However, some court decisions have approached the issue through the application of international principles or *lex mercatoria*, considering it mainly as a matter of fact and evidence.

IV.5.2. *Practice*

- (i) *When exactly does a respondent have a right to be referred to arbitration?*

The answer is case-specific. A court facing this question should analyse the issue under the circumstances and decide within that context whether it is arguable or not that a non-signatory may be bound by the arbitration agreement. If it is, the most preferable course of action is to refer the parties to arbitration and let the arbitral tribunal examine and rule on the matter. Courts would be able to review the arbitral panel's decision regarding the incorporation of a non-signatory to the arbitration at the stage of setting aside or enforcement of the award.

Courts have upheld the referral to arbitration of disputes involving non-signatories on the ground that the dispute between a signatory and a non-signatory appeared *sufficiently* connected to the interpretation or

execution of a contract of the signatory that contained an arbitration clause. Accordingly, such dispute was held as *arguably* falling under the material scope of the arbitration clause.

In the First Circuit's case of *Sourcing Unlimited Inc. v. Asimco International Inc.*,¹⁶ Sourcing Unlimited (Jumpsource) had entered into a written partnership agreement with ATL to split production of mechanical parts and share profits accordingly. Asimco was a subsidiary of ATL and both had the same Chairman. The agreement provided for arbitration in China. The relationship soured and Jumpsource filed suit against Asimco and its Chairman in United States courts notably charging Asimco with intentional interference with contractual and fiduciary relationships between itself and ATL. The respondents filed a request to refer the dispute to arbitration. They contended that although they were not signatories to the partnership agreement, Jumpsource's claim against them should be heard by an arbitral tribunal as the issues it sought to litigate clearly arose from the partnership agreement. The court upheld the request. It held that "[t]he present dispute is *sufficiently intertwined* with the Jumpsource-ATL Agreement for application of estoppel to be appropriate". (Emphasis added)

- (ii) *What if the court finds that a respondent is not bound by the arbitration agreement?*

If the court is not satisfied that the non-signatory ought to be bound by the arbitration agreement, it has to decide whether to refer the parties to the arbitration agreement to arbitration while assuming jurisdiction over the dispute with non-signatories – or, conversely, to assume jurisdiction over the entire dispute.

16. *United States*: United States Court of Appeals, First Circuit, 22 May 2008 (*Sourcing Unlimited Inc. v. Asimco International Inc. and John F. Perkowski*), 526 F.3d 38, para. 9; Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 1163-1171 (US no. 643).

Indeed the concern that may be raised is that the referral to arbitration of the relevant parties could “split” the resolution of the case between two forums, with the risk of each forum reaching different conclusions on the same matters of fact and law.

Some Italian courts have found that when a dispute brought before them involves parties to an arbitration agreement as well as third parties (which the court considered not bound by the arbitration agreement) and also involves connected claims, the jurisdiction of the court “absorbs” the entire dispute and the arbitration agreement becomes “incapable of being performed”.¹⁷ Such a proposition would likely not be followed in other jurisdictions and should not be considered as reflecting a universal approach.

Article II(3) compels a court to refer the parties to an arbitration agreement to the arbitral forum chosen, when requested to do so, provided that the conditions of Article II(3) are met. Accordingly, upon a request of one party, a court would have limited room for not referring the parties who have signed the agreement to arbitration while assuming jurisdiction over the dispute with non-signatories.

IV.6. IS THIS PARTICULAR DISPUTE ARBITRABLE?

A court may be seised of the plea that the arbitration agreement concerns a subject matter not “capable of settlement by arbitration” for the purposes of Article II(1), and therefore, should not be recognized or enforced.

17. *Italy*: Corte di Cassazione, 4 August 1969, no. 2949 and Corte di Cassazione, 11 February 1969, no. 457, quoted by A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Interpretation* (Kluwer, 1981) p. 162 fn. 124.

IV.6.1. *Subject Matter “Capable of Settlement by Arbitration” Means “Arbitrable”*

The terms are generally accepted as referring to those matters deemed non-“arbitrable” because they belong exclusively to the domain of the courts. Each State indeed decides which matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social, and economic policy. Classic examples include domestic relations (divorces, paternity disputes ...), criminal offences, labour or employment claims, bankruptcy, etc. However, the domain of non-arbitrable matters has considerably shrunk over time as a consequence of the growing acceptance of arbitration. It is now not exceptional for certain aspects of employment claims or claims relating to a bankruptcy to be arbitrable.

Moreover, many leading jurisdictions recognize a distinction between purely domestic arbitrations and those that are of an international nature, and allow a broader scope of arbitrability with respect to the latter.

IV.6.2. *The Law Applicable to the Determination of Arbitrability*

Article II(1) is silent on the issue of the law under which arbitrability is to be determined, leaving it to the court to decide this issue.

As regards arbitrability at the early stage of a dispute, courts may choose between several options, including the *lex fori* (the court’s own national standards of arbitrability); the law of the arbitral seat; the law governing the parties’ arbitration agreement; the law governing the party involved, where the agreement is with a State or State entity; or the law of the place where the award will be enforced.

In practice, the most suitable and least problematic solution is the application of the *lex fori*. It is the most suitable (as long as the court would have jurisdiction in the absence of an arbitration agreement) under the Convention since this approach accords with Article V(2)(a)

which provides for the application of the standards of arbitrability of the *lex fori* in relation to the enforcement of awards. And it is the least problematic as the application of foreign standards of arbitrability by domestic courts is made difficult by the fact that those standards are not always contained in statutes but rather set forth by case law, implying a thorough inquiry of foreign legal orders.

In cases involving a State as party, it is now becoming generally accepted that a State may not invoke its own law on the non-arbitrability of the subject matter.¹⁸

IV.6.3. *International Arbitration Agreements Should Be Subject to Consistent Standards of Arbitrability*

In any event, arbitrability standards should be interpreted with regard to the presumptive validity of international arbitration agreements enshrined in the Convention. Accordingly not all non-arbitrability exceptions that may succeed with regard to purely domestic arbitration agreements may be usefully invoked against international arbitration agreements.

There is no universal criterion to distinguish between exceptions of non-arbitrability that may be disregarded in international cases. Some laws contain formal definitions (such as diversity of nationalities); others refer more intuitively to “international transactions” without further definition.

18. The Swiss Private International Law Act, Article 177(2) provides:

“If one party to an arbitration agreement is a State or an enterprise dominated by or an organization controlled by a State, it may not invoke its own law to contest the arbitrability of a dispute or its capacity to be subject to an arbitration.”

V. SUMMARY

Based on the concise overview of the Convention's regime on enforcement of arbitration agreements, the following summary principles apply with respect to arbitration agreements falling within the scope of the Convention:

1. The Convention has been established to promote the settlement of international disputes by arbitration. It has laid down a "pro-enforcement", "pro-arbitration" regime.
2. An arbitration agreement should be held formally valid when the court is reasonably satisfied that an offer to arbitrate – made in writing – was met with acceptance by the other party. The Convention sets out a maximum uniform standard of form. However, the court may apply less stringent national standards than those laid down in Article II.
3. Courts should only allow a limited number of national law defences of non-existence and invalidity.
4. An arbitration agreement may be binding on non-signatories.
5. The court should verify the existence of a dispute between the parties.
6. Non-arbitrability is not directly governed by the Convention, but deferred to the national law regimes. However, exceptions of non-arbitrability should be admitted restrictively.

CHAPTER III

REQUEST FOR THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AN ARBITRAL AWARD

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION

II. PHASE I – REQUIREMENTS TO BE FULFILLED BY PETITIONER (ART. IV)

II.1. Which Documents?

II.2. Authenticated Award or Certified Copy (*Article IV(1)(a)*)

II.2.1. Authentication

II.2.2. Certification

II.3. Original Arbitration Agreement or Certified Copy (*Article IV(1)(b)*)

II.4. At the Time of the Application

II.5. Translations (*Article IV(2)*)

III. PHASE II – GROUNDS FOR REFUSAL (ARTICLE V) – IN GENERAL

III.1. No Review on the Merits

III.2. Burden for Respondent of Proving the Exhaustive Grounds

III.3. Exhaustive Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement

III.4. Narrow Interpretation of the Grounds for Refusal

III.5. Limited Discretionary Power to Enforce in the Presence of Grounds for Refusal

IV. GROUNDS FOR REFUSAL TO BE PROVEN BY RESPONDENT (ARTICLE V(1))

IV.1. Ground 1: Incapacity of Party and Invalidity of Arbitration Agreement (*Article V(1)(a)*)

IV.1.1. Incapacity of Party

IV.1.2. Invalidity of Arbitration Agreement

- IV.2. Ground 2: Lack of Notice and Due Process Violations; Right to a Fair Hearing (*Article V(1)(b)*)
 - IV.2.1. Right to a Fair Hearing
 - IV.2.2. Lack of Notice
 - IV.2.3. Due Process Violations: “Unable to Present His Case”
- IV.3. Ground 3: Outside or Beyond the Scope of the Arbitration Agreement (*Article V(1)(c)*)
- IV.4. Ground 4: Irregularities in the Composition of the Arbitral Tribunal or the Arbitration Procedure (*Article V(1)(d)*)
 - IV.4.1. Composition of the Tribunal
 - IV.4.2. Arbitral Procedure
- IV.5. Ground 5: Award Not Binding, Set Aside or Suspended (*Article V(1)(e)*)
 - IV.5.1. Award Not Yet Binding
 - IV.5.2. Award Set Aside or Suspended
 - (i) Award set aside
 - (ii) Consequences of being set aside
 - (iii) Award “suspended”
- V. GROUNDS FOR REFUSAL TO BE RAISED BY THE COURT EX OFFICIO (ARTICLE V(2))**
 - V.1. Ground 6: Not Arbitrable (*Article V(2)(a)*)
 - V.2. Ground 7: Contrary to Public Policy (*Article V(2)(b)*)
 - V.2.1. Examples of Recognition and Enforcement
 - V.2.2. Examples of Refusal of Recognition and Enforcement
- VI. CONCLUSION**

I. INTRODUCTION

Recognition and enforcement of arbitral awards may in principle be granted by courts anywhere. In countries outside the place where the

award was made, enforcement is usually based on the New York Convention. The legal effect of a recognition and enforcement of an award is in practice limited to the territory over which the granting court has jurisdiction.

National courts are required under Article III to recognize and enforce foreign awards in accordance with the rules of procedure of the territory where the application for recognition and enforcement is made (see Chapter I) and in accordance with the conditions set out in the Convention.

National laws may apply three kinds of provisions to enforce awards:

- a specific text for the implementation of the New York Convention;
- a text dealing with international arbitration in particular;
- the general arbitration law of the country.

Article III obliges Contracting States to recognize Convention awards as binding unless they fall under one of the grounds for refusal defined in Article V. Courts may, however, enforce awards on an even more favourable basis (under Article VII(1), see Chapter I). Examples of matters not regulated by the Convention and thus regulated by national law are:

- the competent court(s) to be seised with the application;
- production of evidence;
- limitation periods;
- conservatory measures;
- whether the grant or denial of recognition and enforcement is subject to any appeal or recourse;
- criteria for execution against assets;
- the extent to which the process of recognition and enforcement is confidential.

In any event, the imposition of jurisdictional requirements cannot be such as to amount to going back on a State's international obligation to enforce foreign awards (see Chapter I at VI).

The New York Convention requires that there shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which the Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards. This provision has not led to problems in practice and has been applied in respect of various aspects of enforcement. The Supreme Court of Canada held, for example, that under Article III no Canadian province can impose a time limit for seeking enforcement that is shorter, and thus more onerous, than the most generous time limit available anywhere in Canada for domestic awards.¹

The *rules of procedure* referred to in the New York Convention are limited to questions such as the form of the request and the competent authority for which the New York Convention defers to national law. The *conditions for the enforcement*, however, are those set out in the New York Convention itself and are exclusively governed by the New York Convention: i.e., the petitioner – the party seeking recognition or enforcement – only needs to submit an original or copy of the arbitration agreement and arbitral award and, possibly, a translation thereof and the respondent can only rely on the exhaustive grounds listed in the New York Convention. These aspects shall be examined in detail below.

Once a petitioner has submitted the documents as defined in Article IV, it is entitled to the recognition and enforcement of the award unless the respondent proves that one or more grounds for refusal of recognition and enforcement of the award as exhaustively set forth in

1. *Canada*: Supreme Court of Canada, 20 May 2010 (*Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 343-345 (Canada no. 31).

Article V(1) apply or the court finds one of the grounds in Article V(2) to be applicable.

The general rule to be followed by the courts is that the grounds for refusal defined in Article V are to be construed narrowly, which means that their existence is accepted in serious cases only. This is especially true with respect to claims of violation of public policy, which are often raised by disappointed parties but very seldom accepted by the courts. For example, although London is one of the great financial centres of the world where parties often seek enforcement, there is no recorded case of an English court ever rejecting a foreign award on the grounds of public policy (see this Chapter below at V.2).

As of 2010 the ICCA *Yearbook Commercial Arbitration* in its thirty-five years of reporting on the Convention has found that only in ten per cent of the cases recognition and enforcement has been refused on Convention grounds although this percentage has slightly increased in recent years.

Courts approach enforcement under the New York Convention with

- a strong pro-enforcement bias and
- a pragmatic, flexible and non-formalistic approach.

This commendable liberal attitude fully exploits the potential of this most successful treaty, to which 145 States are party, to serve and promote international trade (see the Overview at I.2).

II. PHASE I - REQUIREMENTS TO BE FULFILLED BY PETITIONER (ART. IV)

At this phase of the proceedings, the petitioner has the burden of proof and has the duty to submit documents as listed in the New York Convention (Article IV). The petitioner only has to submit *prima facie*

evidence. Phase I is controlled by a pro-enforcement bias and practical mindset of the enforcement court.

II.1. WHICH DOCUMENTS?

When reviewing a request for recognition and/or enforcement of the award, courts verify that the petitioner has submitted at the time of the application:

- The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof (Article IV(1)(a));
- The original agreement referred to in Article II or a duly certified copy thereof (Article IV(1)(b)); and
- Translations of these documents into the language of the country in which the award is relied upon, where relevant (Article IV(2)).

II.2. AUTHENTICATED AWARD OR CERTIFIED COPY (*Article IV(1)(a)*)

II.2.1. *Authentication*

The authentication of an award is the process by which the signatures on it are confirmed as genuine by a competent authority. The purpose of the authentication of the original award or a certified copy of the award is to confirm that it is the *authentic* text and has been made by the appointed arbitrators. It is extremely unusual that this poses any problem in practice.

The Convention does not specify the law governing the authentication requirement. Nor does it indicate whether the authentication requirements are those of the country where the award was rendered or those of the country where recognition or enforcement is sought. Most courts appear to accept any form of authentication in

accordance with the law of either jurisdiction. The Austrian Supreme Court, in an early decision, expressly recognized that the authentication can be made either under the law of the country where the award was made or under the law of the country where the enforcement of the award is sought.² Other enforcement courts apply their own law.³

The Austrian Supreme Court more recently recognized that

“the New York Convention does not explain clearly whether only the authenticity or accuracy requirements in the State of rendition of the award apply to the arbitral award and the arbitration agreement or to their copies, or whether also the requirements for the certification of foreign documents in the recognition State must be complied with”

and concluded that

“the Supreme Court consistently supports the ... opinion that the Austrian certification requirements do not apply exclusively.... [T]he Supreme Court accordingly deemed that certifications according to the law of the State in which the arbitral award was rendered suffice....”⁴

The documents merely aim at proving the authenticity of the award and the fact that the award was made on the basis of an arbitration agreement defined in the Convention. For this reason, German courts hold that

-
2. See, e.g., *Austria*: Oberster Gerichtshof, 11 June 1969 (*Parties not indicated*) Yearbook Commercial Arbitration II (1977) p. 232 (Austria no. 3).
 3. See, e.g., *Italy*: Corte di Cassazione, 14 March 1995, no. 2919 (*SODIME – Società Distillerie Meridionali v. Schuurmans & Van Ginneken BV*) Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) pp. 607-609 (Italy no. 140).
 4. *Austria*: Oberster Gerichtshof, 3 September 2008 (*O Limited, et al. v. C Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 409-417 (Austria no. 20).

authentication is not required when the authenticity of the award is not disputed: see, e.g., two recent decisions of the Munich Court of Appeal.⁵

There have only been a few cases where a party has failed to satisfy these simple procedural requirements (e.g., in a 2003 case before the Spanish Supreme Court, the petitioner supplied only uncertified and non-authenticated copies of the award).⁶ Courts may not require a party to submit any additional documents or use the procedural requirements as an obstacle to an application by interpreting them strictly.

II.2.2. *Certification*

The purpose of a certification is to confirm that the copy of the award is identical to the original. The Convention does not specify the law governing the certification procedure, which is generally deemed to be governed by the *lex fori*.

The categories of persons authorized to certify the copy will usually be the same as the categories of persons who are authorized to authenticate an original award. In addition, certification by the Secretary-General of the arbitral institution that managed the arbitration is considered sufficient in most cases.

-
5. *Germany*: Oberlandesgericht, Munich, 17 December 2008 (*Seller v. German Assignee*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 359-361 (Germany no. 125) and Oberlandesgericht, Munich, 27 February 2009 (*Carrier v. German Customer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 365-366 (Germany no. 127).
 6. *Spain*: Tribunal Supremo, Civil Chamber, Plenary Session, 1 April 2003 (*Satiko Shipping Company Limited v. Maderas Iglesias*) Yearbook XXXII (2007) pp. 582-590 (Spain no. 57).

II.3. ORIGINAL ARBITRATION AGREEMENT OR CERTIFIED COPY (*Article IV(1)(b)*)

This provision merely requires that the party seeking enforcement supply a document that is *prima facie* a valid arbitration agreement. At this stage the court need not consider whether the agreement is “in writing” as provided by Article II(2) (see Chapter II at IV.2) or is valid under the applicable law.⁷

The substantive examination of the validity of the arbitration agreement and its compliance with Article II(2) of the Convention takes place during phase II of the recognition or enforcement proceedings (see this Chapter below at IV.1, Article V(1)(a)).

Courts in countries where the national law does not require the petitioner to supply the original arbitration agreement or a certified copy may dispense with this requirement altogether in application of the more-favourable-right principle in Article VII of the Convention (see Chapter I at V.1). This is the case of German courts, which consistently hold that petitioners seeking enforcement of a foreign award in Germany under the Convention need only supply the authenticated original arbitral award or a certified copy.⁸

7. See, e.g., *Singapore*: Supreme Court of Singapore, High Court, 10 May 2006 (*Aloe Vera of America, Inc v. Asianic Food (S) Pte Ltd and Another*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 489-506 (Singapore no. 5).

8. See for a recent example, *Germany*: Oberlandesgericht, Munich, 12 October 2009 (*Swedish Seller v. German Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 383-385 (Germany no. 134).

II.4. AT THE TIME OF THE APPLICATION

If the documents are not submitted at the time of application, courts generally allow parties to cure this defect in the course of the enforcement proceedings.⁹

Italian courts, however, consider that the submission of the documents is a prerequisite for commencing the recognition or enforcement proceedings and that if this condition is not met, the request will be declared inadmissible. The Italian Supreme Court has consistently held that the original arbitration agreement or a certified copy thereof must be supplied at the time of filing the request for enforcement of an award; if not, the request is not admissible. This defect can be cured by filing a new application for enforcement.¹⁰

II.5. TRANSLATIONS (*Article IV(2)*)

The party seeking recognition and enforcement of an award must produce a translation of the award and original arbitration agreement referred to in Article IV(1)(a) and (b) if they are not made in an official language of the country in which recognition and enforcement are being sought (Article IV(2)).

Courts tend to adopt a pragmatic approach. While the Convention does not expressly state that the translations must be produced at the

-
9. See, e.g., *Spain*: Tribunal Supremo, 6 April 1989 (*Sea Traders SA v. Participaciones, Proyectos y Estudios SA*) Yearbook XXI (1996) pp. 676-677 (Spain no. 27); *Austria*: Oberster Gerichtshof, 17 November 1965 (*Party from F.R. Germany v. Party from Austria*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) p. 182 (Austria no. 1).
 10. See for a recent example, *Italy*: Corte di Cassazione, First Civil Chamber, 23 July 2009, no. 17291 (*Microwave s.r.l. in liquidation v. Indicia Diagnostics S.A.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 418-419 (Italy no. 182).

time of making the application for recognition and enforcement, a number of State courts have, however, required translation to be submitted at the time of making an application.

Examples of cases where a translation was not required are:

- The President of the District Court of Amsterdam considered no translation of the award and arbitration agreement to be necessary because these documents were “drawn up in the English language which language we master sufficiently to have taken full cognizance thereof”.¹¹
- The Zurich Court of Appeal held that there is no need to supply a translation of the entire contract containing the arbitration clause; a translation of the part containing the arbitration clause suffices. Note that construction contracts may be 1,000 pages with annexes.¹²

Examples of cases where a translation was required are:

- The Argentinian Federal Court of Appeals determined that a translation made by a private – rather than official or sworn – translator who was also not licensed to act in the Province where the enforcement proceeding was held did not satisfy the Convention’s requirements.¹³

11. *Netherlands*: President, Rechtbank, Amsterdam, 12 July 1984 (*SPP (Middle East) Ltd. v. The Arab Republic of Egypt*) Yearbook Commercial Arbitration X (1985) pp. 487-490 (Netherlands no. 10).

12. *Switzerland*: Bezirksgericht, Zurich, 14 February 2003 and Obergericht, Zurich, 17 July 2003 (*Italian party v. Swiss company*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) pp. 819-833 (Switzerland no. 37).

13. *Argentina*: Cámara Federal de Apelaciones, City of Mar del Plata, 4 December 2009 (*Far Eastern Shipping Company v. Arhenpez S.A.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 318-320 (Argentina no. 3).

- The Austrian Supreme Court considered a case where the petitioner only supplied a translation of the dispositive section of the ICC award. It determined that the case should be remitted to the Court of First Instance to which the application for enforcement had been made so that this defect could be cured.¹⁴

III. PHASE II – GROUNDS FOR REFUSAL (ARTICLE V) – IN GENERAL

This phase is characterized by the following general principles:

- no review on the merits;
- burden on respondent of proving the exhaustive grounds;
- exhaustive grounds for refusal of recognition and enforcement;
- narrow interpretation of the grounds for refusal;
- limited discretionary power to grant the recognition and enforcement even if one of the grounds applies.

III.1. NO REVIEW ON THE MERITS

The court does not have the authority to substitute its decision on the merits for the decision of the arbitral tribunal even if the arbitrators have made an erroneous decision of fact or law.

The Convention does not allow for a *de facto* appeal on procedural issues; rather it provides grounds for refusal of recognition or enforcement only if the relevant authority finds that there has been a

14. *Austria: Oberster Gerichtshof*, 26 April 2006 (*D SA v. W GmbH*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 259-265 (Austria no. 16).

violation of one or more of these grounds for refusal, many of which involve a serious due process violation.

III.2. BURDEN FOR RESPONDENT OF PROVING THE EXHAUSTIVE GROUNDS

The respondent has the burden of proof and can only resist the recognition and enforcement of the award on the basis of the grounds set forth in Article V(1). These grounds are limitatively listed in the New York Convention. The court can refuse the recognition and the enforcement on its own motion on the two grounds identified in Article V(2).

III.3. EXHAUSTIVE GROUNDS FOR REFUSAL OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT

In summary, the party opposing recognition and enforcement can rely on and must prove one of the first five grounds:

- (1) There was no valid agreement to arbitrate (Article V(1)(a)) by reason of incapacity of the parties or invalidity of the arbitration agreement;
- (2) The respondent was not given proper notice, or the respondent was unable to present his case (Article V(1)(b)) by reason of due process violations;
- (3) The award deals with a dispute not contemplated by, or beyond the scope of the parties' arbitration agreement (Article V(1)(c));
- (4) The composition of the arbitral tribunal 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 (Article V(1)(d));

- (5) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority in the country in which, or under the laws of which, the award was made (Article V(1)(e)).

These are the only grounds on which the respondent can rely.

Further, the court may on its own motion refuse the recognition and enforcement on the grounds mentioned below. However, in practice, the respondent invokes these grounds as well:

- (6) The subject matter of the arbitration was not arbitrable under the law of the country where enforcement is sought (Article V(2)(a));
- (7) Enforcement of the award would be contrary to the public policy of the country where enforcement is sought (Article V(2)(b)).

III.4. NARROW INTERPRETATION OF THE GROUNDS FOR REFUSAL

Bearing in mind the purpose of the Convention, namely to “unify the standards by which ... arbitral awards are enforced in the signatory countries”¹⁵ (see Chapter I at I.2), its drafters intended that the grounds for opposing recognition and enforcement of Convention awards should be interpreted and applied narrowly and that refusal should be granted in serious cases only.

Most courts have adopted this restrictive approach to the interpretation of Article V grounds. For example, the United States Court of Appeals for the Third Circuit stated in 2003 in *China Minmetals Materials Import & Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corp.*:

15. *United States*: Supreme Court of the United States, 17 June 1974 (*Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co.*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) pp. 203-204 (US no. 4).

“Consistent with the policy favoring enforcement of foreign arbitration awards, courts strictly have limited defenses to enforcement to the defenses set forth in Article V of the Convention, and generally have construed those exceptions narrowly.”¹⁶

Similarly, the New Brunswick Court of Queen’s Bench said in 2004:

“The grounds for refusal prescribed by Art. V of the New York Convention should be given a narrow and limited construction.”¹⁷

One issue that is not dealt with in the Convention is what happens if a party to an arbitration is aware of a defect in the arbitration procedure but does not object in the course of the arbitration. The same issue arises in connection with jurisdictional objections that are raised at the enforcement stage for the first time.

The general principle of good faith (also sometimes referred to as waiver or estoppel), that applies to procedural as well as to substantive matters, should prevent parties from keeping points up their sleeves.¹⁸

-
16. *United States*: United States Court of Appeals, Third Circuit, 26 June 2003 (*China Minmetals Materials Import and Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) pp. 1003-1025 (US no. 459).
 17. *Canada*: New Brunswick Court of Queen’s Bench, Trial Division, Judicial District of Saint John, 28 July 2004 (*Adamas Management & Services Inc. v. Aurado Energy Inc.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) pp. 479-487 (Canada no. 18).
 18. Article 4 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, as amended in 2006, provides:

“A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, *shall be deemed to have waived his right to object.*”

For example:

- The Federal *Arbitrazh* (Commercial) Court for the Northwestern District in the Russian Federation considered that an objection of lack of arbitral jurisdiction that had not been raised in the arbitration could not be raised for the first time in the enforcement proceedings;¹⁹
- The Spanish Supreme Court said that it could not understand that the respondent “now rejects the arbitration agreement on grounds it could have raised in the arbitration”.²⁰

This principle is also applied by some courts if a party fails to raise the ground in setting-aside proceedings:

- The Berlin Court of Appeal found that the German respondent was estopped from relying on grounds for denying enforcement under the New York Convention since it had failed to raise them in annulment proceedings in Ukraine within the time limit of three months set by Ukrainian law. The court reasoned that although the Convention does not provide for estoppel, the preclusion (*Präklusion*) provision established in respect of domestic awards in German law also applies to the enforcement of foreign awards.²¹

(Emphasis added)

19. *Russian Federation: Federal Arbitrazh (Commercial) Court, Northwestern District, 9 December 2004 (Dana Feed A/S v. OOO Arctic Salmon)* Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 658-665 (Russian Federation no. 16).
20. *Spain: Tribunal Supremo, Civil Chamber, 11 April 2000 (Union Générale de Cinéma, SA v. X Y Z Desarrollos, SA)* Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 525-531 (Spain no. 50).
21. *Germany: Kammergericht, Berlin, 17 April 2008 (Buyer v. Supplier)* Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 510-515 (Germany no. 119).

III.5. LIMITED DISCRETIONARY POWER TO ENFORCE IN THE PRESENCE OF GROUNDS FOR REFUSAL

Courts generally refuse enforcement when they find that there is a ground for refusal under the New York Convention.

Some courts, however, hold that they have the power to grant enforcement even where the existence of a ground for refusal of enforcement under the Convention has been proved. They generally do so where the ground for refusal concerns a minor violation of the procedural rules applicable to the arbitration – a *de minimis* case – or the respondent neglected to raise that ground for refusal in the arbitration.²² (See also the cases described in this Chapter above at III.4.)

These courts rely on the wording in the English version of Article V(1), which opens with the words “Recognition and enforcement of the award *may* be refused ...”. This wording also appears in three of the five official texts of the Convention, namely the Chinese, Russian and Spanish text. The French text, however, does not contain a similar expression and only provides that recognition and enforcement “*seront refusées*”, i.e., shall be refused.

-
22. *Hong Kong*: Supreme Court of Hong Kong, High Court, 15 January 1993 (*Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XIX (1994) pp. 664-674 (Hong Kong no. 6) and Supreme Court of Hong Kong, High Court, 16 December 1994 (*Nanjing Cereals, Oils and Foodstuffs Import & Export Corporation v. Luckmate Commodities Trading Ltd*) Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) pp. 542-545 (Hong Kong no. 9);
British Virgin Islands: Court of Appeal, 18 June 2008 (*IPOC International Growth Fund Limited v. LV Finance Group Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 408-432 (British Virgin Islands no. 1);
United Kingdom: High Court, Queen’s Bench Division (Commercial Court), 20 January 1997 (*China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading*) Yearbook Commercial Arbitration XXIV (1999) pp. 732-738 (UK no. 52).

IV. GROUNDS FOR REFUSAL TO BE PROVEN BY RESPONDENT (ARTICLE V(1))

IV.1. GROUND 1: INCAPACITY OF PARTY AND INVALIDITY OF ARBITRATION AGREEMENT (*Article V(1)(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.”

IV.1.1. *Incapacity of Party*

The types of issues arising under this ground include the “incapacity” defences, such as mental incompetence, physical incapacity, lack of authority to act in the name of a corporate entity or a contracting party being too young to sign (minority).

In addition, the term “incapacity” in the context of Article V(1)(a) is interpreted in the sense of “lacking the power to contract”. For example, this may arise where the applicable law prohibits a party, such as a State-owned enterprise, from entering into an arbitration agreement for certain types of potential disputes: e.g., in some jurisdictions, a State-owned enterprise may be prohibited by law from entering into an arbitration agreement in a contract relating to defence contracts (see, however, Chapter II at IV.6.2, quoting as an example the Swiss Private International Law Act).²³

23. The Swiss Private International Law Act, Article 177(2) provides:

“If one party to an arbitration agreement is a State or an enterprise dominated by

It must be noted that States, State-owned entities and other public bodies are not excluded from the scope of the Convention purely by reason of their status. The expression “persons, whether physical or legal” in Article I(1) of the Convention is generally deemed to include public law entities entering into commercial contracts with private parties. Courts virtually always deny the defence of sovereign immunity raised by a State against enforcement of an arbitration agreement and recognition and enforcement of an arbitral award by relying on the theory of restrictive immunity and waiver of immunity. They also frequently invoke the distinction between *acta de jure gestionis* and *acta de jure imperii*, or rely on *pacta sunt servanda* and the creation of an *ordre public réellement international*. This distinction is also made in some cases with respect to execution.

One example is the 2010 Hong Kong case of *FG Hemisphere*, requesting the recognition and enforcement of two foreign arbitral awards against the assets of a Chinese State-owned enterprise (CSOE), namely entry fees due by CSOE to the Democratic Republic of the Congo in consideration of certain mineral rights (the CSOE Assets).²⁴ The Chinese Government argued that it currently applies, and has consistently applied in the past, the doctrine of absolute sovereign immunity, and thus the CSOE Assets were immune from enforcement. However, the Court of Appeal held that Hong Kong courts apply the doctrine of restrictive immunity and as a consequence the portion of

or an organization controlled by a State, it may not invoke its own law to contest the arbitrability of a dispute or its capacity to be subject to an arbitration.”

24. *Hong Kong: Court of Appeal*, 10 February 2010 and 5 May 2010 (*FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, et al.*), CACV 373/2008 & CACV 43/2009 (10 February 2010); *Yearbook Commercial Arbitration* XXXV (2010) pp. 392-397 (Hong Kong no. 24). At the time of writing, appeal from this decision was pending before the Hong Kong Court of Final Appeal.

CISOE Assets that were *not* intended for sovereign purposes were not immune from execution.

The Convention does not indicate how to determine the law applicable to the capacity of a party (“the law applicable to them”). This law must therefore be determined by applying the conflict-of-laws rules of the court where recognition and enforcement are sought, usually the law of the domicile of a physical person and the law of the place of incorporation of a company.

IV.1.2. *Invalidity of Arbitration Agreement*

Article V(1)(a) also provides a ground for refusal where the arbitration agreement “referred to in article II” 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”. This ground for refusal is commonly invoked in practice.

Respondents frequently argue under this ground that the arbitration agreement is not formally valid because it is not “in writing” as required by Article II(2) (see Chapter II at IV.2). A related ground for refusal of enforcement that may be raised is that there was no agreement to arbitrate at all within the meaning of the Convention. Other common examples of the defences that may be raised under this ground include claims of illegality, duress or fraud in the inducement of the agreement.

From time to time a respondent may rely on this ground where it disputes that it was party to the relevant arbitration agreement. This issue is decided by the court by re-assessing the facts of the case, independent of the decision reached by the arbitrators. For example, in the *Sarhank Group* case, the respondent argued that there was no signed

arbitration agreement in writing between the parties.²⁵ The United States Court of Appeals for the Second Circuit held that the district court incorrectly relied on the arbitrators' finding in the award that the respondent was bound by the arbitral clause under Egyptian law, which applied to the contract. Rather, the district court should have applied United States federal law to this issue when reviewing the award for enforcement. The Court therefore remanded the case to the district court "to find as a fact whether [the respondent] agreed to arbitrate ... on any ... basis recognized by American contract law or the law of agency".

In the recent decision of *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Pakistan* the English Supreme Court clarified the scope of the doctrine of competence-competence in England.²⁶ The Supreme Court held that while an arbitral tribunal has the power to determine its own jurisdiction as a preliminary matter, upon an application for enforcement under the New York Convention, where an objection to its jurisdiction is made, the court has the power to reopen fully the facts and issues to determine the jurisdictional issue.

The Supreme Court reviewed how the doctrine of competence-competence is applied in various jurisdictions around the world. At paragraph 25 it noted that "every country ... applies some form of judicial review of the arbitrator's jurisdictional decision. After all, a contract cannot give an arbitral body any power ... if the parties never entered into it." (Citing the United States *China Minmetals* case; see footnote 16.)

Thus the fact that a tribunal can determine its own jurisdiction does not give it an exclusive power to do so. An enforcing court which is not

25. *United States*: United States Court of Appeals, Second Circuit, 14 April 2005 (*Sarhank Group v. Oracle Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) pp. 1158-1164 (US no. 523).

26. *United Kingdom*: [2009] EWCA Civ 755; [2010] 2 W.L.R. 805 (CA (Civ Div)).

at the seat of the arbitration has the power to re-examine the jurisdiction of the tribunal.

Whilst the Court (Lord Collins) accepted that the trend internationally is to limit reconsiderations of findings of tribunals and also stressed the pro-enforcement policy of the New York Convention, he found that neither of those took precedence. He held that under the 1996 Act (section 30) in England a tribunal is entitled to inquire as a preliminary matter as to whether it has jurisdiction. However, if the issue comes before a court, the court is required to undertake an independent investigation rather than a mere review of the arbitrators' decision. The Supreme Court considered that the position was no different in France, where the award had been made. Shortly after the decision of the English Supreme Court, the French Court of Appeal rejected a request to set aside the three awards at issue, holding that the arbitral tribunal's decision that it had jurisdiction was correct.²⁷ Although the court did not express a view on the scope of judicial review of the arbitral tribunal's jurisdiction, it reviewed its decision fully.

(See also Chapter II at III.2, regarding the scope of review by the court requested to refer the parties to arbitration.)

27. *France: Cour d'Appel*, 17 February 2011 (*Gouvernement du Pakistan – Ministère des Affaires Religieuses v. Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*).

IV.2. GROUND 2: LACK OF NOTICE AND DUE PROCESS VIOLATIONS; RIGHT TO A FAIR HEARING (*Article V(1)(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.”

Article V(1)(b) provides for the ground for refusal that the party against whom the award is invoked was not given any, or any fair, opportunity to present his case because: (i) he was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings; or (ii) was otherwise unable to present his case.

This ground, however, is not intended for the court to take a different view to that of the tribunal on procedural issues. What has to be shown is that the party resisting enforcement somehow was deprived of its right to have its substantive case heard and determined by the arbitral tribunal.

IV.2.1. *Right to a Fair Hearing*

Article V(1)(b) requires that parties be afforded a fair hearing that meets the minimal requirements of fairness. The applicable minimum standards of fairness were described by the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit as including “adequate notice, a hearing on the evidence, and an impartial decision by the arbitrator”. Thus the arbitrators have a broad discretion as to how they may conduct proceedings, etc.

IV.2.2. *Lack of Notice*

It is unusual for a party not to be given notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings. If a party has actively participated in an arbitration, it is impossible for it to complain later that notice was inadequate.

In proceedings where the respondent defaults, on the other hand, proof of notice must be given serious attention at all stages.

There can be no notice, for example, where one party has changed address without informing the other party or is located in a part of the world where faxes or other means of communication cannot be reliably received. In those cases, the arbitrators and the claimant in the arbitration should do all that is reasonably possible to bring the existence of the arbitration and the appointment of the arbitral tribunal to the attention of the respondent and to have independent evidence of such efforts. If they fail to do so, enforcement of the resulting award may be denied. In one such case, the Swedish Supreme Court denied enforcement, finding that the arbitrators ignored the fact that communications sent to an earlier address of the Swedish party had been returned undelivered.²⁸

Default, however, may be simply the choice of the party. Where actual notice of an arbitration has been received by the respondent but the respondent fails or refuses to participate in the arbitration, courts hold that there is no violation of due process under Article V(1)(b). If a party chooses not to take part in the arbitration, this is not a ground for refusing enforcement.

28. *Sweden: Högsta Domstolen*, 16 April 2010 (*Lenmorniiiproekt OAO v. Arne Larsson & Partner Leasing Aktiebolag*) Yearbook XXXV (2010) pp. 456-457 (Sweden no. 7).

IV.2.3. *Due Process Violations: "Unable to Present His Case"*

The well-known United States case of *Iran Aircraft Industries v. Avco Corp.* is an example of where recognition and enforcement were refused because the respondent was unable to present its case.²⁹ After consulting with the chairman of the tribunal (who was subsequently replaced), the respondent had decided on the chairman's advice not to present invoices to support an analysis of damages by an expert accounting firm. The respondent relied only on its summaries – but indicated that it was prepared to furnish further proof if required. The tribunal eventually refused the damages claim on the basis that there was no supporting evidence. The United States Court of Appeals for the Second Circuit denied recognition and enforcement of the award on the basis that the losing party had been unable to present its case on damages.

A number of awards have been refused recognition and enforcement where the arbitrators have failed to act fairly under the circumstances. Examples of these include:

- The Naples Court of Appeal refused enforcement of an Austrian award on the ground that one month's notice given to the Italian respondent to attend the hearing in Vienna was insufficient because during that time the respondent's area had been hit by a major earthquake;³⁰

29. *United States*: United States Court of Appeals, Second Circuit, 24 November 1992 (*Iran Aircraft Industries and Iran Helicopter Support and Renewal Company v. Avco Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XVIII (1993) pp. 596-605 (US no. 143).

30. *Italy*: Corte di Appello, Naples (Salerno Section), 18 May 1982 (*Bauer & Grossmann OHG v. Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele*) Yearbook Commercial Arbitration X (1985) pp. 461-462 (Italy no. 70).

- The English Court of Appeal upheld a decision refusing to enforce an Indian award on the ground that the serious illness of one of the parties, unsuccessfully raised by the party during the hearing when seeking an adjournment, meant that it was unrealistic to expect him to participate in the arbitration including to file a defence;³¹
- The Hong Kong High Court refused enforcement of an award holding that the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) had not given the respondent an opportunity to comment on the reports from the expert appointed by the arbitral tribunal.³²

Examples of unsuccessful objections founded on lack of due process include:

- The arbitrator refusing to reschedule a hearing for the convenience of a witness for the party opposing enforcement;
- The tribunal refusing to grant an adjournment and denying additional discovery;
- The tribunal refusing to grant further adjournments and to stay the arbitration because of bankruptcy proceedings;
- The tribunal ruling on presumptions and burden of proof;
- The tribunal allegedly relying on new legal theories in the award that were not previously argued;
- The tribunal curtailing the cross-examination of a witness;

31. *United Kingdom: Court of Appeal (Civil Division)*, 21 February 2006 and 8 March 2006 (*Ajay Kanoria, et al. v. Tony Francis Guinness*) Yearbook Commercial Arbitration XXXI (2006) pp. 943-954 (UK no. 73).

32. *Hong Kong: Supreme Court of Hong Kong, High Court*, 15 January 1993 (*Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XIX (1994) pp. 664-674 (Hong Kong no. 6).

- The parties not attending hearings because they feared arrest in the forum State; and
- A company representative being unable to attend the hearing because he could not obtain a visa.

IV.3. GROUND 3: OUTSIDE OR BEYOND THE SCOPE OF THE ARBITRATION AGREEMENT (*Article V(1)(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.”

The grounds for refusal provided under Article V(1)(c) are that the award:

- Deals with a difference or dispute not contemplated by, or not falling within, the terms of the parties’ submission to arbitration, or
- Contains decisions on matters beyond the scope of the parties’ submission to arbitration.

The grounds in Article V(1)(c) embody the principle that the arbitral tribunal only has the jurisdiction to decide the issues that the parties have agreed to submit to it for determination.

In determining what the parties have submitted to the arbitral tribunal, regard must be had to the arbitration agreement and the claims for relief submitted to the arbitral tribunal by the parties. The language of the arbitration agreement that sets out what the parties have agreed to

submit to the arbitral tribunal for determination is critically important; issues must remain within that scope.

Model clauses published by arbitral institutions are typically drafted to give the arbitral tribunal very broad jurisdiction to determine all disputes arising out of or in connection with the parties' substantive agreement (usually a contract). Ripeness and similar issues are usually a matter of admissibility (not jurisdiction) and therefore not reviewable by courts. (See also Chapter II at III.1 on the competence-competence of arbitrators and court review of arbitration agreements.)

The court has a discretion to grant partial enforcement of an award if the award is only partly beyond the jurisdiction of the arbitral tribunal, provided that the part falling within the jurisdiction of the arbitral tribunal can be separated. This appears from the proviso at the end of Article V(1)(c) ("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 matters submitted to arbitration may be recognized and enforced").

IV.4. GROUND 4: IRREGULARITIES IN THE COMPOSITION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL OR THE ARBITRATION PROCEDURE (*Article V(1)(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."

Article V(1)(d) has two types of potential violations, concerning:

- the composition of the arbitral tribunal;
- the arbitral procedure.

IV.4.1. *Composition of the Tribunal*

The first option of Article V(1)(d) is applicable if a party is deprived of its right to appoint an arbitrator or to have its case decided by an arbitral tribunal whose composition reflects the parties' agreement.

Cases where one party refuses to appoint an arbitrator and the arbitrator is then appointed by a court, or where arbitrators are successfully challenged and replaced in accordance with the applicable rules chosen by the parties and the applicable law, would not succeed under this ground.

Article V(1)(d) provides that a court must first look to see:

1. If the parties have agreed on the composition of the arbitral tribunal;
2. If they have, what they have agreed must be determined;
3. Whether that agreement has been violated;
4. Only if there is no agreement between the parties on the composition of the arbitral tribunal should the court apply the law of the country where the arbitration took place to determine if it was not in accordance with such law.

For example, the parties might have designated an appointing institution to appoint the chairman or arbitrator in the arbitration clause, but in fact someone else appoints the arbitrator. A similar problem arises if the arbitrator is to be chosen from a certain group of people, but then is chosen from another group. In this case the court should, however, examine carefully whether it is really necessary to refuse enforcement because the party opposing recognition and enforcement of the award was deprived of its rights, or whether, in essence, it got a fair arbitration procedure with only a minor procedural deviation. This is an illustration of the type of case in which the court can decide to grant enforcement if the violation is *de minimis* (see this Chapter above at III.5).

For example, in the *China Nanhai* case, the Hong Kong High Court held that although the specific agreement of the parties as to the composition of the tribunal had not been followed, the enforcing court should exercise its discretion to enforce the award, as it considered the violation involved to be comparatively trivial.³³

The arbitration agreement may prescribe certain qualities for one or more of the arbitrators, for example, that they shall be in command of certain languages; be nationals of a particular country; be admitted to practice law in a particular jurisdiction; hold an engineering degree, etc. In these cases, the court should pay close attention to whether the fact that the arbitrator is missing a prescribed quality is in fact a procedural unfairness. For example, if the arbitration clause requires that the arbitrator shall be a “commercial man”, or somebody with specific industry experience, and instead a lawyer without that qualification is appointed, it might be well justified to enforce the award notwithstanding this.

Examples of unsuccessful objections under this first option of Article V(1)(d) include:

- The Munich Court of Appeal denied the objection that the composition of the arbitral tribunal was not in accordance with the agreement of the parties. The arbitral body had been comprised of one arbitrator rather than two or more arbitrators as agreed in the arbitration clause. The court noted that the respondent was aware of

33. *Hong Kong: Supreme Court of Hong Kong, High Court, 13 July 1994 (China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.)* Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) pp. 671-680 (Hong Kong no. 8).

the composition of the arbitral tribunal but did not object during the arbitration;³⁴

- In a case before the Spanish Supreme Court, the arbitration agreement provided for arbitration of disputes at the *Association Cinématographique Professionnelle de Conciliation et d'Arbitrage* (ACPCA) in France. When the respondent in the arbitration failed to appoint an arbitrator, the appointment was made by the president of the International Federation of Film Producers Associations. The Court denied the respondent's objection that this appointment was in violation of the parties' agreement, finding that it complied with the relevant provisions in the ACPCA rules.³⁵

Examples of successful objections under this first option of Article V(1)(d) include:

- In 1978, the Florence Court of Appeal found that a two-arbitrator arbitral tribunal with seat in London was in breach of the parties' arbitration agreement, although it was in accordance with the law of the country where the arbitration took place. The arbitration clause had provided that three arbitrators should be appointed, but the two party-appointed arbitrators did not appoint a third arbitrator as they were in agreement as to the outcome of the case – English law at the time permitted this;³⁶

34. *Germany*: Oberlandesgericht, Munich, 15 March 2006 (*Manufacturer v. Supplier, in liquidation*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 499-503 (Germany no. 117).

35. *Spain*: Tribunal Supremo, Civil Chamber, 11 April 2000 (*Union Générale de Cinéma, SA v. X Y Z Desarrollos, SA*) Yearbook XXXII (2007) pp. 525-531 (Spain no. 50).

36. *Italy*: Corte di Appello, Florence, 13 April 1978 (*Rederi Aktiebolaget Sally v. srl Termarea*) Yearbook Commercial Arbitration IV (1979) pp. 294-296 (Italy no. 32).

- The United States Court of Appeals for the Second Circuit refused to recognize and enforce an award on the ground that the parties' agreement as to the composition of the arbitral tribunal had been breached, as the appointment procedure in the agreement had not been followed. A court had appointed the chairman upon the application of a party, rather than the two party-appointed arbitrators being given time to attempt to agree upon the chairman, as provided for under the relevant arbitration agreement.³⁷

IV.4.2. *Arbitral Procedure*

The Convention does not intend to give the losing party a right to an appeal on procedural decisions of the arbitral tribunal. This option of Article V(1)(d) is not aimed at refusing to recognize or enforce an award if the court called upon is of a different legal view than the arbitrators, regarding, for example, whether or not to hear a witness, to allow re-cross examination or how many written submissions they would like to allow.

Rather, this second option of Article V(1)(d) is aimed at more fundamental deviations from the agreed procedure, which include situations in which the parties agreed to use the rules of one institution but the arbitration is conducted under the rules of another, or even where the parties have agreed that no institutional rules would apply.

Examples of unsuccessful objections under this second option of Article V(1)(d) include:

37. *United States: United States Court of Appeals, Second Circuit*, 31 March 2005 (*Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopaedia Britannica, Inc.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) pp. 1136-1143 (US no. 520).

- The Bremen Court of Appeal dismissed the respondent's argument that the arbitral proceedings, which were held in Turkey, were not in accordance with the Turkish Code of Civil Procedure because the arbitral tribunal did not grant the respondent's request for an oral hearing and disregarded its offer of new evidence. The court held that the arbitral tribunal acted in accordance with the Arbitration Rules of the Istanbul Chamber of Commerce, to which the parties had agreed;³⁸
- Before the United States District Court in Northern Florida, the respondent Devon (the claimant in the arbitration, which had been held at the China Maritime Arbitration Commission (CMAC)) argued that the arbitration had not been in accordance with the law of PR China because the CMAC had rejected the other party's counterclaim but then permitted it to file a separate action that was subsequently consolidated with Devon's claim. The court dismissed this argument, finding that Devon failed to show that the CMAC decision was improper under Chinese law.³⁹

Examples of successful objections under this second option of Article V(1)(d) include:

- A Swiss court of appeal refused recognition and enforcement of a German award, finding that the arbitration procedure had not been in accordance with the agreement of the parties; the arbitration

38. *Germany*: Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, 30 September 1999 (*Claimant v. Defendant*) Yearbook Commercial Arbitration XXXI (2006) pp. 640-651 (Germany no. 84).

39. *United States*: United States District Court, Northern District of Florida, Pensacola Division, 29 March 2010 (*Pactrans Air & Sea, Inc. v. China National Chartering Corp., et al.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 526-527 (US no. 697).

agreement provided for arbitration in Hamburg in which “all disputes should be settled in one and the same arbitral proceedings”. Instead, the arbitration took place in two stages: first a quality arbitration by two experts and thereafter the arbitration proper by a panel of three arbitrators;⁴⁰

- A Turkish court of appeals refused recognition and enforcement of a Swiss award on the ground that the procedural law agreed upon by the parties had not been applied;⁴¹
- The Italian Supreme Court enforced a Stockholm award but not a Beijing award made with respect to the same dispute. The Court held that the Beijing award was contrary to the parties’ agreement that contemplated only one arbitration, either in Stockholm or in Beijing, depending on which party commenced arbitration first.⁴²

IV.5. GROUND 5: AWARD NOT BINDING, SET ASIDE OR SUSPENDED (*Article V(1)(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.”

40. *Switzerland: Appellationsgericht, Basel-Stadt*, 6 September 1968, (*Corporation X AG, buyer v. Firm Y, seller*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) p. 200 (Switzerland no. 4).

41. *Turkey: Court of Appeals, 15th Legal Division*, 1 February 1996 (*Osuuskunta METEX Andelslag V.S. v. Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü General Directorate, Ankara*) Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997) pp. 807-814 (Turkey no. 1).

42. *Italy: Corte di Cassazione*, 7 February 2001, no. 1732 (*Tema Frugoli SpA, in liquidation v. Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 390-396 (Italy no. 170).

Article V(1)(e) provides for refusal of recognition and enforcement of an award if the respondent proves that the award has either:

- 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.

IV.5.1. *Award Not Yet Binding*

The word “binding” was used by the drafters of the New York Convention in this context rather than the word “final” (which had been used in an equivalent context in the 1927 Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards).⁴³ The use of the word “binding” was intended to make it clear that a party was entitled to apply for recognition and enforcement of an award once it was issued by the arbitral tribunal. This meant that this party did not need to obtain *exequatur* or leave to do so from the court of the State in which, or under the law of which, the award was made (known as a *double exequatur*), as was required under the 1927 Geneva Convention.

The fact that no double *exequatur* is needed under the Convention is universally recognized by courts and commentators.

Courts differ, however, as to how to determine the moment when an award can be said to be “binding” within the meaning of Article V(1)(e). Some courts consider that this moment is to be determined under the law of the country where the award was made.⁴⁴ Other courts decide this

43. Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, signed at Geneva on 26 September 1927.

44. See, e.g., *France*: Tribunal de Grande Instance, Strasbourg, 9 October 1970 (*Animalfeeds International Corp. v. S.A.A. Becker & Cie*) Yearbook Commercial Arbitration II (1977) p. 244 (France no. 2).

question independent of the law applicable to the award and hold that foreign arbitral awards are binding on the parties when ordinary means of recourse are not, or are no longer, available against them.⁴⁵ This means that the award is no longer open to an appeal on the merits, either to an appellate arbitral instance or to a court. In this context, courts sometimes rely on the agreement of the parties. If the parties have chosen to arbitrate under the rules of the International Chamber of Commerce, for example, the ICC Rules of Arbitration provide at Article 28(6) that: “Every Award shall be binding on the parties.”

IV.5.2. *Award Set Aside or Suspended*

(i) *Award set aside*

Depending on the jurisdiction, this procedure may also be called “vacatur” or “annulment” procedure.

The courts having jurisdiction to set aside an award are only the courts of the State where the award was made or is determined to have been made, i.e., where the arbitration had its seat (see Chapter I at III.1.1). These courts are described as having “supervisory” or “primary” jurisdiction over the award. In contrast, the courts before which an award is sought to be recognized and enforced are described as having “enforcement” or “secondary” jurisdiction over the award, limited to determining the existence of Convention grounds for refusal of recognition or enforcement.

In order for the objection that the award has been set aside to succeed, in many countries the award must have been finally set aside by the court having primary jurisdiction. An application to set aside the award

45. See, e.g., *Switzerland*: Tribunal Fédéral, First Civil Chamber, 9 December 2008 (*Compagnie X SA v. Federation Y*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 810-816 (Switzerland no. 40).

does not suffice. This prevents the losing party from being able to postpone enforcement by commencing annulment proceedings.

The situation where an application to set aside or suspend the award has been made is covered by Article VI, which provides that in this case the enforcement court may adjourn the decision on the enforcement of the award if it considers it proper. The application must have been made, however, to the competent court referred to in Article V(1)(e), i.e., the court of primary jurisdiction.

(ii) *Consequences of being set aside*

Notwithstanding that an award has been set aside in the country in which, or under the law of which, the award was made, a court in another country may still grant recognition and enforcement outside the New York Convention regime. France is the best-known example of a jurisdiction that has declared an award enforceable notwithstanding the fact that it had been set aside in the country of origin. France does so, not on the basis of the New York Convention, but on the basis of French law, by opting out of the New York Convention through Article VII(1), the more-favourable-right provision. This provision allows courts to apply an enforcement regime that is more favourable to enforcement than the New York Convention, that is, that can lead to recognition and enforcement when the Convention would not (see Chapter I at V.1).

(iii) *Award “suspended”*

Article V(1)(e) also provides that enforcement of an award can be refused if the party against whom the award is invoked proves that the award has been “suspended” by a court in the country where, or under the law of which, the award was made. As seen above in this paragraph IV.5.2 at (i), Article VI of the Convention provides that a court may adjourn its decision on enforcement if the respondent has applied for suspension of the award in the country of origin.

The “suspension” of an award is not defined in the Convention. Courts have generally construed this term to refer to suspension of the enforceability of the award by *a court* (thus not by operation of the law, for example pending an action to set aside) in the country of origin.

V. GROUND FOR REFUSAL TO BE RAISED BY THE COURT *EX OFFICIO* (ARTICLE V(2))

Article V(2) of the Convention provides:

“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.”

The grounds in Article V(2) protect the public interests of the State in which enforcement is sought and, accordingly, the court can rely upon them *ex officio*, following an application that has been made for recognition and enforcement of an award. Typically, the party resisting recognition and enforcement will also invoke these grounds when it believes that they are relevant.

V.1. GROUND 6: NOT ARBITRABLE (*Article V(2)(a)*)

In summary, the “not arbitrable” ground for refusal under Article V(2)(a) is available where the dispute involves a subject matter reserved for the courts.

For example, clearly criminal cases are non-arbitrable; similarly, cases reserved exclusively for the courts of a jurisdiction are non-arbitrable, including:

- divorce;
- custody of children;
- property settlements;
- wills;
- bankruptcy; and
- winding up of companies.

The modern trend is towards a smaller category of disputes being reserved solely to the jurisdiction of courts, as the result of a number of factors, including the trend toward containing costs, a greater openness of many courts to accept that the parties' agreement to arbitrate should be respected and the support of international arbitration by national legislation. In this respect it should also be noted that "not arbitrable" has a different meaning in an international as opposed to a domestic context (see this Chapter below at V.2 for the distinction between international and domestic public policy). (See also Chapter II at IV.6.1 on subject matters "capable of settlement by arbitration".)

Whether a subject matter of an arbitration is non-arbitrable is a question to be determined under the law of the country where the application for recognition and enforcement is being made. The non-arbitrability should concern the material part of the claim and not merely an incidental part.

Few cases of refusal of enforcement under Article V(2)(a) have been reported. These include:

- A decision by the Belgian Supreme Court that refused enforcement of an award on the ground that the subject matter concerning the

termination of an exclusive distributorship agreement was not capable of settlement by arbitration under Belgian law as the Belgian courts were given exclusive jurisdiction under a specific law relating to distributors;⁴⁶

- A decision by the Federal *Arbitrazh* (Commercial) Court for the Moscow District that found that a Slovak award was unenforceable because it had been rendered after the Russian respondent had been declared bankrupt by an *arbitrazh* court. Under the bankruptcy law of the Russian Federation, *arbitrazh* courts have exclusive jurisdiction over the determination of the amount and nature of a bankrupt's claims against a debtor. The court actually framed its decision under Article V(2)(b) of the Convention as arbitrability may be considered as belonging to public policy.⁴⁷

V.2. GROUND 7: CONTRARY TO PUBLIC POLICY (*Article V(2)(b)*)

Article V(2)(b) permits a court in which recognition or enforcement is sought to refuse to do so if it would be “contrary to the public policy of that country”.

However, Article V(2)(b) does not define what is meant by “public policy”. Nor does it state whether domestic principles of public policy, or public policy principles based on the international concept of public policy, should apply to an application for recognition and enforcement under the New York Convention. The international concept of public

46. *Belgium*: Cour de Cassation, First Chamber, 28 June 1979 (*Audi-NSU Union AG v. SA Adelin Petit & Cie*) Yearbook Commercial Arbitration V (1980) pp. 257-259 (Belgium no. 2).

47. *Russian Federation*: Federal *Arbitrazh* (Commercial) Court, Moscow District, 1 November 2004 (*AO Slovenska Konsolidachna, A.S. v. KB SR Yakimanka*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 654-657 (Russian Federation no. 15).

policy is generally narrower than the domestic public policy concept. As seen in this Chapter above at V.1, this distinction also applies to arbitrability.

Most national courts have adopted the narrower standard of international public policy, applying substantive norms from international sources.

The recommendations of the International Law Association issued in 2002 (the “ILA Recommendations”) as to “Public Policy” are increasingly being regarded as reflective of best international practice.⁴⁸

Among the general recommendations of the ILA Recommendations are that the finality of awards in “international commercial arbitration should be respected save in exceptional circumstances” (Clause 1(a) of the General Section) and that such exceptional circumstances “may in particular be found to exist if recognition or enforcement of the international arbitral award would be against international public policy” (Clause 1(b) of the General Section).

Clause 1(d) of the ILA Recommendations states that the expression “international public policy” is used in them to designate the body of principles and rules recognized by a State, which, by their nature, may bar the recognition or enforcement of an arbitral award rendered in the context of international commercial arbitration when recognition or enforcement of said award would entail their violation on account either of the procedure pursuant to which it was rendered (procedural international public policy) or of its contents (substantive international public policy).

The ILA Recommendations state (per Clause 1(d)) that the international public policy of any State includes:

48. Available at <www.ila-hq.org/download.cfm/docid/032880D5-46CE-4CB0-912A0B91832E11AF>.

- (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned;
- (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as “*lois de police*” or “public policy rules”; and
- (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations.

V.2.1. *Examples of Recognition and Enforcement*

In a German case before the Court of Appeal of Celle, the seller sought to enforce an award of the International Commercial Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (ICAC).⁴⁹ The buyer contended that permitting enforcement would violate public policy either because there were procedural irregularities in the arbitration proceedings or because the arbitral award gave effect to a disproportionately high contractual penalty. The court rejected the buyer’s arguments holding:

“In the specific case of foreign arbitral awards, the departure in the foreign arbitration from mandatory rules of domestic procedure is not [automatically] a violation of public policy. Rather, there must be a violation of international public policy. Hence, the recognition of foreign arbitral awards is as a rule subject to a less strict regime than [the recognition of] domestic arbitral decisions. The issue is not whether a German judge would have reached a different result based on mandatory German law. Rather, there is a violation of international public policy only when the consequences of the

49. *Germany*: Oberlandesgericht, Celle, 6 October 2005 (*Seller v. Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 322-327 (Germany no. 99).

application of foreign law in a concrete case is so at odds with German provisions as to be unacceptable according to German principles. This is not the case here.”

In the French case *SNF v. Cytec*, SNF contracted to purchase a chemical compound from Cytec under two separate contracts.⁵⁰ The second provided for Cytec to be the exclusive supplier. The arbitral tribunal held that the second contract violated EC Competition Law. It then rendered an award in favour of Cytec. Before the *Cour de Cassation*, SNF argued in effect that the Court should not permit enforcement of an award which was based on an agreement in restraint of competition and hence was contrary to EC law and public policy. The Court held that where (as in this case) the matter in issue was international public policy, the courts would only intervene to prevent enforcement in the case of a “flagrant, effective and concrete” violation of international public policy.

That the legal reasoning underlying an award or the conduct of the arbitral tribunal is in some way flawed does not breach public policy as long as this flaw does not affect the fundamental conceptions of morality and justice of the legal system where enforcement is sought, i.e., does not violate international public policy. For example, the Hong Kong SAR Court of Final Appeal held that the holding of an inspection in the absence of the respondent was not a ground for refusing enforcement because the respondent was informed that it had taken place and did not ask for a re-inspection in the presence of its representatives.⁵¹

50. *France*: Cour de Cassation, First Civil Chamber, 4 June 2008 (*SNF sas v. Cytec Industries BV*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 489-494 (France no. 47).

51. *Hong Kong*: Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region, 9 February 1999 (*Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXIV (1999) pp. 652-677

Other examples of recognition and enforcement notwithstanding an alleged violation of public policy are:

- Lack of financial means: the Portuguese Supreme Court of Justice rejected the argument that there was a violation of public policy because the Portuguese respondent did not participate in the arbitration in The Netherlands because of a lack of financial means;⁵²
- Lack of impartiality by arbitrators: courts hold that “appearance of bias” is insufficient; there must have been “actual bias”, i.e., the arbitrator must have acted in a partial manner;⁵³
- Lack of reasons in award: courts of countries where reasons in awards are mandatory generally accept to enforce awards that contain no reasons but have been made in countries where such awards are valid.⁵⁴

(Hong Kong no. 15).

52. *Portugal*: Supremo Tribunal de Justiça, 9 October 2003 (*A v. B. & Cia. Ltda., et al.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 474-479 (Portugal no. 1).

53. See, e.g., *Germany*: Oberlandesgericht, Stuttgart, 18 October 1999 and Bundesgerichtshof, 1 February 2001 (*Dutch Shipowner v. German Cattle and Meat Dealer*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) pp. 700-714 (Germany no. 60);

United States: United States District Court, Southern District of New York, 27 June 2003 and United States Court of Appeals, Second Circuit, 3 August 2004 (*Lucent Technologies Inc., et al. v. Tatung Co.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) pp. 747-761 (US no. 483).

54. See, e.g., *Germany*: Oberlandesgericht Düsseldorf, 15 December 2009 (*Seller v. German Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 386-388 (Germany no. 135).

V.2.2. *Examples of Refusal of Recognition and Enforcement*

Examples of refusal of recognition and enforcement under Article V(2)(b) are:

- The Court of Appeal of Bavaria refused recognition and enforcement of a Russian award on the ground of public policy because the award had been made after the parties had reached a settlement, which had been concealed from the arbitrators;⁵⁵
- The Federal *Arbitrazh* (Commercial) Court for the District of Tomsk, in the Russian Federation, denied enforcement of an ICC award rendered in France, finding that the loan agreements in respect of which the award had been rendered were an illegal arrangement between companies of the same group and that the dispute was simulated.⁵⁶

VI. CONCLUSION

This survey of the exclusive grounds for the refusal of a request for the recognition and enforcement of an arbitral award and the principles according to which these grounds should be interpreted reflects the pro-enforcement nature of the Convention that is to be respected and applied judiciously by the courts.

55. *Germany*: Bayerisches Oberstes Landesgericht, 20 November 2003 (*Seller v. Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) pp. 771-775 (Germany no. 71).

56. *Russian Federation*: Federal *Arbitrazh* (Commercial) Court, District of Tomsk, 7 July 2010 (*Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Tomskneft VNK*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) pp. 435-437 (Russian Federation no. 28).

ANNEXES

TABLE OF CONTENTS

- Annex I* – The 1958 New York Convention
Annex II – The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
Annex III – The UNCITRAL Recommendation 2006
Annex IV – Online Sources

ANNEX I

The 1958 New York Convention

The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Done in New York, 10 June 1958

ARTICLE I

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.
2. The term “arbitral awards” shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.

ANNEX I

3. When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.

ARTICLE II

1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.
2. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.
3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

ARTICLE III

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.

ARTICLE IV

1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:

- (a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;
- (b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof.

2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.

ARTICLE V

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 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.

ARTICLE VI

If an application for setting aside or suspension of the award has been made to a competent authority referred to in article V(1)(e), the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the award and may also, on the application of the party claiming enforcement of the award, order the other party to give suitable security.

ARTICLE VII

1. The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States, nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.
2. The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923 and the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 shall cease to have effect between Contracting States on their becoming bound by this Convention.

ARTICLE VIII

1. This Convention shall be open until 31 December 1958 for signature on behalf of any Member of the United Nations and also on behalf of any other State which is or hereafter becomes a member of any specialized agency of the United Nations, or which is or hereafter becomes a party

ANNEX I

to the Statute of the International Court of Justice, or any other State to which an invitation has been addressed by the General Assembly of the United Nations.

2. This Convention shall be ratified and the instrument of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

ARTICLE IX

1. This Convention shall be open for accession to all States referred to in Art. VIII.

2. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.

ARTICLE X

1. Any State may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all or any of the territories for the international relations of which it is responsible. Such a declaration shall take effect when the Convention enters into force for the State concerned.

2. At any time thereafter any such extension shall be made by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations and shall take effect as from the ninetieth day after the day of receipt by the Secretary-General of the United Nations of this notification, or as from the date of entry into force of the Convention for the State concerned, whichever is the later.

3. With respect to those territories to which this Convention is not extended at the time of signature, ratification or accession, each State concerned shall consider the possibility of taking the necessary steps in

order to extend the application of this Convention to such territories, subject, where necessary for constitutional reasons, to the consent of the Governments of such territories.

ARTICLE XI

In the case of a federal or non-unitary State, the following provisions shall apply:

- (a) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of the federal authority, the obligations of the federal Government shall to this extent be the same as those of Contracting States which are not federal States;
- (b) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of constituent states or provinces which are not, under the constitutional system of the federation, bound to take legislative action, the federal Government shall bring such articles with a favourable recommendation to the notice of the appropriate authorities of constituent states or provinces at the earliest possible moment;
- (c) A federal State Party to this Convention shall, at the request of any other Contracting State transmitted through the Secretary-General of the United Nations, supply a statement of the law and practice of the federation and its constituent units in regard to any particular provision of this Convention, showing the extent to which effect has been given to that provision by legislative or other action.

ANNEX I

ARTICLE XII

1. This Convention shall come into force on the ninetieth day following the date of deposit of the third instrument of ratification or accession.
2. For each State ratifying or acceding to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification or accession, this Convention shall enter into force on the ninetieth day after deposit of such State of its instrument of ratification or accession.

ARTICLE XIII

1. Any Contracting State may denounce this Convention by a written notification to the Secretary-General of the United Nations. Denunciation shall take effect one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.
2. Any State which has made a declaration or notification under Art. X may, at any time thereafter, by notification to the Secretary-General of the United Nations, declare that this Convention shall cease to extend to the territory concerned one year after the date of the receipt of the notification by the Secretary-General.
3. This Convention shall continue to be applicable to arbitral awards in respect of which recognition and enforcement proceedings have been instituted before the denunciation takes effect.

ARTICLE XIV

A Contracting State shall not be entitled to avail itself of the present Convention against other Contracting States except to the extent that it is itself bound to apply the Convention.

ARTICLE XV

The Secretary-General of the United Nations shall notify the States contemplated in Art. VIII of the following:

- (a) Signatures and ratifications in accordance with Art. VIII;
- (b) Accessions in accordance with Art. IX;
- (c) Declarations and notifications under Arts I, X and XI;
- (d) The date upon which this Convention enters into force in accordance with Art. XII;
- (e) Denunciations and notifications in accordance with Art. XIII.

ARTICLE XVI

1. This Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts shall be equally authentic, shall be deposited in the archives of the United Nations.
2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit a certified copy of this Convention to the states contemplated in Art. VIII.

For an updated list of Contracting States to the Convention, see the website of the United Nations Treaty Collection at <<http://treaties.un.org>>.

ANNEX II

The UNCITRAL Model Law on Arbitration

1985 UNCITRAL

Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006

CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS

Article 1. Scope of application¹

(1) This Law applies to international commercial² arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.

(2) The provisions of this Law, except articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.

(Article 1(2) has been amended by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

(3) An arbitration is international if:

-
1. Article headings are for reference purposes only and are not to be used for purposes of interpretation.
 2. The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.

(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or

(b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:

(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any 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;

or

(c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

(4) For the purposes of paragraph (3) of this article:

(a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the arbitration agreement;

(b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

(5) This Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law.

Article 2. Definitions and rules of interpretation

For the purposes of this Law:

- (a) “arbitration” means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution;
- (b) “arbitral tribunal” means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;
- (c) “court” means a body or organ of the judicial system of a State;
- (d) where a provision of this Law, except article 28, leaves the parties free to determine a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an institution, to make that determination;
- (e) where a provision of this Law refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree or in any other way refers to an agreement of the parties, such agreement includes any arbitration rules referred to in that agreement;
- (f) where a provision of this Law, other than in articles 25(a) and 32(2)(a), refers to a claim, it also applies to a counter-claim, and where it refers to a defence, it also applies to a defence to such counter-claim.

Article 2 A. International origin and general principles

(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

- (1) In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith.
- (2) Questions concerning matters governed by this Law which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which this Law is based.

Article 3. Receipt of written communications

(1) Unless otherwise agreed by the parties:

- (a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at his place of business, habitual residence or mailing address; if none of these can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee's last-known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or any other means which provides a record of the attempt to deliver it;
- (b) the communication is deemed to have been received on the day it is so delivered.

(2) The provisions of this article do not apply to communications in court proceedings.

Article 4. Waiver of right to object

A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.

Article 5. Extent of court intervention

In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.

Article 6. Court or other authority for certain functions of arbitration assistance and supervision

The functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) and 34(2) shall be performed by ... [Each State enacting this model law specifies the court, courts or, where referred to therein, other authority competent to perform these functions.]

CHAPTER II. ARBITRATION AGREEMENT

Option I

*Article 7. Definition and form of arbitration agreement
(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)*

(1) “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(2) The arbitration agreement shall be in writing.

(3) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

(4) The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; “electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages; “data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means,

including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

(5) Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.

(6) The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.

Option II

Article 7. Definition of arbitration agreement

(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

“Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.

Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 9. Arbitration agreement and interim measures by court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

CHAPTER III. COMPOSITION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 10. Number of arbitrators

- (1) The parties are free to determine the number of arbitrators.
- (2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

Article 11. Appointment of arbitrators

- (1) No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.
- (2) The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5) of this article.
- (3) Failing such agreement,
 - (a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6;

(b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.

(4) Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties,

(a) a party fails to act as required under such procedure, or

(b) the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure, or

(c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such procedure, any party may request the court or other authority specified in article 6 to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

(5) A decision on a matter entrusted by paragraph (3) or (4) of this article to the court or other authority specified in article 6 shall be subject to no appeal. The court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of a sole or third arbitrator, shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.

Article 12. Grounds for challenge

(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the

arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

(2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

Article 13. Challenge procedure

(1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph (3) of this article.

(2) Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance referred to in article 12(2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

(3) If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph (2) of this article is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on the challenge, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 14. Failure or impossibility to act

(1) If an arbitrator becomes *de jure* or *de facto* unable to perform his functions or for other reasons fails to act without undue delay, his mandate terminates if he withdraws from his office or if the parties agree on the termination. Otherwise, if a controversy remains concerning any of these grounds, any party may request the court or other authority specified in article 6 to decide on the termination of the mandate, which decision shall be subject to no appeal.

(2) If, under this article or article 13(2), an arbitrator withdraws from his office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this article or article 12(2).

Article 15. Appointment of substitute arbitrator

Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

CHAPTER IV. JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of

a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

CHAPTER IV A. INTERIM MEASURES AND PRELIMINARY ORDERS

(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

Section 1. Interim measures

Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.

(2) An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to:

- (a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute;
- (b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;
- (c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or
- (d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.

Article 17 A. Conditions for granting interim measures

(1) The party requesting an interim measure under article 17(2)(a), (b) and (c) shall satisfy the arbitral tribunal that:

(a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and

(b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.

(2) With regard to a request for an interim measure under article 17(2)(d), the requirements in paragraphs (1)(a) and (b) of this article shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate.

Section 2. Preliminary orders

Article 17 B. Applications for preliminary orders and conditions for granting preliminary orders

(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party may, without notice to any other party, make a request for an interim measure together with an application for a preliminary order directing a party not to frustrate the purpose of the interim measure requested.

(2) The arbitral tribunal may grant a preliminary order provided it considers that prior disclosure of the request for the interim measure to the party against whom it is directed risks frustrating the purpose of the measure.

(3) The conditions defined under article 17A apply to any preliminary order, provided that the harm to be assessed under article 17A(1)(a), is the harm likely to result from the order being granted or not.

Article 17 C. Specific regime for preliminary orders

(1) Immediately after the arbitral tribunal has made a determination in respect of an application for a preliminary order, the arbitral tribunal shall give notice to all parties of the request for the interim measure, the application for the preliminary order, the preliminary order, if any, and all other communications, including by indicating the content of any oral communication, between any party and the arbitral tribunal in relation thereto.

(2) At the same time, the arbitral tribunal shall give an opportunity to any party against whom a preliminary order is directed to present its case at the earliest practicable time.

(3) The arbitral tribunal shall decide promptly on any objection to the preliminary order.

(4) A preliminary order shall expire after twenty days from the date on which it was issued by the arbitral tribunal. However, the arbitral tribunal may issue an interim measure adopting or modifying the preliminary order, after the party against whom the preliminary order is directed has been given notice and an opportunity to present its case.

(5) A preliminary order shall be binding on the parties but shall not be subject to enforcement by a court. Such a preliminary order does not constitute an award.

Section 3. Provisions applicable to interim measures and preliminary orders

Article 17 D. Modification, suspension, termination

The arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure or a preliminary order it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal's own initiative.

Article 17 E. Provision of security

- (1) The arbitral tribunal may require the party requesting an interim measure to provide appropriate security in connection with the measure.
- (2) The arbitral tribunal shall require the party applying for a preliminary order to provide security in connection with the order unless the arbitral tribunal considers it inappropriate or unnecessary to do so.

Article 17 F. Disclosure

- (1) The arbitral tribunal may require any party promptly to disclose any material change in the circumstances on the basis of which the measure was requested or granted.
- (2) The party applying for a preliminary order shall disclose to the arbitral tribunal all circumstances that are likely to be relevant to the arbitral tribunal's determination whether to grant or maintain the order, and such obligation shall continue until the party against whom the order has been requested has had an opportunity to present its case. Thereafter, paragraph (1) of this article shall apply.

Article 17 G. Costs and damages

The party requesting an interim measure or applying for a preliminary order shall be liable for any costs and damages caused by the measure or the order to any party if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the measure or the order should not have been granted. The arbitral tribunal may award such costs and damages at any point during the proceedings.

Section 4. Recognition and enforcement of interim measures

Article 17 H. Recognition and enforcement

- (1) An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17 I.
- (2) The party who is seeking or has obtained recognition or enforcement of an interim measure shall promptly inform the court of any termination, suspension or modification of that interim measure.
- (3) The court of the State where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, order the requesting party to provide appropriate security if the arbitral tribunal has not already made a determination with respect to security or where such a decision is necessary to protect the rights of third parties.

Article 17 I. Grounds for refusing recognition or enforcement³

- (1) Recognition or enforcement of an interim measure may be refused only:
- (a) At the request of the party against whom it is invoked if the court is satisfied that:

3. The conditions set forth in article 17 I are intended to limit the number of circumstances in which the court may refuse to enforce an interim measure. It would not be contrary to the level of harmonization sought to be achieved by these model provisions if a State were to adopt fewer circumstances in which enforcement may be refused.

- (i) Such refusal is warranted on the grounds set forth in article 36(1)(a)(i), (ii), (iii) or (iv); or
- (ii) The arbitral tribunal's decision with respect to the provision of security in connection with the interim measure issued by the arbitral tribunal has not been complied with; or
- (iii) The interim measure has been terminated or suspended by the arbitral tribunal or, where so empowered, by the court of the State in which the arbitration takes place or under the law of which that interim measure was granted; or

(b) If the court finds that:

- (i) The interim measure is incompatible with the powers conferred upon the court unless the court decides to reformulate the interim measure to the extent necessary to adapt it to its own powers and procedures for the purposes of enforcing that interim measure and without modifying its substance; or
- (ii) Any of the grounds set forth in article 36(1)(b)(i) or (ii), apply to the recognition and enforcement of the interim measure.

(2) Any determination made by the court on any ground in paragraph (1) of this article shall be effective only for the purposes of the application to recognize and enforce the interim measure. The court where recognition or enforcement is sought shall not, in making that determination, undertake a review of the substance of the interim measure.

Section 5. Court-ordered interim measures

Article 17 J. Court-ordered interim measures

A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.

CHAPTER V. CONDUCT OF ARBITRAL PROCEEDINGS

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.

Article 19. Determination of rules of procedure

- (1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.
- (2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

Article 20. Place of arbitration

(1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

(2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.

Article 21. Commencement of arbitral proceedings

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Article 22. Language

(1) The parties are free to agree on the language or languages to be used in the arbitral proceedings. Failing such agreement, the arbitral tribunal shall determine the language or languages to be used in the proceedings. This agreement or determination, unless otherwise specified therein, shall apply to any written statement by a party, any hearing and any award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

(2) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Article 23. Statements of claim and defence

(1) Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement his claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow such amendment having regard to the delay in making it.

Article 24. Hearings and written proceedings

(1) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.

(2) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

(3) All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document on which the arbitral

tribunal may rely in making its decision shall be communicated to the parties.

Article 25. Default of a party

Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause,

(a) the claimant fails to communicate his statement of claim in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall terminate the proceedings;

(b) the respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall continue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;

(c) any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it.

Article 26. Expert appointed by arbitral tribunal

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal

(a) may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal;

(b) may require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for his inspection.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert shall, after delivery of

his written or oral report, participate in a hearing where the parties have the opportunity to put questions to him and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

Article 27. Court assistance in taking evidence

The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

CHAPTER VI. MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28. Rules applicable to substance of dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

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

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Article 29. Decision-making by panel of arbitrators

In arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.

Article 30. Settlement

(1) If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.

(2) An award on agreed terms shall be made in accordance with the provisions of article 31 and shall state that it is an award. Such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case.

Article 31. Form and contents of award

(1) The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated.

(2) The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.

(3) The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place.

(4) After the award is made, a copy signed by the arbitrators in accordance with paragraph (1) of this article shall be delivered to each party.

Article 32. Termination of proceedings

(1) The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.

(2) The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when:

(a) the claimant withdraws his claim, unless the respondent objects thereto and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute;

(b) the parties agree on the termination of the proceedings;

(c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.

(3) The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of articles 33 and 34(4).

Article 33. Correction and interpretation of award; additional award

(1) Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties:

- (a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;
- (b) if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award.

If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.

(2) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1)(a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.

(4) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article.

(5) The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.

CHAPTER VII. RECOURSE AGAINST AWARD

Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was 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 this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(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, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the

parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

(3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity 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.

CHAPTER VIII. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AWARDS

Article 35. Recognition and enforcement

(1) An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.

(2) The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the original award or a copy thereof. If the award is not made in an official language of this State, the court may request the party to supply a translation thereof into such language.⁴

(Article 35(2) has been amended by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

Article 36. Grounds for refusing recognition or enforcement

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:

- (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was 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
- (ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or
- (iii) the award deals with a dispute 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

4. The conditions set forth in this paragraph are intended to set maximum standards. It would, thus, not be contrary to the harmonization to be achieved by the model law if a State retained even less onerous conditions.

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

(iv) the composition of the arbitral tribunal 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

(v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or

(b) if the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

(2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1)(a)(v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

For further information see the UNCITRAL website at <www.uncitral.org> or contact the UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Telephone: (+43-1) 26060-4060 Telefax: (+43-1) 26060-5813

Internet: <www.uncitral.org>; E-mail: uncitral@uncitral.org

ANNEX III

The UNCITRAL Recommendation 2006

Recommendation Regarding the Interpretation of Article II, Paragraph 2, and Article VII, Paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Done in New York, 10 June 1958, Adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006.

The United Nations Commission on International Trade Law,

Recalling General Assembly resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966, which established the United Nations Commission on International Trade Law with the object of promoting the progressive harmonization and unification of the law of international trade by, inter alia, promoting ways and means of ensuring a uniform interpretation and application of international conventions and uniform laws in the field of the law of international trade,

Conscious of the fact that the different legal, social and economic systems of the world, together with different levels of development, are represented in the Commission,

Recalling successive resolutions of the General Assembly reaffirming the mandate of the Commission as the core legal body within the United Nations system in the field of international trade law to coordinate legal activities in this field,

Convinced that the wide adoption of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York on 10 June 1958, has been a significant achievement in the promotion of the rule of law, particularly in the field of international trade,

Recalling that the Conference of Plenipotentiaries which prepared and opened the Convention for signature adopted a resolution, which states,

inter alia, that the Conference “considers that greater uniformity of national laws on arbitration would further the effectiveness of arbitration in the settlement of private law disputes”,

Bearing in mind differing interpretations of the form requirements under the Convention that result in part from differences of expression as between the five equally authentic texts of the Convention,

Taking into account article VII, paragraph 1, of the Convention, a purpose of which is to enable the enforcement of foreign arbitral awards to the greatest extent, in particular by recognizing the right of any interested party to avail itself of law or treaties of the country where the award is sought to be relied upon, including where such law or treaties offer a regime more favourable than the Convention,

Considering the wide use of electronic commerce,

Taking into account international legal instruments, such as the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, as subsequently revised, particularly with respect to article 7, the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures and the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts,

Taking into account also enactments of domestic legislation, as well as case law, more favourable than the Convention in respect of form requirement governing arbitration agreements, arbitration proceedings and the enforcement of arbitral awards,

Considering that, in interpreting the Convention, regard is to be had to the need to promote recognition and enforcement of arbitral awards,

1. *Recommends* that article II, paragraph 2, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, be applied recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive;

2. *Recommends also* that article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, should be applied to allow any interested party to avail itself of rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agreement is sought to be relied upon, to seek recognition of the validity of such an arbitration agreement.

For further information see the UNCITRAL website at <www.uncitral.org> or contact the UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Telephone: (+43-1) 26060-4060 Telefax: (+43-1) 26060-5813

Internet: <www.uncitral.org>; E-mail: uncitral@uncitral.org

ANNEX IV

Online Sources

Case law on the New York Convention can be searched online on the ICCA website:

<www.arbitration-icca.org>

The website is free. It contains a list of the over 1,666 court decisions applying the Convention that have been published since 1976 in the leading publication in this field, ICCA's *Yearbook Commercial Arbitration*. Decisions are indexed by Article of the Convention and by topic. The decisions themselves are published in the volumes of the *Yearbook* and are also available by subscription in the KluwerArbitration database at <www.kluwerarbitration.com>. All materials in this database are fully searchable through a variety of search tools.

Case law on the Convention can also be searched online on the New York Convention website of the University of Miami, USA:

<www.newyorkconvention.org>

The website is free. It also contains a list of the Convention decisions published in the *Yearbook* since 1976, indexed by Article and topic, as well as

- the authentic texts of the New York Convention;
- translations of the Convention in several languages;
- a commentary by Professor Albert Jan van den Berg;
- a list of Contracting States.

NOTES

