

Advisory Board

Prof. Dr. Mochtar Kusuma Atmadja, S.H., LL.M.

Prof. Dr. I. H. Ph. Diederiks-Verschoor

Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel

Governing Board

Chairman

Prof. Dr. H. Priyatna Abdurrasyid , S.H., Ph.D., FCBarb.

Members

M. Husseyn Umar

Harianto Sunidja

N. Krisnawenda

BANI Bandung Office Jl. Tubagus Ismail Bawah no. 2, Bandung 40132 •
Tel: 022-2508649/2506246 • Fax: 022-2508649/ 2535307 • e-mail: banibandung@gmail.com;
banibandung@plasa.com

BANI Surabaya Office Jl. Ketintang Baru II/1-3, Surabaya • Tel: 031-8287414 • Fax: 031-8290522

BANI Denpasar Office Jl. Melati No.21, Denpasar 80233, Bali • Tel: 0361-234846 • Fax: 0361-234846

BANI Pontianak Office Jl. Imam Bonjol No. 402, Pontianak 78123, Kalimantan Barat •
Tel: 0561 - 585262 • Fax: 0561 585261

BANI Medan Office Jl. Sekip Baru No.16, Medan 20112 • Tel: 061-4527799 • Fax: 061-4147192

BANI Batam Office Gedung Dana Graha Lt. 3, Ruang 307 A Jl. Imam Bonjol, Nagoya, Batam • Tel: 0778-450539
• Fax: 0778-450537

BANI Palembang Office Gedung KADIN Prov. Sumatera Selatan Lt. 3, Jl. Letkol Iskandar
Kompleks Ilir Barat Permai Blok D1 No. 27, Palembang 30134 •
Tel: 0711-352793 • Fax: 0711-356187

INDONESIA ARBITRATION

QUARTERLY NEWSLETTER

Number 6/2009

Editorial Board

Editor -in-Chief

M. Husseyn Umar

Executive Editor

Madjedi Hasan

Editors

M. Husseyn Umar

Harianto Sunidja

Madjedi Hasan

Huala Adolf

Junaedy Ganie

Secretary

Ade Teti S.

Distribution

Rizky Muzainurasti

**BULETIN TRIWULAN
ARBITRASE INDONESIA**

**INDONESIA ARBITRATION
QUARTERLY NEWSLETTER**

ISSN No. 1978-8398, Number 6/2009

Published by
BANI ARBITRATION CENTER
(BADAN ARBITRASE NASIONAL INDONESIA)

Contents

- From The Editor 1
- Penyelesaian Sengketa Perbankan Melalui Arbitrase
Sutan Remy Sjahdeni 2
- Syarat Tertulis dan Independensi Klausul Arbitrase
Huala Adolf 21
- **News:**
Penandatanganan MoU antara FH Unpad - BANI Bandung 33
- BANI List of Arbitrators 34

From The Editor

In today's world it is probably fair to say that a majority of important national and international contracts have clauses providing for resolution of disputes through arbitration. Arbitration becomes "the wave of the future" in dispute resolution in various industries. These industries include maritime, trade and construction. However, arbitration was not commonly used in the banking industry until 1986. Even in Indonesia to day, the banking industry has not applied arbitration in settlement of the dispute between a bank and its customer.

In this issue Prof Dr. Sutan Remy Sjahdeni, a legal expert in banking and also one of the BANI's listed arbitrators discusses the benefits deriving from arbitration in dispute settlement in Indonesia's banking industry. Also presented in this issue an article written by Prof. Dr. Huala Adolf, who talks about two closely related characteristics of arbitration clause, namely the written requirement and the autonomy and separability of arbitration clause in the main contract.

We do hope that you will be enjoying these articles and welcome any comments arising from the content of the newsletter, contribution of articles or suggestion for improving the Newsletter. Please do not hesitate to contact us at our e-mail address bani-arb@indo.net.id (our web site: <http://www.bani-arb.org>).

March 2009

Penyelesaian Sengketa Perbankan Melalui Arbitrase

ABSTRACT

This paper discusses the dispute settlement by arbitration in the banking industry. It is written in response to the fact that as of today many standard agreements in Indonesia concerning banking services between a bank and its customer do not contain arbitration clause as a forum for settlement of dispute arising from the interpretation or execution of the agreement.

The legal relationship between a bank and its customer covers banking related services, from savings in the form time deposit, current and saving accounts, borrowing both bilateral and syndicated credit involving several banks, fund transfer, issuance of letter of credit (LC) and bank guarantee, and treasury transactions. The customers may be individual, corporation or other banks such as transactions by interbank money market. Since the legal relationship between a bank and its customer deals with the trade, then any dispute between the bank and its customer could be settled by arbitration.

The idea of having arbitration clause in the agreement between a bank in Indonesia and its customer was first proposed by Mr. Sidharta P Suryadi in a Symposium on Various Aspects of Credit Issues, organized by BPHN (Badan Pembinaan Hukum Nasional or Indonesian National Law Development Agency) in 1981. It was unfortunate that after 27 years such suggestions have not well received by the banks and business.

The use of arbitration for dispute resolution on banking industry will have a number of benefits. Referring to the Law Nr. 30 of 1999 (Arbitration Law), the first benefit is the parties' freedom to choose a forum to resolve disputes outside of the judicial system (choice of forum) and the law governing the dispute resolution (governing law). Also, the parties are free to agree on the procedure for the appointment of the arbitrators and the number of Arbitrators to be appointed.

Article 30 of the Arbitration Law allows to including a third party in the resolution process, provided that it has related interest and agreed to by the parties and Tribunal. The hearing is confidential or only the relevant parties may attend the hearing. This would be an advantage for those who do not want publicity. The parties may be represented by an attorney with specific power of attorney. Such representation does not necessarily to be a registered legal counsel; in fact, he/she can be represented by himself/herself or his/her in-house lawyer.

Also, the Arbitration Law has accommodated the documents sent through internet for evidence. The Tribunal may make interim awards, including deposit of goods with the parties and the sale of perishable goods. Finally, the district court has no jurisdiction to try disputes between parties already bound by an arbitration agreement (Article 3). Parties to an arbitration agreement are not entitled to seek resolution of the dispute through the District Court (Article 11).

1. Pendahuluan

Pada tanggal 12 Agustus tahun 1999, Presiden Republik Indonesia telah mengesahkan Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Menurut undang-undang tersebut, arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.

Menurut Pasal 2 undang-undang tersebut, undang-undang ini mengatur penyelesaian sengketa atau beda pendapat antara para pihak dalam suatu hubungan hukum tertentu yang telah mengadakan perjanjian arbitrase yang secara tegas menyatakan bahwa semua sengketa atau beda pendapat yang timbul atau yang mungkin timbul dari hubungan hukum tersebut akan diselesaikan dengan cara arbitrase atau melalui alternatif penyelesaian sengketa. Menurut Pasal 5 ayat (1) undang-undang tersebut, 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. Pasal 5 ayat (2) menentukan bahwa sengketa yang tidak (dapat, penulis) diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut peraturan perundang-undangan tidak dapat diadakan perdamaian. Menurut

sistem hukum perdata Indonesia, semua hubungan hukum dapat diadakan perdamaian. Oleh karena itu, praktis semua sengketa yang timbul dari hubungan hukum dalam bidang perdagangan dapat diselesaikan melalui arbitrase.

Dapatkah sengketa yang timbul dari hubungan hukum antara bank dan nasabahnya diselesaikan melalui arbitrase? Oleh karena hubungan hukum antara bank dan nasabah merupakan hubungan hukum dalam bidang perdagangan, maka sesuai dengan uraian tersebut di atas tentu saja sengketa yang timbul antara bank dan nasabahnya dapat diselesaikan melalui arbitrase berdasarkan ketentuan undang-undang tersebut. Dari pengamatan penulis, ternyata sampai sekarang dalam perjanjian-perjanjian baku yang menyangkut jasa perbankan yang dibuat antara bank dan nasabahnya belum memuat klausul arbitrase yang berisi kesepakatan agar penyelesaian sengketa yang timbul sehubungan dengan penafsiran atau pelaksanaan perjanjian-perjanjian tersebut diselesaikan melalui arbitrase.

Hubungan hukum antara bank dan nasabahnya meliputi berbagai hubungan jasa perbankan, mulai dari hubungan penyimpanan dana seperti deposito, giro, dan tabungan, hubungan pemberian kredit, baik kredit bilateral antara satu bank dengan nasabah debitornya maupun kredit sindikasi antara beberapa bank dengan nasabah debitornya, hubungan transfer dana, hubungan letter of credit (LC), hubungan pemberian bank garansi, hubungan transaksi di bidang treasury, dan lain sebagainya. Para nasabah bank dapat berupa individu (perorangan) maupun korporasi (perusahaan, yayasan, koperasi, dan badan hukum lainnya). Bahkan nasabah bank dapat pula berupa bank lain yang antara lain melakukan transaksi melalui *interbank money market*.

Adalah Sidharta P. Soerjadi, yang penulis ketahui, yang untuk pertama kalinya menganjurkan kepada umum untuk memanfaatkan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) untuk menyelesaikan sengketa antara bank dan nasabah debitur dengan mencantumkan klausul arbitrase pada setiap perjanjian kredit. "Kepada masyarakat perlu diberi penerangan", demikian disarankannya, "mengenai manfaat penyelesaian sengketa di bidang perkreditan pada arbitrase dan diharapkan kepada para pengusaha mulai membiasakan diri mencantumkan klausul arbitrase pada setiap pembuatan perjanjiannya, sehingga bila timbul sengketa dapat diminta putusan dari BANI".¹ Saran Sidharta ini dikemu-

1 Sidharta P. Soerjadi. *Segi-Segi Hukum Perkreditan di Indonesia*. Dimuat dalam: Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman (Ed.). *Simposium Aspek-Aspek Hukum Masalah Perkreditan*. Binacipta, 1987, hal. 31-32.

kakan dalam Simposium Aspek-Aspek Masalah Perkreditan yang diadakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional tahun 1981. Penulis sependapat dengan saran tersebut. Sayang sekali sampai sekarang, sekalipun sudah berlalu waktu 27 tahun, saran yang sangat baik ini tidak mendapat sambutan dari perbankan dan pengusaha. Dalam perjanjian-perjanjian kredit yang baku yang dikeluarkan oleh bank-bank di Indonesia sampai sekarang belum ada yang memuat klausul arbitrase di dalamnya.

Dari pengalaman penulis betapa sulitnya bagi bank-bank untuk dapat menarik kembali kredit-kredit yang telah macet, baik oleh karena usaha nasabah mengalami kegagalan maupun karena nasabah telah dengan sengaja menyalahgunakan kredit, karena antara lain nasabah tidak mempunyai itikad baik untuk melunasi kredit yang telah macet itu. Sementara itu, penyelesaian sengketa melalui pengadilan umum dirasakan oleh perbankan sangat berliku-liku, tidak menjanjikan memberikan keadilan dan memakan waktu yang lama sekali. Oleh karena penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase banyak keuntungannya bila dibandingkan penyelesaian melalui pengadilan umum dan putusan arbitrase mempunyai kekuatan seperti suatu putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap dan pelaksanaannya pun oleh pengadilan negeri seperti suatu putusan hakim, maka mengapa bank-bank tidak memanfaatkan saja upaya hukum melalui arbitrase. Di negara-negara maju seperti di Amerika Serikat, tidak kurang dari 85% perkara perdata, termasuk sengketa perbankan, diselesaikan melalui lembaga arbitrase.

Bila bank-bank menyadari bahwa upaya hukum arbitrase memberikan manfaat yang sama baiknya bahkan lebih baik dari upaya hukum melalui pengadilan, maka tidak ada alasan lagi bagi bank-bank untuk masih berkeluh kesah mengenai sulitnya penyelesaian kredit macet melalui upaya hukum. Sudah waktunya bank-bank menyadari bahwa upaya hukum yang disediakan oleh undang-undang tidaklah hanya upaya hukum melalui pengadilan saja, tetapi juga melalui arbitrase. Karena itu sudah waktunya pula bagi bank-bank untuk mulai memanfaatkan upaya hukum ini.

2. Jenis-Jenis Arbitrase

Ada dua macam arbitrase, yaitu:

- a) arbitrase *ad hoc*
- b) arbitrase institusional.

Menurut ketentuan Undang-undang No. 30 Tahun 1999, baik *arbitrase ad hoc* maupun arbitrase institusional dapat digunakan.

Arbitrase ad hoc bersifat sekali pakai (eenmalig). Berarti, setelah para wasit atau arbiter menjalankan tugasnya, maka majelis arbiter yang memeriksa sengketa itu bubar. Para arbiter dari *arbitrase ad hoc* dipilih sendiri oleh para pihak yang bersengketa dan para arbiter menyelesaikan sengketa itu berdasarkan peraturan prosedur yang ditetapkannya sendiri oleh para pihak.

Arbitrase institusional merupakan suatu badan arbitrase permanen yang telah mempunyai peraturan prosedur tersendiri untuk menyelesaikan setiap sengketa yang diperiksanya. Di Indonesia arbitrase institusional misalnya adalah Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI). BANI adalah suatu badan arbitrase institusional yang dibentuk pada tahun 1977 oleh Kamar Dagang Dan Industri Indonesia.

Bila bank dan nasabahnya ingin menggunakan jasa arbitrase institusional, bank dapat menggunakan misalnya BANI. Sedangkan apabila bank dan nasabahnya ingin menggunakan jasa arbitrase ad hoc yang dibentuk sendiri oleh bank dan nasabahnya dengan menggunakan prosedur acara yang tersendiri pula, maka bank cukup memperjanjikan di dalam klausul arbitrase bahwa sengketa yang timbul dari perjanjian kredit diselesaikan oleh suatu *arbitrase ad hoc* dengan peraturan prosedur tersendiri yang ditetapkan di dalam perjanjian kredit.

3. Keuntungan-Keuntungan Penggunaan Lembaga Arbitrase

Apakah keuntungan-keuntungan dari menyerahkan sengketa perbankan melalui arbitrase dibandingkan bila diserahkan kepada pengadilan? Untuk mengetahui apa keuntungan-keuntungan yang dapat diperoleh apabila sengketa diselesaikan melalui lembaga arbitrase haruslah dengan melihat ketentuan undang-undang tersebut oleh karena Undang-undang No. 30 Tahun 1999 memuat ketentuan acara mengenai penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase.

Dengan merujuk ketentuan dalam Undang-undang No. 30 Tahun 1999, dapat diketahui tentang beberapa keuntungan yang dapat diperoleh apabila menyelesaikan sengketa dilakukan melalui lembaga arbitrase dibandingkan bila dilakukan melalui pengadilan umum. Keuntungan-keuntungan tersebut adalah:

- 1) Undang-undang Indonesia menentukan bukan saja para pihak diperkenankan untuk memilih apakah akan menggunakan lembaga peradilan umum atau lembaga arbitrase untuk penyelesaian sengketa yang timbul di antara mereka, tetapi juga memberikan kebebasan untuk memilih apakah akan menggunakan lembaga arbitrase *ad hoc* atau arbitrase institusional bila mereka telah menetapkan akan menggunakan lembaga arbitrase. Ketentuan ini merupakan ketentuan yang menyangkut kebebasan para pihak untuk memilih forum penyelesaian sengketa (*choice of forum*).
- 2) Menurut ketentuan Pasal 34 ayat (1) Undang-undang No. 30 Tahun 1999, penyelesaian sengketa melalui arbitrase dapat dilakukan dengan menggunakan **lembaga arbitrase nasional** atau **internasional** berdasarkan kesepakatan para pihak. Apakah yang dimaksudkan dengan lembaga arbitrase internasional? Apakah yang dimaksudkan lembaga arbitrase asing atau lembaga arbitrase negara lain? Menurut penulis, yang dimaksudkan dengan lembaga arbitrase internasional harus ditafsirkan bukan sebagai lembaga negara asing yang tunduk pada Undang-undang Arbitrase negara tersebut. Apabila lembaga arbitrase internasional ditafsirkan sebagai lembaga arbitrase asing (yang tunduk pada undang-undang arbitrase di negara tersebut, yaitu seperti halnya BANI yang tunduk pada Undang-undang No. 30 Tahun 1999), maka penulis meragukan bahwa ketentuan-ketentuan dalam Undang-undang No. 30 Tahun 1999 berlaku.
- 3) Ketentuan Pasal 34 ayat (1) tersebut di atas merupakan bagian dari ketentuan yang menyangkut pilihan forum yurisdiksi (*choice of forum*). Apabila para pihak telah bersepakat untuk memilih penyelesaian sengketa di antara mereka dengan menggunakan lembaga arbitrase, maka para pihak selanjutnya dapat menentukan apakah lembaga yang akan digunakan adalah lembaga arbitrase nasional atau lembaga arbitrase internasional. Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tidak memaksa para pihak harus memilih lembaga arbitrase nasional.
- 4) Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tidak melarang para pihak untuk memilih hukum yang akan diberlakukan dalam penyelesaian sengketa (memilih *governing law*). Para pihak dapat memilih apakah hukum Indonesia yang diberlakukan atau hukum negara asing tertentu. Ketentuan ini menyangkut prinsip yang disebut *choice of law*. Hal ini sesuai juga

dengan berlakunya asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) dalam hukum perjanjian Indonesia.

- 5) Bahasa yang digunakan adalah bahasa Indonesia, yaitu sesuai dengan ketentuan Pasal 28 Undang-undang No. 30 Tahun 1999. Pasal tersebut menentukan bahwa 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.
- 6) Para pihak yang telah memilih arbitrase sebagai forum untuk menyelesaikan sengketa di antara mereka dapat memilih arbiter tunggal atau majelis arbitrase yang terdiri atas beberapa arbiter. Pasal 13 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 memberikan jalan bagi kebuntuan apabila para pihak tidak mencapai kesepakatan dalam memilih arbiter. Ditentukan oleh Pasal 13 ayat (1) undang-undang tersebut bahwa dalam hal para pihak tidak dapat mencapai kesepakatan mengenai pemilihan arbiter atau tidak ada ketentuan yang dibuat mengenai pengangkatan arbiter, Ketua Pengadilan Negeri menunjuk arbiter atau majelis arbitrase.
- 7) Bila sengketa perbankan diperjanjikan untuk diselesaikan oleh suatu lembaga arbitrase, misalnya oleh BANI, maka dimungkinkan bagi masing-masing pihak yang bersengketa untuk menunjuk salah seorang dari arbiter yang akan memeriksa sengketa tersebut. Para arbiter yang terdaftar dalam daftar arbiter badan-badan internasional adalah para praktisi yang profesional dalam bidangnya masing-masing. Dengan demikian baik bank maupun nasabah yang telah memperjanjikan untuk menyelesaikan sengketanya melalui lembaga arbitrase, dapat menunjuk seorang arbiter yang menurut penilaiannya akan dapat membela kepentingan-kepentingannya. Masing-masing pihak dapat menunjuk arbiter yang menurut penilaiannya memiliki pengetahuan dan keahlian mengenai substansi perkara yang dipersengketakan. Dalam hal sengketa tersebut menyangkut transaksi antara bank dan nasabah, maka bank dapat menunjuk seorang arbiter yang memahami dan menguasai aspek-aspek teknis perbankan, yang pada umumnya tidak dikuasai oleh hakim pengadilan umum. Sedangkan nasabah dapat menunjuk seorang arbiter yang memahami dan menguasai aspek-aspek yang menyangkut proyek yang dibiayai bank yang dipersengketakan.

- 8) Undang-undang No. 30 Tahun 1999 mengakui hak ingkar dari para pihak terhadap arbiter yang memeriksa sengketa mereka. Pasal 22 ayat (1) menentukan bahwa terhadap arbiter dapat diajukan tuntutan ingkar apabila terdapat cukup bukti otentik yang menimbulkan keraguan bahwa arbiter akan melakukan tugasnya tidak secara bebas dan akan berpihak dalam mengambil keputusan. Hak ingkar ini memberikan perlindungan bagi para pihak terhadap kesewenang-wenangan, ketidaksiplinan, dan itikad tidak baik dari arbiter atau para arbiter berkenaan dengan pemeriksaan sengketa para pihak.
- 9) Pasal 30 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 memungkinkan bagi **pihak ketiga di luar perjanjian arbitrase** dapat turut serta dan menggabungkan diri dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase, apabila (sepanjang, penulis) terdapat unsur kepentingan yang terkait dan keturutsertaannya disepakati oleh para pihak yang bersengketa serta disetujui oleh arbiter majelis arbitrase yang memeriksa sengketa yang bersangkutan.
- 10) Semua pemeriksaan sengketa oleh arbiter atau majelis arbitrase **dilakukan secara tertutup**. Demikian ditentukan menurut Pasal 27 Undang-undang No. 30 Tahun 1999. Dengan kata lain, penyelesaian arbitrase bersifat rahasia. Ketentuan ini merupakan ketentuan yang menyimpang dari (atau berbeda dengan) ketentuan acara perdata yang berlaku bagi Pengadilan Negeri yang menganut asas keterbukaan. Pemeriksaan secara tertutup/rahasia oleh lembaga arbitrase itu sangat menguntungkan bagi mereka yang tidak menginginkan adanya publikasi berkenaan dengan sengketa.
- 11) Menurut Pasal 31 ayat (1) Undang-undang No. 30 Tahun 1999, para pihak dalam suatu perjanjian yang tegas dan tertulis, **bebas untuk menentukan acara arbitrase yang digunakan dalam pemeriksaan sengketa** sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam undang-undang ini. Lebih lanjut ditentukan oleh Ps 31 ayat (2) bahwa dalam hal para pihak tidak menentukan sendiri ketentuan mengenai acara arbitrase yang akan digunakan dalam pemeriksaan, dan arbiter atau majelis arbitrase telah terbentuk sesuai dengan Pasal 12, Pasal 13, dan Pasal 14, semua sengketa yang penyelesaiannya diserahkan kepada arbiter atau majelis arbitrase akan diperiksa dan diputus menurut ketentuan dalam

undang-undang ini.. Bahkan apabila penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase (arbitrase institusional) yang telah memiliki peraturan dan acara yang ditetapkan oleh lembaga tersebut, Pasal 34 ayat (2) Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 membolehkan para pihak untuk tidak menggunakan peraturan dan acara dari lembaga tersebut dengan menentukan sendiri peraturan dan acaranya yang berlaku bagi pemeriksaan sengketa mereka.

- 12) Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 telah mengakomodir tanda bukti komunikasi internet, seperti misalnya e-mail, sebagai alat bukti. Hal ini tidak terdapat pada ketentuan hukum acara perdata bagi pengadilan umum.
- 13) Para pihak yang bersengketa **tidak perlu harus hadir sendiri** dalam sidang lembaga arbitrase tetapi **dapat diwakili oleh kuasanya**. Hal itu sesuai dengan ketentuan Pasal 29 ayat (2) Undang-undang No. 30 Tahun 1999. Penjelasan pasal tersebut mengemukakan bahwa sesuai dengan ketentuan umum mengenai acara perdata, diberikan kesempatan kepada para pihak untuk menunjuk kuasa dengan surat kuasa yang bersifat khusus. Dengan berlakunya Undang-undang No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat, timbul pertanyaan: Apakah kuasa tersebut harus merupakan seorang advokat yang telah memiliki ijin untuk berlitigasi di sidang-sidang Pengadilan Negeri? Apakah *in-house lawyer* dari suatu perusahaan yang merupakan pihak yang bersengketa boleh mewakili perusahaan tempatnya berkerja? Menurut penulis, karena bunyi Pasal 29 ayat (2) menggunakan frasa “dapat diwakili”, maka berarti para pihak yang bersengketa dapat tampil sendiri tanpa harus menunjuk kuasa. Artinya, pihak yang bersengketa dapat tampil sendiri tanpa menguasai kepentingannya kepada seorang advokat. Dengan demikian, dapat menugasi *in-house lawyer* yang bekerja di perusahaan pihak yang bersengketa itu untuk tampil di sidang-sidang lembaga arbitrase. Di samping itu, karena Undang-undang Advokat tidak menentukan bahwa untuk melakukan perbuatan hukum di muka sidang lembaga arbitrase hanya dapat diwakili oleh advokat yang telah diangkat sebagai advokat oleh organisasi advokat, maka pihak yang bersengketa di muka sidang lembaga arbitrase tidak harus diwakili oleh advokat.

- 14) Arbiter atau majelis arbitrase berwenang mengambil penetapan yang bersifat *interim measure*. Kewenangan yang demikian itu ditentukan oleh Pasal 32 ayat (1) Undang-undang No. 30 Tahun 1999. Menurut pasal tersebut, atas permohonan salah satu pihak, arbiter atau majelis arbitrase dapat mengambil **putusan provisionil** atau **putusan sela** lainnya untuk mengatur ketertiban jalannya pemeriksaan sengketa termasuk **penetapan sita jaminan**, memerintahkan **penitipan barang kepada pihak ketiga**, atau **menjual barang yang mudah rusak**.
- 15) Jika sesuatu hal tidak diatur dalam perjanjian yang dibuat oleh para pihak yang bersengketa, Pasal 4 Undang-undang No. 30 Tahun 1999 memberikan kewenangan kepada arbiter untuk menentukan dalam putusannya mengenai hak dan kewajiban para pihak yang tidak diatur dalam perjanjian itu. Dengan adanya kewenangan tersebut, maka arbiter atau majelis arbitrase dapat memberikan keputusan yang memuaskan keadilan bagi para pihak yang bersengketa.
- 16) Penyelesaian sengketa melalui arbitrase jauh lebih cepat bila dibandingkan penyelesaian melalui pengadilan. Hal itu dimungkinkan karena **jangka waktu** penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase dapat disepakati sendiri oleh para pihak. Pasal 31 ayat (3) Undang-undang No. 30 Tahun 1999 menentukan bahwa dalam hal para pihak yang telah memilih acara arbitrase sebagaimana dimaksud dalam Pasal 31 ayat (1), harus ada kesepakatan mengenai ketentuan **jangka waktu** dan **tempat** diselenggarakan arbitrase. Apabila jangka waktu dan tempat arbitrase tidak ditentukan, arbiter atau majelis arbitrase yang akan menentukan. Bahkan Pasal 48 ayat (1) menjamin bahwa pemeriksaan atas sengketa harus diselesaikan dalam waktu paling lama 180 (seratus delapan puluh) hari sejak arbiter atau majelis arbitrase terbentuk. Dengan demikian, sekalipun ketentuan Pasal 31 ayat (3) memberikan kebebasan kepada para pihak untuk menentukan jangka waktu penyelesaian pemeriksaan sengketa tersebut, tetapi Pasal 48 memberikan pembatasan bahwa kesepakatan mereka itu tidak boleh melampaui jangka waktu 180 hari sejak arbiter atau majelis arbitrase terbentuk. Ketentuan ini sudah barang tentu merupakan ketentuan yang mengikat dan karena itu harus dipatuhi oleh arbiter atau majelis arbitrase dalam menyelesaikan pemeriksaan sengketa tersebut. Namun apabila keadaan menginginkan, menurut Pasal 33, arbiter atau majelis arbitrase dengan alasan-alasan tertentu sebagaimana di dalam

Pasal 33 tersebut dapat memperpanjang jangka waktu tugasnya. Pasal 20 undang-undang tersebut bahkan menentukan bahwa dalam hal arbiter atau majelis arbitrase tanpa alasan yang sah tidak memberikan putusan dalam jangka waktu yang telah ditentukan, arbiter dapat dihukum untuk mengganti biaya dan kerugian yang diakibatkan karena kelambatan tersebut kepada para pihak. Menurut penulis, arbiter tidak boleh mengulur-ulur waktu penyelesaian pemeriksaan sengketa itu semata-mata sendiri tetapi perpanjangan waktu tersebut hanya boleh dilakukan karena alasan subjektif atau demi kepentingan mereka yang bersengketa.

- 17) Para pihak dapat menentukan sendiri **tempat** berlangsungnya pemeriksaan arbitrase. Hal itu dapat diketahui dari Pasal 37 Undang-undang No. 30 Tahun 1999.
- 18) Tidak berbeda dengan pemeriksaan melalui pengadilan umum, baik arbiter atau majelis arbitrase atau atas permintaan para pihak, arbiter atau majelis arbitrase dapat memanggil seorang atau lebih saksi ahli untuk didengar keterangannya. Demikian menurut ketentuan Pasal 49 ayat (1) Undang-undang No. 30 Tahun 1999.
- 19) Putusan arbitrase, menurut ketentuan Pasal 60 Undang-undang No. 30 Tahun 1999, bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak. Dengan demikian, tidak dapat diajukan banding, kasasi, atau peninjauan kembali. Ketentuan ini pula yang menjamin bahwa penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak berlarut-larut atau lebih singkat daripada penyelesaian melalui pengadilan umum.
- 20) Putusan arbitrase dapat dipaksakan pelaksanaannya. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 61 Undang-undang No. 30 Tahun 1999 yang menentukan bahwa dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa. Bahkan Pasal 62 ayat (1) Undang-undang No. 30 Tahun 1999 menjamin bahwa perintah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 61 diberikan dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari setelah permohonan eksekusi didaftarkan kepada Panitera Pengadilan Negeri. Menurut ketentuan Pasal 64, putusan arbitrase yang telah dibubuhi perintah Ketua Pengadilan Negeri, dilaksanakan sesuai ketentuan pelaksanaan putusan

dalam perkara perdata yang putusannya telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

- 21) Putusan arbitrase sekalipun bersifat final, namun bila putusan tersebut diambil berdasarkan kecurangan, maka putusan tersebut dapat dimin-takan pembatalan oleh salah satu atau semua pihak yang bersengketa. Menurut Pasal 70 Undang-undang No. 30 Tahun 1999, terhadap putusan arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur sebagai berikut:
- a. surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putu-san dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu;
 - b. setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentu-kan, yang disembunyikan oleh pihak lawan; atau
 - c. putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.

Permohonan pembatalan tersebut harus diajukan kepada Ketua Penga-dilan Negeri. Demikian menurut ketentuan Pasal 72 ayat (1).

Pertanyaan yang timbul sehubungan dengan ketentuan Pasal 70 terse-but adalah, apakah alasan-alasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 70 bersifat limitatif? Artinya, apakah dimungkinkan untuk mengajukan permohonan pembatalan dengan alasan selain yang sudah ditentukan dalam Pasal 70 tersebut. Misalnya, alasan yang diajukan adalah kecu-rangan atau itikad tidak baik dari arbiter atau majelis arbitrase. Hal itu tidak mustahil apabila integritas atau itikad arbiter memang tidak baik, misalnya dapat disuap oleh salah satu pihak. Dimungkinkannya alasan itikad tidak baik dari arbiter atau majelis arbitrase untuk menjadi ala-san bagi pembatalan putusan arbitrase adalah sejalan dengan semangat Pasal 21 dan Pasal 26 ayat (2) Undang-undang No. 30 Tahun 1999. Pasal 21 undang-undang tersebut menyatakan:

Arbiter atau majelis arbitrase tidak dapat dikenakan tanggung jawab hukum apapun atas segala tindakan yang diambil selama proses persi-dangan berlangsung untuk menjalankan fungsinya sebagai arbiter atau majelis arbitrase, kecuali dapat dibuktikan adanya itikad tidak baik dari tindakan tersebut.

Sedangkan Pasal 26 ayat (2) berbunyi:

Arbiter dapat dibebastugaskan bilamana berpihak atau menunjukkan sikap tercela yang harus dibuktikan melalui jalur hukum.

Menurut ketentuan *Reglement of de rechtsvordering, Staatsblaad 1847:52* (R.V.) yang berlaku sebelum berlakunya Undang-undang No. 30 Tahun 1999 yang merupakan pedoman beracara bagi pemeriksaan sengketa melalui lembaga arbitrase, alasan-alasan yang dapat dipakai oleh para pihak untuk mengajukan bantahan atau perlawanan terhadap putusan arbitrase lebih bervariasi. Menurut Pasal 643 R.V., putusan arbitrase hanya dapat dilawan atau dibantah sebagai tidak sah dalam hal-hal sebagai berikut:

- Apabila putusan itu telah diberikan melewati batas-batas persetujuan;
- Apabila putusan itu diberikan berdasarkan suatu persetujuan yang batal atau telah lewat waktunya;
- Apabila putusan itu telah diberikan oleh sejumlah arbiter yang tidak berwenang memutus tanpa hadirnya arbiter-arbiter yang lain;
- Apabila dalam putusan telah diputus tentang hal-hal yang tidak telah dituntut atau putusan telah mengabulkan lebih daripada yang dituntut;
- Apabila putusan arbiter itu mengandung putusan-putusan yang satu sama lain bertentangan;
- Apabila para arbiter telah melalaikan untuk memberikan putusan tentang satu atau beberapa hal yang menurut persetujuan telah diajukan kepada mereka untuk diputus;
- Apabila para wasit telah melanggar formalitas-formalitas hukum acara yang harus diturut atas ancaman kebatalan; Tetapi ini hanya berlaku apabila menurut ketentuan-ketentuan yang tegas dimuat dalam persetujuan, para arbiter diwajibkan mengikuti hukum acara biasa yang berlaku di muka pengadilan;
- Apabila telah diberikan keputusan berdasarkan surat-surat yang setelah keputusan itu diberikan, diakui sebagai palsu atau telah dinyatakan sebagai palsu;

- Apabila, setelah putusan diberikan, surat-surat yang menentukan, yang dahulu disembunyikan oleh para pihak, ditemukan lagi;
- Apabila putusan kemudian diketahui bahwa putusan tersebut didasarkan pada kecurangan atau itikad jahat, yang dilakukan selama berjalannya pemeriksaan.

Sayang sekali alasan-alasan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 643 R.V. tidak seluruhnya ditampung ke dalam Pasal 70 Undang-undang No. 30 Tahun 1999. Menurut penulis, alasan-alasan yang ditentukan dalam Pasal 643 R.V. tersebut merupakan alasan-alasan yang solid sebagai landasan untuk pengajuan pembatalan putusan arbitrase.

4. Yurisprudensi Mahkamah Agung tentang Kewenangan Badan Arbitrase

Menurut Pasal 3 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999, Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase. Bahkan Pasal 11 ayat (2) menegaskan bahwa Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam undang-undang ini. Dengan pencantuman klausul arbitrase dalam perjanjian antara bank dan nasabahnya, antara lain dalam perjanjian kredit, maka bank dan nasabahnya terikat untuk tidak dapat menyerahkan penyelesaian sengketa kepada pengadilan umum tetapi hanya kepada lembaga arbitrase.

Sebelum berlakunya undang-undang tersebut, landasan hukum yang menentukan bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang mengadili sengketa antara para pihak yang telah bersepakat bila dalam perjanjian terdapat klausul arbitrase dirasakan oleh masyarakat tidak tegas, tidak pasti, dan tidak kuat. Selalu saja Pengadilan Negeri menyatakan berwenang mengadili perkara-perkara yang timbul dari perjanjian sekalipun di dalam perjanjian itu telah secara tegas dimuat klausul arbitrase. Untung sekali Mahkamah Agung berpendirian tegas bahwa pengadilan tidak berwenang mengadili perkara-perkara yang telah disepakati oleh para pihak bahwa sengketa yang timbul di antara mereka akan diselesaikan melalui lembaga arbitrase apakah di dalam perjanjian di antara mereka dicantumkan suatu klausul arbitrase. Sikap Mahkamah Agung yang demikian

itu terlihat dari beberapa putusan Mahkamah Agung sebagaimana digambarkan di bawah ini.

Mahkamah Agung RI dalam putusannya No. 225 K/Sip/1976 tanggal 30 September 1983 menegaskan pendiriannya bahwa klausul arbitrase bagi pihak-pihak, mempunyai kekuatan sebagai undang-undang yang harus ditaati. Pendirian tersebut telah pula dianut dalam putusan Mahkamah Agung RI No. 2424 K/Sip/1981 tanggal 22 Februari 1982 dan No. 455 K/Sip/1982 tanggal 27 Januari 1983. Dengan kata lain asas “pacta sunt servanda”, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1338 KUH Perdata, dihormati oleh Mahkamah Agung RI. Bahkan dalam putusan yang lain, yaitu putusannya No. 3992 K/Pdt/1984 tanggal 4 Mei 1988, Mahkamah Agung RI yang menguatkan putusan pengadilan tingkat banding yang berpendirian bahwa kewenangan memeriksa sengketa yang timbul dari perjanjian yang memuat klausul arbitrase, mutlak menjadi yurisdiksi arbitrase. Selanjutnya pula di dalam putusannya No. 3179 L/Pdt/1984 tanggal 4 Mei 1988, Mahkamah Agung RI berpendirian bahwa apabila di dalam perjanjian dimuat klausul arbitrase, maka Pengadilan Negeri tidak berwenang memeriksa dan mengadili gugatan, baik dalam konvensi maupun rekonsvensi. Oleh karena putusan-putusan Mahkamah Agung menunjukkan sikap yang konsisten dari Mahkamah Agung, maka putusan-putusan tersebut di atas telah dapat disebut sebagai yurisprudensi.

Dengan telah secara tegas di dalam Pasal 3 Undang-undang No. 30 Tahun 1999 ditentukan bahwa pengadilan tidak berwenang mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dengan perjanjian arbitrase, maka diharapkan pengadilan umum akan dengan tegas menolak dan tidak akan campur tangan dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah terikat dengan klausul arbitrase. Tetapi di dalam praktiknya ternyata masih saja ada Pengadilan Negeri yang tidak menolak untuk memeriksa perkara-perkara yang timbul dari perjanjian yang telah terikat dengan klausul arbitrase. Ketika putusan Pengadilan Negeri dan/atau Pengadilan Tinggi dikasasikan, untungnya Mahkamah Agung tetap pada pendiriannya bahwa pengadilan umum tidak berwenang memeriksa perkara yang demikian itu. Pengajuan kepada pengadilan umum terhadap perkara-perkara yang telah terikat dengan klausul arbitrase tersebut biasanya diajukan oleh pihak yang kalah di forum arbitrase. Sekalipun pada akhirnya Mahkamah Agung menolak untuk memberikan putusan dan menghormati putusan lembaga arbitrase, namun penyelesaian sengketa tersebut menjadi berlarut-larut. Ketua Pengadilan Negeri yang diminta untuk memberikan penetapan eksekusi atas putusan

lembaga arbitrase tersebut akan menunggu sampai terdapat putusan pengadilan umum yang memiliki kekuatan hukum tetap. Sikap Pengadilan-pengadilan Negeri dan para Ketua Pengadilan Negeri tersebut sungguh tidak terpuji karena mengabaikan dan melecehkan Undang-undang No. 30 Tahun 1999.

5. Pedoman Penyusunan Klausul Arbitrase

Apabila sengketa perdata yang timbul diinginkan oleh para pihak diselesaikan bukan melalui pengadilan tetapi melalui suatu lembaga arbitrase, disyaratkan dalam perjanjian antara pihak-pihak tersebut harus dicantumkan klausul yang disebut klausul arbitrase. Tanpa adanya klausul arbitrase tercantum di dalam perjanjian yang dibuat oleh para pihak, maka sengketa tersebut hanya dapat diselesaikan melalui pengadilan. Namun demikian, undang-undang memberikan kemungkinan bagi para pihak untuk menyepakati penyelesaian sengketa melalui arbitrase setelah sengketa timbul sekalipun klausul arbitrase tidak tercantum dalam perjanjian di antara mereka. Caranya adalah dengan menyepakati kemudian setelah sengketa timbul, dilakukannya penambahan klausul arbitrase ke dalam perjanjian mereka atau dibuat perjanjian tersendiri di antara para pihak yang bersengketa tentang kesepakatan mereka untuk menyerahkan sengketa yang telah timbul itu kepada lembaga arbitrase. Hal yang demikian itu dimungkinkan berkenaan dengan kewenangan yang diberikan oleh hukum perjanjian kepada para pihak yang membuat suatu perjanjian untuk mengubah dan menambah perjanjian yang dibuat oleh mereka. Namun dalam hal sebelumnya tidak tercantum klausul arbitrase dalam perjanjian mereka dan hanya salah satu pihak yang menginginkan untuk menyelesaikan sengketa yang timbul melalui arbitrase sedangkan pihak yang lain tidak menyetujui hal yang demikian itu, maka sengketa tersebut terpaksa harus diselesaikan melalui pengadilan umum dan tidak dapat dilakukan melalui badan arbitrase (baik badan arbitrase ad hoc maupun institusional).

M. Yahya Harahap memberikan pedoman mengenai hal-hal yang harus diperhatikan dalam membuat perumusan klausul arbitrase. Perlu dicatat bahwa pendapat M. Yahya Harahap yang dikemukakan di bawah ini adalah sebelum berlakunya Undang-Undang No. 30 Tahun 1999, tetapi berdasar R.V. Menu-rut M. Yahya Harahap² harus dihindari rumusan klausul yang bersifat umum seperti misalnya rumusan berikut, yakni apabila terjadi perselisihan yang tim-

2 Arbitrase Ditinjau dari RV, Peraturan Prosedur BANI, ICSID, UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, Perma No. 1 1990, 1991, Jakarta: Pustaka Kartini, 1991

bul dari perjanjian, kedua belah pihak setuju menunjuk Badan Arbitrase untuk menyelesaikan dalam tingkat pertama dan terakhir.

Rumusan klausul seperti ini tidak punya arti secara yuridis. Tidak jelas rule yang akan dipergunakan oleh arbiter. Tidak tegas institusi arbitrase yang akan bertindak. Kabur mengenai jumlah susunan arbiter, serta tidak ditentukan sistem pengambilan keputusan, apakah suara mayoritas atau sistem “umpire”. Menurut M. Yahya Harahap ada beberapa hal yang perlu dipedomani dalam membuat rumusan klausul arbitrase. Menurut M. Yahya Harahap, suatu rumusan arbitrase harus:

- 1) **Menegaskan rule yang dipilih.** Agar penyelesaian arbitrase efektif, maka dalam klausul arbitrase harus disebut secara jelas *rule* yang disepakati. Dengan demikian pada saat terjadi sengketa sudah jelas dan pasti mengenai *rule* yang dipakai untuk menyelesaikan sengketa. Tanpa menyebutkan secara tegas dalam klausul arbitrase bisa memperlambat penyelesaian karena bisa timbul perbedaan pendapat tentang *rule* yang dipilih, sehingga pemeriksaan tidak dapat langsung memasuki sengketa pokok sebelum ada kepastian mengenai rule yang dipakai. Dalam hubungan dagang di dalam negeri dapat disepakati untuk memakai *rule* BANI.
- 2) **Menentukan secara tegas bentuk arbitrase.** Perlu ditentukan apakah yang dipakai arbitrase *ad hoc* atau arbitrase institusional, misalnya BANI.
- 3) **Menentukan jumlah arbiter.** Perlu ditentukan apakah akan dipakai arbiter tunggal atau arbiter majelis. Bila dipakai arbiter majelis ditentukan pula berapa jumlahnya.
- 4) **Menentukan sistem pengambilan keputusan oleh para arbiter.** Apabila susunan arbiter adalah bentuk majelis yang digunakan, maka harus ditentukan apakah dalam pengambilan keputusan akan dipakai suara mayoritas atau sistem *umpire* yaitu ketua majelis arbiter yang memutuskan. Adakalanya dapat pula ditempuh sistem gabungan antara keduanya, yaitu prioritas utama adalah putusan berdasar suara mayoritas. Namun apabila suara mayoritas tidak tercapai, maka ketua majelis arbiter dapat memutuskan sendiri atas nama majelis arbitrase.

- 5) **Memberikan ketentuan tentang kewenangan bagi arbiter untuk mengambil *Interim Measure*, dengan bantuan pengadilan.** Hampir semua *rules* memberi wewenang kepada majelis arbitrase untuk melakukan tindakan sementara yang lazim disebut *Interim Measure*. Misalnya untuk melakukan tindakan penyitaan atau pen depositoan uang yang disengketakan. Agar *Interim Measure* lebih efektif hendaknya di dalam klausul arbitrase ditegaskan bahwa setiap kali arbitrase hendak melakukan *Interim Measure* atau disebut juga *Professional Measure* dapat dimin-takan bantuan pengadilan. (Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 menen-tukan dengan tegas wewenang arbiter untuk mengambil *interim measure* tersebut, penulis).
- 6) **Menetapkan jangka waktu penyelesaian.** Pasal 629 R.V. (sekarang Undang-Undang No. 30 Tahun 1999, penulis) memberi penegasan agar klausul arbitrase menetapkan tentang pembatasan jangka waktu penye-lesaian sengketa oleh arbitrase. Apabila hal itu tidak ditegaskan dalam klausul arbitrase, maka menurut Pasal 620 R.V. jangka waktu penye-lesaian adalah 6 bulan dihitung dari tanggal para arbiter menerima penunjukan. (Pasal 48 ayat (1) Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 menentukan hal mengenai jangka waktu seperti ketentuan R.V. tersebut, penulis). Pencantuman batas waktu penyelesaian dalam klausul arbitrase mendorong arbiter secepat mungkin memutus sengketa sehingga mem-persingkat proses dan menghemat biaya. Apabila arbiter lalai menye-lesaikan sengketa itu dalam batas waktu yang ditentukan tanpa alasan yang sah maka arbiter dapat dituntut melakukan perbuatan melawan hukum dan dituntut untuk membayar ganti kerugian berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata.

Demikian pendapat M. Yahya Harahap, mantan hakim agung dan mantan Ketua Muda Mahkamah Agung Republik Indonesia yang dikenal luas antara lain sebagai ahli mengenai hukum arbitrase.

Pedoman yang kemukakan oleh M. Yahya Harahap tersebut di atas telah mem-peroleh landasan hukum yang jelas setelah berlakunya Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tersebut. Dengan demikian, para pihak tidak perlu terlalu merisau-kan betul mengenai rincian yang harus tercantum dalam penyusunan klausul arbitrase.

6. Pemanfaatan BANI oleh Dunia Perbankan

Bagaimanakah caranya memperjanjikan agar bank dan nasabah dapat menyelesaikan sengketa mereka kepada BANI atau menyelesaikan sengketa tersebut kepada suatu badan arbitrase? Caranya adalah dengan mencantumkan suatu klausul arbitrase di dalam perjanjian kredit yang isinya adalah bahwa para pihak menyerahkan semua sengketa yang timbul dari perjanjian kredit tersebut kepada BANI atau kepada suatu badan arbitrase menurut peraturan prosedur BANI. Mengenai klausul arbitrase ini, BANI menyarankan kepada para pihak yang ingin menggunakan arbitrase BANI untuk mencantumkan dalam perjanjian mereka suatu klausul standar yang berbunyi sebagai berikut:

Semua sengketa yang timbul dari perjanjian ini akan diselesaikan dalam tingkat pertama dan terakhir menurut peraturan prosedur BANI oleh arbiter yang ditunjuk menurut peraturan tersebut. atau dalam bahasa Inggrisnya:

All disputes arising from this contract shall be finally settled under the rules of arbitration of the BANI by arbitrators appointed in accordance with the said rules.

Dalam hal masyarakat perbankan Indonesia ingin menggunakan jasa BANI, maka yang penting mendapat perhatian adalah agar BANI benar-benar dapat memenuhi harapan masyarakat bisnis dalam cara dan kualitas kerjanya.

Sutan Remy Sjahdeni

*Penulis adalah Guru Besar dalam Hukum Perbankan,
Partner di Kantor Hukum Remy & Partners, dan arbiter di BANI.*

Syarat Tertulis dan Independensi Klausul Arbitrase

ABSTRACT

This paper discusses the two closely related characteristics of arbitration clause, namely the written requirement and the autonomy and separability of arbitration clause in the main contract. Originating from the principle of law of the parties, the arbitration clause provides an agreement of the parties to settle their dispute arising from the contract by arbitration. Thereby, the agreement will be the source for jurisdiction of arbitration court. It covers the number of arbitrators and the procedure of their appointment, the extent of their jurisdiction, the procedure of proceeding and the applicable law.

The written agreement requirement has been adopted both in national and international legal system. For example, the Law Nr. 30 of 1999 on Arbitration and ADR states that Arbitration is a mode of dispute resolution outside of general court which is based on the arbitration agreement written by the disputing parties, while Article 1 (1) defines the arbitration agreement as a clause in the written agreement that is made by the parties before the dispute arises or a separate arbitration agreement made by parties after the dispute arises.

In the international instrument the written requirement is found in the Article 25 (1) of ICSID 1965 Convention and Article II (2) of the New York Convention, the latter states that “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.” Along with the technological advances, the international and national system has also accommodated the agreements made by modern communication technology, such as correspondences via telex and facsimile. For example Article 7 (2) of UNCITRAL Model Law, states that “An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provides a record of the agreement, or in an exchange of statements of

claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another.”

There are three issues that are pertinent in the written agreement; these include the signature, interpretation and withdrawal of the arbitration agreement. The signature requirement is mandatory, in particular for the European Continental legal system and international law; as stated in the Article II.2 of the New York Convention that “...an arbitration clause in a contract or in an arbitration agreement signed by the parties...” According to Priyatna Abdurrasyid the signature could be executed by a power of attorney; and such a signature is adequate, provided that the other party agrees with all conditions.

In the interpretation, uncertainty may also arise with respect to its content which may affect the validity of arbitration agreement, such as in the case of a statement which merely says that the dispute will be settled by arbitration. The Tribunal may interpret the clause broadly including the determination of the place of arbitration by considering the domicile of the parties or where the dispute begins.

Also, arbitration clause is a product of the parties, which means that it may not be withdrawn unilaterally. Article 25 (1) of ICSID states that “the jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.” In the case of PT Arpeni Pratama Ocean Line vs PT Shorea Mas (MA: 3179K/Pdt/1984), the Supreme Court pointed out that the withdrawal of arbitration clause shall be confirmed by an agreement signed by the parties.

Another important characteristic is the doctrine of separability or severability. According to the separability doctrine, the arbitration clause is not a part of or additional (assessor) to the contract. Under the doctrine, the annulment or termination of a contract will not automatically annul or terminate the arbitration clause. Such autonomy of arbitration clause is called sui-generis, which means that arbitration clause has special character; the contract essentially contains two separate contracts. The

first contract contains right and obligation of the parties, while the second contains the obligation of the parties to settle their dispute. The first contract would automatically govern in accordance with the terms while the second contract will only functioning where there is dispute.

The independency of arbitration clause is required for two reasons, namely the effectiveness of the process and to provide legal foundation on the jurisdiction status of arbitration on a dispute. The latter can be seen in the preparation of the UNCITRAL Model Law as stated in the Article 16 (1) that “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.”

The doctrine of separability also found in the Article 10 of Arbitration Law Nr. 30, of 1999 which states that arbitration agreement shall not null and void because of the termination or annulment of the contract. Also, the Article 21(2) of UNCITRAL Arbitration Rules says that “... an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under the Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract.”

With respect to the question whether the separability doctrine is still applicable when the contract fails to be concluded, there is still no agreement among the expert. Some said that in such a case the separability doctrine is not applicable. As Huleatt-James dan Gould said “Where the parties have failed to do what is necessary to conclude a contract, it is difficult, though not impossible ... to see why they might have intended that an arbitration agreement should come into existence. In such a case, the tribunal is unlikely to have any jurisdiction.” Nonetheless, it should become obvious that the required written agreement shall be fulfilled before applying the separability doctrine.

In conclusion, the law requires that arbitration clause be made written and signed, in order to provide legal certainty. The concept of autonomy and independency characteristic of arbitration clause is relatively new and the purpose is to increase the effectiveness of the arbitration process.

1. Pengantar

Uraian tentang klausul arbitrase atau perjanjian arbitrase adalah salah satu aspek penting dalam arbitrase. Dalam hampir setiap literatur mengenai arbitrase, uraian tentang klausul arbitrase ini hampir tidak pernah ketinggalan. Huleatt-James dan Gould menyebut masalah ini sebagai salah satu bidang yang 'signifikan' dalam arbitrase.¹ Dapat dinyatakan di sini bahwa klausul arbitrase atau juga perjanjian arbitrase yang dibuat oleh para pihak untuk menyerahkan setiap sengketa kepada arbitrase merupakan dasar hukum bagi eksistensi arbitrase.² Badan atau majelis arbitrase tidak akan pernah berfungsi tanpa adanya perjanjian ini.

Klausul arbitrase (*arbitration clause* atau *clause compromissoire*) adalah salah satu klausul dalam satu perjanjian atau kontrak dagang. Klausul ini memuat kesepakatan para pihak untuk menyerahkan sengketa dagangnya sebagai pelaksanaan dari kontrak yang mungkin timbul di masa depan kepada suatu badan arbitrase. Sedangkan perjanjian arbitrase (*submission agreement* atau *compromis*) adalah suatu perjanjian khusus oleh para pihak yang memuat kesepakatan untuk menyerahkan sengketanya yang telah timbul kepada suatu badan arbitrase atau badan arbitrase *ad hoc*.³

Fungsi utama dari klausul atau perjanjian arbitrase ini adalah bahwa klausul atau perjanjian tersebut menjadi sumber kewenangan dari peradilan arbitrase. Pada prinsipnya suatu peradilan arbitrase hanya dapat melaksanakan kekuasaan demikian karena para pihak sepakat untuk memberikan kekuasaan demikian. Prinsip yang telah diterima umum adalah, kesepakatan para pihak melahirkan hukum. Prinsip ini berlaku pula terhadap kesepakatan para pihak yang tertuang dalam klausul atau perjanjian arbitrase. Sehingga dapat pula dinyatakan di sini bahwa klausul arbitrase yang berasal dari kesepakatan para pihak adalah *the law of the parties*). Karena itu pula, kesepakatan inilah yang melahirkan fungsi kewenangan suatu badan badan arbitrase. Termasuk dalam lingkup hukum para

- 1 Mark Huleatt-James and Nicholas Gould, *International Commercial Arbitration: A Handbook*, London: LLP, 1996, h1m. 24 (kedua penulis menyatakan bahwa "Arbitration agreements clearly merit being described as significant").
- 2 H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa: Suatu Pengantar*, Jakarta: Fikahati Aneska, 2002, hlm. 91; Alan Redern dan Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet and Maxwell, 1986, hlm. 3 dan 98 (kedua penulis menyatakan bahwa kesepakatan para pihak untuk menyerahkan sengketa kepada para pihak adalah "the foundation stone of the modern international commercial arbitration").
- 3 Uraian menarik lebih lanjut mengenai penggunaan istilah klausul dan perjanjian arbitrase ini lihat: Alan Redern dan Martin Hunter, *op.cit.*, h1m. 98, 99.

pihak ini adalah penentuan jumlah arbiter, bagaimana cara/prosedur penunjukan arbiter, sampai berapa jauh kekuasaan yang dimilikinya dan bagaimana hukum acara dan hukum yang berlaku yang akan diterapkan oleh suatu badan arbitrase.⁴

Dari berbagai sifatnya, tulisan ini hanya mengupas dua karakteristik dari klausul arbitrase yang satu sama lainnya berkaitan erat:

- (1) Syarat tertulis klausul arbitrase, termasuk di dalamnya beberapa instrumen hukumnya yang menguraikan fakta dan penanggalan klausul arbitrase); dan
- (2) Sifat otonom atau separabilitas klausul arbitrase dari kontrak utama (induk)-nya.

2. Syarat Tertulis

Karakteristik penting mengenai klausul atau perjanjian arbitrase adalah keharusan syarat tertulis. Syarat ini tampaknya sudah menjadi universal, dalam arti, bahwa instrumen hukum, baik nasional maupun internasional mensyaratkan syarat tertulis ini. Misalnya, UU No 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa mensyaratkan para pihak untuk mengadakan perjanjian tertulis. Pasal 1 ayat (1) UU ini menyatakan bahwa “*Arbitrase Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.*” Selanjutnya, arti “perjanjian tertulis” ini dapat dilihat dalam Pasal 1 ayat (3), yakni mengenai ‘perjanjian arbitrase’, di mana dinyatakan bahwa “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.’*

Dalam instrumen internasional, persyaratan tertulis terdapat dalam Pasal 25 (1) Konvensi ICSID 1965.⁵ Menurut Pasal 25 (1) konvensi Washington ini, yurisdiksi ICSID mencakup sengketa-sengketa yang oleh para pihak “sepakat untuk diserahkan kepada the Centre secara tertulis”. Syarat yang sama diatur

⁴ Alan Redfern dan Martin Hunter, *op.cit.*, hlm. 5.

⁵ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.* Indonesia meratifikasi Konvensi ICSID ini dengan UU Nomor 5 tahun 1968.

pula dalam Konvensi New York Pasal II ayat 1.⁶ Pasal II ayat (2) Konvensi New York dalam memberikan batasan arti “perjanjian secara tertulis.” Pasal tersebut berbunyi sebagai berikut:

*“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.”*⁷

Pieter Sanders, ahli arbitrase terkemuka (*the grandfather* arbitrase komersial internasional modern), menyimpulkan bahwa ketentuan Pasal II ayat (2) Konvensi New York merupakan suatu ketentuan yang sudah seragam. Ketentuan ini juga telah mengalahkan hukum nasional dalam kaitannya dengan bentuk perjanjian arbitrase khususnya dalam hal perjanjian tersebut mengacu kepada Konvensi New York.⁸

Seiring dengan perkembangan atau revolusi teknologi komunikasi sejak lahirnya Konvensi New York (1958), instrumen-instrumen internasional dan perundang-undangan di banyak Negara telah mengakui perjanjian-perjanjian yang dibuat oleh alat-alat telekomunikasi modern, seperti tukar-menukar surat melalui telex dan komunikasi melalui faksimile. Misalnya, dalam Pasal 7 ayat 2 Model Law UNCITRAL dinyatakan bahwa:

*“The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provides a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.”*⁹

Syarat klausul arbitrase dalam bentuknya yang tertulis ini tampaknya mengandung beberapa tujuan berikut. *Pertama*, syarat tertulis karena memang

6 Pasal II. 1 Konvensi New York secara lengkap berbunyi sebagai berikut: “The 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.” Bunyi yang sama tampak dalam Pasal 7 (2) Model Hukum Arbitrase UNCITRAL.

7 Lihat pula Alan Redfern dan Martin Hunter, *op.cit.*, h1m. 102.

8 Albert Jan Van Den Berg, “Should an international arbitrator apply the New York Convention of 1958?,” dalam Jan C. Schultz and Albert Jan Van Den Berg, *The Art of Arbitration*, Kluwer, 1982, hlm. 41.

9 Alan Redfern dan Martin Hunter, *op.cit.*, hlm. 102.

undang-undang atau hukum menghendaki demikian. *Kedua*, syarat tertulis perlu untuk kepastian hukum bagi kompetensi badan arbitrase. Syarat tertulis diharuskan mengingat kesepakatan para pihak perlu diwujudkan dalam suatu bentuk formal (tertulis). Bentuk formal ini perlu guna kepastian hukum bagi kompetensi badan arbitrase untuk menyelesaikan sengketanya.

a) Syarat Tanda Tangan

Masalah lain yang kadang timbul adalah, apakah tanda tangan para pihak diharuskan ada. Pendapat umum yang tampak, khususnya di negara-negara yang bersistem hukum Eropa Kontinental dan berbagai instrumen hukum internasional, tanda tangan adalah suatu keharusan.¹⁰

Teks bahasa Inggris Konvensi New York Pasal II. 2 mengungkapkan perlu adanya syarat tanda-tangan ini. Pasal II.2, berbunyi: “...*an arbitration clause in a contract or in an arbitration agreement signed by the parties...*” (... suatu klausul arbitrase dalam suatu kontrak atau dalam suatu perjanjian arbitrase yang ditandatangani oleh para pihak). Selanjutnya, Priyatna Abdurrasyid mengungkapkan bahwa tanda tangan tersebut dapat juga dilakukan oleh kuasa dari suatu pihak. Dan tanda tangan tersebut “dianggap memadai jika terdapat bukti bahwa pihak lain telah menyetujui dokumen tersebut dengan segala syarat-syaratnya.”¹¹

b) Penafsiran Mengenai Persyaratan Tertulis

Ketidaktepastian klausul arbitrase dapat juga timbul khususnya dalam hal muatan atau isi klausul tersebut tidak jelas. Dalam pelaksanaannya ketidaktepastian ini sedikit banyak dapat mempengaruhi keabsahan suatu perjanjian arbitrase.

Tidak jarang beberapa klausul arbitrase dibuat secara tidak jelas. Misalnya, ada klausul arbitrase yang berbunyi berikut: “*Sengketa yang timbul diselesaikan melalui arbitrase.*” Bunyi klausul arbitrase singkat ini potensial membuahakan masalah penafsiran.

Gejala yang tampak adalah badan atau majelis arbitrase akan menafsirkan klausul tersebut secara luas. Standar yang diterapkannya adalah kata atau kesepakatan para pihak untuk menyerahkan sengketanya kepada arbitrase. Penafsiran yang cenderung luas tersebut mencakup di dalamnya adalah tem-

10 H. Priyatna Abdurrasyid, *op.cit.*, h1m. 95; lihat pula Pasal 7 ayat (2) Model Hukum Arbitrase tersebut di atas.

11 Priyatna Abdurrasyid, *op.cit.*, h1m. 103.

pat arbitrase akan dilangsungkan. Hal ini ditempuh dengan mempertimbangkan domisili para pihak atau tempat di mana sengketa tersebut lahir. Dengan demikian, misalnya badan, majelis atau arbiter yang menerima permohonan penyelesaian sengketa dagang di kotanya, cenderung akan menerima permohonan tersebut.

c) Penanggalan Klausul Arbitrase

Klausul arbitrase adalah produk kesepakatan para pihak. Kesepakatan, seperti disebut di atas, melahirkan hukum. Berdasarkan hukum pula, kesepakatan tersebut tidak dapat ditarik secara sepihak.¹² Penarikan atau penanggalan kesepakatan harus pula dilakukan berdasarkan kesepakatan. Salah satu instrumen hukum yang menegaskan larangan penarikan diri secara sepihak adalah Pasal 25 ayat 1 Konvensi ICSID yang berada di bawah sub judul yurisdiksi the Centre. Pasal 25 ayat 1 ini berbunyi:

*“The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. **When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.**”* (Huruf tebal oleh penulis).

Karena klausul arbitrase harus memenuhi persyaratan tertulis, maka kesepakatan untuk menanggalkan klausul arbitrase harus juga dituangkan secara tertulis. Dalam sengketa *PT Arpeni Pratama Ocean Line vs PT Shorea Mas* (MA: 3179K/Pdt/1984), Mahkamah Agung menegaskan bahwa untuk melepaskan klausul arbitrase harus dilakukan secara tegas dengan suatu persetujuan yang ditandatangani oleh kedua belah pihak.

3. Sifat Otonom (*Independensi*) Klausul Arbitrase

Karakteristik penting lain dari klausul arbitrase adalah sifat otonom (*autonomy*) dari klausul arbitrase. Istilah yang juga digunakan adalah doktrin separabilitas (*doctrine of separability* atau *severability*) dari klausul arbitrase. Penga-

12 Priyatna Abdurasyid, *op.cit.*, h1m. 102. (Beliau membagi penanggalan (dalam hal ini pembatalan perjanjian) ke dalam dua hal, yaitu: 1. penarikan kembali atau pembatalan perjanjian arbitrase; dan 2. penarikan kembali wewenang arbiter (*ibid.*, hlm. 105).

kuan terhadap doktrin ini masih relatif baru.¹³ Menurut doktrin ini, meskipun klausul arbitrase adalah salah satu klausul dalam suatu kontrak (dagang), karakteristik dari klausul arbitrase tidaklah merupakan bagian atau tambahan (*ase-sor*) dari kontrak. Karena itu, batal atau berakhirnya kontrak tidak serta merta membatalkan atau mengakhiri klausul arbitrase.¹⁴

Huleatt-James dan Gould juga berpendapat bahwa doktrin separabilitas mengakui kesepakatan para pihak yang menghendaki sengketanya diselesaikan oleh badan arbitrase meskipun kontraknya tidak lagi berlaku.¹⁵ Karakteristik ini penting mengingat masih cukup banyak suara¹⁶ bahkan di tanah air, masih berpendapat bahwa klausul arbitrase adalah perjanjian tambahan atau asesor. Konsekuensinya, berakhir atau batalnya suatu kontrak atau perjanjian pokok serta merta mengakhiri atau membatalkan klausul arbitrase (yang terdapat dalam kontrak tersebut).

Kalau bukan bersifat asesor dan sudah pasti bukan perjanjian pokok, lalu apa namanya untuk klausul arbitrase dengan sifat otonom seperti ini? Melihat karakteristiknya, lebih tepat apabila klausul ini disebut dengan klausul *sui-generis*. Artinya, karakteristik separabilitas dari klausul arbitrase mempunyai sifat khusus. Karena sifatnya yang *sui-generis* ini dapat dinyatakan di sini bahwa dalam kontrak yang terdapat klausul arbitrase di dalamnya, sebenarnya terdapat 2 (dua) kontrak yang terpisah. *Pertama*, kontrak yang memuat hak dan kewajiban para pihak di bidang perdagangan. *Kedua*, kontrak yang memuat kewajiban para pihak untuk menyelesaikan sengketanya yang timbul dari pelaksanaan hak dan kewajiban para pihak dari kontrak.¹⁷

13 Sigvard Jarvin, "The Sources and Limits of the Arbitrator's Power," dalam: Julian DM Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987, hlm. 64-65; Alan Redfern and Martin Hunter, *op.cit.*, h1m. 133. (Meskipun pengakuannya relatif baru, namun kedua penulis melihat pengakuan terhadap doktrin ini memiliki nilai penting bagi arbitrase baik secara teoretis maupun praktis).

14 Julian DM Lew, "Determination of Arbitrators' Jurisdiction and the Public Policy Limitations on that Jurisdiction," dalam: Julian DM Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987, hlm. 76.

15 Mark Huleatt-James and Nicholas Gould, *op.cit.*, hlm. 68.

16 Julian DM Lew, *op.cit.*, hlm. 76-77 (mengungkapkan bahwa dalam beberapa putusan pengadilan di Inggris, hakim di sana pada awalnya tidak menganut doktrin separabilitas ini); Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, Deventer: Kluwer, 1990, hlm. 136. (Argumentasi lebih lanjut tentang suara-suara yang menentang atau menolak doktrin ini diuraikan Rubino-Sammartano, *ibid.*, hlm. 137). Penulis sendiri beranggapan bahwa klausul arbitrase adalah independen dari kontrak pokok.

17 Alan Redfern and Martin Hunter, *op.cit.*, h1m. 132.

Kontrak pertama bersifat otomatis berlaku sesuai dengan syarat-syarat yang ditentukan dalam kontrak. Sedangkan kontrak kedua hanya akan berlaku atau berfungsi manakala timbul sengketa di antara para pihak sebagai akibat dari pelaksanaan kontrak yang mereka sepakati.¹⁸ Pertanyaan mendasar sehubungan dengan karakteristik klausul arbitrase ini adalah apa yang menjadi tujuan dari adanya pengakuan terhadap doktrin separabilitas ini? Ada beberapa jawaban terhadap pertanyaan ini.

Pertama, adalah pendapat Gilis Wetter. Beliau tampaknya menggunakan pendekatan efektivitas dari proses arbitrase. Menurut beliau, karakteristik independensi dari klausul arbitrase dibutuhkan untuk efektifnya suatu proses arbitrase.¹⁹ *Kedua*, jawaban dapat tampak dari *travaux preparatoire* sewaktu *Model Law Arbitration UNCITRAL* dibahas. Waktu itu para perancang *Model Law* sepakat bahwa karakteristik independensi klausul arbitrase ini diperlukan semata-mata untuk memberi dasar hukum bagi badan arbitrase untuk menentukan sendiri status kewenangannya terhadap suatu sengketa.²⁰

Hasil pembahasan mengenai agenda klausul arbitrase ini dalam perundingan UNCITRAL Model Law terumuskan dalam pasal 16 (1) UNCITRAL Model Law yang berbunyi sebagai berikut:²¹

“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.”

Masalah lainnya adalah, apakah karakteristik (doktrin) separabilitas dari klausul arbitrase masih berlaku manakala kontrak (dagang)-nya sendiri ternyata gagal disepakati? Masalah ini dapat muncul karena acap kali para pihak dalam

18 Alan Redfern and Martin Hunter, *op.cit.*, h1m. 132.

19 Gillis Wetter, ‘Salient Features of Swedish Arbitration Clauses,’ in: [1983] *Yearbook of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* 34, sebagaimana dikutip Sigvard Jarvin, *op.cit.*, hlm. 65.

20 Alan Redfern and Martin Hunter, *op.cit.*, h1m. 133 (mengutip Szurski, ‘Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal,’ in: UNCITRAL’s Project for a Model Law on International Commercial Arbitration (ICCA No 2 May 1984), p. 53 at p. 70). Uraian lebih lanjut tentang kewenangan badan arbitrase dalam menentukan yurisdiksinya, yang dalam hukum arbitrase dikenal dengan istilah *competenz-competenz*, lihat antara lain dalam: Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, Jakarta: Rajawali Pers, cet. 3, 2002, hlm 85 et.seq.

21 Alan Redfern and Martin Hunter, *op.cit.*, hlm. 134. Berbagai instrumen hukum internasional lainnya juga mengakui doktrin *competenz-competenz* ini, lihat misalnya dalam: Sigvard Jarvin, *op.cit.*, hlm. 65.

proses penandatanganan kontrak dimulai dengan negosiasi kontrak. Masalah doktrin separabilitas lahir manakala para pihak telah sepakat mengenai sebagian besar klausul kontrak, termasuk klausul arbitrase. Sedangkan untuk beberapa hal lainnya, para pihak ternyata tidak atau masih belum sepakat.

Sebagian sarjana, seperti Rubino-Sammartano²² atau Huleatt-James dan Gould berpendapat bahwa klausul arbitrase atau doktrin separabilitas dalam fakta sekarang ini tidak berlaku. Dengan demikian adalah logis dengan tidak berlakunya klausul arbitrase tersebut, maka tidak ada pula kewenangan badan arbitrase untuk memeriksa atau menangani sengketanya. Argumentasi Huleatt-James dan Gould berbunyi sebagai berikut:

“Where the parties have failed to do what is necessary to conclude a contract, it is difficult, though not impossible ... to see why they might have intended that an arbitration agreement should come into existence. In such a case, the tribunal is unlikely to have any jurisdiction.”²³

Tulisan ini berpendapat bahwa untuk lahirnya doktrin separabilitas untuk klausul arbitrase, syarat tertulis untuk klausul arbitrase ini harus terlebih dahulu terpenuhi. Dalam uraian mengenai syarat tertulis untuk klausul atau perjanjian arbitrase, syarat tertulis juga diikuti dengan syarat tanda-tangan. Karena itu, syarat atau faktor tertulis dan adanya tanda tangan inilah faktor-faktor yang harus terlebih dahulu harus ada agar doktrin separabilitas dapat berlaku atas klausul arbitrase.

Seperti telah disinggung di atas, doktrin ini masih relatif baru. Namun demikian Pengakuan terhadap doktrin separabilitas dapat ditemui dalam berbagai instrumen hukum, baik hukum nasional, hukum internasional, maupun putusan pengadilan. Dalam hukum nasional Indonesia misalnya, doktrin separabilitas terdapat dalam pasal 10 UU No 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Pasal ini menyatakan antara lain sebagai berikut:

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

a. ...

h. berakhirnya atau batalnya perjanjian pokok.”

22 Rubino-Sammartano, *op.cit.*, hlm. 136.

23 Mark Huleatt-James and Nicholas Gould, *op.cit.*, hlm. 68.

Dalam instrumen hukum internasional, doktrin separabilitas terdapat antara lain dalam UNCITRAL Arbitration Rules. Pasal 21 ayat 2 Rules UNCITRAL antara lain menyatakan:

“... an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under the Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract.”²⁴

Sedangkan dalam putusan pengadilan, Hakim ternama Inggris Lord Diplock dalam sengketa *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd.* (1981), mengemukakan sifat independensi klausul arbitrase dari kontrak (dagang atau kontrak pokok, dalam hal ini kontrak pembangunan kapal) dengan argumentasi sebagai berikut:²⁵

“... the ship-building agreement, apart from the arbitration clause, had ceased to be executor; the time for performance of the parties’ primary obligations under it was past. The arbitration clause on the other hand would continue to remain executor as long as there were outstanding any disputes between the parties as to the existence or extent of their secondary obligations under the other clauses of the ship-building agreement.”

4. Penutup

Uraian di atas menunjukkan beberapa catatan penutup berikut:

- 1) *Pertama*, hukum menghendaki klausul arbitrase dalam bentuknya yang tertulis dan ditandatangani. Bentuk ini diperlukan untuk kepastian hukum bagi kewenangan atau kompetensi badan arbitrase dalam memeriksa dan memutuskan sengketa.
- 2) *Kedua*, sifat otonom atau independensi dari klausul arbitrase merupakan suatu perkembangan yang relatif baru dalam hukum arbitrase. Perkembangan ini tampaknya lahir dan diperlukan guna dapat terlaksananya efektivitas proses arbitrase.

Huala Adolf

Penulis adalah arbiter BANI

²⁴ Rubino-Sammartano, *op.cit.*, hlm. 136.

²⁵ Alan Redfern and Martin Hunter, *op.cit.*, h1m. 133 (mengutip putusan sengketa tersebut di atas, *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd.* (1981) A.C. 900 at 982.

News

Penandatanganan MoU antara FH Unpad - BANI Bandung

Penandatanganan Memorandum of Understanding (MoU) antara Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran (FH-Unpad) dan BANI Kantor Perwakilan Bandung dilaksanakan pada hari Jumat Jum'at tanggal 16 Januari 2009.

MoU ditandatangani oleh Prof. Huala Adolf sebagai Ketua BANI Bandung dan Prof. Ahmad M. Ramli selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran. Acara penandatanganan MoU ini dilangsungkan di Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran.

Dalam MOU kedua pihak sepakat untuk bekerja sama saling menunjang tugas pokok masing-masing lembaga.



Prof. Huala Adolf (kiri) dan Prof. Ahmad M. Ramli menandatangani naskah MoU BANI Bandung - FH Unpad

BANI List of Arbitrators

January 2009

Indonesian Arbitrators

1. H. Priyatna Abdurrahyid
2. M. Husseyan Umar
3. Harianto Sunidja
4. H.R. Sidjabat
5. T. Mulya Lubis
6. Abdullah Makarim
7. Soegiri
8. Anangga W.Roosdiono
9. H. Gusnando S. Anwar
10. Januar Hakim
11. H. Agus G. Kartasasmita
12. Jusuf Arbiyanto Tjondrolukito
13. H. Bismar Siregar
14. Mohammad Salim
15. H. Ali Basya Loebis
16. Akmam Umar
17. Agusdin Aminoedin
18. H. Adi Andojo Soetjipto
19. B.M. Kuntjoro Jakti
20. Sunarindrati Tjahjono
21. Hj. Lieke Rukmini
22. Fatimah Achyar
23. H. Benjamin Mangkoedilaga
24. Hary Djatmiko
25. Hj. Hartini Mochtar Kasran
26. Rudhi Prasetya
27. Ismet Baswedan
28. Maliki Tedja
29. Hariwardono Soeharno
30. Fred B.G. Tumbuan
31. Sutan Remy Sjahdeini
32. Humphrey R. Djemat
33. A. H. Garuda Nusantara
34. Adhi Moersid
35. Frans H. Winarta
36. H. Kahardiman
37. Suntana S. Djatnika
38. Hasjim Djalal
39. Fransiska Oei
40. I Made Widnyana
41. I Gusti Ngurah Oka
42. I Wayan Tantra
43. M. Daud Silalahi
44. Djuhaendah Hasan
45. Moh. Hasan Wargakusumah
46. H. Ahmad M. Ramli
47. Huala Adolf
48. Tengku Nathan Machmud
49. Mariam Darus
50. H. Fathurrahman Djamil
51. Martin Basiang
52. Ety R. Agoes
53. N. Krisnawenda
54. Henry Kapen Silalahi
55. Nurdjanah A. S.
56. Herujono Hadisuparto
57. Yudi Haliman
58. Jimmy Sutjianto
59. Omar Ishananto
60. Wawan Setiawan
61. Rachmat Purwono
62. Mustofa
63. Richard Wahjoedi
64. H. ling Rochman K.
65. H. Jafar Sidik
66. Madjedi Hasan
67. Ichjar Musa
68. Junaedy Ganie
69. W. Suwito
70. Purwanto
71. Anita Dewi A. Kolopaking
72. Garuda Wiko

Foreign Arbitrators

1. *Albert Jan Van den Berg*
2. *Andrew John Rogers*
3. *Arthur L. Marriot*
4. *Custodio O. Parlade*
5. *Cecil Abraham*
6. *Colin Y. C. Ong*
7. *David A. R. Williams*
8. *Dato' Jude P. Beny*
9. *Gregory Churchill*
10. *Ian G. Pyper*
11. *Jan Paulsson*
12. *Jacques Covo*
13. *Jean-Christophe Liebeskind*
14. *Ms. Karen Mills*
15. *Leslie Chew*
16. *Ms. Louise Barrington*
17. *Michael Hwang*
18. *Ms. Meef Moh*
19. *Michael Charles Pryles*
20. *Nick Stone*
21. *Paul Whitley*
22. *Phai Cheng Goh*
23. *Soonwoo Lee*
24. *Tan Chee Meng*
25. *Varghese George*
26. *Vasudevan Rasiah*
27. *Woo Tchi Chu*
28. *Lawrence Boo*
29. *A. James Booker*
30. *Michael Sinjorgo*
31. *Antonino A. de Fina*
32. *Robert B. Morton*
33. *Justice K. Govindarajan*
34. *Richard Tan*
35. *Chandran Arul*