

PRINSIP PROSES DAN PRAKTIK ARBITRASE DI INDONESIA YANG PERLU DISELARASKAN DENGAN KAIDAH INTERNASIONAL¹

Frans Hendra Winarta

Abstrak



Pada saat ini arbitrase telah berkembang menjadi salah satu metode penyelesaian sengketa yang diminati oleh para pelaku usaha. Hal ini dikarenakan karakteristik dari arbitrase, yaitu putusan yang final dan mempunyai kekuatan hukum tetap, fleksibel dan kerahasiaan telah menjadi suatu solusi yang tepat untuk menyelesaikan sengketa perdagangan. Profesi sebagai arbiter bukan merupakan suatu jenjang karier layaknya hakim karier pada pengadilan negeri. Arbiter merupakan hakim partikelir yang berasal dari sektor-sektor swasta, seperti firma hukum (law firm), firma teknik, akuntan publik dan perusahaan. Pada hakekatnya setiap pihak yang bersengketa menginginkan kepentingannya diutamakan. Sering kali untuk mencapai hal tersebut para pihak tidak dapat mencapai kesepakatan atas suatu prosedur dalam arbitrase. Dalam hal ini, peranan arbiter yang baik dan berpengalaman menjadi sangat penting. Seorang arbiter yang baik harus dapat memberikan kesempatan yang sama bagi para pihak untuk menyampaikan perkara mereka dihadapan majelis dan memberikan arahan (direction) yang tegas dan sesuai dengan peraturan dari arbitrase yang dipilih oleh para pihak.

Kata Kunci: *arbitrase, law firm, direction*

Saat ini perkembangan politik dan ekonomi di Indonesia telah menciptakan iklim investasi dan usaha yang baik, dimana banyak pelaku usaha dari berbagai benua seperti Amerika, Australia, Eropa dan Asia merasa nyaman untuk berinvestasi dan berbisnis di Indonesia. Jelas, perkembangan

¹ Artikel ini pernah disampaikan dalam Pidato upacara pada pengukuhan sebagai Professor pada Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan Karawaci pada tanggal 29 April 2015.

tersebut telah meningkatkan transaksi bisnis internasional yang melibatkan pelaku usaha domestik dan pelaku usaha asing.

Perlu menjadi catatan bahwa dalam setiap transaksi bisnis internasional, para pelaku usaha akan dihadapkan pada benturan latar belakang yang berbeda dari setiap negara, seperti perbedaan sistem hukum, kebiasaan dan budaya. Perbedaan tersebut sering kali mengakibatkan timbulnya suatu sengketa yang tidak dapat dihindari, walaupun hal tersebut tidak diharapkan oleh setiap pelaku usaha. Untuk mengatasi hal tersebut diperlukan adanya suatu metode alternatif penyelesaian sengketa yang dapat memberikan solusi, yaitu suatu putusan (*award*) yang adil, efektif dan dapat diterima oleh para pelaku usaha. Terlebih apabila putusan tersebut dapat menjaga dan memelihara hubungan baik yang telah terjalin lama antara para pelaku usaha.

Untuk menjawab atas tuntutan tersebut, selain litigasi di dalam pengadilan (*court litigation*) yang konvensional sekarang dikenal alternatif penyelesaian sengketa (*alternative dispute resolution*) berupa arbitrase perdagangan (*commercial arbitration*) (“**arbitrase**”). Pada saat ini arbitrase telah berkembang menjadi salah satu metode penyelesaian sengketa yang diminati oleh para pelaku usaha. Hal ini dikarenakan karakteristik dari arbitrase, yaitu putusan yang final dan mempunyai kekuatan hukum tetap, fleksibel dan kerahasiaan telah menjadi suatu solusi yang tepat untuk menyelesaikan sengketa perdagangan. Karakteristik tersebut akan saya uraikan satu-persatu sebagai berikut:

Pertama, putusan arbitrase adalah suatu putusan yang bersifat final, mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak (*final and binding decision*).² Ini berarti bahwa putusan arbitrase tidak dapat diajukan banding, kasasi atau peninjauan kembali, sebagaimana pada putusan pengadilan negeri. Hal ini memberikan keuntungan bagi para pelaku usaha yang bersengketa, karena mereka akan mendapatkan putusan yang berkekuatan hukum tetap tanpa harus menjalani proses yang panjang (*time consuming*).

Terlebih, Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (“UU Arbitrase”) mengatur bahwa arbiter harus menyelesaikan perkara dalam kurun waktu paling lama 180 (seratus delapan puluh) hari sejak majelis arbitrase terbentuk,³ dan putusan arbitrase harus

² Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, pasal 60; [“UU Arbitrase”]: “Putusan arbitrase bersifat final mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak”

³ UU Arbitrase, Supra note 1, pasal 48: “Pemeriksaan atas sengketa harus diselesaikan dalam waktu paling lama 180 (seratus delapan puluh) hari sejak arbiter atau majelis arbitrase terbentuk.”

diucapkan dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari setelah pemeriksaan ditutup.⁴

Kedua, fleksibilitas dari proses arbitrase. Pada dasarnya proses beracara di arbitrase tunduk pada suatu prinsip yang dikenal sebagai prinsip kebebasan para pihak (*party autonomy*). Berdasarkan prinsip ini para pihak dapat dengan bebasnya menentukan prosedur acara arbitrase yang mereka kehendaki, antara lain, kesepakatan mengenai tempat sidang, bagaimana proses pemeriksaan saksi atau bahasa yang digunakan dalam proses pemeriksaan. Selain itu, para pihak pun dapat menentukan hukum yang berlaku.

Ketiga, kerahasiaan. Sidang arbitrase selalu dilakukan dalam ruang tertutup (*close door session*), ini berarti sidang arbitrase tidak diperuntukan untuk umum, melainkan hanya bagi para pihak yang bersengketa saja atau kuasanya. Sehingga proses arbitrase tidak boleh diliput oleh media (wartawan) dan tidak dapat disiarkan kepada masyarakat. Dalam setiap persidangan arbitrase, Arbiter akan memastikan bahwa setiap orang yang hadir adalah pihak atau kuasanya.

Arbitrase dapat diartikan sebagai cara penyelesaian sengketa perdata di luar peradilan umum, yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.⁵ Sengketa tersebut diselesaikan oleh hakim partikelir yang disebut dengan arbiter.⁶ Dalam arbitrase, para pihak diberikan kewenangan penuh untuk menunjuk arbiternya sendiri. Arbiter yang ditunjuk dapat berupa arbiter tunggal maupun berupa majelis yang terdiri dari 3 (tiga) orang arbiter. Oleh karena itu dalam setiap perkara arbitrase, para pihak dapat memilih arbiternya berdasarkan integritas, pengetahuan, keahlian dan reputasinya. Hal ini berbeda dengan litigasi di pengadilan, dimana hakim tidak dapat dipilih oleh para pihak yang berperkara.

Profesi sebagai arbiter bukan merupakan suatu jenjang karier layaknya hakim karier pada pengadilan negeri. Arbiter merupakan hakim partikelir yang berasal dari sektor-sektor swasta, seperti firma hukum (*law firm*), firma teknik, akuntan publik dan perusahaan. Hal ini mengakibatkan arbiter memiliki 2 (dua) potensi masalah yang mungkin timbul.

⁴ UU Arbitrase, Supra note 1, pasal 57: “Putusan diucapkan dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari setelah pemeriksaan ditutup.”

⁵ UU Arbitrase, Supra note 1, pasal 1(1):

“Arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa”

⁶ Sudargo Gautama, *Undang Undang Arbitrase Baru 1999*, Cet 1, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999, hal. 8. [“**Sudargo Gautama**”]

Pertama, arbiter yang berasal dari sektor swasta pasti mempunyai keterlibatan pekerjaan dengan banyak pihak dari berbagai kalangan, termasuk para pelaku usaha, seperti pernah menjadi penasihat hukum atau konsultan dari pihak yang sekarang bersengketa. Keterlibatan tersebut akan mengakibatkan adanya potensi benturan kepentingan (*conflict of interests*) dengan para pihak atau salah satu pihak. Adanya benturan kepentingan dengan salah satu pihak mengakibatkan adanya keraguan atas ketidakberpihakan (*impartial*) dan kemandirian (*independent*) arbiter dalam menjalankan tugasnya.

UU Arbitrase menyediakan mekanisme hukum untuk mengajukan perlawanan (*challenge*) terhadap arbiter yang diduga akan melaksanakan tugasnya dengan memihak salah satu pihak atau tidak mandiri dalam mengambil keputusan, yaitu dengan mengajukan tuntutan hak ingkar. Pasal 22 UU Arbitrase mengatur bahwa hak ingkar dapat dilaksanakan apabila terbukti adanya hubungan kekeluargaan, keuangan atau pekerjaan dengan salah satu pihak.⁷

Kedua, perlu menjadi catatan bahwa hak ingkar yang diajukan kepada seorang arbiter atau calon arbiter dapat menghambat proses penyelesaian sengketa itu sendiri atau menjadi sebuah upaya untuk menggagalkan arbitrase (*recuse or derail arbitration*). Hal ini sering digunakan oleh salah satu pihak yang tidak terbiasa atau tidak percaya kepada arbitrase untuk menghambat proses arbitrase itu sendiri. Terlebih lagi, dasar yang diberikan UU Arbitrase untuk mengajukan gugatan hak ingkar terlalu luas dan tidak ada penjelasannya.

Sangat disayangkan bahwa hambatan tersebut sering dilakukan oleh kuasa hukum para pihak, yang saya sebut dengan trouble maker lawyer. Hal ini disebabkan oleh ketidakpahaman dan ketidakpercayaan mereka terhadap arbitrase, dan terutama mereka lebih merasa nyaman dengan proses litigasi konvensional. Michael Hwang mengelompokkan advokat (*counsel*) yang sering melakukan perlawanan terhadap arbitrase ke dalam 4 (empat) kelompok, yaitu kelompok teroris; kelompok arbitrase atheis (*arbitration atheists*); kelompok skeptik; dan kelompok orang baru (*neophytes*), yang dapat dikutip sebagai berikut:

*“There are four classes of resisters, who are for the most part respondents:
(a) terrorists or arbitration guerillas;*

⁷ UU Arbitrase, Supra note 1, pasal 22(2):

“Tuntutan ingkar terhadap seorang arbiter dapat pula dilaksanakan apabila terbukti adanya hubungan kekeluargaan, keuangan atau pekerjaan dengan salah satu pihak atau kuasanya.”

- (b) *conscientious objectors or arbitration atheists;*
- (c) *skeptics or arbitration agnostics; and*
- (d) *neophytes or arbitration wannabes”*⁸

Yang dimaksud dengan kelompok teroris adalah *counsel* yang selalu berupaya untuk menunda dan menggagalkan proses arbitrase. Pertama, mereka akan mengajukan keberatan atas yurisdiksi yang dimiliki oleh majelis untuk membawa perkara ke pengadilan negeri dan mereka akan mengajukan gugatan baru di pengadilan negeri, untuk mencari pembenaran bahwa pengadilan negeri lah yang mempunyai yurisdiksi atas perkara tersebut. Setelah mereka gagal pada tahap yurisdiksi tidak ada pilihan bagi kelompok teroris ini selain mengikuti proses arbitrase, namun, upaya mereka tidak berhenti disini. Dalam proses pemeriksaan, kelompok ini selalu mencari kesalahan arbiter yang sedang menjalankan tugasnya untuk dijadikan dasar pengajuan hak ingkar, yang mana hal ini bertujuan untuk menghambat dan menunda proses arbitrase. Setelah yurisdiksi dan hak ingkar gagal, kelompok teroris akan menunggu putusan dari majelis, apabila putusan dari majelis merugikan mereka, mereka akan mengajukan gugatan pembatalan dengan dasar bahwa majelis arbitrase (tribunal) tidak mempunyai wewenang atas perkara tersebut dan arbiter telah bertindak tidak adil sehingga putusannya merugikan hak mereka.⁹

Kemudian yang dimaksud dengan kelompok atheis adalah advokat setempat (*local counsel*) yang tidak ingin mengikuti proses arbitrase tertentu, dalam hal ini arbitrase yang melibatkan advokat asing (*foreign counsel*) atau arbiter asing. Hal ini disebabkan karena minimnya pengalaman mereka di arbitrase internasional, selain itu mereka beranggapan bahwa pengadilan memberikan hasil yang lebih baik bagi mereka.¹⁰

Selanjutnya kelompok skeptik, mereka adalah advokat (*counsel*) yang merasa tidak nyaman dengan arbitrase. Kelompok ini selalu menyarankan kepada klien yang mereka miliki untuk menghindari penggunaan klausula arbitrase pada suatu perjanjian, karena pengadilan lebih baik dari arbitrase.¹¹

⁸ Michael Hwang S.C., *Selected Essay on International Arbitration*, Singapore: Academy Publishing, 2013, hal.21. [“**Michael Hwang**”]

⁹ Michael Hwang, *Supra note 7*, hal.26.

¹⁰ Michael Hwang, *Supra note 7*, hal.27.

¹¹ Michael Hwang, *Supra note 7*, hal.31.

Yang terakhir adalah kelompok orang baru (*neophytes or arbitration wannabe*), mereka adalah advokat (*counsel*) yang selalu menunjukkan sikap arogan dan menganggap bahwa mereka telah mengerti arbitrase, yang mana sebenarnya mereka masih membutuhkan banyak bimbingan. Pada dasarnya kelompok ini tidak mempunyai niat untuk menghambat atau menunda proses arbitrase, namun pada faktanya tindakan mereka secara tidak langsung dapat menghambat proses arbitrase. Kelompok ini mencoba untuk memberikan tekanan kepada pihak lawannya dan memberikan kesan bahwa majelis arbitrase mendukung mereka, yang mana hal tersebut dapat mengakibatkan salah satu pihak merasakan adanya ketidakadilan. Pada saat salah satu pihak merasa tidak adil maka pihak tersebut dapat mengajukan hak ingkar kepada majelis arbitrase, yang mana hal ini akan menghambat proses arbitrase.¹²

Untuk menghindari trouble maker lawyer mengajukan tuntutan ingkar untuk menghambat proses arbitrase, hal pertama yang harus diperhatikan oleh para calon arbiter adalah memastikan tidak adanya benturan kepentingan (*conflict of interests*) dengan para pihak. Beberapa peraturan dan prosedur dari badan arbitrase baik nasional maupun internasional telah mengatur bahwa sejak awal pencalonan, arbiter harus mengungkapkan (*disclosure*) fakta terkait dengan tidak adanya benturan kepentingan atau tidak adanya keadaan yang dapat menimbulkan keraguan bahwa arbiter tersebut akan melakukan tugasnya secara berpihak dan tidak mandiri.¹³

Ketidakberpihakan (*Impartial*) dapat diartikan sebagai suatu kondisi dimana arbiter tidak akan memihak kepada salah satu pihak dalam perkara berdasarkan suatu dorongan dari dalam dirinya,¹⁴ sedangkan kemandirian (*independent*) dapat diartikan sebagai suatu kondisi dimana arbiter bebas dari pengaruh pihak lain dalam mengambil keputusan.¹⁵ Berdasarkan definisi diatas maka dapat disimpulkan bahwa ketidakberpihakan (*impartial*) mengacu pada perilaku internal dari seorang arbiter sedangkan kemandirian (*independent*) merupakan

¹² Michael Hwang, *Supra note 7*, hal.31.

¹³ Badan Arbitrase Nasional Indonesia, Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Nasional Indonesia, pasal 7: ["Peraturan BANI"]

"Seorang calon arbiter, dalam waktu paling lama 7 (tujuh) hari sejak ditunjuk, harus menyampaikan kepada BANI riwayat hidup/pekerjaannya dan suatu pernyataan tertulis tentang kesediaan bertindak sebagai arbiter. Apabila diperlukan, arbiter yang ditunjuk harus menerangkan setiap keadaan yang mungkin dapat menjadikan dirinya diragukan sehubungan dengan netralitas atau kemandiriannya."

¹⁴ Black's Law Dictionary

¹⁵ David D. Caron, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Cet. 1, Oxford: Oxford University Press, 2006, hal. 242. ["David D. Caron"]

hubungan external arbiter dengan pihak ketiga. Hal ini sesuai dengan pendapat dari ahli David D. Caron yang menyatakan sebagai berikut:

*“Impartiality thus refers to the arbitrator’s internal disposition, while independence refers to external control over the arbitrator. Impartiality is a state of mind and thus somewhat elusive, while independence involves some relationship and is thus more a question of fact.”*¹⁶

Namun, hingga saat ini tidak ada ketentuan dalam peraturan arbitrase, UU Arbitrase atau UNCITRAL Model Law yang mengatur secara rinci mengenai keadaan seperti apa yang dapat meragukan ketidakberpihakan dan kemandirian dari seorang arbiter dalam menjalankan tugasnya, atau keadaan-keadaan yang dianggap sebagai benturan kepentingan.

Untuk mengisi kekosongan hukum tersebut, pada 22 Mei 2004, *Internasional Bar Association* (“**IBA**”) telah mengeluarkan *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration* (“**IBA Guidelines**”) yang memberikan panduan kepada arbiter, para pihak dan badan arbitrase dalam menentukan fakta apa saja yang dapat dikategorikan sebagai benturan kepentingan atau fakta yang dapat menimbulkan keraguan atas ketidakberpihakan dan kemandirian arbiter. *IBA Guidelines* mengenal adanya tiga kategori fakta yaitu *Red List*, *Orange List* dan *Green List*.

Red List berisi penguraian fakta-fakta yang dianggap dapat menimbulkan keraguan atas ketidakberpihakan dan kemandirian arbiter dari sudut pandang orang ketiga. *Red List* dibagi menjadi dua bagian yaitu *Non-Waivable Red List* dan *Waivable Red List*. *Non-Waivable Red List*, merupakan fakta-fakta yang diambil dari prinsip dasar yaitu arbiter tidak dapat mengadili atas perkaranya sendiri (*no-one should be a judge in his own cause or nemo judex in causa sua*). Seseorang yang menjadi arbiter pada perkaranya sendiri akan menjadikannya menjadi bias dan memihak. Hal ini dikarenakan, arbiter tersebut mempunyai kepentingan pribadi yang menimbulkan benturan kepentingan (*conflict of interest*). Hakikatnya prinsip tersebut digunakan untuk menjamin penegakan hukum dalam arbitrase. Berkaitan dengan *nemo judex in causa sua*, John V. Orth mengungkapkan:

¹⁶ David D. Caron, *Supra* note 14, hal. 215.

“Judging requires a degree of impartiality, and a judge with a stake in the outcome of a case would necessarily be too involved to be Impartial. “Il n’est pas permis au plus équitable homme du monde d’être juge en sa cause” (the fairest man in the world is not allowed to be a judge in his own cause)”¹⁷

Kemudian, pengungkapan fakta-fakta yang jatuh pada *Non-Waivable Red List* tidak mengakibatkan hilangnya benturan kepentingan. Misalnya, seorang arbiter mewakili salah satu pihak atau arbiter merupakan direktur atau komisaris dari salah satu pihak pada perkara arbitrase tersebut. Sedangkan *Waivable Red List*, masih memberikan kesempatan kepada arbiter untuk melanjutkan tugasnya sebagai arbiter, dengan catatan bahwa keadaan tersebut harus disetujui oleh para pihak. Misalnya, calon arbiter pernah terlibat dalam perkara arbitrase tersebut atau arbiter merupakan saudara dekat dari salah satu pihak pada perkara arbitrase tersebut.

Orange List berisi penguraian fakta-fakta yang dianggap dapat menimbulkan keraguan atas ketidakberpihakan dan kemandirian arbiter dari sudut pandang para pihak. *Orange List* mencerminkan keadaan dimana arbiter mempunyai kewajiban untuk mengungkapkan fakta tersebut. Para pihak dianggap menyetujui fakta yang telah diungkapkan oleh calon arbiter apabila para pihak tidak memberikan tanggapan atas fakta yang diungkapkan. Contoh dari fakta yang harus diungkapkan dalam *Orange List* adalah fakta bahwa dalam kurun waktu 3 (tiga) tahun terakhir arbiter pernah bertindak sebagai perwakilan dari salah satu pihak pada perkara arbitrase tersebut atau dalam kurun waktu 3 (tiga) tahun terakhir calon arbiter pernah mewakili pihak ketiga sebagai advokat (*counsel*) untuk melawan salah satu dari pihak yang sedang berperkara.

Green List berisi penguraian fakta yang tidak dianggap sebagai benturan kepentingan, seperti pernah memberikan pendapat hukum terhadap salah satu pihak atau kantor hukum dari arbiter bekerja pernah mewakili salah satu pihak untuk melawan pihak lainnya pada permasalahan yang berbeda.

Selain permasalahan berkaitan dengan benturan kepentingan, para arbiter juga sering dihadapkan terhadap terbatasnya ketersediaan waktu untuk menjalankan proses arbitrase. Seorang arbiter sebaiknya hanya menerima penunjukan arbiter terhadap suatu proses arbitrase jika dirinya yakin bahwa ia

¹⁷ John V. Orth, *Due Process of Law*, United State: University Press of Kansas, 2003, hal. 15

memiliki waktu yang cukup untuk menjalankan tugasnya dengan baik, seperti mempelajari perkara, melakukan diskusi dengan anggota majelis (*internal discussion*) dan merancang putusan. Dengan kata lain, seorang arbiter harus mempertimbangkan perhitungan waktu yang realistis dalam menerima penunjukan. Terkait penolakan penunjukan tersebut, calon arbiter tidak perlu khawatir mendapatkan reputasi buruk. Dirinya dapat menjelaskan secara profesional alasan penolakan dan menunjukkan bahwa dirinya akan memiliki waktu untuk kasus selanjutnya.

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase, berdasarkan sifatnya terbagi menjadi dua, yaitu arbitrase yang bersifat sementara (*ad-hoc*) dan arbitrase yang dikelola berdasarkan badan arbitrase, seperti International Chamber of Commerce (“**ICC**”), Singapore International Arbitration Centre (“**SIAC**”), Badan Arbitrase Nasional Indonesia (“**BANI**”), Hong Kong International Arbitration Centre (“**HKIAC**”), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (“**KLRCA**”) dan seterusnya.

Arbitrase *ad-hoc* merupakan penyelesaian sengketa melalui arbitrase yang dilaksanakan tanpa adanya pengelolaan dari sebuah badan arbitrase. Berkaitan dengan arbitrase *ad-hoc*, Gary B. Born mengungkapkan:

*“Ad hoc arbitrations are not conducted under the auspices or supervision of an arbitral institution. Instead, parties simply agree to arbitrate, without designating any institution to administer their arbitration. Ad hoc arbitration agreements will often choose an arbitrator (or arbitrators) who is (or are) to resolve the dispute without institutional supervision or assistance. The parties will sometimes also select a pre-existing set of procedural rules designed to govern ad hoc arbitrations.”*¹⁸

Pada dasarnya para pihak dapat merancang sendiri peraturan dan prosedur yang berlaku dalam arbitrase *ad-hoc* atau menggunakan peraturan dan prosedur yang sengaja dibentuk untuk tujuan arbitrase *ad-hoc* seperti *United Nations Commission of International Trade Law Arbitration Rules* (“**UNCITRAL Rules**”) atau UU Arbitrase. Berkaitan dengan peraturan yang biasa digunakan dalam arbitrase *ad-hoc*, Gatot Soemartono mengungkapkan:

¹⁸ Gary B. Born, *International Arbitration Cases And Materials*, Cet.1, Netherlands: Kluwer Law International BV, 2011, hal. 66.

“Sebuah arbitrase *ad-hoc* dilaksanakan berdasarkan aturan-aturan yang sengaja dibentuk untuk tujuan berarbitrase, misalnya UU No. 30/1999 tentang Arbitrase dan APS atau Arbitrase UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules)”¹⁹

Dalam setiap pilihan arbitrase pasti ada keuntungan dan kerugian. Dalam arbitrase *ad-hoc*, para pihak mempunyai keuntungan dengan tidak membayar biaya arbitrase melalui badan arbitrase, melainkan para pihak dapat langsung membayar biaya arbitrase kepada arbiter yang mereka tunjuk. Selain itu, arbitrase *ad-hoc* lebih fleksibel karena para pihak dapat merancang sendiri prosedur acara yang mereka kehendaki. Oleh karena itu, arbitrase *ad-hoc* cocok digunakan pada arbitrase yang melibatkan suatu negara sebagai pihak, dimana para pihak dapat menentukan prosedur arbitrase tanpa terikat oleh suatu peraturan dari suatu badan arbitrase. Sedangkan keuntungan penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase adalah adanya pengelolaan dan pengawasan dari sebuah badan arbitrase, misalnya badan arbitrase akan memastikan bahwa arbiter akan ditunjuk tepat pada waktunya dan proses arbitrase berjalan sesuai dengan peraturan dan prosedur dari badan arbitrase tersebut. Dari sudut pandang arbiter, arbitrase yang dikelola oleh badan arbitrase akan memberikan banyak keuntungan, seperti arbiter tidak harus berurusan dengan uang secara langsung dengan para pihak dan nama besar dari badan arbitrase membuat pihak yang kalah akan cenderung menghormati putusan tersebut.

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase didasari pada suatu perjanjian arbitrase.²⁰ Tanpa adanya perjanjian arbitrase maka para pihak tidak dapat menyelesaikan sengketa melalui arbitrase. Kecuali, setelah timbulnya sengketa para pihak sepakat untuk menyelesaikan sengketa mereka melalui badan arbitrase atau arbitrase *ad-hoc* melalui akta kompromis (*acta compromise*).

Perjanjian arbitrase adalah suatu perjanjian dimana para pihak telah mencapai kesepakatan untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase. UU Arbitrase mengatur bahwa perjanjian arbitrase harus dibuat dalam bentuk tertulis.²¹ Hal

¹⁹ Gatot Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Cet.1, Jakarta: PT Gramedia, 2006, hal. 27.

²⁰ UU Arbitrase, Supra note 1, pasal 9(2):

“Dalam hal para pihak tidak dapat menandatangani perjanjian tertulis sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), perjanjian tertulis tersebut harus dibuat dalam bentuk akta notaris.”

²¹ UU Arbitrase, Supra note 1, pasal 1(3):

“Perjanjian arbitrase adalah suatu kesepakatan berupa klausula arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa”

ini juga sesuai dengan *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Arbitration* (“**New York Convention**”).²² Terkait dengan definisi dari perjanjian arbitrase tersebut, H. Priyatna Abdurrasyid menyebutkan:

*“Perjanjian Arbitrase adalah suatu kesepakatan berupa kelanjutan arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa.”*²³

Namun, tidak ada pengaturan lebih lanjut atas ketentuan tersebut. Pada tempat lain, Negara Inggris melalui Bagian 5(2)b *Arbitration Act 1979* telah mengatur bahwa suatu perjanjian dapat dikategorikan sebagai perjanjian tertulis apabila memang dibuat secara tertulis atau dapat dibuktikan secara tertulis. Berikut kutipan dari ketentuan tersebut:

“There is an agreement in writing:
(a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties);
(b) if the agreement is made by exchange of communications in writing; or
(c) if the agreement is evidenced in writing.”

Perjanjian arbitrase yang sah mengakibatkan para pihak tidak dapat mengajukan penyelesaian sengketa ke pengadilan negeri. Ini berarti bahwa para pihak telah memberikan kewenangan kepada arbiter untuk memeriksa dan memutus perkara.²⁴ Namun, perlu menjadi catatan bahwa perjanjian

²² *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958)*, art. II(2):

“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.”

²³ H. Priyatna Abdurrasyid, *Sengketa Suatu Pengantar Arbitrase & Alternatif Penyelesaian*, Cet.1, Jakarta: PT Fikahati Aneska, 2002, hal. 82. [**H. Priyatna Abdurrasyid**]

²⁴ UU Arbitrase, Supra note 1, pasal 4 jo. pasal 11:

Pasal 4 UU Arbitrase:

“Dalam hal para pihak telah menyetujui bahwa sengketa di antara mereka akan diselesaikan melalui arbitrase dan para pihak telah memberikan wewenang, maka arbiter berwenang menentukan dalam putusannya mengenai hak dan kewajiban para pihak jika hal ini tidak diatur dalam perjanjian mereka.”

Pasal 11 UU Arbitrase:

“(1) Adanya suatu perjanjian arbitrase tertulis meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan

arbitrase yang tidak sah mengakibatkan arbiter tidak memiliki kewenangan untuk memeriksa dan memutus perkara. Oleh karena itu, penyusunan perjanjian arbitrase harus dilakukan dengan benar sesuai dengan peraturan dan prosedur yang dipilih oleh para pihak.

Layaknya suatu perjanjian, perjanjian arbitrase pun harus memenuhi 4 (empat) syarat sah perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 *Burgerlijk Wetboek* (“**BW**”) secara kumulatif, yaitu syarat kesepakatan, kecakapan, hal tertentu dan suatu sebab yang halal.²⁵ Hukum perdata Indonesia membedakan 4 (empat) syarat tersebut menjadi 2 (dua) bagian. Syarat pertama yaitu kesepakatan dan kecakapan, disebut sebagai syarat subyektif, sedangkan untuk syarat kedua, yaitu suatu hal tertentu dan suatu sebab yang halal disebut sebagai syarat obyektif. Tidak terpenuhinya syarat subyektif mengakibatkan perjanjian dapat dibatalkan (*vernietigbaar*) sedangkan tidak terpenuhinya syarat obyektif mengakibatkan perjanjian batal demi hukum (*van rechtswege nietig*). Berkaitan dengan hal ini Prof. Subekti mengungkapkan:

“Dalam hal ini harus dibedakan antara syarat subyektif dengan syarat obyektif. Dalam hal syarat itu tidak terpenuhi, perjanjian itu batal demi hukum. Artinya: Dari semula tidak pernah dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada suatu perikatan.

Dalam hal suatu syarat subyektif, jika syarat itu tidak dipenuhi, perjanjiannya bukan batal demi hukum, tetapi salah satu pihak mempunyai hak untuk meminta supaya perjanjian itu dibatalkan.”²⁶

Syarat Sah Perjanjian Arbitrase

Syarat pertama yaitu kesepakatan, yang dimaksud dengan kesepakatan (*consensus*) dalam perjanjian arbitrase adalah persetujuan antara para pihak untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian pokok melalui

Negeri.

(2) Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam Undang-undang ini.”

²⁵ *Burgerlijk Wetboek*, pasal 1320 [“**BW**”]:

“Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat:

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu hal tertentu;
4. Suatu sebab yang halal.”

²⁶ Prof. Subekti, S.H., *Hukum Perjanjian*, Cet.1, Jakarta: PT Intermedia, 1979, hal 20.

arbitrase, dan persetujuan tersebut harus dituangkan dalam perjanjian tertulis. Oleh karena itu, adanya suatu perjanjian arbitrase merupakan suatu bukti yang tidak dapat dipungkiri para pihak bahwa telah terjadi kesepakatan (*consensus*) di antara mereka.

Syarat kedua yaitu kecakapan (*authorized*), Pasal 1329 BW mengatur bahwa “*setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan-perikatan jika oleh undang-undang tidak dinyatakan tidak cakap*”. Pasal 1330 BW mengenal tiga kelompok orang yang dianggap tidak cakap untuk membuat persetujuan, yaitu (i) orang yang belum dewasa, yaitu orang belum genap mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun atau belum menikah; (ii) mereka yang ditaruh di bawah pengampuan, yaitu orang-orang yang selalu dalam keadaan sakit otak, gelap mata dan boros; dan (iii) perempuan yang dilarang oleh undang-undang untuk membuat persetujuan.²⁷

Berkaitan dengan perempuan yang dilarang oleh undang-undang, Pasal 108 BW jo. 110 BW mengatur bahwa seorang istri tidak dapat melakukan perbuatan hukum tanpa izin dari suami.²⁸ Namun, melalui Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3 Tahun 1963 tanggal 5 September 1963 (“**SEMA No. 3/1963**”), Mahkamah Agung menganggap bahwa Pasal 108 BW dan 110 BW tidak berlaku, sehingga seorang istri berwenang melakukan perbuatan hukum tanpa bantuan atau izin suaminya.²⁹ Dalam hal perjanjian arbitrase dibuat oleh badan hukum, maka badan

²⁷ BW, *supra* note 19, pasal 1330:

“Tidak cakap untuk membuat perjanjian adalah:

1. Orang yang belum dewasa;
2. Mereka yang ditaruh di bawah pengampuan;
3. Orang-orang perempuan, dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang, dan pada umumnya semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu.”

²⁸ BW, *supra* note 19, pasal 108 jo. Pasal 110:

Pasal 108 BW:

“Seorang istri, biar ia kawin di luar persatuan harta kekayaan, atau telah berpisah dalam hal itu sekali pun, namun tidak boleh lah ia menghibahkan barang sesuatu atau memindahtangkannya, atau memperolehnya, baik dengan cuma-cuma maupun atas beban, melainkan dengan bantuan dalam akta atau dengan izin tertulis dari suaminya.”

Pasal 110 BW:

“Seorang istri, biar ia kawin diluar per-satuan harta kekayaan, atau telah berpisah dalam hal itu, biar ia melakukan sesuatu mata pencaharian atas usaha sendiri sekalipun, namun tak bolehlah ia menghadap di muka hakim tanpa bantuan suaminya”

²⁹ Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3 Tahun 1963 tanggal 5 September 1963:

“Sebagai konsekwensi dari gagasan ini, maka Mahkamah Agung menganggap tidak berlaku lagi antara lain Pasal-pasal berikut dari Burgerlijk Wetboek:

1. Pasal-pasal 108 dan 110 B.W. tentang wewenang seorang istri untuk melakukan perbuatan hukum

hukum tersebut harus diwakili pihak yang berhak untuk menutup perjanjian. Pasal 98 Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (“UUPT”) menyatakan bahwa direksi lah yang berhak mewakili perseroan baik di dalam maupun di luar pengadilan.³⁰

Syarat ketiga yaitu hal tertentu, obyek dalam perjanjian arbitrase adalah penyelesaian sengketa itu sendiri, dimana para pihak telah menentukan suatu metode penyelesaian sengketa (*dispute resolution*) yang akan digunakan untuk menyelesaikan sengketa mereka baik melalui badan arbitrase maupun arbitrase *ad-hoc*.

Syarat sah perjanjian yang terakhir adalah suatu sebab yang halal (*legal cause*), ini berarti bahwa kesepakatan yang tercapai antara para pihak tidak dapat mengabaikan undang-undang. Pasal 5 UU Arbitrase secara tegas menyatakan bahwa sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanyalah sengketa di bidang perdagangan (*commercial dispute*) yang dapat diadakan perdamaian.³¹ Oleh karena itu penyelesaian sengketa diluar dari sengketa di bidang perdagangan akan mengakibatkan unsur suatu sebab yang halal tidak terpenuhi.

Berdasarkan uraian diatas dapat disimpulkan bahwa apabila suatu perjanjian arbitrase telah memenuhi keempat syarat yang diatur dalam pasal 1320 BW, maka perjanjian arbitrase tersebut sah dan sudah seharusnya berlaku sebagai undang-undang bagi pembuatnya (*pacta sunt servanda*). Hal tersebut sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1338(1) BW, yang menyatakan:

“Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya...”

Ketentuan yang menyatakan bahwa perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya sesuai dengan asas hukum *pacta sunt servanda*, sebagaimana yang dinyatakan oleh Prof Dr. Sudikno Mertokusumo, S.H., yang mengungkapkan:

dan untuk menghadap di muka Pengadilan tanpa izin atau bantuan dari suami. Dengan demikian tentang hal ini tidak ada lagi perbedaan diantara semua warga negara Indonesia.”

³⁰ Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, pasal 98:

“Direksi mewakili Perseroan baik di dalam maupun di luar pengadilan.”

³¹ UU Arbitrase, supra note 1, pasal 5:

“Sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa”

*"Para pihak harus melaksanakan apa yang telah mereka sepakati, sehingga perjanjian itu berlaku sebagai undang-undang. Ini berarti bahwa kedua belah pihak wajib mentaati dan melaksanakan perjanjian. Asas kekuatan mengikat ini berhubungan dengan akibat perjanjian dan dikenal sebagai pacta sunt servanda."*³²

Setelah kita memahami arbitrase sebagai metode alternatif penyelesaian sengketa dan alasan kenapa arbitrase diminati oleh para pelaku usaha baik domestik maupun asing, menjadi pertanyaan apakah UU Arbitrase di Indonesia sudah sesuai dengan kebutuhan para pelaku usaha?

Selanjutnya perkenankan saya menjawab pertanyaan ini dengan mengkaji penerapan prinsip arbitrase internasional yang berlaku pada UU Arbitrase di Indonesia.

Harmonisasi undang-undang arbitrase di dunia terus berkembang hingga akhirnya pada tahun 1985, muncul sebuah acuan undang-undang arbitrase bagi negara-negara yang belum mempunyai undang-undang arbitrase, yang secara tidak langsung bertujuan untuk menyeragamkan undang-undang arbitrase di dunia. Acuan tersebut adalah *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* ("**UNCITRAL Model Law**"). Sejak Model Law ditetapkan, banyak negara yang menggunakan UNCITRAL Model Law sebagai hukum domestik dari negara tersebut atau biasa yang disebut dengan Negara Model Law (*Model Law Countries*).

Meskipun UNCITRAL Model Law mempunyai pengaruh kuat terhadap undang-undang arbitrase di berbagai negara, tidak semua negara telah mengadopsi UNCITRAL Model Law. Perlu diketahui bahwa Indonesia bukan merupakan Negara Model Law atau biasa disebut dengan *non-model law countries*. Namun demikian, UU Arbitrase di Indonesia dibuat dengan mengacu kepada prinsip-prinsip arbitrase yang terdapat pada UNCITRAL Model Law.

Dalam kesempatan ini perlu diuraikan prinsip-prinsip yang berlaku pada arbitrase internasional, diawali dengan prinsip yang menjadi dasar dari arbitrase, yaitu prinsip *party autonomy*. Berbeda dengan litigasi konvensional dalam beracara di arbitrase melekat prinsip *party autonomy* (kebebasan pihak), dimana para pihak dapat dengan bebasnya menentukan prosedur acara yang mereka kehendaki, namun kebebasan tersebut tetap tunduk pada peraturan

³² Prof Dr. Sudikno Mertokusumo, S.H., *Mengenal Hukum*, Yogyakarta: Liberty, 2002, hal 112.

memaksa dari UU Arbitrase dan peraturan dari institusi arbitrase yang dipilih oleh para pihak. Beberapa ahli arbitrase memberikan pengertian dari *party autonomy* yang dapat diuraikan sebagai berikut:

Redfern & Hunter mengungkapkan:

*“Party autonomy is the guiding principle in determining the procedure to be followed in an international commercial arbitration. It is a principle that has been endorsed not only in national laws, but by international arbitral institutions and organisations. The legislative history of the Model Law shows that the principle was adopted without opposition...”*³³

Abdulhay Sayed. mengungkapkan:

*“Freedom of the parties to construct their contractual relationship in the way they see fit.”*³⁴

Prinsip *party autonomy* merupakan prinsip dasar dan sangat penting dalam arbitrase, Gary B. Born menyatakan bahwa *“One of the most fundamental characteristic of international commercial arbitration is the parties’ freedom to agree upon the arbitral procedure”*.³⁵ Kebebasan yang diberikan kepada para pihak tersebut membuat arbitrase menjadi suatu metode penyelesaian sengketa yang fleksibel dan dapat mengakomodasi kepentingan para pihak. Namun, seperti halnya dua sisi mata uang yang tidak dapat dipisahkan, prinsip *party autonomy* sering dijadikan dasar bagi para pihak untuk menghambat proses arbitrase itu sendiri.

Pasal 31(1) UU Arbitrase mengatur secara tegas bahwa para pihak bebas menentukan proses acara arbitrase yang mereka kehendaki, dengan catatan bahwa kesepakatan mereka tidak bertentangan dengan UU Arbitrase itu sendiri. Berikut adalah kutipan dari pasal tersebut:

“Para pihak dalam suatu perjanjian yang tegas dan tertulis, bebas untuk menentukan cara arbitrase yang digunakan dalam pemeriksaan sengketa sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Undang-undang ini.”

³³ Redfern and Hunter, with Blackaby and Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Cet. 4, London: Sweet & Maxwell, 2004, hal. 315.

³⁴ Abdulhay Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Netherland: Kluwer Law International, 2004, hal. 159. [“**Abdulhay Sayed**”]

³⁵ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration Vol. II*, Cet. 1, New York: Wolters Kluwer Legal, 2009, hal. 1748.

Dari kata-kata dari Pasal 31(1) UU Arbitrase tersebut, terlihat jelas bahwa pasal tersebut merupakan manifestasi dari prinsip *party autonomy*. Selain dari ketentuan pasal tersebut, prinsip *party autonomy* pun tercermin dari beberapa pasal dalam UU Arbitrase, antara lain: (i) Pasal 28 UU Arbitrase terkait dengan kebebasan untuk memilih bahasa;³⁶ (ii) Pasal 14 (1) UU Arbitrase terkait dengan kebebasan untuk memilih arbiter;³⁷ (iii) Pasal 56 UU Arbitrase terkait dengan kebebasan untuk memilih hukum yang berlaku (*choice of law*);³⁸ (iv) Pasal 48 (2) UU Arbitrase terkait dengan kebebasan untuk menetapkan jangka waktu arbitrase;³⁹ dan Pasal 37 (1) UU Arbitrase terkait dengan kebebasan untuk memilih tempat dimana proses arbitrase diselenggarakan.⁴⁰

Prinsip *party autonomy* dibagi menjadi 4 (empat) tahap. Tahap pertama, yaitu tahap perancangan perjanjian arbitrase, para pihak bebas menentukan proses arbitrase yang dikehendaki melalui kesepakatan dan tanpa adanya campur tangan dari pihak ketiga. Para pihak dapat menentukan tempat dari arbitrase diselenggarakan, hukum yang berlaku, bahasa yang digunakan dalam proses arbitrase dan jumlah arbiter.

Pada tahap pertama, *party autonomy* dapat disebut sebagai “*self arrangement of legal relations by individuals according to their respective will*”⁴¹ (pengaturan hubungan hukum oleh individu-individu sendiri sesuai dengan kehendak masing-masing). Sehingga segalanya tergantung kepada kehendak para pihak untuk merancang perjanjian arbitrase dengan bebas tanpa kontrol dari manapun.

³⁶ UU Arbitrase, supra note 1, pasal 28:

“Bahasa yang digunakan dalam semua proses arbitrase adalah bahasa Indonesia, kecuali atas persetujuan arbiter atau majelis arbitrase para pihak dapat memilih bahasa lain yang akan digunakan.”

³⁷ UU Arbitrase, supra note 1, pasal 14(1):

“Dalam hal para pihak telah bersepakat bahwa sengketa yang timbul akan diperiksa dan diputus oleh arbiter tunggal, para pihak wajib untuk mencapai suatu kesepakatan tentang pengangkatan arbiter tunggal.”

³⁸ UU Arbitrase, supra note 1, pasal 56(2):

“Para pihak berhak menentukan pilihan hukum yang akan berlaku terhadap penyelesaian sengketa yang mungkin atau telah timbul antara para pihak.”

³⁹ UU Arbitrase, supra note 1, pasal 48(2):

“Dengan persetujuan para pihak dan apabila diperlukan sesuai ketentuan Pasal 33, jangka waktu sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat diperpanjang.”

⁴⁰ UU Arbitrase, supra note 1, pasal 37(1):

“Tempat arbitrase ditentukan oleh arbiter atau majelis arbitrase, kecuali ditentukan sendiri oleh para pihak.”

⁴¹ Abdulhay Sayed, supra note 28, hal. 159.

Tahap selanjutnya adalah tahap kedua, dimulainya tahap ini ditandai dengan diajukannya permohonan arbitrase, namun majelis belum terbentuk. Peraturan arbitrase yang dipilih para pihak mulai berlaku pada saat permohonan arbitrase diajukan ke badan arbitrase. Yang mana permohonan arbitrase tersebut mengakibatkan kebebasan para pihak dibatasi oleh peraturan arbitrase tersebut. Hal ini sesuai dengan pendapat Jay E. Grenig dan Rocco M. Scanza yang menyatakan:

“Unless agreed otherwise, the arbitration rules in effect when the parties’ dispute is submitted to arbitration control the proceeding. When parties make AAA rules applicable in their arbitration agreement, the rules in effect when the demand for arbitration is received by AAA apply.”⁴²

Dengan berlakunya peraturan arbitrase, para pihak tetap memiliki kebebasan untuk menentukan prosedur acara, seperti berapa lama waktu yang dikehendaki untuk menyelesaikan sengketa dan kapan akan diadakan sidang. Namun, para pihak tidak dapat membuat kesepakatan yang bertentangan dengan peraturan yang dipilihnya atau menghilangkan suatu ketentuan yang memaksa (*compelling provision*) dari peraturan tersebut. Sebagai contoh, Pasal 33 Peraturan ICC (“**ICC Rules**”) mengatur secara tegas bahwa sebelum putusan akhir ditandatangani oleh majelis, majelis mempunyai kewajiban untuk menyerahkan rancangan putusan kepada ICC Court untuk diperiksa (*scrutinized*). Ketentuan Pasal 33 ICC Rules merupakan suatu ketentuan yang bersifat memaksa (*compelling provision*), dimana kesepakatan tidak dapat menghilangkan atau melanggar pasal tersebut. Pemeriksaan (*scrutiny*) yang dilakukan oleh ICC Court adalah salah satu cara dari ICC untuk mengelola suatu perkara arbitrase. Oleh karena itu, para pihak tidak dapat menghilangkan fungsi pemeriksaan (*scrutiny*) yang dilakukan oleh ICC Court. hal ini sesuai dengan pendapat dari Thomas H. Webster dan Michael W. Bühler mengungkapkan:

“..is not to accept modifications to its Rules that would eliminate or significantly alter the provisions relating to matters such as the following:

- The establishment of the terms of Reference;

⁴² Jay E. Grenig dan Rocco M. Scanza, *Case Preparation and Presentation: A guide for Arbitration Advocates and Arbitrators*, New York: American Arbitration Association, 2013, hal. 4.

- *The fixing of arbitrators fees by the ICC Court;*
- *The scrutiny and approval of draft Awards by the ICC Court.*⁴³

Berikutnya, pada tahap ketiga, majelis telah terbentuk dan mengakibatkan kebebasan para pihak dibatas oleh kewenangan yang dimiliki oleh majelis. Majelis sebagai pimpinan sidang arbitrase mempunyai wewenang untuk memberikan arahan apabila para pihak tidak dapat mencapai suatu kesepakatan atas suatu prosedur. Berkaitan dengan party autonomy tahap ketiga, Thomas H. Webster dan Michael W. Bühler mengungkapkan:

*“During the third stage, party autonomy generally prevail but the Tribunal tends to direct the proceeding because the parties are either unable to agree on the procedure or because they simply prefer to let the Tribunal direct the proceeding”*⁴⁴

Pada hakekatnya setiap pihak yang bersengketa menginginkan kepentingannya diutamakan. Sering kali untuk mencapai hal tersebut para pihak tidak dapat mencapai kesepakatan atas suatu prosedur dalam arbitrase. Dalam hal ini, peranan arbiter yang baik dan berpengalaman menjadi sangat penting. Seorang arbiter yang baik harus dapat memberikan kesempatan yang sama bagi para pihak untuk menyampaikan perkara mereka dihadapan majelis dan memberikan arahan (*direction*) yang tegas dan sesuai dengan peraturan dari arbitrase yang dipilih oleh para pihak.

Apabila arbiter tidak dapat bertindak dengan baik dan tegas, maka prinsip *party autonomy* dapat disalahgunakan oleh salah satu pihak untuk menghambat proses arbitrase itu sendiri. Misalnya, dalam suatu perkara arbitrase *ad-hoc* berdasarkan peraturan UNCITRAL (“**UNCITRAL Rules**”), dimana berdasarkan peraturan tersebut tidak diatur mengenai batas waktu proses pemeriksaan perkara arbitrase. Pihak-pihak yang tidak percaya dengan arbitrase sering menunda persidangan dengan memberikan berbagai macam alasan untuk menolak usulan tanggal persidangan. Dalam hal ini arbiter harus dapat mengakomodasi kepentingan kedua belah pihak. Namun perlu menjadi catatan bahwa apabila arbiter telah memberi kesempatan yang sama kepada

⁴³ Thomas H. Webster dan Michael W. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, Cet.1 London: Sweet & Maxwell, 2014, hal 30.

⁴⁴ Thomas H. Webster dan Michael W. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, Cet.1 London: Sweet & Maxwell, 2008 hal. 1vii.

para pihak dan tetap tidak dapat dicapai kesepakatan, arbiter harus dapat memberikan arahan (*direction*) yang tegas agar proses arbitrase tetap dapat berjalan.

Tahap yang terakhir adalah tahap keempat, dimana pada tahap ini para pihak mendapatkan kembali kebebasan yang dimilikinya, karena majelis telah menjalankan tugasnya yaitu memberikan putusan arbitrase.

Berdasarkan uraian diatas dapat disimpulkan bahwa UU Arbitrase di Indonesia telah mengadopsi prinsip utama dari arbitrase yaitu *party autonomy* dan UU Arbitrase telah sejalan dengan kaidah hukum arbitrase internasional.

Prinsip arbitrase berikutnya, yaitu Prinsip Pemisahan atau *Separability Principle*. Dahulu, klausula arbitrase yang ada di dalam suatu perjanjian pokok dianggap sebagai bagian yang tidak terpisahkan dengan perjanjian pokok. Oleh karena itu, batalnya suatu perjanjian pokok akan diikuti dengan batalnya klausula arbitrase. Sejak saat itu kewenangan dari majelis arbitrase untuk memeriksa perkara sering dihalangi oleh perjanjian pokok yang telah batal atau berakhir.

Dewasa ini, kaidah hukum arbitrase internasional mengenal suatu prinsip yang dikenal dengan prinsip pemisahan (*separability principle*), yang pada intinya menyatakan bahwa suatu klausula arbitrase berdiri sendiri dan memiliki nyawa yang terpisah dengan perjanjian pokok.⁴⁵ Oleh karena itu, berdasarkan *separability principle*, batalnya suatu perjanjian pokok tidak mempengaruhi keabsahan dari suatu klausula arbitrase. Berkaitan dengan klausula arbitrase yang berdiri sendiri tersebut, Margaret L. Moses, mengungkapkan:

*“Even though the arbitration clause is most often contained within the contract between the parties, under most law and rules it is nonetheless considered a separate agreement. It thus may continue to be valid, even if the main agreement – that is, the contract where the arbitration agreement is found – may be potentially invalid.”*⁴⁶

Klausula arbitrase tidak dapat disamakan dengan klausula lain di dalam perjanjian pokok. Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa klausula arbitrase atau perjanjian arbitrase merupakan suatu kesepakatan yang telah dicapai para pihak untuk menyelesaikan permasalahan mereka melalui forum arbitrase, dan perjanjian arbitrase menghilangkan hak para pihak untuk

⁴⁵ H. Priyatna Abdurrasyid, *supra* note 17, hal. 85.

⁴⁶ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York: Cambridge University Press, 2008, hal. 18. [“Margaret L. Moses”]

menyelesaikan permasalahan melalui pengadilan negeri (*no jurisdiction of the court*).

UU Arbitrase di Indonesia telah menganut *separability principle*, yang mana hal tersebut telah dituangkan dalam Pasal 10 UU Arbitrase, yang menyatakan bahwa perjanjian arbitrase tidak akan menjadi batal dengan berakhirnya atau batalnya perjanjian pokok.⁴⁷ Hal ini menandakan bahwa UU Arbitrase di Indonesia telah mengadopsi *separability principle*, dan memberikan kepastian hukum bahwa perjanjian arbitrase tetap sah walaupun perjanjian pokoknya batal atau berakhir.

Setelah pembahasan mengenai *party autonomy principle* dan *separability principle*, perkenankan saya untuk menguraikan prinsip arbitrase yang berikutnya yaitu *Kompetenz-Kompetenz*. *Kompetenz-Kompetenz* berasal dari bahasa Jerman yang berarti kewenangan (*competence*). *Kompetenz-Kompetenz* dapat diartikan sebagai prinsip yang memberikan kewenangan kepada majelis untuk menentukan kompetensinya sendiri. Oleh karena itu, keberatan dari salah satu pihak atas yurisdiksi dari majelis diajukan kepada majelis dan majelis sendiri lah yang menentukan.⁴⁸ Terkait dengan *Kompetenz-Kompetenz* Gary B. Born mengungkapkan:

*“The competence-competence doctrine provides, in general terms, that international arbitral tribunals have the power to consider and to decide disputes concerning their own jurisdiction. The doctrine is closely related to the allocation of competence to consider and decide jurisdictional disputes between arbitral tribunals and national courts.”*⁴⁹

⁴⁷ UU Arbitrase, supra note 1, pasal 10:

“Suatu perjanjian arbitrase tidak menjadi batal disebabkan oleh keadaan tersebut di bawah ini :

- a. meninggalnya salah satu pihak;
- b. bangkrutnya salah satu pihak;
- c. novasi;
- d. insolvensi salah satu pihak;
- e. pewarisan;
- f. berlakunya syarat-syarat hapusnya perikatan pokok;
- g. bilamana pelaksanaan perjanjian tersebut dialihtugaskan pada pihak ketiga dengan persetujuan pihak yang melakukan perjanjian arbitrase tersebut; atau
- h. berakhirnya atau batalnya perjanjian pokok.”

⁴⁸ Margaret L. Moses, supra note 40, hal. 88:

“The arbitrators are competent to determine their own competence, that is, they are empowered to decide their own jurisdiction to hear and determine the dispute before them.”

⁴⁹ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration Vol. I*, New York: Kluwer Law International, 2010, hal. 853.

Dalam menggunakan kewenangan yang diberikan oleh prinsip *Kompetenz-Kompetenz*, majelis dapat menentukan yurisdiksinya sendiri berdasarkan keabsahan dari perjanjian arbitrase. Seperti yang telah diuraikan sebelumnya apabila hukum yang mengatur adalah hukum Indonesia, maka penilaian keabsahan dari perjanjian arbitrase harus tunduk pada Pasal 1320 BW.

Walaupun UU Arbitrase di Indonesia menyatakan dengan tegas bahwa pengadilan negeri tidak berwenang dan tidak boleh campurtangan atas sengketa para pihak yang telah terikat dalam suatu perjanjian arbitrase,⁵⁰ namun, UU Arbitrase tidak mengatur secara khusus mengenai kewenangan yang dimiliki oleh majelis untuk menentukan yurisdiksinya sendiri. Dalam hal ini UNCITRAL Model Law telah selangkah lebih maju dari UU Arbitrase dengan mengatur prinsip *Kompetenz-Kompetenz* ini secara khusus. Pasal 16(1) UNCITRAL Model Law, secara tegas menyatakan sebagai berikut:

“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”.

Berdasarkan uraian diatas dapat disimpulkan bahwa UU Arbitrase tidak mengatur secara tegas mengenai kewenangan majelis untuk menentukan yurisdiksinya sendiri. Namun, pada praktiknya para arbiter yang melaksanakan tugasnya berdasarkan Peraturan dan Prosedur BANI (“**BANI Rules**”) dapat melakukan hal tersebut. Hal ini dikarenakan, BANI Rules telah mengadopsi prinsip *Kompetenz-Kompetenz* yang dapat dilihat dalam Pasal 18(1) BANI Rules yang menyatakan sebagai berikut:

⁵⁰ UU Arbitrase, supra note 1, pasal 3 jo. pasal 11(2).

Pasal 3 UU Arbitrase:

“Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase”

Pasal 11(2) UU Arbitrase:

“Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak campur tangan di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase kecuali dalam hal tertentu yang ditetapkan dalam undang-undang ini”

“Majelis berhak menyatakan keberatan atas pernyataan bahwa ia tidak berwenang, termasuk keberatan yang berhubungan dengan adanya atau keabsahan perjanjian arbitrase jika terdapat alasan untuk itu.”

Tidak diaturnya prinsip kompetenz-kompetenz pada UU Arbitrase mengakibatkan banyak pihak dapat mengajukan keberatan atas kompetensi dari majelis ke pengadilan. Hal tersebut akan menghambat proses pemeriksaan arbitrase itu sendiri, walaupun para pihak sebenarnya mengetahui bahwa berdasarkan peraturan dari institusi arbitrase, seperti ICC Rules,⁵¹ BANI Rules⁵² atau SIAC Rules⁵³ majelis arbitrase adalah pihak yang berwenang untuk menentukan yurisdiksinya sendiri.

Berdasarkan apa yang telah saya sampaikan, dapat disimpulkan bahwa UU Arbitrase dihadapkan pada tantangan untuk dapat memfasilitasi tuntutan dari para pelaku usaha, yaitu suatu sebagai suatu metode penyelesaian sengketa yang dapat diandalkan. Untuk mengakomodir kebutuhan tersebut UU Arbitrase perlu untuk dilakukan amandemen, yang mencakup memberikan kewenangan kepada arbiter untuk menentukan sendiri yurisdiksi yang dimilikinya. Selain dari pada itu UU Arbitrase pun perlu untuk diselaraskan dengan peraturan dari institusi-institusi arbitrase internasional, seperti peraturan mengenai arbiter darurat atau *emergency arbitrator provision* yang dapat memberi solusi cepat dalam keadaan darurat.

⁵¹ International Chamber of Commerce, Rules of Arbitration, 1 January 1998, art. 6(3):

“If any party against which a claim has been made does not submit an Answer, or raises one or more pleas concerning the existence, validity or scope of the arbitration agreement or concerning whether all of the claims made in the arbitration may be determined together in a single arbitration, the arbitration shall proceed and any question of jurisdiction or of whether the claims may be determined together in that arbitration shall be decided directly by the arbitral tribunal, unless the Secretary General refers the matter to the Court for its decision pursuant to Article 6(4).”

⁵² Peraturan BANI, supra note 8, pasal 18(1) [**“Peraturan BANI”**]:

“Majelis berhak menyatakan keberatan atas pernyataan bahwa ia tidak berwenang, termasuk keberatan yang berhubungan dengan adanya atau keabsahan perjanjian arbitrase jika terdapat alasan untuk itu.”

⁵³ Singapore International Arbitration Centre, Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, 3rd edition, 1 July 2007, art. 25(2):

“The Tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, termination or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration agreement which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the Tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration agreement.”

Proses arbitrase darurat (*emergency arbitration*) adalah suatu mekanisme untuk mengakomodir kepentingan pihak yang membutuhkan keputusan yang sangat mendesak dan tidak dapat menunggu majelis arbitrase (*tribunal*) terbentuk. Suatu badan arbitrase akan menunjuk seorang arbiter darurat atas adanya permohonan arbitrase darurat dan arbiter darurat tersebut harus memberikan putusan sela dalam kurun waktu 15 (lima belas) hari sejak permohonan diterima oleh arbiter darurat tersebut. Dengan cara ini, kepentingan yang mendesak dari pihak tersebut dapat dilindungi. Kekhawatiran bahwa nantinya putusan arbitrase hanya akan menjadi sia-sia, dapat dihindari dengan adanya proses arbitrase darurat ini. Esensi proses arbitrase darurat itu adalah melindungi kepentingan yang mendesak sehingga kalau sampai itu tertunda sama saja artinya dengan ketidakadilan. Seperti ada adagium yang terkenal dalam hukum, yaitu: “*justice delayed is justice denied*”.

ICC Rules mengatur bahwa putusan yang diberikan oleh arbiter darurat adalah dalam bentuk perintah (*order*). Hal ini menimbulkan potensi masalah dalam hal pelaksanaan *order* tersebut karena UU Arbitrase tidak mengakui *order* sebagai putusan yang final dan mengikat (*final and binding*). Terlebih apabila *order* tersebut diberikan oleh arbiter darurat di luar wilayah hukum Indonesia. Akibatnya, pelaksanaan dari *order* tersebut akan mengalami hambatan.

Pada dasarnya setiap pihak tidak menginginkan adanya sengketa, namun terkadang tidak dapat dihindari bahwa perbedaan sistem hukum, kebiasaan dan budaya dari para pelaku usaha sering kali menimbulkan suatu sengketa bisnis. Oleh karena itu, UU Arbitrase Nasional kita, sebagai undang-undang yang mengatur arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa perlu untuk disesuaikan dengan prinsip-prinsip arbitrase internasional, hal ini untuk menjamin kepastian hukum di Indonesia dan memenuhi tuntutan dunia bisnis yang dinamis. Selain itu, apabila Indonesia mampu menjadi negara yang lebih bersahabat terhadap arbitrase (*arbitration friendly*) akan mendorong iklim investasi yang kondusif di Indonesia, hal ini dikarenakan, pada saat ini arbitrase telah menjadi pilihan utama bagi para pelaku usaha baik asing maupun domestik untuk menyelesaikan sengketa bisnis mereka.

Berdasarkan uraian diatas dapat disimpulkan bahwa perubahan UU Arbitrase Nasional dan perubahan sikap terhadap arbitrase sangat diperlukan. Apabila kita mengabaikan hal tersebut maka kita tidak dapat memenuhi tuntutan para pelaku usaha di kemudian hari, untuk menutup pidato guru besar

ini perkenankan saya untuk mengutip kata-kata dari John F. Kennedy yang mengungkapkan:

“Change is the law of life. And those who look only to the past or present are certain to miss the future.”

DAFTAR PUSTAKA

Peraturan Perundang-Undangan

Reglement of de Rechtsvordering

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*)

Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas

Arbitration Act 1979

Peraturan Arbitrase

IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration

Peraturan dan Prosedur Badan Arbitrase Nasional Indonesia

Hong Kong International Arbitration Centre Rules

International Chamber of Commerce Rules

Singapore International Arbitration Centre Rules

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006

United Nations Commission of International Trade Law Arbitration Rules 1976

United Nations Commission of International Trade Law Arbitration Rules 2010

Buku

Abdurrasyid, H. Priyatna, *Arbitrase dan Alternatif penyelesaian Sengketa Suatu Pengantar*, Jakarta: PT Fikahati Aneska – BANI, 2002.

Born, Gary B. *International Arbitration Cases And Materials*, Cet.1, Netherlands: Kluwer Law International BV, 2011.

Born, Gary B. *International Commercial Arbitration Vol. II*, Cet. 1, New York: Wolters Kluwer Legal, New York, 2010.

Born, Gary B. *International Commercial Arbitration Vol. I*, Cet. 1, New York: Wolters Kluwer Legal, New York, 2009.

- Caron, David D. *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Cet 1, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Gautama, Sudargo. *Undang Undang Arbitrase Baru 1999*, Cet 1, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999.
- Grenig, Jay E dan Scanza, Rocco M. *Case Preparation and Presentation: A guide for Arbitration Advocates and Arbitrators*, New York: American Arbitration Association, 2013.
- Hwang, Michael. *Selected Essay on International Arbitration*, Singapore: Academy Publishing, 2013.
- Mertokusumo, Sudikno. *Mengenal Hukum*, Yogyakarta: Liberty, 2002.
- Orth, John V., *Due Process of Law*, United State: University Press of Kansas, 2003.
- Redfern and Hunter, with Blackaby and Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Cet. 4, London: Sweet & Maxwell, 2004.
- Sayed, Abdulhay. *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Netherland: Kluwer Law International, 2004.
- Soemartono, Gatot. *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Cet.1, Jakarta: PT Gramedia, 2006.
- Webster, Thomas H. dan Bühler, Michael W. *Handbook of ICC Arbitration*, Cet.1 London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Webster, Thomas H. dan Bühler, Michael W. *Handbook of ICC Arbitration*, Cet.1 London: Sweet & Maxwell, London, 2008.