

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 Jl. Bunga Raya No. 22, Balao Center, Batam • Tel: 0778-459211 • Fax: 0778-459244 •
e-mail: banibatam@yahoo.com

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 11/2010

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 11/2010

Published by

BANI ARBITRATION CENTER

(BADAN ARBITRASE NASIONAL INDONESIA)

Contents

- Dari Editor 1
- Points of Benefit
Related to a Code of Conduct 2
Priyatna Abdurrasyid
- Arbitrase /
Alternatif Penyelesaian Sengketa /
Ketidaksefahaman di Bidang
Angkutan Udara Komersial 4
Priyatna Abdurrasyid
- Pemboncengan
Reputasi Merek (Passing Off)
Dapat Dimintakan
Putusan Arbitrase 17
Frans Hendra Winarta
- Hal-hal Yang Perlu Dipertimbangkan
Sebelum Menandatangani
Kesepakatan Berarbitrase 23
Madjedi Hasan
- *Hong Kong International Arbitration
Centre Celebrates Its 25th Anniversary*
Hong Kong International Arbitration
Centre Merayakan Ulang Tahun
ke 25 29

Dari Editor

Pertama-tama kami mohon atas keterlambatan penerbitan edisi berikut, karena beberapa hal.

Dalam edisi berikut, kami menerbitkan empat makalah yang ditulis oleh para arbiter BANI dan membahas penggunaan forum arbitrase untuk menyelesaikan berbagai macam sengketa yang umumnya dilakukan melalui jalur pengadilan.

Dalam makalah pertama, Prof. Priyatna Abdurasyid membahas mengenai arbitrase dalam angkutan udara komersial dan daftar yang berisi beberapa hal yang disiapkan untuk berarbitrase. Makalah berikutnya ditulis oleh Frans Hendra Winarta yang membahas penggunaan arbitrase dalam menyelesaikan pemboncengan reputasi merek. Dalam makalah yang ditulis oleh Madjedi Hasan diberikan hal-hal yang perlu dipertimbangkan sebelum menandatangani perjanjian yang memuat klausul arbitrase.

November 2010

Points of Benefit Related to a Code of Conduct

Articles 2 and 4 of the Code of Ethics and Conduct of Bani Arbitration Center read as follows:

Article 2:

The Code of Ethics and Conduct for BANI Arbitrators have the following purposes and aims:

1. a. As a guide in the formation and building of the Arbitrators' character;
- b. As a guide to the conduct of the Arbitrators.
2. To guarantee the improvement of the Arbitrators' integrity and functional independence.
3. To instill in the society trust in the Arbitration institution.

Article 4:

The Arbitrator's characters are reflected in the following various traits and decorum:

1. Believing in the One and Only God, in accordance with the religion and belief system of the person concerned and on the basis of the principle of just and civilized humanity as set forth in the Pancasila (Five Principles) and the 1945 Constitution.
2. Honest, having integrity and a sense of justice and propriety.
3. Of noble character and impeccable behavior.
4. Professional and credible in the respective field.
5. Prudent and decorous".

This Code of Conduct of BANI Arbitrator is not to be separated from the code of ethics. The two codes relate to each other and fill in possible gaps. This article intends to point out what is BANI Arbitration Center Code of Ethics and Conduct in theory and practice. This code (of conduct) helps BANI Arbitration Board in the execution of its management responsibility, creating a sound and fresh work climate of integrity and excellence.

In addition, it helps the growths and developments of Arbitration doctrines, principles, and customs, as mentioned by Article. 38.1 of the International Court of Justice, namely, “principles of law recognized by civilized nation” is a very important requisite for an effective, just and fair arbitration proceeding. Next to it, the code act as a catalyst for constructive change, if there is any and being needed, and could also provide a counterbalance to address the concerns of disputing parties at large within an arbitration process. The code enables the business community to clearly enunciate their interests and goals and thereby assist them in their objective realization of an arbitration activity. It helps satisfy the needs of highly principled stakeholders who pride themselves on making ethical investments, and encourages frequent, open, honest, good faith, cooperation, non-confrontation activities within an arbitration process. Codes help prevent, disputing parties’ arbitration from destroying there own business activities, especially in that specific area of their interest.

Priyatna Abdurrasyid

Penulis adalah salah satu pendiri BANI dan saat ini menjabat Ketua BANI

Arbitrase / Alternatif Penyelesaian Sengketa / Ketidaksefahaman di Bidang Angkutan Udara Komersial

Angkutan Udara Komersial menghendaki suatu pengetahuan khusus, karena kegiatan tersebut merupakan bagian dari suatu bentuk angkutan komersial (nasional) yang memiliki berbagai corak dan dikuasai oleh doktrin – prinsip yang berlaku secara universal. Doktrin – prinsip yang universal ini juga berlaku di angkutan laut, darat, kereta api dan pipa minyak, juga telekomunikasi (termasuk jalur “frequencies” untuk siaran-siaran melalui radio, tv, dan lain-lainnya). Makalah ini khusus membahas angkutan udara komersial yang sarat dan sangat dipengaruhi oleh perkembangan kemajuan ilmu, teknologi dan hukum. Apalagi bagi Indonesia yang memiliki luas wilayah terdiri dari dua pertiga perairan, sepertiga daratan, dan ruang udara meliputi wilayah seluas Eropah, terletak di antara dua samudera dan dua benua.

Angkutan udara komersial (selanjutnya disebut “Aviasi”) merupakan suatu kegiatan yang dikuasai dan diatur oleh Hukum Udara (“Air Law”) dengan rami-fikasi yang kini terbentuk secara khusus dalam bidang-bidang hukum keru-ang-udaraan sebagai berikut:

- 1) Hukum Penerbangan (Aviation Law);
- 2) Hukum Transportasi Udara (Air Transportation Law);
- 3) Hukum Udara Militer (Military Air Law);
- 4) Hukum Perang di Udara (Aerial Warfare Law);
- 5) Hukum Lingkungan Ruang Udara (Air Environmental Law);
- 6) Hukum Penerbangan Komersial (Aviation Commercial Law);

- 7) Air Tickets Law
- 8) Hukum Pertanggung Jawaban Penerbangan (Aviation Legal Liability Law);
- 9) Hukum Jual Sewa Beli Pesawat Udara (Aircraft Purchase/Leasing Law);
- 10) Hukum Asuransi Penerbangan (Aviation Insurance Law);
- 11) Hukum Pidana Penerbangan (Aviation Criminal Law);
- 12) Hukum Cyber Penerbangan (Aviation Cyber Law);

Hukum Udara (Air Law) merupakan bagian besar dari Hukum Angkasa yang terdiri dari Hukum Udara dan Hukum Ruang Angkasa (Air and Space Law/ Aerospace Law; Lucht en Ruimte Recht – Belanda; Luft und Welträum Recht – Jerman; droit aerien et spatial – Perancis; Derecho Aeronautico y del Espacio – Spanyol). Hukum Udara mengatur kegiatan manusia diruang-lapis Bumi yang berisikan gas-gas udara; sedangkan Hukum Ruang Angkasa mengatur segala sesuatu di ruang yang hampa / kosong udara di luar wilayah Bumi. Tampak disini bahwa “aviasi” dikuasai dan diatur oleh Hukum Penerbangan, yakni sebagai suatu “seperangkat ketentuan hukum dan kebiasaan yang mengatur kegiatan serta hak dan kewajiban manusia di bidang angkutan udara dengan segala akibatnya yang dapat menimbulkan tanggung jawab hukum (“legal liabilities”).

Bilamana timbul sengketa terutama di bidang tanggung jawab hukumnya, maka mengingat bahwa “aviasi” itu merupakan suatu kegiatan manusia yang dipengaruhi oleh kegiatan-kegiatan garis lurus fisik penerbangan, kecepatan/singkat waktu/kenyamanan, maka akibatnya bilamana timbul sengketa apakah antara produksi, pemeliharaan, pengguna jasa dengan operator, regulator, usaha travel, dan lain-lain menghendaki penyelesaian sengketa/selisih pendapat secara cepat – terarah – hemat waktu – biaya terukur tanpa mengabaikan rasa keadilan dan kepatutan pihak-pihak yang bersengketa. Bentuk penyelesaiannya lebih efektif andaikata dilakukan melalui jalur “peaceful settlement of dispute” dengan memanfaatkan ketentuan-ketentuan hukum khusus (lex specialis) atau melalui landasan ex aequo et bono, yakni dengan kewajaran – kepatutan yang dirasakan adil oleh semua pihak. Hampir keseluruhan penyelesaian sengketa/selisih pendapat di bidang aviasi sampai hari ini dapat diselesaikan secara tuntas melalui arbitrase / alternatif penyelesaian sengketa (Arbitration and Alternative Disputes Resolution – ADR), yakni dengan memanfaatkan salah satu

mekanisme yang disepakati bersama oleh para pihak, apakah mediasi, konsiliasi, negosiasi dan lain-lainnya dan kemudian masuk ke proses arbitrase bilamana tata cara pemanfaatan mekanisme aps sebelumnya tidak membuahkan hasil.

Ada baiknya diketengahkan apa yang dimaksud dengan arbitrase dan hukum mana yang menguasainya; bagaimana prosesnya. Arbitrase dapat dijelaskan sebagai berikut:

- 1) Terjadi sengketa/ketidak sefahaman.
- 2) Antara dua orang/kelompok atau lebih.
- 3) Sengketa/ketidak sefahaman diserahkan kepada pihak ketiga yang profesional yang disepakati bersama (terdiri dari seorang atau beberapa orang), melalui penyederhanaan hukum dan prosedur (Law of the Parties/Law of Procedure) untuk penyelesaian.
- 4) Dilakukan dengar pendapat melalui hukum yang disepakati bersama oleh para pihak dan disederhanakan.
- 5) Putusan sebelumnya disepakati final dan mengikat dan dapat dilaksanakan (enforceable).

Pelayanan – proses arbitrase di Indonesia telah dilakukan sejak lama oleh BANI Arbitration Center (Badan Arbitrase Nasional Indonesia) yang dibentuk pada tanggal 3 Desember 1977 atas prakarsa Ketua Mahkamah Agung R.I. Prof. R. Soebekti, SH dan didukung oleh Ketua KADIN Marsekal (Purn.) Suwoto Suhendar dan Wakil Ketuanya Julius Tahya, Ketua IKADIN HarjonoTjitrosubono dan penulis. Sejak pendiriannya telah menjalin kerjasama Internasional dengan lembaga-lembaga arbitrase dari Belanda, Jepang, Pilipina, Korea, Hongkong, Singapura, Australia, ICC-Paris; Perancis, ICSID/World Bank-Washington D.C.-USA, APRAG-Sidney-Australia, CEDR-Geneva-Swiss. Masih dalam Perundingan kerjasama dengan beberapa negara lainnya, seperti Jerman, Canada, Venezuela, Brunei Darussalam, Malaysia, Vietnam dan lain-lainnya.

BANI mempunyai perwakilan di London – UK. Selanjutnya Arbiter-arbiter Indonesia terdaftar pada sentra-sentra arbitrase negara-negara kerjasama tadi. Juga terdaftar di ICC-Paris, ICSID/World Bank-Washington D.C, ICAO-Montreal, Intelsat-Washington D.C, APRAG-Asia, CEDR-Geneva. Di BANI terdaftar lebih dari 30 arbiter asing terkemuka yakni dari Jepang, Korea, Hongkong, Pili-

pina, Singapura, Australia, Belanda, Inggris, Perancis, USA, dan lain-lain. BANI didampingi oleh Dewan Penasehat yang terdiri dari:

- 1) Prof. DR. Mochtar Kusumaatmadja SH, LL.M., Mantan Menteri Luar Negeri / ahli Hukum Laut terkemuka.
- 2) Prof. DR. M. Sadli, Mantan Menteri Perdagangan dan Industri / ahli Ekonomi; setelah wafat diganti oleh Prof. Dr. Colin Y.C. Ong, Brunei Darussalam/ahli Arbitrase Internasional.
- 3) Prof. DR. I.H.PH., Diederiks-Verschoor, Anggota, International Court of Justice, The Hague-Belanda / ahli Hukum Udara terkemuka.
- 4) Prof. DR. Karl Heinz Bockstiegel, Mantan, Anggota International Arbitration Court, Koln-Jerman / ahli Hukum Arbitrase dan Hukum Ruang Angkasa.

Dalam kegiatan “aviasi”, peranan doktrin-doktrin dan prinsip-prinsip arbitrase /APS sangat utama. Dari 4 doktrin arbitrase (yakni Doktrin Internasionalitas – Internationality Doctrine; Doktrin Universalitas – Universality Doctrine; Doktrin Globalitas – Globality Doctrine; Doktrin Trans-nasionalitas – Trans-Nationality Doctrine), pengaruh doktrin Internasionalitas dalam kegiatan “aviasi” sangat kuat. Doktrin ini berkata, bahwa dimana pun kita berada, kesamaan Hukum Udara/Arbitrase, kebiasaan, prinsip-prinsip arbitrase / aps akan selalu tampak. Bidang “aviasi” berpegang dan diatur (secara internasional) oleh Konvensi Chicago 1944 (yang diakui sebagai Magna Charta dari pemanfaatan ruang udara) dengan 18 buah “Annexes”nya. Dari Konvensi dan “Annexes” itu terbentuk berbagai mekanisme Alternatif Penyelesaian Sengketa – APS (Alternative Dispute Resolution – ADR) yang sangat bermanfaat dalam setiap penyelesaian sengketa/ketidaksefahaman di bidang “aviasi” dan dicermati melalui Konvensi Chicago 1944. Preamble (Pembukaan) Konvensi berkata antara lain “.... the future development of international aviation can greatly help to create and preserve friendship and understanding among the nations and people of the world, to avoid friction and to promotecooperation....upon which the peace of the world depends;in order that international civil aviation may be developed in a safe and orderly manner and that international air transport service may be established on the basis of equality of opportunity and operated soundly and economically”.

Selanjutnya teliti Konvensi Chicago 1944 ini pada Ps. 3 ayat (d) yang berkata: “the contracting states undertakethat they will have due regard for the safety of navigation of civil aircraft”. Tentunya para pihak yang bersengketa harus mampu memilih, sebelum masuk ke proses arbitrase, mekanisme mana yang paling tepat untuk disepakati yakni apakah salah satu dari yang berikut: Dialogue, Negotiation, Mediation, Conciliation, Dispute Prevention, Binding Opinion, Valuation, Expert Appraisal, Expert Determination, Special Masters, Ombudsmen, Mini-trial, Private Judges, Summary Trial, Musyawarah untuk mufakat, Runggun Adat, Begundem, Rembug Desa, Hakim Perdamaian, Kerapatan Ninik Mamak, Barangay/Barrio, Discussion, Facilitation, Compromise, Adjudication dan lain-lainnya.

Dengan mendasarkan kepada prinsip-prinsip: Good Faith, Non-Confrontation, Cooperation, Law of the Parties, Law of Procedure, Non-Disclosure, Non-Publication, Time Limitation, Confidentiality, Equality, Unanimity, Contradiction, Non-Interference, Non-Intervention, Impartiality.

Sifat-sifat internasional dari aviasi, dan untuk itu perlu diteliti dan diperhitungkan berbagai sistem hukum dunia, yakni apakah Common Law, Civil Law, Continental Law, Germanic Law, Socialist Law, Romanic Law, Greece Law, Law of Canada, Law of the USA, Laws of Central America, Laws of South America, Laws of Africa & Madagascar, Muslim Law, Law of India, Chinese Law, Japanese Law, Law of the Philippines, Laws of the Pacific Region, Law of Australia, Laws of Indonesia, The National Laws of the World, International Treaties, Customary Laws.

BANI selama ini telah melayani dan menyelesaikan berbagai bentuk sengketa, seperti Patent, Trademark, Design, Intellectual Property Right, Consultation, Copy Right, Agency, Licensing, Franchise, Insurance, Construction, Trade, Labor, Industry, Environment, Fabrication, Distribution, Maritime/Shipping, Land/Sea/Air Transportation, Mining, Joint Venture, Banking, Finance, Sport, Air and Space Commercialization: Aviation, Direct Broadcasting, Telecommunication, Remote Sensing, Space Commercial Utilization, Internet, E-Commerce.

Penyelesaian sengketa/ketidak sefahaman di bidang aviasi dan dikehendaki diselesaikan melalui arbitrase /APS diatur oleh ketentuan yang berlaku yang bersumberkan kepada Konvensi Chicago 1944, terutama pasal 1 tentang Kedaulatan, selanjutnya Pasal 12 yang berkata:

1) Rules of the air

Each contracting State undertakes to adopt measures to insure that every aircraft flying over or maneuvering within its territory and that every aircraft carrying its nationality mark, wherever such aircraft may be, shall comply with the rules and regulations relating to the flight and maneuver of aircraft there in force. Each contracting State undertakes to keep its own regulations in these respects uniform, to the greatest possible extent, with those established from time to time under this Convention. Over the high seas, the rules in force shall be those established under this Convention. Each contracting State undertakes to insure the prosecution of all persons violating the regulations applicable”.

2) Dan Pasal 84 berjudul *Dispute and Default*.

“Settlement of disputes.

If any disagreement between two or more contracting State relating to the interpretation or application of this Convention and its Annexes cannot be settled by negotiation, it shall, on the application of any State concerned in the disagreement, be decided by the Council. No member of the Council shall vote in the consideration by the Council of any dispute to which it is a party. Any contracting State may, subject to Article 85, appeal from the decision of the Council to an ad hoc arbitral tribunal agreed upon with the other parties to the dispute or to the Permanent Court of International Justice. Any such appeal shall be notified to the Council within sixty days of receipt of notification of the decision of the Council”.

3) Pasal 85.

“Arbitration procedure.

If any contracting State party to a dispute in which the decision of the Council is under appeal has not accepted the Statute of the Permanent Court of International Justice and the contracting State parties to the dispute cannot agree on the choice of the arbitral tribunal, each of the contracting State parties to the dispute shall name a single arbitrator who shall name an umpire. If either contracting State party to the dispute fails to name an arbitrator within a period of three months from the date of the appeal, an arbitrator shall be named on behalf of that State by the President of the Council from a list of qualified and available persons maintained by the Council. If, within thirty days, the arbitrators cannot agree on an umpire, the President of the Council shall designate an umpire from the list previously referred

to. The arbitrators and the umpire shall then jointly constitute an arbitral tribunal. Any arbitral tribunal established under this or the preceding Article shall settle its own procedure and give its decisions by majority vote, provided that the Council may determine procedural questions in the event of any delay which in the opinion of the Council is excessive”.

Selama ini bentuk/macam sengketa/ketidaksefahaman bidang “aviasi” bisa terjadi dalam berbagai keadaan dan bentuk, seperti design pesawat, produksi, pemeliharaan, jual beli pesawat, termasuk disini keadaan yang menyangkut perbankan / leasing / sewa-beli dan lain-lain. Dalam proses penyelesaian sengketa, ketentuan yang berlaku/diterapkan pertama-tama “the law of the parties/the law of procedure”, kemudian lex specialis, lex generalis dan akhirnya ex aequo et bono. Sengketa yang banyak terjadi adalah apa yang dinamakan oleh “Annexes” sebagai “accident” (kecelakaan dengan akibat luka atau meninggalnya penumpang) dan “serious incident” (yang berkaitan dengan pengoperasian pesawat udara), misalnya keterlambatan pemberangkatan, hilang/rusaknya cargo dan lain-lain. Kemudian kenyataan, bahwa suatu airline yang “benar” ialah bilamana terpenuhi tiga persyaratan utama, yakni memiliki suatu aircraft fleet, routes, dan human resources.

Selanjutnya dalam penyelesaian sengketa/ketidaksefahaman bidang “aviasi”, para arbiter harus mampu mengenal dan menerapkan bukan saja “lex specialis”/hukum-hukum berkaitan dengan “aviasi”, akan tetapi juga bentuk/system hukum dunia, mengingat aviasi itu merupakan kegiatan lintas negara. Dalam mengantisipasi terjadinya “accident” maupun “serious incident” beberapa Negara maju telah berusaha untuk membuat “data” bidang-bidang “aviasi” mana yang rentan dan penyelesaiannya paling tepat dilakukan melalui arbitrase/aps (pengalaman penulis disini misalnya ditunjuk menyelesaikan sengketa operator contra penumpang oleh Lloyd of London – sengketa penyerahan pesawat dari Aerospatiale – Perancis ke Indonesia, dan lain-lain).

Berikut ini beberapa usaha yang dilakukan oleh USA, sebagai negara terkemuka di bidang produksi, operator penerbangan: ¹

- 1) *Representative Ritter then announced his proposed Airline Passenger Defense Act of 1990. This plan would:*

¹ Airline Passenger Bill of Rights Act. Of 1999.
Shuster Unveils Passenger Bill of Rights, Congress Daily, Feb. 10, 1999.

- a) Prohibit flight cancellations for reasons other than safety within 72 hours of a scheduled departure, and compensate passengers for such prohibited cancellations.
- b) In order to allow passengers to make alternate arrangements, require airlines to notify passengers of delays that will last at least 15 minutes, the reason for the delay, and the approximate length of the delay.
- c) Increase the limit of liability when airlines lose baggage from \$1250 to \$2500, and penalize the airlines that do not do so.
- d) When baggage delivery is delayed three or more hours, require airlines to compensate passengers for the delay, and simplify the procedures for reporting and being reimbursed for lost baggage.
- e) When a lost or damaged baggage claim is made, the airlines must resolve the claim within 30 days to avoid having to pay a penalty directly to the passenger.

2) *Language of House Bill 700.*

Representative Shuster attached a summary of the Passenger Bill of Rights to a press release announcing the unveiling of the proposed legislation, House Bill 700:

- a) *Requires airlines to pay compensation to passengers if they are kept waiting on the runway for more than two hours either prior to take-off or after landing. The compensation would be twice the value of the ticket and would increase proportionally as the wait lengthens. Compensation would triple at three hours, quadruple at four hours, etc. Departure delays attributable to air traffic control would not require compensation from the carrier.*
- b) *Prohibits an airline from using a single flight number to denote a flight that it knows will involve a change of aircraft. The number of passengers on the flight would multiply the penalty.*
- c) *Requires an airline to explain the reasons for a delay, cancellation, or diversion to a different airport and penalizes the airline, not the employee, if the explanation is false or misleading*
- d) *Requires airlines to refund the money of any passenger on a flight that is cancelled for economic reasons. Requires airlines to report all can-*

cellations to DOT (Department of Transportation) including the flight number, departure time, and load factor of the flight cancelled. The DOT must review reports submitted and determine whether a pattern of cancelling a specific flight exists or of cancelling flights with low load factors (under 30 percent). If DOT finds that a flight was cancelled for economic reasons, passengers on that flight must have their money refunded.

- e) Requires airlines to make a good faith effort to return lost property to the owner if the person's name is on the property.*
 - f) Prohibits security screeners from separating babies from their parents.*
 - g) In cases where airlines share their two-letter designator code on a flight (code sharing), requires airlines to notify passengers if they will not actually be flying on the airline whose code is being used.*
 - h) Directs airlines not to prohibit or change an additional fee to passengers who only use a portion of their ticket. This is designed to permit "hidden city" ticketing (where the passenger buys a ticket for a more distant point but gets off the plane at the first stop because the ticket to the more distant point was cheaper) and "back-to-back" ticketing (where the passenger buys two round trip tickets but uses only half of each because doing so takes advantages of the cheaper tickets one can get by staying over a Saturday night).*
 - i) Require airlines to reveal, upon request, the number or percentage of seats that are available for use by those redeeming frequent flyer awards.*
 - j) Directs DOT to study and report to Congress on whether airlines are providing adequate supervision of unaccompanied minors on their flights.*
- 3) Congressman Dingell introduced a similar bill, the Passenger Entitlement and Competition Enhancement Act, House Bill 780. There are several slight differences between House Bill 780 and House Bill 700.*
- a) H.R. 780 would require all airlines to have an emergency plan on record with the Department of Transportation to ensure that, in the event of an emergency, all boarded passengers would have access to such necessary services as food, water, emergency medical services, and restroom*

facilities.... Failure to have such a plan on file would result in the suspension of the carrier's license. Also, violations of the emergency plan would yield \$10,000 fines.

- b) *H.R. 780 would also alter carrier liability by doubling it from the current \$1,250 for mishandled baggage, to \$2,500 for provable damages that the passenger incurred because of the carrier's improper handling.*
 - c) *In addition, H.R. 780 would specify that should a passenger be involuntarily denied boarding, the air carrier would not be absolved of its responsibility to carry any such passenger to the passenger's final destination. Further, if the scheduled arrival time of the alternative transportation is not within two hours of the originally scheduled arrival time, then the airline must also provide affected passengers with a voucher or refund equal in value to the original price paid by the passenger for the original flight.*
- 4) *The nine-point Air Travellers' Bill of Rights, which gives passengers the right to:*
- a) *Truth in advertised prices, schedules and seat availability.*
 - b) *Equal access to unbiased, comparative travel information and all fare and service options.*
 - c) *A comfortable seat, reasonable space for carry-on luggage, healthful meals, and clean sanitary facilities, regardless of class of service.*
 - d) *Timely and courteous assistance in making connections.*
 - e) *Use all, part or none of the segments on any ticket purchased.*
 - f) *Timely, complete and truthful information and courteous assistance regarding delays, cancellations, and equipment changes.*
 - g) *Timely and courteous assistance for the disabled and unaccompanied children.*
 - h) *Appropriate in-flight medical emergency assistance.*
 - i) *Access to the courts and state consumer laws to resolve disputes with airlines.*
- 5) *Language of Senate Bill 383.*

In the case of a certified air carrier, an air carrier's failure:

- a) *To inform a ticketed passenger, upon request, whether the flight on which the passenger is ticketed is oversold;*
- b) *To permit a passenger holding a conformed reserved space on a flight to use portions of that passenger's ticket for travel, rather than the entire ticket, regardless of the reason any other portion of the ticket is not used;*
- c) *To deliver a passenger's checked baggage within 24 hours after arrival of the flight on which the passenger travelled and on which the passenger checked the baggage, except for reasonable delays in the delivery of such baggage;*
- d) *To provide a consumer full access to all fares for that air carrier, regardless of the technology the consumer uses to access the fares if such information is requested by that consumer;*
- e) *To provide notice to each passenger holding a confirmed reserved space on a flight with reasonable prior notice when a scheduled flight will be delayed for any reason (other than reasons of national security);*
- f) *To inform passengers accurately and truthfully of the reason for the delay, cancellation, or diversion of a flight;*
- g) *To refund the full purchase price of an unused ticket if the passenger requests a refund within 48 hours after the ticket is purchased; and*
- h) *To disclose to consumers information that would enable them to make informed decisions about the comparative value of frequent flyer programs among airlines, including the number of seats redeemable on each flight and the percentage of successful and failed redemptions on each airline and on each flight. Among these points are:*
 - ▶ *Inform passengers of the lowest fare available. Each ATA airline will quote the lowest available fare for which the customer is eligible on the airline's telephone reservation system for the flight and class of service requested.*
 - ▶ *Delay notification. Airlines will notify customers of known delays, cancellations and diversions. Each airline will establish and implement policies and procedures for notifying customers at the air-*

port and on board affected aircraft of information regarding delays, diversions and cancellations in a timely manner.

- ▶ *Complaints. Each airline will assign a customer service representative responsible for handling passenger complaints and ensuring that all written complaints are responded to within 60 days.*
- ▶ *Increase baggage liability limit. ATA airlines have already petitioned the DOT to increase the current baggage liability limit of \$1,250 per bag to \$2,500. Airlines applaud the DOT for their quick action on this request.*
- ▶ *Meet customers' essential needs. During long on-aircraft delays, ATA airlines will make every reasonable effort to provide food, water, restroom facilities and access to medical treatment for on-board passengers who are on the ground for an extended period without access to the terminal.*
- ▶ *Disclosure. Each airline will make available the following to their customers: cancellation policies resulting from failure to use each flight coupon; rules, restrictions and an annual report on frequent flyer programs; and upon request, information regarding airline seat size and pitch.*

6). *General Aviation Revitalization Act (GARA), 1994 yang mengatur tentang usia produktif pesawat udara komersial.*

Selanjutnya dalam proses arbitrase bidang aviasi ataupun bidang lainnya sebaiknya diusahakan mengikuti Check list for International Aviation Arbitration yang dikembangkan oleh Priyatna, yang meliputi Sequence of the Arbitration Process sebagai berikut:

- 1) *The Request for Arbitration (Arbitration Clause).*
- 2) *The Response.*
- 3) *The Tribunal and Register.*
- 4) *Notices and Periods of Time.*
- 5) *Formation of the Arbitral Tribunal.*
- 6) *Nationality of Arbitrators.*
- 7) *Party and Other Nominations.*
- 8) *Three or More Parties.*
- 9) *Expedited Formation.*

- 10) *Revocation of Arbitrator's Appointment.*
- 11) *Nomination and replacement of arbitrator's.*
- 12) *Majority power to continue proceedings.*
- 13) *Submission of written statements and documents.*
- 14) *Conduct of the proceedings/Terms of Reference.*
- 15) *Submission of written statements and documents.*
- 16) *Seat of arbitration and place of hearing.*
- 17) *Language of arbitration.*
- 18) *Party representations.*
- 19) *Hearings.*
- 20) *Witnesses.*
- 21) *Experts to the Arbitral Tribunal.*
- 22) *Additional power of the Arbitral Tribunal.*
- 23) *Jurisdiction of the Arbitral Tribunal.*
- 24) *Deposits.*
- 25) *Interim and conservatory measures.*
- 26) *The award.*
- 27) *Correction of award and additional awards.*
- 28) *Arbitration and legal costs.*
- 29) *Decisions by the Tribunal.*
- 30) *Confidentiality.*
- 31) *Exclusion of liability.*
- 32) *General rules.*

Priyatna Abdurrasyid

Penulis adalah salah satu pendiri BANI dan saat ini menjabat Ketua BANI

Pemboncengan Reputasi Merek (Passing Off) Dapat Dimintakan Putusan Arbitrase

Asal usul merek berpangkal di sekitar abad pertengahan di Eropa, pada saat perdagangan dengan dunia luar mulai berkembang. Fungsinya semula untuk menunjukkan asal produk yang bersangkutan. Baru setelah dikenal metode produksi massal dan dengan jaringan distribusi dan pasar yang lebih luas dan kian rumit, fungsi merek berkembang menjadi seperti yang dikenal saat ini¹. Pengertian merek sendiri adalah suatu tanda pengenal dalam kegiatan perdagangan barang atau jasa yang sejenis dan sekaligus merupakan jaminan mutunya bila dibandingkan dengan produk barang atau jasa sejenis yang dibuat pihak lain². Pengertian mengenai merek ini diatur dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang No. 15 Tahun 2001 tentang Merek (“UU Merek”)³. Dalam dunia perniagaan, merek sangat penting karena publik seringkali mengkaitkan citra, kualitas atau reputasi suatu barang atau jasa dengan merek tertentu. Selain itu, merek juga dapat berfungsi merangsang pertumbuhan industri dan perdagangan yang sehat dan menguntungkan semua pihak⁴.

Persaingan di dunia usaha yang semakin ketat mengharuskan adanya payung hukum yang dapat melindungi segala aspek dari perlindungan merek. Sampai saat ini, masih terdapat banyak celah pada UU Merek, sehingga masih saja terjadi tindakan-tindakan yang berpotensi merugikan kalangan pengusaha yang telah membangun image dan reputasi suatu bidang usaha.

1 Rachmadi Usman, S.H., Hukum Hak atas Kekayaan Intelektual. (Bandung: PT. Alumni), 2003, hal. 305.

2 Ibid, hal. 321.

3 Pasal 1 angka 1 UU Merek:

“Merek adalah tanda yang berupa gambar, nama, kata, huruf-huruf, angka-angka, susunan warna, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut yang memiliki daya pembeda dan digunakan dalam kegiatan perdagangan barang atau jasa”

4 Rachmadi Usman, S.H., op.cit., hlm. 322.

Sebagaimana kasus yang pernah terjadi di Jawa Tengah, dimana telah berlangsung proses persidangan di Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Semarang, sehubungan dengan adanya pemboncengan merek milik suatu perusahaan yang bergerak di bidang usaha jasa kecantikan, sebut saja Perusahaan A, yang telah dikenal luas oleh masyarakat. Hal ini sehubungan dengan adanya pihak ketiga, sebut saja Perusahaan B, yang dengan itikad buruk telah mendaftarkan merek yang memiliki persamaan pada pokoknya dengan merek milik Perusahaan A tersebut. Adapun merek milik Perusahaan A terdaftar pada Kelas 44, yaitu untuk melindungi Jasa Kecantikan, sedangkan merek yang didaftarkan oleh Perusahaan B didaftar pada Kelas 3, yaitu untuk melindungi produk kosmetik. Akibatnya, timbul kebingungan di tengah masyarakat terkait dengan asal-usul produk kosmetik tersebut karena masyarakat berasumsi bahwa produk kosmetik yang diproduksi oleh Perusahaan B dan beredar di pasaran seolah-olah merupakan hasil produksi Perusahaan A, sehingga hal tersebut menimbulkan penyesatan terhadap konsumen. Pada faktanya, hal tersebut tidak benar karena antara Perusahaan A dengan Perusahaan B, tidak memiliki hubungan afiliasi maupun hubungan bisnis dalam bentuk apapun. Majelis Hakim Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Semarang mengabulkan gugatan Perusahaan A dan memerintahkan Dirjen Haki untuk mencoret merek Perusahaan B dari daftar umum merek.

Perusahaan B kemudian mengajukan upaya hukum kasasi terhadap Putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Semarang tersebut kepada Mahkamah Agung Republik Indonesia, di mana kemudian Mahkamah Agung Republik Indonesia menolak permohonan kasasi yang diajukan oleh Perusahaan B tersebut.

Dalam mendapatkan suatu perlindungan hukum, suatu merek harus dimohonkan pendaftarannya⁵. Pada suatu pendaftaran merek, seringkali terjadi suatu merek yang selain didaftarkan dengan itikad tidak baik (*bad faith*), juga mengandung persamaan pada pokoknya dan bahkan memiliki kesan adanya keterkaitan yang erat dengan merek milik pihak lain yang terdaftar pada kelas barang atau jasa yang tidak sejenis. Hal ini dapat terjadi pada barang dan jasa yang terkait pada dunia fashion, seperti halnya baju atau tas dengan butik, toko

5 Pasal 3 UU Merek:

“Hak atas Merek adalah hak eksklusif yang diberikan oleh Negara kepada pemilik Merek yang terdaftar dalam Daftar Umum Merek untuk jangka waktu tertentu dengan menggunakan sendiri Merek tersebut atau memberikan izin kepada pihak lain untuk menggunakannya.”

atau outlet yang memiliki keterkaitan erat antara satu sama lain. Keterkaitan yang erat antara satu produk dengan sebuah usaha juga terdapat pada produk kosmetik berupa bedak, lotion, atau sabun dengan jasa berupa usaha klinik kecantikan.

Modus pelanggaran merek melalui pemboncengan reputasi dan image terhadap merek jasa berupa usaha klinik kecantikan milik Perusahaan A tersebut di atas dalam sistem hukum common law disebut sebagai tindakan “passing off”. Adapun definisi passing off menurut Black’s Law Dictionary, Eighth Edition oleh Bryan A. Garner, Page 1115, yaitu:

“The act or an instance of falsely representing one’s own product as that of another in an attempt to deceive potential buyers. Passing off is actionable in tort under the law of unfair competition. It may also be actionable as trademark infringement”.

Sedangkan definisi passing off dalam free encyclopedia (wikipedia)⁶ :

“Passing off is a common law tort which can be used to enforce unregistered trademark rights. The tort of passing off protects the goodwill of a trader from a misrepresentation that causes damage to goodwill”.

“The law of passing off prevents one person from misrepresenting his or her goods or services as being the goods and services of the claimant, and also prevents one person from holding out his or her goods or services as having some association or connection with the plaintiff when this is not true”.

Elemen yang terdapat pada tindakan passing off sebagaimana yang dinyatakan dalam elemen pertama adalah dengan adanya reputasi yang terdapat pada pelaku usaha yaitu apabila seorang pelaku usaha memiliki reputasi bisnis yang baik di mata publik dan juga usahanya tersebut cukup dikenal oleh umum. Pada elemen passing off yang kedua, adanya misrepresentasi dalam hal ini dikenalnya merek yang dimiliki oleh pelaku usaha tersebut, maka apabila ada pelaku usaha lain mendompleng merek yang sama publik akan dapat dengan mudah terkecoh (misleading) atau terjadi kebingungan (confusion) dalam memilih produk yang diinginkan. Selanjutnya, elemen passing off yang ketiga yaitu terdapatnya kerugian yang timbul akibat adanya tindakan pendomplengan atau pemboncengan yang dilakukan oleh pengusaha yang dengan itikad tidak baik menggunakan merek yang mirip atau serupa dengan merek yang telah dikenal

⁶ www.wikipedia.com

tersebut sehingga terjadi kekeliruan memilih produk oleh masyarakat (public misleading).

Dalam sistem hukum common law, pemboncengan merek (passing off) ini merupakan suatu tindakan persaingan curang (unfair competition), dikarenakan tindakan ini mengakibatkan pihak lain selaku pemilik merek yang telah mendaftarkan mereknya dengan itikad baik mengalami kerugian dengan adanya pihak yang secara curang membongceng atau mendompleng merek miliknya untuk mendapatkan keuntungan finansial. Dimana, hal tersebut dilandasi niat untuk mendapatkan jalan pintas agar produk atau bidang usahanya tidak perlu memerlukan usaha membangun reputasi dan image dari awal lagi. Passing off juga sangat berpotensi untuk menipu konsumen dan menyebabkan kebingungan publik (public confusion) atau pun misleading di masyarakat tentang asal-usul suatu produk.

Adapun terhadap adanya tindakan passing off ini, ketentuan dasar yang dilanggar yaitu Pasal 3, Pasal 4, dan Pasal 5 UU Merek⁷. Selain ketentuan khusus mengenai merek tersebut, terhadap tindakan passing off juga dapat dikenakan ketentuan pidana, karena tindakan passing off ini sarat dengan unsur perbuatan curang. Hal ini sebagaimana yang terdapat pada Pasal 382 bis Bab XXV KUHPidana tentang Perbuatan Curang yang berbunyi:

“Barangsiapa untuk mendapatkan, melangsungkan atau memperluas hasil perdagangan atau perusahaan milik sendiri atau orang lain, melakukan perbuatan curang untuk menyesatkan khalayak umum atau seorang tertentu, diancam, jika perbuatan itu dapat menimbulkan kerugian bagi konkuren-konkurennya atau konkuren-konkuren orang lain karena persaingan curang, dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana denda paling banyak tiga belas ribu lima ratus rupiah”.

Indonesia sebagai negara yang telah meratifikasi konvensi Paris (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) dari World Intellectual Property

⁷ Pasal 4 UU Merek:

“Merek tidak dapat didaftar atas dasar Permohonan yang diajukan oleh Pemohon yang beritikad tidak baik.”

Pasal 5 UU Merek:

“Merek tidak dapat didaftar apabila Merek tersebut mengandung salah satu unsur di bawah ini:

a. Bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, moralitas agama, kesusilaan, atau ketertiban umum;

b. Tidak memiliki daya pembeda;

c. Telah menjadi milik umum; atau

d. Merupakan keterangan atau berkaitan dengan barang atau jasa yang dimohonkan pendaftarannya.”

Organization (WIPO) sudah seharusnya menerapkan dan mengimplementasikan ketentuan-ketentuan yang terdapat pada konvensi tersebut, khususnya Pasal 10 bis Konvensi Paris yang mengatur agar perlindungan terhadap adanya tindakan yang mengarah kepada persaingan curang tidak semakin banyak dan merajalela. Apabila Indonesia tidak mematuhi prinsip-prinsip dasar perdagangan multilateral dan pelanggaran HKI semakin banyak terjadi, maka Indonesia dapat terkena dampak berupa dijatuhkannya cross retaliation yaitu berupa sanksi di bidang ekonomi, contoh dijatuhkannya sanksi ekonomi seperti melarang impor ataupun dikenakan bea tinggi terhadap barang-barang impor. Hal tersebut dapat sangat menghambat kemajuan perekonomian di Indonesia.

Sebenarnya tindakan passing off dapat dicegah sejak awal ketika diajukan permohonan pendaftaran merek. Pemeriksa Merek (Trademark Examiner) yang berfungsi sebagai salah satu penentu diterima atau tidaknya suatu permohonan pendaftaran merek dapat menerapkan prinsip pemeriksaan cross class, apabila antara suatu merek yang diajukan pendaftarannya memiliki keterkaitan dengan merek lain yang berada dalam kelas barang atau jasa yang berbeda, dan digunakan secara bersamaan dalam perdagangan barang atau jasa, maka pemeriksa merek (Trademark Examiner) sepatutnya menolak permohonan tersebut. Namun, seringkali pada prakteknya, merek-merek yang memiliki persamaan pada pokoknya serta keterkaitan dengan merek lain yang berada di kelas barang atau jasa yang berbeda tersebut, walaupun sangat berpotensi menyesatkan konsumen, tetap saja dapat terdaftar di Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual ("Dirjen HKI"). Hal tersebut selain menyebabkan kebingungan di masyarakat, juga menimbulkan ketidakpastian hukum, padahal seharusnya Dirjen HKI berfungsi untuk menciptakan kepastian hukum di bidang Hak Kekayaan Intelektual.

Salah satu cara untuk menyelesaikan gugatan merek dapat juga dilakukan melalui arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 84 UU Merek⁸. Kelebihan penyelesaian sengketa melalui arbitrase dibandingkan melalui pengadilan adalah diantaranya kerahasiaan sengketa dijamin, dapat dihindari kelambatan yang diakibatkan karena hal prosedural dan administratif, win-win solution, dan putusan arbitrase merupakan

⁸ Pasal 84 UU Merek:

"Selain penyelesaian gugatan sebagaimana dimaksud dalam Bagian Pertama Bab ini, para pihak dapat menyelesaikan sengketa melalui Arbitrase atau Alternatif Penyelesaian Sengketa"

putusan final dan mengikat para pihak (final dan binding)⁹. Di Indonesia, lembaga yang dibentuk untuk menyelesaikan sengketa arbitrase adalah Badan Arbitrase Nasional Indonesia (“BANI”).

Untuk itu, Arbitrase dapat digunakan sebagai forum yang utama dalam penyelesaian sengketa Merek, mengingat Arbitrase memiliki beberapa kelebihan daripada penyelesaian sengketa melalui forum pengadilan sebagaimana telah dinyatakan di atas.

Menjelang amandemen beberapa Undang-Undang Hak Kekayaan Intelektual, termasuk UU Merek, yang sedang dibahas di Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, sudah sepatutnya hal tersebut diimbangi dengan peningkatan kinerja dan profesionalitas dari jajaran Dirjen HKI, terutama dengan meningkatkan kompetensi Pemeriksa Merek. Selain itu, sudah seharusnya kita dapat mencontoh negara Australia dan Inggris dimana merek yang belum terdaftar sekalipun dapat terlindungi oleh ketentuan passing off. Dengan demikian, ketentuan mengenai passing off sudah seharusnya diatur secara khusus dalam UU Merek yang akan datang agar praktek passing off yang sudah sering terjadi di Indonesia dapat segera teratasi.

Frans Hendra Winarta

Penulis adalah Ketua Umum Yayasan Pengkajian Hukum Indonesia dan salah satu arbiter di BANI

⁹ Ketentuan mengenai putusan arbitrase adalah putusan final dan mengikat diatur dalam Pasal 60 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (“UU No. 30/1999”) dan Pasal 32 Peraturan Prosedural BANI:

Hal-hal Yang Perlu Dipertimbangkan Sebelum Menandatangani Kesepakatan Berarbitrase

Transaksi bisnis umumnya didasarkan pada kepercayaan di antara para pihak, namun hal ini tetap tidak akan dapat menghilangkan kemungkinan terjadinya perselisihan di antara para pihak. Perselisihan tersebut dapat menimbulkan sengketa yang tentunya memerlukan penyelesaian hukumnya, yang dapat dilakukan melalui pengadilan dan di luar pengadilan, misalnya arbitrase. Masing-masing cara penyelesaian sengketa tersebut mempunyai kelebihan dan kelemahan, dan dengan demikian wajar bilamana sebelum menetapkan cara penyelesaian sengketa dalam suatu kontrak, masing-masing pihak sebaiknya mengajukan beberapa pertanyaan kepada diri sendiri dalam upaya membantu membuat putusan yang tepat (*intelligent decision*) mengenai jalur penyelesaian sengketa yang terbaik yang dapat memenuhi kepentingan masing-masing pihak.

Apa itu arbitrase?

Esensi dari arbitrase adalah kesepakatan antara dua pihak atau lebih untuk berusaha menyelesaikan sengketa di luar pengadilan. Para pihak sepakat untuk menunjuk pihak ketiga sebagai arbiter yang akan bertindak sebagai wasit. Setelah memberikan kesempatan kepada para pihak untuk menyampaikan dokumen-dokumen dan bukti-bukti yang relevan, arbiter akan bertindak sebagai Nabi Sulaiman untuk memutuskan siapa yang menang dan siapa yang kalah.

Pada umumnya tidak ada aturan tertentu bagaimana arbitrase dilakukan dan semuanya diserahkan kepada kesepakatan para pihak. Meskipun demikian, untuk memfasilitasi proses para pihak dapat sepakat mengenai aturan-aturan yang akan digunakan, misalnya aturan dari suatu organisasi atau badan, seperti Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI).

Selain arbitrase, di BANI juga dikenal pendapat yang mengikat atau binding opinion. Hal ini dapat terjadi karena dalam perjalanannya suatu perjanjian dapat tidak lagi sesuai dengan perkembangan yang berkaitan dengan berubahnya keadaan atau kondisi yang sebelumnya tidak dapat diperkirakan, sehingga syarat-syarat di dalam perjanjian menjadi tidak dapat dilaksanakan atau terlalu merugikan salah satu pihak. Putusan arbitrase umumnya mengikat para pihak, demikian pula dalam hal binding opinion. Mengikat dalam hal ini berarti bahwa pihak yang menang dapat membawa putusan arbitrase tersebut kepada Pengadilan Negeri dan menegakkan putusan tersebut apabila pihak yang kalah tidak mau mentaati putusan.

Apa manfaat dari arbitrase?

Pertama, manfaat dari arbitrase adalah merupakan forum yang menyelesaikan sengketa di luar sistem peradilan umum dengan arbiter-arbiter yang dipilih oleh para pihak yang bersekgeta. Proses arbitrase dapat berlangsung dengan cepat dan sederhana, di mana gugatan melalui pengadilan dapat berjalan lama bahkan sampai bertahun-tahun. Karena dalam arbitrase aturan mengenai pembuktian dan prosedur umumnya lebih relaks, para pihak dalam posisi yang lebih baik untuk mewakilinya sendiri tanpa melibatkan kuasa hukum.

Demikian pula, arbitrase cenderung berbiaya lebih rendah dari pada proses pengadilan. Sementara para pihak umumnya akan harus membayar honor para arbiter, namun jumlahnya lebih terukur dan diketahui terlebih dahulu, dibandingkan dengan gugatan melalui pengadilan yang lama dan panjangnya proses penyelesaian membawa akibat pada tingginya biaya yang harus dibayarkan kepada pengacara (legal cost).

Bahkan dalam proses mediasi yang sering dilakukan di dalam sidang pertama arbitrase di BANI, salah satu manfaat adalah menjembatani “celah” atau “gap” yang ada diantara para pihak, sehingga mereka mendapatkan cahaya yang samar-samar (glimpse) mengenai permasalahan jika keduanya tidak dapat memecahkan perbedaannya.

Hal lain yang baik mengenai arbitrase adalah bahwa arbiter umumnya tidak terikat kepada prosedur yang kaku dalam mencapai putusan. Arbiter umumnya lebih memfokuskan kepada fakta dan peristiwa, dibandingkan dengan hakim. Arbiter umumnya juga berusaha lebih praktis dan sering kali mencari kom-

promi dalam menegakkan keadilan atau kepatutan. Karenanya, putusan arbitrase akan memberikan sesuatu sekurang-kurangnya kepada salah satu pihak.

Putusan arbitrase adalah final, yakni dapat segera dilaksanakan dan dengan demikian, ketika putusan dijatuhkan perkara tersebut selesai, Pihak yang kalah tidak dapat mengajukan banding (sesuatu yang dapat membawa masalahnya tidak kunjung selesai). Permohonan banding hanya dapat dilakukan dalam hal-hal tertentu, jika dapat dibuktikan telah terjadi pemalsuan, penyembunyian dokumen yang bersifat menentukan oleh pihak lawan atau pengambilan putusan dari hasil tipu muslihat.

Apa yang diharapkan (ekspektasi) dari hasil arbitrase?

Arbitrase pada dasarnya berdiri di atas pilar yang terdiri dari tiga komponen berikut:

1. Ketidakberpihakan dan keahlian dari arbiter yang memutus perkara. Dalam gugatan melalui pengadilan, para pihak tidak mempunyai hak memilih hakim yang akan mengadili perkara, yang umumnya dipilih secara acak dan sering kali tidak mempunyai latar belakang terhadap masalah yang disengketakan serta tidak memahami praktik-praktik dalam industri berkaitan dengan sengketa. Dengan demikian, hakim seringkali terpaksa menerapkan pertimbangan yang kurang mendalam (*superficial treatment*) terhadap perkara yang diajukan. Kebalikannya, dalam arbitrase para pihak dapat memilih arbiter dengan keahlian khusus yang memahami isu dan industri yang terkait dalam sengketa, yang tidak mempunyai kepentingan dan tidak berpihak, dan dapat sepenuhnya memberikan waktu yang diperlukan untuk memahami fakta-fakta dan aturan-aturan yang dapat diterapkan dalam menyelesaikan perbedaan,
2. Berbeda dengan pemeriksaan melalui pengadilan yang terbuka kepada umum, pemeriksaan melalui arbitrase tertutup dan bersifat pribadi dan rahasia. Bagi beberapa orang, sifat tertutup dan rahasia ini merupakan atribut yang paling menarik dari proses arbitrase.
3. Dengan beberapa pengecualian, putusan arbitrase adalah final (kecuali para pihak sepakat untuk mengkajinya kembali, suatu hal yang jarang terjadi), dengan demikian perbedaan atau sengketa yang diputuskan dalam arbitrase adalah selesai. Kebalikannya, penyelesaian melalui pengadilan masih memberikan jalan kepada para pihak untuk mengajukan banding

dan kasasi. Efisiensi arbitrase - dibandingkan dengan penyelesaian melalui pengadilan, menarik para pihak yang tidak dapat memberikan toleransi proses yang lambat dalam penyelesaian melalui pengadilan.

Apa kekurangan/kelemahan arbitrase?

Seperti di pengadilan, pada dasarnya tidak ada jaminan bahwa proses arbitrase berjalan adil (fair process). Namun demikian, juga diketahui bahwa segera setelah putusan dijatuhkan dalam suatu arbitrase yang mengikat, para pihak terikat dengan putusan tersebut. Tanpa hak untuk banding, akan selalu terdapat risiko atas tingkah laku dan prasangka terhadap arbiter. Hal ini menimbulkan dilema, karena di satu sisi, hal ini mungkin merupakan kekurangan proses arbitrase, namun di sisi lain tidak adanya hak banding juga merupakan kelebihan arbitrase.

Identifikasi kekurangan umumnya tergantung di mana para pihak berada. Misalnya, dalam hal yang berkaitan dengan pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase asing atau internasional di negara pihak yang kalah. Meskipun sekitar 144 negara telah menandatangani dan meratifikasi Konvensi New York 1958 mengenai pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase internasional, namun dalam praktiknya masih timbul kesulitan. Demikian pula, konsep arbitrase di tiap negara berbeda yang masing-masing dipengaruhi oleh hukum dan struktur hukum masing-masing. Akhirnya, bagaimanapun juga keputusan arbitrase selalu tergantung kemampuan teknis arbiter untuk memberikan keputusan yang memuaskan dan sesuai dengan rasa keadilan para pihak.

Mengapa harus ada klausul arbitrase?

Apabila anda diminta menandatangani suatu perjanjian, usahakan untuk selalu melihat apakah ada klausul arbitrase di dalamnya. Jika dalam perjanjian banyak hal yang dipertaruhkan (at stake), anda sebaiknya menanyakan apakah klausul arbitrase tersebut sudah layak. Jika potensi manfaat dari arbitrase lebih besar dari kelemahan atau kekurangannya, maka wajar untuk adanya klausul arbitrase dalam perjanjian.

Apakah anda dalam posisi untuk bernegosiasi?

Dalam teori, semua kontrak dapat dirundingkan. Namun, dalam praktik hal tersebut tergantung pada kedudukan para pihak. Misalnya, jika anda merupa-

kan pelanggan, maka anda tidak mempunyai pilihan (terutama kontrak-kontrak baku), yakni menerima atau menolak klausula arbitrase tersebut dalam kontrak yang harus ditandatangani ("take it or leave it"). Dalam situasi yang lain, misalnya dalam hal pembelian rumah atau kontrak kerja, klausula arbitrase tersebut selalu dapat dirundingkan.

Manfaat apa yang akan didapat dari arbitrase?

Pertanyaan ini sulit untuk dijawab, maka dalam hal ini anda sebaiknya berusaha mengantisipasi sifat-sifat dari sengketa yang dapat timbul. Apakah anda mau penyelesaian yang sederhana dan cepat melalui arbitrase dengan segala risiko, seperti terbatasnya ganti rugi, tidak dapat diajukan banding, dan lain-lain?

Apakah anda dalam posisi yang lebih baik untuk menyelesaikan sengketa melalui pengadilan, dibandingkan dengan pihak lawan?

Seperti di atas, pertanyaan semacam ini memang sulit untuk dijawab dan menimbulkan dilema. Dalam kesepakatan bisnis, mungkin anda tidak mau memberikan peluang kepada mitra anda untuk menyelesaikan sengketa melalui forum arbitrase, jika peluang anda untuk menyelesaikan sengketa melalui jalur pengadilan akan lebih berhasil. Namun di sisi lain, anda juga ingin penyelesaian melalui arbitrase jika ada peluang untuk menyelesaikan sengketa yang timbul lebih cepat dan berbiaya lebih rendah.

Apa yang dicakup dalam klausula arbitrase?

Klausula arbitrase sering menjadi jelimet (sophisticated) dan kompleks. Anda harus membacanya dengan hati-hati dan berusaha memahaminya. Kadang-kadang konsepnya dapat dimengerti (make sense), tetapi klausulanya sendiri terlalu memaksa (too overbearing).

Keputusan macam yang dijatuhkan dalam arbitrase?

Dalam cara mengambil keputusan arbitrase pada umumnya banyak negara di barat menganut sistem yang bersifat alternatif, yakni pihak-pihak yang bersengketa dapat minta agar perkara diputus berdasarkan asas "ex aequo et bono" atau amicable settlement, dengan seadil-adilnya yang harus dengan tegas disebut dalam klausul arbitrase sebagai suatu pasal dalam perjanjian; atau para pihak minta agar sengketa diputus berdasarkan hukum dan undang-undang saja. Di dalam sistem yang bersifat alternatif itu maka apabila para pihak tidak

menyebut suatu pilihan, perkara akan diputus berdasarkan hukum dan undang-undang. Di Indonesia dan beberapa negara berkembang lainnya tidak mengikuti sistem yang bersifat alternatif, akan tetapi sengketa akan diputus tetap berdasarkan hukum dan undang-undang, yang penerapannya berpegang pada asas *ex aequo et bono* atau asas keadilan.

Apa yang akan anda perbuat bila terjadi sengketa?

Pertanyaan ini merupakan pertanyaan yang akan diajukan ketika anda mengkaji klausula arbitrase dan setelah ada sengketa. Dalam hal ini anda dapat menghubungi badan arbitrase yang akan digunakan dan mendapatkan informasi yang jelas mengenai hal-hal yang diperlukan.

Penutup

Arbitrase dapat merupakan hal yang baik dan bermanfaat, meskipun ini tidak selalu demikian. Karena itu ajukan pertanyaan-pertanyaan yang tepat untuk membantu anda membuat keputusan, apakah memerlukan klausula arbitrase dalam perjanjian atau akan berusaha bernegosiasi untuk menyelesaikan masalah atau menyelesaikan sengketa yang timbul melalui pengadilan? Perlu diingat, dengan menyepakati untuk berarbitrase anda telah menyerahkan hak anda untuk berpekar di pengadilan, dan karena itu harus terdapat alasan yang jelas bagi anda untuk berarbitrase.

Madjedi Hasan

Penulis adalah konsultan di bidang migas dan panas bumi dan arbiter di BANI

Hong Kong International Arbitration Centre Celebrates Its 25th Anniversary

As part of our cooperation, BANI is pleased to pass the announcement from the Hong Kong International Arbitration Centre (“HKIAC”) that this year marks the 25th anniversary of the founding of the HKIAC. To celebrate this special occasion, the HKIAC will host a series of events from 17-20 November in Hong Kong. The festivities will commence on 17 November 2010 with the Kaplan Lecture 2010 and the Opening Reception. This year’s Kaplan Lecture will be delivered by Toby Landau QC.

The HKIAC 25th Anniversary Conference will then be held from 18-19 November 2010. The theme for the Conference is “Rethinking International Arbitration”. The Opening Keynote Speaker will be Jan Paulsson. The Conference will include many distinguished practitioners from around the world who will serve as presenters or moderators of the various sessions. These include Lord Hoffman, Lord Goldsmith QC, Professor Dr Gabrielle Kaufmann-Kohler, Arthur Marriott QC, Professor Albert Jan van den Berg, David W. Rivkin, Dominique Brown-Berset, Hon. Charles Brower and others.

On 20 November 2010, the HKIAC will organize a mock arbitration co-supported by the ICC Court of International Arbitration and the Chartered Institute of Arbitrators, East Asia Branch.

For more details, please visit <http://www.hkiac.org/25th> or contact the HKIAC by email at adr@hkiac.org or by fax at (852) 2524 2171. Address: 38/F, Two Exchange Square, 8 Connaught Place, Hong Kong.

Hong Kong International Arbitration Centre Merayakan Ulang Tahun ke 25

Sebagai bagian dari kerja sama, BANI menyampaikan pengumuman dari the Hong Kong International Arbitration Centre (the “HKIAC”) bahwa tahun ini merupakan ulang tahun ke 25 didirikannya HKIAC. Untuk merayakan peristiwa yang khusus ini, HKIAC akan menyelenggarakan sejumlah acara dari tanggal 17 sampai 20 November di Hong Kong. Perayaan akan dimulai pada tanggal

17 November 2010 dengan Kaplan Lecture Tahun 2010 . Tahun ini yang bertindak sebagai Kaplan Lecture adalah Toby Landau QC.

Konperensi HKIAC dalam rangka Perayaan Ulang Tahun yang ke 25 akan diadakan pada tanggal 18 dan 19 November 2010. di Hotel JW Marriott Hong Kong dengan Tema Konferensi adalah "Rethinking International Arbitration". Keynote Speaker dalam pembukaan adalah Jan Paulsson. Dalam Konferensi akan hadir sejumlah tokoh terkemuka dari seluruh penjuru dunia yang akan bertindak sebagai pembicara atau moderator. Termasuk didalamnya Lord Hoffman, Lord Goldsmith QC, Professor Dr Gabrielle Kaufmann-Kohler, Arthur Marriott QC, Professor Albert Jan van den Berg, David W. Rivkin, Dominique Brown-Berset, Hon. Charles Brower and lain-lain.

Pada tanggal 20 November 2010, HKIAC akan menyelenggarakan 'mock arbitration', yang didukung oleh ICC Court of International Arbitration dan dipimpin oleh Chartered Institute of Arbitrators, East Asia Branch.

Untuk informasi selanjutnya, silahkan hubungi web site <http://www.hkiac.org/25th> atau kontak HKIAC melalui email dengan alamat adr@hkiac.org atau fax di (852) 2524 2171. Alamat: 38/E, Two Exchange Square, 8 Connaught Place, Hong Kong.