

INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION

PANDUAN ICCA UNTUK PENTAFSIRAN
KONVENSIEN NEW YORK 1958:

BUKU PANDUAN UNTUK HAKIM-HAKIM

INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION

PANDUAN ICCA UNTUK PENTAFSIRAN
KONVENSYEN NEW YORK 1958:

BUKU PANDUAN UNTUK HAKIM-HAKIM

dengan bantuan
Permanent Court of Arbitration
Peace Palace, Den Hague



Diterbitkan oleh International Council for Commercial Arbitration
<www.arbitration-icca.org>

ISBN 978-94-92405-26-5

Hak cipta terpelihara.

© 2021 International Council for Commercial Arbitration

© International Council for Commercial Arbitration (ICCA). Hak cipta terpelihara. International Council for Commercial Arbitration (ICCA) ingin mendorong penggunaan Panduan ini untuk pembelajaran dan penggalakkan timbang tara. Oleh itu, adalah dibenarkan untuk mengeluarkan ulang atau menyalin Panduan ini, dengan syarat Panduan ini dikeluarkan dengan tepat, tanpa perubahan dan mengikut konteks yang tidak mengelirukan, dan dengan syarat bahawa penulisan dan hak cipta ICCA diakui dengan jelas.

Untuk maklumat lebih lanjut, sila hubungi kami di icca@pca-cpa.org.

NOTA PENTERJERMAH

Panduan ICCA Untuk Pentaafsiran Konvensyen New York 1958 ini diterjemahkan oleh:

SYUKRAN SYAFIQ, memegang ijazah sarjana muda LLB (Hons) dari Oxford Brookes University dan ijazah sarjana MA (International Law and International Relations) dari Oxford Brookes University. Beliau melengkapkan pengajian Bar Professional Training Course di BPP Law School, London. Beliau didaftarkan sebagai seorang Peguambela & Peguamcara Mahkamah Tinggi Malaya pada tahun 2016.

Terjemahan Bahasa Melayu ini berdasarkan teks Bahasa Inggeris asal Panduan ini. Oleh itu, ia mengandungi tarikh dan nombor terkini pada Mei 2011.

KATA PENGANTAR OLEH PROFESSOR PIETER SANDERS SEBAGAI EDITOR UMUM KHAS

Konvensyen New York 1958 merupakan instrumen multilateral yang paling berjaya dalam bidang undang-undang perdagangan antarabangsa. Ia adalah pusat tumpuan dalam triti-triti dan undang-undang timbangtara yang memastikan award timbangtara dan perjanjian timbang tara diterima. Mahkamah di seluruh dunia telah menerap dan mentafsirkan Konvensyen ini lebih dari lima puluh tahun, dalam fesyen yang semakin bersatu dan harmoni.

Saya pada 1958 telah mengambil bahagian dalam penggubalan Konvensyen ini sebagai wakil dari *The Netherland*. Kami memulakan kerja kami pada draf yang pada asalnya dihasilkan oleh *International Chamber of Commerce* (ICC) pada tahun 1955. Draft ICC ini disediakan untuk tujuan penguatkuasaan award “antarabangsa”. Ia telah dibentangkan kepada *United Nations Economic and Social Council* (ECOSOC). ECOSOC menukar draf itu untuk diterapkan bagi award-award “asing”. Inilah draf yang diusahakan dalam Persidangan itu dari 20 Mei hingga 10 Jun 1958.

Perubahan dan tambahan telah dibuat kepada draf itu yang membawa kepada apa yang dikenali sebagai “*Dutch Proposal*”. Salah satu perubahan ialah penghapusan keperluan *eksekuatur* berganda, supaya kemungkinan untuk menyampaikan award-award untuk penguatkuasaan tanpa terlebih dahulu mendapatkan pengisytiharan penguatkuasaan dari mahkamah tempatan negara ia diberikan. Satu lagi perubahan adalah menyekat alasan-alasan yang digunakan untuk penolakan award kepada tujuh alasan-alasan yang disenaraikan dalam Artikel V dan mengalihkan beban membuktikan alasan-alasan ini kepada pihak yang menentang penguatkuasaan. Ketujuh-tujuh alasan yang disenaraikan dalam Konvensyen ini menjadi alasan-alasan eksklusif untuk penolakan. Beban pembukti tetakluk pada pihak yang

menentang penguatkuasaan dan alasan yang terhad untuk penolakan kini diakui sebagai ciri-ciri utama Konvensyen ini.

Artikel II Konvensyen telah ditambahkan dalam tahap penggubalan akhir, hasil dari *Dutch Proposal*. Ia memeruntukkan bahawa mahkamah hendaklah merujuk pihak-pihak kepada timbang tara apabila pihak bergantung pada perjanjian yang sah. Draf yang diusahakan disediakan hanya bagi penguatkuasaan award timbangtara asing. Termasuk satu peruntukan mengenai penguatkuasaan perjanjian timbangtara yang lebih cekap daripada peraturan terdahulu yang wujud dalam dua instrumen: 1923 *Geneva Protocol on Arbitration Clauses* dan 1927 *Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*.

Bagi menyatukan dan mengharmonikan penerapan Konvensyen New York, sistem sedunia yang efektif untuk pelaporan kes-kes yang menyerap Kovensyen ini diperlukan. Itulah sebabnya penerbitan *ICCA Yearbook Commercial Arbitration* dimulakan pada tahun 1976. Saya adalah Editor Amnya. Sejak itu, tiga puluh lima jilid telah diterbitkan. *Yearbook* ini juga boleh didapati secara dalam talian di www.KluwerArbitration.com. *Yearbook* ini telah melaporkan 1,666 keputusan mahkamah Konvensyen New York daripada 65 negara di antara 145 negara yang telah menyetujui dengan Konvensyen tersebut.

Konvensyen ini adalah progresif. Profesor Matteucci, perwakilan Persidangan dari Itali, menyebutnya sebagai “inovasi yang sangat berani”. Konvensyen ini telah menerusi dan bertahan untuk masa yang panjang. Lebih dari lima puluh tahun kemudian, kita masih dapat melihat adaptasi yang bermanfaat mengenai tafsiran teksnya yang menanggapi kepada teknologi dan amalan moden.

Undang-undang *Model* mengenai Penimbangtaraan Komersial Antarabangsa yang dikeluarkan oleh UNCITRAL (the *United Nations Commission on International Trade Law*) pada tahun 1985, dan seperti yang dipinda pada tahun 2006, telah diterima pakai di lebih daripada

tujuh puluh negara dan negeri persekutuan. Seseengah negara telah menggunakan Undang-undang *Model* tanpa sebarang perubahan. Yang lain telah menggubal undang-undang timbangtara moden yang terinspirasi daripada Undang-undang *Model*. Apabila negara menerima pakai undang-undang timbangtara moden, mahkamah boleh bergantung kepada peruntukan yang lebih baik seperti yang diperuntukkan oleh Artikel VII Konvensyen.

Undang-undang timbangtara moden seperti itu juga boleh mengandungi peruntukan mengenai prosedur untuk penguatkuasaan award. Konvensyen ini hanya menetapkan dokumen-dokumen yang dikemukakan kepada mahkamah (Artikel IV) dan bahawa tidak ada syarat yang lebih berat atau bayaran yang lebih tinggi boleh dikenakan daripada penguatkuasaan anugerah domestik (Artikel III). Sekretariat UNCITRAL, bersama-sama dengan *International Bar Association*, telah mengkaji syarat-syarat ini dan menentukan dalam laporannya pada tahun 2008 bahawa “terdapat penyelesaian-penyelesaian yang mencapah bagi banyak syarat prosedur yang berbeza dalam pengawalan pengiktirafan dan penguatkuasaan award di bawah Konvensyen” (Laporan *United Nations Commission on International Trade Law A/63/17* perenggan 355, ms. 71) dan telah mencadangkan agar Sekretariat berfungsi untuk mengusahakan panduan untuk membina Konvensyen bagi menggalak tafsiran dan pemakaian yang seragam. Panduan sebegini boleh memperkenalkan peraturan seragam untuk proses penguatkuasaan.

Inisiatif ICCA untuk menjelmakan Buku Panduan *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* adalah tambahan yang dialu-alukan untuk menyandingi *ICCA Yearbook*. Ia menetapkan soalan-soalan yang akan dijawab dan langkah-langkah yang akan diikuti oleh mahkamah apabila memakai Konvensyen New York secara ringkas, jelas dan terus-terang yang menyerahi kecenderungan pro-penguatkuasaan Konvensyen. Saya

KATA PENGANTAR

menjangkakan bahawa Panduan ini akan berfungsi sebagai alatan yang efektif dalam memajukan motto yang saya ulangi pada banyak masa: *Vivat, Floreat et Crescat New York Convention 1958*.

Pieter Sanders
Schiedam, April 2011

PENGENALAN

Neil Kaplan

Idea untuk adanya Panduan Konvensyen Pengiktirafan dan Penguatkuasaan Award Timbangtara Asing, yang dilakukan di New York pada 10 Jun 1958, yang dikenali sebagai Konvensyen New York, pada asasnya diwujudkan pada lima tahun pertama 1990-an yang pada masa itu saya adalah satu-satunya hakim yang bertanggungjawab ke atas Senarai Timbangtara dan Pembinaan bagi Mahkamah Tinggi Hong Kong.

Sebelum menjadi seorang hakim, saya berurus dengan perkara timbangtara dan Konvensyen New York sebagai peguam yang mengamal. Oleh kerana Konvensyen kini diterap di 145 Negeri dan penggunaan timbangtara antarabangsa telah berkembang dengan pesat sejak 25 tahun yang lalu, fikiran saya telah beralih kepada semua hakim di seluruh dunia yang mungkin tidak terbiasa dengan Konvensyen dan tafsiran semasanya.

Saya rasa senang hati kerana kebimbangan saya dikongsi oleh beberapa rakan saya di *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) dan terharu apabila mereka bersetuju untuk membantu menulis Panduan ini. Profesor Gabrielle Kaufmann-Kohler adalah seorang akademik unggul yang memegang jawatan sebagai Pengerusi bagi *Private International Law* di Universiti Geneva dan juga sebagai seorang penimbangtara antarabangsa yang sangat aktif, khususnya, dalam pertikaian pelaburan. Beliau adalah rakan kongsi dalam firma guaman Levy Kaufmann-Kohler. Profesor Guido Tawil memegang jawatan sebagai Pengerusi bagi *Administrative Law* di *Universiti Buenos Aires Law School* dan beliau adalah rakan kongsi senior di firma undang-undang Buenos Aires M & M Bomchil. Beliau juga seorang penimbang

tara yang berpengalaman. Kim Rooney adalah rakan kongsi Asia di pejabat White & Case di Hong Kong dan kini mengamal di badan peguam Hong Kong. Marike Paulson adalah pengarang-bersama kepada Profesor Albert Jan van den Berg untuk edisi kedua karya seminalnya mengenai Konvensyen New York (*The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer, 1981)). Beliau adalah peguam dengan firma undang-undang berpangkalan di Brussels, *Hanotiau and Van den Berg*. Kami telah banyak dibantu dan dipandu oleh pasukan editorial yang terdiri daripada Judy Freedberg, Silvia Borelli dan Alice Siegel, yang kesemuanya telah bertanggungjawab ke atas penerbitan ICCA.

Panduan ini bertujuan untuk menyediakan garis panduan Konvensyen dan memberi panduan kepada hakim yang menentukan penerapan di bawah Konvensyen mengenai skop, tafsiran dan penerapannya. Ia dimaksudkan sebagai Panduan ringkas yang ditulis dalam bahasa ringkas yang akan berfungsi sebagai peta jalan untuk kajian yang lebih menyeluruh, jika perlu. Panduan ini direka untuk memberi jawapan kepada soalan-soalan individu yang mungkin timbul pada mana-mana peringkat penerapan Konvensyen, bukannya menjadi rujukan kerja komprehensif. Kami menangani Panduan ini kepada hakim-hakim yang merupakan bahagian penting dalam menjadikan Konvensyen ini berjaya.

Diharapkan Panduan ini bukan hanya menarik minat para hakim, tetapi juga kepada para pelajar, guru dan pengamal. Kami telah berusaha untuk mengelak dari wacana akademik sebanyak mungkin tetapi ini tidak selalu dapat dicapai. Beberapa kes yang hangat dibincangkan dan kontroversi yang menimbulkan banyak keminatan di kalangan komuniti akademik adalah tidak memikat bagi penerapan biasa Konvensyen tersebut. Walaupun beberapa kes akan dirujuk untuk mengilustrasikan satu perkara atau persoalan yang kita telah cuba untuk menghadkannya kepada prinsip-prinsip penting.

Kami telah menghadkan pemeriksaan kami kepada aspek-aspek penting Konvensyen. Maklumat mendalam boleh didapati dalam kerja-kerja Profesor *Van den Berg* dalam tempoh tahun 1981 dan edisi keduanya, yang dijangka akan diterbitkan pada tahun 2012. Satu lagi sumber maklumat terperinci adalah ekstrak keputusan mahkamah yang menerap Konvensyen dan Ulasan-ulasan kepada keputusan mahkamah yang diterbitkan setiap tahun sejak tahun 1976 dalam buku tahunan *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, dan bab mengenai penerapan Konvensyen New York dalam buku panduan *ICCA International Handbook Commercial Arbitration*.

Konvensyen ini adalah berdasarkan kepada kecenderungan pro-penguatkuasaan. Ia memudahkan dan melindungi penguatkuasaan perjanjian timbangtara dan award timbangtara dan dengan berbuat demikian ia memanfaatkan perdagangan dan perdagangan antarabangsa. Ia menyediakan langkah tambahan bagi keselamatan komersial bagi pihak-pihak yang memasuki transaksi rentas sempadan.

Kejayaan arbitrase komersil antarabangsa moden telah dibina di atas tunggak kembar Konvensyen dan Undang-undang Model UNCITRAL mengenai Penimbangtaraan Komersial Antarabangsa 1985 (dan dipinda 2006) (lihat teks penuh, **Lampiran I** dan **II**). Yang terakhir menjadi asas bagi Negeri-negeri tanpa undang-undang timbangtara untuk menerima pakai satu yang telah siap sedia atau menggantikan satu yang ketinggalan zaman. Bidang kuasa lain telah membuat undang-undang baru, yang, walaupun tidak betul-betul Undang-undang Model, adalah berasaskan pada dasarnya.

Semua ini telah banyak menyumbang untuk mencapai harmonisasi undang-undang timbangtara antarabangsa yang seterusnya membantu dalam mencapai kebolehmualan dan kepastian – kualiti-kualiti yang banyak dikehendaki oleh komuniti perniagaan antarabangsa.

Pertumbuhan muktamad bagi peraturan perundangan, pengembangan timbangtara antarabangsa untuk menyelesaikan pertikaian rentas sempadan, dan penguatkuasaan award bergantung kepada daulat mahkamah negara.

Dengan itu diharapkan Panduan ini juga akan memainkan peranan kecilnya dalam membantu para hakim di seluruh dunia untuk mengambil bahagian dalam proses pengharmonian yang berterusan ini dan menggunakan Konvensyen dengan cara yang selaras dengan ciri-ciri dan semangatnya.

Dalam Panduan ini, kita akan menggariskan tujuan Konvensyen sebagai instrumen undang-undang antarabangsa, termasuk penerapannya untuk perjanjian timbangtara serta pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbangtara tertentu (Bab I). Kami akan menangani skopnya dan sifat perjanjian timbangtara dan award yang mana ia diterapi. Kami akan menerangkan sejauh mana Negeri boleh menghadkan skop Konvensyen dengan memilih untuk membuat perizaban mengenai persalingan dan perdagangan masing-masing. Kami akan membincangkan hubungan antara Konvensyen, undang-undang domestik dan rejim penguatkuasaan lain, dan jenis standard undang-undang yang Konvensyen kenakan ke atas penandatanganannya. Kami akan menerangkan kewajiban antarabangsa suatu negeri penandatanganan untuk mematuhi Konvensyen, dan kemungkinan akibatnya jika tidak (Bab I). Kami akan menggariskan prinsip-prinsip Konvensyen yang terlibat dalam mempertimbangkan permintaan untuk penguatkuasaan perjanjian timbang tara (Bab II) dan untuk pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbangtara (Bab III) masing-masing.

Kebanyakan kes yang hadir di hadapan mahkamah melibatkan isu yang berkaitan dengan perjanjian timbangtara itu sendiri dan bukannya mengenai penerapan untuk menguatkuasakan award-award. Isu-isu yang berkaitan dengan penguatkuasaan perjanjian

timbangtara dan bukannya penguatkuasaan award sebenar boleh datang ke hadapan mahkamah secara tidak langsung. Sebagai contoh, satu pihak mungkin memohon kepada mahkamah negara untuk pelantikan seorang penimbangtara di mana mekanisma yang dipersetujui untuk pelantikan telah rosak ataupun tidak wujud. Dalam menimbangkan bidang kuasanya untuk melantik mahkamah mungkin juga boleh diminta untuk memerintah kesahihan perjanjian untuk menimbangtara yang juga tentunya merupakan prasyarat untuk pelantikan. Isu ini mungkin juga timbul di mana mahkamah diminta untuk memberikan beberapa jenis tindakan interim dalam menyokong timbangtara.

Hakim mestilah menyedari isu-isu yang berpotensi ini dan diharapkan Panduan ini akan meningkatkan kesedaran tersebut. Di sesetengah negara pengamal-pengamal mungkin jauh lebih bijak masa menghadapi masalah-masalah dan isu-isu yang timbul dalam timbangtara antarabangsa tetapi di sesetengah bidangkuasa bilangan pengamal-pengamal jenis tersebut adalah terhad yang memberi beban yang lebih tinggi kepada hakim untuk mengenali dan memberi tumpuan kepada isu-isu yang berkaitan dengan Konvensyen. Diharapkan Panduan ini akan membantu proses ini.

ICCA sungguh sukacita bahawa Profesor Pieter Sanders telah bersetuju untuk memberikan Kata Pendahuluan sebagai Editor Am Kehormat bagi Panduan ini. Bukan sahaja beliau adalah tokoh utama dalam bidang timbangtara komersil antarabangsa untuk bertahun-tahun tetapi ketika beliau menjejak ulang tahunnya yang ke 100 beliau juga merupakan satu-satunya ahli yang masih hidup sebagai jawatankuasa penggubalan Konvensyen tersebut.* Oleh itu, adalah

* *Nota dari Penterjemah:* Professor Sanders telah meninggal dunia pada bulan September 2012, 18 bulan selepas penerbitan asal Panduan ini dalam versi Bahasa Inggeris.

sepenuhnya sesuai bahawa Panduan ini harus diterbitkan di bawah bimbingannya.

Kata-kata mengenai ICCA

ICCA ditubuhkan pada Mei 1961 oleh sekumpulan pakar-pakar dan rakan-rakan dalam bidang timbangtara komersil antarabangsa. Ia adalah organisasi-bukan-kerajaan sedunia yang didedikasikan untuk mempromosikan dan membangunkan timbangtara, perdamaian dan lain-lain jenis penyelesaian pertikaian antarabangsa. Ahli-ahli datang dari pelbagai bidangkuasa dan semuanya terlibat dalam penimbangtaraan antarabangsa sebagai peguam, penimbangtara, sarjana dan anggota badan kehakiman.

Setiap dua tahun ICCA mengadakan Kongres atau Persidangan yang merupakan salah satu acara utama dalam kalender timbangtara antarabangsa. Yang terakhir diadakan pada bulan Mei 2010 di Rio de Janeiro dan menarik lebih dari 900 peserta dari seluruh dunia. Kongres ICCA seterusnya akan diadakan di Singapura pada tahun 2012.

ICCA bukan institusi timbangtara; ia tidak mentadbir timbangtara atau bertindak sebagai pihak berkuasa yang melantik. ICCA mungkin paling terkenal dengan penerbitannya. Sejak tahun 1976, lebih daripada 1,600 keputusan mahkamah yang menerapi Konvensyen New York, dari lebih daripada 60 buah negara, telah dilaporkan dalam *Yearbook Commercial Arbitration. International Handbook on Commercial Arbitration* mengandungi laporan terkini mengenai undang-undang timbangtara dan amalan di lebih daripada 70 negara. *ICCA Congress Series* menerbitkan kertas mengenai acara-acara ICCA.

Semua penerbitan ICCA juga boleh didapati secara dalam talian di <www.kluwerarbitration.com> (langganan diperlukan). Maklumat lanjut mengenai ICCA dan penerbitan ICCA boleh didapati di laman

PENGENALAN

web percuma di <www.arbitration-icca.org>. Laman web ICCA juga menyediakan alat carian untuk memilih keputusan mahkamah berdasarkan senarai perkara.

ISI KANDUNGAN

KATA PENGANTAR , <i>Professor Pieter Sanders, Honorary General Editor</i>	vii
PENGENALAN , Neil Kaplan	xi
ISI KANDUNGAN	xix

SENARAI SEMAK UNTUK HAKIM YANG BEKERJA DENGAN KONVENSYEN NEW YORK	1
--	---

GAMBARAN UMUM	9
----------------------	---

BAB I

KONVENSYEN NEW YORK SEBAGAI SATU INSTRUMEN UNDANG-UNDANG ANTARABANGSA	13
I. PENTAFSIRAN	14
I.1. Perjanjian Pentafsiran: Konvensyen Vienna	
I.2. Pentafsiran Yang Memihak Kepada Pengiktirafan dan Penguakuasaan: Bias Pro-Penguatkuasaan	
II. SKOP MATERIAL PENGAPLIKASIAN	18
II.1. Award Timbang Tara	
II.1.1. Pentafsiran Autonomi	
II.1.2. Pendekatan Konflik-Undang-Undang	
II.2. Perjanjian Timbang Tara	
III. SKOP WILAYAH PENGAPLIKASIAN	24
III.1. Award	
III.1.1. Award Yang Diberi dalam Wilayah Sesebuah Negara bukan Negara di mana Pengiktirafan dan Penguatkuasaan Dituntuti	
III.1.2. Award Bukan-Domestik	
III.2. Perjanjian Timbang Tara	
IV. PENRIZABAN	28
IV.1. Persalingan (<i>Artikel I(3) Ayat Pertama</i>)	

ISI KANDUNGAN

IV.2.	Sifat Komersil (<i>Artikel 1(3) Ayat Kedua</i>)	
V.	HUBUNGAN DENGAN UNDANG-UNDANG DOMESTIK DAN TRITI-TRITI YANG LAIN (ARTIKEL VII)	30
V.1.	Undang-Undang yang Lebih Memanfaatkan	
V.2.	Konvensyen New York dan Triti-Triti Antarabangsa yang Lain	
V.3.	Konvensyen New York dan Undang-Undang Nasional	
VI.	AKIBAT-AKIBAT TIDAK-PENGAPLIKASIAN KONVENSYEN NEW YORK	35
VI.1.	Perlanggaran Konvensyen New York	
VI.2.	Perlanggaran Triti Pelaburan	
VI.3.	Award adalah Tidak Dipengaruhi	
BAB II		
	PERMOHONAN UNTUK PENGUATKUASAAN PERJANJIAN TIMBANG TARA	39
I.	Pengenalan	42
II.	CIRI-CIRI ASAS RANG UNDANG-UNDANG KONVENSYEN PERJANJIAN TIMBANG TARA	44
II.1.	Perjanjian Timbang Tara Adalah Dianggap Sah	
II.2.	Pihak-pihak Perjanjian Timbang Tara Yang Sah Harus Dirujuk Kepada Penimbangtaraan	
II.3.	Cara Untuk Merujuk Pihak-pihak Terlibat Kepada Penimbangtaraan	
II.4.	Tiada Rujukan <i>Ex Officio</i>	
III.	PRINSIP-PRINSIP YANG DITERIMA SECARA UMUM	46
III.1.	Penimbangtara Mempunyai Bidang Kuasa Untuk Menentukan Bidang Kuasa Sendiri	
III.2.	Skop Kajian Semula Mahkamah Terhadap Cabaran Bidang Kuasa Timbang Tara	

- III.3. Klausula Timbang Tara Biasanya Tidak Terjejas Oleh Kerana Ketidaksahan Kontrak Utama
- III.4. Rangka Masa Permohonan Rujukan Dalam Perjalanan Prosiding Mahkamah
- III.5. Tiada Balasan Yang Diperlukan Untuk Prosiding Timbang Tara Serentak
- IV. PETA JALAN UNTUK ARTIKEL 2** 49
- IV.1. Adakah Perjanjian Timbang Tara Berada Di Bawah Skop Konvensyen?
- IV.2. Adakah Perjanjian Timbang Tara Dibuktikan Secara Bertulis?
 - IV.2.1. Latar Belakang Teori
 - IV.2.2. Amalan
 - (i) Klausula timbang tara yang dimasukkan di dalam dokumen yang dirujuk di dalam dokumen kontrak utama (isu “pembadanan melalui rujukan”)
 - (ii) Klausula timbang tara dalam dokumen kontrak yang tidak ditandatangani namun kemudiannya dilaksanakan oleh semua pihak mengikut terma
 - Tawaran kontrak dihantar bersama dengan klausula timbang tara dan disahkan. Namun, pengesahan tersebut mempunyai reservasi am atau syarat terkemudian
 - Tawaran kontrak yang mempunyai klausula timbang tara dihantar daripada satu pihak kepada pihak yang lain. Tawaran kontrak itu tidak dibalas namun tetap dilaksanakan
 - (iii) Perjanjian timbang tara terkandung dalam pertukaran komunikasi elektronik
 - IV.3. Adakah Perjanjian Timbang Tara Wujud Dan Dianggap Sah Secara Substansial?
 - IV.3.1. Latar Belakang Teori

IV.3.2. Amalan

- (i) “Batal dan tak sah”
- (ii) “Tidak berkuatkuasa”
- (iii) “Tidak mampu dilaksanakan”
 - Di mana rujukan kepada timbang tara adalah opsyenal atau hanya merupakan sebuah pilihan
 - Di mana kontrak memperuntukkan penimbangtaraan dan bidang kuasa Mahkamah
 - Di mana peraturan timbang tara atau institusi timbang tara tidak didraf dengan tepat
 - Di mana panduan tentang bagaimana penimbangtara akan dilantik tidak dinyatakan dengan tepat (“klausa kosong”)

IV.4. Adakah Terdapat Suatu Pertikaian, Adakah Ia Timbul Daripada Hubungan Undang-Undang Yang Telah Ditetapkan, Sama Ada Berdasarkan Kontrak Atau Tidak Dan Adakah Pihak-pihak Berniat Untuk Menyelesaikan Pertikaian Tertentu Melalui Timbang Tara?

IV.4.1. Latar Belakang Teori

IV.4.2. Amalan

- (i) Haruskah bahasa yang digunakan dalam klausa timbang tara ditafsirkan secara meluas?
- (ii) Bagaimana jika perjanjian timbang tara mengandungi beberapa pengecualian dalam skopnya?

IV.5. Adakah Perjanjian Timbang Tara Mengikat Pihak-pihak Kepada Pertikaian Yang Ada Di Hadapan Mahkamah?

IV.5.1. Latar Belakang Teori

- (i) Perjanjian timbang tara hanya mengikat pihak
- (ii) Pihak bukan penandatanganan juga boleh menjadi pihak dalam perjanjian timbang tara

(iii)	Bagaimana untuk menentukan skop subjektif perjanjian timbang tara?	
(iv)	Undang-undang yang boleh digunapakai untuk menentukan skop subjektif perjanjian timbang tara	
IV.5.2.	Amalan	
(i)	Bilakah responden mempunyai hak untuk dirujuk kepada timbang tara?	
(ii)	Bagaimana jika mahkamah menetapkan bahawa pihak responden tidak terikat pada perjanjian timbang tara?	
IV.6.	Adakah Pertikaian Ini Boleh Ditimbangtarakan?	
IV.6.1.	Perkara “Yang Mampu Diselesaikan Oleh Penimbangtaraan” Membawa Maksud “Boleh Ditimbang Tara”	
IV.6.2.	Undang-Undang Yang Boleh Digunapakai Untuk Perkara Yang Boleh Ditimbang Tara	
IV.6.3.	Perjanjian Timbang Tara Antarabangsa Harus Tertakluk Kepada Piawai Timbang Tara Yang Konsisten	
V.	RINGKASAN	76

BAB III

	<i>PERMOHONAN UNTUK PENGIKTIRAFAN DAN PENGUATKUASAAN AWARD TIMBANG TARA</i>	77
I.	Pengenalan	79
II.	FASA I – SYARAT-SYARAT YANG PERLU DIPENUHI OLEH PERAYU (ARTIKEL IV)	82
II.1.	Apakah Dokumen-Dokumen Yang Diperlukan?	
II.2.	Award Yang Disahkan atau Salinan Yang Disahkan (<i>Artikel IV(1)(a)</i>)	
II.2.1.	Pengesahan	
II.2.2.	Perakuan	
II.3.	Perjanjian Timbang Tara Yang Asal atau Salinan Yang Sah (<i>Artikel IV(1)(b)</i>)	

II.4.	Semasa Aplikasi	
II.5.	Terjemahan (<i>Artikel IV(2)</i>)	
III.	FASA II - DASAR-DASAR PENOLAKAN (ARTIKEL V) SECARA UMUM	89
III.1.	Tiada Kajian Semula Dari Segi Merit	
III.2.	Beban Pihak Responden Untuk Membuktikan Dasar-dasar Yang Menyeluruh	
III.3.	Dasar-dasar Menyeluruh dalam Penolakan [Delete: Pengiktirafan Permohonan dan Penguatkuasaan ?]	
III.4.	Tafsiran Sempit Dalam Dasar-Dasar Penolakan	
III.5.	Kuasa Budi Bicara Terhad Untuk Dikuatkuasa Apabila Terdapat Dasar-Dasar Penolakan	
IV.	KUASA BUDI BICARA YANG TERHAD DALAM PERSOALAN PENGUATKUASAAN DENGAN KEWUJUDAN DASAR-DASAR PENOLAKAN (ARTIKEL V(1))	96
IV.1.	Dasar 1: Ketidakupayaan Pihak dan Kesahihan Perjanjian Timbang Tara (<i>Artikel V(1)(a)</i>)	
IV.1.1.	Ketidakupayaan Parti	
IV.1.2.	Ketidaksahan Perjanjian Timbang Tara	
IV.2.	Dasar 2: Kekurangan Notis dan Pelanggaran Proses yang Wajar; Hak Terhadap Permbicaraan Yang Adil (<i>Artikel V(1)(b)</i>)	
IV.2.1.	Hak Terhadap Pembicaraan Adil	
IV.2.2.	Kekurangan Notis	
IV.2.3.	Perlanggaran Proses yang Wajar: Tidak Mampu Mengemukakan Kes " <i>Unable to Present His Case</i> "	
IV.3.	Dasar 3: Di Luar atau Melampaui Skop Perjanjian Timbang Tara (<i>Artikel V(1)(c)</i>)	
IV.4.	Dasar 4: Ketidakteraturan dalam Komposisi Tribunal Timbang Tara atau Prosedur Timbang Tara (<i>Artikel V(1)(d)</i>)	
IV.4.1.	Komposisi Tribunal Timbang Tara	

ISI KANDUNGAN

IV.4.2.	Prosedur Timbang Tara	
IV.5.	Dasar 5: Award Tidak Berikat, Telah Diketepikan atau Digantung (<i>Artikel V(1)(e)</i>)	
IV.5.1.	Tidak Terikat Kepada Award	
IV.5.2.	Award Diketepikan atau Digantung	
	(i) Award diketepikan	
	(ii) Akibat diketepikan	
	(iii) Award “tergantung” (“suspended”)	
V.	DASAR-DASAR PENOLAKAN UNTUK DIBANGKITKAN OLEH MAHKAMAH EX OFFICIO (ARTIKEL V(2))	118
V.1.	Dasar 6: Ketidakbolehtimbangtaraan (“Not Arbitrable”) (<i>Artikel V(2)(a)</i>)	
V.2.	Dasar 7: Bertentangan Dengan Polisi Awam (<i>Artikel V(2)(b)</i>)	
V.2.1.	Contoh-contoh Pengiktirafan dan Penguatkuasaan	
V.2.2.	Contoh-contoh Penolakan Pengiktirafan dan Penguatkuasaan	
VI.	KESIMPULAN	127
 LAMPIRAN		129
Lampiran I	- The 1958 New York Convention	129
Lampiran II	- The UNCITRAL Model Law Timbang Tara	138
Lampiran III	- Cadangan UNCITRAL 2006	167
Lampiran IV	- Sumber Dalam Talian	170

SENARAI SEMAK UNTUK HAKIM YANG BEKERJA DENGAN KONVENSYEN NEW YORK

Senarai semak ini menyenaraikan soalan-soalan yang perlu dijawab dan langkah-langkah yang perlu diikuti oleh mahkamah apabila mengaplikasikan Konvensyen New York. Senarai semak ini tidak menyeluruh dan bertujuan untuk digunakan bersama dengan teks Panduan ini.

I. Pengaplikasian Konvensyen

Apakah di dalam Konvensyen ini?

- Pengiktirafan dan penguatkuasaan perjanjian timbang tara (Artikel I dan II)
- Pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara (Artikel I, III-VII)

Bagaimanakah harus mahkamah mengtafsirkan Konvensyen?

- Konvensyen Vienna Artikel 31 dan 32
- Pentafsiran yang lebih mengutamakan pengiktirafan dan penguatkuasaan
- Artikel VII mengbolehkan permohonan triti atau undang-undang domestik yang lebih baik
- Ketidak-pengaplikasian melibatkan tanggungjawab antarabangsa Negara

II. Permohonan Untuk Pengiktirafan Dan Penguatkuasaan Suatu Perjanjian Timbang Tara (Artikel I dan II)

Bolehkan Konvensyen ini digunapakai dalam permohonan ini?

- Adakah Negara forum yang terlibat parti kepada Konvensyen New York? (Artikel I)
 - Tarikh penguatkuasaan?
 - Penziraban Persalingan
 - Penziraban Komersil
- Adakah Negara forum mempunyai akta implementasi dan adakah ia menjejaskan pengaplikasian Konvensyen?
- Bolehkan Konvensyen diaplikasikan kepada tindakan sampingan timbang tara?

Sebagai Contoh:

- o Perlantikan penimbangtara?
- o Permohonan untuk “conservatory measures”?

Adakah perjanjian timbang tara itu berada di bawah skop substantif Konvensyen? (Artikel II)

- Adakah perjanjian timbang tara dibuktikan secara bertulis? (Artikel II(2))

Contohnya:

- o Adakah perjanjian timbang tara dibadankan melalui rujukan?
- o Sudahkah perjanjian timbang tara diterima secara tasit?
- Adakah perjanjian timbang tara itu wujud dan adakah ia sah secara substantif? (Artikel II(3))
 - Batal dan tidak sah?
 - Tidak berkuatkuasa
 - Tidak berupaya untuk dilaksanakan?
- Adakah terdapatnya suatu pertikaian?

- Adakah pertikaian tersebut bangkit dari suatu hubungan di sisi undang-undang yang ditetapkan, sama ada kontraktual atau tidak? (Artikel II(1))
- Adakah pihak-pihak terlibat berniat untuk menyelesaikan pertikaian ini melalui penimbangan?
- Adakah perjanjian timbang tara itu mengikat pihak-pihak kepada pertikaian yang ada di hadapan mahkamah?
- Adakah pertikaian boleh ditimbangtara?

Adakah perjanjian timbang tara berada di bawah skop wilayah Konvensyen? (Artikel I melalui analogi)

- Adakah tempat timbang tara berada di Negara asing?
- Adakah award masa depan akan dianggap sebagai bukan-domestik dalam Negara forum?
- Adakah terdapat elemen keantarabangsa (“internationality”)?

Adakah elemen prosedural ditunaikan?

Contohnya:

- o Adakah pihak yang memohon untuk suatu rujukan timbang tara? (bukan rujukan *ex officio*?)
- o Adakah proses yang berkenaan layak dianggap sebagai penimbangan?
- o Sudahkah pihak memohon memenuhi langkah-langkah awal?

Contohnya:

- o Tempoh “cooling off”
- o Pengantaraan/konsiliasi
- o Sudahkah pihak memohon menepikan hak terhadap penimbangan?
- o Adakah terdapatnya keputusan dari mahkamah lain atas perkara yang sama yang *res judicata*?

Apakah undang-undang yang boleh diaplikasikan?

Contohnya:

- o Formasi dan kesahan substantif perjanjian timbang tara?
- o Keupayaan sesebuah pihak?
- o Pihak bukan-penandatangani kepada perjanjian timbang tara?
- o Kebolehtimbangtaraan?

Adakah terdapatnya perkara yang perlu diputuskan oleh tribunal timbang tara dan bukannya oleh mahkamah?

Bolehkah mahkamah bergantung pada Artikel VII dalam mengizinkan gantungan pada hak yang lebih baik (more favourable right) dalam suatu undang-undang nasional atau triti?

Jika semua syarat telah dipenuhi, mahkamah *harus* ("shall") merujuk pihak kepada penimbangtaraan.

III. Permohonan untuk Pengiktirafan dan Penguatkuasaan Award Timbang Tara (Artikel I, III-VII)

Adakah Negara forum sebuah parti kepada Konvensyen New York? (Artikel I)

- Tarikh penguatkuasaan?

Adakah Negara forum mempunyai akta implementasi dan adakah ia menjejaskan pengaplikasian Konvensyen?

Bolehkan Konvensyen diaplikasikan atas award timbang tara?

- Adakah anugerah itu dibuat dalam wilayah Negara yang lain?
- Adakah anugerah itu dianggap sebagai bukan domestik dalam Negara forum?
- Adakah anugerah itu bangkit dari suatu perbezaan antara keperibadian fizikal atau undang-undang?

- Jika Negara forum telah membuat suatu “reciprocity reservation”, adakah Negara di mana anugerah itu diberi sebuah Negara Pejanji?
- Jika Negara forum telah membuat suatu “commercial reservation”, adakah perkara itu “komersil”?
- Adakah proses penyelesaian-pertikaian (“dispute resolution”) suatu proses timbang tara?
- Adakah keputusan yang diberi suatu anugerah?

Adakah terdapat other tritis yang lebih baik (“favourable”) atau undang-undang domestik yang boleh diaplikasikan (Artikel VII)?

Adakah syarat-syarat prosedural yang tidak dikawal oleh Konvensyen dipatuhi?

Contohnya:

- o Had masa untuk memfailkan permohonan?
- o Pihak berkuasa yang kompeten?
- o Bentuk (“form”) permohonan?
- o Cara prosiding?
- o Remedi terhadap keputusan membenarkan atau menggantungkan penguatkuasaan?
- o “Availability” tolakan atau tuntutan balas?

Sudahkah pempetisyen mengemukakan dokumen yang diperlukan?

- Award yang sudah diakui sah atau salinan diperakui?
- Perjanjian timbang tara yang asal atau salinan diperakui?
- Adakah terjemahan diperlukan?
- Adakah dokumen-dokumen dikemukakan tepat pada masanya?
- Adakah dokumen-dokumen lain yang diperlukan (tidak)?

Bagaimana untuk mengaplikasikan dasar-dasar pernolakan pengiktirafan dan penguatkuasaan?

- Tiada kaji semula merit
- Pihak responden mempunyai beban bukti

- Dasar-dasar penolakan yang disenaraikan dalam Konvensyen adalah menyeluruh
- Dasar-dasar untuk penolakan harus ditafsir dengan ketat

Apakah undang-undang yang boleh diaplikasikan?

Contohnya:

- o Pengesahan?
- o Perakuan?
- o Ketidakupayaan pihak?
- o Kesahan perjanjian timbang tara?
- o Komposisi tribunal timbang tara?
- o Prosedure penimbangtaraan?
- o Award belum lagi mengikat?
- o Penggantungan award?
- o Ketidakbolehtimbangtaraan hal perkara?
- o Penentangan dengan polisi awam?

Adakah dasar-dasar penolakan pengiktirafan dan penguatkuasaan dibuktikan?

- Ketidakupayaan pihak dan ketidaksahan perjanjian timbang tara?
- Kekurangan notis yang sepatutnya (“proper notice”) atau penentangan proses wajar (“due proses violation”)?
- Award di luar atau melebihi skop perjanjian timbang tara?
- Keluaraturan komposisi tribunal timbang tara atau prosedur timbang tara?
- Award tidak mengikat, telah diketepikan atau digantung?

Adakah mahkamah mendapati bahawa terdapatnya dasar-dasar yang mungkin dibangkitkan *ex officio* untuk menolak pengiktirafan dan penguatkuasaan?

- Perkara yang tidak boleh dipertimbangtarakan?
- Bertentangan dengan polisi awam?

Pengaplikasian polisi awam antarabangsa?

Adakah seseorang pihak menetapkan dasar penolakan pengiktirafan dan penguatkuasaan?

Apakah skop discretion mahkamah untuk menguatkuasakan?

Perluah prosiding pengiktirafan dan penguatkuasaan digantungkan sambil menunggu prosiding penetapan? (Artikel VI)

Jika tidak terdapat dasar untuk penolakan atau penggantungan pengiktirafan dan penguatkuasaan yang boleh dipastikan, mahkamah *harus* ("shall") menguatkuasakan award tersebut.

GAMBARAN UMUM

Para hakim yang dikehendaki untuk mengaplikasi Konvensyen New York 1958 menghadapi dua jenis cabaran. Yang pertama adalah kerumitan yang bangkit dari tritis antarabangsa dari perspektif para hakim nasional. Kedua, Konvensyen ini mencabar keobjektifan para hakim nasional dalam suatu cara yang tertentu kerana ia selalu dibangkitkan oleh pihak asing terhadap suatu pihak tempatan. (Perkara ini adalah benar terutamanya dalam hal berkaitan dengan penguatkuasaan anugerah asing yang selalunya dibawa kepada wilayah bidang kuasa pihak kalah, kerana di sana adalah di mana asset pihak kalah berada pada.)

Pemerhatian ini adalah amat penting. Konvensyen New York merupakan batu penjurur dalam timbang tara komersil antarabangsa yang amat penting untuk memastikan keandalan dan kebolehpercayaan transaksi perniagaan antarabangsa. Konvensyen ini membayangkan suatu mekanisma yang bergantung pada kerjasama mahkamah-mahkamah nasional. Jika sesetengan mahkamah menunjukkan bias terhadap warganegara sendiri, persalingan antara mahkamah akan dirosakkan.

Tujuan Panduan ini adalah untuk memberi keterangan mudah tentang objektif Konvensyen, dan bagaimana untuk mentafsir teksnya selaras dengan amalan antarabangsa yang terbaik dari 50 tahun yang pertama kewujudannya.

Kita bermula dengan soalan yang paling ketara:

APAKAH YANG TERKANDUNG DALAM KONVENSYEN NEW YORK?

Konvensyen New York mempunyai dua tujuan:

- Pengiktirafan dan penguatkuasaan perjanjian timbang tara (lihat di bahagian bawah pada I; lihat juga Bab II)
- Pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara asing (lihat di bahagian bawah pada II; lihat juga Bab III)

I. PENGIKTIRAFAN DAN PENGUATKUASAAN PERJANJIAN TIMBANG TARA

Timbang tara merupakan suatu proses konsensual. Ia hanya boleh dijalankan jika pihak telah bersetuju untuk menyelesaikan pertikaian mereka melalui penimbangtaraan. Persetujuan untuk merujuk pertikaian kepada penimbangtaraan adalah dikenali sebagai “perjanjian timbang tara”.

Perjanjian timbang tara mempunyai kesan undang-undang positif dan negatif:

- Ia mewajibkan pihak untuk membawa pertikaian kepada penimbangtaraan dan memberi bidang kuasa kepada tribunal timbang tara atas pertikaian yang diliputi perjanjian timbang tara (**kesan positif**). Jika suatu pertikaian bangkit dan ia jatuh ke bawah skop perjanjian timbang tara, pihak-pihak yang terlibat boleh membawa pertikaian tersebut kepada tribunal timbang tara.
- Ia menghalang pihak daripada mencari cara penyelesaian kepada pertikaian mereka melalui mahkamah (**kesan negatif**). Dengan memasuki suatu perjanjian timbang tara, pihak-pihak terlibat telah menepikan hak teradap remedi dari mahkamah. Pihak yang telah memasuki suatu perjanjian timbang tara tidak boleh selanjutnya mengetepikan perjanjian itu dan pergi ke mahkamah untuk menyelesaikan pertikaian.

Konvensyen New York mewajibkan Negara Pejanji untuk mengiktiraf dan menguatkuasakan kesan-kesan tersebut. Situasi-situasi di mana mahkamah harus berbuat demikian akan dibincangkan di Bab II dalam Panduan ini.

II. PENGIKTIRAFAN DAN PENGUATKUASAAN AWARD TIMBANG TARA ASING

Penimbangtaraan berakhir dengan award muktamad penimbangtara. Tambahannya, sewaktu proses penimbangtaraan, penimbangtara mungkin mengeluarkan award interim, sebagai contoh, suatu award berkaitan dengan bidang kuasa dan liabiliti.

Kebanyakan sistem perundangan memberi kesan kepada award timbang tara yang sama atau lebih kurang sama dengan keputusan mahkamah, terutamanya yang berkaitan dengan *res judicata*. Sama dengan keputusan mahkamah, kemuktamadan sesuatu anugerah dan kuasa mengikatnya hanya, dalam prinsip, terhad kepada wilayah Negara di mana anugerah tersebut diberi. Konvensyen New York memperuntukkan pengiktirafan dan penguatkuasaan anugerah di luar wilayah tersebut.

Pengiktirafan award timbang tara adalah proses di mana award timbang tara dijadikan sebahagian dari sistem perundangan nasional. Pengiktirafan selalunya dicari dalam konteks prosiding yang lain. Sebagai contoh, sesebuah pihak akan memohon pengiktirafan award timbang tara untuk membangkitkan pembelaan *res judicata* dan sekali gus menghalang pertikaian yang sama yang telah diselesaikan dalam suatu penimbangtaraan asing dibawa ke mahkamah. Suatu lagi contoh adalah pihak akan memohon tolakan dalam prosiding mahkamah atas dasar award timbang tara asing. Oleh kerana pengiktirafan selalunya

berkesan sebagai suatu mekanisma defensif, ia sering disifatkan sebagai suatu pedang.

Sebagai perbandingan, **penguatkuasaan** disifatkan sebagai perang. Pihak yang berjaya dalam timbang tara akan menuntut untuk mendapatkan apa yang telah dianugerahkan oleh penimbangtara. Ia adalah benar bahawa kebanyakan award dipatuhi secara sukarela. Namun, apabila pihak kalah tidak berbuat demikian, pihak yang menang boleh memohon pertolongan mahkamah bagi memaksa pematuhan. Konvensyen New York membernarkan para pihak untuk memohon pertolongan sedemikian.

Dalam kata lain, pengiktirafan dan penguatkuasaan mungkin memberi kesa kepada award dalam Negara yang bukan di mana award itu diberi (lihat Bab I). Apabila sesuatu mahkamah telah mengisytiharkan bahawa sesuatu award itu boleh dikuatkuasakan dalam Negara *forum*, maka pihak yang menang boleh menggunakan cara-cara pelaksanaan award tersebut yang boleh terdapat dalam undang-undang tempatan.

BAB I

KONVENSYEN NEW YORK SEBAGAI SATU INSTRUMEN UNDANG-UNDANG ANTARABANGSA

ISI KANDUNGAN

I. PENTAFSIRAN

- I.1. Perjanjian Pentafsiran: Konvensyen Vienna
- I.2. Pentafsiran Yang Memihak Kepada Pengiktirafan dan Penguatkuasaan: Bias Pro-Penguatkuasaan

II. SKOP MATERIAL PENGAPLIKASIAN

- II.1. Award Timbang Tara
 - II.1.1. Pentafsiran Autonomi
 - II.1.2. Pendekatan Konflik-Undang-Undang
- II.2. Perjanjian Timbang Tara

III. SKOP WILAYAH PENGAPLIKASIAN

- III.1. Award
 - III.1.1. Award Yang Diberi dalam Wilayah Sesebuah Negara bukan Negara di mana Pengiktirafan dan Penguatkuasaan Dituntuti
 - III.1.2. Award Bukan-Domestik
- III.2. Perjanjian Timbang Tara

IV. PENRIZABAN

- IV.1. Persalingan (*Artikel I(3) Ayat Pertama*)
- IV.2. Sifat Komersil (*Artikel I(3) Ayat Kedua*)

V. HUBUNGAN DENGAN UNDANG-UNDANG DOMESTIK DAN TRITIS YANG LAIN (ARTIKEL VII)

- V.1. Undang-Undang yang Lebih Memanfaatkan
- V.2. Konvensyen New York dan Tritis Antarabangsa yang Lain
- V.3. Konvensyen New York dan Undang-Undang Nasional

VI. AKIBAT-AKIBAT TIDAK-PENGAPLIKASIAN KONVENSYEN NEW YORK

- VI.1. Perlanggaran Konvensyen New York

VI.2. Pelanggaran Triti Pelaburan

VI.3. Award adalah Tidak Dipengaruhi

I. PENTAFSIRAN

Konvensyen New York merupakan suatu triti antarabangsa. Dengan itu, ia adalah sebahagian dari undang-undang awam antarabangsa. Mahkamah yang mengaplikasikan Konvensyen ini harus mentafsirkannya selaras dengan peraturan-peraturan pentafsiran undang-undang antarabangsa, yang dikanunkan dalam Artikel 31 dan 32 Undang-Undang Triti Konvensyen Vienna.¹

-
1. Undang-Undang Triti Konvensyen Vienna, 23 Mei 1969 Vienna, dikuatkuasakan bermula pada 27 Januari 1980, Pertubuhan Bangsa-Bangsa Bersatu *Siris Tritis*, jilid 1155, muka surat 331.

Artikel 31 berbunyi sedemikian:

"Prinsip umum pentafsiran

1. Sesuatu triti akan ditafsirkan dengan niat baik selaras dengan maksud yang biasa, untuk diberi kepada terma-terma triti dalam konteks mereka dan selaras dengan objek dan tujuannya.

2. Konteks untuk tujuan pentafsiran triti akan terdiri daripada, selain daripada teksnya, mukadimah dan lampiran:

(a) Mana-mana perjanjian yang berkenaan dengan triti yang dibuat sesama semua pihak terlibat dalam penutupan triti;

(b) Mana-mana instrumen yang dibuat oleh satu atau lebih dari satu pihak berkenaan dengan penutupan triti dan diterima oleh pihak lain sebagai instrument yang berkaitan dengan triti tersebut.

3. Yang tersenarai di bawah akan diambil kira bersama dengan konteks:

(a) Mana-mana persetujuan yang selanjutnya di antara pihak berkenaan dengan pentafsiran triti atau pengaplikasian peruntukannya;

(b) Mana-mana amalan yang selanjutnya dalam pengaplikasian triti yang membuktikan persetujuan pihak berkenaan dengan pentafsirannya;

Artikel 31 dan 32 harus diikuti dalam urutan: misalnya, jika kejelasan maksud tidak tercapai dengan merujuk kepada peraturan am dalam Artikel 31, seseorang perlu melihat peraturan tambahan dalam Artikel 32. Undang-undang pentafsiran nasional tidak boleh digunapakai dalam konteks ini. Selaras dengan undang-undang antarabangsa, mahkamah perlu mentafsir Konvensyen New York secara autonomi (lihat pada Bab yang sama pada I.1), dan memihak kepada pengiktirafan dan penguatkuasaan (lihat pada Bab yang sama pada I.2).

I.1. PERJANJIAN PENTAHSIRAN: KONVENSYEN VIENNA

Secara prinsip, terma yang digunakan dalam Konvensyen mempunyai maksud yang autonomi (Artikel 31 Konvensyen Vienna). Jika teks New York Konvensyen adalah taksa, maka seseorang harus merujuk kepada konteksnya, niatnya dan *travaux préparatoires* (Artikel 31 dan 32

-
- (c) Mana-mana peraturan undang-undang antarabangsa yang boleh diaplikasikan dalam hubungan di antara pihak-pihak terlibat
4. Suatu maksud istimewa akan diberi kepada sesuatu terma jika ia boleh dibuktikan bahawa itu merupakan niat pihak”.

Artikel 32 berbunyi sedemikian:

“Cara-cara pentafsiran tambahan

Tindakan mungkin diambil kira sebagai cara-cara pentafsiran tambahan, termasuklah kerja-kerja persediaan triti dan keadaan kesimpulannya untuk mengesahkan maksud yang timbul dari pengaplikasian Artikel 31, atau untuk menetapkan sesuatu maksud apabila mentafsir selaras dengan Artikel 31:

- (a) membiarkan maksud yang taksa (“ambiguous”) atau susah difahami (“obscure”)
- (b) membawa kepada satu keputusan yang ternyata tidak masuk akal (“absurd”) atau tidak munasabah (“unreasonable”)

Konvensyen Vienna).² Terma-terma ini harus difahami dengan mengambil kira konteks dan tujuan Konvensyen. Dengan itu, mahkamah tidak patut mentafsir terma-terma Konvensyen New York dengan merujuk kepada undang-undang domestik. Maksud terma-terma dalam Konvensyen harus mempunyai maksud yang sama tidak kira di mana ia diaplikasikan. Ini adalah untuk memastikan pengaplikasian Konvensyen yang seragam di semua Negara Pejanji.

Dalam wilayah bidang kuasa yang telah mengimplementasi Konvensyen ke dalam sistem perundangan melalui sebuah akta implementasi, ia adalah penting untuk mengambil kira terma-termanya. Dalam beberapa kes, mereka mungkin mengubah terma-terma Konvensyen.³ Malangnya, undang-undang kes semasa kadang kala melencong dari pengaplikasian Konvensyen (“diverges in the application of the Convention”) dan dengan itu tidak selalunya memberi panduan yang berguna. Dalam kes sedemikian, mahkamah wajar mentafsir Konvensyen New York berlandaskan bias pro-penguatkuasaan. Mahkamah boleh juga bergantung pada penulisan ilmiawan seperti ulasan atau kometari Konvensyen New York oleh Professor Albert Jan van den Berg.⁴

-
2. Konvensyen ini dirangka dalam lima teks rasmi: Bahasa Cina, Bahasa Inggeris, Bahasa Perancis, Bahasa Russia dan Bahasa Sepanyol.
 3. Lihat “Report on the Survey Relating to the Legislative Implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” (New York 1958). Nota dari Sekretariat UNCITRAL. A/CN.9/656 dan A/CN.9/656/Add.1, 5 Jun 2008.
 4. Professor Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer, 1981); lihat juga “Consolidated Commentary on the 1958 New York Convention” Jilid XXVII (2003) dari *Yearbook Commercial Arbitration*, meliputi Jilid XXII (1997) ke Jilid XXVII (2002), dan “The Consolidated Commentary on the 1958 New York Convention” dalam Jilid XXI (1996) dari *Yearbook Commercial Arbitration*” yang meliputi Jilid XX (1995) dan Jilid XXI (1996).

I.2. PENTAFSIRAN YANG MEMIHAK KEPADA PENGIKTIRAFAN DAN PENGUATKUASAAN: BIAS PRO-PENGUATKUASAAN

Seperti yang dinyatakan di atas, tritis harus ditafsirkan selaras dengan objek dan tujuan mereka. Tujuan Konvensyen New York adalah untuk mempromosikan perdagangan antarabangsa dan penyelesaian pertikaian antarabangsa melalui penimbangtaraan. Ia bermatlamat untuk memudahkan pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara asing dan penguatkuasaan perjanjian timbang tara. Sebagai akibat, mahkamah harus menerima pakai pendekatan pro-penguatkuasaan dalam pentafsiran Konvensyen.

Jika terdapat beberapa pentafsiran yang mungkin, maka mahkamah harus memilih maksud yang memihak kepada pengiktirafan dan penguatkuasaan (**bias pro-penguatkuasaan**). Ini membawa implikasi khususnya di mana dasar penolakan penguatkuasaan yang dinyatakan di Artikel V harus ditafsirkan dengan ketat (lihat Bab III pada III.4).⁵

Selaras dengan bias pro-penguatkuasaan yang merupakan kunci kepada pentafsiran Konvensyen New York, **prinsip kecekapan maksima** digunapakai: jika lebih banyak tritis boleh diaplikasikan, maka mahkamah harus mengaplikasikan triti di mana award berkenaan boleh dikuatkuasakan. Ini dicerminkan di dalam Artikel VII (lihat di Bab ini pada V.2).

5. Sebuah mahkamah yang dilibatkan dalam suatu permohonan penguatkuasaan award di bawah Konvensyen tidak mempunyai kuasa untuk mengkaji semula keputusan tribunal timbang tara dari segi merit dan menggantikannya dengan keputusan sendiri, walaupun ia berpendapat bahawa penimbangtara telah salah dari segi fakta atau undang-undang. Penguatkuasaan bukan suatu rayuan terhadap keputusan timbang tara. (Lihat Bab III dan III.1).

Dalam suatu kes di hadapan Mahkamah Agung Sepanyol,⁶ terdapat dua tritis yang boleh diaplikasikan dalam menentukan menguatkuasaan award: suatu triti bilateral antara Perancis dengan Sepanyol dan Konvensyen New York. Mahkamah memegang bahawa, dari kedua-dua prinsip yang relevan dalam menetapkan sama ada Triti Bilateral atau Konvensyen yang harus diaplikasikan, salah satunya adalah:

“...prinsip kecekapan maksima atau kecenderungan untuk lebih memihak kepada pengiktirafan keputusan asing. [Diambil bersama dengan prinsip-prinsip relevan yang lain, mahkamah berputus bahawa Konvensyen adalah undang-undang yang wajar diaplikasikan kerana] ia membuktikan suatu anggapan kesahan dan mujarab (“efficacy”) kedua-dua perjanjian timbang tara dan award timbang tara yang berkenaan. Maka, keputusan [dan] sebagai akibatnya mengalihkan beban bukti kepada pihak di mana award timbang tara dikuatkuasakan”.

II. SKOP MATERIAL PENGAPLIKASIAN

Untuk menentukan sama ada sesuatu award atau perjanjian jatuh ke dalam hal perkara Konvensyen, mahkamah perlu menentukan sama ada ia berkelayakan sebagai perjanjian timbang tara atau award timbang tara.

6. *Sepanyol*: Tribunal Supremo, Kamar Sivil, Seksyen Pertama, 20 Julai 2004 (*Antilles Cement Corporation v. Transficem*) Yearbook Commercial Arbitration XXXI (2006) ms. 846 – 852 (Sepanyol no. 46).

II.1. AWARD TIMBANG TARA

Konvensyen New York tidak mendefinisikan istilah “award timbang tara”. Dengan itu, tanggungjawab jatuh ke atas mahkamah untuk menentukan maksud istilah ini bagi tujuan Konvensyen. Mereka harus melakukannya dalam dua langkah:

1. Pertama, mereka harus mengkaji semula sama ada pertikaian tersebut telah pun dihantar dan diselesaikan melalui pertimbangtaraan. Bukan semua penyelesaian pertikaian yang dilakukan di luar mahkamah layak dianggap sebagai timbang tara. Terdapat pelbagai mekanisme penyelesaian pertikaian yang melibatkan individu persendirian yang tidak mempunyai sifat yang sama dengan timbang tara. Mediasi, konsiliasi atau penentuan pakar (“expert determination”) adalah antara contoh yang relevan. Konvensyen New York hanya meliputi timbang tara.
2. Kedua, mahkamah harus mengkaji semula sama ada keputusan penimbangtaraan adalah suatu *award*. Tribunal timbang tara mungkin memberi beberapa jenis keputusan. Sesetengah daripadanya adalah award tetapi bukan yang lain.

Mahkamah telah menerima pakai dua cara untuk menentu makna istilah “timbang tara” dan “award”. Mereka sama ada (1) pilih untuk mentafsirnya secara autonomi atau (2) merujuk kepada undang-undang nasional menggunakan cara konflik-undang-undang (“conflict-of-law method”).

II.1.1. *Pentafsiran Autonomi*

Langkah pertama adalah untuk menetapkan sama ada proses yang sedang dijalankan adalah *timbang tara*. Timbang tara adalah suatu care

penyelesaian pertikaian di mana pihak-pihak bersetuju untuk mengemukakan pertikaian merdeka itu kepada pihak ketiga yang bebas, aynng akan memberi keputusan yang muktamad dan mengikat, mengambil alih tempat mahkamah.

Definisi ini menekankan tiga sifat timbang tara yang utama. Pertama, timang tara adalah konsensual: ia adalah berdasarkan perjanjian pihak. Kedua, timbang tara membawa kepada suatu penyelesaian yang muktamad dan mengikat. Ketiga, timbang tara dianggap sebagai suatu pengganti mahkamah.

Langkah kedua adalah untuk mengkaji semula sama ada keputusan yang diberi adalah suatu award. Suatu award merupakan keputusan yang memberi pengakhiran kepada segala atau sebahagian atau RULING ke atas suatu perkara preliminary yang diperlukan demi mencapai keputusan akhir. Sebuah award menyelesaikan isu-isu yang dibangkit secara *muktamad*. Walaupun tribunal mungkin mencapai suatu kesimpulan yang lain, isu-isu ini tidak boleh dibuka semula atau dikaji semula.

Secara akibatnya, keputusan-keputusan timbang tara yang disenaraikan di bawah layak sebagai award timbang tara:

- Award akhir, iaitu, award yang mengakhiri penimbangtaraan. Suatu award yang berurusan dengan semua tuntutan merit adalah suatu award akhir. Demikian juga suatu award yang menafikan bidang kuasa tribunal ke atas pertikaian yang dikemukakan kepadanya.
- Award sebahagian, iaitu, award yang memberi suatu keputusan yang muktamad bagi sebahagian tuntutan tetapi bahagian yang lain hanya akan ditetapkan pada fasa timbang tara yang selanjutnya. Suatu award yang berurusan dengan tuntutan untuk kos lebihan dalam suatu timbang tara pembinaan (“construction arbitration”) tetapi tuntutan bayaran ganti rugi terhadap kecacatan dan

kelewatan hanya akan diurus pada fasa prosiding yang selanjutnya adalah suatu award bahagian. (Istilah ini juga diguna untuk kategori yang seterusnya. Namun mereka dibezakan di sini untuk tujuan pemahaman.)

- Award permulaan (“preliminary awards”), kadang kala dikenali sebagai award interlokutori atau interim, iaitu award yang menentukan suatu isu permulaan yang diperlukan untuk menyelesaikan tuntutan-tuntutan pihak, seperti suatu keputusan sama ada suatu tuntutan adalah dihad masa, undang-undang manakah yang mentadbir merit kes, atau sama ada terdapatnya liabiliti;
- Award ke atas kos, seperti, award yang menentukan jumlah dan peruntukan kos timbang tara;
- Award *consent*, iaitu, award yang merekodkan penyelesaian pertikaian secara baik (“amicable settlement”) para pihak yang terlibat.

Suatu award yang diberi secara *default*, iaitu, tanpa penyertaan salah satu pihak yang terlibat, juga layak sebagai suatu award asalkan ia jatuh ke bawah salah satu kategori yang disenaraikan di atas.

Sebagai perbandingan, keputusan-keputusan yang berikutnya adalah secara amnya tidak dianggap sebagai award.

- Perintah prosidural (“procedural order”), iaitu keputusan yang hanya mengorganisasikan prosiding;
- Keputusan ke atas langkah-langkah sementara (“provisional measures”) atau interim. Kerana mereka hanya diberi untuk jangka masa penimbangtaraan dan boleh dibuka semula pada waktu itu, langkah-langkah sementara tidak dikira sebagai award. Mahkamah pernah berkuputusan secara bertentangan atas dasar teori bahawa keputusan sedemikian menamatkan pertikaian pihak ke atas

langkah-langkah sementara, namun keputusan sedemikian adalah tidak berpengaruh: pihak-pihak tidak bersetuju untuk menggunakan proses timbang tara untuk menyelesaikan isu-isu prosedur timbang-tara.

Akhirnya, nama yang diberi oleh penimbangtara kepada keputusan mereka bukan suatu penentuan sama ada keputusan itu adalah suatu award atau bukan. Mahkamah harus mengambil kira hal perkara keputusan tersebut dan sama ada ia menyelesaikan sesuatu isu secara muktamadnya dalam menentu sama ada keputusan itu adalah suatu award atau bukan.

II.1.2. *Pendekatan Konflik-Undang-Undang*

Jika sesuatu mahkamah merujuk kepada undang-undang nasional, dan bukannya menggunakan cara autonomi yang lebih sesuai untuk menjawab soalan-soalan di atas, mahkamah tersebut aka bermula dengan menentukan undang-undang nasional mana satu yang akabn mentadbir definisi award timbang tara. Dalam kata yang lain, mahkamah tersebut akan menggunakan pendekatan konflik-undang-undang (“conflict-of-laws method”). Ia akan mengaplikasikan undang-undang nasionalnya sendiri (*lex fori*), atau undang-undang yang mentadbir timbang tara (*lex arbitri*). Undang-undang yang mentadbir timbang tara akan, secara amnya, menjadi undang-undang tempat timbang tara, dan bukannya undang-undang yang dipilih oleh pihak-pihak terlibat untuk mentadbir timbang tara (bukannya kontrak atau merit pertikaian berkenaan, di mana ia merupakan hal asing)

II.2. PERJANJIAN TIMBANG TARA

Artikel II(1) Konvensyen New York adalah jelas bahawa ia beraplikasi dalam perjanjian “dibuat secara bertulis di mana pihak-pihak terlibat mengakujaji untuk menyerahkan kepada penimbangtaraan segala atau mana-mana perbezaan yang bangkit atau mungkin bangkit sesama mereka dari segi suatu hubungan yang ditentukan undang-undang, sama ada secara kontrak atau bukan.”

Penggunaan perkataan “yang bangkit atau mungkin bangkit” menunjukkan bahawa Konvensyen tersebut meliputi klausa timbang tara yang terkandung di dalam kontrak dan yang berkenaan dengan pertikaian masa depan, dan juga persetujuan penyerahan yang memperuntukkan penyelesaian pertikaian melalui timbang tara.

Menurut Artikel II(1), perjanjian timbang tara harus berkenaan dengan suatu hubungan di sisi undang-undang yang spesifik. Syarat ini dengan tentunya dapat dipenuhi dalam suatu klausa timbang tara dalam suatu kontrak yang berkenaan dengan pertikaian yang bangkit dari kontrak yang sama. Di sebaliknya, syarat ini tidak dapat dipenuhi jika pihak menyerahkan sebahagian atau semua pertikaian semasa atau yang akan datang mengenai segala perkara yang mungkin bangkit.

Pertikaian yang diliputi oleh perjanjian timbang tara mungkin berkenaan dengan kontrak dan tuntutan lain seperti tort atau statutori.

Akhirnya, Konvensyen memerlukan perjanjian timbang tara diadakan secara “bertulis”, suatu syarat yang diperuntukkan di Artikel II(2) dan dibincang dalam Bab II.

III. SKOP WILAYAH PENGAPLIKASIAN

Artikel I(1) mendefinisikan skop wilayah pengaplikasian dalam Konvensyen New York dengan mengambil kira award timbang tara dalam terma-terma berikutnya:

“Konvensyen ini akan diaplikasikan dalam pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara diberi dalam wilayah Negara bukan di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara itu dipohon dan bukan di mana pertikaian di antara pihak individu atau dari segi undang-undang dibangkitkan. Ia juga akan diaplikasikan dalam award timbang tara yang tidak dianggap sebagai award domestik dalam Negara di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan dipohon”.

Dengan itu, Konvensyen hanya digunakan dalam pengiktirafan dan penguatkuasaan *award timbang tara asing dan bukan-domestik* (lihat Bab ini pada III.1). Ia tidak boleh diaplikasikan dalam pengiktirafan dan penguatkuasaan award domestik. Konvensyen ini tidak mempunyai peruntukan yang sama berkenaan dengan perjanjian timbang tara. Namun, ia adalah difahamkan bahawa Konvensyen ini hanya diaplikasikan dalam award timbang tara “asing” atau antarabangsa (lihat Bab II).

III.1. AWARD

III.1.1. *Award Yang Diberi dalam Wilayah Sesebuah Negara bukan Negara di mana Pengiktirafan dan Penguatkuasaan Dituntuti*

Sebarang award yang diberi dalam Negara yang bukan merupakan Negara mahkamah di mana pengiktirafan atau penguatkuasaan

dipohon jatuh ke bawah skop Konvensyen, i.e. merupakan award asing. Dengan itu, kewarganegaraan, domicile atau tempat tinggal pihak-pihak terlibat adalah tidak berkaitan dalam penentuan sama ada suatu award adalah asing atau bukan. Namun, faktor-faktor ini mungkin penting dalam penentuan sama ada suatu perjanjian timbang tara jatuh ke bawah skop Konvensyen (lihat Bab II dan Bab III). Lagipun, tidak ada syarat di mana Negara di mana award itu diberi harus menjadi pihak atau pejanji Konvensyen (kecuali dalam situasi di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan dipohon telah membuat reciprocity reservation; lihat Bab ini pada IV.1).

Di manakah award itu diberi/ Konvensyen New York tidak memberi suatu jawapan kepada soalan ini. Kebanyakan Negara Pejanji mengambil pandangan bahawa award diberi pada tempat timbang tara. Tempat timbang tara adalah dipilih oleh pihak terlibat atau oleh institusi timbang tara atau tribunal timbang tara. Ia merupakan suatu konsep undang-undang dan bukan suatu konsep geografi fizikal. Perbincangan, perbincangan atau pertimbangan dan tandatangan award dan bahagian-bahagian lain proses timbang tara mungkin mengambil tempat di tempat yang lain.

III.1.2. *Award Bukan-Domestik*

Kategori award kedua yang diliputi Konvensyen adalah award-award yang dianggap sebagai bukan-domestik oleh Negara di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan dituntut. Kategori ini meluaskan skop pengaplikasian Konvensyen.

Konvensyen tidak mendefinisikan award bukan-domestik. Ia adalah amat jarang di mana pihak-pihak terlibat menentukan sama ada award yang akan diberi adalah bukan-domestik. Dengan itu, setiap Negara Pejanji bebas untuk menentukan mana satu award adalah

dianggap domestik; hal ini mungkin telah pin ditentukan dalam akta yang mengimplimentasikan Konvensyen.⁷

Dalam menggunakan kebebasan ini, Negara secara amnya menganggap semua atau sebahagian award berikutnya sebagai bukan-domestik:

- Award yang diberi di bawah undang-undang timbang tara Negara lain;
- Award yang mempunyai elemen asing;
- Award A-national.

Jenis award yang pertama hanya akan bangkit sehubungan dengan suatu timbang tara yang mempunyai tempat timbang tara di dalam mahkamah Negara dilibatkan pengiktirafan dan penguatkuasaan tetapi ditadbirkan oleh undang-undang timbang tara yang asing. Ini adalah jarang kerana ia menyiratkan bahawa undang-undang nasional

-
7. Sebagai contoh, Akta Timbang Tara Persekutuan Amerika Syarikat (Taju 9, Bab 2) mempunyai peruntukan yang berikutnya yang berkaitan dengan "award bukan-domestik":

"Seksyen 202. Perjanjian atau award yang jatuh ke bawah Konvensyen

Sesuatu perjanjian timbang tara atau award timbang tara yang bangkit dari suatu hubungan dari segi undang-undang, sama ada secara kontrak atau tidak, yang dianggap sebagai komersil, termasuklah suatu transaksi, kontrak, atau perjanjian diterangkan dalam Seksyen 2 tajuk ini, jatuh ke bawah Konvensyen. Sesuatu perjanjian atau award yang bangkit dari hubungan sedemikian di antara warganegara Amerika Syarikat akan dianggap sebagai tidak termasuk dalam Konvensyen, kecuali hubungan itu melibatkan harta yang berada di luar negara, melibatkan pelaksanaan atau penguatkuasaan luar negara, atau mempunyai hubungan wajar yang lain dengan satu atau lebih negara asing. Untuk tujuan seksyen ini, suatu koporasi adalah suatu warganegara Amerika Syarikat jika ia dibadankan atau mempunyai tempat perniagaan utama ("principal place of business") di dalam Amerika Syarikat".

yang dikuatkuasakan oleh mahkamah di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan dituntut membenarkan pihak untuk menyerahkan *lex arbitri* selain daripada yang digunakan oleh tempat timbang tara kepada penimbangan tara.

Kategori yang kedua merujuk kepada award yang diberi di dalam Negara di mana mahkamah pengiktirafan atau penguatkuasaan dituntut dalam suatu pertikaian yang berkaitan dengan dimensi asing, seperti warganegara atau domicile pihak-pihak terlibat atau tempat pelaksanaan kontrak di mana bangkitnya pertikaian tersebut. Kriteria untuk suatu award dianggap sebagai bukan-domestik di bawah kategori ini selalunya akan ditetapkan oleh Negara di dalam akta pengimplementasian mereka (lihat nota kaki 7 untuk contoh dari Amerika Syarikat). Ia adalah amat jarang di mana pihak menentukan bahawa award mereka adalah bukan-domestik.

III.2. PERJANJIAN TIMBANG TARA

Konvensyen New York tidak mendefinisikan skop pengaplikasian dalam hal berkaitan dengan perjanjian timbang tara. Namun, ia adalah diterima secara am bahawa Konvensyen New York tidak emntadbir pengiktirafan perjanjian timbang tara domestik. Ia juga diterima bahawa Konvensyen boleh diaplikasikan jika award timbang tara yang akan diberi pada masa depan akan dianggap sebagai asing atau bukan-domestik selaras dengan Artikel I(1). Sebahagian mahkamah mengambil pandangan bahawa Konvensyen boleh diaplikasikan jika perjanjian timbang tara adalah bersifat antarabangsa. Situasi ini, di mana perjanjian timbang tara bersifat antarabangsa, boleh bangkit sebagai akibat kewarganegaraan atau domicile pihak-pihak terlibat atau dari transaksi di sebaliknya.

Dalam menentukan sama ada suatu perjanjian timbang tara jatuh dalam skop Konvensyen, mahkamah mesti membezakan tiga situasi:

- Jika perjanjian timbang tara memperuntukkan tempat timbang tara di Negara asing, mahkamah harus mengaplikasikan Konvensyen New York.
- Jika perjanjian timbang tara memperuntukkan tempat timbang tara di Negara forum, mahkamah
 - Harus mengaplikasikan Konvensyen jika award masa depan akan layak dianggap sebagai bukan-domestik selaras dengan Artikel I(1), ayat kedua;
 - Harus mengaplikasikan Konvensyen jika perjanjian timbang tara bersifat antarabangsa atas sebab kewarganegaraan atau domicile pihak-pihak terlibat, atau mempunyai elemen asing di dalam transaksi;
- Jika perjanjian timbang tara tidak memperuntukkan tempat timbang tara, mahkamah harus mengaplikasikan Konvensyen jika ia adalah berkemungkinan besar bahawa award masa depan akan dianggap sebagai non-domestik selaras dengan Artikel I(1). Tambahan pula, ia mungkin mengaplikasikan Konvensyen jika mahkamah menganggap perjanjian yang terlibat sebagai bersifat antarabangsa.

IV. PENRIZABAN

Secara prinsip, Konvensyen ini boleh diaplikasikan di semua perjanjian timbang tara asing atau antarabangsa dan juga semua award asing atau bukan-domestik. Namun, Negara Pejanji boleh membuat dua reservation mengenai perkara pengaplikasian Konvensyen ini.

IV.1. PERSALINGAN (*Artikel I(3) Ayat Pertama*)

Negara-Negara Pejanji boleh mengisytiharkan bahawa mereka akan mengaplikasikan Konvensyen hanya kepada pengiktirafan dan penguatkuasaan award yang diberi dalam wilayah Negara Pejanji yang lain. Kira-kira dua per tiga Negara-Negara Pejanji telah membuat reservation ini. Sesebuah mahkamah dalam suatu Negara yang telah membuat reservation persalingan akan mengaplikasikan Konvensyen hanya jika awardnya diberi dalam wilayah Negara Pejanji yang lain, atau awardnya adalah bukan-domestik dan menunjukkan kaitan dengan Negara Pejanji lain.

IV.2. SIFAT KOMERSIL (*Artikel I(3) Ayat Kedua*)

Negara Pejanji boleh mengisytiharkan bahawa mereka akan mengaplikasikan Konvensyen hanya kepada perbezaan yang bangkit dari hubungan di sisi undang-undang, sama ada secara kontrak atau bukan, yang dianggap sebagai bersifat komersil di bawah undang-undang nasional Negara yang membuat pengisytiharan sedemikian. Kira-kira satu per tiga Negara Pejanji telah membuat reservation ini.

Walaupun bahasa Konvensyen merujuk kepada undang-undang nasional Negara forum (sebagai satu pengecualian kepada prinsip pentafsiran autonomi), secara praktiknya mahkamah juga mengambil kira situasi khas sesuatu case dan juga amalan antarabangsa. Dalam apa pun situasinya, merujuk kepada tujuan Konvensyen, mahkamah harus mentafsir tanggapan “commerciality” secara meluas.

Walaupun Konvensyen berbicara tentang reservation hanya dalam konteks penguatkuasaan award, secara amnya reservation juga diaplikasikan dalam pengiktirafan perjanjian timbang tara.

V. HUBUNGAN DENGAN UNDANG-UNDANG DOMESTIK DAN TRITIS YANG LAIN (ARTIKEL VII)

Artikel VII(1) Konvensyen New York menangani hubungan di antara Konvensyen dan undang-undang nasional forum dan tritis antarabangsa lain yang mengikat pada Negara di mana penguatkuasaan dituntut dengan terma-terma berikutnya:

“Peruntukan Konvensyen ini tidak akan menjejaskan kesahan perjanjian multilateral atau bilateral berkaitan dengan pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara yang diberi oleh Negara-Negara Pejanji; sedemikian juga, Konvensyen tidak akan melucutkan sebarang hak mana-mana pihak berminat terhadap award timbang tara dalam cara dan kepada tahap dibenarkan oleh undang-undang atau tritis negara di mana award tersebut dituntut untuk bergantung pada”.

V.1. UNDANG-UNDANG YANG LEBIH MEMANFAATKAN

Artikel VII(1) dipanggil sebagai peruntukan “lebih memanfaatkan” (“more-favourable-right provision”), kerana ia membenarkan suatu pihak yang menuntut pengiktirafan dan penguatkuasaan untuk bergantung pada peraturan-peraturan yang lebih memanfaatkan jika dibanding dengan Konvensyen. Peraturan-peraturan yang lebih memanfaatkan boleh didapati dalam: (i) undang-undang nasional forum atau (ii) dalam tritis yang boleh diaplikasikan dalam wilayah di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan dipohon.

Secara amalan, tritis atau undang-undang nasional adalah lebih memanfaatkan dibandingkan dengan Konvensyen New York jika mereka mengizinkan pengiktirafan dan penguatkuasaan dengan

rujukan kepada kriteria yang kurang ketat permintaannya, sama ada dari segi prosedur atau dari segi dasar tidak penguatkuasaan.

Kini, ia adalah difahamkan secara meluas (namu, bukan diterima secara amnya) bhawa peruntukan Artikel VII(1) juga boleh diaplikasikan ke atas pengiktirafan dan penguatkuasaan perjanjian timbang tara, seperti yang dinyatakan di Artikel II. Artikel VII(1) selalunya dibangkitkan untuk mengatasi syarat-syarat formal yang diaplikasikan dalam perjanjian timbang tara, selaras dengan Artikel II(2) (syarat bertulis, lihat Bab II pada IV.2.1).

Dalam Cadangan (“Recommendation”) yang diterimapakai oleh UNCITRAL (“United Nations Commission on International Trade Law” atau Komisen Undang-Undang Perdagangan Antarabangsa Bangsa-Bangsa Bersatu) pada 7 Julai 2006 (Lihat **Lampiran III**), ia bercadang bahawa

“Artikel VII, perenggan 1 Konvensyen Pengiktirafan dan Penguatkuasaan Award Timbang Tara Asing yang dibuat di New York pada 10 Jun 1958 perlu diaplikasikan untuk membenarkan mana-mana pihak berminat untuk memanfaatkan hak-hak yang ia punyai di bawah undang-undang atau tritis negara di mana perjanjian timbang tara dipohon untuk digunakan untuk memohon pengiktirafan kesahihan perjanjian tersebut”.

Sejarah Konvensyen juga menyokong pandangan ini. Peruntukan mengenai penguatkuasaan perjanjian timbang tara dimasukkan pada hari terakhir perundingan. Peruntukan lain tidak dipinda untuk mengambil kira peruntukan tambahan ini. Dengan itu, Artikel VII tidak patut difahamkan sebagai mengecualikan perjanjian timbang tara daripada skopnya.

V.2. KONVENSYEN NEW YORK DAN TRITIS ANTARABANGSA YANG LAIN

Bahagian pertaman Artikel VII memperuntukkan bahawa Konvensyen tidak menjejaskan kesahihan tritis antarabangsa lain mengenai pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara yang berkesan dalam Negara penguatkuasaan. Bahagian kedua peruntukan yang sama mengkhususkan bahawa pihak berhak untuk memohon pengiktirafan dan penguatkuasaan award selaras dengan Konvensyen New York atau triti yang lain atau undang-undang nasional, berdasarkan mana satu adalah lebih bermanfaat.

Prinsip *more-favourable-right* menyimpang dari peraturan-peraturan klasik undang-undang antarabangsa mengenai triti yang bertentangan (*lex posteriori* dan *lex specialis*). Selaras dengan prinsip *more-favourable-right*, yang lebih memanfaatkan yang akan digunakan.

V.3. KONVENSYEN NEW YORK DAN UNDANG-UNDANG NASIONAL

Berkanaan dengan hubungan di antara Konvensyen New York dan undang-undang nasional Negara di mana penguatkuasaan dipohon, tiga situasi harus dibezakan:

- Kedua-dua Konvensyen New York dan undang-undang nasional mempunyai peraturan mengenai isu-isu yang sama. Dalam kes ini, Konvensyen yang akan diaplikasikan dan bukannya undang-undang nasional kecuali dalam situasi di mana undang-undang nasional adalah lebih memanfaatkan. Dalam beberapa kes mahkamah perlu merujuk kepada akta implementasi Konvensyen (*kes (i)* di bawah);
- Konvensyen New York tidak mempunyai peraturan dalam sesuatu perkara. Dalam situasi ini, mahkamah akan mengaplikasikan

- undang-undang nasional mereka sebagai tambahan kepada Konvensyen New York (*kes (ii)* di bawah);
- Konvensyen New York dengan jelas merujuk kepada undang-undang nasional. Dalam kes ini, mahkamah harus mengaplikasikan undang-undang nasional sampai ke tahap yang diizinkan oleh Konvensyen (*kes (iii)* di bawah).

Kes (i) Konvensyen Digunakan dan bukan undang-undang nasional

Kes (ii) Undang-undang nasional sebagai tambahan kepada Konvensyen

Konvensyen New York tidak menetapkan rejim prosidural yang menyeluruh untuk pengiktirafan dan penguatkuasaan award asing. Berkenaan dengan prosedur, Konvensyen hanya memberi peraturan mengenai beban membukti dan dokumen-dokumen yang perlu diserahkan oleh pihak pemohon. Ia adalah senyap dalam hal-hal prosedur yang lain.

Artikel III memerintukkan bahawa Negera-Negera Pejanji harus (“shall”) mengiktiraf dan menguatkuasakan award timbang tara selaras dengan peraturan-peraturan prosedur dari Negara di mana award digunakan. Dengan itu, prosedur untuk pengiktirafan dan penguatkuasaan award asing adalah ditadbir oleh undang-undang nasional kecuali dalam isu beban membukti dan dokumen-dokumen yang perlu diserahkan (lihat Bab III).

Berikutnya merupakan isu-isu prosedural yang ditadbir oleh undang-undang nasional. Senarai ini bukan senarai yang mengeluruh.

- Had masa untuk mengisi suatu permohonan untuk pengiktirafan dan penguatkuasaan;
- Pihak berkuasa yang kompeten untuk mengiktiraf dan menguatkuasa award;
- Bentuk (“form”) permohonan tersebut;
- Cara bagaimana prosiding diadakan;

- Remedi yang bertentangan dengan keputusan memberi atau menolak eksekutur;
- Ketersediaan pembelaan set-off (“set-off defence”) atau tuntutan balas bertentangan dengan suatu award.

Suatu isu mungkin bangkit jika suatu Negara mengenakan syarat-syarat bidang kuasa yang ketat, bahawa peraturan mahkamahannya harus diterima dalam suatu permohonan penguatkuasaan. Selaras dengan tujuan Konvensyen dan bias pro-penguatkuasaannya, kewujudan asset di wilayah bidang kuasa Negara penguatkuasa adalah cukup untuk wujudnya bidang kuasa bagi tujuan penguatkuasaan. Walau bagaimanapun, mahkamah-mahkamah Amerika Syarikat tertentu telah menetapkan bahawa mereka mempunyai bidang kuasa peribadi (“personal jurisdiction”) ke atas pihak responden dan penghutang award (“award debtor”).

Kes (iii) Konvensyen dengan jelasnya merujuk kepada undang-undang nasional

Peruntukan-peruntukan Konvensyen New York tertentu merujuk secara jelasnya kepada undang-undang nasional. Ini adalah kesnya dalam beberapa Artikel, misalnya: Artikel I (sehubungan dengan reservation komersil), Artikel III (sehubungan dengan prosidur untuk pengiktirafan dan penguatkuasaan) dan Artikel V (dasar-dasar tertentu mengenai penolakan penguatkuasaan merujuk kepada undang-undang nasional). Ini tidak semestinya merujuk kepada undang-undang forum tetapi undang-undang yang digunakan dalam pemberian award.

VI. AKIBAT-AKIBAT TIDAK-PENGAPLIKASIAN KONVENSIEN NEW YORK

Ketidak-aplikasian atau pengaplikasian Konvensyen New York yang salah melibatkan, secara prinsip, tanggungjawab antarabangsa Negara. Suatu pelanggaran tanggungjawab Negara di bawah Konvensyen (lihat Bab ini pada VI.1) mungkin, dalam situasi-situasi yang tertentu, dikira sebagai suatu pelanggaran triti pelaburan bilateral atau multilateral (lihat Bab ini pada VI.2). Dalam apa pun situasi, award tidak akan terjejas oleh pelanggaran-pelanggaran tersebut (lihat Bab ini pada VI.3).

VI.1. PERLANGGARAN KONVENSIEN NEW YORK

Walaupun Konvensyen New York tidak mempunyai suatu klausa penyelesaian-pertikaian (“dispute-resolution clause”), ia adalah suatu triti antarabangsa yang mewujudkan tanggungjawab kepada Negara Pejanji di bawah undang-undang antarabangsa.

Seperti yang diterangkan di atas, Negara-Negara Pejanji telah setuju untuk mengiktiraf dan menguatkuasakan award timbang tara asing dan untuk mengiktiraf perjanjian timbang tara. Apabila sesuat pihak memohon penguatkuasaan dan/atau pengiktirafan award atau perjanjian timbang tara yang jatuh ke bawah skop Konvensyen New York, Negara Pejanji harus mengaplikasikan Konvensyen tersebut. Ia tidak boleh (“may not”) mengenakan peraturan-peraturan presedural yang lebih ketat dan syarat-syarat substantif mengenai pengiktirafan dan penguatkuasaan. Di mana Konvensyen adalah senyap dalam suatu perkara prosedural, Negara Pejanji tidak boleh (“may not”) mengenakan syarat-syarat prosedural yang lebih berat atau ketat secara substantif daripada syarat-syarat yang mentadbir award domestik.

Di antara Negara-Negara Pejanji, organ-organ utama yang dipertanggungjawabkan dengan mengaplikasikan Konvensyen New York adalah pihak mahkamah. Dalam undang-undang antarabangsa, perbuatan mahkamah adalah dianggap sebagai perbuatan Negara berkenaan. Dengan itu, jika suatu mahkamah tidak mengaplikasikan Konvensyen, telah silap dalam pengaplikasiannya atau menggunakan sebab-sebab yang boleh dipersoalkan dalam menolak pengiktirafan atau penguatkuasaan yang tidak diliputi oleh Konvensyen, Negara forum akan melibatkan tanggungjawab antarabangsanya. (“the forum State engages its international responsibility”).

Setelah saja notifikasi Konvensyen dikesankan dalam sesuatu Negara Pejanji, tanggungjawab Negara tersebut akan dilibatkan pada tahanan antarabangsa tidak kira sama ada Konvensyen telah pun diimplementasikan melalui akta nasional atau ia telah pun diterbitkan atau diisytiharkan (“promulgated”) di bawah undang-undang domestik. Dengan itu, walaupun, sebagai contoh, teks Konvensyen belum diterbitkan dalam gazette rasmi yang berkenaan, ini tidak menjejaskan tanggungjawab Negara untuk mematuhi Konvensyen New York di bawah undang-undang antarabangsa.

VI.2. PERLANGGARAN TRITI PELABURAN

Bergantung pada situasi-situasi yang terlibat, suatu perlanggaran tanggungjawab untuk mengiktiraf dan menguatkuasakan perjanjian timbang tara dan award mungkin membawa kepada perlanggaran triti yang lain. Ini mungkin melibatkan, sebagai contoh, Konvensyen Eropah dalam Hak Asasi Manusia (European Convention of Human Rights) terutamanya Protokol pertamanya. Satu lagi contoh yang lain adalah, berdasarkan tren perkembangan semasa, triti pelaburan. Melalui triti pelaburan, Negara-Negara terlibat menjamin pelabur-pelabur asing, sebagai contoh, bahawa mereka akan menerima layanan

yang adil dan saksama, tidak tertakluk kepada ekspropriasi (kecuali di mana syarat-syarat khusus telah dipenuhi). Dua keputusan baharu dalam timbang tara triti pelaburan memegang bahawa sesebuah Negara dianggap melanggar tanggungjawabnya di bawa suatu triti pelaburan bilateral kerana mahkamah negara tersebut gagal mengiktiraf suatu perjanjian timbang tara yang sah.⁸

VI.3. AWAD ADALAH TIDAK DIPENGARUHI

Sesuatu award tidak dijejaskan oleh penolakan suatu Negara untuk menguatkuasakan atau mengiktirafnya, suatu pelanggaran Konvensyen New York. Keputusan Negara tersebut hanya berkesan di dalam wilayah Negara tersebut. Dengan itu, pihak menang masih berhak untuk bergantung pada award itu dan memohon penguatkuasaannya di dalam Negara yang lain.

8. *Saipem SpA v. Bangladesh*, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) no. kes ARB/05/07 dan *Salini Costruttori SpA v Jordan*, ICSID no. kes ARB/02/13, kedua-duanya boleh didapati dalam talian pada <www.icsid.worldbank.org>.

BAB II

PERMOHONAN UNTUK PENGUATKUASAAN PERJANJIAN TIMBANG TARA

ISI KANDUNGAN

I. PENGENALAN

II. CIRI-CIRI ASAS RANG UNDANG-UNDANG KONVENSYEN PERJANJIAN TIMBANG TARA

- II.1. Perjanjian Timbang Tara Adalah Dianggap Sah
- II.2. Pihak-Pihak Perjanjian Timbang Tara Yang Sah Harus Dirujuk Kepada Penimbangtaraan
- II.3. Cara Untuk Merujuk Pihak-Pihak Terlibat Kepada Penimbangtaraan
- II.4. Tiada Rujukan *Ex Officio*

III. PRINSIP-PRINSIP YANG DITERIMA SECARA UMUM

- III.1. Penimbangtara Mempunyai Bidang Kuasa Untuk Menentukan Bidang Kuasa Sendiri
- III.2. Skop Kajian Semula Mahkamah Terhadap Cabaran Bidang Kuasa Timbang Tara
- III.3. Klausula Timbang Tara Biasanya Tidak Terjejas Oleh Kerana Ketidaksahan Kontrak Utama
- III.4. Rangka Masa Permohonan Rujukan Dalam Perjalanan Prosiding Mahkamah
- III.5. Tiada Balasan Yang Diperlukan Untuk Prosiding Timbang Tara Serentak

IV. PETA JALAN UNTUK ARTIKEL 2

- IV.1. Adakah Perjanjian Timbang Tara Berada Di Bawah Skop Konvensyen?
- IV.2. Adakah Perjanjian Timbang Tara Dibuktikan Secara Bertulis?
 - IV.2.1. Latar Belakang Teori
 - IV.2.2. Amalan

- (i) Klausula timbang tara yang dimasukkan di dalam dokumen yang dirujuk di dalam dokumen kontrak utama (isu “pembadanan melalui rujukan”)
- (ii) Klausula timbang tara dalam dokumen kontrak yang tidak ditandatangani namun kemudiannya dilaksanakan oleh semua pihak mengikut terma
 - Tawaran kontrak dihantar bersama dengan klausula timbang tara dan disahkan. Namun, pengesahan tersebut mempunyai reservasi am atau syarat terkemudian
 - Tawaran kontrak yang mempunyai klausula timbang tara dihantar daripada satu pihak kepada pihak yang lain. Tawaran kontrak itu tidak dibalas namun tetap dilaksanakan
- (iii) Perjanjian timbang tara terkandung dalam pertukaran komunikasi elektronik

IV.3. Adakah Perjanjian Timbang Tara Wujud Dan Dianggap Sah Secara Substansial?

IV.3.1. Latar Belakang Teori

IV.3.2. Amalan

- (i) “Batal dan tak sah”
- (ii) “Tidak berkuatkuasa”
- (iii) “Tidak mampu dilaksanakan”
 - Di mana rujukan kepada timbang tara adalah opsyenal atau hanya merupakan sebuah pilihan
 - Di mana kontrak memperuntukkan penimbangtaraan dan bidang kuasa Mahkamah
 - Di mana peraturan timbang tara atau institusi timbang tara tidak didraf dengan tepat
 - Di mana panduan tentang bagaimana penimbangtara akan dilantik tidak dinyatakan dengan tetap (“klausula kosong”)

IV.4. Adakah Terdapat Suatu Pertikaian, Adakah Ia Timbul Daripada Hubungan Undang-Undang Yang Telah Ditetapkan, Sama Ada Berdasarkan Kontrak Atau Tidak Dan Adakah Pihak-pihak Berniat Untuk Menyelesaikan Pertikaian Tertentu Melalui Timbang Tara?

IV.4.1. Latar Belakang Teori

IV.4.2. Amalan

- (i) Haruskah bahasa yang digunakan dalam klausa timbang tara ditafsirkan secara meluas?
- (ii) Bagaimana jika perjanjian timbang tara mengandungi beberapa pengecualian dalam skopnya?

IV.5. Adakah Perjanjian Timbang Tara Mengikat Pihak-Pihak Kepada Pertikaian Yang Ada Di Hadapan Mahkamah?

IV.5.1. Latar Belakang Teori

- (i) Perjanjian timbang tara hanya mengikat pihak
- (ii) Pihak bukan penandatangan juga boleh menjadi pihak dalam perjanjian timbang tara
- (iii) Bagaimana untuk menentukan skop subjektif perjanjian timbang tara?
- (iv) Undang-undang yang boleh digunapakai untuk menentukan skop subjektif perjanjian timbang tara

IV.5.2. Amalan

- (i) Bilakah responden mempunyai hak untuk dirujuk kepada timbang tara?
- (ii) Bagaimana jika mahkamah menetapkan bahawa pihak responden tidak terikat pada perjanjian timbang tara?

IV.6. Adakah Pertikaian Ini Boleh Ditimbangtaraan?

IV.6.1. Perkara “Yang Mampu Diselesaikan Oleh Penimbangtaraan” Membawa Maksud “Boleh DitimbangTara”

IV.6.2. Undang-Undang Yang Boleh Digunapakai Untuk Perkara Yang Boleh Ditimbang Tara

IV.6.3. Perjanjian Timbang Tara Antarabangsa Harus Tertakluk Kepada Piawai Timbang Tara Yang Konsisten

V. RINGKASAN

I. PENGENALAN

Seperti yang dijelaskan dalam Bab 1, “Konvensyen New York” bertujuan untuk menggalakkan penyelesaian pertikaian antarabangsa melalui timbang tara. Untuk tujuan itu, suatu jaminan bahawa mahkamah Negara Pejanji akan memberi kesan kepada perjanjian pihak-pihak untuk menimbangtara dan seterusnya hasilan award timbang tara adalah amat penting.

Berkenaan dengan perjanjian timbang tara, pendraf Konvensyen berusaha untuk memastikan bahawa niat awal pihak-pihak untuk menyelesaikan pertikaian mereka melalui timbang tara tidak akan dikecewakan dengan penyerahan sepihak pertikaian ke mahkamah. Oleh itu, mereka menetapkan syarat-syarat di mana mahkamah mesti merujuk pihak kepada timbang tara, dan menghadkan alasan di mana pihak kepada perjanjian timbang tara dapat mencabar kesahihan perjanjian tersebut.

Ini membawa kepada penggunaan Artikel II, yang berbunyi seperti berikut:

“(1) Setiap Negara Pejanji hendaklah mengiktiraf satu perjanjian bertulis di mana pihak-pihak berjanji untuk menyerahkan kepada penimbangtaran semua atau apa-apa pertikaian yang timbul atau yang mungkin timbul di antara mereka berkenaan dengan suatu hubungan perundangan yang jelas, sama ada berdasarkan kontrak atau tidak, mengenai satu perkara yang mampu diselesaikan melalui timbang tara.

(2) Istilah 'perjanjian bertulis' hendaklah mempunyai klausa timbang tara dalam suatu kontrak atau suatu perjanjian timbang tara, ditandatangani oleh pihak-pihak terlibat, atau terkandung dalam pertukaran surat atau telegram

(3) Mahkamah Negara Pejanji, jika terlibat dalam suatu perkara di mana pihak-pihak terlibat telah membuat suatu susunan dalam erti Artikel ini, mesti, atas permohonan salah satu pihak, merujuk pihak-pihak tersebut kepada timbang tara, melainkan jika didapati bahawa perjanjian tersebut adalah batal dan tidak sah, tidak berkuatkuasa atau tidak mampu dilaksanakan. “

Sebelum award disampaikan, terdapat beberapa situasi di mana mahkamah boleh mencabar kesahihan perjanjian timbang tara. Situasi yang paling kerap berlaku adalah apabila, seperti yang dinyatakan dalam Artikel II (3), satu perkara di mana pihak-pihak telah membuat persetujuan timbang tara itu dibawa ke mahkamah, dan pihak responden meminta mahkamah untuk merujuk kes tersebut kepada penimbangtaraan. Di samping itu, permohonan boleh dibuat untuk mengisytiharkan bahawa perjanjian timbang tara tertentu adalah sah atau tidak sah. Mahkamah mungkin juga diminta untuk memberi injunksi anti timbang tara atau diminta untuk mengambil langkah-langkah dalam menyokong prosiding timbang tara-seperti membuat permohonan lalai penimbangtara - yang akan ditentang oleh pihak lain atas alasan perjanjian timbang tara tidak sah.

Apabila berhadapan dengan situasi-situasi seperti ini, mahkamah harus mematuhi tujuan Konvensyen dan amalan terbaik yang digunapakai oleh Negara-Negara Pejanji lain selama lebih daripada lima puluh tahun.

II. CIRI-CIRI ASAS RANG UNDANG-UNDANG KONVENSYEN PERJANJIAN TIMBANG TARA

II.1. PERJANJIAN TIMBANG TARA ADALAH DIANGGAP SAH

Pengarang Konvensyen ini berniat untuk menyingkirkan kemungkinan pihak-pihak dalam perjanjian timbang tara melalaikan komitmennya untuk menimbangtara dan sebaliknya menyerahkan pertikaian itu ke Mahkamah Negara. Oleh itu, Konvensyen ini menetapkan rejim “penguatkuasaan”, “pro-timbang tara” yang terletak pada kesahihan persetujuan perjanjian timbang tara secara formal dan substantif (“Setiap Negara Pejanji akan mengiktiraf perjanjian secara bertulis ...). Kesahihan persetujuan ini hanya dapat dibalikkan atas beberapa alasan yang terhad (“... kecuali jika mendapati bahawa perjanjian tersebut adalah batal dan tidak sah, tidak berkuatkuasa atau tidak dapat dilaksanakan”)

Kecenderungan kepada pro-penguatkuasaan bermakna bahawa “Konvensyen New York” lebih diutamakan daripada undang-undang negara yang kurang baik. Mahkamah tidak boleh menguatkuasakan isyarat yang lebih ketat di bawah undang-undang negara mereka untuk kesahihan perjanjian timbang tara (seperti, contohnya, keperluan untuk klausa timbang tara dalam kontrak ditandatangani secara berasingan).

Di sebaliknya, beberapa mahkamah semakin menganggap bahawa Artikel II (2) membolehkan mereka bergantung pada undang-undang negara yang lebih baik. Jika undang-undang Negara membenarkan perjanjian timbang tara untuk dibuat secara lisan atau secara tasit, undang-undang ini boleh digunakan (Tengok juga Tajuk 1 di V.1). Aspek ini akan dibincangkan dalam Tajuk ini dibawah di IV.2.

II.2. PIHAK-PIHAK PERJANJIAN TIMBANG TARA YANG SAH HARUS DIRUJUK KEPADA PENIMBANGTARAAN

Apabila mahkamah mendapati bahawa terdapat perjanjian timbang tara yang sah, ia akan merujuk pihak-pihak tersebut kepada timbang tara, atas permintaan salah satu pihak, dan bukannya menyelesaikan pertikaian itu sendiri. Mekanisme penguatkuasaan ini diperuntukkan di Artikel II (3). Mekanisme penguatkuasaan ini disediakan oleh Artikel II (3). Konvensyen ini bertujuan untuk tidak meninggalkan sebarang ruang budi bicara kepada mahkamah dalam aspek ini.

II.3. CARA UNTUK MERUJUK PIHAK-PIHAK TERLIBAT KEPADA PENIMBANGTARAAN

“Timbang tara rujukan” bermaksud sama ada sebagai penangguhan prosiding mahkamah yang menunggu keputusan timbang tara atau pemecatan tuntutan atas dasar kekurangan bidang kuasa, selaras dengan timbang tara negara atau undang-undang prosedural.

II.4. TIADA RUJUKAN *EX OFFICIO*

Mahkamah hanya boleh merujuk pihak-pihak kepada timbang tara “atas permintaan salah satu pihak”. Dengan itu, mahkamah tidak boleh membuat keputusan sedemikian atas bidang kuasa sendiri.

III. PRINSIP-PRINSIP YANG DITERIMA SECARA UMUM

Konvensyen ini tidak mengesahkan prinsip “kompetensi-kompetensi” secara jelas, kajian semula terhadap perjanjian-perjanjian timbang tara oleh mahkamah pada peringkat awal timbang tara atau terhadap prinsip keterasingan. Walau bagaimanapun, objek dan tujuannya akan dipenuhi dengan lebih baik jika prinsip-prinsip tersebut diikuti.

III.1. PENIMBANGTARA MEMPUNYAI BIDANG KUASA UNTUK MENENTUKAN BIDANG KUASA SENDIRI

Prinsip “kecekapan kompetensi” atau dikenali sebagai Kompetenz-Kompetenz) membenarkan penimbangtara untuk membicarakan apa-apa cabaran mengenai bidang kuasa mereka, bahkan boleh sampai pada kesimpulan bahawa mereka sebenarnya tidak mempunyai bidang kuasa langsung.

Kuasa ini adalah amat penting jika penimbangtara ingin menjalankan tugasnya dengan baik. Ini akan menjadi satu halangan utama bagi proses penimbangtaraan jika pertikaian ini mesti direman ke mahkamah semata-mata kerana kewujudan atau kesahihan perjanjian timbang tara dipersoalkan.

Konvensyen ini tidak secara jelas memerlukan penerapan prinsip kompetensi-kompetensi. Walau bagaimanapun, ia tidak bersifat neutral dalam hal ini. Artikel II (3) dan V (1) di dalam Konvensyen tidak melarang tribunal timbang tara dan mahkamah untuk menyoal bidang kuasa penimbangtara untuk menangani perkara tertentu. Di samping itu, Artikel V (1) (a) dan V (1) (c) – yang terlibat dalam pengiktirafan dan penguatkuasaan award-menyiratkan bahawa tribunal timbang tara telah memberikan award meskipun terdapat tentangan dalam hal bidang kuasa.

III.2. SKOP KAJIAN SEMULA MAHKAMAH TERHADAP CABARAN BIDANG KUASA TIMBANG TARA

Prinsip “kecekapan kompetensi” telah ditafsirkan oleh beberapa buah mahkamah, terutamanya di Amerika Syarikat, oleh sebab pendekatan Konvensyen kecenderungan penguatkuasaan undang-undang . Oleh itu, keutamaan telah diberikan kepada penentuan bidang kuasa tribunal timbang tara oleh panel timbang tara sendiri dan penelitian mahkamah terhadap perjanjian timbang tara yang kononnya batal dan tidak sah, tidak berkuatkuasa atau tidak mampu dilaksanakan kekal dangkal (atau prima facie) pada tahap awal pertikaian. Mahkamah-mahkamah tersebut mendapati bahawa perjanjian timbang tara itu tidak sah hanya dalam beberapa kes.

Melalui pendekatan ini, mahkamah hanya akan diberi kuasa mengkaji semula penemuan timbang tara mengenai bidang kuasa apabila terdapat permintaan untuk penguatkuasaan award award timbang tara atau pada peringkat pengetepian award (yang kedua tidak dikawal selia oleh Konvensyen).

Tafsiran ini amat berkontroversi. Walaupun kedudukan yang diterangkan di atas kelihatan wajar berdasarkan objek dan tujuan Konvensyen, tidak ada peruntukan yang jelas dalam Konvensyen yang menghalang mahkamah untuk membuat kajian semula terhadap perjanjian timbang tara dan mengeluarkan keputusan terakhir dan mengikat pada pihak mengenai perjanjian tersebut pada peringkat awal pertikaian.

III.3. KLAUSA TIMBANG TARA BIASANYA TIDAK TERJEJAS OLEH KERANA KETIDAKSAHAN KONTRAK UTAMA

Prinsip yang berkait rapat dengan prinsip “kecekapan kompetensi” adalah prinsip keterasingan klausa timbang tara daripada kontrak

utama (juga disebut sebagai “pemisahan” atau “autonomi daripada klausa timbang tara”). Prinsip ini menunjukkan bahawa, pertamanya, secara prinsip kesahihan kontrak utama tidak menjejaskan kesahihan perjanjian timbang tara yang terkandung di dalamnya; kedua, kontrak utama dan perjanjian timbang tara boleh ditadbir oleh undang-undang yang berlainan.

III.4. RANGKA MASA PERMOHONAN RUJUKAN DALAM PERJALANAN PROSIDING MAHKAMAH

Konvensyen ini tidak menetapkan tarikh akhir untuk meminta rujukan timbang tara. Bolehkah permintaan ini difailkan sebelum penghujahan pertama merit, atau boleh difailkan pada bila-bila masa? Jika Konvensyen memberi jawapan kepada soalan-soalan yang timbul, jawapannya terletak dalam undang-undang timbang tara negara atau undang-undang prosedur. Jika satu pihak gagal membangkitkan permintaan itu pada masa yang tepat, ia boleh dianggap bahawa pihak telah mengecualikan hak untuk membuat keputusan tersebut, dan perjanjian timbang tara menjadi tidak berfungsi.

Dalam kebanyakan undang-undang negara, permintaan rujukan kepada timbang tara harus dibuat sebelum pembelaan terhadap merits dilakukan, i.e., *in limine litis*.

III.5. TIADA BALASAN YANG DIPERLUKAN UNTUK PROSIDING TIMBANG TARA SERENTAK

Kebolehterimaan permintaan untuk rujukan dan bidang kuasa mahkamah terhadapnya harus diputuskan tidak kira sama ada prosiding timbang tara sudah dimulakan atau belum, kecuali undang-undang timbang tara negara memperuntukkan sebaliknya.

Walaupun ini tidak diperuntukkan dalam Konvensyen, kebanyakan mahkamah memegang bahawa permulaan prosiding timbang tara yang sebenarnya bukan merupakan suatu keperluan untuk meminta mahkamah merujuk pertikaian itu kepada timbang tara.

IV. PETA JALAN UNTUK ARTIKEL 2

Apabila terbangkitnya cabaran mengenai kesahihan perjanjian timbang tara untuk tujuan berkaitan dengan Artikel II Konvensyen, mahkamah harus bertanya soalan-soalan berikut:

1. Adakah Perjanjian Timbang Tara Berada Di Bawah Skop Konvensyen?
2. Adakah Perjanjian Timbang Tara Itu Dibuktikan Secara Bertulis?
3. Adakah Perjanjian Timbang Tara Wujud Dan Adakah Ia Sah Secara Substansial?
4. Adakah Terdapatnya Pertikaian, Adakah Ia Timbul Daripada Hubungan Undang-Undang Yang Jelas, Sama Ada Secara Kontrak Atau Tidak, Dan Adakah pihak-pihak Terlibatberhasrat Untuk Pertikaian Ini Diselesai Melalui Timbang Tara?
5. Adakah Perjanjian Timbang Tara Mengikat pihak-pihak Dalam Pertikaian Yang Berada Di Hadapan Mahkamah?
6. Adakah Perselisihan Ini Boleh Ditimbangtara?

Pihak-pihak harus merujuk kepada timbang tara jika jawapan bagi soalan di atas adalah benar

IV.1. ADAKAH PERJANJIAN TIMBANG TARA BERADA DI BAWAH SKOP KONVENSYEN?

Demi Mendapat perlindungan Konvensyen, perjanjian timbang tara mesti berada di bawah skop Konvensyen (lihat Bab I di II.2).

IV.2. ADAKAH PERJANJIAN TIMBANG TARA DIBUKTIKAN SECARA BERTULIS?

Artikel II(1) menyatakan bahawa perjanjian timbang tara harus dibuat “secara bertulis”. Keperluan ini ditakrifkan dalam Artikel II(2) sebagai termasuk “suatu klausa timbang tara dalam kontrak atau perjanjian timbang tara, ditandatangani oleh pihak-pihak atau terkandung dalam pertukaran surat atau telegram”.

IV.2.1. *Latar Belakang Teori*

Penguatkuasaan perjanjian timbang tara tidak boleh diteruskan di bawah Konvensyen jika keperluan menulis yang dinyatakan dalam Artikel II tidak dipenuhi.

Konvensyen telah menetapkan peraturan antarabangsa yang seragam. Pendrafnya cuba mencapai persetujuan tentang perkara dimana undang-undang kebangsaan ada dan masih mempunyai pendekatan yang berbeza, dengan mewujudkan peraturan substantif yang agak liberal mengenai keperluan penulisan yang digunakan dalam undang-undang domestik.

Artikel II(2) dengan itu menetapkan standard “maksimum” yang menghalangi Negara Pejaji daripada memerlukan tambahan atau menuntut syarat rasmi lebih membebankan di bawah undang-undang negara. Contoh di mana syarat adalah dianggap lebih membebankan termasuklah syarat di mana perjanjian timbang tara mempunyai jenis

huruf atau saiz tertentu, dibuat dalam surat ikatan awam atau mempunyai tandatangan berasingan, dan sebagainya.

Di samping mewujudkan standard maksimum, Artikel II(2) ditafsirkan sebagai mengenakan syarat minimum antarabangsa, di mana mahkamah tidak berhak memerlukan kurang daripada yang disediakan dalam borang bertulis di bawah Konvensyen. Namun, ini tidak lagi diterima secara umum.

Mengikut amalan perdagangan antarabangsa semasa, Artikel II(2) telah semakin difahami sebagai tidak menghalang permohonan. Mengikut amalan perdagangan antarabangsa semasa, Artikel II(2) telah semakin difahami sebagai tidak menghalang aplikasi yang mempunyai bentuk piawai Negara-Negara Pejanji yang kurang ketat. Bacaan ini mendapat sokongan dalam Artikel VII(1) yang menyatakan bahawa

“Peruntukan-peruntukan dalam Konvensyen ini tidak boleh ... menafikan pihak mana-mana yang berminat dengan apa jua hak yang dia mungkin perlu bagi aAwardAward timbang tara dengan cara dan setakat yang dibenarkan oleh undang-undang atau Triti-triti negara di mana awardaward itu akan digantung pada”.

Klausa ini bertujuan untuk membenarkan permohonan daripada mana-mana peruntukan negara atau antarabangsa yang mungkin lebih menguntungkan kepada pihak yang berminat. Walaupun Artikel VII(1) telah diterimapakai berhubung dengan penguatkuasaan aAward timbang tara, satu tren juga boleh diaplikasikan pada perjanjian timbang tara (lihat Artikel VII(1), Bab I pada V.1).

Namun, pendekatan initalah tidak diterima secara universal. Banyak mahkamah telah berusaha untuk memenuhi tuntutan moden perdagangan antarabangsa bukan dengan mengecualikan Artikel II(2) sama sekali, tetapi dengan menafsirkannya secara ekspansif - dengan menerima bahawa terdapat persetujuan secara bertulis - atau

membacanya sebagai hanya menetapkan beberapa contoh tentang apa yang dimaksudkan dengan perjanjian “secara bertulis” dalam erti Artikel II(1).

Kedua-dua pendekatan ini telah disahkan oleh Suruhanjaya Bangsa-Bangsa Bersatu mengenai Undang-Undang Perdagangan Antarabangsa (UNCITRAL) dalam Cadangannya pada 7 Julai 2006 (lihat **Lampiran III**). UNCITRAL mengesyorkan bahawa

“Artikel II, perenggan 2, [Konvensyen] digunapakai sebagai mengakui bahawa keadaan yang diterangkan di dalamnya tidak lengkap”.

Dan bahawa

“Artikel VII, perenggan 1 dari [Konvensyen] hendaklah digunapakai untuk membenarkan mana-mana pihak yang berminat untuk mendapatkan hak yang mungkin ada di bawah Undang-undang atau triti negara di mana perjanjian timbang tara digunapakai, untuk mendapatkan pengiktirafan kesahihan perjanjian timbang tara”.

IV.2.2. *Amalan*

Seperti yang dinyatakan di atas, terdapat satu trend yang meluas untuk mengaplikasikan syarat “secara bertulis” secara liberal di bawah Konvensyen, selaras dengan pendekatan pro-penguatkuasaan dan amalan antarabangsa semasa di mana kontrak dilaksanakan melalui cara yang berbeza.

Aplikasi kurang fleksibel syarat penulisan Konvensyen ini akan bertentangan dengan penggunaan perniagaan semasa dan yang meluas dan bertentangan dengan pro-penguatkuasaan di dalam Konvensyen.

Amalan dalam bidang ini menunjukkan bahawa mahkamah seolah-olah secara amnya mengikuti prinsip panduan untuk memberi kesan bahawa perjanjian timbang tara adalah sah di mana ia boleh, dengan wajar menegaskan bahawa tawaran untuk membuat keputusan secara bertulis - telah diterima (bahawa terdapat “persetujuan minda”). Penerimaan ini boleh dinyatakan melalui cara yang berbeza, dan adalah fakta yang khusus.

Adalah jelas bahawa perjanjian timbang tara yang ditandatangani oleh kedua-dua pihak atau klausa timbang tara yang dimasukkan ke dalam kontrak yang ditandatangani memenuhi keperluan penulisan. Tiada keperluan untuk membuat tandatangan berasingan untuk klausa timbang tara.

Di samping itu, di bawah Artikel II(2), perjanjian timbang tara yang terkandung dalam pertukaran surat, telegram atau komunikasi yang serupa memenuhi keperluan secara bertulis. Dalam kes ini, dan bertentangan dengan bahagian pertama Artikel II(2) - yang merujuk kepada “klausa timbang tara dalam kontrak atau perjanjian timbang tara, yang ditandatangani oleh pihak pihak” - tidak ada syarat untuk surat dan telegram ditandatangani.

Walaupun situasi di atas adalah jelas, terdapat pengaturan di mana kesahihan rasmi perjanjian timbang tara boleh dicabar. Antara situasi yang selalu berlaku termasuk:

- (i) *Klausa timbang tara yang dimasukkan di dalam dokumen yang dirujuk di dalam dokumen kontrak utama (isu “pembadanan melalui rujukan”)*

Ia merupakan perkara biasa dalam di mana dokumen kontraktual utama merujuk kepada terma dan syarat seragam atau borang seragam yang lain yang mungkin mengandungi klausa timbang tara.

Konvensyen ini tidak menyatakan apa-apa mengenai perkara ini. Tiada indikasi jelas sama ada klausa timbang tara yang dibadankan

melalui rujukan mematuhi syarat formal yang terdapat di dalam Artikel 2.

Penyelasaan kepada isu ini harus khusus pada kes. Selain mengambil kira status pihak- sebagai contoh, ahli perniagaan yang berpengalaman- dan penggunaan industri tertentu, kes-kes di mana dokumen utama jelas merujuk pada klausa timbang tara yang termasuk di terma dan syarat seragam lebih senang dijumpai mematuhi dengan syarat-syarat yang formal termasuk di dalam Artikel 2 dalam Konvensyen daripada kes-kes di mana kontrak utama yang hanya merujuk kepada aplikasi borang seragam tanpa rujukan nyata dan jelas kepada klausa timbang tara.

Kriteria kesahihan rasmi adalah di mana dokumen dirujuk yang mempunyai klausa timbang tara dikomunikasikan kepada pihak sebelah yang menentang sebelum konklusi kontrak atau pada masa kontrak dipatuhi. Jika terdapat bukti bahawa pihak-pihak terlibat telah atau sepatutnya sedar akan kewujudan perjanjian timbang tara yang dibadankan melalui rujukan, mahkamah secara amnya akan mempertahankan kesahihan formal perjanjian timbang tara.

Sebagai contoh, klausa timbang tara mungkin dianggap sebagai dipersetujui apabila ia terkandung dalam dokumen tender yang dirujuk dalam terma dan syarat seragam¹ atau dalam terma dan syarat seragam yang dirujuk dalam pesanan pembelian - asalkan yang pertama telah dilampirkan atau menjadi sebahagian daripada yang kedua.²

-
1. *Perancis*: Cour d'Appel, Paris, 26 Mac 1991 (*Comité Populaire de la Municipalité D'El Mergeb v. Société Dalico Contractors*) Revue de l'Arbitrage 1991, ms. 456.
 2. *Amerika Syarikat*: United States District Court, Western District of Washington, 19 Mei 2000 (*Richard Bothell and Justin Bothell/Atlas v. Hitachi, et al.*, 19 Mei 2000, 97 F. Supp. 2d. 939 (W.D.Wash. 2000); Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) ms. 939-948 (Amerika Syarikat no. 342).

Mahkamah mempunyai pendapat yang berbeza dalam hal sama ada sesuatu rujukan dalam bil muatan pihak charter yang mempunyai perjanjian timbang tara adalah memadai atau tidak. Di sini juga, kriteria yang disyorkan adalah untuk melihat sama ada pihak telah atau sepatutnya sedar akan perjanjian timbang tara. Jika bil muatan menyebut tentang klausa timbang tara dalam pihakcarter, secara amnya it dikira sebagai memadai.³ Mahkamah secara amnya kurang sanggup untuk menganggap suatu rujukan am kepada pihak carter tersebut sebagai memadai.⁴ Tambahan pula, bil muatan yang hanya merujuk kepada pihak carter yang mempunyai klausa timbang tara mungkin tidak menjadi perjanjian penerima konsainan untuk menghantar pertikaian yang mungkin bangkit kepada timbang tara, apabila pihak carter tidak dikomunikasikan kepada penerima konsainan.⁵

-
3. *Spanyol*: Audencia Territorial, Barcelona, 9 April 1987 (*Pihak tidak ditunjukkan*) 5 *Revista de la Corte Espanola de Arbitraje* (1988-1989); *Yearbook Commercial Arbitration* XXI (1996) ms. 671-672 (Spain no. 25).
 4. *Amerika Syarikat*: United States District Court, Southern District of New York, 18 Ogos 1977 (*Coastal States Trading, Inc. v. Zenith Navigation SA and Sea King Corporation*) *Yearbook Commercial Arbitration* IV (1979) ms. 329-331 (Amerika Syarikat no.19) dan 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) ms. 1243; *Yearbook Commercial Arbitration* XXXII (2008) ms. 935-943 (Amerika Syarikat no. 6190); *Filipina*: 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) ms. 524-527 (Filipina no. 1).
 5. *Perancis*: Cour de Cassation, 29 November 1994, no. 92-14920.

(ii) *Klausula timbang tara dalam dokumen kontrak yang tidak ditandatangani namun kemudiannya dilaksanakan oleh semua pihak mengikut terma*

Di sini, persetujuan untuk menghantar pertikaian kepada penimbangtaraan ditetapkan dengan mengambilkira situasi-situasi kes tersebut, memandangkan suatu perbezaan yang jelas (“clear-cut line”) tidak dapat dikenalpasti.

- *Tawaran kontrak dihantar bersama dengan klausula timbang tara dan disahkan. Namun, pengesahan tersebut mempunyai reservasi atau syarat terkemudian*

Di sini, perbezaan harus dibuat antara penerimaan tawaran dan tawaran balas. It adalah selamat untuk menganggap bahawa perjanjian timbang tara boleh dibenarkan selagi it tidak secara dibantah secara ekspress. Sedemikian juga, sebarang syarat kemudian yang berpotensi (contohnya, stipulasi seperti “pengesahan ini tertakluk kepada butiran”) tidak akan menjejaskan klausula timbang tara, kerana ia boleh dikira sebagai telah dipersetujui oleh pihak-pihak terlibat.⁶

- *Tawaran kontrak yang mempunyai klausula timbang tara dihantar daripada satu pihak kepada pihak yang lain. Tawaran kontrak itu tidak dibalas namun tetap dilaksanakan*

Situasi ini menimbulkan isu persetujuan tasit untuk menimbangtara atau “timbang tara tersirat”. Operasi ekonomi selalunya dijalankan atas dasar dokumen ringkasan seperti pesanan pembelian atau nota tempahan, di mana ia tidak selalu memerlukan jawapan bertulis daripada pihak sebelah.

6. *Amerika Syarikat: United States Court of Appeals, Second Circuit, 15 Februari 2001 (US Titan Inc. v. Guangzhou ZhenHua Shipping Co.) 241 F.3d (2nd Cir. 2001) ms. 135; Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) ms. 1052-1065 (Amerika Syarikat no. 354).*

Secara prinsip, persetujuan tasit tidak akan menepati syarat bertulis di bawah Konvensyen dan sesetengah mahkamah telah pun mencatat pandangan ini.⁷ Namun, sejajar dengan pemahaman bahawa Konvensyen sepatutnya berjalan selaras dengan amalam perdagangan antarabangsa, beberapa mahkamah mengambil pandangan bahawa penerimaan tawaran tasit yang dibuat secara bertulis (contohnya, melalui pelaksanaan tanggungjawab kontrak⁸ atau melalui aplikasi kegunaan perdagangan yang membenarkan konklusi tasit bagi perjanjian timbang tara)⁹ harus dipertimbangkan sebagai memadai bagi kegunaan Artikel II(2)

Pada tahun 2006, UNCITRAL telah membuat suatu pindaan kepada Artikel 7 (Definisi dan bentuk perjanjian timbang tara) dalam Modal Undang-Undang mengenai Timbang Tara Komersial Antarabangsa (lihat **Lampiran II**), dan memberi dua pilihan. Pilihan 1 memperkenalkan definisi fleksibel mengenai perjanjian bertulis.

“Artikel 7(3). Suatu perjanjian timbang tara adalah bertulis jika isi kandungannya direkod dalam apa jua bentuk, sama ada perjanjian timbang tara atau kontrak telah dibuat secara oral, secara kelakuan atau melalui cara-cara yang lain”.

-
7. Lihat, sebagai contoh, *Jerman: Oberlandesgericht, Frankfurt am Main*, 26 Jun 2006 (*Manufacturer v. Buyer*) IHR 2007 ms. 42-44; Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 351-357 (Jerman no. 103).
 8. *Amerika Syarikat: United States District Court, Southern District of New York*, 6 Ogos 1997 (*Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998) ms. 1029-1037 (Amerika Syarikat no. 257).
 9. *Jerman: Bundesgerichtshof*, 3 Disember 1992 (*Buyer v. Seller*) Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) ms. 666-670 (Jerman no. 42).

Definisi ini mengiktiraf sesuatu rekod “isi kandungan” perjanjian dalam apa-apa bentuk sebagai setaraf dengan maksud traditional “secara tulisan”. Bentuk bertulis masih lagi diperlukan.

Pilihan II menghapuskan syarat bertulis.

Walaupun pindaan-pindaan ini tidak membawa kesan langsung Konvensyen New York, ia merupakan suatu petunjuk suatu trend ke arah pembacaan syarat Konvensyen secara liberal.

Tambahan lagi, UNCITRAL telah mengesyorkan bahawa Artikel II(2) Konvensyen New York digunakan dalam “Mengiktiraf situation yang disenaraikan di dalamnya adalah tidak lengkap. (Lihat Tajuk ini di bahagian sebelumnya pada IV.2.1 dan **Lampiran II**).

(iii) *Perjanjian timbang tara terkandung dalam pertukaran komunikasi elektronik*

Perkataan dalam Artikel II(2) bertujuan untuk meliputi dan menampung keperluan komunikasi yang wujud pada 1958. Ia boleh ditafsirkan secara wajar sebagai meliputi cara komunikasi moden juga. Kriterianya adalah bahawa rekod bertulis perjanjian timbang tara mesti wujud. Kesemua cara berkomunikasi yang menepati kriteria ini akan dikira sebagai memenuhi kriteria ini dan dianggap sebagai mematuhi Artikel II(2), termasuklah cara faks dan email.

Dalam hal mengenai email, pendekatan konservatif menunjukkan bahawa cara bertulis di bawah Konvensyen akan dipenuhi jika tandatangan elektronik yang digunakan boleh dipercayai atau pertukaran komunikasi elektronik yang berkesan boleh dibuktikan melalui cara-cara yang boleh dipercayai yang lain. Pendekatan ini telah pun disahkan oleh UNCITRAL dalam suatu pindaan Model Law pada tahun 2006 (Lihat **Lampiran III**).

IV.3. ADAKAH PERJANJIAN TIMBANG TARA WUJUD DAN DIANGGAP SAH SECARA SUBSTANSIAL?

Seperti kontrak lain, perjanjian timbang tara tertakluk kepada syarat pembentukan dan pengesahan substantif. Ini disahkan oleh Artikel II(3) yang memeruntukkan bahawa mahkamah harus menuruti permintaan untuk merujuk kepada timbang tara, melainkan ia berpendapat bahawa perjanjian timbang tara tersebut adalah “batal dan tidak sah, tidak berkuatkuasa dan tidak dapat dilaksanakan”.

Seperti yang dinyatakan di atas, ia harus diingatkan bahawa perjanjian timbang tara yang termasuk di bawah skop Konvensyen adalah dianggap sah.

IV.3.1. *Latar Belakang Teori*

Walaupun Artikel V(1)(a) bahagian pertamanya merujuk kepada undang-undang di mana pihak-pihak terlibat telah pun menaklukkan perjanjian timbang tara sebagai undang-undang yang diaplikasikan dalam hal kesahihan perjanjian timbang tara tersebut, (Lihat Tajuk III), secara praktikalnya pihak jarang memilih atau menetapkan mana satu undang-undang yang akan mentadbir pembentukan dan kesahihan substantif perjanjian timbang tara mereka itu. Dengan itu, penentuan ini akan dibuat oleh mahkamah yang dilibatkan dalam suatu pertikaian pihak-pihak terlibat tersebut. Terdapat beberapa kemungkinan tetapi beberapa solusi yang sering digunakan adalah, seperti ditulis dalam Konvensyen, menggunakan undang-undang tempat timbang tara yang mungkin berada di sebuah negara yang berbeza dari mahkamah (Artikel V(1)(a) peraturan kedua sebagai analogi) atau dengan mengaplikasikan *lex fori* atau undang-undang yang megawal kontrak secara seluruhnya. Sesetengah bidang kuasa juga telah mempertahankan kesahihan perjanjian timbang tara tanpa merujuk

kepada undang undang sesebuah negara, dan sebaliknya merujuk secara eksklusif kepada niat bersama pihak-pihak yang terlibat. Secara amnya, penggerak di sebalik pilihan undang-undang substantif nampak lebih bercenderung kepada memilih undang-undang yang lebih menguntungkan hal kesahihan perjanjian timbang tara.¹⁰

IV.3.2. *Amalan*

Terma “batal dan tidak sah, tidak berkuatkuasa atau tidak mampu dilaksanakan” tidak ditangani oleh pihak pendraf. Perkembangan yang akan diterangkan seterusnya bertujuan untuk memberi maksud kepada terma-terma tersebut.

(i) *“Batal dan tak sah”*

Pengecualian “batal dan tidak sah” boleh ditafsirkan sebagai merujuk kepada kes-kes di mana perjanjian timbang tara telah terjejas oleh beberapa ketidaksahan dari peringkat awal lagi. Contoh biasa pembelaan yang berada dalam kategori ini termasuklah fraud atau dorongan fraud, ketidakpautan, kepenyalahan undang-undang atau kesilapan. Kecacatan dalam pembentukan perjanjian timbang tara seperti ketidakupayaan atau kurang kuasa harus dimasukkan (Lihat juga Tajuk III di IV.1, Artikel V(1)(a) ketidakupayaan).

Jika mahkamah menerima prinsip kebolehasingan (lihat juga Tajuk atas di III.3), hanya ketidaksahan perjanjian timbang tara, dan bukannya

10. Perumusan percubaan ini dibentangkan dalam Artikel 178(2) *Swiss Private International Law Act* yang menyediakan:

“Sebagaimana halnya, perjanjian timbang tara itu sah jika ia mematuhi kehendak undang-undang yang dipilih oleh pihak-pihak atau undang-undang yang mengawal objek pertikaian itu dan, khususnya, undang-undang yang berlaku untuk kontrak utama, atau dengan undang-undang Swiss”.

ketidaksahan kontrak utama, yang akan menghalang mahkamah daripada merujuk pihak kepada penimbangtaraan. Sebagai contoh, kontrak yang berkaitan dengan perkongsian pasaran tetapi melanggar undang-undang persaingan adalah salah dari segi undang-undang. Namun, kepenyalahan undang-undang sedemikian tidak akan menjejaskan persetujuan untuk menyerahkan pertikaian yang berkaitan untuk penimbangtaraan, seperti yang ternyata dalam suatu klausa timbang tara dalam kontrak.

(ii) *“Tidak berkuatkuasa”*

Perjanjian timbang tara yang tidak berfungsi bagi tujuan Artikel II(3) adalah di mana sebuah perjanjian timbang tara adalah, pada suatu masa dahulu, sah tetapi kemudiannya menjadi tidak sah.

Pengecualian “tidak berkuatkuasa” ini biasanya melingkupi kes-kes penepian, pembatalan, penolakan atau penamatan perjanjian timbang tara. Sedemikian juga, perjanjian timbang tara harus dianggap sebagai tidak berkuatkuasa jika sama pertikaian antara pihak yang sama telah pun diselesaikan di mahkamah atau dalam suatu tribunal timbang tara (*res judicata* atau *ne bis in idem*).

(iii) *“Tidak mampu dilaksanakan”*

Pembelaan ini meliputi kes-kes di mana timbang tara tidak boleh diteruskan atas sebab halangan fizikal atau sekatan undang undang.

Halangan fizikal kepada prosiding timbang tara meliputi sangsituasi yang amat terhad seperti kematian penimbangtara yang dinamakan dalam perjanjian timbang tara atau, di mana para pihak telah menetapkan bahawa penggantian penimbangtara adalah secara jelas dikecualikan, keengganan seseorang penimbangtara untuk menerima perlantikkannya. Bergantung kepada peruntukan-peruntukan tertentu dalam undang-undang yang berkenaan, kes-kes

sedemikian boleh membawa kepada kemustahilan pelaksanaan perjanjian timbang tara.

Apa yang lebih kerap adalah di mana klausa-klausa penimbangtaraan telah didraf dengan begitu teruk sehingga pelaksanaan prosiding penimbangtaraan dihadkan dari segi undang-undang. Klausa-klausa sedemikian biasanya dirujuk sebagai “patologikal” (“pathological”). Sebenarnya, perjanjian timbang tara sedemikian adalah batal dan tidak sah, dan ini sering kali menjadi dasar yang dibangkitkan dalam mahkamah. Klausa sedemikian harus ditafsirkan selaras dengan undang undang yang sama digunapakai dalam pembentukan dan kesahihan substantif perjanjian timbang tara.

Senario-senario di bawah sering dipraktikkan.

- *Di mana rujukan kepada timbang tara adalah opsyenal atau hanya merupakan sebuah pilihan*

Setengah perjanjian timbang tara menetapkan bahawa pihak-pihak terlibat ‘mungkin’ (“may”) atau ‘boleh’ (“can”) merujukkan sebarang pertikaian kepada penimbangtaraan. Perkataan-perkataan permisif sedemikian menyebabkan tujuan atau niat pihak untuk merujuk pertikaian mereka kepada penimbangtaraan tidak pasti atau boleh dipersoalkan.

Namun, klausa timbang tara sedemikian wajarnya dipertahankan selaras dengan prinsip tafsiran umum di mana terma-terma kontrak akan ditafsirkan untuk memberi kesan kepada semua terma dalam kontrak itu, dan bukan sebaliknya, di mana sebahagian terma tidak diberi kesan yang sepatutnya.

- *Di mana kontrak memperuntukkan penimbangtaraan dan bidang kuasa Mahkamah*

Dalam kes sedemikian, pendamaian kedua-dua stipulasi tersebut dan menegakkan perjanjian timbang tara adalah, dalam situasi yang

tertentu, mungkin terjadi. Untuk mencapai ini, mahkamah harus mengenalpasti dan menetapkan niat sebenar pihak-pihak yang terlibat. Secara khususnya, pihak harus merujuk kepada penimbangtaraan hanya jika mereka ingin pertikaian mereka diselesaikan melalui cara itu, sama ada digabungkan dengan mekanisme penyelesaian pertikaian yang lain atau tidak.

Sebagai contoh, Mahkamah Tinggi Singapura telah berkeputusan bahawa perjanjian yang “tidak dapat dibatalkan” yang diserahkan kepada bidang kuasa Mahkamah Singapura adalah tidak semestinya, dalam pemahaman sebenarnya,, tidak selaras dengan klausa lain yang terdapat dalam kontrak yang sama yang memperuntukkan pengimbangan. Mahkamah mendapati bahawa pihak-pihak terlibat memang berniat untuk menyelesaikan pertikaian mereka melalui penimbangtaraan, dan rujukan kepada bidang kuasa Singapura berkuatkuasa parallel atau selari dalam maksud mengenalpasti mahkamah penyelia penimbangtaraan berkuatkuasa (*the lex arbitri*).¹¹ Tafsiran sedemikian mengikut prinsip umum di mana terma kontrak hendaklah ditafsirkan supaya agar ianya dapat diberi kesan.

- *Di mana peraturan timbang tara atau institusi timbang tara tidak didraf dengan tepat*

Dalam beberapa kes, ketidaktepatan beberap klausa menyebabkan penetapan oleh mahkamah forum timbang tara yang dipilih oleh pihak-pihak terlibat mustahil. Dalam situasi sedemikian, penimbangtaraan tidak dapat diteruskan, lalu mahkamah akan mengambil alih bidang kuasa dalam menyelesaikan sebarang pertikaian. Namun, dalam kes yang lain pula, ketidaktepatan ini boleh diselesaikan dengan pentafsiran munasabah klausa-klausa berkenaan. Dalam kes-kes lain,

11. *Singapura*: Mahkamah Tinggi, 12 Januari 2009 (*P.T. Tri-M.G. Intra Asia Airlines v. Norse Air Charter Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) ms. 758-782 (Singapura no. 7).

mahkamah boleh menyelamatkan sesuatu klausa patologi dengan memutuskan peruntukan tidak dapat dikuatkuasakan, dan pada masa yang sama mengekalkan perjanjian tersebut secara secukupnya untuk membolehkan operasi timbang tara terus dioperasikan.

Sebagai Contoh, Mahkamah Daerah Amerika Syarikat untuk Daerah Timur dari Wisconsin mengkaji sebuah perjanjian timbang tara (dalam versi Inggeris) bahawa pertikaian dirujuk kepada penimbangtaraan di Singapura “mengikuti Peraturan Timbang Tara Antarabangsa” dan (dalam versi Cina pula) bahawa timbang tara akan dijalankan “di Institusi Timbang Tara Antarabangsa Singapura”.¹² Mahkamah membaca ini mempunyai maksud “organisasi timbang tara terkenal yang dikenali sebagai Pusat Timbang Tara Antarabangsa Singapura”.

- *Di mana panduan tentang bagaimana penimbangtara akan dilantik tidak dinyatakan dengan tetap (“klausa kosong”)*

Situasi di mana klausa timbang tara hanya menyatakan “Purata umum/timbang tara, jika bangkit, diadakan di London dengan cara biasa”, juga mungkin berlaku.

Secara umumnya, klausa sedemikian itu harus ditegakkan sejauh mana ia mengandungi butiran yang mungkin dapat menghubungkan klausa kosong itu kepada negara di mana mahkamahanya boleh memberi sokongan kepada prosiding penimbangtaraan.

“Butiran yang menghubungkan” sedemikian boleh didapati dalam contoh yang diberikan di atas. Pihak-pihak boleh memohon kepada Mahkamah Inggeris untuk perlantikan penimbangtara. Klausa kosong ini juga boleh ditegakkan jika “cara biasa” yang dirujuk membolehkan pengenalpastian unsur-unsur yang diperlukan untuk mencetuskan

12. *Amerika Syarikat*: 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) ms. 976-985 (Amerika Syarikat no. 656).

permulaan penimbangtaraan. Ungkapan “cara biasa” mungkin ditafsirkan sebagai suatu rujukan kepada amalan lalu dalam kalangan ahli komoditi atau persatuan perdagangan yang sama, dan dengan itu, mencadangkan penggunaan peraturan timbang tara persatuan ini, jika ada.¹³

Jika tidak ada “butiran yang menghubungkan”, klausa kosong tidak dapat disokong.

IV.4. ADAKAH TERDAPAT SUATU PERTIKAIAN, ADAKAH IA TIMBUL DARIPADA HUBUNGAN UNDANG-UNDANG YANG TELAH DITETAPKAN, SAMA ADA BERDASARKAN KONTRAK ATAU TIDAK DAN ADAKAH PIHAK-PIHAK BERNIAT UNTUK MENYELESAIKAN PERTIKAIAN TERTENTU MELALUI TIMBANG TARA?

Bagi suatu penimbangtaraan untuk berlaku, suatu pertikaian antara pihak mesti wujud. Mahkamah tidak diperlukan untuk merujuk pihak kepada penimbangtaraan di mana tiada pertikaian antara mereka berlaku pun, walaupun perkara ini berlaku secara jarang.

Pertikaian timbul daripada hubungan undang-undang yang jelas, sama ada secara kontrak atau tort. Sama ada sesuatu tuntutan tort diliputi bergantung pada ayat yang digunakan dalam klausa timbang tara, contohnya, sama ada klausa ditulis secara umum, dan jika tuntutan dalam tort adalah berkaitan dengan tuntutan kontrak dengan secukupnya.

Walau bagaimanapun, sesebuah pihak kepada perjanjian timbang tara mungkin berhujah bahawa tuntutan yang ditegaskan ke atas pihak

13. Lihat sebagai contoh *Itali: Corte di Appello, Genoa, 3 Februari 1990 (Della Sanara Kustvaart - Bevrachting & Overslagbedrijf BV v. Fallimento Cap. Giovanni Coppola srl, in liquidation)* 46 I1 Foro Padano (1991) cols. 168-171; *Yearbook Commercial Arbitration XVII* (1992) ms. 542-544 (Itali no. 113).

yang bergantung pada perjanjian timbang tara tersebut tidak termasuk dalam ambit perjanjian timbang tara.

IV.4.1. *Latar Belakang Teori*

Syarat untuk pertikaian terjatuh dalam skop skop perjanjian timbang tara bagi pihak untuk merujuk kepada timbang tara boleh didapati secara tersirat dalam Artikel II(3). Artikel inimenyatakan, sebagai suatu syarat berkenaan bahawa tindakan “dalam suatu perkara di mana pihak-pihak telah bersetuju di bawah maksud Artikel ini”.

IV.4.2. *Amalan*

- (i) *Haruskah bahasa yang digunakan dalam klausa timbang tara ditafsirkan secara meluas?*

Persoalan yang kadang-kadang timbul adalah sama ada di bawah tafsiran yang ketat, istilah “yang timbul di bawah” boleh difahami sebagai membawa makna yang lebih sempit daripada istilah “timbul daripada” hubungan undang-undang yang jelas. Persoalan yang sama juga timbul berkaitan dengan skop istilah “berkaitan dengan” dan istilah “berkenaan”.

Walaubagaimanapun, seperti yang dicadangkan dalam kes Mahkamah Rayuan Inggeris *Fiona Trust v. Privalov*,¹⁴ perhatian harus difokuskan kepada sama ada niat pihak untuk mengecualikan pertikaian daripada bidang kuasa timbang tara atau tidak boleh difahamkan atau disimpulkan secara wajar. Seperti mahkamah mengatakan

14. *Amerika Syarikat: England and Wales Court of Appeal, 24 Januari 2007 (Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v. Yuri Privalov & Ors) [2007] EWCA Civ 20, perenggan 17; Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 654-682 dalam [6] (Amerika Syarikat no. 77).*

“Orang perniagaan biasa akan terkejut dengan perbezaan yang dibuat dalam kes-kes dan masa yang diambil dalam perdebatan sama ada kes tertentu jatuh pada satu set perkataan atau set perkataan lain yang mempunyai makna yang hampir sama”.

Keputusan itu disahkan oleh Dewan Pertuanan (“House of Lords”) yang bersetuju dengan pendapat Mahkamah Rayuan.¹⁵

(ii) *Bagaimana jika perjanjian timbang tara mengandungi beberapa pengecualian dalam skopnya?*

Bahasa yang digunakan dalam sesetengah perjanjian timbang tara mungkin berbunyi seperti hanya meliputi sesetengah jenis tuntutan yang tertentu sahaja, atau terhad kepada beberapa tujuan tertentu. Di sebaliknya, terdapat banyak keburukan jika pelbagai pertikaian di bawah kontrak yang sama diperuntukkan kepada bidang kuasa yang berlainan. Oleh itu, sekiranya klausa timbang tara luas, hanya bukti yang paling kukuh bagi tujuan untuk mengecualikan tuntutan daripada timbang tara boleh digunakan, terutamanya jika pengecualian itu tidak jelas.

IV.5. ADALAH PERJANJIAN TIMBANG TARA MENGIKAT PIHAK-PIHAK KEPADA PERTIKAIAN YANG ADA DI HADAPAN MAHKAMAH?

Setakat mana bukan penandatanganan dikira sebagai pihak kepada perjanjian timbang tara yang ‘asal dan mempunyai potensi untuk berjaya meminta rujukan kepada timbang tara?

15. *Amerika Syarikat: House of Lords, 17 Oktober 2007 (Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others v. Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others) [2007] UKHL 40, perenggan 12; Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 654-682 dalam [45] (Amerika Syarikat no. 77).*

IV.5.1. *Latar Belakang Teori*(i) *Perjanjian timbang tara hanya mengikat pihak*

Doktrin kontrak 'priviti' juga digunakan dalam perjanjian timbang tara. Ini bermaksud suatu perjanjian timbang tara hanya memberi hak dan mengenakan obligasi terhadap pihak kepadanya. Skop perjanjian timbang tara mengenai pihak akan dirujuk sebagai skop "subjektif".

(ii) *Pihak bukan penandatanganan juga boleh menjadi pihak dalam perjanjian timbang tara*

Skop subjektif kontrak tidak boleh didefinisikan sebagai hanya mengenakan penandatanganan perjanjian timbang tara. Pihak bukan penandatanganan mungkin juga akan mengambil alih hak dan kawajipan yang timbul di bawah kontrak dalam situasi-situasi tertentu. Sebagai contoh, ia adalah perkara biasa untuk hubungan prinsipal-ejen di manakontrak yang ditandatangani oleh ejen sebenarnya mengikat prinsipal. Sebagai contoh, teori pewarisan, teori kumpulan syarikat, teori menindik tudung korporat dan estoppelmungkin membawa kepada konklusi bahawa bukan penandatanganan telah pun mengambil alih sebagai sebuah pihak yang mempunyai hak dan tanggungjawab di bawah sebuah perjanjian timbang tara.

Suatu persoalan timbul, iaitu sama ada pengikatan sebuah pihak bukan penandatanganan kepada perjanjian timbang tara merupakan suatu penentangan atau konflik dengan syarat penulisan di bawah undang-undang Konvensyen. Jawapannya adalah "tidak" atas beberapa sebab.

Persoalan kesasihan rasmi ("formal validity") adalah tidak berkaitan dengan taksiran pihak-pihak perjanjian penimbangtaraan. Ia merupakan sebuah hal dari segi merit, dan tidak tertakluk kepada syarat-syarat form. Setelah sahaja suatu kontrak yang sah dikenalpasti sebagai wujud, pengenalpastian pihak-pihak yang terikat padanya

merupakan langkah yang berlainan. Pihak ketiga yang tidak dinyatakan secara nyata dalam perjanjian timbang tara bertulis boleh masuk ke dalam skop *ratione persona*nya. Tambahan lagi, Konvensyen New York tidak menghalang pengizinan atau persetujuan untuk menimbangtara daripada disediakan oleh seorang atas pihak orang yang lain. Tanggapan atau pemahaman (“*notion*”) ini merupakan akar kepada teori-teori pengizinan termaklum.

(iii) *Bagaimana untuk menentukan skop subjektif perjanjian timbang tara?* Artikel II(3) secara tersiratnya memerlukan mahkamah untuk menentukan skop subjektif perjanjian timbang tara apabila ia menyatakan bahawa “Mahkamah Negara Pejanji apabila terlibat *dalam perkara yang berkenaan pihak yang telah membuat persetujuan* dalam erti Artikel ini...” harus merujuk pihak tersebut kepada penimbangtaraan.

Pelbagai asas undang-undang boleh digunakan untuk mengikat pihak bukan penandatanagn kepada perjanjian timbang tara. Kumpulan pertama yang berkaitan melingkupi teori persetujuan tersirat, benefisiari pihak ketiga, penjamin, tugas yang diserahkan dan mekanism pindahan hak berkontrak yang lain. Teori-teori ini bergantung pada niat pihak yang boleh difahami, dan, pada takat yang luas, pada prinsip niat baik (“*good faith principles*”). Ia digunakan pada entiti undang-undang persendirian dan awam. Kumpulan kedua termasuklah doktrin undang-undang hubungan ejen-prinsipal, pihak berkuasa yang jelas, menindidk tudung (*alter ego*), hubungan usaha sama, pewarisan dan estoppel. Mereka tidak bergantung pada niat pihak tetapi pada kuasa undang-undang yang berkenaan.

- (iv) *Undang-undang yang boleh digunapakai untuk menentukan skop subjektif perjanjian timbang tara*

Undang-undang mana yang diaplikasikan dalam menentu sama ada sesebuah pihak bukan penandatanganan terikat pada perjanjian timbang tara atau tidak?

Pada amnya, perkara ini harus ditangani menurut undang-undang yang mentadbir perjanjian timbang tara. Dengan ketiadaan persetujuan mengenai perkara ini, secara amnya difahami bahawa perjanjian timbang tara hendaklah ditadbir oleh undang-undang tempat timbang tara atau undang-undang yang mengawal kontrak secara keseluruhan atau, dalam beberapa kes, undang-undang *lex fori*. Namun begitu, sesetengah keputusan mahkamah telah mengambil pendekatan masalah itu melalui aplikasi prinsip-prinsip antarabangsa atau *lex mercatoria*, memandangkannya sebagai sebuah perkara fakta dan evidens (“evidence”).

IV.5.2. *Amalan*

- (i) *Bilakah respondent mempunyai hak untuk dirujuk kepada timbang tara?*

Jawapannya bergantung kepada kes. Mahkamah yang berhadapan dengan soalan ini harus menganalisis isu-isu di bawah situasi dan membuat keputusan dalam konteks sama ada ia boleh dipertikaikan bahawa pihak bukan penandatanganan boleh terikat dengan perjanjian timbang tara atau tidak. Jika ya, tindakan yang paling wajar adalah untuk merujuk pihak kepada penimbangtaraan dan membenarkan tribunal timbang tara memeriksa dan memerintah perkara tersebut. Mahkamah akan mendapat peluang untuk mengkaji semula keputusan panel timbang tara mengenai perbadanan sesebuah pihak bukan penandatanganan kepada timbang tara pada tahap pengetepian atau penguatkuasaan award itu.

Mahkamah telah menegakkan rujukan kepada penimbangtaraan mengenai pertikaian yang melibatkan pihak bukan penandatanganan dengan pihak penandatanganan atas alasan pertikaian tersebut mempunyai kaitan dengan pentafsiran pelaksanaan kontrak yang mempunyai klausa rujukan penimbangtaraan itu secara mencukupi. Sewajarnya, pertikaian sedemikian boleh diputuskan sebagai jatuh ke bawah skop material klausa timbang tara.

Dalam kes Litar Pertama *Sourcing Unlimited Inc v. Asimco International Inc*,¹⁶ Sourcing Unlimited (Jumpsource) telah memasuki perjanjian perkongsian bertulis dengan ATL untuk mengongsikan pengeluaran bahagian mekanikal dan juga keuntungan saham dengan sewajarnya. Asimco merupakan anak syarikat kepada ATL dan kedua-duanya mempunyai pengurusan yang sama. Perjanjian menyediakan timbang tara di China. Hubungan menjadi retak dan Jumpsource menyaman Asimco dan Pengurusinya di mahkamah United States, dan secara khususnya menyaman Asimco atas gangguan sengaja (“intentional interference”) dari segi kontrak dan hubungan fidusiarinya antara dengan ATL. Pihak respondent membuat permohonan untuk merujukkan pertikaian kepada timbang tara. Mereka mengatakan bahawa walaupun mereka bukan penandatanganan kepada perjanjian perkongsian, tuntutan Jumpsource terhadap mereka harus didengar oleh tribunal timbang tara kerana isu yang harus diselesaikan secara jelasnya timbul daripada perjanjian perkongsian. Mahkamah telah mengesahkan permohonan itu dan memutuskan bahawa “pertikaian ini saling berkaitan dengan Perjanjian Jumpsource-ATL secara mencukupi dan dengan itu aplikasi estoppel adalah sesuai dan berkenan”.

16. *Amerika Syarikat: United States Court of Appeals, First Circuit, 22 Mei 2008 (Sourcing Unlimited Inc. v. Asimo International Inc. and John F. Perkowski)*, 526 F.3d 38, perenggan 9; *Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) ms. 1163-1171 (Amerika Syarikat no. 643)*.

- (ii) *Bagaimana jika mahkamah menetapkan bahawa pihak responden tidak terikat pada perjanjian timbang tara?*

Jika mahkamah tidak berpuas hati bahawa pihak bukan penandatanganan sepatutnya terikat pada perjanjian timbang tara, maka mahkamah tersebut harus memutuskan sama ada untuk merujuk pihak-pihak terlibat kepada perjanjian timbang tara sambil mengambil alih bidang kuasa ke atas pertikaian dengan pihak bukan penandatanganan, atau, di sebaliknya, mengambil alih bidang kuasa ke atas keseluruhan pertikaian tersebut.

Suatu persoalan yang mungkin dibangkitkan adalah bahawa rujukan kepada timbang tara pihak-pihak terlibat boleh “membahagikan” (“split”) penyelesaian kes kepada dua forum yang berbeza, dan sehubungan dengan itu adalah risiko di mana kedua-dua forum tersebut mencapai konklusi yang berbeza walaupun fakta dan undang-undang yang berkenaan adalah sama.

Sesetengah Mahkamah Itali mendapati bahawa apabila sesuatu pertikaian timbul dan melibatkan pihak kepada perjanjian timbang tara berserta pihak ketiga (di mana mahkamah dianggap tidak terikat kepada perjanjian timbang tara itu) dan juga melibatkan tuntutan-tuntutan berkaitan, bidang kuasa mahkamah akan “menyerap” keseluruhan pertikaian tersebut dan perjanjian timbang tara itu menjadi “tidak mampu dilaksanakan”.¹⁷ Cadangan sedemikian mungkin tidak akan diikuti dalam wilayah bidang kuasa lain dan tidak boleh dianggap sebagai mencerminkan suatu pendekatan universal.

Artikel II(3) memaksa mahkamah untuk merujuk pihak kepada perjanjian timbang tara kepada forum timbang tara yang dipilih apabila di minta berbuat demikian dengan syarat Artikel II(3) dipenuhi.

17. *Itali: Corte di Cassazione*, 4 Ogos 1969, no. 2949 dan *Corte di Cassazione*, 11 Februari 1969, no. 457, disebut oleh A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 - Towards a Uniform Interpretation* (Kluwer, 1981) ms. 162 fn. 124.

Sehubungan itu, atas permintaan satu pihak, mahkamah akan mempunyai ruang terhad untuk tidak merujuk pihak pihak yang telah menandatangani perjanjian untuk timbang tara sambil mengambil alih bidang kuasa atas pertelingkahan dengan bukan penandatanganan.

IV.6. ADAKAH PERTIKAIAN INI BOLEH DITIMBANGTARAKAN?

Sesebuah mahkamah boleh dilibatkan dalam sebuah hujuan bahawa sesebuah perjanjian timbang tara adalah berkenaan perkara yang “tidak mampu diselesaikan oleh penimbangtaraan” bagi tujuan Artikel II(1) dan dengan itu tidak sepatutnya diiktirafkan atau dikuatkuasakan.

IV.6.1. *Perkara “Yang Mampu Diselesaikan Oleh Penimbangtaraan” Membawa Maksud “Boleh Ditimbang Tara”*

Istilah-istilah ini secara umumnya diterima sebagai merujuk kepada perkara-perkara yang dianggap sebagai tidak boleh “ditimbangtara” kerana mereka berada di bawah domain Mahkamah secara eksklusifnya. Setiap Negara memang memutuskan perkara-perkara yang boleh atau tidak boleh diselesaikan melalui timbang tara selaras dengan polisi politik, sosial dan dasar ekonomi masing-masing. Contoh klasik termasuklah hubungan domestik (perceraian, pertikaian paterniti...), kesalahan jenayah, tuntutan pekerjaan, kebangkrapan etc. Namun begitu, domain perkara yang tidak boleh ditimbang tara telah semakin kurang dari semasa ke semasa akibat daripada peningkatan penerimaan penimbangtaraan dalam pelbagai perkara. Sesetengah aspek tuntutan pekerjaan atau kebangkrapan kini boleh diselesaikan melalui penimbangtaraan dan ini fenomena ini semakin hari semakin kerap terjadi.

Selain itu, banyak wilayah bidang kuasa utama telah mengiktiraf perbezaan antara penimbangtaraan yang bersifat domestik

sepenuhnya daripada yang bersifat antarabangsa, dan dengan itu membenarkan skop yang lebih meluas dalam mengurus penimbangtaraan antarabangsa.

IV.6.2. *Undang-Undang Yang Boleh Digunapakai Untuk Perkara Yang Boleh Ditimbang Tara*

Artikel II(1) tidak menyentuh mengenai isu undang-undang dimana timbangtara akan ditentukan, dan memberi mahkamah kuasa untuk memutuskan isu ini.

Perkara yang berkaitan dengan sama ada sesuatu perkara boleh ditimbangtara atau tidak pada peringkat awal pertikaian, pihak mahkamah boleh memilih daripada beberapa pilihan, termasuklah mengikuti *lex fori* (iaitu standard atau piawaian kebolehan penimbangtaraan kebangsaan mahkamah yang berkaitan); undang-undang tempat timbang tara; undang-undang yang mentadbir perjanjian penimbangtaraan pihak-pihak yang terlibat, di mana perjanjian tersebut dimasuki bersama sebuah Negara atau entiti Negara; atau undang-undang tempat di mana award akan dikuatkuasakan.

Secara praktikalnya, penyelesaian yang paling sesuai dan paling tidak bermasalah adalah penggunaan *lex fori*. Ia dianggap yang paling sesuai (selagi mahkamah ada bidang kuasa dalam ketiadaan perjanjian timbang tara) di bawah Konvensyen kerana pendekatan ini selaras dengan Artikel V(2)(a) yang mengatakan bahawa aplikasi piawaian penimbang tara *lex fori* yang berkaitan dengan penguatkuasaan award. Tambahan lagi, *lex fori* dianggap paling kurang bermasalah memandangkan pengaplikasian piawaian atau standard asing dalam perkara kebolehan penimbangtaraan dalam mahkamah domestik adalah sukar. Ini adalah kerana piawaian asing tersebut bukannya selalu terkandung dalam sesebuah akta tetapi terdapat dalam kes.

Dengan itu, secara tersiratnya perintah undang-undang (“legal order”) asing dipersoalkan.

Dalam kes-kes di mana salah sebuah pihak yang terlibat merupakan sebuah Negara, situasi di mana Negara tersebut tidak menggunakan undang-undang sendiri atas isu ketidakboleh penimbangtaraan kini semakin diterima luas.¹⁸

IV.6.3. *Perjanjian Timbang Tara Antarabangsa Harus Tertakluk Kepada Piawai Timbang Tara Yang Konsisten*

Dalam apa jua keadaan, piawai penimbangtaraan harus ditafsirkan dengan mengambil kira andaian kesahihan perjanjian timbang tara antarabangsa yang termaktub dalam Konvensyen. Oleh itu, bukan semua pengecualian perkara yang tidak boleh ditimbangtara boleh berjaya dengan hanya mengambil kira perjanjian timbang tara domestik yang boleh digunapakai terhadap perjanjian timbang tara antarabangsa.

Tiada kriteria universal untuk membezakan antara pengecualian perkara yang tidak boleh ditimbangtara dengan yang boleh diendahkan dalam kes-kes antarabangsa. Beberapa undang-undang mengandungi definisi rasmi (seperti kepelbagaian kebangsaan); yang lain pula merujuk, secara lebih intuitif, kepada “urus niaga antarabangsa” tanpa sebarang definisi seterusnya.

18. *Swiss Private International Law Act*, Artikel 177(2) membekalkan:

“Jika satu pihak kepada perjanjian timbang tara adalah Negara atau perusahaan yang dikuasai oleh atau organisasi yang dikawali oleh Negara, it tidak boleh membangkit undang-undangnya sendiri untuk bertanding kepertikaianya timbang tara atau keupayaannya ditakluk kepada suatu timbang tara”.

V. RINGKASAN

Berdasarkan gambaran ringkas rejim Konvensyen mengenai penguatkuasaan perjanjian timbang tara, ringkasan prinsip-prinsip berikut diaplikasikan mengenai perjanjian timbang tara dalam skop Konvensyen:

1. Konvensyen telah ditubuhkan untuk mempromosikan penyelesaian pertikaian antarabangsa melalui penimbangtaraan. Ia telah menyediakan rejim “pro-penguatkuasaan”, “pro-penimbangtaraan”.
2. Sesuatu perjanjian penimbangtaraan hendaklah diputuskan sebagai sah secara rasminya setelah mahkamah berpuas hati bahawa suatu tawaran untuk menimbangtara - dibuat dalam tulisan - telah disetujui oleh semua pihak yang terlibat. Konvensyen ini menetapkan bentuk piawai maksimum yang seragam. Namun, mahkamah boleh menggunakan piawaian kebangsaan yang kurang ketat daripada yang dibentangkan dalam Artikel II.
3. Mahkamah hanya boleh membenarkan pertahanan undang-undang kebangsaan mengenai ketiadaan dan ketidaksahan yang terhad.
4. Perjanjian timbang tara boleh terikat kepada pihak bukan penandatanganan.
5. Mahkamah harus mengesahkan kewujudan pertikaian antara pihak-pihak yang terlibat.
6. Perkara yang tidak boleh ditimbangtara tidak dikawal oleh Konvensyen tetapi ditangguhkan atau diserahkan kepada rejim undang-undang kebangsaan untuk diputuskan. Namun begitu, pengecualian perkara yang tidak boleh ditimbangtara harus dibenarkan secara terhad.

BAB III

PERMOHONAN UNTUK PENGIKTIRAFAN DAN PENGUATKUASAAN AWARD TIMBANG TARA

ISI KANDUNGAN

I. PENGENALAN

II. FASA I - SYARAT-SYARAT YANG PERLU DIPENUHI OLEH PERAYU (ARTIKEL IV)

- II.1. Apakah Dokumen – Dokumen yang Diperlukan?
- II.2. Award Yang Disahkan atau Salinan Yang Disahkan (*Artikel IV (1)(a)*)
 - II.2.1. Pengesahan
 - II.2.2. Perakuan
- II.3. Perjanjian Timbang Tara Yang Asal atau Salinan Yang Sah (*Artikel IV(1)(b)*)
- II.4. Semasa Aplikasi
- II.5. Terjemahan (*Artikel IV(2)*)

III. FASA II - DASAR-DASAR PENOLAKAN (ARTIKEL V) SECARA UMUM

- III.1. Tiada Kajian Semula Dari Segi Merit
- III.2. Beban Pihak Responden Untuk Membuktikan Dasar-Dasar Yang Menyeluruh
- III.3. Dasar-Dasar Menyeluruh dalam Penolakan
- III.4. Tafsiran Sempit dalam Dasar-Dasar Penolakan
- III.5. Kuasa Budi Bicara Terhad Untuk Dikuatkuasa Apabila Terdapat Dasar-Dasar Penolakan

IV. KUASA BUDI BICARA YANG TERHAD DALAM PERSOALAN PENGUATKUASAAN DENGAN KEWUJUDAN DASAR-DASAR PENOLAKAN (ARTIKEL V(1))

- IV.1. Dasar 1: Ketidakupayaan Pihak dan Kesahihan Perjanjian Timbang Tara (*Artikel V(1)(a)*)

- IV.1.1. Ketidakupayaan Parti
- IV.1.2. Ketidaksahan Perjanjian Timbang Tara
- IV.2. Dasar 2: Kekurangan Notis dan Pelanggaran Proses yang Wajar; Hak Terhadap Pembicaraan yang Adil (*Artikel V(1)(b)*)
 - IV.2.1. Hak terhadap Pembicaraan Adil
 - IV.2.2. Kekurangan Notis
 - IV.2.3. Pelanggaran Proses yang Wajar: Tidak Mampu Mengemukakan Kes "*Unable to Present His Case*"
- IV.3. Dasar 3: Di Luar atau Melampaui Skop Perjanjian Timbang Tara (*Artikel V(1)(c)*)
- IV.4. Dasar 4: Ketidakteraturan dalam Komposisi Tribunal Timbang Tara atau Prosedur Timbang Tara (*Artikel V(1)(d)*)
 - IV.4.1. Komposisi Tribunal Timbang Tara
 - IV.4.2. Prosedur Timbang Tara
- IV.5. Dasar 5: Award Tidak Berikat, Telah Diketepikan atau Digantung (*Artikel V(1)(e)*)
 - IV.5.1. Tidak Terikat Kepada Award
 - IV.5.2. Award Diketepikan atau Digantung
 - (i) Award Diketepikan
 - (ii) Akibat Diketepikan
 - (iii) Award "tergantung" ("*suspended*")
- V. DASAR-DASAR PENOLAKAN UNTUK DIBANGKITKAN OLEH MAHKAMAH EX OFFICIO (ARTIKEL V(2))**
- V.1. Dasar 6: Ketidakbolehtimbangtaraan ("*Not Arbitrable*") (*Artikel V(2)(a)*)
- V.2. Dasar 7: Bertentangan Dengan Polisi Awam (*Artikel V(2)(b)*)
 - V.2.1. Contoh-contoh Pengiktirafan dan Penguatkuasaan
 - V.2.2. Contoh-contoh Penolakan Pengiktirafan dan Penguatkuasaan
- VI. KESIMPULAN**

I. PENGENALAN

Pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara, secara prinsipnya, boleh diberikan oleh semua mahkamah. Bagi negara yang berada di luar wilayah di mana award tersebut diberikan, penguatkuasaan selalunya diberi berdasarkan Konvensyen New York. Akibat-akibat sesebuah pengiktirafan dan penguatkuasaan sesebuah award, di sisi undang-undang, adalah sebenarnya terhad kepada kawasan di mana mahkamah pemberi award ada bidang kuasa.

Mahkamah nasional dikehendaki di bawah Artikel III untuk mengiktiraf dan menguatkuasakan award asing selaras dengan peraturan tatacara wilayah di mana permohonan pengiktirafan dan penguatkuasaan dibuat (Lihat Bab I), dan selaras dengan syarat-syarat Konvensyen.

Undang-undang negara boleh mengaplikasikan tiga jenis peruntukan untuk menguatkuasakan award:

- Suatu teks khusus untuk pelaksanaan Konvensyen New York;
- Suatu teks yang berkaitan dengan timbang tara antarabangsa secara khusus;
- Suatu undang-undang timbang tara umum negara.

Artikel III mewajibkan Negara Pejanji untuk mengiktirafkan Award Konvensyen sebagai mengikat, melainkan award tersebut jatuh pada salah satu dasar penolakan yang ditakrifkan dalam Artikel V. Namun, mahkamah boleh menguatkuasakan beberapa award di atas dasar yang lebih menguntungkan (di bawah Artikel VII (1), lihat Bab I). Contoh-contoh perkara yang tidak dikawal oleh Konvensyen dan oleh itu dikawalselia oleh undang-undang negara adalah:

- Mahkamah kompeten yang akan dimeriahkan dengan permohonan itu;
- pengeluaran bukti;
- tempoh penghadap;
- langkah-langkah konservatori;
- sama ada pemberian atau penolakan pengiktirafan dan penguatkuasaan adalah tertakluk kepada rayuan atau tuntutan;
- kriteria pelaksanaan terhadap aset;
- sejauh mana proses pengiktirafan dan penguatkuasaan adalah sulit.

Walau apa pun, penenaan syarat-syarat bidang kuasa tidak boleh bertentangan dengan obligasi antarabangsa Negara untuk menguatkuasakan award asing (Lihat Bab I di VI).

Konvensyen New York menyatakan bahawa syarat-syarat dan caj bayaran yang dikenakan atas pengiktirafan atau penguatkuasaan sesebuah award timbang tara yang dibuat di bawah Konvensyen tidak boleh membebankan dan mempunyai bayaran yang lebih tinggi daripada yang dikenakan atas award timbang tara domestic bagi pihak-pihak berkenaan. Peruntukan ini biasanya tidak menyebabkan masalah dan telah digunakan dalam pelbagai aspek penguatkuasaan. Sebagai contoh, Mahkamah Agung Kanada memutuskan bahawa, di bawah Artikel III, tidak ada Wilayah Kanada yang boleh mengenakan had masa untuk menuntut penguatkuasaan yang lebih pendek, dan dengan itu lebih membebankan, daripada had masa bagi award domestic.¹

Kaedah-kaedah tatacara yang disebut dalam Konvensyen New York adalah terhad kepada soalan-soalan seperti bentuk permintaan dan kuasa kompeten di mana Konvensyen New York berbeza dengan undang-undang negara. Namun, syarat untuk penguatkuasaan yang

1. *Kanada*: Supreme Court of Canada, 20 Mei 2010 (*Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) ms. 343-345 (Kanada no. 31).

dinyatakan di Konvensyen New York itu sendiri ditadbir oleh New York Konvensyen: iaitu, pempetisyen - pihak yang mahukan pengiktirafan atau penguatkuasaan - hanya perlu mengemukakan perjanjian timbang tara asal atau salinannya berserta dengan award timbang tara dan, terjemahannya. Responden hanya boleh bergantung kepada dasar-dasar yang lengkap tersenarai di dalam Konvensyen New York. Aspek-aspek ini akan diperiksa secara terperinci di bawah.

Setelah pempetisyen telah mengemukakan dokumen sebagaimana dinyatakan dalam Artikel IV, ia berhak untuk mendapat pengiktirafan dan penguatkuasaan award itu melainkan situasi di mana pihak responden dapat membuktikan bahawa satu atau lebih dasar dari satu untuk penolakan pengiktirafan dan penguatkuasaan award secara menyeluruh dinyatakan dalam Artikel V(1) iaitu menuntut atau mahkamah mendapati salah satu dasar dalam Artikel V (2), boleh digunakan.

Peraturan am yang wajar diikuti oleh mahkamah adalah bahawa dasar untuk penolakan di bawah Artikel V hendaklah ditafsirkan secara sempit. Ini bermaksud bahawa ia hanya boleh diterima dalam kes-kes yang berat atau serius sahaja, terutamanya dalam tuntutan-tuntutan pelanggaran polisi awam ("public policy"). Situasi sedemikian sering dibangkitkan oleh pihak yang kecewa, namun jarang diterima oleh mahkamah. Sebagai contoh, walaupun London merupakan salah satu pusat kewangan besar di mana pihak sering menuntut penguatkuasaan, namun kes di manamahkamah-mahkamah Inggeris menolak award asing atas dasar polisi awam tidak wujud (lihat Bab ini di V.2).

Setakat tahun 2010, ICCA *Yearbook Commercial Arbitration* dalam laporannya selama tiga-puluh-lima tahun yang mengenai Konvensyen, ia mendapati bahawa hanya sepuluh peratus daripada kes pengiktirafan dan penguatkuasaan telah ditolak atas dasar-dasar

Konvensyen, walaupun peratusan ini telah meningkat sedikit kebelakangan ini.

Mahkamah mengambil pendekatan penguatkuasaan sesebuah award di bawah Konvensyen

- **suatu kecenderungan pro-penguatkuasaan yang kuat dan**
- **pendekatan pragmatik, fleksibel dan tidak formalistik.**

Sikap liberal yang baik ini menggunakan potensi perjanjian yang paling berjaya, di mana 145 Negara menjadi ahli, dengan maksima., untuk mempromosikan perdagangan antarabangsa (Lihat Gambaran Keseluruhan pada I.2).

II. FASA I - SYARAT-SYARAT YANG PERLU DIPENUHI OLEH PERAYU (ARTIKEL IV)

Dalam fasa prosiding ini, pempetisyen mempunyai beban bukti dan mempunyai kewajipan untuk mengemukakan dokumen seperti mana yang disenaraikan di Konvensyen New York (Artikel IV). Pempetisyen hanya perlu menyerahkan bahan bukti *prima facie*. Fasa I dikawal oleh kecenderungan pro-penguatkuasaan dan pemikiran praktikal mahkamah penguatkuasaan.

II.1. APAKAH DOKUMEN-DOKUMEN YANG DIPERLUKAN?

Apabila mengkaji semula permintaan pengiktirafan dan / atau penguatkuasaan award, mahkamah akan mengesahkan bahawa pempetisyen telah mengemukakan perkara-perkara berikutnya pada masa permohonan:

- Award asal yang disahkan atau salinan yang disahkan sewajarnya (Artikel IV (1) (a));
- Perjanjian asal yang disebut dalam Perkara II atau yang disahkan dengan sewajarnya menyalinnya (Artikel IV (1) (b)); dan
- Terjemahan dokumen-dokumen ini ke dalam bahasa negara di Malaysia yang diberikan oleh penghargaan, jika relevan (Artikel IV (2)).

II.2. AWARD YANG DISAHKAN ATAU SALINAN YANG DISAHKAN (*Artikel IV(1)(a)*)

II.2.1. *Pengesahan*

Pengesahan award adalah proses di mana tandatangan yang ada pada award tersebut adalah tulen, disahkan oleh sebuah pihak berkuasa yang kompeten. Tujuan pengesahan award asal atau salinannya yang disahkan adalah untuk mengesahkan bahawa ia adalah teks asli dan telah diberi oleh penimbangtara yang dilantik. Perkara ini selalunya tidak menimbulkan sebarang masalah.

Konvensyen ini tidak menetapkan undang-undang yang perlu digunakan bagi tujuan pengesahan ini. Ia juga tidak menetapkan sama ada pengesahan ini diperlukan di negara di mana award itu diberikan atau negara di mana pengiktirafan atau penguatkuasaan dipohon. Kebanyakan mahkamah menerima pelbagai bentuk pengesahan selaras dengan undang-undang bidang kuasa terlibat. Mahkamah Agung Austria, misalnya, dengan jelas memutuskan bahawa pengesahan boleh dibuat sama ada di bawah undang-undang negara di mana award itu diberi atau di bawah undang-undang negara di mana

penguatkuasaan award itu dipohon.² Mahkamah penguatkuasaan lain menggunakan undang-undang mereka sendiri.³

Mahkamah Agung Austria baru-baru ini mengakui bahawa:

“Konvensyen New York tidak menjelaskan secara jelas sama ada hanya pengesahan atau ketepatan dalam Negara di mana award diberikan tersebut hanya diaplikasikan kepada award timbang tara dan perjanjian timbang tara atau salinannya, atau sama ada keperluan untuk pengesahan dokumen asing dalam Negara pengiktirafan mesti dipatuhi”⁴

Dan menyimpulkan bahawa

“Mahkamah Agung secara konsisten menyokong...pendapat bahawa keperluan perakuan Austria tidak dipakai secara eksklusif...Mahkamah Agung dengan sewajarnya menganggap bahawa perakuan mengikut undang-undang Negara di mana award timbang tara itu diberikan adalah cukup dan boleh diterima...”

Dokumen tersebut hanya bertujuan untuk membuktikan kesahan award tersebut dan bahawa award tersebut dibuat atas Dasar perjanjian timbang tara yang ditetapkan dalam Konvensyen tersebut. Atas sebab ini, mahkamah-mahkamah Jerman memutuskan bahawa pengesahan

-
2. Lihat, sebagai contoh., *Austria*: Oberster Gerichtshof, 11 Jun 1969 (Pihak tidak dinyatakan) *Yearbook Commercial Arbitration* II (1977) ms. 232 (Austria no. 3).
 3. Lihat, sebagai contoh, *Itali*: Corte di Cassazione, 14 Mac 1995, no. 2919 (*SODIME – Società Distillerie Meridionali v. Schuurmans & Van Ginneken BV*) *Yearbook Commercial Arbitration* XXI (1996) ms. 607-609 (Itali no. 140).
 4. *Austria*: Oberster Gerichtshof, 3 September 2008 (*O Limited, et al. v. C Limited*) *Yearbook Commercial Arbitration* XXXIV (2009) ms. 409-417 (Austria no. 20).

tidak diperlukan apabila kesahan award itu tidak dipertikaikan: lihat, sebagai contoh, dua keputusan baharu di Mahkamah Rayuan Munich.⁵

Hanya terdapat beberapa kes di mana pihak telah gagal memenuhi syarat-syarat prosedur mudah ini (contohnya, dalam kes tahun 2003 di Mahkamah Agung Sepanyol, di mana pempetisyen hanya mengemukakan salinan award yang tidak sah dan yang tidak diprakui).⁶ Mahkamah mungkin tidak perlukan pihak untuk mengemukakan sebarang dokumen tambahan atau menggunakan syarat prosedur sebagai penghalang kepada permohonan dengan mentafsirkannya dengan ketat.

II.2.2. *Perakuan*

Tujuan perakuan adalah untuk mengesahkan bahawa salinan award itu adalah sama dengan yang asal. Konvensyen tidak menyatakan undang-undang yang mengawal prosedur pensijilan, yang secara umumnya dianggap ditadbir oleh *lex fori*.

Kategori bagi orang yang berkuasa untuk mengesahkan salinan biasanya adalah sama seperti kategori orang yang berkuasa untuk mengesahkan award asal. Di samping itu, perakuan oleh Ketua Setiausaha Institusi timbang tara yang menguruskan timbang tara dianggap cukup lengkap dalam kebanyakan kes.

-
5. *Jerman*: Oberlandesgericht, Munich, 17 Disember 2008 (*Seller v. German Assignee*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) ms. 359-361 (Jerman no. 125) dan Oberlandesgericht, Munich, 27 Februari 2009 (*Carrier v. German Customer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) ms. 365-366 (Jerman no. 127).
 6. *Sepanyol*: Tribunal Supremo, Civil Chamber, Plenary Session, 1 April 2003 (*Satico Shipping Company Limited v. Maderas Iglesias*) Yearbook XXXII (2007) ms. 582-590 (Sepanyol no. 57).

II. 3. PERJANJIAN TIMBANG TARA YANG ASAL ATAU SALINAN YANG SAH (Artikel IV(1)(b))

Peruntukan ini hanya memerlukan pihak-pihak yang menuntut penguatkuasaan membekalkan dokumen yang merupakan, *prima facie*, sebuah perjanjian timbang tara yang sah. Pada peringkat ini mahkamah tidak perlu mempertimbangkan sama ada perjanjian itu “bertulis” sebagaimana yang diperuntukkan oleh Artikel II(2) (lihat Bab II di IV.2) atau sah di bawah undang-undang yang berkaitan.⁷

Pemeriksaan yang substantif atas kesahihan perjanjian timbang tara dan pematuhannya dengan Artikel II(2) dari Konvensyen mengambil tempat pada fasa II dalam pengakuan atau prosiding penguatkuasaan (lihat Bab selanjutnya di IV.1, Artikel V(1)(a)).

Mahkamah dalam negara di mana undang-undang negara tidak menetapkan keperluan bagi pempetisyen untuk membekalkan perjanjian timbang tara asal atau salinan yang sah boleh mengetepikan keperluan ini sama sekali dalam permohonan prinsip hak-yang-lebih baik dalam Artikel VII Konvensyen (lihat Bab I pada V.1). Misalnya, mahkamah Jerman secara konsistennya memutuskan bahawa pempetisyen yang menuntut penguatkuasaan award asing di Jerman di bawah Konvensyen hanya perlu membekalkan award timbang tara asal yang telah disahkan atau suatusalinan yang sah.⁸

7. Lihat sebagai contoh, *Singapura*: Supreme Court of Singapore, High Court, 10 Mei 2006 (*Aloe Vera of America, Inc v. Asianic Food (S) Pte Ltd and Another*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 489-506 (Singapura no. 5).

8. Lihat untuk contoh terkini, *Jerman*: Oberlandesgericht, Munich, 12 Oktober 2009 (*Swedish Seller v. German Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) ms. 383-385 (Jerman no. 134).

II.4. SEMASA APLIKASI

Sekiranya dokumen-dokumen tidak diserahkan pada masa permohonan, mahkamah akan membenarkan pihak untuk membetulkan kesalahan ini semasa prosiding penguatkuasaan.⁹

Namun, mahkamah Itali menganggap bahawa penyerahan dokumen-dokumen merupakan suatu prasyarat untuk memulakan prosiding pengiktirafan atau penguatkuasaan dan jika syarat ini tidak dipenuhi, permintaan itu akan diisytiharkan sebagai tidak diterima. Mahkamah Agung Itali secara konsisten memutuskan bahawa perjanjian timbang tara asal atau salinannya yang sah mesti dibekalkan pada masa yang sama dengan pemfailkan permintaan penguatkuasaan award; Jika tidak, permintaan itu tidak boleh diterima. Kesalahan ini boleh dibetulkan dengan memfailkan permohonan baru untuk penguatkuasaan.¹⁰

II.5. TERJEMAHAN (*Artikel IV(2)*)

Pihak yang menuntut pengiktirafan dan penguatkuasaan award perlu menghasilkan terjemahan award dan perjanjian timbang tara asal seperti dirujuk di *Artikel IV(1)(a)*, dan *(b)* jika mereka tidak dibuat dalam bahasa rasmi negara di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan sedang dicari (*Artikel IV(2)*).

9. Lihat sebagai contoh, *Sepanyol*: Tribunal Supremo, 6 April 1989 (*Sea Traders SA v. Participaciones, Proyectos y Estudios SA*) Yearbook XXI (1996) ms. 676-677 (*Sepanyol* no. 27);

Austria: Oberster Gerichtshof, 17 November 1965 (*Party from F.R. Germany v. Party from Austria*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) ms. 182 (*Austria* no. 1).

10. Lihat untuk contoh terkini, *Itali*: Corte di Cassazione, First Civil Chamber, 23 Julai 2009, no. 17291 (*Microwave s.r.l. in liquidation v. Indicia Diagnostics S.A.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) ms. 418-419 (*Itali* no. 182).

Mahkamah biasanya mengamalkan pendekatan yang pragmatik. Walaupun Konvensyen tidak menyatakan dengan jelas bahawa terjemahan itu mesti dihasilkan pada masa membuat permohonan pengiktirafan dan penguatkuasaan, namun beberapa mahkamah Negara memerlukan terjemahan tersebut dikemukakan serentak dengan masa membuat permohonan.

Contoh-contoh kes di mana terjemahan tidak diperlukan adalah:

- Presiden mahkamah daerah Amsterdam menganggap terjemahan award dan perjanjian timbang tara tidak diperlukan kerana dokumen-dokumen ini “dibuat dalam bahasa Inggris, suatu Bahasa yang telah pun dikuasai dengan secukupnya untuk memahaminya dengan sepenuhnya”.¹¹
- Mahkamah Rayuan Zurich memutuskan bahawa terjemahan seluruh kontrak yang mengandungi klausa timbang tara tidak diperlukan; Terjemahan di bahagian yang mengandungi klausa timbang tara sudah mencukupi. Harus diingatkan bahawa kontrak pembinaan boleh mencapai 1,000 halaman termasuk lampirannya.¹²

Contoh-contoh kes di mana terjemahan diperlukan adalah:

- Mahkamah Rayuan Persekutuan Argentina menetapkan bahawa sebuah terjemahan yang dibuat oleh individu perseorangan – dan bukannya rasmi atau bersumpah – dimana penterjemah tiada lesen

11. *Belanda*: President, Rechtbank, Amsterdam, 12 Julai 1984 (*SPP (Middle East) Ltd. v. The Arab Republic of Egypt*) Yearbook Commercial Arbitration X (1985) ms. 487-490 (Belanda no. 10).

12. *Swiss*: Bezirksgericht, Zurich, 14 Februari 2003 dan Obergericht, Zurich, 17 Julai 2003 (*Italian party v. Swiss company*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) ms. 819-833 (Swiss no. 37).

untuk bertindak di Wilayah di mana prosiding penguatkuasaan itu diadakan tidak memenuhi syarat Konvensyen.¹³

- Mahkamah Agung Austria mempertimbangkan satu kes di mana pempetisyen itu hanya memberi terjemahan bagi bahagian-bahagian pelupusan award ICC. Mahkamah tersebut memutuskan bahawa kes itu perlu dihantar ke balik mahkamah Peristiwa Pertama di mana permohonan penguatkuasaan dibuat pada mulanya supaya kecacatan ini boleh dibetulkan.¹⁴

III. FASA II - DASAR-DASAR PENOLAKAN (ARTIKEL V) - SECARA UMUM

Fasa mempunyai prinsip-prinsip umum yang berikutnya:

- Tiada kajian semula dari segi merit;
- Beban ada pada pihak responden untuk membuktikan -dasar-dasar yang menyeluruh yang ditetapkan;
- Dasar yang menyeluruh untuk menolak pengiktirafan dan penguatkuasaan;
- Tafsiran sempit ke atas dasar untuk menolak;
- Kuasa budi bicara terhad untuk memberikan pengiktirafan dan penguatkuasaan walaupun dalam situasi di mana salah satu dasar yang tersenarai boleh dipakai.

13. *Argentina: Cámara Federal de Apelaciones, City of Mar del Plata, 4 Disember 2009 (Far Eastern Shipping Company v. Arhenpez S.A.) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) ms. 318-320 (Argentina no. 3).*

14. *Austria: Oberster Gerichtshof, 26 April 2006 (D SA v. W GmbH) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 259-265 (Austria no. 16).*

III.1. TIADA KAJIAN SEMULA MENGENAI DARI SEGI MERIT

Mahkamah tidak mempunyai kuasa untuk menggantikan keputusannya dari segi merit untuk keputusan tribunal timbang tara walaupun penimbang tara telah membuat keputusan yang salah dari segi fakta atau undang-undang.

Konvensyen ini tidak membenarkan rayuan *de facto* mengenai isu prosedur; Sebaliknya, ia menyediakan dasar untuk menolak pengiktirafan atau penguatkuasaan hanya jika pihak berkuasa yang berkaitan mendapati bahawa terdapat satu pelanggaran terhadap satu atau lebih dasar-dasar penolakan yang disenaraikan, kebanyakannya yang melibatkan pelanggaran yang sirius pada proses undang-undang yang wajar.

III.2. BEBAN PIHAK RESPONDEN UNTUK MEMBUKITIKAN DASAR-DASAR YANG MENYELURUH

Pihak responden mempunyai beban membuktikan dan hanya boleh menentang pengiktirafan dan penguatkuasaan award atas dasar-dasar yang telah ditetapkan dalam Artikel V (1). Dasar-dasar ini disenaraikan secara terhad di dalam Konvensyen New York. Mahkamah boleh menolak pengiktirafan dan penguatkuasaan atas usulnya sendiri atas kedua-dua dasar yang telah dikenalpasti dalam Artikel V(2).

III.3. DASAR-DASAR MENYELURUH DALAM PENOLAKAN PENGIKTIRAFAN PERMOHONAN DAN PENGUATKUASAAN

Secara ringkasnya, pihak yang menentang pengiktirafan dan penguatkuasaan boleh bergantung pada dan mesti membuktikan salah satu daripada lima dasar-dasar yang pertama:

- (1) Tidak ada perjanjian yang sah untuk menimbang tara (Artikel V(1)(a)) atas sebab ketidakupayaan -pihak atau ketidaksahan perjanjian timbang tara;
- (2) Pihak responden tidak diberi notis yang wajar, atau responden itu tidak dapat membentangkan kesnya (Artikel V(1)(b)) atas sebab pelanggaran proses undang-undang yang wajar;
- (3) Award ini berkaitan dengan pertikaian yang tidak diperhitungkan oleh, atau berada di luarskop perjanjian timbang tara oleh pihak-pihak tersebut (Artikel V(1)(c));
- (4) Komposisi tribunal timbang tara atau prosedur timbang tara tidak mengikut perjanjian pihak-pihak terlibat atau, gagal dalam perjanjian, tidak mengikut undang-undang negara di mana timbang tara itu dijalankan (Artikel V(1)(d));
- (5) Award belum terikat kepada pihak-pihak terlibat, atau telah diketepikan atau digantung oleh pihak berkuasa yang kompeten di negara, atau di bawah undang-undang di mana, award telah dibuat (Artikel V(1)(e)).

Kelima-lima dasar di atas merupakan satu-satunya dasar di mana pihak responden boleh bergantung pada. Tambahan lagi, mahkamah boleh, atas usul sendiri, menolak pengiktirafan dan penguatkuasaan atas dasar yang disenaraikan di bawah. Walau bagaimanapun, mengikut amalan, Responden juga menuntut dasar berikut:

- (6) Isu timbang tara itu tidak boleh ditimbang tara di bawah undang-undang negara di mana penguatkuasaan dituntut (Artikel V(2)(a));
- (7) Penguatkuasaan award itu akan bertentangan dengan dasar awam negara di mana penguatkuasaan dituntut (Artikel V(2)(b)).

III.4. TAFSIRAN SEMPIT DALAM DASAR-DASAR PENOLAKAN

Tujuan Konvensyen adalah untuk “menyatukan iawaian di mana ... award timbang tara dikuatkuasakan dalam negara-negara ahli”¹⁵ (lihat Bab I pada I.2), dan dengan itu pendraf undang-undang berniat bahawa dasar yang menentang pengiktirafan dan penguatkuasaan Award Konvensyen harus ditafsirkan dan digunakan secara sempit, dan penolakan itu harus diberikan dalam kes yang serius sahaja.

Kebanyakan mahkamah telah menggunakan pendekatan yang sekat ini untuk menafsirkan dasar-dasar tersebut dalam Artikel V. Contohnya, Mahkamah Rayuan Amerika Syarikat untuk Litar Ketiga menyatakan pada tahun 2003 di *China Minmetals Materials Import & Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corp.*:

“Selaras dengan polisi yang memihak kepada penguatkuasaan award timbang tara asing, mahkamah-mahkamah mempunyai dasar pembelaan yang terhad kepada penguatkuasaan untuk pembelaan-pembelaan yang dinyatakan dalam Artikel V Konvensyen, dan pada umumnya telah mentafsirkan pengecualian tersebut secara sempit”¹⁶

Sedemikian juga, New Brunswick Court of Queen’s Bench berkata pada tahun 2004:

15. *Amerika Syarikat*: Supreme Court of the United States, 17 Jun 1974 (*Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co.*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) ms. 203-204 (Amerika Syarikat no. 4).

16. *Amerika Syarikat*: United States Court of Appeals, Third Circuit, 26 Jun 2003 (*China Minmetals Materials Import and Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) ms. 1003-1025 (Amerika Syarikat no. 459).

“Dasar-dasar penolakan yang ditetapkan oleh Artikel V di bawah Konvensyen New York harus diberi tafsiran yang sempit dan terhad”¹⁷

Satu isu yang tidak ditangani dalam Konvensyen adalah apa yang akan berlaku jika salah satu pihak kepada timbang tara sedar akan suatu kecacatan prosedur timbang tara tetapi tidak membantah semasa pelaksanaan timbang tara itu. Isu yang sama timbul berkaitan dengan bantahan bidang kuasa yang dibangkitkan pada peringkat penguatkuasaan buat kali pertama.

Prinsip suci hati atau *good faith* (juga dirujuk sebagai penepian atau estoppel), yang dipakai untuk hal-hal prosedur dan substantif, harus menghalang pihak-pihak daripada menggunakan hujahan yang tersorok.¹⁸

Sebagai contoh

- Mahkamah Persekutuan *Arbitrazh* (Dagang) untuk Daerah Northwestern di Persekutuan Rusia menganggap bantahan kekurangan bidang kuasa timbang tara yang tidak diguna semasa

17. *Kanada*: New Brunswick Court of Queen’s Bench, Trial Division, Judicial District of Saint John, 28 Julai 2004 (*Adamas Management & Services Inc. v. Aurado Energy Inc.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) pp. 479-487 (Kanada no. 18).

18. Artikel 4 daripada UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, seperti yang dipinda pada tahun 2006, menyatakan:

“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”.

timbang tara, tidak boleh digunakan buat kali pertama dalam prosiding penguatkuasaan;¹⁹

- Mahkamah Agung Sepanyol mengatakan bahawa ia tidak dapat memahami pihak responden yang “kini menolak perjanjian timbang tara atas sebuah dasar yang sewajarnya dibangkitkan sewaktu timbang tara”.²⁰

Prinsip ini juga digunakan oleh beberapa mahkamah dalam situasi di mana salah satu pihak gagal untuk menggunakan dasar tersebut sewaktu prosiding pengetepian:

- Mahkamah Rayuan Berlin mendapati bahawa responden Jerman telah diestop daripada bergantung pada dasar untuk menafikan penguatkuasaan di bawah Konvensyen New York kerana ia gagal menggunakannya dalam prosiding pembatalan di Ukraine dalam had masa tiga bulan yang ditetapkan oleh undang-undang Ukraine. Mahkamah itu berpendapat bahawa walaupun Konvensyen tidak menyediakan estoppel, peruntukan penghalang (Präklusion) yang dibuat berkenaan dengan award domestik dalam undang-undang Jerman juga digunapakai untuk penguatkuasaan award-award asing.²¹

19. *Persekutuan Rusia: Federal Arbitrazh (Commercial) Court, Northwestern District, 9 Disember 2004 (Dana Feed A/S v. OOO Arctic Salmon)* Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) ms. 658-665 (Persekutuan Rusia no. 16).

20. *Sepanyol: Tribunal Supremo, Civil Chamber, 11 April 2000 (Union Générale de Cinéma, SA v. X Y Z Desarrollos, SA)* Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 525-531 (Sepanyol no. 50).

21. *Jerman: Kammergericht, Berlin, 17 April 2008 (Buyer v. Supplier)* Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) ms. 510-515 (Jerman no. 119).

III.5. KUASA BUDI BICARA TERHAD UNTUK DIKUATKUASA APABILA TERDAPAT DASAR-DASAR PENOLAKKAN

Secara umumnya mahkamah akan menolak penguatkuasaan apabila mereka mendapati dasar penolakan di bawah Konvensyen New York. Sesetengah mahkamah, namun, berpendapat bahawa mereka mempunyai kuasa untuk memberi penguatkuasaan walaupun terbukti terdapat dasar untuk menolak penguatkuasaan di bawah Konvensye. Mereka biasanya membuat demikian di mana dasar penolakan berkaitan dengan pelanggaran kecil dalam peraturan prosedur timbang tara - kes de minimis - atau responden mengabaikan untuk menimbulkan dasar untuk penolakan dalam timbangtara itu.²² (Lihat juga kes yang dijelaskan dalam Bab ini di atas pada III.4.)

Mahkamah-mahkamah ini bergantung pada kata-kata dalam versi Bahasa Inggeris dari Artikel V (1), yang bermula dengan kata-kata seperti “Pengiktirafan dan penguatkuasaan Award boleh ditolak ...”. Perkataan ini juga muncul dalam tiga daripada lima teks rasmi dalam Konvensyen, iaitu text Cina, Rusia dan Sepanyol. Walau bagaimanapun, teks bahasa Perancis tidak mengandungi ungkapan yang sama dan hanya memberi pengiktirafan dan penguatkuasaan seperti “seront refusées”, iaitu, harus dibuang.

22. *Hong Kong: Supreme Court of Hong Kong, High Court, 15 Januari 1993 (Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.) Yearbook Commercial Arbitration XIX (1994) ms. 664-674 (Hong Kong no. 6) dan Supreme Court of Hong Kong, High Court, 16 Disember 1994 (Nanjing Cereals, Oils and Foodstuffs Import & Export Corporation v. Lucknate Commodities Trading Ltd) Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) ms. 542-545 (Hong Kong no. 9); Kepulauan Virgin British: Court of Appeal, 18 Jun 2008 (IPOC International Growth Fund Limited v. LV Finance Group Limited) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) ms. 408-432 (Kepulauan Virgin British 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) ms. 732-738 (UK no. 52).*

IV. KUASA BUDI BICARA YANG TERHAD DALAM PERSOALAN PENGUATKUASAAN DENGAN KEWUJUDAN DASAR-DASAR PENOLAKAN (ARTIKEL V(1))

IV.1. DASAR 1: KETIDAKUPAYAAN PIHAK DAN KESAHIHAN PERJANJIAN TIMBANG TARA (*Artikel V(1)(a)*)

“Pihak-pihak dalam perjanjian yang disebut dalam Artikel II adalah, di bawah undang-undang yang mereka terpakai, di bawah ketidakupayaan, atau Perjanjian tidak sah di bawah undang-undang dimana pihak-pihak terikat padanya atau, gagal dengan apa-apa petunjuk mengenainya, di bawah undang-undang negara di mana award itu dibuat”.

IV.1.1. *Ketidakupayaan Parti*

Jenis-enis isu yang bangkit daripada perkara ini termasuk pembelaan “ketidakupayaan”, seperti ketidakcekan mental, ketidakcekan fizikal, kekurangan kuasa untuk bertindak bagi pihak entity korporat atau parti berkontrak belum dewasa atau belum cukup umur (minoriti).

Tambahan lagi, terma “ketidakupayaan” dalam konteks Artikel V(1)(a) ditafsirkan sebagai “kekurangan kuasa untuk memasuki kontrak”. Contohnya, ini boleh berlaku apabila undang-undang tertentu melarang sesebuah pihak, seperti Perusahaan Milik Negara, daripada memasuki persetujuan timbang tara untuk jenis pertikaian tertentu: e.g., dalam bidang kuasa tertentu, Perusahaan Milik Negara boleh dilarang dari segi undang-undang daripada memasuki persetujuan timbang tara berhubungan dengan kontrak pertahanan

(namun, lihat, Bab II di IV.6.2, memetik sebagai contoh 'Private International Law Act' Switzerland).²³

Adalah diperhatikan bahawa Negara, Perusahaan Milik Negara dan entiti awam lain tidak dikecualikan dari skop Konvensyen hanya oleh kerana status mereka. Ungkapan "persons, whether physical or legal" dalam Artikel I(1) Konvensyen, secara umumnya, disifatkan sebagai termasuk entiti undang-undang awam yang memasuki kontrak dengan parti peribadi. Mahkamah hampir selalu menafikan pembelaan imuniti kedaulatan yang dibangkitkan oleh sesebuah negara terhadap penguatkuasaan persetujuan timbang tara dan pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara dengan bergantung kepada teori imuniti terhad dan pengecualian imuniti. Mahkamah juga sering mengemukakan perbezaan antara *acta de jure gestionis* dan *acta de jure imperii*, atau bergantung kepada *pacta sunt servanda* dan ciptaan sebuah *ordre public réelement international*. Perbezaan ini juga dibuat dalam beberapa kes berkenaan dengan pelaksanaan.

Salah satu contoh adalah kes 2010 dari Hong Kong, iaitu *FG Hemisphere*, dimana suatu permintaan dibuat untuk mengiktirafkan dan menguatkuasakan dua award timbang tara luar negara terhadap aset-aset milik Perusahaan Milik Negara Cina (PMNC), iaitu yuran kemasukan yang harus dibayar oleh PMNC kepada Republik Demokratik Kongo dalam pertimbangan untuk hak mineral tertentu (Aset PMNC).²⁴ Kerajaan Cina berhujah bahawa ia kini sedang dan

23. Artikel 177(2) 'Swiss Private International Law Act' menyatakan:

"If one party to an arbitration agreement is a State or an enterprise dominated by or an organisation 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 Februari 2010 dan 5 Mei 2010 (*FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, et al.*), CACV 373/20080 & CACV 43/2009 (10 Februari 2010); *Yearbook Commercial Arbitration XXXV*

secara konsisten telah menggunakan, doktrin imuniti berdaulat mutlak, dan dengan itu, aset PMNC adalah imun daripada penguatkuasaan. Namun, Mahkamah Rayuan memutuskan bahawa mahkamah di Hong Kong menggunakan doktrin imuniti terbatas. Akibatnya, sebahagian daripada Aset PMNC yang tidak bertujuan untuk tujuan berdaulat tidak imun daripada penguatkuasaan.

Konvensyen ini tidak menyatakan cara untuk menentukan undang-undang yang berkenaan dengan keupayaan sesuatu pihak (“the law applicable to them”). Dengan itu, undang-undang yang berkenaan ini mesti ditentukan dengan mengaplikasikan kaedah-kaedah mahkamah konflik undang-undang di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan dikehendaki, biasanya undang-undang domisil seseorang dan undang-undang tempat penubuhan sesebuah syarikat.

IV.1.2. *Ketidaksahan Perjanjian Timbang Tara*

Artikel V(1)(a) juga menyediakan dasar untuk menolak dimana perjanjian timbang tara yang dirujuk dalam artikel II “referred to in article II” adalah tidak sah dari segi undang-undang yang telah ditetapkan oleh pihak, atau jika hal ini tidak ditetapkan oleh pihak, dari segi undang-undang negara di mana award diberikan. Ini merupakan dasar penolakannya biasanya diamalkan.

Responden kerap menggunakan alasan ini untuk berhujah bahawa perjanjian timbang tara tidak sah secara rasmi kerana ia tidak bertulis “in writing”, seperti ditetapkan oleh Artikel II(2) (lihat Bab II di IV.2). Satu lagi dasar yang berkaitan yang mungkin dibangkitkan adalah dimana perjanjian timbang tara tidak pun wujud dalam perjanjian di

(2010) ms. 392-397 (Hong Kong no. 24). Pada masa ianya ditulis, Rayuan ini menunggu keputusan di hadapan Mahkamah Rayuan Mukhtamad Hong Kong.

bawah pengertian Konvensyen. Antara contoh pembelaan yang biasa digunakan di bawah dasar ini termasuk tuntutan ketidaksahan, paksaan atau dures dalam mendorong perjanjian tersebut.

Dari semasa ke semasa, seseorang respondent mungkin bergantung pada dasar ini, dan mempertikaikan bahawa ia merupakan parti kepada sesuatu perjanjian timbang tara. Isu ini akan diputuskan oleh mahkamah dengan menilai semula fakta-fakta kes tersebut, bebas daripada keputusan yang dicapai oleh penimbang tara. Contohnya, dalam kes *Sarhank Group*, pihak responden berhujah bahawa perjanjian timbang tara bertulis yang ditandatangani antara parti tidak pun wujud.²⁵ Mahkamah Rayuan Amerika Syarikat dalam Daerah Kedua telah memutuskan bahawa mahkamah daerah telah membuat keputusan yang salah dengan bergantung pada penemuan penimbang tara dalam awardnya, di mana respondent terikat kepada klausa timbang tara di bawah undang-undang Mesir, yang digunakan dalam kontrak tersebut. Di sebaliknya, mahkamah daerah sepatutnya mengaplikasikan undang-undang persekutuan Amerika Syarikat kepada isu ini dalam mengkaji semula award untuk tujuan penguatkuasaan. Dengan itu, Mahkamah Rayuan mengembalikan kes tersebut ke mahkamah daerah untuk “menentukan, secara faktual, jika pihak responden bersetuju atau tidak untuk menimbang tara... atas apa saja... dasar-dasar yang diiktiraf oleh undang-undang kontrak Amerika atau undang-undang agensi.”

Dalam keputusan terbaharu *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Pakistan* Mahkamah Agung Inggeris telah menjelaskan skop doktrin “competence-competence” di England.²⁶ Mahkamah Agung memutuskan bahawa walaupun tribunal timbang tara mempunyai

25. *Amerika Syarikat*: United States Court of Appeals, Second Circuit, 14 April 2005 (*Sarhank Group v. Oracle Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) ms. 1158-1164 (Amerika Syarikat no. 523).

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

kuasa untuk menentukan bidang kuasanya sebagai perkara permulaan, namun sebaik sahaja permohonan penguatkuasaan dibuat di bawah Konvensyen New York mengenai isu bantahan bidang kuasa,, , mahkamah dengan itu mempunyai kuasa untuk membuka semula fakta-fakta dan isu-isu untuk menentukan semula isu bidang kuasa.

Mahkamah Agung telah menyemak semula bagaimana doktrin “competence - competence” digunapakai dalam bidang-bidang kuasa di serata dunia. Dalam perenggan 25, ia menyatakan bahawa, “setiap negara... mengkaji semua keputusan jurisdiction penimbang tara melalui satu cara atau lain. Hal ini adalah kerana sesuatu kontrak tidak mungkin memberi kuasa kepada sebuah badan penimbang tara... jika pihak-pihak berkaitan tidak pernah pun berjanji sedemikian. (Dipetik daripada kes Amerika Syarikat *China Minmentals*; lihat nota kaki 16).

Dengan itu, walaupun sebuah tribunal boleh menentukan bidang kuasanya, ini tidak bermaksud bahawa kuasanya untuk berbuat demikian adalah eksklusif. . Sesebuah mahkamah penguatkuasa yang tidak berperanan sebagai penimbang tara mempunyai kuasa untuk menentu semula bidang kuasa tribunal tersebut.

Walaupun Mahkamah (Lord Collins) menerima bahawa trend antarabangsa adalah untuk membatasi pertimbangan semula tribunal-tribunal dan juga menekankan polisi “pre-enforcement” di bawah Konvensyen New York, namun dia mendapati bahawa trend tersebut tidak mengambil keutamaan. Dia memutuskan bahawa di bawah Akta 1996 (seksyen 30) di England, sebuah tribunal berhak untuk bertanya, sebagai perkara awal, sama ada ia mempunyai bidang kuasa. Walau bagaimanapun, jika isu ini dibawa ke hadapan mahkamah, mahkamah tersebut mesti melaksanakan tugasnya untuk menyiasat hal tersebut, dan bukan sekadar menyemak keputusan penimbang tara tersebut. Dalam pertimbangannya, Mahkamah Agung mendapati bahawa keputusannya tidak berbeza dari Perancis, di mana award diberikan. Tidak lama selepas keputusan Mahkamah Agung Inggeris ini,

Mahkamah Rayuan Perancis menolak permintaan untuk membatalkan tiga award yang menjadi isu, dan memutuskan bahawa keputusan tribunal timbang tara berkaitan dengan isu bidang kuasa adalah betul.²⁷ Walaupun mahkamah tidak menyatakan pandangannya berkenaan skop semakan kehakiman bidang kuasa tribunal timbang tara, namun ia telah pun mengkaji semula keputusannya sepenuhnya.

(Lihat juga Bab II di III.2, berkenaan skop kaji semula oleh mahkamah yang merujuk parti-parti kepada timbang tara.)

IV.2. DASAR 2: KEKURANGAN NOTIS DAN PELANGGARAN PROSES YANG WAJAR; HAK TERHADAP PEMBICARAAN YANG ADIL (*Artikel V(1)(b)*)

“Pihak yang membayar award tidak diberikan notis tentang perlantikan penimbang tara atau tentang pembicaraan menentu tara atau tidak dapat mengemukakan kesnya”

Artikel V(1)(b) memperuntukkan dasar penolakan atas sebab parti yang menentang tidak diberi suatu, atau suatu peluang saksama untuk membentangkan kesnya kerana: (i) dia tidak diberi notis perlantikan penimbang tara atau prosiding timbang tara; atau (ii) di sebaliknya, dia tidak dapat membentangkan kesnya.

Namun, dasar ini tidak bertujuan bagi mahkamah untuk mengambil pandangan yang berbeza daripada tribunal dalam isu prosedur. Apa yang harus ditunjukkan adalah bahawa parti yang menentang penguatkuasaan telah kehilangan haknya untuk kes substantifnya didengar dan ditentukan oleh tribunal timbang tara.

27. *Perancis: Cour d’Appel*, 17 Februari 2011 (*Gouvernement du Pakistan – Ministère des Affaires Religieuses v. Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*).

IV.2.1. Hak terhadap Pembicaraan Adil

Artikel V(1)(b) menetapkan bahawa parti harus diberi pembicaraan yang adil dan yang mencapai tahap keadilan yang minima. Standard minima keadilan yang dipakai telah diterangkan oleh Mahkamah Rayuan Amerika Syarikat di Daerah Ketujuh. Ianyamelingkupi “notis yang secukupnya, suatu pembicaraan yang berdasarkan bukti, dan suatu keputusan yang saksama dari penimbang tara”. Oleh itu, penimbang tara mempunyai budi bicara yang luas dalam persoalan bagaimana prosiding dijalankan, dll.

IV.2.2. Kekurangan Notis

Situasi di mana sesebuah pihak tidak diberi notis perlantikan penimbang tara atau mengenai prosiding timbang tara adalah amat jarang. Pihak langsung tidak boleh mengadu bahawa notis tidak mencukupi, terutamanya jika pihak tersebut telah pun mengambil bahagian dalam prosiding timbang tara secara aktif.

Namu, dalam situasi di mana pihak responden telah ingkar, bukti bahawa notis telah diberi mesti diberi tumpuan teliti dan serius pada semua peringkat.

Sebagain contoh, notis dianggap tidak diberi di mana sebuah pihak telah mengubah alamatnya tanpa mamaklumkan pihak sebelah. Satu lagi contoh adalah di mana sesebuah pihak berada pada lokasi di mana kemudahan komunikasi seperti faks tidak boleh digunakan dengan lancar. Dalam kes-kes sedemikian, penimbangtara dan penuntut dalam timbang tara tersebut harus berusaha sedaya upaya untuk memaklumkan kewujudan kewujudan timbang tara dan pelantikan tribunal timbang tara kepada perhatian responden, dan harus mempunyai bukti bebas terhadap usaha sedemikian. Jika mereka gagal berbuat demikian, penguatkuasaan award yang diberi boleh dinafikan.

Sebagai contoh, Mahkamah Agung Sweden menafikan penguatkuasaan award timbang tara atas sebab penimbang tara yang terlibat telah mengabaikan situasi di mana komunikasi yang dihantar kepada alamat pihak Sweden yang terlibat telah gagal, dikembalikan tanpa dihantar.²⁸

Walau bagaimanapun, sesebuah pihak mungkin juga mengingkar atas pilihan sendiri.. Sekiranya notis timbang tara diterima oleh responden tetapi responden gagal atau enggan mengambil bahagian dalam timbang tara, mahkamah tidak akan berpendapat ini sebagai suatu pelanggaran proses wajar di bawah Artikel V(1)(b). Jika pihak memilih untuk tidak mengambil bahagian dalam timbang tara, ini tidak merupakan suatu dasar untuk menolak penguatkuasaan.

IV.2.3. *Perlanggaran Proses yang Wajar: Tidak Mampu Mengemukakan Kes "Unable to Present His Case"*

Kes terkenal Amerika Syarikat *Iran Aircraft Industries v. Avco Corp.* merupakan sebuah contoh di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan ditolak kerana responden tidak dapat membentangkan kesnya.²⁹ Selepas berunding dengan pengerusi tribunal (yang kemudiannya digantikan), responden atas nasihat pengerusi, telah memutuskan untuk tidak mengemukakan invois sebagai dokumen sokongan bagi analisis ganti rugi oleh firma pakar perakaunan. Dengan itu, responden hanya bergantung pada ringkasan analisa tersebut - tetapi telah menunjukkan kesediaan untuk memberikan bukti selanjutnya jika

28. *Sweden: Högsta Domstolen*, 16 April 2010 (*Lenmorniioproekt OAO v. Arne Larsson & Partner Leasing Aktiebolag*) Yearbook XXXV (2010) ms. 456-457 (Sweden no. 7).

29. *Amerika Syarikat: 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) ms. 596-605 (Amerika Syarikat no. 143).

diperlukan. Namun, tribunal menolak tuntutan ganti rugi atas dasar tiada bukti sokongan. Mahkamah Rayuan Amerika Syarikat untuk daerah kedua menafikan pengiktirafan penguatkuasaan award atas dasar pihak yang kalah tidak dapat membentangkan kes ganti ruginya.ganti rugi.

Beberapa award telah dinafikan pengiktirafan dan penguatkuasaan atas sebab kegagalan penimbang tara untuk bertindak secara adil. Sebagai contoh:

- Mahkamah Rayuan Naples menolak penguatkuasaan award Austria atas sebab notis satu bulan yang diberikan kepada responden Itali untuk menghadiri sidang di Vienna tidak mencukupi kerana kawasan responden dilanda gempa bumi besar pada waktu itu;³⁰
- Mahkamah Rayuan Inggeris menyalahkan keputusan penolakan penguatkuasaan suatu award India atas dasar salah seorang pihak berpenyakit serius, dan hal ini tidak berjaya dibangkitkan semasa pembicaraan penangguhan kes. Mahkamah tersebut mendapati bahawa situasi ini menyebabkan penglibatan pihak tersebut dalam prosiding menimbang tara, termasuk memfailkan pembelaannya, adalah tidak realistik.³¹
- Mahkamah Tinggi Hong Kong telah menolak penguatkuasaan award atas sebab Suruhanjaya Timbang Tara Ekonomi dan Perdagangan Cina (CIETAC) tidak memberi peluang kepada pihak

30. *Itali: Corte di Appello, Naples (Salerno Section), 18 Mei 1982 (Bauer & Grossmann OHG v. Fratelli Cerrone Alfredo e Raffarle)* Yearbook Commercial Arbitration X (1985) ms. 461-462 (Itali no. 70).

31. *United Kingdom: Court of Appeal (Civil Division), 21 Februari 2006 dan 8 Mac 2006 (Ajay Kanoria, et al. v. Tony Francis Guinness)* Yearbook Commercial Arbitration XXXI (2006) ms. 943-954 (UK no. 73).

responden untuk mengulas laporan daripada pakar yang dilantik oleh tribunal timbang tara.³²

Contoh-contoh bantahan yang tidak berjaya atas sebab ketidakwajaran proses termasuk:

- Pengimbangtara yang enggan menjadualkan semula pembicaraan bagi kemudahan saksi pihak menentang
- Tribunal enggan memberi penangguhan, dan menafikan penemuan tambahan;
- Tribunal enggan memberi penangguhan lanjut dan enggan menangguh timbang tara atas sebab prosiding kebangkrapan;
- Tribunal membuat keputusan sekadar atas dasar anggapan dan beban bukti;
- Tribunal dituduh mengandalkan teori undang-undang baru dalam award yang tidak pernah diujah sebelumnya;
- Tribunal menyekat pemeriksaan balas seorang saksi;
- Pihak-pihak yang tidak menghadiri pembicaraan atas sebab kemungkinan ditahan di forum Negara timbang tara; dan
- Seorang wakil syarikat yang tidak dapat menghadiri pembicaraan atas sebab permohonan visa yang gagal.

IV.3. DASAR 3: DI LUAR ATAU MELAMPAUI SKOP PERJANJIAN TIMBANG TARA (*Artikel V(1)(c)*)

“Award timbang tara berbicara tentang perbezaan yang tidak ditimbang, atau berada di luar terma pengemukaan penimbangtaraan, atau mempunyai keputusan bagi perkara di

32. *Hong Kong*: Hong Kong Supreme Court, High Court, 15 Januari 1993 (*Paklito Investment Ltd v. Klockner East Asia Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XIX (1994) ms. 664-674 (Hong Kong no. 4).

luar skop pengemukakan penimbangtaraan. Jika keputusan bagi perkara yang dikemukakan boleh diasingkan dari perkara yang tidak dikemukakan, lalu bahagian award yang mempunyai keputusan bagi keputusan yang dikemukakan untuk penimbangtaraan mungkin diakui dan dikuatkuasakan”.

Dasar-dasar penolakan yang telah ditentukan di bawah Artikel V(1)(c) adalah di mana award berkaitan berada dalam situasi-situasi berikut:

- Ia berkaitan dengan suatu perbezaan atau pertikaian yang tidak ditimbang oleh, atau berada di luar terma-terma hujuan pihak-pihak timbang tara, atau
- Mengandungi keputusan mengenai perkara yang berada di luar skop hujuan pihak-pihak kepada timbang tara.

Dasar Artikel V(1)(c) merangkumi prinsip bahawa tribunal timbang tara hanya mempunyai bidang kuasa untuk membahaskan isu-isu yang telah diserahkan kepadanya untuk penentuan, seperti yang telah dipersetujui oleh semua pihak yang terlibat.

Perjanjian timbang tara dan tuntutan-tuntutan relief yang dikemukakan kepada tribunal timbang tara harus diberi perhatian dalam menentukan apa yang telah dikemukakan oleh parti-parti kepada tribunal timbang tara, Bahasa perjanjian timbang tara yang menetapkan apa yang dipersetujui para pihak untuk diserahkan kepada tribunal timbang tara untuk penentuan adalah sangat penting, isu-isu harus tetap dalam ruangan skop itu.

Klausa-klausa model yang diterbitkan oleh institusi timbang tara biasanya dirangka untuk memberi tribunal taraf timbang tara yang sangat luas dalam menentuk segala pertikaian-pertikaian yang timbul daripada atau berkaitan dengan perjanjian substantif pihak-pihak (biasanya sebuah kontrak). Kematangan (“Ripeness”) dan isu-isu yang

serupa biasanya merupakan isu kebolehterimaan (bukannya isu bidang kuasa), dan oleh itu tidak boleh dikaji semula oleh mahkamah. (Lihat juga Bab II di III.1 berkenaan “competence-competence” penimbangtara dan kajian semula mahkamah mengenai perjanjian timbang tara.)

Mahkamah mempunyai budi bicara untuk menguatkuasakan separa pengiktirafan jika hanya sebahagian award itu berada di luar bidang kuasa tribunal timbang tara, atas syarat bahagian yang berada di bawah bidang kuasa tribunal timbang tara boleh diasingkan daribahagian yang di luar bidang kuasa. Perkara ini boleh dilihat dari proviso akhir Artikel V(1)(c) (“dengan syarat keputusan mengenai perkara yang dikemukakan kepada timbangtara boleh dipisahkan daripada yang tidak diserahkan sedemikian, bahagian award yang mengandungi perkara yang dikemukakan kepada timbangtara boleh diiktiraf dan dikuatkuasakan”).

IV.4. DASAR 4: KETIDAKTERATURAN DALAM KOMPOSISI TRIBUNAL TIMBANG TARA ATAU PROSEDUR TIMBANG TARA (*Artikel V(1)(d)*)

“Komposisi pihak berkuasa timbang tara atau prosedur timbangtara yang tidak mengikut persetujuan pihak-pihak terlibat, atau di mana persetujuan sedemikian tidak wujud, tidak mengikut undang-undang negara di mana timbang tara tersebut dijalankan.”

Artikel V(1)(d) mempunyai dua jenis pelanggaran yang mungkin terjadi, iaitu yang berkenaan dengan:

- komposisi tribunal timbang tara;
- prosedur timbang tara.

IV.4.1. *Komposisi Tribunal Timbang Tara*

Pilhan pertama Artikel V(1)(d) boleh digunapakai di mana hak-hak suatu pihak untuk melantik seorang penimbangtara, atau mengadakan kesnya diputuskan oleh tribunal timbang tara yang mempunyai komposisi yang mencerminkan perjanjian parti - parti telah dilucutkan.

Kes-kes di mana suatu parti menolak pelantikan seorang penimbangtara dan penimbangtara itu kemudiannya dilantik oleh mahkamah, atau jika penimbang tara berjaya dicabar dan digantikan mengikut peraturan yang telah ditetapkan oleh parti-parti dan undang-undang yang berkaitan, tidak akan berjaya di bawah dasar ini.

Artikel V(1)(d) telah menetapkan beberapa perkara yang harus diberi tumpuan utama oleh mahkamah :

1. Jika pihak-pihak yang terlibat telah bersetuju dengan komposisi tribunal timbang tara;
2. Jika mereka telah berbuat demikian, perkara-perkara yang telah mereka persetujuan mesti ditentukan;
3. Sama ada perjanjian itu telah dilanggar;
4. Mahkamah hanya boleh mengaplikasikan undang-undang negara di mana timbang tara diadakan jika tidak ada persetujuan antara pihak-pihak dalam perkara komposisi tribunal timbang tara dalam menentukan sama ada ia mengikut undang-undang tersebut atau tidak.

Sebagai contoh, pihak-pihak terlibat mungkin telah menetapkan institusi pelantikan untuk melantik pengerusi atau penimbangtara dalam klausa timbang tara, namun sebenarnya orang lain melantik penimbang tara itu. Masalah yang sama berlaku jika penimbang tara dipilih dari sekelompok orang tertentu, tetapi kemudian dipilih dari

kumpulan lain. Dalam hal ini, mahkamah perlu meneliti sama ada suatu keperluan benar-benar wujud untuk menolak penguatkuasaan: adakah hak pihak menentang pengiktirafan dan penguatkuasaan award itu telah dilucutkan atau sebenarnya prosedur timbang tara dijalankan dengan adil dengan hanya satu ketidakteraturan prosedur yang kecil. ini merupakan suatu gambaran tentang jenis-jenis kes di mana mahkamah boleh memberi penguatkuasaan jika pelanggarannya adalah “de minimis” (lihat Bab ini pada III.5).

Sebagai contoh, dalam kes *China Nanhai*, Mahkamah Tinggi Hong Kong berpendapat bahawa walaupun persetujuan khusus pihak-pihak mengenai komposisi tribunal itu tidak diikuti, mahkamah yang menguatkuasakan masih perlu menjalankan budi bicaranya untuk menguatkuasakan award, memandangkan pelanggaran prosedur agak remeh.³³

Perjanjian timbangtara mungkin menetapkan sifat-sifat tertentu untuk satu atau lebih penimbangtara, misalnya, bahawa mereka boleh bertutur dalam beberapa bahasa tertentu; merupakan warganegara negara tertentu; diakui mengamal undang-undang dalam bidang kuasa tertentu; memegang ijazah kejuruteraan, dan lain-lain. Dalam kes sebegini, mahkamah perlu memperhatikan sama ada perlantikan penimbang tara yang tidak mempunyai kualiti ditetapkan akan membawa ketidakadilan prosedur. Sebagai contoh, jika klausa timbang tara menetapkan bahawa penimbangtara mesti merupakan seorang yang berada dalam jurusan komersial (“commercial man”), atau seseorang yang mempunyai pengalaman dalam suatu industri yang tertentu, namun sebaliknya seorang peguam yang tidak mempunyai kelayakan tersebut dilantik, award masih boleh dikuatkuasakan jika perkara ini dianggap wajar.

33. *Hong Kong*: Hong Kong Supreme Court, High Court, 13 Julai 1994 (*China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) ms. 671-680 (Hong Kong no. 8).

Contoh-contoh bantahan yang tidak berjaya di bawah pilihan pertama Artikel V(1)(d) ini termasuk:

- Mahkamah Rayuan Munich menolak bantahan atas dasar komposisi tribunal timbang tara tidak mengikut perjanjian pihak-pihak. Badan timbang tara telah dikompromi di mana hanya satu penimbang dilantik, dan bukannya dua atau lebih penimbangtara seperti yang dipersetujui dalam klausa timbang tara. Mahkamah berpendapat bahawa pihak responden sebenarnya sedar akan komposisi tribunal timbang tara sedemikian, namun tidak membantah semasa timbang tara;³⁴
- Dalam sebuah kes Mahkamah Agung Sepanyol, perjanjian timbangtara telah menetapkan bahawa timbang tara akan dijalankan di Association Cinématographique Professionnelle de Conciliation et d' Arbitrage (ACPCA) di Perancis. Apabila responden dalam timbangtara gagal untuk melantik seorang penimbangtara, pelantikan itu dibuat oleh presiden Persekutuan Persatuan Pengeluar Filem Antarabangsa. Mahkamah menolak bantahan pihak responden bahawa pelantikan ini melanggar perjanjian pihak-pihak dan di sebaliknya berkeputusan bahawa perkara tersebut sebenarnya mematuhi peruntukan-peruntukan yang berkaitan dalam peraturan ACPCA.³⁵

Contoh-contoh bantahan yang berjaya di bawah pilihan ini pertama Artikel V(1)(d) termasuk:

34. *Jerman*: Oberlandesgericht, Munich, 15 Mac 2006 (*Manufacturer v. Supplier, in liquidation*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) ms. 499-503 (Jerman no. 117).

35. *Sepanyol*: Tribunal Supremo, Civil Chamber, 11 April 2000 (*Union Générale de Cinéma, SA v. X Y Z Desarrollos, SA*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 525-531 (Sepanyol no. 50).

- Pada tahun 1978, Mahkamah Rayuan Florence mendapati bahawa tribunal timbang tara yang terdiri daripada dua penimbang tara berkerusi di London telah melanggar perjanjian timbang tara antara pihak-pihak yang terlibat, walaupun proses timbang tara mengikuti undang-undang negara tempat timbang tara berlaku. Klausula timbang tara telah memperuntukkan bahawa tiga penimbang tara perlu dilantik, namun kedua-dua penimbang tara yang dilantik oleh parti tidak melantik penimbang tara ketiga kerana pihak-pihak terlibat telah bersetuju mengenai hasil kes itu – undang-undang Inggeris pada masa itu membenarkan perkara sedemikian;³⁶
- Mahkamah Rayuan Amerika Syarikat untuk Daerah Kedua enggan mengakui dan menguatkuasakan suatu award atas dasar perjanjian pihak-pihak mengenai komposisi tribunal timbang tara telah dilanggar, kerana prosedur pelantikan dalam perjanjian itu tidak diikuti. Mahkamah telah melantik pengerusi atas permohonan salah satu pihak, bukan situasi di mana kedua orang penimbang tara yang dilantik oleh pihak diberi masa untuk bersetuju atas perlantikan pengerusi, sebagaimana diperuntukkan di bawah perjanjian timbang tara yang relevan.³⁷

IV.4.2. Prosedur Timbang Tara

Konvensyen ini tidak berniat untuk memberi pihak kalah hak untuk merayu keputusan prosedur tribunal timbang tara. Pilihan Artikel V(1)(d) ini tidak bertujuan untuk menolak pengiktirafan atau penguatkuasaan award jika mahkamah yang terlibat mempunyai

36. *Itali*: Corte di Appello, Florence, 13 April 1978 (*Rederi Aktiebolaget Sally v. sel Termarea*) Yearbook Commercial Arbitration IV (1979) ms. 294-296 (Itali no. 32)

37. *Amerika Syarikat*: United States Court of Appeals, Second Circuit, 31 Mac 2005 (*Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopaedia Britannica, Inc.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) ms. 1136-1143 (Amerika Syarikat no. 520).

pandangan undang-undang yang berbeza daripada penimbangtara mengenai hal-hal seperti sama ada untuk mendengar seorang saksi atau tidak, sama ada untuk membenarkan pemeriksaan balas silang, atau mengenai berapa banyak penyerahan bertulis yang boleh benarkan.

Di sebaliknya, pilihan kedua Artikel V(1)(d) ini bertujuan terhadap pelencongan-pelencongan prosedur yang lebih asasi. Sebagai contoh, situasi-situasi di mana pihak-pihak terlibat telah bersetuju untuk menggunakan peraturan sesebuah institusi namun timbang tara tersebut telah diselesaikan di bawah peraturan institusi yang lain, atau situasi di mana pihak-pihak terlibat telah bersetuju untuk tidak mengikuti peraturan dari mana-mana institusi pun.

Contoh-contoh bantahan yang tidak berjaya di bawah Artikel V(1)(d) pilihan kedua ini termasuk:

- Mahkamah Rayuan Bremen menolak hujahan pihak responden bahawa prosiding timbang tara yang diadakan di Turki tidak mengikut Tatakelakuan Sivil Turki apabila tribunal timbang tara tidak membenarkan permintaan pihakresponden untuk mendengar hujahan lisan dan tidak menghiraukan tawarannya untuk bukti baru. Mahkamah berpendapat bahawa tribunal timbang tara bertindak mengikut Peraturan Timbangtara “Istanbul Chamber of Commerce”, iaitu peraturan yang telah disetujui pihak-pihak terlibat;³⁸
- Di Mahkamah Daerah Amerika Syarikat di Florida Utara, responden Devon (penuntut dalam timbang tara ini, yang telah diadakan di Suruhanjaya Timbang Tara Maritim China (CMAC) berpendapat bahawa timbangtara itu tidak sesuai dengan undang-

38. *Jerma*n: Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, 30 September 1999 (*Claimant v. Defendant*) Yearbook Commercial Arbitration XXXI (2006) ms. 640-651 (Jerma n no. 84).

undang China karena CMAC telah menolak tuntutan balas pihak yang satu lagi tetapi kemudian membenarkannya memfailkan tindakan berasingan. Tindakan berasingan ini kemudiannya disatukan dengan tuntutan Devon. Mahkamah menolak hujahan ini atas dasar Devon gagal untuk menunjukkan bahawa keputusan CMAC adalah salah di bawah undang-undang Cina.³⁹

Contoh-contoh bantahan yang berjaya di bawah Artikel V(1)(d) pilihan kedua ini termasuk:

- Mahkamah Rayuan Switzerland menolak pengiktirafan dan penguatkuasaan sebuah award Jerman atas dasar mendapati bahawa prosedur timbangtara yang dijalankan melanggar perjanjian pihak-pihak terlibat; perjanjian timbangtara yang disediakan di Hamburg menyatakan bahawa “segala pertikaian harus diselesaikan dalam satu prosiding timbang tara yang sama”. Namun,, timbang tara itu berlaku dalam dua peringkat: pertama, penimbangtaraan dalam persoalan berkualiti oleh dua pakar dan kedua, penimbangtaraan yang benar oleh suatu panel tiga penimbangtara;⁴⁰
- Mahkamah Rayuan Turki menolak pengiktirafan dan penguatkuasaan award Swiss atas dasar undang-undang prosedur yang dipersetujui oleh parti-parti itu tidak diikuti;⁴¹

39. *Amerika Syarikat*: United States District Court, Northern District of Florida, Pensacola Division, 29 Mac 2010 (*Pactrans Air & Sea, Inc. v. China National Chartering Corp., et al.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) ms. 526-527 (Amerika Syarikat no. 697).

40. *Swiss*: Appellationsgericht, Basel-Stadt, 6 September 1968, (*Corporation X AG, buyer v. Firm Y, seller*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) ms. 200 (Swiss no. 4).

41. *Turki*: Court of Appeals, 15th Legal Division, 1 Februari 1996 (*Osuuskunin METEX Andelslag V.S. v. Türkiye Elektrik Kuruma Genet Müdürlüğü General*

- Mahkamah Agung Itali menguatkuasakan award Stockholm tetapi bukan award Beijing yang dibuat berkenaan dengan pertikaian yang sama. Mahkamah berpendapat bahawa award Beijing adalah bertentangan dengan persetujuan pihak-pihak terlihat yang memahukan hanya satu timbang tara, sama ada di Stockholm atau di Beijing, bergantung pada pihak mana yang memulakan timbang tara.⁴²

IV.5. DASAR 5: AWARD TIDAK BERIKAT, TELAH DIKETEPIKAN ATAU DIGANTUNG (*Artikel V(1)(e)*)

“Award belum berikat atas pihak, atau telah diketepikan atau digantung oleh pihak berkuasa yang kompeten dari negar, atau di bawah undang-undang di mana award tersebut diberikan”.

Artikel V(1)(e) menyediakan penolakan pengiktirafan dan penguatkuasaan award jika pihak responden boleh membuktikan bahawa award itu:

- Belum menjadi “mengikat” atas pihak-pihak terlibat, atau
- Telah diketepikan atau digantung oleh pihak berkuasa yang kompeten negara, atau di bawah undang-undang di mana, award itu telah dibuat.

Directorate, Ankara) Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997) ms. 807-814 (Turki no. 1).

42. *Itali: Corte di Cassazione*, 7 Februari 2001, no. 1732 (*Tema Frugoli SpA, in liquidation v. Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 390-396 (Itali no. 170).

IV.5.1. Tidak Terikat Kepada Award

Perkataan “terikat” atau “binding” digunakan oleh pengarang Konvensyen New York dalam konteks ini dan bukannya perkataan “final” (yang telah digunakan dalam konteks yang sama dalam Konvensi Geneva 1927 tentang Pelaksanaan Award Timbang Tara Asing).⁴³ Penggunaan perkataan “binding” digunakan untuk menjelaskan bahawa suatu pihak berhak untuk memohon pengiktirafan dan penguatkuasaan suatu award sebaik sahaja dikeluarkan oleh tribunal timbang tara. Ini bermakna pihak ini tidak perlu mendapatkan “*exequatur*” atau kebenaran untuk berbuat demikian dari mahkamah Negara atau di bawah undang-undang di mana award itu dibuat (dikenali sebagai “*double exequatur*”), sebagaimana diperlukan di bawah Konvensyen Geneva 1927.

Secara universal, mahkamah dan pengulas mengiktiraf bahawa “*exequatur*” berganda tidak diperlukan di bawah Konvensyen ini.

Namun, mahkamah mempunyai pandangan berbeza dalam hal penentuan pada bila a award dianggap “mengikat” dalam erti Artikel V(1)(e). Sesetengah mahkamah menganggap bahawa ini akan ditentukan mengikut undang-undang negara di mana award itu diberi.⁴⁴ Mahkamah-mahkamah lain pula memutuskan bahawa persoalan ini adalah bebas dari undang-undang yang diguna dalam pemutusan award itu, dan memegang bahawa award timbang tara asing akan mengikat pihak-pihak apabila cara-cara bertindakbiasa (“ordinary means of recourse”) tidak, atau tidak lagi, tersedia bagi

43. Konvensyen Pelaksanaan Award Timbang Tara Asing, ditandatangani di Geneva pada 26 September 1927.

44. Lihat sebagai contoh, *Perancis: Tribunal de Grande Instance, Strasbourg*, 9 Oktober 1970 (*Animalfeeds International Corp. v. S.A.A. Becler & Cie*) Yearbook Commercial Arbitration II (1977) ms. 244 (Perancis no. 2).

mereka.⁴⁵ Ini bermakna bahawa award tersebut tidak lagi terbuka untuk rayuan atas dasar merit, sama ada dalam suatu kes timbang tara rayuan atau pembawaan kes tersebut ke mahkamah. Dalam konteks ini, mahkamah kadang kala bergantung pada perjanjian pihak-pihak terlibat. Misalnya, jika pihak-pihak tersebut telah memilih untuk menimbang-tara di bawah peraturan-peraturan Dewan Perniagaan Antarabangsa, Kaedah-Kaedah Timbang Tara ICC Artikel 28(6) menyatakan bahawa: “Pihak yang terlibat akan terikat pada semua Award” (“ Every Award shall be binding on the parties.”).

IV.5.2. *Award Diketepikan atau Digantung*

(i) *Award diketepikan*

Bergantung pada bidang kuasa, prosedur ini juga boleh dipanggil prosedur “vacatur” atau “pembatalan”, bergantung pada mana satu bidang kuasa yang terlibat.

Mahkamah yang mempunyai bidang kuasa untuk mengetepikan award hanya terdiri dari mahkamah Negera di mana award itu dibuat atau ditentukan, iaitu, di mana timbang tara mempunyai kerusi (lihat Bab I pada III.1.1). Mahkamah sedemikian disifatkan sebagai mempunyai bidang kuasa “penyeliaan” atau “utama” ke atas award tersebut. Di sebaliknya, mahkamah di mana award dituntut untuk diiktirafkan dan dikuatkuasakan disifatkan sebagai mempunyai bidang kuasa “penguatkuasaan” atau “sekunder” ke atas award tersebut, dan hanya terhad kepada persoalan penentuan kewujudan sebarang alasan Konvensyen untuk menolak pengiktirafan penguatkuasaan.

Dalam kebanyakan negara, bagi memastikan kejayaan pembantahan pengetepian sesebuah award, ia harus diketepikan oleh

45. Lihat sebagai contoh, *Swiss: Tribunal Fédéral, First Civil Chamber*, 9 Disember 2009 (*Compagnie X SA v. Fedeaton Y*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) ms. 810-816 (Swiss no.40).

sebuah mahkamah yang mempunyai bidang kuasa utama. Suatu permohonan untuk mengetepikan award itu tidak mencukupi. Ini menghalang pihak kalah daripada menangguhkan penguatkuasaan dengan memulakan suatu prosiding pembatalan.

Situasi di mana permohonan untuk mengetepikan atau menggantung award yang telah dibuat dilindungi oleh Artikel VI, yang memperuntukkan bahawa dalam hal ini mahkamah penguatkuasaan boleh menangguhkan keputusan penguatkuasaan award itu jika didapati sesuai. Namun, permohonan itu harus dibuat kepada mahkamah yang kompeten di bawah Artikel V(1)(e), iaitu, mahkamah yang mempunyai bidang kuasa utama.

(ii) *Akibat diketepikan*

Walaupun award telah diketepikan di dalam sesebuah negara, atau di bawah undang-undang di mana award itu dibuat, mahkamah di negara lain masih boleh memberi pengiktirafan dan penguatkuasaan di luar rejim Konvensyen New York. Perancis merupakan contoh bidang kuasa yang terkenal dalam telah mengisytiharkan sesebuah award boleh dikuatkuasakan walaupun pun ia telah diketepikan di negara asal. Perancis berbuat demikian, bukan berdasarkan Konvensyen New York, tetapi berdasarkan Undang-undang Perancis, dengan “opt out” dari Konvensyen New York melalui Artikel VII(1), peruntukan “more-favourable-right”. Peruntukan ini membolehkan sesebuah mahkamah untuk menerapkan rejim penguatkuasaan yang lebih disukai pihak apabila dibandingkan dengan Konvensyen New York, iaitu di mana ia boleh membawa kepada pengiktirafan dan penguatkuasaan yang tidak mungkin terjadi di bawah Konvensyen (lihat Bab I dan V.1).

(iii) *Award “tergantung” (“suspended”)*

Artikel V(1)(e) juga memperuntukkan bahawa penguatkuasaan sesuatu award boleh ditolak sekiranya pihak yang terhadapnya award itu

dipohon boleh membuktikan bahawa award itu telah “digantung” oleh mahkamah dalam negara, atau di bawah undang-undang di mana award itu dibuat. Seperti yang dilihat sebelumnya dalam perenggan IV.5.2 di (i), Artikel VI Konvensyen memperuntukkan bahawa mahkamah boleh menengguhkan keputusannya terhadap penguatkuasaan jika pihak responden telah memohon untuk penggantungan award di negara asal.

Maksud “Penggantungan” award tidak ditentukan atau dinyatakan dalam Konvensyen. Dengan itu, mahkamah secara amnya mengambil pandangan bahawa istilah ini merujuk kepada penggantungan penguatkuasaan award oleh *mahkamah*, dan dengan itu bukan melalui operasi undang-undang (sebagai contoh, sebuah tindakan mahkamah untuk pengetepian) di negara asal.

V. DASAR-DASAR PENOLAKAN UNTUK DIBANGKITKAN OLEH MAHKAMAH *EX OFFICIO* (ARTIKEL V(2))

Artikel V(2) Konvensyen memperuntukkan bahawa:

“Pengiktirafan dan penguatkuasaan sesebuah anugerah timbang tara mungkin ditolakkan jika pihak berkuasa yang kompeten dalam negara di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan dipohon mendapat bahawa:

- (a) Hal perkara mengenai perbezaan yang berkenaan adalah tidak mampu diselesaikan melalui penimbangtaraan di bawah undang-undang negara; atau
- (b) Pengiktirafan dan penguatkuasaan award tersebut adalah bertentangan dengan polisi awam negara tersebut”

Dasar-dasar di bawah Artikel V(2) melindungi kepentingan awam Negara di mana penguatkuasaan dipohon, dan dengan itu mahkamah boleh bergantung padanya secara *ex officio*, berikutan dengan suatu aplikasi yang telah dibuat untuk pengiktirafan dan penguatkuasaan sesebuah award. Secara amnya, pihak yang menentang pengiktirafan dan penguatkuasaan juga akan menggunakan dasar-dasar ini jika dianggap relevan.

V.1. DASAR 6: KETIDAKBOLEHTIMBANGTARAAN (“NOT ARBITRABLE”)
(*Artikel V(2)(a)*)

Kesimpulannya, dasar tidak mampu diselesaikan oleh penimbangtaraan di bawah Artikel V(2)(a) boleh digunakan di mana pertikaian adalah berkaitan dengan suatu hal perkara yang telah dikhaskan (“reserved”) untuk mahkamah.

Sebagai contoh, kes-kes yang dengan jelasnya bersifat jenayah adalah tidak mampu diselesaikan oleh penimbangtaraan; demikian juga kes-kes yang telah dikhaskan untuk mahkamah di sebuah wilayah bidang kuasa, seperti kes-kes

- Penceraian
- Jagaan kanak-kanak (child custody)
- Penyelesaian harta
- Wasiat
- Kebankrapan, dan
- Penggulangan syarikat.

Tren modern adalah di mana kategori pertikaian yang diselesaikan di bawah bidang kuasa eksklusif mahkamah menjadi semakin kecil atas sebab beberapa faktor. Faktor-faktor ini termasuklah penjimatan kos, penerimaan yang semakin meluas dari pihak mahkamah untuk

menghormati persetujuan penimbangtaraan pihak-pihak terlibat, dan sokongan terhadap penimbangtaraan antarabangsa oleh akta-akta kebangsaan. Dalam aspek ini, perbezaan makna istilah “tidak mampu diselesaikan oleh penimbangtaraan” dalam konteks domestik dan antarabangsa perlu diambil perhatian. (Lihat Bab ini di bawah pada V.2 mengenai perbezaan polisi awam domestik dan antarabangsa).

Sama ada suatu hal perkara bolehtimbangtaraan atau tidak merupakan suatu soalan yang akan ditetapkan di bawah undang-undang negara di mana permohonan untuk pengiktirafan dan penguatkuasaan dibuat. Hal ketidakehtimbangtaraan harus berkaitan dengan bahagian utama suatu tuntutan dan bukan sekadar bahagian sampingan.

Terdapat beberapa kes penolakan penguatkuasaan di bawah Artikel V(2)(a) yang telah dilaporkan. Sebagai contoh:

- Suatu keputusan Mahkamah Agung Belgium yang menolak penguatkuasaan award atas dasar bahawa hal perkara mengenai penamatan suatu perjanjian pengedaran eksklusif adalah tidak mampu diselesaikan melalui penimbangtaraan di bawah undang-undang Belgium. Ini adalah kerana mahkamah Belgium diberi bidang kuasa eksklusif di bawah suatu undang-undang khas yang berkenan dengan pengedar;⁴⁶
- Suatu keputusan oleh Mahkamah Persekutuan *Arbitrazh* (Komersil) dalam Daerah Moscow mendapati bahawa suatu award Slovak adalah di luar jangkauan kerana ia diberi selepas pihak responden Russia diisytiharkan bankrup oleh sebuah mahkamah *arbitrazh*. Di bawah undang-undang kebangkrupan Persekutuan Russia, mahkamah-mahkamah *arbitrazh* mempunyai bidang kuasa

46. *Belgium: Cour de Cessation, Kamar Pertama, 28 Jun 1979 (Audi-NSU Union AG v. SA Adelin Petit & Cie) Yearbook Commercial Arbitration V (1980) pada ms. 257-259 (Belgium no. 2).*

eksklusif ke atas penentuan jumlah dan sifat suatu tuntutan kebankrapan terhadap penghutang. Mahkamah sebenarnya merangka keputusannya di bawah Artikel V(2)(a) Konvensyen atas sebab hal kebolehtimbangtaraan boleh dianggap sebagai berada di bawah naungan polisi awam.⁴⁷

V.2. DASAR 7: BERTENTANGAN DENGAN POLISI AWAM (*Artikel V(2)(b)*)

Artikel V(2)(b) mengizinkan mahkamah di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan dipohon untuk menolak permohonan tersebut jika perbuatan demikian akan “menentang polisi awam negara terlibat”.

Namun, Artikel V(2)(b) tidak menentukan apakah yang dimaksudkan dengan “polisi awam”. Artikel ini juga tidak menyatakan sama ada prinsip-prinsip polisi awam domestik, atau prinsip-prinsip polisi awam berdasarkan konsep polisi awam antarabangsa, yang akan diaplikasikan dalam suatu permohonan pengiktirafan dan penguatkuasaan di bawah Konvensyen New York. Konsep polisi awam antarabangsa secara amnya adalah lebih ketat apabila dibanding dengan konsep polisi awam domestik. Seperti yang dilihat dalam Bab ini pada V.1, perbezaan ini juga digunapakai dalam hal kebolehtimbangtaraan.

Kebanyakan mahkamah nasional mengambil standard atau piawai polisi awam antarabangsa yang lebih ketat, mengaplikasikan norma substantif dari sumber-sumber antarabangsa.

Cadangan dan rekomendasi Persatuan Undang-undang Antarabangsa (International Law Association) yang diterbitkan pada

47. *Persekutuan Russia*: Mahkamah Persekutuan Arbitrazh (Komersil), Daerah Moscow, 1 November 2004 (*AO Slovenska Konsolidachna, A.S. v. KB SR Yakimanka*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pada ms. 654-657 (Persekutuan Russia no. 15).

2002 (“Cadangan ILA”) mengenai “Polisi Awam” semakin dianggap sebagai mencerminkan amalan antarabangsa yang terbaik.⁴⁸

Antara cadangan-cadangan umum dari “Cadangan ILA” adalah kemuktamadan award dalam “award komersil antarabangsa harus dihormati kecuali dalam situasi yang luarbiasa” (Klausa 1(a) dalam Bahagian Umum) dan bahawa situasi tersebut “mungkin wujud terutamanya jika pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara antarabangsa akan bertentangan dengan polisi awam antarabangsa” (Klausa 1(b) dalam Bahagian Umum).

Klausa 1(d) dari “Cadangan ILA” menyatakan bahawa istilah “polisi awam antarabangsa” digunakan untuk menentukan kanun prinsip dan peraturan yang diiktiraf oleh sesebuah Negara. Ini adalah penting kerana Negara tersebut, selaras dengan sifatnya, mungkin membatasi pengiktirafan dan penguatkuasaan yang diberi dalam konteks penimbangtaraan komersil antarabangsa apabila pengiktirafan dan penguatkuasaan award tersebut akan membawa kepada sebuah pelanggaran sama ada dari segi prosedur yang digunakan (prosedural polisi awam antarabangsa) atau kandungannya (polisi awam antarabangsa substantif).

Cadangan ILA menyatakan (dalam Klausa 1(d)) bahawa polisi awam antarabangsa sesebuah Negara termasuklah:

- (i) prinsip-prinsip asasi mengenai keadilan dan kemoralan di mana sesebuah Negara ingin lindungi walaupun tidak ada kaitan secara langsung.
- (ii) peraturan yang direka untuk digunapakai dalam kepentingan asasi politik, sosial atau ekonomi Negara, yang dikenali sebagai “*lois de police*” atau peraturan polisi awam”; dan

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

(iii) tanggungjawab Negara dalam kewajibannya terhadap Negara atau organisasi antarabangsa yang lain.

V.2.1. *Contoh-contoh Pengiktirafan dan Penguatkuasaan*

Dalam suatu kes German di Mahkamah Rayuan Celle, penjual memohon pengiktirafan dan penguatkuasaan suatu award dari Mahkamah Timbang Tara Komersil Antarabangsa (the International Commercial Arbitration Court) dalam Kamar Komersil dan Industri Persatuan Russia (ICAC)⁴⁹. Pembeli menegaskan bahawa pengizinan penguatkuasaan akan menentang polisi awam sama ada kerana perbuatan demikian mengandungi luar aturan prosidur dalam prosiding penimbangtaraan, atau award timbang tara memberi kesan kepa suatu penalti kontrak yang amat tinggi. Mahkamah menolak hujahan pembeli ini kerana:

“Dalam kes khusus award timbang tara asing, suatu pelepasan dalam penimbangtaraan antarabangsa dari peraturan mandatori prosedur domestik bukan suatu pelanggaran polisi awam secara automatik. Di sebaliknya, suatu pelanggaran polisi awam antarabangsa mesti wujud. Dengan itu, pengiktirafan award timbang tara asing adalah, sebagai peraturan, tertakluk kepada suatu rejim yang kurang ketat dari (pengiktirafan) keputusan timbang tara domestik. Hal ini tidak berkenan dengan sama ada seorang hakim German akan membuat suatu keputusan yang lain berdasarkan undang-undang mandatori German. Di sebaliknya, terdapat suatu perlanggaran polisi awam antarabangsa hanya apabila akibat aplikasi undang-undang asing dalam suatu kes

49. *Jerman*: Oberlandesgericht, Celle, 6 Oktober 2005 (*Seller v. Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 322-327 (Jerman no. 99).

konkrit adalah bertentangan atau dalam konflik dengan peruntukan-peruntukan German, membuatnya tidak boleh diterima selaras dengan prinsip-prinsip German. Ini bukan apa yang terjadi dalam kes ini.”

Dalam kes *Perancis SNF v. Cytec*, SNF memsuki suatu kontrak untuk membeli suatu kompaun kimia dari Cytec di bawah dua buah kontrak yang berlainan.⁵⁰ Kontrak kedua memperuntukkan Cytec sebagai pembekal eksklusif. Tribunal timbang tara memutuskan bahawa kontrak kedua tersebut melanggar Undang-Undang Persaingan EC, lalu memberi suatu award yang memanfaatkan Cytec. Di hadapan *Cour de Cessation*, SNF berhujah bahawa Mahkamah tidak patut mengizinkan penguatkuasaan suatu award yang berdasarkan persetujuan untuk menyekat persaingan, dan segali gus bertentangan dengan undang-undang EC dan polisi awam. Mahkamah memutuskan bahawa di mana hal perkara merupakan polisi awam antarabangsa, pihak mahkamah akan campur tangan hanya untuk mengelak penguatkuasaan suatu XXXX pelanggaran polisi awam antarabangsa yang “amat ketara, efektif dan konkrit”.

Walaupun pemikiran undang-undang di sebalik suatu award atau perlakuan tribunal timbang tara mungkin kurang sempurna (“flawed”), ini tidak dianggap melanggar polisi awam asalkan kecacatan tersebut tidak menjejaskan konsepsi keadilan dan kemoralan sistem perundangan (iaitu, polisi awam antarabangsa) di mana penguatkuasaan dipohon sebagai secara automatik. Sebagai contoh, Mahkamah Rayuan Terakhir Hong Kong SAR memegang bahawa pemegangan suatu pemeriksaan dalam ketiadaan pihak respondent tidak merupakan dasar penolakan penguatkuasaan. Ini adalah kerana

50. *Perancis: Cour de Cessation*, Kamar Sivil Pertama, 4 Jun 2008 (*SNF sas v. Cytec Industries BV*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) ms. 489-494 (Perancis no. 47).

pihak responden telah dimaklumkan bahawa pemeriksaan tersebut telah dijalankan dan tidak meminta suatu pemeriksaan semula dalam hadirat wakilnya.⁵¹

Contoh-contoh lain di mana pengiktirafan dan penguatkuasaan tetap diberi walaupun terdapat tuduhan pelanggaran polisi awam adalah:

- Kekurangan kewangan: Mahkamah Agung Keadilan Portugal menolak hujahan pelanggaran polisi awam kerana pihak responden Portugal tidak mengambil bahagian dalam suatu penimbangan yang dijalankan di Belanda atas sebab kekurangan kewangan;⁵²
- Kekurangan kesaksamaan dari pihak penimbangtara: banyak mahkamah memegang bahawa “kelihatan bias” (“appearance of bias”) adalah tidak mencukupi; suatu “bias yang benar” mesti wujud, iaitu penimbangtara harus berkelakuan berat sebelah dengan ketara;⁵³
- Kekurangan sebab dalam award: mahkamah dari negara di mana sebab-sebab untuk award harus dinyatakan secara mandari secara

51. *Hong Kong*: Mahkamah Rayuan Terakhir Hong Kong SAR, 9 Februari (*Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXIV (1999) ms. 652-677 (Hong Kong no. 15)

52. *Portugal*: Supremo Tribunal de Justicia, 9 Oktober 2003 (*A v. B. & Cia. Ltda., et al.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) ms. 474-479 (Portugal no. 1)

53. Lihat, sebagai contoh, *Jerman*: Oberlandesgericht, Stuttgart, 18 Oktober 1999 dan Bundesgerichtshof, 1 Februari 2001 (*Dutch Shipowner v. German Cattle and Meat Dealer*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) ms. 700-714 (Jerman no. 60);

Amerika Syarikat: Mahkamah Daerah Amerika Syarikat, Daerah Selatan New York, 27 Jun 2003 dan Mahkamah Rayuan, Second Circuit, 3 Ogos 2004 (*Lucent Technologies Inc., et al. v. Tatung Co.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) ms. 747-761 (Amerika Syarikat no. 483)

amnya menerima penguatkuasaan award yang tidak mempunyai sebab, tetapi diberi di negara di mana award sedemikian adalah sah.⁵⁴

V.2.2. Contoh-contoh Penolakan Pengiktirafan dan Penguatkuasaan

Contoh-contoh penolakan pengiktirafan dan penguatkuasaan di bawa Artikel V(2)(b) adalah:

- Mahkamah Rayuan Bavaria menolak pengiktirafan dan penguatkuasaan sebuah award Russia atas dasar polisi awam kerana award itu diberi selepas pihak-pihak terlibat telah mencapai suatu penyelesaian, namun penyelesaian ini disembunyi dari para penimbangtara;⁵⁵
- Mahkamah Persekutuan *Arbitrazh* (Komersil) bagi Daerah Tomsk dalam Persekutuan Russia menolak penguatkuasaan sebuah award ICC yang diberi dalam Perancis, dan mendapati bahawa persetujuan pinjaman (“loan agreement”) mengenai award mana satu yang telah diberi adalah salah di sisi undang-undang dalam konteks syarikat yang sekumpulan, dan bahawa pertikaian tersebut adalah suatu simulasi.⁵⁶

54. Lihat, sebagai contoh, *Jerman*: Oberlandesgericht Dusseldorf, 15 Disember 2009 (*Seller v. German Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) ms. 386-388 (Jerman no. 135).

55. *Jerman*: Bayerisches Oberstes Landesgericht, 20 November 2003 (*Seller v. Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) ms. 771-775 (Jerman no. 71).

56. *Persekutuan Russia*: -Mahkamah Persekutuan Arbitrazh (Komersil), Daerah Tomsk, 7 Julai 2010 (*Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Tomskneft VNK*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) ms. 435-437 (Persekutuan Russia no. 28).

VI. KESIMPULAN

Tinjauan mengenai dasar-dasar eksklusif untuk penolakan permohonan pengiktirafan dan penguatkuasaan award timbang tara ini, dan prinsip-prinsip pentafsiran yang selaras dengan dasar-dasar tersebut mencerminkan sifat pro-penguatkuasaan Konvensyen yang harus dihormati dan diaplikasikan oleh mahkamah.

LAMPIRAN

ISI KANDUNGAN

- Lampiran I* - Kovensyen New York 1958
- Lampiran II* - UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
- Lampiran III* - UNCITRAL Recommendation 2006
- Lampiran IV* - Sumber Internet

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.

LAMPIRAN 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

LAMPIRAN 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.

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)

-
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.

(3) An arbitration is international if:

(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 counterclaim.

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

LAMPIRAN IV

Sumber Internet

Kes yang melibatkan Konvensyen New York tersebut boleh didapati dalam talian daripada laman sesawang ICCA:

<www.arbitration-icca.org>

Laman sesawang ini adalah percuma. Ia mempunyai satu senarai yang memuatkan lebih daripada 1,666 keputusan mahkamah yang mengaplikasikan konvensyen tersebut yang telah diterbitkan sejak dari tahun 1976 dalam penerbit terkemuka bidang ini, *ICCA's Yearbook Commercial Arbitration*. Keputusan-keputusan tersebut diindeks melalui Artikel Konvensyen tersebut dan melalui topik. Keputusan - keputusan ini telah diterbitkan dalam jilid-jilid *Yearbook* tersebut dan juga boleh didapati dengan melanggan pangkalan data KluwerArbitration di <www.kluwerarbitration.com>. Semua bahan dalam pangkalan data ini dapat dicari sepenuhnya melalui pelbagai alat carian.

Kes yang melibatkan Konvensyen ini juga boleh dicari dalam talian di laman sesawang Konvensyen New York oleh University of Miami, USA:

<www.newyorkconvention.org>

Laman sesawang ini adalah percuma. Ia juga mempunyai satu senarai keputusan-keputusan tentang Konvensyen tersebut yang diterbitkan dalam *Yearbook* tersebut sejak 1976, diindeks melalui Artikel dan topik, beserta

- Teks asal Konvensyen New York;
- Terjemahan Konvensyen tersebut dalam beberapa Bahasa;
- Sebuah komentari oleh Professor Albert Jan van den Berg;
- Sebuah senarai Negara Pejanji

NOTES

