

**Peraturan dan Prosedur
Arbitrase BANI 2018**

Huala Adolf

**Mitigasi Sengketa Hukum
dalam Kontrak Kerja Konstruksi
Sebagai Implikasi Teori Ekonomi
dalam Bidang Hukum**

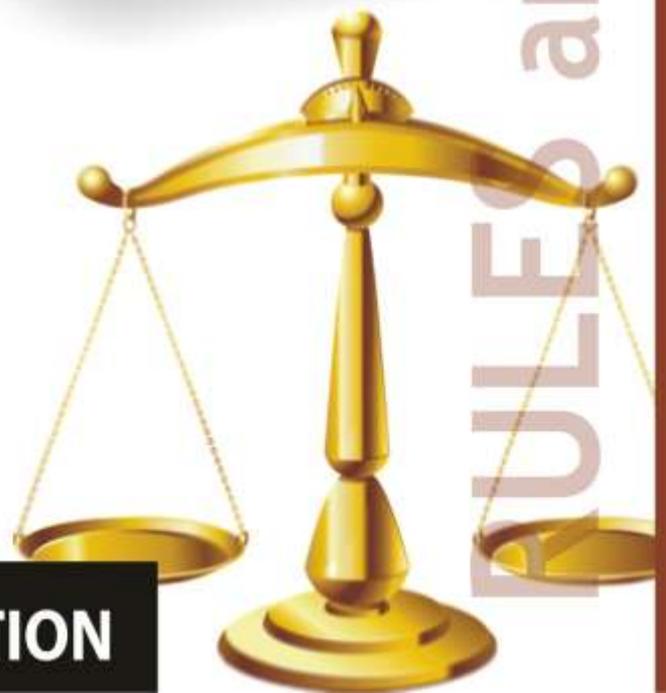
Suntana S. Djatnika

**Pendapat Yang Mengikat (Binding Opinion)
Sebagai Salah Satu Alternatif
Pencegahan Sengketa**

Eko Dwi Prasetyo



WIN-WIN SOLUTION



RULES and PROCEDURES

Indonesia Arbitration

Quarterly Newsletter

Vol. 10 No. 1 March 2018

Advisory Board

Rosan Perkasa Roeslani, MBA., M.A.
(Ketua Umum KADIN Indonesia – *ex officio*)
Prof. Dr. Mochtar Kusuma Atmadja, S.H., LL.M.
Prof. Dr. Karl-Heinz Bockstiegel
Prof. Dr. Colin Yee Cheng Ong, QC

Governing Board

M. Husseyn Umar (Chairman)
Anangga W. Roosdiono (Member)
Huala Adolf (Member)
N. Krisnawenda (Member)

Editorial Board

Editor in Chief

Chaidir Anwar Makarim

Editors

Madjedi Hasan
Frans Hendra Winarta
Martin Basiang
Junaedy Ganie
Arief Sempurno

Secretary

Bayu Adam
Desi Munggarani N.

Distibutor

Gunawan

Published by :

BANI Arbitration Center

Wahana Graha Lt. 1 & 2,
Jl. Mampang Prapatan No. 2, Jakarta 12760, Indonesia
Telp. (62-21) 7940542 Fax. 7940543
Home Page : www.baniarbitration.org
E-mail : bani-arb@indo.net.id

All intellectual property or any other rights reserved by prevailing law. Limited permission granted to reproduce for educational use only. Commercial copying, hiring, lending is prohibite

Contents

From the Editor	iii
Peraturan dan Prosedur Arbitrase BANI 2018	1
<i>Huala Adolf</i>	
Mitigasi Sengketa Hukum dalam Kontrak Kerja Konstruksi Sebagai Implikasi Teori Ekonomi dalam Bidang Hukum	8
<i>Suntana S. Djabatnika</i>	
Pendapat Yang Mengikat (<i>Binding Opinion</i>) Sebagai Salah Satu Alternatif Pencegahan Sengketa	17
<i>Eko Dwi Prasetyo</i>	
News & Event	22

Notes to contributors

If you are interested in contributing an article about Arbitration & Alternative Dispute Resolution, please sent by email to bani-arb@indo.net.id. The writer guidelines are as below :

- 1) Article can be written in Bahasa Indonesia or English 12 pages maximum
- 2) Provided by an abstract in one paragraph with Keywords (Bahasa Indonesia for English article & English for Bahasa Indonesia article)
- 3) The pages of article should be in A4 size with 25 mm/2,5 cm margin in all sides
- 4) The article used should be in Ms. Word format, Times New Roman font 12 pt
- 5) Reference / Footnote
- 6) Author Biography (100 words)
- 7) Recent Photograph

From the Editor

As we just passed the BANI 40th Anniversary Event, new Rules and Procedures of Arbitration in BANI is proposed to be reviewed. Prof. Huala Adolf article on “BANI Rules and Arbitration Procedures 2018” described the new provisions in the BANI procedures. It cover the exclusion of liability of BANI and the obligation of the parties and the arbitral tribunal to draw up terms of reference of arbitration as what had been the best practices conducted by ICC.

In the following article, Dr. Suntana S. Djatnika warned on the growing legal disputes as a consequences of increasing global contractor practices in Indonesia. He proposed the concept on legal dispute mitigation in the construction contract as the effort to reduce the potential legal disputes.

Finally, Eko Dwi Prasetyo proposed Binding Opinions as one of dispute mechanism which prevent disputes caused by differences of interpreting the agreements between parties, where procedure is relatively simple compared to submitting an arbitration petition.

Finally, we are tremendously grateful for all of the readership and feedback that this newsletter received so far.

We thank you very much for all the participation.

March 2018



Prof. Dr. Huala Adolf FCBArb. is the vice chairman of BANI Arbitration Center. He is also the professor of international law at the Faculty of Law, Universitas Padjadjaran and head of the center of international trade law at the Faculty of Law, Universitas Padjadjaran, Bandung, Indonesia. He has published books and articles (mainly in Indonesian language) on international trade and economic law, international settlement of disputes, and arbitration.

PERATURAN DAN PROSEDUR ARBITRASE BANI 2018

HUALA ADOLF *

ABSTRAK

Tulisan Ini memaparkan ketentuan-ketentuan baru dalam Peraturan dan Prosedur Arbitrase BANI tahun 2018. Peraturan baru mencakup revisi terhadap peraturan lama dan dimasukkan pasal-pasal baru. Peraturan baru antara lain mencakup pembebasan tanggung jawab BANI. Sedangkan revisi terhadap peraturan mencakup antara lain diwajibkannya penggunaan Kerangka Acuan atau *Terms of Reference* dalam persidangan arbitrase BANI.

Kata Kunci: Peraturan dan Prosedur Arbitrase BANI 2018.

ABSTRACT

This short article tried to describe new provisions in the BANI Rules and Procedures of 2018. The new provisions include the revised and the introduction of rules previously silent in the old rules. The new rules cover the exclusion of liability of BANI and the obligation of the parties and the arbitral tribunal to draw up terms of reference of arbitration.

Key Words: *BANI Arbitration Rules of 2018*

A. Pendahuluan

Pada 1 Januari 2018, peraturan dan prosedur arbitrase (selanjutnya "Peraturan" atau *Rules*) BANI berlaku. Peraturan baru ini menggantikan peraturan lama tahun 2003 yang lahir 1 Maret 2003. Struktur prosedur yang baru tidak mengalami perubahan. Struktur peraturan lama telah atau masih mencerminkan struktur peraturan arbitrase yang berlaku di seluruh dunia. Struktur Peraturan BANI terdiri atas 4 (empat) pengaturan yaitu permohonan arbitrase, pembentukan majelis arbitrase, persidangan arbitrase dan putusan arbitrase¹.

Peraturan dan prosedur arbitrase 2018 dikeluarkan karena pertimbangan berikut:

- (1) Peraturan arbitrase BANI sudah cukup lama usianya, yaitu 15 tahun. Selama itu Peraturan belum mengalami perbaikan atau revisi.

* Tulisan ini adalah pendapat pribadi penulis, tidak merefleksikan pandangan atau pendapat Dewan Pengurus BANI

¹ Lihat struktur Peraturan dan Prosedur Arbitrase ("*Rules*") dalam UNCITRAL Arbitration Rules 1976/2010

- (2) Peraturan arbitrase di dunia telah mengalami perkembangan cukup pesat. UNCITRAL Arbitration Rules tahun 1976 telah diubah pada tahun 2010. Peraturan arbitrase Negara-negara tetangga misalnya *Singapore International Arbitration Centre* atau Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRC), mengalami perubahan yang relatif cepat. SIAC misalnya telah melakukan sebanyak 6 (enam) kali revisi sejak berdiri; dan
- (3) Meningkatnya sengketa-sengketa yang sifatnya transnasional, ada pihak asing di dalamnya, termasuk semakin meningkatnya kuantitas arbiter asing terdaftar dalam daftar arbiter BANI. Perkembangan ini mendorong BANI untuk merevisi peraturan arbitrase BANI, minimal agar peraturan arbitrase sesuai dengan standar peraturan dan prosedur arbitrase yang berlaku di lingkup internasional.

Ada 3 (tiga) hal yang mengubah peraturan dan prosedur arbitrase lama. Pertama, penyempurnaan berupa penambahan terhadap peraturan yang lama. Kedua, adalah penambahan ketentuan baru yang termuat dalam pasal-pasal baru maupun yang diselipkan di dalam pasal lama. Ketiga, revisi terhadap ketentuan lama.

B. Latar Belakang Revisi

BANI pertama kali membentuk tim revisi terhadap peraturan dan prosedur BANI pada tahun 2015. Tim ini diketuai oleh arbiter senior Bapak Kahardiman SH FCBarb. Hasil tim Pak Kahardiman berupa rekomendasi perubahan terhadap peraturan dan prosedur arbitrase BANI diserahkan kepada Dewan Pengurus.

Selanjutnya Dewan Pengurus membentuk tim yang mengolah atau menelaah lebih lanjut rekomendasi dari tim Pak Kahardiman. Hasil telaahan ini dilengkapi dengan serangkaian kegiatan berupa *focus group discussion*, masukan-masukan dari BANI Perwakilan seperti Perwakilan Surabaya, Medan, dan dari Sekretariat BANI

Jakarta. Masukan atau usulan perbaikan penting juga datang dari para arbiter BANI seperti Junaedi Ganie, Zen Umar Purba, Gusnando S. Anwar, dan lain-lain serta dari para arbiter asing seperti Prof Colin Ong, Nick Stone, Gregory Churchill.

Metode atau pendekatan yang dilakukan untuk merevisi peraturan lama lebih banyak pendekatan komparatif terhadap peraturan yang berlaku di tingkat internasional, terutama UNCITRAL Arbitration Rules 1976 yang diubah tahun 2010 dan peraturan dan prosedur arbitrase Negara-negara tetangga terutama peraturan dan prosedur arbitrase *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) dan *Kuala Lumpur Regional Arbitration Centre* serta pengalaman empiris yang dimiliki dan dipraktikkan sehari-hari oleh sekretariat BANI. Pengalaman empiris ini penting dan sedikit banyak mewarnai revisi terhadap peraturan.

Sekedar catatan, peraturan dan prosedur BANI yang baru ini tidak serta merta mengadopsi atau mentransplantasi seluruh peraturan dan prosedur arbitrase UNCITRAL atau lembaga-lembaga arbitrase Negara tetangga. Pertimbangan ini diambil karena tidak semua peraturan yang memungkinkan dilakukan untuk saat ini. Misalnya, ketentuan mengenai *Emergency Arbitration* (arbitrase darurat) dengan penunjukan arbiter daruratnya. Ketentuan lainnya adalah ketentuan yang terkait dengan peraturan putusan sementara yang dikembangkan di dalam *UNCITRAL Arbitration Rules 2010* (pengganti Rules 1976).

Berikut uraian mengenai apa saja yang relevan untuk diuraikan di dalam tulisan ini. Tidak semua revisi diuraikan. Hal-hal perbaikan minor seperti perbaikan kalimat, tata bahasa, penambahan definisi atau batasan misalnya, tidak diuraikan. Uraian difokuskan kepada 3 hal tersebut di atas, yaitu (1), penyempurnaan peraturan; (2) peraturan baru; dan (3) revisi peraturan.

C. Revisi Peraturan

1. Penyempurnaan Peraturan

Penyempurnaan peraturan lama

mencakup 3 (tiga) hal yang cukup penting berikut:

a. Pasal 2 ayat 2. Bila Peraturan dan Prosedur tidak Mengatur

Di dalam ayat baru yang ditambahkan ke dalam pasal dua adalah peraturan penyempurnaan terhadap peraturan dan prosedur BANI. Ayat ini menegaskan siapa dan bagaimana yang Majelis Arbitrase dapat lakukan apabila di dalam peraturan dan prosedur tidak mengaturnya. Ayat baru ini memberikan kewenangan penuh kepada Majelis untuk mengisi kekosongan hukum. Pasal 2 ayat 2 berbunyi:

2. Apabila Peraturan Prosedur ini tidak mengatur sesuatu ketentuan yang terkait dengan penyelenggaraan arbitrase, ketentuan tersebut akan ditentukan oleh Majelis Arbitrase atau Arbiter Tunggal yang memeriksa sengketa tersebut.

b. Pasal 23 ayat 8. Kewenangan Majelis arbitrase untuk membuka kembali persidangan yang telah ditutup.

Ketentuan baru ini memberikan kewenangan kepada majelis untuk membuka kembali persidangan arbitrase yang telah ditutupnya. Kewenangan untuk membuka kembali persidangan ini dibuka kemungkinan apabila majelis masih ragu atau mungkin masih memerlukan kejelasan atau penjelasan, atau ada sesuatu hal yang majelis merasa perlu untuk mendengar lebih lanjut dari salah satu pihak atau kedua belah pihak. Keterangan ini penting bagi majelis sebelum ia merasa benar-benar yakin di dalam membuat putusannya.

Pasal 23 ayat 8 peraturan dan prosedur arbitrase BANI baru berbunyi:

8. Pembukaan Kembali Persidangan
 Apabila dipandang perlu karena sesuatu hal keadaan yang khusus, Majelis Arbitrase atau Arbiter tunggal dapat atas inisiatifnya sendiri atau atas permintaan suatu pihak, memutuskan untuk membuka kembali persidangan sebelum putusan dibuat.

c. Pasal 35: Inisiatif Majelis arbitrase untuk memperbaiki kesalahan redaksional.

Ketentuan penyempurnaan dari ketentuan prosedur lama adalah kewenangan majelis arbitrase untuk memperbaiki kesalahan redaksional terutama kesalahan pengetikan dalam putusan. Kewenangan ini sebelumnya diserahkan sepenuhnya kepada kedua pihak sesuai putusan dibacakan. Ketua majelis arbitrase memberikan kesempatan kepada kedua pihak untuk memperbaiki kesalahan ketik terhadap putusan dalam jangka waktu 14 (empat) belas hari sejak putusan diucapkan.

Di dalam UU Nomor 30 Tahun 1999, peraturan mengenai perbaikan atau koreksi terhadap putusan arbitrase diatur dalam Pasal 58 yang berbunyi:

“Dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari setelah putusan diterima, para pihak dapat mengajukan permohonan kepada arbiter atau majelis arbitrase untuk melakukan koreksi terhadap kekeliruan administratif dan atau menambah atau mengurangi sesuatu tuntutan putusan”.

Kalimat terakhir pasal ini, yaitu permohonan para pihak untuk menambah atau mengurangi suatu tuntutan putusan” tidak efektif diterapkan. Ketentuan ini dalam praktik sulit dilaksanakan. Selama ini, sepengetahuan penulis, koreksi dibatasi pada koreksi terhadap kesalahan administratif atau koreksi redaksional atas putusan sesuai dengan peraturan dan prosedur arbitrase BANI selama ini

2. Peraturan Baru

Peraturan baru dalam arti Peraturan yang dimasukkan ke dalam Peraturan sekarang ini belum diatur di dalam Peraturan BANI sebelumnya. Peraturan baru mencakup 3 (tiga) pasal yaitu pasal-pasal mengenai pembebasan tanggung jawab; pengecualian arbiter dan

pengurus BANI untuk bersaksi di persidangan arbitrase BANI dan keputusan Dewan Pengurus BANI.

a. Pasal 40: Pembebasan Tanggung Jawab

Peraturan baru yang dimasukkan ke dalam peraturan dan prosedur arbitrase yang di dalam kegiatan sosialisasi mendapat dukungan dari banyak pihak, terutama dari BANI Perwakilan, adalah Pasal 40 mengenai Pembebasan Tanggung Jawab. Pasal ini menegaskan bahwa di dalam melaksanakan fungsinya sebagai penyelenggaraan lembaga arbitrase, lembaga arbitrase BANI tidaklah dapat dituntut di muka pengadilan dan diminta pertanggungjawabannya. Pasal ini serupa dengan ketentuan mengenai imunitas yang disandang lembaga pengadilan.

Pasal 40 ini menyatakan:

1. BANI, termasuk Ketua, Wakil Ketua, Sekretaris Jenderal, dan pejabat, arbiter, atau pengurus BANI Perwakilan termasuk pegawainya, tidak dapat dikenakan tanggung-jawab hukum apapun atas segala tindakan sehubungan dengan penyelenggaraan arbitrase yang dilaksanakan berdasarkan peraturan arbitrase ini.
2. BANI, termasuk Ketua, Wakil Ketua, Sekretaris Jenderal, dan pejabat, arbiter, atau pengurus BANI Perwakilan termasuk pegawainya, tidak terikat untuk membuat pernyataan apa pun terkait dengan adanya penyelenggaraan arbitrase yang tunduk pada peraturan arbitrase ini.

b. Pasal 41 Pengecualian Arbiter dan Pengurus BANI untuk Menjadi Ahli atau Saksi

Ketentuan Pasal 41 ini adalah ketentuan yang hingga menit akhir sebelum peraturan baru disahkan masih mendapat tanggapan atau catatan dari arbiter. Ada cukup banyak arbiter atau komentator yang kontra atau tidak sependapat terhadap pasal ini. Namun tidak sedikit pula arbiter

yang pro terhadap pasal ini. Tulisan ini tidak bermaksud mengangkat kembali polemik menarik ini. Namun berdasarkan masukan dan diskusi cukup panjang, ketentuan yang berlaku dalam peraturan baru inilah yang akhirnya diberlakukan.

Pasal ini intinya adalah, pertama, pengurus BANI termasuk pengurus BANI Perwakilan tidak dapat diminta atau dijadikan sebagai saksi di dalam persidangan arbitrase BANI.

Kedua, ayat dua pasal ini menutup kemungkinan bagi arbiter yang terdaftar di BANI (Arbiter BANI) untuk memberi keterangan sesuai keahliannya di hadapan majelis arbitrase yang diselenggarakan di BANI. Namun arbiter BANI tidak tertutup kemungkinannya untuk memberi keterangan sesuai keahliannya di hadapan majelis arbitrase lainnya di luar persidangan arbitrase BANI.

Alasan utama dimasukkannya pasal ini ke dalam peraturan baru semata-mata untuk menjaga kemandirian persidangan arbitrase berdasarkan peraturan dan prosedur arbitrase BANI. Peraturan dan prosedur baru ini semata hendak menekankan prinsip kemandirian dan independensi arbiter BANI benar-benar ditegakkan.

Pasal 41 yang berada di bawah judul "Pengecualian Bersaksi di Persidangan Arbitrase di BANI" berbunyi:

1. Suatu pihak atau para pihak tidak dapat mengajukan BANI, termasuk Ketua, Wakil Ketua, Sekretaris Jenderal, dan pejabat atau pengurus BANI Perwakilan termasuk pegawainya, untuk bertindak sebagai saksi atau ahli pada persidangan arbitrase di BANI atau persidangan arbitrase yang menggunakan peraturan arbitrase BANI.
2. Para pihak, Majelis Arbitrase dan

arbiter tunggal tidak dapat mengajukan Arbiter BANI untuk bertindak sebagai saksi atau ahli pada persidangan arbitrase di BANI atau persidangan arbitrase yang menggunakan peraturan arbitrase BANI.

c. *Pasal 42: Keputusan Dewan Pengurus BANI*

Pasal baru lain yang penting dan mendapat dukungan penuh terutama dari BANI Perwakilan adalah Pasal 42 mengenai sifat atau kekuatan hukum mengenai keputusan yang dikeluarkan oleh Dewan Pengurus BANI.

Pasal ini menegaskan kewenangan penuh dan keputusan yang tidak dapat diganggu-gugat dari Dewan Pengurus mengenai penyelenggaraan arbitrase di bawah peraturan dan prosedur arbitrase BANI. Pasal ini 42 ini menegaskan bahwa segala keputusan yang dikeluarkan oleh Dewan Pengurus atau Sekretariat BANI bersifat final. Artinya, keputusan Dewan Pengurus atau Sekretariat selama melaksanakan fungsinya sebagai lembaga penyelenggara arbitrase tidaklah dapat diganggu gugat. Misalnya, salah satu pihak atau pihak ketiga meminta penjelasan, alasan-alasan dikeluarkannya suatu keputusan atau keterangan mengenai sesuatu keputusan yang dikeluarkan oleh Dewan Pengurus atau Sekretariat.

Pasal 42 ini berbunyi:

"Keputusan Dewan Pengurus atau Sekretariat BANI mengenai semua hal yang terkait dengan penyelenggaraan arbitrase bersifat mengikat para pihak."

3. Revisi peraturan

a. Pasal 20 ayat 2 (mengenai Kerangka Acuan atau *Terms of Reference*)

Peraturan berupa revisi terhadap peraturan lama sebenarnya sederhana saja yaitu mengganti kata "dapat" menjadi "wajib". Penggantian ini terkait dengan pembuatan kerangka acuan atau *Terms of Reference* di dalam persidangan arbitrase BANI. Peraturan lama di bawah Pasal 19 di bawah judul "Dokumen-Dokumen dan Penetapan-Penetapan", ayat 2-nya berbunyi:

2. Penetapan-penetapan prosedural.

Majelis, berdasarkan ketentuan-ketentuan ini, berhak penuh menentukan prosedur dan membuat penetapan-penetapan yang dianggap perlu, dimana penetapan-penetapan tersebut mengikat para pihak. Apabila dipandang perlu, Majelis *dapat* membuat ikhtisar masalah-masalah yang akan diputus (*terms of reference*) yang ditandatangani Majelis dan para pihak. Setidak-tidaknya Sekretaris Majelis harus membuat berita acara pemeriksaan dan penetapan-penetapan prosedural dari Majelis, berita acara mana, setelah ditandatangani oleh Majelis, menjadi dokumen pemeriksaan dan bahan bagi Majelis dalam proses pemeriksaan selanjutnya. (Kata "*dapat*" dicetak miring oleh kami).

Yang banyak ditanyakan adalah apakah yang dimaksud dengan kerangka acuan atau "*Terms of Reference*" dalam arbitrase ini. Klausul *Terms of Reference* ini sudah lama diterapkan di lembaga arbitrase ICC, Paris. Penggunaan *Terms of Reference* selama ini dipandang menjadi ciri khas dari arbitrase ICC. Herman Verbilt dkk., mengemukakan "*The Terms of Reference are a compulsory component of the ICC arbitration procedure and one of its main characteristics*"². Hal sama dikemukakan oleh Sigvard Jarvin. Jarvin megemukakan, *Terms of Reference* telah menjadi unsur atau bagian yang sangat bernilai bagi arbitrase ICC. Jarvin menggunakan istilah "*invaluable element*"³.

² Herman Verbist et.al., *ICC Arbitration in Practice*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2nd.rev.ed., 2016, hlm. 127

Dalam Peraturan arbitrase ICC, *Terms of Reference* ditegaskan kembali di dalam Peraturan Arbitrase ICC tahun 2017. Pasal 23 Peraturan arbitrase ICC memuat ketentuan yang relatif komprehensif mengenai *Terms of Reference*. Pasal 23 Peraturan ICC berbunyi:

Article 23.

Terms of Reference

1. As soon as it has received the file from the Secretariat, the arbitral tribunal shall draw up, on the basis of documents or in the presence of the parties and in the light of their most recent submissions, a document defining its Terms of Reference. This document shall include the following particulars:
 - a) the names in full, description, address and other contact details of each of the parties and of any person(s) representing a party in the arbitration;
 - b) the addresses to which notifications and communications arising in the course of the arbitration may be made;
 - c) a summary of the parties' respective claims and of the relief sought by each party, together with the amounts of any quantified claims and, to the extent possible, an estimate of the monetary value of any other claims;
 - d) unless the arbitral tribunal considers it inappropriate, a list of issues to be determined;
 - e) the names in full, address and other contact details of each of the arbitrators;
 - f) the place of the arbitration; and
 - g) particulars of the applicable procedural rules and, if such is the case, reference to the power

conferred upon the arbitral tribunal to act as *amiable compositeur* or to decide *ex aequo et bono*.

2. The Terms of Reference shall be signed by the parties and the arbitral tribunal. Within 30 days of the date on which the file has been transmitted to it, the arbitral tribunal shall transmit to the Court the Terms of Reference signed by it and by the parties. The Court may extend this time limit pursuant to a reasoned request from the arbitral tribunal or on its own initiative if it decides it is necessary to do so.
3. If any of the parties refuses to take part in the drawing up of the Terms of Reference or to sign the same, they shall be submitted to the Court for approval. When the Terms of Reference have been signed in accordance with Article 23(2) or approved by the Court, the arbitration shall proceed.
4. After the Terms of Reference have been signed or approved by the Court, no party shall make new claims which fall outside the limits of the Terms of Reference unless it has been authorized to do so by the arbitral tribunal, which shall consider the nature of such new claims, the stage of the arbitration and other relevant circumstances.

Jarvin mengemukakan ada dua kegunaan lain dari adanya kerangka acuan ini. Pertama, kerangka acuan berperan penting di dalam membantu arbiter (majelis arbitrase) dan para pihak di dalam merencanakan persidangan (ke depan). Kedua, kerangka acuan memberi kesempatan kepada kedua pihak untuk bertemu bersama dengan majelis arbitrase guna membahas sengketanya dan memberi ruang kepada kedua pihak untuk mencapai penyelesaian lebih cepat di antara mereka. Jarvin mengemukakan:

³ Sigvard Jarvin, "The Sources and Limites of Arbitrator's Powers," dalam: Julian DM Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht: Springer, 1987, hlm. 58.

"The Terms of Reference shall help the arbitrator and the parties to plan the proceedings and the Court to check that the arbitrator's award deals with the claims defined. The drafting of the Terms of Reference affords an (initial) opportunity for the parties and arbitrator to meet, and may result in a settlement of the dispute at an early stage."

D. Penutup

Dari revisi yang dimuat di dalam Peraturan baru, pertama, tampak yang menonjol adalah ketentuan mengenai penguatan kelembagaan BANI sebagai lembaga arbitrase. Ketentuan baru di dalam Peraturan 2018 menegaskan imunitas BANI di dalam membuat keputusan di dalam menyelenggarakan arbitrase.

Kedua, perubahan kata dapat menjadi wajib di dalam membuat *Terms of Reference* atau kerangka acuan arbitrase merupakan

perubahan penting di dalam sejarah BANI di dalam memutus sengketa melalui arbitrase. Dengan belajar dari *best-practices* yang dipraktikkan lembaga arbitrase asing (ICC), penerapan kerangka acuan atau *Terms of Reference* di dalam persidangan arbitrase diharapkan agar semakin efisien di dalam persidangan arbitrase.

Efektivitas peraturan baru ini akan bergantung pada pelaksanaannya di dalam praktik. Setiap ketentuan di dalam Peraturan Arbitrase sekarang ini mungkin saja menghendaki revisi lebih lanjut di kemudian hari. Perkembangan praktik dan juga perubahan-perubahan di lingkup internasional yang diterima umum, akan menjadi sumber referensi hukum lebih lanjut untuk penyempurnaan Peraturan di kemudian hari.

Upcoming Events

AMINZ – ICCA INTERNATIONAL ARBITRATION DAY MAKING ARBITRATION WORK IN A CHANGING WORLD: A PACIFIC VIEW

Date : April 19-20, 2018

Host : The Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand, AMINZ

Venue : Heritage Hotel, Queenstown, New Zealand



Further information : <https://queenstowncongress.com/>



Mitigasi Sengketa Hukum Dalam Kontrak Kerja Konstruksi Sebagai Implikasi Teori Ekonomi Dalam Bidang Hukum

Dr.(T), Dr.(H), Ir. Suntana S. Djatnika, S.E., M.M., MBA., M.T., M.H., FCBArb.

Catatan : Tulisan ini merupakan ringkasan dari tulisan ilmiah yang dimuat dalam Buku Peringatan 80 tahun Prof. Djuhaendah yang dibuat oleh penulis yang sama.

Suntana S. Djatnika adalah praktisi jasa konstruksi, arbiter di Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) sejak tahun 2003, dengan pendidikan sebagai insinyur Arsitek lulusan Institut Teknologi Bandung, Sarjana Ekonomi dari Universitas Indonesia, Master of Business Administration dan Magister Manajemen dari Sekolah Tinggi Manajemen PPM, Magister Teknik dari Fakultas Teknik Sipil, Universitas Indonesia, Magister Hukum dari Universitas Tarumanagara, Doktor Ilmu Teknik dari Fakultas Teknik Sipil Universitas Indonesia, serta Doktor Ilmu Hukum dari Universitas Tarumanagara.

Abstrak

Sengketa hukum dalam kontrak kerja konstruksi kerap terjadi selama pelaksanaan pekerjaan konstruksi. Sengketa hukum ini berdampak pada kerugian waktu, biaya, dan menghambat kontribusi sektor konstruksi dalam pertumbuhan ekonomi. Pasar konstruksi global merupakan *cross border operation*. Pertumbuhan pasar konstruksi global ini diikuti pula dengan tingginya tingkat sengketa hukum. Konsep tentang mitigasi terjadinya sengketa hukum atau *legal dispute mitigation* dalam kontrak kerja konstruksi adalah upaya mengatasi dan mengurangi dampak terjadinya sengketa hukum. Konsep mitigasi sengketa hukum ini selain menggunakan teori hukum serta hakikat asas-asas hukum digunakan pula teori ekonomi berupa teori mitigasi berdasarkan *economic analysis of law* dan *cost and benefit analysis*.

Kata Kunci : Kontrak konstruksi, sengketa hukum, mitigasi sengketa.

Abstract

The construction contract legal disputes often happen during the construction work. These legal disputes have impacts on time losses, costs, and hampering the contribution of the construction sector to economic growth. The global construction market is a cross border operation. The growth of the global construction market is followed by high levels of legal disputes. The concept on legal dispute mitigation in the construction contract is the effort to overcome and reduce the impact of the occurrence of legal disputes. This legal disputes mitigation concept besides using legal theory and the nature of legal principle is also used economic theory based on economic analysis of law and cost and benefit analysis.

Key Words : Construction contract, legal disputes, disputes mitigation.

Pendahuluan

I. Hubungan kerja antara pemilik proyek dengan pelaksana proyek dibuat dalam bentuk kontrak kerja konstruksi, yaitu suatu hubungan hukum dalam penyelenggaraan pekerjaan konstruksi. Kedua belah pihak harus menetapkan secara tertulis klausula kontrak untuk menjamin terpenuhinya hak dan kewajiban para pihak yang secara adil dan seimbang serta dilandasi dengan itikad baik dalam penyelenggaraan pekerjaan konstruksi¹.

Hubungan kerja ini didasari atas itikad baik dari kedua pihak untuk menyelesaikan pekerjaan sesuai dengan kesepakatan yang tertuang dalam kontrak kerja. Akan tetapi tidak selalu hubungan kerja ini berjalan sesuai dengan yang dikehendaki. Pada pelaksanaan kontrak ini sering terjadi perbedaan pemahaman, perselisihan maupun pertentangan antar para pihak dan kemudian menjadi sengketa hukum. Sengketa hukum dalam kontrak kerja konstruksi akan menimbulkan dampak kepada kedua belah pihak, antara lain timbulnya biaya-biaya tambahan, hilangnya waktu serta tercurahnya tenaga dan pikiran. Jika terjadi sengketa, maka penyelesaian sengketa ini harus dilakukan untuk mengakhiri atau menyelesaikan sengketa. Perselisihan yang timbul ini kemudian akan menjadi sengketa hukum dan berakibat pada penurunan kinerja pelaksanaan konstruksi secara keseluruhan, yang akan menimbulkan *waste* dan menurunkan *value* yang diharapkan³.

Berdasarkan fakta empiris dari Mahkamah Agung untuk putusan perkara yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap dari total jumlah perkara perdata sebanyak 16.287 (enam belas ribu dua ratus delapan puluh tujuh) putusan, sebanyak 3.710 (tiga ribu tujuh ratus sepuluh) putusan atau sebesar

22,78% (dua puluh dua koma tujuh puluh delapan persen) adalah mengenai perkara dalam bidang konstruksi, sebanyak 2.080 (dua ribu delapan puluh) putusan atau sebesar 12,77% (dua belas koma tujuh puluh tujuh persen) adalah mengenai perkara sengketa hukum dalam perjanjian⁴.

Hal yang sama dalam penyelesaian perkara sengketa hukum yang dilakukan melalui proses arbitrase. Dari fakta empiris seluruh perkara yang masuk ke Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) dalam rangka Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) tahun 2014 sampai dengan tahun 2016 sengketa pada sektor konstruksi menunjukkan persentasi tertinggi jika dibandingkan dengan sektor lainnya.

Pasar konstruksi pada era global sekarang merupakan pasar terbuka dan pelaksana konstruksi mengerjakan operasi bisnisnya dalam bidang proyek konstruksi sudah lintas batas negara atau *cross border operation*. Pertumbuhan pasar konstruksi global ini diikuti pula dengan tingginya tingkat sengketa hukum. Pada tahun 2014 pembangunan pasar konstruksi di Asia yang merupakan salah satu terbesar di dunia menunjukkan kenaikan rata-rata terjadinya sengketa hukum dalam kontrak konstruksi, menjadi dua kali lipat dari kejadian pada tahun 2013, dan mencapai angka yang jauh melebihi dari masa lalu 5 tahun. Hal ini merupakan refleksi di kawasan ini yang terus tumbuh, dan karena ukuran dan kompleksitas dari beberapa program pembangunan di kawasan ini. Nilai pekerjaan menjadi lebih besar, pekerjaan lebih kompleks, dan sering pula dengan pembiayaan pihak swasta. Nilai sengketa rata-rata meningkat sebesar US \$ 400.000 (empat ratus ribu US dolar) pada tahun 2013 menjadi US \$ 32.100.000 (tiga puluh dua juta seratus ribu US dolar). Nilai

¹ Indonesia, Pasal 1 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi.

² Nurun Ainuddin, *Pola Penyelesaian Sengketa Ganti Rugi Dalam Perjanjian Pembangunan Jasa Konstruksi*, *Jurnal Teknik Rekayasa*, vol. 13, Nomor 1, Universitas Mataram (Juni 2012), 55.

³ Armstrong Hedwig, *Sengketa dalam Penyelenggaraan Konstruksi di Indonesia (On-line)*, tersedia di: <http://armstrongca.blogspot.com/2009/05/sengketa-dalam-penyelenggaraan.html> (20 September 2013).

⁴ Mahkamah Agung (On-line), tersedia di: <http://www.mahkamahagung.go.id>. (12 September 2014).

sengketa di Amerika Serikat meningkat paling tinggi pada 2013, meskipun Asia dan Timur Tengah masih menunjukkan terjadinya sengketa dengan nilai rata-rata tertinggi. Rata-rata lama sengketa telah menurun satu bulan untuk kurang dari satu tahun, tetapi telah meningkat di AS dan Benua Eropa. Nilai dan lamanya waktu yang tersita untuk menghadapi sengketa hukum di Indonesia tidak diketahui dengan pasti karena belum pernah ada pihak yang secara spesifik melakukan penelitian dalam hal ini.

Penanganan sengketa hukum antara para pihak yang terlibat dalam kontrak kerja konstruksi selama ini dilakukan lebih bersifat reaktif setelah terjadinya sengketa hukum dan bukan berupa tindakan preventif atau korektif sebelum sengketa hukum terjadi, atau melakukan upaya untuk mengurangi dampak yang terjadi apabila sengketa hukum telah terjadi. Konsep tentang mitigasi sengketa hukum atau *legal dispute mitigation* dalam kontrak kerja konstruksi adalah upaya memitigasi terjadinya sengketa hukum, dengan mengacu kepada kejadian sejenis pada bidang keilmuan lain. Langkah yang dilakukan adalah pengembangan konsep mitigasi terjadinya sengketa hukum dalam kontrak kerja konstruksi di atas dan mencari cara penanganan mitigasinya. Langkah ini adalah dengan memadukan antara konsep mitigasi dan manajemen risiko dalam konteks hukum dengan objek penelitian tentang kontrak kerja konstruksi. *Outcome* dari konsep mitigasi sengketa hukum adalah upaya menanggulangi masalah terjadinya sengketa hukum dalam sektor konstruksi.

Mitigasi dalam keilmuan hukum belum banyak digunakan jika dibandingkan dengan pada bidang lainnya atau dalam konteks yang lain. Masyarakat telah mengenal mitigasi bencana sebagai suatu upaya mengurangi atau meminimalisir dampak suatu bencana. Kata mitigasi ini berasal dari bahasa Inggris *mitigate* yang berarti

meredakan atau mengurangi dan *mitigation* yang berarti peringanan atau kelonggaran. Menurut *Black's Law Dictionary* menyebutkan bahwa arti *mitigate* adalah *to make less severe or intense*. Selanjutnya dijelaskan juga tentang *mitigation-of-damages doctrine* yaitu:

Mitigation-of-damages doctrine is the principle requiring a plaintiff, after an injury or breach of contract, to make reasonable efforts to alleviate the effect of the injury or breach.

Pada *avoidable-consequences doctrine* disebutkan bahwa *if the defendant can show the plaintiff failed to mitigate damages, the plaintiff's recovery may be reduced*⁵.

Istilah lain yang ada dalam penulisan ini adalah sengketa hukum atau *legal dispute*. Menurut *Law Dictionary*⁶ *legal dispute* adalah:

Contest / conflict / disagreement concerning lawful existence of (1) a duty or right, or (2) compensation, by extent or type, claimed by the injured party for a breach of such duty or right.

Pengertian lain untuk *legal dispute* menurut *Business Dictionary*⁷ adalah:

Disagreement over the existence of a legal duty or right, or over the extent and kind of compensation that may be claimed by the injured party for a breach of such duty or right.

II. Mitigasi Sengketa Hukum dalam Kontrak Kerja Konstruksi Sebagai Implikasi Ilmu Ekonomi dalam Bidang Hukum.

Identifikasi Sengketa Hukum.

Selama penyelenggaraan pekerjaan konstruksi kemungkinan timbulnya perselisihan/persengketaan atau *disputes* tersebut adalah sangat besar. Mitropoulos dan Howell (2001)⁸ menjelaskan bahwa salah satu dari akar permasalahan

⁵ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th Ed., (St. Paul: Thomson, 2004), 1023-1024.

⁶ *The Law Dictionary*, (On-line), tersedia di : <http://thelawdictionary.org/legal-dispute/>, (13 November 2016).

⁷ *The Business Dictionary*, (On-line), tersedia di : <http://www.businessdictionary.com/definition/legal-dispute.html>, (13 November 2016).

⁸ Armstrong Hedwig, "Sengketa dalam Penyelenggaraan Konstruksi di Indonesia", *Op. Cit.*

penyebab persengketaan dalam penyelenggaraan pekerjaan konstruksi yaitu adanya faktor ketidakpastian atau *uncertainty* dalam setiap pekerjaan konstruksi. Menurut Garold D. Oberlender penyebab sengketa yang umumnya terjadi dalam suatu proyek adalah tidak ditetapkannya dengan pasti lingkup kerja atau *scope* dan terlalu berfokus pada biaya atau *budget/cost*, waktu atau *schedule* dan kualitas atau *quality*⁹. Sengketa hukum pada umumnya dapat diidentifikasi atas dasar waktu terjadinya sengketa, atas dasar penyebabnya yaitu yang terdiri atas faktor eksternal dan *force majeure*, faktor internal lingkup kerja, hak dan kewajiban dan cedera janji atau wanprestasi, serta sengketa hukum atas dasar pemilihan cara penyelesaian sengketa.

Terjadinya sengketa hukum yang disebabkan oleh faktor-faktor eksternal dan internal tersebut adalah dari para pihak dalam kontrak kerja konstruksi. Penyebab sengketa hukum dari faktor internal yang sering terjadi adalah dalam masalah lingkup kerja dan hak dan kewajiban. Lingkup kerja adalah obyek kerja yang ditetapkan dan diperjanjikan dalam kontrak kerja konstruksi tentang pekerjaan yang harus dilaksanakan pelaksana konstruksi atau penyedia jasa pelaksana konstruksi yang diberikan oleh pemilik proyek atau pemberi tugas. Hak dan kewajiban adalah ketentuan tentang apa yang harus dipenuhi oleh para pihak yang terikat dalam suatu kontrak kerja konstruksi, yang meliputi waktu, mutu dan biaya. Sengketa hukum dapat terjadi apabila salah satu pihak melakukan cedera janji atau wanprestasi, serta perubahan pekerjaan. Cedera janji dari pihak penyedia jasa atau pelaksana konstruksi antara lain adalah tidak dipenuhinya ketentuan penyelesaian pekerjaan berdasarkan waktu, mutu dan biaya yang telah ditetapkan dalam kontrak kerja konstruksi. Cedera janji dari pihak pengguna jasa atau pemilik proyek antara

lain dapat berupa penyiapan lahan, pembebasan tanah tempat berlangsungnya pekerjaan, atau tidak dipenuhinya kewajiban pembayaran kepada pihak penyedia jasa yang telah menyelesaikan pekerjaan.

Penyebab eksternal adalah faktor dari luar yang tidak dapat dikendalikan oleh pelaku kontrak, antara lain kebijakan Pemerintah, perubahan peraturan perundang-undangan, kondisi politik, ekonomi, sosial, budaya dan pengaruh global, seperti perubahan kurs mata uang rupiah terhadap mata uang asing lainnya.

Teori Hukum dan Teori Ekonomi dalam Mitigasi Sengketa Hukum

Kerangka teori tentang mitigasi sengketa hukum selain menggunakan teori hukum, terdapat pula teori-teori di luar keilmuan hukum sebagai dasar konsep mitigasi terjadinya sengketa hukum. Teori ekonomi yang digunakan adalah teori *economic analysis of law* dan teori *cost and benefit*, teori tentang mitigasi. Richard A. Posner berpendapat, ilmu ekonomi merupakan ilmu pengetahuan tentang pilihan rasional di tengah-tengah keterbatasan sumber yang diinginkan manusia. Di sisi lain, konsep-konsep ekonomi telah melahirkan prinsip-prinsip hukum seperti *litigation costs*, *property rules*, *strict liability*, *non-monetary sanction*, *efficient-breach*, dan sebagainya¹⁰.

Menurut teori *cost and benefit* di dalam hukum dan ekonomi tidak terbatas pada pengertian *cost* sebagai biaya dan *benefit* sebagai manfaat. Menurut teori *cost and benefit* di dalam hukum dan ekonomi tidak terbatas pada pengertian *cost* sebagai biaya dan *benefit* sebagai manfaat. *Cost* dalam perspektif ilmu hukum memiliki definisi sebagai berikut¹¹:

1. *The amount paid or charged for something; price or expenditure.*
2. *The charges or fees taxed by the court,*

⁹ Garold D. Oberlender, *Project Management for Engineering & Construction*, (Singapore: McGraw Hill), 2000, 8.

¹⁰ Fajar Sugianto, *Op. Cit.*, 36.

¹¹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, *Op. Cit.*, 372.

such as filing fees, courthouse fees, and reporter fees-also termed court costs.

3. *The expenses of litigation, prosecution, or other legal transaction, esp. Those allowed in favor of one party against the other.*

Pengertian *benefit* secara umum adalah suatu manfaat atau keuntungan yang didapat dari sesuatu. Menurut perspektif ilmu ekonomi, *benefit* adalah suatu perolehan laba, keuntungan yang timbul atau dibayarkan kepada seseorang¹². Menurut perspektif ilmu hukum, *benefit* adalah manfaat; keistimewaan; keuntungan atau perolehan, manfaat hukum, nilai hukum¹³. Berdasarkan uraian-uraian definisi di atas, diketahui bahwa *cost* memiliki keluasan arti sebagai dampak, risiko, biaya, ekspenditur, harga, kekurangan dan kelemahan. Makna kata *benefit* memiliki keluasan arti sebagai keuntungan, manfaat, kelebihan, perolehan, perbaikan dan kekuatan¹⁴.

Kontrak Kerja Konstruksi.

Pengertian kontrak kerja konstruksi merupakan kontrak yang dikenal dalam pelaksanaan konstruksi bangunan, baik yang dilaksanakan oleh Pemerintah maupun pihak swasta¹⁵. Istilah pemborongan dan konstruksi mempunyai keterikatan satu sama lain. Istilah pemborongan memiliki cakupan yang lebih luas dari istilah konstruksi. *Black's Law* menyatakan tentang kontrak konstruksi atau *Construction Contract* adalah¹⁶:

Construction Contract is a contract setting forth the specifications for a building project's construction. This type of contract is usually secured by performance and payment bonds to protect both the owner and the subcontractors.

Konsep Mitigasi Sengketa Hukum.

Sengketa hukum dalam pelaksanaan kontrak kerja konstruksi ini dapat mengakibatkan kerugian waktu, biaya, tenaga dan kemungkinan pula mendapatkan hukuman sanksi denda. Upaya melakukan mitigasi terjadinya sengketa hukum secara teori dinyatakan seperti berikut¹⁷:

"Risk response development involves defining enhancement steps for opportunities and responses to threats. Responses to threats generally fall into one of three categories :

1. *Avoidance - eliminating a specific threat, usually by eliminating the cause. The management can never eliminate all risk, but specific risk events can often be eliminated.*
2. *Mitigation - reducing the impact of a risk event by reducing the probability of occurrence, reducing the risk event value, or both.*
3. *Acceptance - accepting the consequences. Acceptance can be active (e.g., by developing a contingency plan to execute should the risk event occur) or passive (e.g., by accepting a lower financial impact if some activities overrun)."*

Langkah mengatasi sengketa hukum adalah dengan cara *avoidance* atau menghindarinya, *mitigation* atau mengurangi dampaknya dan dengan *acceptance*, atau menerima konsekuensi dari sengketa hukum tersebut. Mitigasi terjadinya sengketa hukum pada dasarnya dapat diperlakukan dengan pilihan menghindari, memitigasi atau menerima, dengan metode mitigasi sengketa hukum akan dapat diperoleh dampak yang paling kecil konsekuensinya. Langkah untuk menghindari terjadinya sengketa hukum adalah dengan menentukan langkah dari

¹² A. Abdulrachman, *Ensiklopedia Ekonomi Keuangan Perdagangan*, cetakan IV, (Jakarta: Paradnya Paramita, 1980), 96.

¹³ Bryan A.Garner, *Black's Law Dictionary*, Op. Cit., 166.

¹⁴ Fajar Sugianto, *Economic Approach to Law*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Grup, 2013), 108.

¹⁵ Salim H.S., *Hukum Kontrak, Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*, Jakarta: Sinar Grafika, Cet. 9, 2013, 90.

¹⁶ Bryan A.Garner, *Black's Law Dictionary*, Op. Cit., 341.

¹⁷ PMBOK Guide, Op. Cit., 303-304.

pilihan *avoidance* atau menghilangkan sengketa itu terjadi dengan menghilangkan penyebab dari sengketa tersebut. Penyebab sengketa tersebut pada umumnya tidak semua dapat dihilangkan akan tetapi untuk sengketa tertentu penyebab sengketa tersebut dapat dihilangkan atau dikurangi.

K and M Business Law menyatakan tentang cara menghindari terjadinya sengketa hukum dalam kontrak kerja konstruksi, adalah sebagai berikut¹⁸:

"The majority of disputes on construction projects are a direct result of incomplete design, lack of information, excessive changes being implemented once construction is underway or delays in approving extra work. Investing a reasonable portion of the project budget at the design stage means that the potential claim for extra work and changes is minimized and that alternative designs, materials and construction methods can be more carefully considered.

Although construction disputes can arise from a number of factors, some of the more common reasons for disagreement are:

1. *Conflicting expectations*
2. *Poor risk allocation*
3. *Lack of communication*
4. *Unclear contracts*
5. *Failing to deal with problems as they come up*

Business owners and contractors can avoid most of the above issues with proper planning and communication. One of the best ways to avoid construction disputes is to understand the contract. You should review the contract terms and conditions with a construction litigation attorney before signing. Of particular importance are the payment terms, adjudication clause, variations and extension of time clauses, and time limits for issuing dispute notices. A clear contract is important in resolving disputes."

Caryl Malcolm dari *Hullah and Associates* memberikan pendapatnya tentang bagaimana semua pihak yang terkait dalam kegiatan kerja konstruksi dapat mengurangi kemungkinan terjadinya sengketa hukum, sebagai berikut¹⁹:

"Initial development of a risk management program takes a concerted effort but once established provides enormous benefits that are advantageous to all parties, such as:

1. *there is a low incident of conflict, disputes, claims, disruption to work, delays etc.*
2. *it avoids lawsuits*
3. *there is a reduced cost for delays and disputes*
4. *there is a better working relationship throughout project duration*
5. *there is better management and administration of contracts.*

Tindakan yang harus dilakukan adalah untuk mengurangi kemungkinan terjadinya suatu kejadian tertentu, dan mengurangi nilai dari dampak kejadian tersebut, atau keduanya.

Law Answers Encyclopedia menjelaskan tentang makna *mitigate*, *mitigation* dan *mitigation of damage* di dalam bidang hukum sebagai berikut²⁰:

"The word mitigate means to reduce lessen or make less severe or harsh. In Criminal law mitigation of punishment refers to reduction in punishment due to mitigating circumstances that reduce the criminal's level of culpability. Mitigating circumstance in criminal law can be a fact or situation that does not bear on the question of a defendant's guilt but that is considered by the court in imposing punishment especially to lessen the severity of a sentence. For example the existence of no prior convictions is a mitigating circumstance. Likewise in civil law, mitigation of damages refers to reduction of damages.

Mitigation refers to the lessening of something. In tort law, there is a requirement that

¹⁸ *K and M Business Law, Avoiding Construction Disputes, (On-line)*, tersedia di : <http://www.kandmbusinesslaw.com/avoiding-construction-disputes> (24 September 2014).

¹⁹ *Caryl Malcolm, "Construction Law Bulletin -November 2001" (On-line)*, tersedia di : <http://www.cwilson.com/resource/newsletters/article/770-risk-management-or-how-to-avoid-construction-disputes.html>. (23 September 2014).

²⁰ *Law Answers Encyclopedia (On-line)*, tersedia di : <http://answers.encyclopedia.com/question/mitigation-damages-doctrine> (24 September 2013).

someone injured by another's negligence or breach of contract must take reasonable steps to reduce the damages, injury or cost, and to prevent them from getting worse. A person who claims damages as a result of another's negligence or breach of contract has a duty under the law to "mitigate" those damages, so that they must take advantage of any reasonable opportunity under the circumstances to reduce or minimize the loss or damage.

Mitigation of damages involves taking steps to lessen the harm that occurs as a result of someone else improper actions. It is a legal term, used to limit recovery in civil litigation. It places the obligation on a plaintiff to resolve his situation, and limits the amount of damages a plaintiff will receive if he fails to do so."

Pada prinsipnya mitigasi dalam bidang hukum berdasarkan definisi di atas dan dalam arti luas dapat diartikan sebagai upaya untuk melakukan preventif atau korektif atas suatu kejadian perkara dalam bidang hukum baik yang belum terjadi,

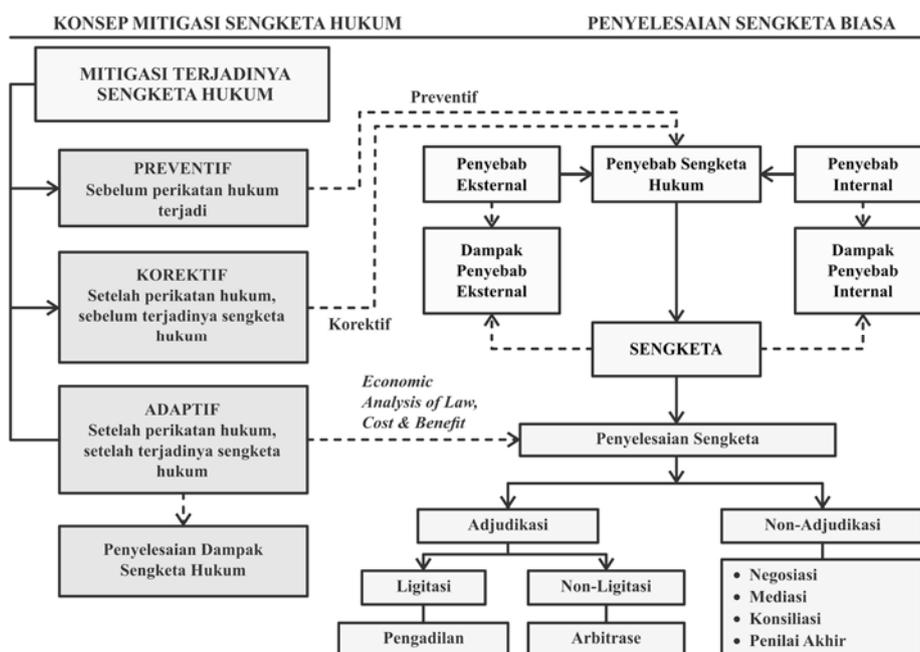
sedang terjadi atau setelah terjadinya kejadian hukum tersebut. Konsep mitigasi terjadinya sengketa dalam bidang hukum berarti mencari langkah-langkah yang dilakukan untuk mengurangi kemungkinan terjadinya sengketa hukum, mengurangi nilai dari dampak kejadian tersebut, atau keduanya.

K and M Business Law menyatakan tentang cara mengurangi dampak dari sengketa hukum dalam kontrak kerja konstruksi adalah sebagai berikut:

*"Before starting a construction project, potential risks should be identified up front. After risks have been identified, the parties should agree who will be responsible for obtaining insurance for those risks. For risks that cannot be insured, the parties should determine who is best able to minimize that risk."*²¹

Konsep ini merupakan paduan dari konsep mitigasi yang disesuaikan dalam permasalahan hukum, khususnya dalam sengketa hukum. Konsep ini diuraikan dalam Bagan 1 berikut.

Bagan 1. Perbandingan Konsep Mitigasi Terjadinya Sengketa Hukum dengan Penyelesaian Sengketa Hukum Biasa.



Sumber : Bagan hasil olahan penulis berdasarkan Alur Pikir Penulisan

²¹ K and M Business Law, *Avoiding Construction Disputes*, Op. Cit.

Tujuan strategisnya adalah mengurangi kerugian-kerugian yang terjadi akibat terjadinya sengketa hukum kepada pihak-pihak yang bersengketa, dan tujuan-tujuan sekunder adalah mengatasi dampak yang terjadi akibat terjadinya sengketa hukum dalam suatu kontrak kerja konstruksi, antara lain adalah terhentinya atau tidak diselesaikannya proyek yang menjadi objek kontrak tersebut. Dampak ini dapat terjadi kepada pengguna proyek baik langsung maupun tidak langsung. Sebagai contohnya adalah untuk suatu pekerjaan jembatan, jika terjadi sengketa dan pekerjaannya tidak diselesaikan, maka masyarakat pengguna yang akan terkena dampaknya.

Implikasi Ilmu Ekonomi dalam Bidang Hukum

Sebagai implikasi teori ekonomi yang paling dapat dirasakan manfaatnya adalah yang berkaitan dengan teori *Cost & Benefit*. Suatu sengketa hukum dalam kontrak kerja konstruksi akan berdampak kepada penyelesaian kerugian yang terjadi, baik berupa kerugian fisik dari obyek pekerjaan yang diperjanjikan, maupun kerugian yang tidak langsung berupa kerugian waktu dan tenaga. Analisis *Cost & Benefit* adalah metode pendukung keputusan yang digunakan untuk membantu menjawab pertanyaan bagaimana jika atau *what if*. Ini adalah metode matematis untuk mengukur manfaat dari suatu tindakan. Metode ini dapat menjadi suatu alat yang digunakan untuk menganalisis secara menyeluruh apa yang mungkin terjadi pada pilihan tindakan mengatasi sengketa hukum dalam kontrak kerja konstruksi. Manfaat yang didapat dari tindakan yang diambil harus lebih besar daripada biaya pelaksanaan tindakan tersebut sehingga keputusan untuk memilih tindakan apa yang harus diambil menjadi lebih mudah.

Akibat langsung dari terjadi suatu sengketa hukum dalam suatu kontrak kerja konstruksi, adalah timbulnya biaya, biaya tidak langsung maupun biaya langsung. Untuk biaya langsung adalah biaya-biaya yang harus dikeluarkan untuk penasihat hukum, biaya persidangan yang dilakukan di pengadilan,

maupun jika dilakukan dengan cara alternatif penyelesaian sengketa yaitu konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilai ahli, biaya arbitrase jika dilakukan dengan melalui lembaga arbitrase. Biaya tidak langsung antara lain yang berkaitan dengan terhentinya pekerjaan, tidak selesainya pekerjaan. Biaya tidak langsung lainnya adalah hilangnya waktu, tenaga dan pikiran untuk mengurus perkara sengketa hukum ini.

Penerapan konsep mitigasi terjadinya sengketa hukum yang terkait kepada teori ekonomi dan *Cost & Benefit Analysis* adalah untuk mencari langkah penyelesaian yang paling ekonomis. Berdasarkan kajian kualitatif serta implikasi penerapan konsep mitigasi diperoleh hasil tentang cara yang paling kecil dampak biayanya untuk mengatasi kemungkinan terjadinya sengketa hukum adalah dengan tindakan preventif yang dilakukan sebelum terjadinya perikatan berupa kontrak kerja konstruksi. Seperti telah diuraikan di atas, langkah preventif adalah bersifat antisipatif. Berdasarkan konsep mitigasi terjadinya sengketa hukum dalam kontrak kerja konstruksi seperti telah diuraikan di atas, pendekatan preventif adalah dengan cara terapan berupa penyempurnaan bentuk, susunan dan isi kontrak. Tindakan ekonomis yang kedua adalah dengan cara korektif yang dilakukan setelah terjadinya kontrak kerja konstruksi baik sebelum atau sesudah terjadinya sengketa. Upaya untuk mengantisipasi terjadinya sengketa hukum adalah dengan melakukan identifikasi penyebab sengketa itu dan mengendalikan penyebab terjadinya sengketa tersebut. Pengendalian yang dilakukan adalah dengan mengurangi derajat ketidakpastian yang dihadapi para pihak dalam suatu kontrak dengan menghindari, mengelola, atau menekan dan membatasi potensi dampak dari kejadian sengketa hukum yang mungkin terjadi. Beberapa tindakan korektif adalah berupa harus dibentuknya mekanisme penyelesaian sengketa yang terjadi di proyek sebelum menjadi sengketa hukum dengan melibatkan bagian hukum dari kedua pihak yang mengetahui tentang kontrak kerja konstruksi. Mereka harus aktif terlibat selama proyek

berjalan. hukum atau membuat rekomendasi atas dasar kesepakatan yang tidak mengikat secara hukum.

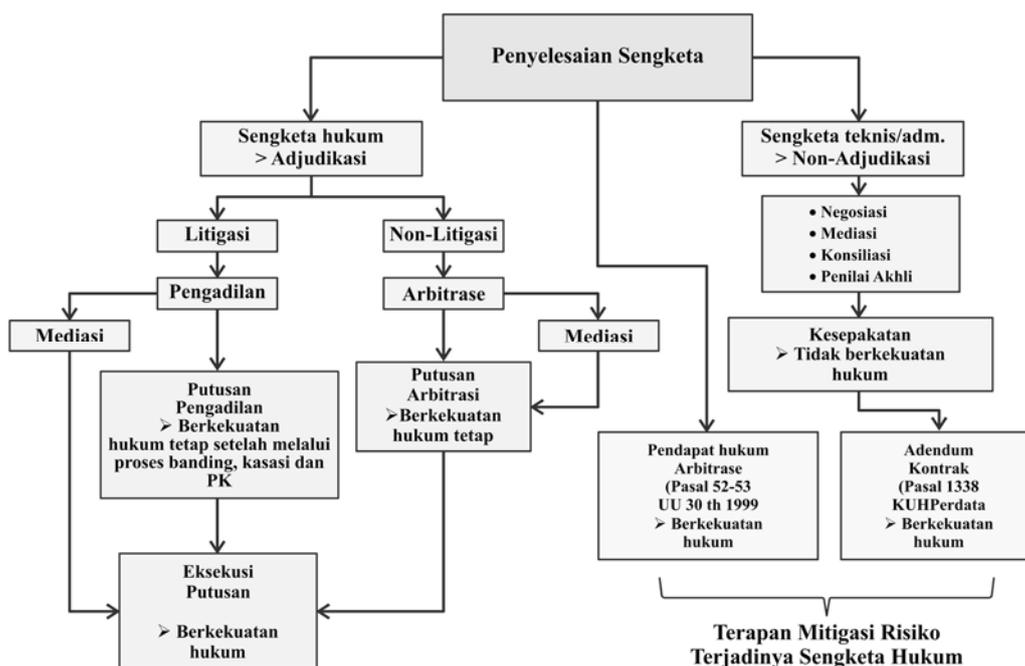
Tindakan ekonomis berikutnya adalah dengan menerima kenyataan bahwa telah terjadi sengketa baik sengketa teknis, administratif maupun keuangan maupun telah menjadi sengketa hukum. Tindakan adaptifnya adalah untuk mencari langkah penyelesaian hukum yang paling sedikit dampak keuangannya kepada para pihak yang bersengketa. Hasil yang diperoleh berupa perbandingan yaitu penyelesaian sengketa dengan cara non-adjudikasi berupa Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) melalui negosiasi, mediasi, konsiliasi dan penilai ahli adalah yang paling sedikit biayanya dibanding dengan cara adjudikasi. Apabila penyelesaian melalui APS ini tidak memperoleh hasil kesepakatan, maka langkah berikutnya adalah diselesaikan melalui cara adjudikasi dengan pilihan melalui pengadilan atau arbitrase. Menurut pilihan ini terdapat beberapa pendapat tentang cara mana yang lebih menguntungkan. Berdasarkan kedua pilihan ini bahwa selain melalui prosedur litigasi, dapat pula dilakukan langkah mediasi dalam

proses awalnya. Langkah ini dapat mempercepat terdapatnya penyelesaian sengketa dan secara langsung dapat mengurangi dampak biaya yang terjadi.

Implikasi praktis dari teori ekonomi dan analisis *Cost & Benefit* dalam penerapan praktis konsep mitigasi sengketa hukum ini dapat digambarkan dalam Bagan 2. Penerapan Konsep Mitigasi dalam Pemilihan Penyelesaian Sengketa Hukum berikut ini (Bagan 2).

Selain pilihan penyelesaian sengketa dengan cara non-adjudikasi maupun adjudikasi, masih terdapat pilihan penyelesaian sengketa lain yaitu dengan meminta pendapat hukum dari lembaga arbitrase. Pendapat hukum ini mempunyai kekuatan hukum dan bersifat final, tidak ada upaya hukum lain yang dapat membatalkan pendapat hukum sesuai dengan ketentuan pada Pasal 52 dan Pasal 53 Undang-Undang Arbitrase dan APS yang menyatakan bahwa para pihak dalam suatu perjanjian berhak untuk memohon pendapat yang mengikat dari lembaga arbitrase atas hubungan hukum tertentu dari suatu perjanjian. Terhadap pendapat yang mengikat tidak dapat dilakukan perlawanan melalui upaya

Bagan 2. Penerapan Konsep Mitigasi dalam Penyelesaian Sengketa Hukum



Sumber : Hasil olahan penulis berdasarkan Konsep Mitigasi Terjadinya Sengketa Hukum.

hukum apapun.

III. Kesimpulan

Konsep mitigasi untuk menanggulangi kemungkinan terjadinya sengketa hukum dalam kontrak kerja konstruksi:

1. Mitigasi terjadinya sengketa hukum dengan tindakan preventif sebelum terjadi perikatan kontrak yaitu dengan menghilangkan atau menghindari penyebab sengketa;
2. Mitigasi terjadinya sengketa hukum dengan tindakan korektif setelah terjadi perikatan kontrak yaitu dengan mengurangi dampak sengketa hukum baik sebelum adanya sengketa hukum maupun setelah terjadinya sengketa hukum;

3. Mitigasi terjadinya sengketa hukum dengan tindakan adaptif yaitu dengan cara menerima terjadinya sengketa hukum dengan melakukan tindakan mengatasi dampak sengketa hukum dengan mencari cara penyelesaian sengketa yang paling sedikit konsekuensinya;
4. Implikasi teori ekonomi dalam bidang hukum berupa konsep mitigasi sengketa hukum yang berkaitan dengan teori *Cost & Benefit*, yaitu untuk mengukur manfaat dari suatu tindakan. Manfaat yang didapat dari tindakan yang diambil harus lebih besar daripada biaya pelaksanaan tindakan tersebut sehingga keputusan untuk memilih tindakan apa yang harus diambil yang paling efisien.

Upcoming Events

AIAC's Asia ADR Week : 5th - 7th May 2018

Date : 5th - 7th May 2018

Host : Asian International Arbitration Centre, (Formerly known as the KLRCA)

Venue : AIAC's Bangunan Sulaiman



This conference promises to deliver the “Asian Experience”, tapping from a diverse and mixed culture of expertise and specializations from all over Asia and focusses on the demands and needs of Asian businesses. Spanning across three days, the **ASIA ADR WEEK 2018** will cover key issues including the promotion of business and investment within the region and how the ADR framework is designed to complement the expansion and growth expected from the commercial industry in the coming years with the anticipated economic boom.

The **ASIA ADR WEEK 2018** provides a platform to promote Asia, as a pivotal market given the plethora of multi and transnational trade agreements being formulated as we witness a shift of commercial focus to the East, with Asia being a continent that sits at the heart of all these trade agreements.

Some of the highlight sessions include;

- “Building a New Asia: A Spectrum of Opportunities”
- “Gaining the Edge in Business: Unravelling the Myths of the ADR Ecosystem”
- “Real Money, Real Investors, Real Time, Real Talk – What ADR Can Do For You”
- “Tomorrow’s Methods: Holistic Resolution of Conflicts and Dispute Avoidance”
- “Arbitration Agreements Built to Last”
- “The Dawn of the Digital Era of ADR”

Close to 400 ADR presenters and practitioners from within the region and beyond are expected to attend the **ASIA ADR WEEK 2018**

Further information : <https://www.aiac.world/events/280>



PENDAPAT YANG MENGIKAT (*BINDING OPINION*) SEBAGAI SALAH SATU ALTERNATIF PENCEGAHAN SENGKETA

Eko Dwi Prasetyo

Eko Dwi Prasetyo, aktif menggeluti dunia arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa selama hampir 10 tahun. Selepas menyelesaikan studinya dan memperoleh gelar Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran pada akhir tahun 2008, dia langsung bergabung bersama Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) sebagai Sekretaris Majelis pada Januari 2009 dan kemudian pada tahun 2015 dipercaya menjadi Manajer Operasional pada lembaga tersebut. Pemuda kelahiran 16 Januari 1986 tersebut kemudian melanjutkan studinya pada Fakultas Hukum Gadjah Mada dan memperoleh gelar Magister Hukum pada tahun 2015. Keseriusannya dalam mendalami bidang arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa menjadikannya dipercaya untuk menjadi narasumber di berbagai seminar, workshop, pelatihan dan diskusi dengan tema arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa. Dia dipercaya menjadi instruktur pada Institut Arbiter Indonesia sejak tahun 2014 sampai dengan sekarang. Pada tahun 2015 sampai dengan 2016, dia diminta untuk memberikan kuliah sebagai dosen undangan pada Magister Ilmu Hukum Jakarta pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada. Ketertarikannya pada dunia arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa juga mengantarkannya untuk mengikuti pelatihan mediator di Pusat Mediasi Nasional, dan saat ini telah menjadi mediator bersertifikat pada lembaga tersebut.

ABSTRACT

Binding Opinions is one of mechanisms which prevent disputes caused by differences of interpreting the agreements between the parties. In the last 5 (five) years, there is significant growth in choosing Binding Opinion by business community as the preventive method of any disputes that may occur in the future. However, despite the advantages and the increasing need of Binding Opinion, the regulations of Binding Opinion only found in Articles 52 and 53 of Law Number 30 Year 1999 concerning Arbitration and Alternative Dispute Resolution.

Binding Opinions shall be submitted through an arbitration body. The Binding Opinions submission procedure is relatively simple compared to submitting an arbitration petition. Both parties shall submit a request of Binding Opinion along with all supporting documents, particularly the contract. Binding Opinion is conducted by examine all submitted documents and Binding Opinion can be issued in immediate time.

Binding Opinions that have been issued by an arbitration institution are considered as inherent and an integral part of the contract. Once the arbitration institution issued a Binding Opinion, all parties shall be bound thereby, any party that violates a Binding Opinion will be considered as breaching the contract.

Key Words : Dispute prevention, Binding Opinion

Pendahuluan

Keberadaan perjanjian atau kontrak merupakan suatu hal yang sangat esensi dalam dunia bisnis. Dalam menjalankan roda bisnisnya, para pelaku usaha pasti selalu bersinggungan dengan perjanjian-perjanjian yang dibuat dengan mitra bisnisnya. Perjanjian yang dibuat secara sah oleh para pihak merupakan undang-undang bagi mereka yang membuatnya dan menjadi dasar untuk melaksanakan hak dan kewajiban dalam hubungan hukum yang terjalin antara para pihak.

Syarat sahnya suatu perjanjian diatur dalam ketentuan Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata)¹, dimana suatu perjanjian harus memenuhi beberapa syarat sebagai berikut:

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

Kedua syarat yang pertama adalah syarat subjektif karena berkaitan dengan subjek perjanjian, yaitu kesepakatan dan cakap membuat perjanjian, dan kedua syarat yang terakhir adalah syarat objektif karena berkaitan dengan objek perjanjian dan kausa, yaitu tujuan mengadakan perjanjian².

Disamping memperhatikan keabsahan suatu perjanjian tersebut, seyogyanya perjanjian juga dibuat dengan jelas dan tidak mengandung kalimat yang ambigu sehingga dapat menimbulkan interpretasi yang berbeda dalam ketentuan perjanjian tersebut.

Namun demikian, ada kalanya tetap saja terjadi suatu perbedaan pendapat antara para pihak dalam menafsirkan suatu ketentuan perjanjian. Perbedaan interpretasi tersebut harus segera diselesaikan oleh para pihak, karena apabila perbedaan interpretasi tersebut tidak diselesaikan, maka hal tersebut akan

menimbulkan potensi terjadinya sengketa antara para pihak.

Salah satu upaya untuk menyelesaikan perbedaan interpretasi terhadap suatu ketentuan perjanjian adalah dengan mengajukan permohonan pendapat yang mengikat ke suatu lembaga arbitrase. Pendapat yang mengikat adalah suatu produk yang diterbitkan oleh lembaga arbitrase yang memberikan interpretasi terhadap perjanjian yang dibuat oleh para pihak serta penambahan atau perubahan pada ketentuan yang berhubungan dengan timbulnya keadaan-keadaan baru dan lain-lain. Lembaga Pendapat Yang Mengikat tersebut pada hakekatnya bukan merupakan mekanisme untuk menyelesaikan sengketa, tetapi untuk mencegah munculnya sengketa³.

Pendapat Yang Mengikat diperkenalkan pertama kali dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU 30/99)⁴. Ketentuan mengenai dimungkinkannya mengajukan Pendapat Yang Mengikat untuk mencegah terjadinya sengketa ini merupakan keunikan dari UU 30/99, dimana disamping mengatur mengenai tata cara penyelesaian sengketa di luar pengadilan, UU 30/99 juga mengakomodir tata cara pencegahan sengketa melalui prosedur Pendapat Yang Mengikat. Hal ini tidak ditemui dalam Undang-Undang Arbitrase (*Arbitration Act/Lex Arbitri*) pada negara-negara selain Indonesia.

Dewasa ini penggunaan pendapat yang mengikat sebagai salah satu alternatif pencegahan sengketa mengalami tren yang positif. Tercatat dalam tiga tahun terakhir terdapat 12 (dua belas) permohonan pendapat yang mengikat yang diajukan oleh para pihak kepada Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI)⁵, sebagai salah satu lembaga arbitrase tertua di Indonesia yang didirikan pada tahun 1977 oleh Kamar Dagang dan Industri Indonesia.

¹ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah terjemahan tidak resmi dari *Burgerlijke Wetboek* (BW).

² Elly Erawati dan Harlien Budiono, 2010, *Penjelasan Hukum tentang Kebatalan Perjanjian*, NLRP, Jakarta, hlm. 48.

³ M. Husseyn Umar, 2013, *BANI dan Penyelesaian Sengketa*, PT Fikahati Aneska, Jakarta, hlm. 59.

⁴ Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3872).

⁵ Jumlah ini adalah jumlah permohonan Pendapat Yang Mengikat yang diajukan ke BANI Jakarta, yang beralamat di Wahana Graha, Jalan Mampang Prapatan No. 2, Jakarta Selatan, berdasarkan statistik BANI Jakarta pada Tahun 2015 s/d 2017.

Dasar Hukum Pendapat Yang Mengikat

Meskipun tren penggunaan Pendapat Yang Mengikat mengalami kenaikan dan semakin digemari oleh para pelaku bisnis, namun demikian pengaturan mengenai Pendapat Yang Mengikat masih sangat minim. Hanya terdapat dua pengaturan mengenai Pendapat Yang Mengikat dalam UU 30/99, yaitu dalam Pasal 52 dan 53 UU 30/1999. Secara lengkap Pasal tersebut mengatur sebagai berikut:

a. Pasal 52 UU 30/99:

"Para pihak dalam suatu perjanjian berhak untuk memohon pendapat yang mengikat dari lembaga arbitrase atas hubungan hukum tertentu dari suatu perjanjian."

b. Pasal 53 UU 30/99:

"Terhadap pendapat yang mengikat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 52 tidak dapat dilakukan perlawanan melalui upaya hukum apapun."

Pasal 52 UU 30/99 merupakan dasar hukum dapat diajukannya suatu permohonan Pendapat Yang Mengikat kepada lembaga arbitrase. Dari pasal ini jelas bahwa yang berwenang mengeluarkan Pendapat Yang Mengikat adalah suatu lembaga arbitrase, artinya tidak dapat diselenggarakan secara *ad-hoc*. Sementara itu, ketentuan Pasal 53 lebih menitikberatkan kepada kekuatan hukum suatu Pendapat Yang Mengikat yang telah dikeluarkan, dimana Pendapat Yang Mengikat tersebut bersifat final dan mengikat serta tidak dapat dilakukan upaya hukum apapun.

Pendapat Yang Mengikat yang telah diterbitkan oleh suatu lembaga arbitrase dianggap melekat dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian. Daya laku dari Pendapat Yang Mengikat tersebut sama seperti perjanjian yang dibuat secara sah oleh para pihak, dimana berdasarkan Pasal 1338 KUH Perdata, perjanjian yang dibuat secara sah berlaku seperti undang-undang bagi para pihak yang membuatnya, yang artinya wajib ditaati tanpa berhak mengubahnya secara sepihak⁶. Oleh karena itu, apabila salah satu pihak tidak melaksanakan perjanjian yang telah

disesuaikan berdasarkan Pendapat Yang Mengikat tersebut, maka pihak yang melanggar dianggap telah melakukan perbuatan cidera janji (*wanprestasi*)⁷. Tentu saja pernyataan *wanprestasi* tersebut harus diputuskan oleh hakim di pengadilan negeri, atau oleh arbiter apabila disepakati forum penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Hal ini berbeda dengan daya laku Putusan Arbitrase yang dapat dimintakan eksekusi apabila salah satu pihak tidak melaksanakan putusan tersebut. Sehingga itikad baik dalam melaksanakan Pendapat Yang Mengikat sangat dibutuhkan sebagaimana para pihak melaksanakan perjanjian dengan itikad baik, serta memperhatikan juga hal-hal yang dituntut oleh keadilan, kebiasaan dan undang-undang sebagaimana termaktub dalam ketentuan Pasal 1339 KUH Perdata⁸.

Prosedur Pengajuan Pendapat Yang Mengikat

Sebagaimana telah disebutkan di atas, bahwa pengaturan mengenai Pendapat Yang Mengikat masih sangat minim. UU 30/99 hanya mengatur bahwa Pendapat Yang Mengikat dapat diajukan kepada lembaga arbitrase, namun tidak mengatur secara spesifik tata cara pengajuan Pendapat Yang Mengikat. Untuk itu, dapat diartikan bahwa prosedur pengajuan Pendapat Yang Mengikat dikembalikan kepada kebijakan dari masing-masing lembaga arbitrase yang ada.

Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), mempunyai prosedur pengajuan pendapat yang mengikat yang cukup sederhana. Pengajuan Pendapat Yang Mengikat diawali dengan permohonan dari para pihak yang ditujukan kepada Dewan Pengurus BANI, yang meminta agar BANI dapat menerbitkan Permohonan Yang Mengikat terkait perbedaan pendapat antara para pihak yang mengajukan permohonan. Permohonan tersebut dibuat dan ditandatangani bersama-sama oleh para pihak yang mengajukan.

Pada dasarnya, tidak ada format khusus terkait naskah permohonan Pendapat Yang Mengikat.

⁶ Mariam Darus Badruzaman, 2015, *Hukum Perikatan dalam KUH Perdata Buku Ketiga, Yurisprudensi, Doktrin serta Penjelasan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 123.

⁷ M. Hussey Umar, *Op. Cit.*, hlm. 60.

⁸ Achmad Sanusi, 2002, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia, Edisi IV*, Tarsito, Bandung, hlm. 188.

Namun setidaknya, permohonan Pendapat Yang Mengikat sebaiknya memuat hal-hal sebagai berikut:

- a. Identitas para pihak;
- b. Kronologis permasalahan;
- c. Pendapat masing-masing pihak;
- d. Apa yang ditanyakan;

Bersamaan dengan pengajuan permohonan Pendapat Yang Mengikat tersebut, para pihak harus melampirkan perjanjian yang dimintakan interpretasinya dan dapat pula disertai dokumen-dokumen pendukung lainnya yang relevan.

Setelah menerima Permohonan Pendapat Yang Mengikat, Dewan Pengurs BANI akan melakukan verifikasi terhadap permohonan tersebut dan menentukan apakah permasalahan yang diajukan oleh para pihak tersebut merupakan lingkup dari Pendapat Yang mengikat ataukah sudah masuk ke dalam ranah arbitrase. Ruang lingkup dari Pendapat Yang Mengikat hanya sebatas mengenai perbedaan interpretasi atas suatu ketentuan dalam perjanjian atau pendapat mengenai efek suatu perkembangan keadaan dalam masyarakat yang dapat mempengaruhi pelaksanaan perjanjian, misalnya karena adanya suatu kebijakan moneter dari negara, naiknya harga bahan bakar dan sebagainya⁹.

Jika Dewan Pengurus BANI telah menyatakan bahwa permasalahan yang diajukan termasuk dalam ruang lingkup Pendapat Yang Mengikat, maka BANI akan memberitahukan kepada para pihak bahwa BANI dapat menerbitkan Pendapat Yang Mengikat. Bersamaan dengan itu, BANI akan menagihkan biaya penerbitan Pendapat Yang Mengikat yang harus dibayarkan terlebih dahulu oleh para pihak sebelum BANI menunjuk Tim Perumus Pendapat Yang Mengikat (Tim Perumus). Besarnya biaya penerbitan Pendapat Yang Mengikat ditentukan oleh Dewan Pengurus BANI dengan mempertimbangkan kompleksitas permasalahan yang diajukan, jumlah Tim Perumus dan lamanya waktu yang dibutuhkan oleh Tim Perumus untuk memeriksa permohonan yang diajukan.

Penunjukan Tim Perumus merupakan hak prerogatif dari Dewan pengurus BANI. Apabila para pihak mengusulkan seseorang atau beberapa orang untuk menjadi Tim Perumus, Dewan Pengurus BANI dapat mempertimbangkannya, namun Dewan pengurus BANI tidak terikat pada usulan para pihak tersebut. Jumlah dari Tim Perumus ditentukan oleh Dewan pengurus BANI berdasarkan kompleksitas permasalahan yang diajukan, umumnya berjumlah 3 (tiga) orang. Dalam menentukan Tim Penyusun, Dewan Pengurus akan mempertimbangkan keahlian dari anggota Tim Penyusun dan sebisa mungkin Tim Penyusun minimal terdiri dari seorang ahli hukum dan seorang ahli tekhnis permasalahan.

Jangka waktu penerbitan Pendapat Yang Mengikat tergantung pada kompleksitas dari permasalahan yang diajukan. Umumnya, Pendapat Yang Mengikat akan dikeluarkan dalam jangka waktu 21 (dua puluh satu) hari kerja terhitung sejak pembayaran dilakukan oleh para pihak.

Pada dasarnya, proses pemeriksaan Pendapat Yang Mengikan dilakukan berdasarkan dokumen saja. Namun demikian, tidak menutup kemungkinan dilakukan pertemuan tatap muka antara para pihak dengan Tim Perumus. Pertemuan ini dapat berlangsung apabila Tim Perumus merasa perlu untuk bertemu langsung dengan para pihak untuk memperoleh klarifikasi tertentu dari dokumen-dokumen yang telah diajukan. Disamping itu, para pihak juga dapat mengajukan permohonan untuk melakukan pertemuan dengan Tim Perumus untuk menyampaikan klarifikasi data yang berkaitan dengan Pendapat Yang Mengikat.

Setelah mempelajari permohonan Pendapat Yang Mengikat yang diajukan oleh para pihak beserta dokumen-dokumen pendukungnya, serta pertemuan dengan para pihak (apabila ada), Tim Perumus akan merumuskan Pendapat Yang Mengikat berdasarkan jangka waktu yang telah ditetapkan. Pendapat Yang Mengikat yang telah dikeluarkan oleh Tim Perumus tidak dibacakan pada suatu sidnag khusus. Pendapat Yang Mengikat tersebut

⁹ Berdasar data statistik BANI Tahun 2017.

langsung dikirimkan kepada para pihak dan para pihak diberikan kesempatan untuk melakukan koreksi administratif apabila terjadi kesalahan pengetikan, tanpa mengubah substansi dari pendapat Yang Mengikat tersebut.

Tahap terakhir dari proses Pendapat Yang Mengikat adalah dengan menyimpanan Pendapat yang Mengikat tersebut di Pengadilan Negeri. Sebenarnya tidak ada kewajiban dari undang-undang bahwa Pendapat Yang Mengikat harus disimpan ke Pengadilan Negeri. Namun demikian, BANI mempunyai kebijakan untuk menyimpan seluruh produknya ke Pengadilan Negeri, termasuk Pendapat Yang Mengikat. Hal ini bertujuan agar produk BANI, dalam hal ini Pendapat Yang Mengikat, dapat terdokumentasikan dengan baik. Disamping itu, tujuan lain dari disimpannya Pendapat yang Mengikat ini ke Pengadilan Negeri adalah untuk memberikan efek psikologis bagi para pihak agar dapat melaksanakan Pendapat Yang Mengikat tersebut dengan suka rela berdasarkan pada itikad baik.

Penutup

Penyelesaian sengketa secara patut merupakan harapan setiap orang yang

menghadapi persengketaan dengan pihak lain. Namun yang tidak kalah penting adalah mencegah agar sengketa tersebut tidak terjadi. UU 30/99 telah memberikan suatu cara mencegah terjadinya sengketa akibat perbedaan interpretasi terhadap suatu ketentuan perjanjian dengan cara meminta suatu Pendapat Yang Mengikat dari lembaga arbitrase. BANI sebagai lembaga arbitrase yang tertua dan dipercaya oleh masyarakat bisnis, baik nasional maupun internasional, telah berpengalaman menerbitkan Pendapat Yang Mengikat tentang perbedaan interpretasi atas suatu perjanjian dari segala bidang. Tidak kurang dari 25 (dua puluh lima) Pendapat Yang Mengikat telah diterbitkan oleh BANI¹⁰. Efektifitas pelaksanaan Pendapat Yang Mengikat oleh para pihak secara sukarela sangat tinggi. Dari semua Pendapat Yang Mengikat yang diterbitkan oleh BANI, hanya terdapat 2 (dua) yang tidak dilaksanakan oleh salah satu pihak, sehingga salah satu pihak mengajukannya sebagai perkara arbitrase dan Pendapat Yang Mengikat tersebut pun menjadi salah satu alat bukti dalam proses persidangan. Untuk itu para pelaku usaha tidak perlu ragu memanfaatkan Pendapat Yang Mengikat ini sebagai salah satu sarana mencegah terjadinya sengketa dalam hubungan bisnis mereka.

¹⁰ Berdasarkan statistik BANI Jakarta sampai dengan tahun 2017

Upcoming Events

The 6th FDI Moot Asia – Pacific Regional Rounds

Date : 21- 24 August 2018

Host : The Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand, AMINZ

Venue : Seoul, Korea

The Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) is holding the 6th FDI Moot Asia-Pacific Regional Rounds with Center for International Legal Studies (CILS) and Seoul National University School of Law.

Increasing international investment, the proliferation of international investment treaties and contracts have contributed to the development of international law that defines obligations between host States and foreign investors and refers to internationalized arbitration procedures for resolving related disputes. The FDI Moot addresses such investment disputes.

The 2018 FDI Moot case considers how a new government has suspended the extraction of a rare earth, for which a foreign investor held the sole mining concession. The suspension was based on a study showing increased health risk in the nearby population. The suspension, confiscation of rare earths already prepared for export and customers' contract terminations led the investor to shut down its operations, only then to discover government plans to license extraction by another investor.

For any additional enquiries, please email to: fdimoot@kcab.or.kr.

Further information & Registration: www.fdimoot.org



KAMAR DAGANG DAN INDUSTRI INDONESIA *Indonesian Chamber of Commerce and Industry*

Menara Kadin Indonesia Lt. 3 dan 29, Jalan H.R. Rasuna Said X-5 Kav. 2-3, Jakarta 12950 Indonesia
Tel. (62-21) 5274484 (Hunting) Fax. (62-21) 5274331, 5274332
www.kadin-indonesia.or.id

Surat Edaran Tentang Hubungan Historis antara KADIN Indonesia dan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI)

1. Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) sebagai lembaga arbitrase didirikan oleh Kamar Dagang dan Industri (KADIN) Indonesia pada tanggal 30 November 1977 melalui Surat Keputusan KADIN Nomor: SKEP/152/DPH/1977 tertanggal 30 November 1977 tentang Badan Arbitrase Nasional Indonesia atas dasar pertimbangan kebutuhan nyata di kalangan dunia usaha mengenai perlu adanya suatu lembaga yang dapat membantu penyelesaian berbagai sengketa bisnis di luar pengadilan. Atas dasar kebutuhan tersebut, maka Kadin Indonesia mengangkat Pengurus BANI yang pertama pada bulan Desember 1977.
2. Selanjutnya Kadin Indonesia telah mengangkat Pengurus BANI Periode 1977-1982, Pengurus BANI Periode 1983-1988, Pengurus BANI Periode 1988-1993, Pengurus BANI Periode 1993-1998, dan Pengurus BANI Periode 1998-2003. Sesudah itu pengangkatan Pengurus BANI didasarkan atas Statuta BANI.
3. Sesuai Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa maka BANI menjadi lembaga yang bersifat otonom dan independen yang akan menyelesaikan sengketa perdagangan dan bisnis baik yang bersifat nasional maupun internasional.
4. Hubungan historis KADIN Indonesia dan BANI juga tercermin pada telah ditandatangani Kesepakatan Bersama tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa dan pengangkatan Ketua Umum Kadin Indonesia sebagai Penasehat BANI masa bakti 2015-2020.
5. Dengan latar belakang di atas, Kadin memberitahukan kepada para pelaku usaha yang hendak menggunakan jasa arbitrase dapat menggunakan BANI yang beralamat di Wahana Graha Lt. 1,2 dan 4, Jalan Mampang Prapatan No. 2, Jakarta Selatan.

Demikian pemberitahuan ini disampaikan untuk menghilangkan keraguan mengenai eksistensi BANI sebagai lembaga arbitrase terpercaya, baik di tingkat nasional maupun internasional.

Jakarta, 20 Februari 2018

Dewan Pengurus
Kamar Dagang dan Industri Indonesia
Ketua Umum



Roeslan Perkasa Roeslani

News & Events

Past Events

1. Arbitrator Competence Assessment

Time : 17 January 2018

Venue : Menara 165, 8 Floor , Jl.TB Simatupang Kav 1. Cilandak Timur, Jakarta

Host : Indonesian Arbitrators Institute (IArbi)



2. Public Training "Basic Arbitration & ADR"

Time : 23-24 January 2018

Venue : Menara 165, 8 Floor , Jl.TB Simatupang Kav 1. Cilandak Timur, Jakarta

Host : Indonesian Arbitrators Institute (IArbi)



3. New Rules & Procedures of BANI (Badan Arbitrase Nasional Indonesia)

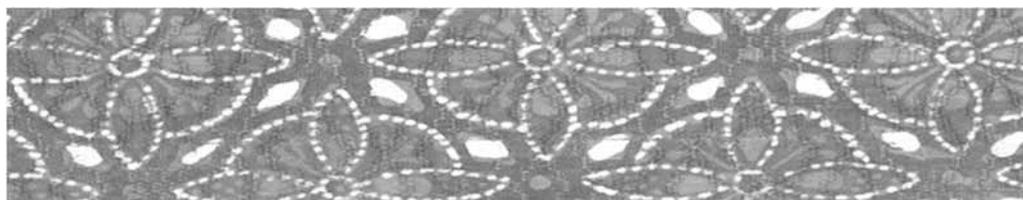
Time : 30 January 2018

Venue : Balai Kartini, Jl. Jend Gatot Subroto Kav 37, Jakarta 12950

Host : Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI Arbitration Center)



4. Major Project Masterclass



Host : Freshfields and S&T, in conjunction with BANI

Date : Tuesday, 13 February 2018

Location : Hotel Mulia Senayan Jakarta, Jl. Asia Afrika Senayan, Jakarta 10270, Indonesia



5. Short Talk Event “Bankruptcy Law”

Time : 20 February 2018

Venue : Balai Kartini, Jl. Jend Gatot Subroto Kav 37, Jakarta 12950

Host : BANI Arbitration Center with Indonesian Arbitrators Institute (IArbi)

