

Advisory Board

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

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

Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel

Prof. Dr. Colin Yee Cheng Ong

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 7/2009

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 7/2009

Published by
BANI ARBITRATION CENTER
(BADAN ARBITRASE NASIONAL INDONESIA)

Contents

- From The Editor 1
- Advokat dan Peranannya Dalam Menyelesaikan Sengketa Melalui ADR 2
Humphrey R. Djemat
- Pengambilan Putusan Oleh Majelis Arbitrase Berjumlah Genap Sebuah Kasus Dalam Perjanjian Asuransi 9
Junaedy Ganie
- Membuat Konsep Klausula Arbitrase 12
Madjedi Hasan
- Managing an Arbitration/ Mediation Service In Relation to Small Medium Enterprise in Indonesia 23
N. Krisnawenda
- Symposium Chamonix III, Perancis 28
- Surat Pembaca 29
- BANI List of Arbitrators 30

From The Editor

In this issue Mr. Humphrey Djemat, one of the BANI's listed arbitrators discusses the role of legal counsel in the settlement of dispute by ADR. Such new role is accommodated under the Law Nr. 18 of 2003, which now defines legal counsel is a person providing legal services inside and outside of the court room who meets some requirement as stipulated in the law. The legal service includes legal consultancy, legal aid, power of attorney, making representation and performing defense and other legal acts for the client's benefit.

Also presented in this issue an article written by Messrs. Madjedi Hasan and Junaedi Ganie, who respectively, talk about essential ingredients in drafting the arbitration clause and problems associated with the use of even numbers of arbitrators in insurance industry. Finally we are pleased to present a paper of Mrs. Krisnawenda (Member of The Governing Board of BANI), in the recent ITC Chamonix III Symposium in France (12 – 18 May 2009). The paper discusses the Development of Arbitration/Mediation as a mean in resolving SME disputes in Indonesia.

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>).

July 2009

Advokat Dan Peranannya Dalam Menyelesaikan Sengketa Melalui ADR

ABSTRACT

This paper discusses the role of legal counsel in the settlement of dispute by ADR. Prior to the enactment of Law Nr. 18 of 2003, the legal counsel profession has been focused on providing legal services inside the court room (litigation). Other legal services, such as negotiation, mediation and contract drafting have been provided by the so called legal consultant. However, such differentiation has now been eliminated; thereby under the Law Nr. 18 of 2003 a legal counsel is a person providing legal services inside and outside of the court room who meets some requirement as stipulated in the law. The legal service includes legal consultancy, legal aid, power of attorney, making representation and performing defense and other legal acts for the client's benefit.

Article 5 (2) of the Law Nr. 18/2003 also expands the operational territory of a legal counsel, i.e. covering the whole Indonesia territory. Also, Article 14 and 16 provides the legal counsel, respectively, with freedom to express his/her view or making statement in defending the case and guarantee that he/she could not privately or criminally be prosecuted in performing his/her professional duty inside the court room. For the sake of defending his/her clients, the legal counsel has a right to obtain information, data and other documents from the Government as well as other related parties (Article 17). That article shows some progress, but the issue now relates to the implementation because there is no sanction mentioned in the law.

Having a bigger role, one of the challenges facing by legal counsel is increasing his/her participation in the Alternate Dispute Resolution (ADR), i.e. a series of processes intended to settle a dispute among the parties amicably. As a mediator, the legal counsel has to make attempts to narrow the gap between the disputing parties. Such attempts may include inter alia

preparing the meeting, participating in the initial meeting as participant, proponent of solution and scheduling the exchange of documents as well. The essence of the role of legal counsel is to assist his/her client during the negotiation session and does not participate privately but shall be ready any time when needed. The legal counsel may prepare the initial concept for the client or just providing advice and during the session the legal counsel may listening the argument of the client and opponent and discussing the documentary evidences, so the client may able to formulate more realistically the expected end results. He/she should assist the client by offering various options that would benefit the client.

Finally, the role of legal counsel also includes assuring that mediation standard be observed by the mediator. This includes impartiality, refrain from providing advice or opinion, submitting proposals that may cause loss to certain parties and providing results that has uncertainty and does not show favoritism.

1. Advokat Sebagai Profesi Hukum

Advokat adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan Undang-undang ini (lihat Pasal 1 ayat 1 Undang-undang No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat).

Yang dimaksud jasa hukum adalah jasa yang diberikan Advokat berupa memberikan konsultasi hukum, bantuan hukum, menjalankan kuasa, mewakili, mendampingi, membela, dan melakukan tindakan hukum lain untuk kepentingan hukum klien.

Dalam usaha mewujudkan prinsip-prinsip Negara hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara, peran dan fungsi Advokat sebagai profesi yang bebas, mandiri dan bertanggung jawab merupakan hal yang penting, di samping lembaga penegak hukum lainnya seperti pengadilan, jaksa dan kepolisian. Melalui jasa hukum yang diberikan, Advokat menjalankan tugas profesinya demi tegaknya keadilan berdasarkan hukum untuk kepentingan masyarakat pencari keadilan, termasuk usaha memberdayakan masyarakat dalam menyadari hak-hak fundamental mereka di depan hukum. Advokat sebagai salah satu

unsur sistem peradilan merupakan salah satu pilar dalam menegakkan supremasi hukum dan hak asasi manusia.

Selain dalam proses peradilan, peran Advokat juga terlihat di jalur profesi di luar pengadilan. Kebutuhan jasa hukum Advokat di luar proses peradilan pada saat sekarang semakin meningkat, sejalan dengan semakin berkembangnya kebutuhan hukum masyarakat terutama dalam memasuki kehidupan yang semakin terbuka dalam pergaulan antarbangsa. Melalui pemberian jasa konsultasi, negosiasi maupun dalam pembuatan kontrak-kontrak dagang, profesi Advokat ikut memberi sumbangan berarti bagi pemberdayaan masyarakat serta pembaharuan hukum nasional khususnya di bidang ekonomi dan perdagangan, termasuk dalam penyelesaian sengketa di luar pengadilan.

Sebelum keluarnya Undang-undang No. 18 Tahun 2003 ini, profesi Advokat lebih banyak berkonotasi pada pemberian jasa hukum di dalam proses peradilan (litigasi). Kebutuhan jasa hukum di luar proses peradilan (non litigasi), seperti pemberian jasa konsultasi hukum, negosiasi, mediasi maupun pembuatan kontrak-kontrak dagang, lebih banyak dilakukan oleh mereka yang menyebut dirinya konsultan hukum. Pasal 1 ayat 1 Undang-undang Advokat tidak membedakan antara litigasi dan non litigasi. Sesuai dengan ketentuan ini, Advokat adalah orang yang berprofesi memberikan jasa hukum baik di dalam maupun di luar Pengadilan.

Pasal 5 ayat 2 Undang-undang tentang Advokat ini juga memperluas daerah/wilayah operasional seorang Advokat, yaitu meliputi seluruh wilayah Indonesia. Berbeda dengan keadaan sebelumnya, dimana Advokat yang diangkat oleh Menteri Kehakiman dapat berpraktek di seluruh wilayah Republik Indonesia, sedangkan pengacara praktek hanya dapat berpraktek di wilayah Pengadilan Tinggi yang mengangkatnya, padahal ketentuan hukum yang berlaku di semua Pengadilan Tinggi adalah sama kecuali yang menyangkut hukum acara perdata yang diterapkan berbeda antara Jawa dan Madura dengan di luar Jawa dan Madura.

Di samping itu status Advokat adalah sebagai penegak hukum (Pasal 5 ayat 1). Penjelasan pasal ini menentukan bahwa Advokat sebagai salah satu perangkat dalam proses peradilan mempunyai kedudukan yang setara dengan penegak hukum lainnya dalam menegakkan hukum dan keadilan. Dengan kedudukan

yang setara sebagai penegak hukum, tentunya tidak etis lagi jika penegak hukum lainnya, misalnya dalam suatu persidangan, menanyakan ijin praktek dari Advokat.

Advokat juga mempunyai hak imunitas dalam menjalankan profesinya. Hal ini diatur secara tegas misalnya di dalam Pasal 14 Undang-undang tentang Advokat yang menentukan bahwa Advokat bebas mengeluarkan pendapat atau pernyataan dalam membela perkara di dalam sidang. Pasal 16 menjamin bahwa Advokat tidak dapat dituntut baik secara perdata maupun pidana dalam menjalankan tugas profesinya di dalam sidang Pengadilan.

Suatu hal baru yang diatur dalam Undang-undang Advokat ini adalah bahwa Advokat untuk keperluan pembelaan kliennya berhak memperoleh informasi, data dan dokumen lainnya, baik dari instansi Pemerintah maupun pihak lain yang berkaitan dengan kepentingan tersebut. (lihat Pasal 17 Undang-undang Advokat). Adanya jaminan atas hak ini merupakan suatu langkah maju, namun apakah akan dapat terlaksana dengan baik, karena masalahnya tidak ada sanksi yang diatur dalam Undang-undang ini.

2. Advokat dan ADR

Tantangan yang dihadapi profesi hukum (Advokat) dewasa ini adalah meningkatkan partisipasinya dalam rangka mempromosikan mediasi sebagai salah satu bentuk pilihan ADR dan memberikan pelayanan dengan standar tinggi di bidangnya, tidak hanya untuk keuntungan klien, tetapi juga memberi peluang bagi reputasi Advokat itu sendiri sebagai penyelesaian sengketa di dalam masyarakat. Di samping itu seorang Advokat juga mempunyai fungsi untuk berusaha mendekatkan perbedaan yang ada diantara para pihak yang bertikai, karena Advokat telah menjadi penyelesaian sengketa baik melalui lembaga tradisional, forum-forum resmi atau dengan membantu klien menyelesaikan sengketa di luar pengadilan. Seyogyanya Advokat melihat hal itu sebagai tugas mereka untuk mencari penyelesaian awal suatu sengketa di luar sistem pengadilan dengan fokus mencapai hasil yang terbaik bagi klien mereka. Inilah tugas awal peran Advokat dalam mediasi.

Apa yang dapat diperankan seorang Advokat dalam mediasi? Ada beberapa peran yang dapat dilakukan oleh seorang Advokat, antara lain:

a) Mempersiapkan proses mediasi

Advokat sebagai problem solver, walaupun tidak langsung, mempunyai tugas untuk selalu membantu kliennya mencari solusi terbaik yang bersifat efektif dan cepat. Untuk memberikan pelayanan yang baik, cepat dan tepat di samping memiliki keterampilan litigasi, seorang Advokat juga dituntut menguasai dan memiliki pengetahuan serta keterampilan dalam bidang mediasi dan bentuk-bentuk ADR lainnya. Semakin banyak pengetahuan dan pemahaman seorang Advokat terhadap proses ADR, akan semakin akurat penilaian mereka terhadap klien mereka.

Langkah pertama peran Advokat adalah menentukan proses ADR mana yang paling tepat untuk sengketa yang sedang dihadapi. Pada umumnya semua jenis sengketa cocok untuk dimediasi asalkan para pihak siap bernegosiasi atas asas kejujuran dan kemauan bekerjasama kearah penyelesaian sengketa yang bisa diterima bersama.

Tugas seorang Advokat adalah menjelaskan pilihan hukum yang dapat ditempuh oleh kliennya, baik yang bersifat mempertahankan haknya melalui jalur litigasi maupun melalui proses ADR. Di samping itu klien juga perlu diberi informasi tentang biaya dan waktu yang diperlukan kalau memilih salah satu dari opsi tersebut. Terutama dalam sengketa bisnis, klien perlu mempertimbangkan akibat jangka pendek atau jangka panjang tentang proses hukum tersebut dalam kaitan dengan bisnis mereka. Klien perlu mempertimbangkan secara cermat apa sesungguhnya yang mereka ingin capai dari sengketa ini, termasuk hubungan baik yang sebelumnya telah terbina.

Aspek yang paling penting dalam mempersiapkan klien yang telah setuju untuk mediasi adalah memberikan informasi yang cukup tentang proses dan khususnya tentang potensi yang bisa dipakai untuk menyelesaikan sengketa.

b) Berpartisipasi selama pertemuan awal

(i) Sebagai Peserta

Sangat penting bagi seorang Advokat untuk mengikuti pertemuan awal agar dapat berpartisipasi secara dinamis dalam proses sejak awal. Sebagai

Peserta, seorang Advokat bisa mendengarkan mediator dalam menjelaskan proses mediasi dan peran masing-masing pihak.

(ii) Sebagai Pemberi Saran (pendapat)

Peran serta seorang Advokat adalah sebagai pemberi saran atau pendapat, sebab mediasi merupakan pertemuan informal dan secara langsung antara pihak-pihak dalam sebuah forum. Apabila para pihak tidak hadir dan hanya diwakili oleh para pengacaranya, segala kesepakatan yang diambil harus mendapat persetujuan dari masing-masing kliennya.

(iii) Mengatur jadwal pertukaran dokumen

Tugas kuasa hukum antara pertemuan awal dengan sesi mediasi adalah untuk meyakinkan bahwa jadwal yang dibuat selama pertemuan awal untuk pertukaran dokumen dan/atau rinciannya juga dilakukan. Dengan mengikuti seluruh proses, memungkinkan para Advokat melakukan evaluasi secara sempurna tentang posisi kliennya dan melakukan negosiasi sebelum mediasi.

c) Berpartisipasi selama sesi mediasi

Esensi peran Advokat adalah untuk membantu klien selama proses mediasi. Partisipasi seorang Advokat dalam mediasi bisa bervariasi, seperti: mewakili klien dalam bernegosiasi atas namanya sementara klien duduk pasif di sampingnya bilamana klien itu cacat atau karena usianya sudah lanjut; atau bertindak sebagai kuasa hukum bila diperlukan; tidak mengikuti mediasi secara pribadi tetapi siap kapan saja diperlukan; atau sekedar hanya bertindak sebagai pemberi saran/pendapat. Keterlibatan Advokat dalam proses mediasi sangat tergantung dari faktor atau kombinasi beberapa faktor, seperti: sifat sengketa itu sendiri, keterampilan dan temperamen dari klien, pihak-pihak atau Advokat itu sendiri.

Advokat dapat berperan aktif dalam membuat konsep awal bagi klien untuk dipresentasikan agar masuk akal atau sekedar memberikan saran kepada klien tentang hal-hal yang perlu disampaikan dalam rangka memberdayakan klien.

Penasehat hukum yang profesional dan terlatih dapat membantu klien untuk melakukan negosiasi secara efektif selama sesi bersama atau sesi pribadi. Selama sesi bersama Advokat dapat mendengar argumentasi kliennya atau pihak lawannya sehingga bisa mengukur keunggulan dan kelemahan masing-masing pihak.

Selama itu Advokat memiliki peluang mendiskusikan segala sesuatu dengan mediator atau Advokat pihak lawan, seperti bukti-bukti atau dokumen-dokumen hukum bilamana ditanyakan oleh mediator atau diperlukan oleh klien, sehingga klien bisa memformulasikan harapan yang lebih realistis tentang hasil akhir dari kasus tersebut. Sedangkan dalam sesi pribadi, Advokat dapat membuat instruksi lebih lanjut dan mungkin juga memperbaharui nasehatnya. Advokat harus membantu klien dengan menciptakan berbagai opsi yang bermanfaat bagi kliennya.

Bilamana telah tercapai kesepakatan antara para pihak, Advokat dapat menyiapkan syarat-syarat penyelesaian atau perjanjian menurut keinginan pihak-pihak untuk selanjutnya mereka tanda tangani bersama di atas meterai secukupnya sebelum meninggalkan mediasi. Advokat harus dapat meyakinkan para pihak bahwa perjanjian penyelesaian dapat dilaksanakan atas dasar hukum kontrak yang berlaku.

d) Sebagai pengawal standar mediasi

Advokat juga berperan sebagai pengawal agar standar mediasi benar-benar dilaksanakan oleh mediator, seperti: tidak memihak; tidak memberi nasehat atau pendapat; tidak memberi saran yang merugikan pihak tertentu; tidak mengusulkan hasil yang bersifat kemungkinan; tidak mendukung salah satu pendapat dari pihak tertentu.

3. Simpulan

Advokat mempunyai peran yang penting untuk mempopulerkan penggunaan jalur ADR yang selama ini kurang mendapat perhatiannya. Peran yang dapat dimainkan Advokat dalam mediasi sebagai salah satu bentuk ADR, adalah mempersiapkan proses mediasi, berpartisipasi dalam pertemuan awal, berpartisipasi selama sesi mediasi dan sebagai pengawal proses mediasi. Akhirnya, Advokat sebagai problem solver dalam menangani kasus yang dihadapinya hendaknya lebih mendinggunakan jalur ADR sebelum melangkah ke jalur litigasi.

Humphrey R. Djemat

Chairman Kantor Hukum Gani Djemat & Partners dan arbiter di BANI.

Pengambilan Putusan Oleh Majelis Arbitrase Berjumlah Genap *Sebuah kasus dalam perjanjian asuransi*

ABSTRACT

This paper discusses problems associated with the use of even numbers of arbitrators. The weakness of using even numbers of arbitrators is in making the award through voting, which may result in different opinion. Therefore, an even number of arbitrators is not recommended agreement.

In a slightly different format, the insurance industry has allowed a form of arbitration clause that will allow using an even number of arbitrators. A certain insurance policy, such as the Machinery Breakdown insurance provides an arbitration clause which states that the disputing party may appoint first a single arbitrator to resolve the dispute. If the parties fail to reach agreement to appoint a single arbitrator, then each party shall each appoint an arbitrator, thereby the number of arbitrators will be even. Subsequently, if the two arbitrators fail to make award, then the two will appoint another arbitrator as an umpire in making the award by the tribunal. For matters that have not been specifically provided in the arbitration clause, for example in the case of parties fail to appoint a single arbitrator then the provisions in the Law Number 30 of 1999 regarding Arbitration and Alternate Dispute Resolution shall apply.

Pendahuluan

Ketentuan mengenai jumlah arbiter dalam penyelesaian perkara yang dibawa ke lembaga arbitrase atau majelis arbitrase ad hoc merupakan unsur prosedur. Tidak mudah untuk menyatukan pendapat di antara para pihak setelah timbul persengketaan di antara mereka. Oleh karena itu, ketentuan mengenai jumlah arbiter merupakan suatu hal penting dalam menyusun klausul arbitrase pada

setiap perjanjian perdata yang memilih untuk menyelesaikan perbedaan atau perselisihan yang timbul melalui badan arbitrase.

Dari berbagai klausul arbitrase atau prosedur badan-badan arbitrase di dalam dan di luar negeri tampak bahwa jumlah arbiter pada umumnya adalah ganjil. Pertanyaannya adalah apakah dimungkinkan bahwa suatu majelis arbitrase berjumlah genap dan apa implikasi dari pemilihan tersebut?

Pertimbangan Jumlah Arbiter

Sesuai dengan asas kebebasan berkontrak, para pihak dapat menentukan jumlah arbiter sesuai dengan kehendak dan kesepakatan di antara mereka. Pertimbangan para pihak menyerahkan penyelesaian perselisihan melalui arbiter tunggal antara lain adalah pertimbangan efisiensi biaya dan waktu. Walaupun demikian, dari aspek pencapaian tujuan efisiensi waktu akan sangat tergantung kepada tingkat kompleksitas dan pemahaman arbiter yang ditunjuk atas permasalahan yang dipersengketakan. Untuk menghindarkan proses pencapaian kesepakatan di antara para pihak dalam penunjukan arbiter tunggal menjadi berlarut-larut, Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU Arbitrase) melalui Pasal 14 telah mengatur bahwa apabila dalam 14 hari para pihak tidak mencapai kesepakatan tentang pengangkatan arbiter tunggal, atas permohonan salah satu pihak, Ketua Pengadilan Negeri dapat mengangkat arbiter tunggal.

Praktik yang paling umum adalah klausul arbitrase yang mengatur bahwa masing-masing pihak yang berselisih akan menunjuk satu orang arbiter dan selanjutnya kedua arbiter yang telah ditunjuk akan menunjuk arbiter ketiga sebagai ketua majelis arbitrase. Sesuai dengan bunyi Pasal 13 UU Arbitrase tersebut, dalam hal para pihak tidak mencapai kesepakatan mengenai pemilihan arbiter atau tidak ada pengaturan mengenai pengangkatan arbiter, Ketua Pengadilan Negeri akan menunjuk arbiter atau majelis arbitrase. Dalam hal arbitrase ad hoc, atas setiap ketidaksepakatan dalam penunjukan arbiter, para pihak dapat mengajukan permohonan kepada Ketua Pengadilan Negeri untuk menunjuk seorang arbiter atau lebih. Demikian juga halnya apabila salah satu pihak tidak mempergunakan haknya untuk mengangkat seorang arbiter, baik atas itikad baik maupun karena kehendak untuk menghalangi proses penyelesaian sengketa, pihak yang berkepentingan dapat memohon kepada Pengadilan Negeri untuk mengangkat seorang arbiter. Dalam hal majelis terdiri dari tiga orang arbiter, putusan majelis akan memperhatikan pendapat dari masing-masing

arbiter sehingga latar belakang pengambilan putusan akan lebih “kaya” tanpa bermaksud mempertentangkan atau berpendapat bahwa putusan tiga orang arbiter akan lebih baik dari putusan satu arbiter tunggal.

Arbiter genap dalam perjanjian asuransi

Sebagaimana telah dikemukakan di atas, sesuai dengan asas kebebasan berkontrak, tidak ada yang menghalangi penentuan jumlah arbiter sehingga dapat saja terjadi suatu majelis memiliki arbiter yang berjumlah genap atau lebih dari tiga orang. Kelemahan dari arbiter yang berjumlah genap adalah kesulitan dalam pengambilan putusan apabila putusan harus dilakukan melalui voting yang menghasilkan perbedaan pendapat yang sama banyaknya. Oleh karena itu, jumlah arbiter yang genap bukanlah bentuk kesepakatan yang patut untuk disarankan.

Dalam bentuk yang berbeda, dalam industri asuransi terdapat suatu bentuk klausul arbitrase yang memungkinkan pengambilan putusan dilakukan oleh arbiter yang berjumlah genap. Polis asuransi tertentu terutama polis asuransi Machinery Breakdown sangat umum mempergunakan klausul arbitrase yang mengatur bahwa para pihak yang bersengketa atau memiliki perbedaan terlebih dahulu menunjuk satu arbiter tunggal untuk menyelesaikan perkara. Apabila para pihak tidak mencapai kesepakatan atas penunjukan arbiter tunggal, masing-masing akan menunjuk satu arbiter dan keduanya bersepakat untuk menyerahkan penyelesaian perkara kepada putusan kedua arbiter yang telah ditunjuk. Dengan demikian, putusan akan diambil oleh majelis arbitrase yang berjumlah genap. Selanjutnya, apabila kedua arbiter tidak mencapai kesepakatan dalam pengambilan putusan, keduanya akan menunjuk seorang arbiter lagi yang akan bertindak sebagai wasit (umpire) dalam pengambilan putusan oleh majelis arbitrase. Dengan demikian, dalam hal arbiter pertama dan kedua telah bersepakat penunjukan arbiter ketiga atau wasit tidak diperlukan lagi. Untuk hal-hal yang belum diatur secara khusus dalam klausul arbitrase tersebut, misalnya setelah gagal pencapaian kesepakatan untuk menunjuk arbiter tunggal terdapat pihak yang menolak untuk menunjuk arbiter kedua, maka ketentuan Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang akan diberlakukan.

Junaedy Ganie

Pengamat asuransi dan arbiter BANI

Membuat Konsep Klausula Arbitrase

SUMMARY

This paper discusses the essential ingredients necessary for an arbitration clause to be effective. As general rule, an agreement to arbitrate must be clear and unequivocal and in writing.

The first requirement for an arbitration clause is that the parties' agreement must expressly state that they intend to resolve their disputes by arbitration. This is due that institutions such as BANI and ICC have other methods for determining disputes that do not include arbitration. These procedures encompass among others conciliation, mediation and expert determination. Also, it is common for arbitration clauses to provide that any arbitration award rendered will be "final and binding". The term "binding" means the parties intend that the award will resolve the dispute and be enforceable by national courts against the losing party. A reference that any award will be "final" means the substance of the award will not be reviewed by the courts.

With respect to the scope, at the outset, the parties should consider what types of disputes they want arbitrated. If they desire to restrict arbitration only to contract disputes, they should draft a narrow-form arbitration clause, which can be accomplished by the use of phrase "all disputes arising under this agreement," to define the scope of the disputes encompassed within the arbitration clause. If all potential disputes are intended to be encompassed, including those that may arise from the relationship established by the parties' agreement, then a broad-form clause should be drafted, which may be accomplished by the following wording: "all disputes arising out of, connected with, or relating in any way to this agreement." Whatever approach the parties decide to take, they should be clear in their choice of language so as to avoid any ambiguity or misinterpretation.

Another fundamental issue for parties agreeing to arbitrate future disputes is to determine whether the arbitration will be conducted ad hoc or will be administered by an arbitral institution. The advantage of ad

hoc arbitration is that the parties avoid the administrative fees charged by arbitral institutions, which can be substantial in some cases. On the other hand, with ad hoc arbitration, there is no quality control review by an institution like the ICC. There is also evidence that ad hoc awards do not receive the same deference as institutional awards when they are presented to courts for enforcement.

In the arbitration, the parties may adopt the UNCITRAL Arbitration Rules in addition to the arbitration institution rules or its own rules. The UNCITRAL rule is a set of arbitral rules drafted by the United Nations Commission on International Trade Law but not connected to any administering institution. Some institutions such as BANI dan ICC have declared they will apply the UNCITRAL, if the parties wish. If the parties choose an ad hoc arbitration, but do not adopt ready-made rules, they must frame their own rules sufficiently for conducting the proceeding. Otherwise, they fall back on the law of the country where the arbitral proceeding will be held.

Moreover, one of the issues that occasionally arise is whether the type of dispute involved is “arbitrable” or whether it must be litigated in the court. It would then be useful for parties to research the applicable law to determine whether any likely disputes that may arise under their agreement are considered non-arbitrable.

Furthermore, occasionally parties provide that a certain action or event will occur prior to the initiation of an arbitration proceeding. For example, an arbitration clause may contain provisions for a meeting of the parties for amicable solutions to negotiate a settlement. Problems may occur in the drafting of such clauses if the occurrence of an event prior to arbitration are unclear, whether it is merely preferred that the action/event before the arbitration or whether it is actually intended as a condition to initiating a proceeding, or the condition will be deemed satisfied and arbitration may be commenced. If the condition involves settlement negotiations or mediation, it is generally helpful to state a time period so it is clear when the condition has been met. This lack of clarity may result in litigation, delay and extra expense.

Finally, other issues that need to be addressed in the arbitration clause include the number and method of selecting arbitrators, the place of arbitration and the language. In an ad hoc arbitration, it is important that the parties include a back-up provision for appointment by an independent authority if a party fails to appoint its arbitrator or if the party-appointed arbitrators cannot agree on the presiding arbitrator. They should also either provide for the replacement of arbitrators who die or resign or authorize the continuance of the proceedings with a truncated tribunal, or both.

The place and language are important parameters in the international arbitration or international contract. If the parties fail to agree to the place of the arbitration, some institutions' rules allow the arbitrators to decide the place based on the circumstances of the parties and the case, while other rules authorize the institution itself to select the place. In selecting the venue, the Parties should consider the following factors related to the environmental legal system of the venue, such as a forum whose arbitral awards will be enforceable in other countries (e.g., a country that has ratified the New York Convention), the forum's law which should recognize the agreement to arbitrate as valid. The scope of review of awards available in that country, as in some country may hear an action to vacate an award and any restriction on selecting the arbitrators (for example in Venezuela, arbitrators must be lawyers licensed to practice law in Venezuela if Venezuelan law applies).

In arbitration involving parties of different nationalities, generally the parties should specify the language to be used in the proceedings if they can agree. Absent agreement by the parties, most arbitral rules allow the arbitrators to decide the language, taking into account the language of the contract and other relevant circumstances.

Pendahuluan

Dari waktu ke waktu Sekretariat BANI menerima pertanyaan-pertanyaan sekitar arbitrase, dari persyaratan untuk arbitrase sampai proses dan penegakan putusan. Bagi pihak yang berkontrak arbitrase bersifat konsesual terhadap kontrak, karenanya peluang yang pertama dan paling penting untuk para pihak ada-

lah mengendalikannya, yang dimulai dengan pembuatan klausula arbitrase, termasuk persyaratan-persyaratan yang harus ditaati dan beberapa ketentuan yang harus ada. Berikut ini pedoman praktis untuk membuat klausula arbitrase.

Fungsi Dari Klausula Arbitrase

Perjanjian untuk berarbitrase harus jelas dan tegas (*unequivocal*) serta tertulis. Klausula arbitrase mempunyai empat fungsi yang esensial, yakni:

- (1) untuk menghasilkan konsekuensi yang diperintahkan (*mandatory consequences*) bagi para pihak;
- (2) untuk mencegah intervensi dari Pengadilan dalam menyelesaikan sengketa para pihak (sekurang-kurangnya sebelum putusan dijatuhkan);
- (3) untuk memberdayakan arbiter dalam penyelesaian sengketa; dan
- (4) untuk menetapkan prosedur dalam menyelesaikan sengketa.

Kriteria-kriteria tersebut merupakan hal-hal yang esensial agar klausula arbitrase menjadi efektif, dan klausula-klausula ini perlu diperiksa dengan teliti untuk melihat apakah sah dan dapat memenuhi sasaran yang dituju.

Elemen-elemen Yang Esensial

1. Memilih Arbitrase Sebagai Cara Penyelesaian Sengketa

Persyaratan pertama untuk klausula arbitrase adalah kesepakatan para pihak dengan jelas menyatakan bahwa mereka bermaksud menyelesaikan sengketa mereka melalui arbitrase. Hal ini dikarenakan bahwa banyak lembaga arbitrase seperti BANI, ICC dan SIAC menawarkan cara-cara lain untuk menyelesaikan sengketa di luar arbitrase. Cara-cara ini termasuk antara lain konsiliasi, mediasi dan pendapat ahli. Dengan demikian, jika para pihak menginginkan sengketa mereka diselesaikan melalui arbitrase, mereka harus menyatakannya.

2. Putusan Terakhir dan Mengikat

Merupakan hal yang umum bahwa dalam klausula arbitrase dinyatakan bahwa putusannya “terakhir dan mengikat” atau “final and binding”. Dalam konteks ini, “mengikat” berarti bahwa para pihak bermaksud bahwa putusan arbitrase akan menyelesaikan sengketa dan dapat ditegakkan melalui pengadilan nasional ter-

hadap pihak yang kalah. Hal ini bukan merupakan nasehat di mana para pihak dapat bebas untuk mengabaikannya, tetapi merupakan suatu paksaan yang harus ditaati oleh para pihak. Acuan di mana putusan itu terakhir harus diartikan bahwa putusan tersebut tidak akan diperiksa lagi oleh pengadilan.

Bahkan jika para pihak tidak menyatakan bahwa putusannya terakhir dan mengikat, mereka dapat mencapai hasil yang sama dengan menggunakan aturan-aturan BANI, ICC dan institusi-institusi lain. Aturan BANI dan ICC menyatakan bahwa setiap putusan mengikat para pihak, dan dengan mengambil aturan-aturan tersebut maka para pihak melepaskan (waive) haknya untuk berbagai bentuk jalan lain (recourse) selama pelepasan tersebut dibuat dengan sah.

Dengan memasukkan kata-kata “terakhir dan mengikat” (final and binding), maka “setiap sengketa akan diselesaikan oleh arbitrase yang putusannya mengikat dan para pihak pada dasarnya menyatakan bahwa mereka bermaksud agar putusan ini ditegakkan oleh pengadilan tanpa harus diperiksa kembali dasar-dasar putusan. Hal ini merupakan ketentuan penting, dan terutama jika aturan-aturan lembaga arbitrase tidak digunakan (arbitrase Ad-hoc).

3. Lingkup Arbitrase

Sejak awal, para pihak harus mempertimbangkan jenis sengketa apa yang diselesaikan melalui arbitrase. Jika mereka ingin membatasi arbitrase hanya untuk sengketa kontrak, maka mereka dapat membuat klausula arbitrase yang sempit atau a narrow-form arbitration clause. Hal ini dapat dicapai dengan menggunakan frase “semua sengketa yang timbul dari perjanjian ini” atau “all disputes arising under this agreement,” untuk menyatakan lingkup sengketa dalam perjanjian arbitrase. Dengan frase singkat ini maka hanya sengketa yang berasal dari pelaksanaan kontrak yang dapat diselesaikan melalui arbitrase, sementara penyelesaian untuk arbitrase tidak meliputi hal-hal yang berhubungan dengan kontrak.

Jika semua potensi sengketa termasuk yang mungkin timbul dari hubungan perjanjian-perjanjian para pihak, maka diperlukan klausula yang lebih luas. Untuk lebih jelas, maka para pihak dapat memasukkan bahasa yang menyatakan bahwa termasuk dalam sengketa adalah kontrak, negosiasi, kinerja (performance), penafsiran, terminasi atau hubungan antara para pihak yang timbul

akibat kontrak. Namun demikian, apapun pendekatan yang dipergunakan oleh para pihak untuk memutuskan, pemilihan bahasa sangat penting untuk menghilangkan ambiguitas atau salah penafsiran.

4. Arbitrase Ad Hoc atau Instiusional

Salah satu masalah yang juga fundamental bagi para pihak untuk sepakat menyelesaikan sengketa melalui arbitrase adalah menentukan apakah arbitrase akan dilaksanakan ad hoc atau melalui lembaga arbitrase. Keuntungan dari arbitrase ad hoc adalah para pihak tidak membayar biaya administrasi yang umumnya dibebankan oleh lembaga arbitrase, yang dalam beberapa hal cukup tinggi. Kelemahan dari arbitrase ad hoc adalah pengadilan negeri seringkali melakukan intervensi kalau tidak ada badan yang melaksanakan administrasi dan karena tidak adanya administrator, maka para pihak dapat minta pengadilan untuk memecahkan masalah prosedur apabila para pihak tidak dapat mencapai kesepakatan.

Selanjutnya, arbitrase Ad hoc juga menuntut bahwa para pihak bertanggung jawab dalam administrasi dan perencanaan yang umumnya dilakukan oleh lembaga arbitrase. Dengan arbitrase ad hoc, tidak ada pemeriksaan terhadap kualitas seperti yang dilakukan oleh ICC. Juga terdapat beberapa kasus bahwa putusan berasal dari arbitrase ad hoc tidak diberlakukan sama dengan putusan arbitrase yang berasal dari lembaga arbitrase ketika putusan tersebut didaftar di pengadilan untuk dieksekusi.

Di sisi lain, keuntungan arbitrase yang menggunakan lembaga antara lain bahwa lembaga tersebut akan melaksanakan administrasi, menyelesaikan masalah mengenai prosedur dan pengendalian kualitas sekurang-kurangnya pemilihan arbiter. Selanjutnya faktor yang kurang menguntungkan dari arbitrase melalui lembaga adalah berkaitan dengan biaya. Lembaga arbitrase umumnya membebankan biaya administrasi berupa persentase dari jumlah tuntutan. Disamping itu, terdapat biaya-biaya tersembunyi, seperti biaya perjalanan kelas satu untuk para arbiter. Sebagai imbalan untuk biaya administrasi tersebut, lembaga-lembaga arbitrase ini memberikan pelayanan yang baik kepada para pihak, termasuk memeriksa arbiter yang diusulkan oleh para pihak untuk kebebasan (independency), penunjukan arbiter yang berkualitas bila diperlukan dan memeriksa putusan-putusan agar dapat ditegakkan.

Selain peraturan-peraturan arbitrase dari suatu institusi, para pihak juga dapat menggunakan UNCITRAL Arbitration Rules, yang diterbitkan oleh the United Nations Commission on International Trade Law tetapi tidak berkaitan dengan lembaga arbitrase. Beberapa institusi seperti ICC dan BANI telah menyatakan bahwa mereka akan menggunakan UNCITRAL Rules jika para pihak menghendaknya. UNCITRAL Rules ini juga dapat digunakan untuk arbitrase ad hoc. Jika para pihak memilih arbitrase ad hoc tetapi tidak mengambil peraturan yang sudah tersedia (ready-made rules), mereka harus membuatnya sendiri yang cukup untuk melaksanakan acara arbitrase; kalau tidak mereka dapat menggunakan peraturan perundang-undangan di negara di mana arbitrase dilaksanakan.

5. Sengketa Yang dapat Diselesaikan Melalui Arbitrase

Salah satu masalah yang kadang-kadang timbul adalah apakah sengketa tersebut dapat diselesaikan melalui arbitrase (“arbitrable”) atau apakah harus melalui litigasi di pengadilan. Perlu dicatat bahwa jenis-jenis gugatan tertentu seperti masalah antitrust atau undang-undang monopoli, dan masalah status personil dan kepegawaian sering kali dipandang bukan merupakan subjek untuk arbitrase.

Misalnya, Pasal 5 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU Arbitrase) menetapkan bahwa 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. Sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut peraturan perundang-undangan tidak dapat diadakan perdamaian.

Karena itu akan bermanfaat untuk melakukan riset undang-undang yang berlaku untuk menentukan apakah sengketa yang mungkin timbul dan berasal dari perjanjian dapat diselesaikan melalui arbitrase. Dengan pengetahuan ini para pihak dapat membuat perencanaan yang lebih baik untuk menyelesaikan sengketa.

6. Kondisi-kondisi Sebelum Berarbitrase

Seringkali dalam klausula arbitrase, dinyatakan bahwa para pihak harus melakukan upaya-upaya tertentu, seperti bermusyawarah sebelum mengajukan sengketa melalui arbitrase. Misalnya suatu klausula arbitrase memuat ketentuan-ketentuan adanya upaya-upaya para pihak untuk penyelesaian damai (*amicable solutions*) melalui perundingan/ musyawarah. Juga cara penyelesaian sengketa alternatif (*alternative dispute resolution* atau *ADR procedures*) dapat dimasukkan sebagai kondisi sebelum memulai acara arbitrase.

Beberapa persoalan yang mungkin timbul dalam membuat konsep klausula tersebut adalah manakala para pihak mensyaratkan bahwa harus telah terjadi peristiwa sebelum melakukan arbitrase tetapi tidak jelas apakah ini merupakan tindakan yang dikehendaki atau memang dimaksudkan sebagai kondisi untuk mulai beracara arbitrase. Ketidakjelasan ini dapat menimbulkan penundaan dan biaya tambahan, bahkan litigasi. Kedua, sering kali juga terdapat pernyataan yang tidak jelas tentang kapan kondisi tersebut dipandang telah memenuhi untuk dimulainya acara arbitrase. Jika kondisi melibatkan negosiasi untuk penyelesaian atau mediasi, maka akan bermanfaat untuk menetapkan dengan jelas jangka waktu kapan kondisi tersebut telah terpenuhi.

7. Jumlah dan Cara Memilih Arbiter

Kebanyakan peraturan arbitrase mengatur jumlah arbiter dan cara penunjukannya, jika para pihak tidak menyatakan jumlah atau mekanisme pemilihannya. Merupakan hal yang umum untuk menunjuk tiga orang dalam suatu Majelis dalam kasus arbitrase yang meliputi tuntutan moneter yang jumlahnya signifikan, tetapi apabila jumlah yang dipersengketakan tidak memerlukan tiga orang, maka Majelis cukup terdiri dari satu orang.

Penunjukan tiga orang dalam Majelis akan melibatkan masing-masing pihak akan menunjuk satu arbiter dan kedua arbiter kemudian akan menunjuk arbiter ketiga yang akan bertindak sebagai Ketua Majelis. Jika para pihak menggunakan peraturan-peraturan lembaga, maka beberapa lembaga arbitrase akan menentukan jumlah arbiter dan memilih arbiter yang ketiga yang dianggap pantas.

Dalam arbitrase *Ad hoc*, adalah penting bahwa para pihak menambah ketentuan yang mendukung penunjukan an independent authority jika satu pihak tidak menunjuk arbiter atau arbiter yang ditunjuk tidak dapat sepakat mengenai

Ketua Arbiter. Mereka seharusnya juga menetapkan arbiter untuk menggantikan yang meninggal atau mengundurkan diri atau memberikan otoritas untuk melanjutkan acara dengan Majelis yang telah berkurang.

Beberapa klausula arbitrase juga menetapkan bahwa para pihak harus berusaha dalam jangka waktu tertentu setelah dimulainya arbitrase untuk menunjuk arbiter tunggal, tetapi jika tidak dapat melaksanakannya maka akan dibentuk majelis terdiri dari tiga arbiter. Mekanisme ini memberikan fleksibilitas, yakni para pihak tidak terikat untuk arbiter tunggal atau Majelis harus terdiri dari tiga orang.

8. Tempat

Parameter ini penting dalam arbitrase internasional atau kontrak internasional. Jika para pihak tidak sepakat mengenai tempat arbitrase, maka peraturan dari beberapa lembaga arbitrase menetapkan bahwa arbiter dapat menentukan tempat arbitrase berdasarkan keadaan para pihak dan perkara, sementara peraturan lain menetapkan bahwa lembaga yang akan menentukan. Jika para pihak tidak menetapkan tempat (*venue*), tetapi telah sepakat untuk menggunakan peraturan arbitrase tertentu yang memberikan kewenangan kepada arbiter untuk menentukannya, maka akan sulit bagi para pihak untuk menentang pilihan arbiter mengenai tempat. Perlu dicatat bahwa pemilihan tempat tidak berarti bahwa semua acara dilakukan di tempat tersebut, karena peraturan umumnya juga memberikan kewenangan kepada para arbiter untuk menyelenggarakan acara di tempat lain.

Dalam memilih tempat terutama untuk arbitrase internasional, para pihak seharusnya mempertimbangkan faktor-faktor yang berkaitan dengan lingkungan sistem hukum berikut:

- (1) Suatu forum di mana putusan arbitrase dapat ditegakkan di negara-negara lain (yakni negara-negara yang telah meratifikasi Konvensi New York).
- (2) Pasal V (1) (a) Konvensi New York menyatakan bahwa keabsahan perjanjian arbitrase dapat ditentukan oleh undang-undang suatu negara di mana putusan dibuat, sehingga pemenuhan dengan undang-undang setempat adalah penting.

- (3) Lingkup untuk memeriksa putusan terdapat di negara tersebut, karena beberapa negara mengizinkan tindakan untuk membatalkan putusan.
- (4) Potensi pengadilan nasional melakukan intervensi selama acara arbitrase, yang mungkin memberikan peluang bagi salah satu pihak untuk memperlambat (*dilatory tactics*) yang berakibat prosedur penyelesaian yang mahal.
- (5) Setiap batasan dalam pemilihan arbiter, seperti persyaratan bahwa arbiter harus berkebangsaan negara tersebut. Ketentuan semacam ini terdapat di Venezuela yang mensyaratkan bahwa arbiter harus pengacara yang berlisensi untuk beracara di Venezuela jika hukum yang berlaku (*governing law*) adalah hukum Venezuela

Selanjutnya, tempat arbitrase dapat juga menentukan bahasa yang digunakan dalam arbitrase, jika para pihak tidak menentukannya. Bahkan jika para pihak menetapkan tempat, hukum di beberapa negara menetapkan bahwa bahasa negara tersebut digunakan. Pemilihan tempat ini juga dapat mempengaruhi kelancaran acara arbitrase. Misalnya, tempat yang tidak nyaman bagi para pihak atau biaya perjalanan yang mahal dapat memberikan dampak pada tersedianya saksi atau meningkatnya biaya arbitrase. Demikian pula, peraturan perpajakan juga perlu dipertimbangkan dalam pemilihan tempat arbitrase ini.

Akhirnya, dalam beberapa kasus, para pihak dapat juga menetapkan dua tempat untuk berarbitrase, yaitu bergantian tempat, yang akan dipilih oleh kedua pihak (*home and home*).

9. Bahasa

Bahasa merupakan faktor penting dalam arbitrase internasional atau arbitrase yang melibatkan para pihak yang berlainan kebangsaan. Pada umumnya, para pihak harus menetapkan bahasa yang akan digunakan dalam acara arbitrase jika mereka dapat sepakat. Jika tidak ada perjanjian para pihak, maka kebanyakan peraturan arbitrase menetapkan bahwa bahasa ini akan ditetapkan oleh arbiter, dengan mempertimbangkan bahasa dalam kontrak dan peristiwa-peristiwa lain yang relevan.

Peraturan International Arbitration Institution umumnya menetapkan bahwa bahasa dalam dokumen yang bersisi perjanjian arbitrase akan digunakan,

kecuali arbiter menentukan lain. Namun setelah terbentuknya Majelis Arbitrase, para arbiter dapat menentukan bahasa yang digunakan. Jika bahasa yang dipilih bukan merupakan bahasa dari salah satu atau pihak, maka dapat digunakan penterjemah dan biaya terjemahan dan dokumen ditanggung bersama.

Simpulan

Perjanjian untuk berarbitrase harus jelas dan tegas (*unequivocal*) dan tertulis. Dalam penyusunan klausula arbitrase, elemen-elemen tersebut di atas perlu mendapatkan perhatian agar klausula atau perjanjian arbitrase efektif dalam pelaksanaannya dan mencapai sasarannya.

Madjedi Hasan

Petroleum Consultant dan arbiter di BANI

Managing an Arbitration/ Mediation Service In Relation To Small Medium Enterprise in Indonesia

ABSTRAK

Makalah berikut membahas perkembangan Usaha Kecil Menengah (UKM) di Indonesia dalam kaitannya dengan penggunaan mediasi/arbitrase dalam menyelesaikan sengketa. Merupakan salah satu kekuatan pendorong terdepan dalam pembangunan ekonomi di Indonesia, UKM cukup fleksibel dan dapat dengan mudah beradaptasi dengan pasang surut dan arah permintaan pasar. Terkonsentrasi pada sektor perdagangan, pangan, olahan pangan, tekstil dan garmen, kayu dan produk kayu, serta produksi mineral non-logam, UKM di Indonesia bergerak dalam kondisi yang amat kompetitif dan ketidakpastian dan amat dipengaruhi oleh situasi ekonomi makro.

Bagi UKM, berbagai masalah dalam menggunakan cara mediasi/arbitrase dalam penyelesaian sengketa adalah berkaitan dengan waktu dan biaya, terutama apabila yang dihadapinya adalah perusahaan besar. Hal ini merupakan alasan mengapa UKM kurang mempertimbangkan penggunaan arbitrase/mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa. Pada saat ini BANI sudah memiliki Peraturan dan Prosedur untuk perkara dengan klaim kecil, yang dapat digunakan oleh UKM.

Introduction

Small and medium enterprises (SME) are companies whose headcount or turnover falls below certain limits. Known as Usaha Kecil Menengah (UKM), most of the SME in Indonesia are concentrated in trade, food, food processing, textile and clothing, wood and crafting, non metal mineral production.

Small and medium-sized enterprises (SMEs) have played a central role in the Indonesia economy. They are a major source of entrepreneurial skills, innovation and employment; however, they are often confronted with market imperfec-

tions. SMEs frequently have difficulties in obtaining capital or credit, particularly in the early start-up phase. Their restricted resources may also reduce access to new technologies or innovation.

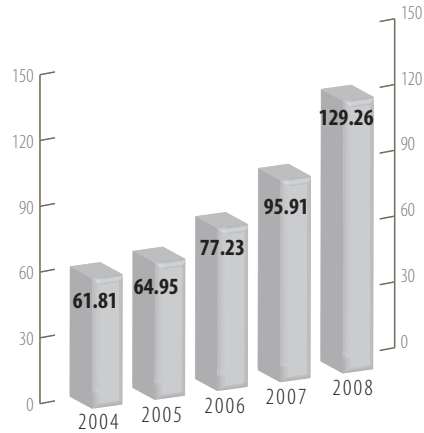
On the other hand the SME has probably been the main support for economy resilience. This was proved during the recent Asian monetary crisis (1998), in which many large enterprises have collapsed by foreign loans, while small medium enterprises which are oriented toward export have had outstanding profit and been surviving, because of their low capital investment.

SME growth in Indonesia from 2004 to 2008.

In the aftermath of the 1997/1998 crisis, almost all large enterprises suffered heavy losses and bankruptcy cases are rampant all over the world, including Indonesia. It is at that time it was becoming transparent it is the small entrepreneurs that have the ability to survive and stay afloat and profiting, albeit in a smaller amount.

In 2004, things start picking up and according to the last 5 years data from BRI, a government-owned major banking corporation which mainly caters to small and medium entrepreneurs, the total business loans given to the SME shows an increasing trend as shown in Figure 1.

Major exports from Indonesia SME are home industry crafts, such as furniture, pottery, traditional hand woven cloth and basketry, dried fruits (both ornamental and confectionery), pearls and metal jewelry. The annual export values of these items are steadily increasing up to above US\$ 420 million (in 2008), and it is expected to rise 15—25%



Year	Amount of Loan <i>billion IDR</i>	Annual increase <i>%</i>
2004	61.81	-
2005	64.95	5%
2006	77.23	19%
2007	95.91	24%
2008	129.26	35%

Figure 1. **SME Growth** as represented by the disbursement of SME loan at BRI 2004 - 2008

in 2009 to about US\$500 million (source: Indonesian Handicraft Producers and Exporters Association).

However, in most cases the SME export value represents only a very small portion of the total export value of Indonesia. In some cases, like in the West Nusa Tenggara province, where handicraft export is second only to copper and gold concentrate export (from Newmont Batu Hijau mine in West Sumbawa), the craft export only contribute to less than 5% of the total value of export, while mining product contribute up to 95% of the total export value.

Also an important point to note is that rarely an SME conduct its own export individually. In fact, less than 10% of SME conduct direct exports, which represent only about 1% in total export value of SME export. Most SME would sell their export product to a collecting enterprise that does export and import, most likely a shipping line, freight forwarder or a global trading enterprise, most of which are large corporations rather than SME.

One major problem for an SME to conduct its own export is the risk of cross border trading which is lead time between delivery and payment, as well as the risk related to long distance transport of goods from one port to another.

Legislation and Procedural Overview on Arbitration and Mediation in Indonesia.

Indonesia has only been establishing a specialized law regarding Arbitration and ADR on August 1999 with the Law no 30/1999. Previously, Arbitration and ADR is regulated in a section of the HIR (Het Herziene Indonesisch Reglement/ Indonesian Code of Civil Procedure) and RV (Reglement of de Burgerlijke Rechtsvordering/Penal Code).

In the present time, there are several specialized arbitration centers, each in their own respective field, namely:

- BANI** : Badan Arbitrase Nasional Indonesia, established in 1977.
- BASYARNAS** : Badan Arbitrase Syariah Nasional, Arbitration based on Sharia (Islamic law), established in 1993.
- BAPMI** : Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia, Arbitration Agency for Stock Exchange related Dispute, established in 2004.
- BAKTI** : Badan Arbitrase Komoditi Berjangka Indonesia, Arbitration Agency for Futures Exchange, established in 2008.

Utilization of Arbitration/Mediation as a mean in resolving SME disputes outside of court.

BANI as an arbitration center were established over 2 decades prior to the Law, has recorded a significant increase of dispute resolution through arbitration procedures, as illustrated on Figure 2 below.

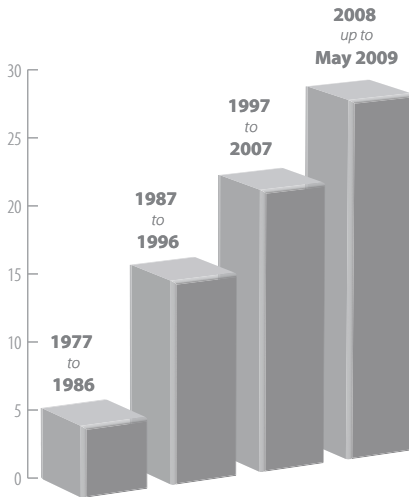


Figure 2. The steady increase of Arbitration Case.
Average case submission to BANI every year have increased 5 folds over the period of 1977 - 2009.

This trend shows that a steady adoption of Arbitration and ADR procedure by the businesses in resolving commercial disputes. The trend indicates that the utilization of arbitration procedure has gain a significant momentum in the past several years, although it should also be noted that so far, the disputes being brought to BANI are mostly of large/multi-national enterprises and government contract disputes. Also, with the establishment of several other arbitration centers as mentioned above and increasing number of ad hoc arbitrations conducted privately between disputing parties, the rate of increase and expansion

of arbitration procedure is likely higher than shown in BANI records. Mediation procedure, both in BANI and other institutions, are also shown similar increase in adoption.

In relation to the socialization and expansion of Arbitration/ADR procedures to SME, we can identify several issues, namely:

- a. The introduction the alternative dispute resolution procedures outside of court (alternative to litigation) to SME would requires time and efforts, not to mention a substantial budget. These things are difficult to be undertaken by the Arbitration Center because in fulfilling these requirements, an arbitration center like BANI would need some degree of cooperation with the SME. To maintain its neutrality and independence, an Arbitra-

tion Center could not easily cooperate with external entities. In BANI, the entire operational budget is solely fulfilled by collecting fees from its clients/arbitration parties). This would make funding for 'marketing/introduction of arbitration & ADR' additional expenses to an already tight operational budget. To make matter worse, SME in Indonesia are spread in 37 provinces throughout the whole territory of Indonesia.

- b. Fee (of arbitration/mediation) collected from the parties would also be a problem for SME, which more often than not are in a very lean budget and could not afford to pay the fee for arbitration/mediation in advance prior the start of the proceeding.
- c. Short courses and workshop for arbitrator/mediator skill are very rarely held in Indonesia, and to go overseas for such courses would cost too much for most aspiring mediators/arbitrators.
- d. Assuming that the SME have included arbitration clause in their contract, in the event of a dispute, SME would still have to come up with the fee for arbitration. Further down the line, the opposing party, supposedly a giant Corporation with a large legal fund may file a counterclaim for a much larger amount. Since both must be undertaken, and the fee of arbitration is a percentage of the amount of claim, even if SME won the case, the cost would be very large. This is largely the reason why SME does not consider arbitration/mediation as a viable alternative to litigation.

As a closing note, BANI have recently implemented a framework for a Rules and Procedure for Small Claim Arbitration and ADR. It is not limited for SME, but also for any small claim from any size enterprise.

This paper was prepared for ITC Chamonix III Symposium, France, 13 - 16 May 2009

N. Krisnawenda

Member of The Governing Board of BANI

News

Symposium Chamonix III, Perancis

Pada tanggal 13 Mei sampai dengan 15 Mei 2009, di Chamonix (Perancis) telah diadakan Symposium tentang penyelesaian sengketa yang efektif bagi perusahaan eksportir kecil dan menengah (*Offering effective dispute resolution services to SMES*).

Symposium ini merupakan symposium ke-3 (Chamonix III) dari rangkaian Symposium yang diselenggarakan oleh International Trade Center (ITC) **tentang** Manajemen Penyelesaian Sengketa Bisnis (*Symposium on The Management of Commercial Dispute Resolution Services*).

BANI yang untuk pertama kalinya diundang oleh panitia Symposium, mengutus N. Krisnawenda untuk hadir sebagai wakil dari Indonesia dan BANI. Symposium ini juga dihadiri oleh perwakilan dari 47 negara di seluruh dunia. Dari Asia Tenggara, selain Indonesia, hadir peserta dari Malaysia, Kambodja, dan Thailand.

Selain sebagai peserta dalam diskusi dengan topik penyelesaian sengketa melalui ADR untuk perusahaan exportir kecil dan menengah, perwakilan dari Indonesia juga ditunjuk sebagai moderator dalam diskusi dengan topik tentang Isu Gender Dalam Arbitrase dan Mediasi (*“Gender, Still an issues in Arbitration and Mediation”*) dengan panelis yang terdiri dari perwakilan Belanda, Turki, Swiss, Kamerun, Santiago, dan perwakilan dari lembaga arbitrase untuk olahraga (*Court of Arbitration of Sport*) yang berkedudukan di Swiss.

Symposium dibuka dan diselenggarakan di Center Des Congres Le Mayestic, sebuah bangunan kuno dengan panorama Pegunungan Mont Blanc dan diakhiri dengan acara perpisahan (*Farewell dinner*), di La Cabane, sebuah restoran tradisional di sudut Chamonix.

Surat Pembaca

From : Antonius Budianto
To : bani-arb@indo.net.id
Subject : Newsletter BANI

Dalam Newsletter BANI nomer 6 tahun 2009, di halaman 10 ditulis "Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 telah mengakomodir tanda bukti komunikasi internet, seperti misalnya e-mail, sebagai alat bukti." Setelah saya baca UU 30/1999, saya tidak menemukan pasal yang berhubungan dengan pernyataan tersebut. Mohon dijelaskan, apakah memang bukti yang berasal dari internet atau alat telekomunikasi lainnya diakui sebagai alat bukti di arbitrase? Terima kasih.

Sdr. Antonius Budianto,

Terimakasih atas pertanyaan Saudara dan pertanyaan Saudara kami teruskan kepada Penulis. Sementara itu dapat kami sampaikan bahwa dalam UU No. 30 tahun 1999 ada beberapa pasal yang telah mencantumkan e-mail ke dalam proses arbitrase, misalnya pada Pasal 4 ayat (3), Pasal 8 ayat (1) dan Pasal 14 ayat (2). Dari beberapa pasal tersebut dapat disimpulkan bahwa dengan diterimanya e-mail sebagai media komunikasi dalam arbitrase, maka e-mail juga sudah dapat diterima sebagai alat bukti.

<Editor Pelaksana>

BANI List of Arbitrators

July 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 Arbianto 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
73. T. Tuegeh-Longdong

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*